

La Financiación de Litigios en Derecho español y comparado

Estado del mercado y su regulación. Datos y Reflexiones

Directora

Cristina Soler

Coordinadores

Diego Agulló

Carlos Llorente



© AA.VV., 2024

© LA LEY Soluciones Legales, S.A.U.

LA LEY Soluciones Legales, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 91 602 01 82

e-mail: clienteslaley@aranzadilaley.es

<https://www.aranzadilaley.es>

Edición: octubre 2024

Depósito Legal: M-20986-2024

ISBN versión impresa: 978-84-10292-08-6

ISBN versión electrónica: 978-84-10292-09-3

Diseño, Preimpresión e Impresión: LA LEY Soluciones Legales, S.A.U.

Printed in Spain

© **LA LEY Soluciones Legales, S.A.U.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, LA LEY Soluciones Legales, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Dirijase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, LA LEY SOLUCIONES LEGALES se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **LA LEY Soluciones Legales, S.A.U.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendój), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendój es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

PRÓLOGO	17
PRÓLOGO	21
PREFACIO	25
FINANCIACIÓN DE LITIGIOS EN EL DERECHO COMPARADO: NATURALEZA, ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LÍMITES ÉTI- COS. Paulino FAJARDO	29
1. INTRODUCCIÓN	31
2. DEFINICIÓN Y NATURALEZA DE LOS FONDOS DE LITI- GACIÓN	32
3. APUNTE HISTÓRICO SOBRE LA INTERVENCIÓN DE TER- CEROS EN LITIGIOS POR INTERÉS ECONÓMICO	34
3.1. Derecho Romano y Codificación: <i>Quota litis</i> y <i>Re- demptio litis</i>	34
3.2. <i>Champerty</i> y <i>Maintenance</i> en el <i>Common Law</i>	35
4. LÍMITES ÉTICOS: ¿LA EXISTENCIA DE FONDOS FOMENTA LA LITIGACIÓN?	38
5. LOS FONDOS DE LITIGIO EN DERECHO COMPARADO. .	40
6. BIBLIOGRAFÍA	41
THIRD-PARTY FUNDING EN EL MERCADO ESPAÑOL. SITUA- CIÓN, TENDENCIAS Y PERSPECTIVAS. Cristina SOLER	43
1. PERSPECTIVA GLOBAL Y DATOS DEL MERCADO INTER- NACIONAL DE LA FINANCIACIÓN POR TERCEROS	45

2.	ESTADO Y TENDENCIAS DEL MERCADO DE FINANCIACIÓN POR TERCEROS EN ESPAÑA	49
2.1.	Introducción	49
2.2.	Informe RAMCO sobre el Estado de la Financiación por Terceros en España de 16 enero de 2024	51
2.2.1.	Crecimiento y conocimiento de la figura de la Financiación por Terceros en España	52
2.2.2.	La Financiación por Terceros como elemento dinamizador del sector legal y solución a los desafíos económicos actuales	52
2.2.3.	Experiencia y satisfacción	52
2.2.4.	La Financiación por Terceros se ha utilizado mayoritariamente en casos de arbitraje y en litigios del ámbito del Derecho mercantil y civil, destacando los sectores de la construcción y energía	53
2.2.5.	Perspectivas de crecimiento importantes en los próximos años en España Recomendación, confianza y regulación	53
2.2.6.	Áreas de mejora y factores clave para su desarrollo en España	53
2.3.	Tipologías de casos y sectores en el mercado de Financiación por Terceros en España. Evolución de las estructuras de financiación	54
3.	CONCLUSIONES Y VALORACIÓN: FACTORES CLAVE PARA EL DESARROLLO DE LA FINANCIACIÓN POR TERCEROS EN ESPAÑA	56
	«THIRD PARTY FUNDING» DESDE LA PERSPECTIVA DE LA ASESORÍA JURÍDICA DE EMPRESAS. Antonio MUÑOZ-MURILLO QUIRÓS	59
1.	INTRODUCCIÓN	61
2.	LA INCIDENCIA DE LOS FONDOS DE LITIGACIÓN EN LAS ACCIONES COLECTIVAS EN DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES	63
3.	EL ANTEPROYECTO DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE ACCIONES COLECTIVAS	64

4.	LA NECESARIA REGULACIÓN DE LA FINANCIACIÓN DE LITIGIOS	66
----	--	----

	LA FINANCIACIÓN DE LITIGIOS EN EL DERECHO ESPAÑOL. REGULACIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO. Carlos LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA	73
--	--	----

1.	PRESENTACIÓN	75
2.	REGULACIÓN	77
3.	RÉGIMEN JURÍDICO	81

	THIRD-PARTY LITIGATION FUNDING FROM A EUROPEAN COMPARATIVE LAW PERSPECTIVE. Charlotte DE MEEÛS.	85
--	---	----

1.	INTRODUCTION.....	87
2.	INSIGHT INTO REGULATORY MODELS GOVERNING THIRD-PARTY LITIGATION FUNDING IN SELECTED JURISDICTIONS.....	90
2.1.	The self-regulatory regime - the example of England and Wales.....	91
2.2.	The non —or partial regulatory regime— the examples of Belgium, Germany and the Netherlands ...	95
2.3.	The prohibition regime - the example of Ireland ...	98
3.	FINANCIAL STABILITY OF THIRD-PARTY FUNDERS	100
4.	DISCLOSURE OF THIRD-PARTY LITIGATION FUNDING..	102
5.	THIRD-PARTY FUNDER’S INFLUENCE ON DISPUTE PROCEEDINGS.....	105
6.	THIRD-PARTY FUNDER’S REMUNERATION & LIABILITY FOR ADVERSE COSTS.....	110
6.1.	Limits to Third-Party Funder’s Compensation	111
6.2.	Liability for Adverse Costs.....	113
7.	CONCLUSION.....	115

	«THIRD PARTY FUNDING» Y ARBITRAJE INTERNACIONAL EN LATINOAMÉRICA: MÁS QUE UN MATRIMONIO POR CONVENIENCIA. Milan PEJNOVIC DELGADO Oriol VALENTÍ I VIDAL ...	117
--	---	-----

1.	LATINOAMÉRICA: LA NUEVA TENDENCIA EN TPF	119
----	--	-----

2.	EL TPF EN LATINOAMÉRICA: UN DESARROLLO BASTANTE PARTICULAR	120
3.	EL AVANCE DE LA NORMATIVA ARBITRAL EN LATINOAMÉRICA	123
3.1.	Reglamentos arbitrales: una regulación dispar.	124
3.2.	¿Bueno hacia fuera, malo hacia dentro? La nueva regulación de algunos tratados de libre comercio y bilaterales de inversión	127
4.	CONCLUSIÓN.	129

LEGAL FINANCE EN PORTUGAL. Frederico GONÇALVES PEREIRA Iñaki CARRERA 131

1.	INTRODUCCIÓN	133
2.	MONETIZACIÓN.	133
2.1.	Pleitos pendientes	134
2.2.	Sentencias y laudos arbitrales	135
3.	FINANCIACIÓN DE LITIGIOS	136
3.1.	CFL en procedimientos judiciales	137
3.2.	CFL en arbitraje.	138
3.3.	CFL en el «private enforcement» y las acciones colectivas de consumidores	139
3.4.	Portfolio y titulización.	141
3.5.	Financiación por abogados	141
3.6.	Financiación mediante seguros	142
4.	RECOVERY	143
5.	CONCLUSIONES.	144
6.	BIBLIOGRAFÍA.	144

«THIRD PARTY FUNDING AGREEMENT» (TPFA) O «ACUERDO DE FINANCIACIÓN DE UNA CONTROVERSI A POR TERCERO». Xabier BASOZABAL ARRUE 147

1.	INTRODUCCIÓN	149
----	------------------------	-----

2.	EL TPFA NO ES UN CONTRATO DE PRÉSTAMO	150
3.	EL TPFA NO ES UN PRÉSTAMO PARTICIPATIVO	150
4.	EL TPFA NO CONTIENE NINGUNA CESIÓN DE CRÉDITO, TAMPOCO DE CRÉDITO LITIGIOSO	153
5.	EL PACTO DE « <i>QUOTA LITIS</i> » ACORDADO CON EL ABO- GADO	155
6.	EL TPFA DESDE UNA PERSPECTIVA DOGMÁTICA.	158
7.	EL CONTRATO SOCIETARIO DE CUENTAS EN PARTICIPA- CIÓN	160
8.	PROBLEMAS E INTERROGANTES EN LOS TPFA	160
9.	EL PROBLEMA DE LAS FUENTES.	162
10.	EL TPF EN LA UNIÓN EUROPEA.	164
11.	EL SISTEMA INGLÉS: LA EXPERIENCIA DE LOS PIONEROS.	168
	11.1. El Código de conducta	170
	11.2. La transparencia o el final de los conflictos de inte- rés.	171
	11.3. El control del procedimiento	171
	11.4. Las costas del procedimiento	172
	11.5. Los topes cuantitativos al beneficio.	172
	11.6. TPFA y arbitraje	172
	11.7. Recapitulación	173
12.	UNA SENTENCIA RECIENTE DE 26 DE JULIO DE 2023, R V. COMPETICION APPEAL TRIBUNAL Y OTROS (OÍDOS EL 16 DE FEBRERO DE 2023).	173
13.	UNA PROPUESTA <i>LEGE FERENDA</i> : LOS PUNTOS SOBRE LOS QUE HABRÍA QUE LEGISLAR	174
EL CONTRATO DE FINANCIACIÓN DE LITIGIOS. Marcel EN- RICH		177
1.	INTRODUCCIÓN	179
2.	NATURALEZA, RÉGIMEN JURÍDICO Y FIGURAS AFINES . .	180
	2.1. Naturaleza y régimen jurídico.	180
	2.2. Distinción con figuras afines	181
3.	FUNCIÓN ECONÓMICA.	182

4.	ESTRUCTURA CONTRACTUAL Y PRINCIPALES CUESTIONES DEBATIDAS	183
4.1.	Contrato de Financiación	183
4.1.1.	Condiciones de la financiación	184
4.1.2.	El Retorno del Financiador.....	184
4.1.3.	Control del Financiador sobre el procedimiento.....	185
4.2.	Acuerdo de Prioridades.....	187
4.3.	Contrato de Garantías.....	188
4.4.	Cartas de Encargo.....	188
5.	CONCLUSIONES.....	188

LA GESTIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES EN LA FINANCIACIÓN DE LITIGIOS POR TERCEROS (THIRD-PARTY FUNDING) EN ESPAÑA. Diego AGULLÓ AGULLÓ..... 191

1.	INTRODUCCIÓN	193
2.	LA GESTIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES EN EL CONTRATO TPF	195
3.	EL DEBER DE REVELACIÓN EN MATERIA ARBITRAL	200
4.	EL DEBER DE REVELACIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL	205
5.	BREVES APUNTES FINALES.....	209

DEL SEGURO DE CRÉDITO AL SEGURO DE FINANCIACIÓN DE LITIGIOS. Abel B. VEIGA COPO

1.	DE LA FINANCIACIÓN DE UN LITIGIO A LA ESCASEZ DE PRODUCTOS DE SEGUROS	213
2.	EL SEGURO DE CRÉDITO COMO MECANISMO DE COMPRENSIBILIDAD DEL SEGURO DE FINANCIACIÓN DE LITIGIOS.....	223

LITIGATION FINANCE Y SEGUROS. Carlos ARA TRIADÚ

1.	INTRODUCCIÓN	249
----	--------------------	-----

2.	CASUÍSTICA DE SEGUROS VINCULADOS CON EL <i>THIRD PARTY FUNDING</i>	250
2.1.	Cobertura del riesgo de condena en costas	250
2.2.	Cobertura del riesgo de anulación de sentencia favorable	251
2.3.	Cobertura del riesgo de reversión de la ejecución provisional	251
2.4.	Cobertura del riesgo de pérdida del pleito.	252
2.5.	Cobertura del riesgo de duración del procedimiento	252
2.6.	Cobertura del riesgo de insolvencia de la parte demandada.	252
3.	<i>TAX INSURANCE VS. LITIGATION FINANCE</i>	253
4.	¿PRODUCTOS ALTERNATIVOS O COMPLEMENTARIOS?	253
5.	CONCLUSIÓN.	255

LA FINANCIACIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS RESARCITORIAS EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ACCIONES DE REPRESENTACIÓN. Alejandro FERRERES 257

1.	INTRODUCCIÓN	259
2.	LA FINANCIACIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS RESARCITORIAS, EN GENERAL: SISTEMAS LIBERALES DE FINANCIACIÓN DE LITIGIOS COLECTIVOS V SISTEMAS DE FINANCIACIÓN PÚBLICA.	261
3.	LA DIRECTIVA NO IMPONE A LOS ESTADOS MIEMBROS UN SISTEMA DE FINANCIACIÓN DETERMINADO.	262
4.	LA REGULACIÓN PROPUESTA PARA LA FINANCIACIÓN PRIVADA DE LITIGIOS RESPONSABLE EN LA RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO, DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2022	265
5.	LA INSUFICIENTE REGULACIÓN DE LA FINANCIACIÓN DE LITIGIOS POR TERCEROS EN EL PROYECTO DE LEY	275

LA FINANCIACIÓN DE LITIGIOS EN LA PROYECTADA LEY DE ACCIONES DE REPRESENTACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS ACCIONES CIVILES ANTITRUST. Blas A. GONZÁLEZ 285

1.	FINANCIACIÓN DE LITIGIOS Y ACCESO A LA JUSTICIA	287
----	---	-----

2.	LA FINANCIACIÓN DE LITIGIOS DE LAS ACCIONES CIVILES DE CLASE DE LOS CONSUMIDORES	290
3.	LA FINANCIACIÓN DE LITIGIOS DE LAS ACCIONES CIVILES DE CLASE POR DAÑOS ANTITRUST	294

SITUACIÓN Y TENDENCIAS EN LA FINANCIACIÓN DE TERCEROS EN EL ARBITRAJE. GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA/ARBITRAJE. Javier ÍSCAR DE HOYOS 297

1.	SITUACIÓN DE LA FINANCIACIÓN DE TERCEROS EN EL ARBITRAJE	299
1.1.	La Financiación de Terceros no es sólo financiación	299
1.2.	Una evolución rápida y contundente. De la prohibición a la bendición	301
2.	FINANCIACIÓN DE TERCEROS Y LEY APLICABLE	302
3.	TENDENCIAS. MÁS PREGUNTAS QUE RESPUESTAS	304
3.1.	Hacia una regulación en la UE	304

THIRD PARTY FUNDERS Y ARBITRAJE INTERNACIONAL. Cristián GUAL GRAU Diego SOBEJANO NIETO. 307

1.	INTRODUCCIÓN	309
2.	EL ARBITRAJE INTERNACIONAL COMO MEDIO NATURAL PARA LA FINANCIACIÓN DE LITIGIOS	310
3.	LOS PROBLEMAS «CLÁSICOS» DE LA FINANCIACIÓN DE LITIGIOS A LOS QUE EL ARBITRAJE INTERNACIONAL ESTÁ, POR SUS CARACTERÍSTICAS, PARTICULARMENTE BIEN ADAPTADO	311
4.	LOS PROBLEMAS ESPECÍFICOS DE LA FINANCIACIÓN DE LITIGIOS EN ARBITRAJE INTERNACIONAL: CONFLICTOS DE INTERÉS, CONFIDENCIALIDAD Y COSTAS.	314
4.1.	Conflictos de interés	314
4.2.	La confidencialidad y las costas	315
5.	CONCLUSIONES.	320

THIRD PARTY FUNDING EN EL SECTOR DE LA ENERGÍA, INFRAESTRUCTURAS Y CONSTRUCCIÓN. Antonio MORALES PLAZA	321
1. EL SECTOR DE LA ENERGÍA, INFRAESTRUCTURAS Y CONSTRUCCIÓN	323
1.1. Breve evolución histórica	323
1.2. Mecanismos de resolución de controversias	324
1.3. Evolución de la litigiosidad en el sector	324
2. LA FINANCIACIÓN DE LOS LITIGIOS EN EL SECTOR.	325
2.1. Marco actual.	325
2.2. Incidencia del <i>Third Party Funding</i>	326
3. CONCLUSIONES	327

CHALLENGES OF THE THIRD PARTY FUNDING REGULATION UNDER THE EU DIRECTIVE. Cristina PONCIBÒ Svitlana ZADORZHNA.	329
---	-----

1. OVERVIEW OF THE REGULATORY DEBATE ON TPF IN THE EUROPEAN UNION, PROPOSAL FOR A EU DIRECTIVE	331
2. REGULATORY ISSUES UNDER UE LEGISLATION.	332
2.1. Regulatory Supervision & Capital Adequacy	332
2.2. TPLF Agreements	333
2.3. Courts' Control over TPF Agreements	334
2.4. TPF Agreement Disclosure	336
2.5. European Lawyers' Ethics	337
3. CONCLUSION.	338
4. BIBLIOGRAPHY.	339

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y THIRD PARTY FUNDING. PROPUESTA EUROPEA PARA REGULAR LA FINANCIACIÓN DE LITIGIOS POR TERCEROS. DESEQUILIBRIO ENTRE EL ACCESO A LA JUSTICIA Y LOS INTERESES DE LOS DEMANDANTES. Íñigo IGARTUA ARREGUI Victoria RIVAS SANTIAGO	341
--	-----

1. INTRODUCCIÓN	343
-----------------------	-----

2.	LA RESOLUCIÓN Y LA PROPUESTA DE DIRECTIVA.	344
2.1.	Autorización y supervisión	344
2.2.	Transparencia y publicidad.	345
2.3.	Selección de casos por parte de los financiadores. . .	346
2.4.	Gestión de los pleitos	346
2.5.	Participación del financiador en el resultado del pleito	347
3.	CONCLUSIÓN.	348
 THIRD PARTY FUNDING EN EL SENO DE PROCEDIMIENTOS CONCURSALES. Jordi GRAS I SAGRERA		349
1.	LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO DE TPF EN EL MARCO DEL CONCURSO DE ACREEDORES	351
1.1.	Principio de universalidad de la masa activa.	352
1.2.	Efectos del concurso sobre las facultades patrimoniales del deudor	352
1.3.	Principio de conservación de la masa activa y autorización judicial para suscribir un contrato TPF en sede concursal	353
2.	LOS CONTRATOS TPF EN SUPUESTOS DE INSUFICIENCIA DE MASA ACTIVA DEL CONCURSO DE ACREEDORES . . .	354
3.	CRITERIOS PARA QUE EL CONTRATO TPF PUEDA SER AUTORIZADO EN EL MARCO DE UN CONCURSO DE ACREEDORES	355

Resumen: Este artículo se refiere al análisis del mercado de la Financiación por Terceros en España y en concreto, a las tendencias y perspectivas del mercado español.

1. PERSPECTIVA GLOBAL Y DATOS DEL MERCADO INTERNACIONAL DE LA FINANCIACIÓN POR TERCEROS

En la última década hemos podido observar un crecimiento exponencial del uso y aceptación de la Financiación por Terceros (también conocida como *Financiación de Litigios y Arbitrajes*, *Third Party Funding*, *Litigation Funding* o *Legal Finance*)⁽¹⁾ en el mundo. La Financiación por Terceros se ha venido utilizando como un elemento recurrente en el ámbito de los litigios judiciales y arbitrales para financiar una amplia gama de disputas domésticas e internacionales, en sectores diversos y bajo diferentes reglas procesales, consolidándose como garante del derecho de acceso a la justicia⁽²⁾.

Algunos autores lo han definido como un mecanismo que permite a un sujeto titular de un derecho de reclamación frente a otro individuo, financiarse con el solo objeto de cubrir los gastos de la controversia. En caso de que el pleito se gane, el financiador obtendrá un beneficio⁽³⁾.

Debe tenerse en cuenta que una de las características esenciales de la Financiación por Terceros es que se trata de una financiación sin recurso. El financiador paga la totalidad o parte de los costes asociados a la controversia

(1) KINGSTON, J, *Increasing Investor Interest in Litigation Funding*, *Corporate Disputes*, nº. 15, Abril-Junio, 2016, pág.103. Asimismo, *Litigation 2019: Trends - The rise and rise of third-party funding*, *Law Business Research*, 2019.

(2) HENDEL, C., TIRADO, J. y SÁNCHEZ-FREIRE, A., *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, 2020, pp. 485-491.

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

y, solo si el caso tiene éxito, recibe a cambio una retribución⁽⁴⁾. Dicha retribución suele ser un múltiplo de la inversión o un porcentaje del resultado de la controversia.

La Financiación por Terceros, como herramienta para garantizar el acceso a la justicia, mitigar los costes y/o riesgos asociados a la litigación, ha contribuido a la consolidación de una industria de dimensiones considerables desde que se originó en Australia a mediados de los años 90, extendiéndose posteriormente a Reino Unido y Estados Unidos. En Europa continental, se inició en Alemania en 1998, inicialmente como parte de grandes acciones colectivas y, desde principios de la década de 2000, la Financiación por Terceros cobró cada vez mayor importancia en el Reino Unido, que es ahora, con diferencia, el mayor mercado del continente europeo.

Si tomamos en cuenta los datos estimados por los diferentes observadores del sector de la Financiación por Terceros, a pesar de las discrepancias entre algunos de ellos, podemos obtener una información aproximada de las dimensiones, así como del crecimiento anual observado en los últimos años.

Según el estudio *Swiss Re Group*⁽⁵⁾, la inversión mundial en el sector de la Financiación por Terceros aumentó un 16% respecto a 2020 hasta alcanzar los 17.000 millones de dólares en el mundo en 2021. Estados Unidos tiene una cuota de más del 50% (52%) y le siguen Australia (8%), Reino Unido (7%) y Alemania (4%).

Según los datos del *European Parliamentary Research Service*⁽⁶⁾ Estados Unidos concentra el 50% del sector, mientras que Europa más Reino Unido tendría una cuota del 27%, ya que solo en Reino Unido el mercado se estimó en más de 1.300 millones de dólares en 2021. En cuanto a los países de la UE, España es el cuarto país más activo.

En el *Litigation Finance Market Report 2023* publicado por *Westfleet Advisors*, se indica que, solo en Estado Unidos, en 2023 había 39 fondos activos especializados en Third Party Funding (sin tener en cuenta los fondos

(4) Véase la definición amplia formulada por el Grupo de trabajo ICCA-Queen Mary University en 2018 que ilustra las diferentes estructuras que se pueden adoptar en la Financiación por Terceros».

(5) SWISS RE GROUP, *Swiss Re Institute US Litigation Funding and Social Inflation report, December 2021*.

(6) SAULNIER, J., KORONTHALYOVA, I. y MÜLLER, K, «Responsible private funding of litigation. European added value assessment», European Parliamentary Research Service, 2021.

multiestratégicos ni los fondos *ad hoc* que se dedican también a otros activos) con un total de 15.200 millones de dólares bajo gestión.

Por otra parte, tal como se indica en el informe publicado por *Facts and Factors*⁽⁷⁾, el tamaño del mercado mundial de inversión en Financiación por Terceros se valoró en alrededor de 11.412 millones de dólares en 2019 y se estima que superará alrededor de 20.548 millones de dólares en 2026 con una tasa de crecimiento anual compuesta (CAGR) de aproximadamente 6,7% entre 2020 y 2026.

Asimismo, a fin de poder analizar la perspectiva global del mercado en la actualidad, deben tomarse en consideración las conclusiones alcanzadas por la *Government Accountability Office (GAO)* de Estados Unidos en su informe de fecha 19 de enero de 2023 *Third Party Litigation Finance: Market Characteristics, Data and Trends*, también conocido como *Informe GAO*⁽⁸⁾ en el que se analizan las tendencias y la regulación de la Financiación por Terceros. Dicho informe constituye una guía de alto valor para alcanzar una mayor comprensión de esta figura y sus conclusiones resultan de aplicación a otras jurisdicciones más allá del mercado estadounidense.

En cuanto a las tendencias, el Informe GAO destaca que el crecimiento del mercado de la Financiación por Terceros en los últimos años se ha producido a medida que las empresas se han ido familiarizando con el concepto, observándose un crecimiento generalizado del mercado estadounidense en los últimos cinco años. Esto se manifiesta no solo en el volumen de financiación disponible, sino también en un aumento del número de solicitudes de financiación, así como en la entrada de nuevos financiadores en el mercado.

Por lo que respecta a los inversores, el Informe GAO señala que, según los datos del mercado, en 2021 se registró un aumento del 11% en el capital aportado por los inversores para nuevas operaciones. Este crecimiento vino motivado por un aumento de la aceptación y del uso de la Financiación por Terceros.

En el Informe GAO se determinan las ventajas de la Financiación por Terceros, concluyéndose que se trata de una herramienta muy útil en el marco de los procesos judiciales o arbitrales por cuanto:

(7) FACTS AND FACTORS, *Facts and Factors, Litigation Funding Industry Market Size and Share. Global Industry Perspective, Comprehensive Analysis and Forecast 2020-2020*.

(8) Véase *Government Accountability Office (GAO), Third Party Litigation Finance: Market Characteristics, Data and Trends*, 19 de enero de 2023.

a) Aporta valor a la parte financiada. En el referido informe se señalan, por ejemplo, las ventajas de llevar a cabo una *due diligence* o auditoría legal del caso por el financiador para confirmar las posibilidades de éxito de la disputa, lo que permite a la parte financiada recibir una evaluación del caso.

b) Se transfieren los riesgos del litigio o arbitraje. Una muestra de ello son las estructuras de monetización de demandas, sentencias y laudos arbitrales, que suponen anticipar al demandante el valor económico del litigio o arbitraje, sin esperar al resultado, evitando así los riesgos de la fase de ejecución.

c) Garantiza el acceso a la justicia, ya que contribuye a igualar la posición de los demandantes en el litigio al disponer de mayores recursos y facilita que los demandantes puedan tener acceso a la justicia gracias a la financiación.

Se indica que el crecimiento de la Financiación por Terceros puede explicarse, principalmente, por dos factores:

a) El incremento del mercado de servicios jurídicos, incluyendo el incremento de los litigios, así como del arbitraje a nivel mundial. Nótese, por ejemplo, que el mercado mundial de servicios jurídicos, incluyendo los litigios además de otras cuatro áreas del sector jurídico, se valoró en 849.280 millones de dólares en 2020 y se espera que se expanda a una tasa de crecimiento anual compuesto (TCAC) del 4,4% de 2021 a 2028⁽⁹⁾.

b) La mayor comprensión de la Financiación por Terceros por parte de particulares y empresas, que descubren cada vez más las ventajas de dicha figura para gestionar sus riesgos y tesorería.

Por último, se concluye que se espera que esta tendencia de crecimiento continúe en los próximos años, ya que la aceptación y comprensión de la Financiación por Terceros seguirá aumentando en toda la comunidad jurídica.

(9) Fuente: *GrandView Research*, 2021.

2. ESTADO Y TENDENCIAS DEL MERCADO DE FINANCIACIÓN POR TERCEROS EN ESPAÑA

2.1. Introducción

Aunque la Financiación por Terceros es una práctica relativamente nueva en España, en los últimos años el mercado español ha experimentado una creciente demanda por parte de empresas, despachos de abogados y particulares que ven en la Financiación por Terceros una herramienta para reducir costes y gestionar riesgos.

Desde que los primeros financiadores entraron en España en 2017, el mercado ha crecido exponencialmente año tras año, y se espera que esta tendencia continúe en los próximos años.

La Financiación por Terceros se ha convertido en un tema candente de debate, y no solo en conferencias y seminarios web, sino que también se ha puesto de manifiesto a través de la proliferación de artículos publicados sobre el tema⁽¹⁰⁾ con un creciente interés entre las distintas partes interesadas por saber más al respecto.

Los despachos de abogados están cada vez más familiarizados con el concepto, y los equipos jurídicos internos ven cada vez más el valor que la Financiación por Terceros puede aportar a las empresas y particulares.

El mercado español es atractivo para diferentes operadores de Financiación por Terceros y cada vez gana más confianza y comprensión. En las actuales condiciones económicas, por ejemplo, las características de los litigios españoles han venido facilitando el crecimiento del mercado español de Financiación de Litigios. Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que se ha producido un aumento de la tasa de litigiosidad en los últimos años en España⁽¹¹⁾ y que el período de resolución de los procedimientos judiciales es razonablemente corto⁽¹²⁾ además de la creciente previsibilidad de las sentencias de los tribunales españoles⁽¹³⁾.

(10) S. SAINZ, *Los fondos se hacen fuertes en España*, Expansión, 22 de enero de 2020.

(11) Véase España tenía una tasa de litigiosidad (jurisdicción civil) del 54%, en 2021, habiendo aumentado un 17% tras la pandemia. Fuente: *European judicial systems/Evaluation Report/Evaluation cycle 2020/Data 2018*.

(12) La duración de los procedimientos judiciales civiles en primera instancia en España está ligeramente por encima de la media (312 días) de países como Alemania (220 días), pero con una duración inferior a la de otros países como, por ejemplo, Francia e Italia. Fuente: *La Justicia Dato a Dato. Consejo General del Poder Judicial 2021*.

La Financiación por Terceros no está regulada expresamente en España, pero está permitida en virtud de los principios del Derecho civil español que rigen los contratos comerciales.

A nivel comunitario, sin embargo, se han producido diversas iniciativas legislativas que se están impulsando en los últimos años en relación con la aplicación de la figura de la Financiación por Terceros que pueden tener impacto en el mercado español:

— La *Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020*⁽¹⁴⁾, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, cuyo artículo 10 establece determinadas normas sobre la Financiación por Terceros. La transposición de la referida Directiva al ordenamiento español debía haberse llevado a cabo antes de 25 de junio de 2023, pero en la actualidad solo se ha publicado el *Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores* en enero de 2023, que contiene diversos artículos destinados a la Financiación por Terceros y está aún pendiente de aprobación definitiva.

— La *Resolución del Parlamento Europeo de 13 de septiembre de 2022*⁽¹⁵⁾ con recomendaciones destinadas a la Comisión Europea sobre la financiación privada de litigios responsable, que incluye una Propuesta de Directiva sobre la regulación de la Financiación por Terceros.

El contenido de las referidas propuestas ha generado muchas críticas por parte del sector de la Financiación por Terceros, que se concretan en el informe presentado por parte de la *International Legal Finance Association* (ILFA) en el informe *Resourcing the Rule of Law in Europe*. Según Law360⁽¹⁶⁾, con posterioridad a la presentación de dicho informe de la ILFA, la Comisión Europea ha informado que la aprobación de la referida Propuesta de Directiva podría retrasarse, puesto que se está realizando una actividad de investigación más formal del sector antes de avanzar en la implementación de nueva normativa.

Por otra parte, en el entorno arbitral español, también se han elaborado algunas normas aplicables a la Financiación por Terceros, en relación con la

(13) En 2021, solo el 15,7% de las sentencias dictadas en primera instancia fueron recurridas, y el 62% fueron íntegramente confirmadas en apelación. Fuente: *La Justicia Dato a Dato. Consejo del Poder Judicial 2021*.

(14) DOUE nº L 409/1, de 4 de diciembre de 2020.

(15) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0308_EN.html

(16) <https://www.law360.com/articles/1693732>

regulación del deber de revelar la existencia de financiación en el arbitraje, para evitar conflictos de intereses con el árbitro, y siguiendo la tendencia de las diversas cámaras internacionales (entre otras, el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) (2021) (artículo 11.7), las Reglas y Reglamentos del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) (2022) (Regla 14). Algunos ejemplos relevantes de la actividad normativa de las cámaras arbitrales españolas respecto la Financiación por Terceros son el Código de Buenas Prácticas en Arbitraje del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje (CEIA) (2019), Recomendación 6; el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje Internacional de Madrid (CIAM) (2020), Sección 23; y, el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid (CAM) (2022) Sección 9 bis.

Todas estas normas deben clasificarse como normas blandas (*soft law*), debido a su naturaleza no estatutaria, y todas ellas comparten el mismo objetivo de lograr la revelación del uso de la Financiación por Terceros en el arbitraje, con el fin de evitar posibles conflictos de intereses⁽¹⁷⁾. Dicha intensa actividad normativa llevada a cabo por las referidas cámaras españolas en los últimos años, incluyendo la Financiación por Terceros en sus respectivos reglamentos, evidencia la consolidación del uso de la financiación en España.

2.2. Informe RAMCO sobre el Estado de la Financiación por Terceros en España de 16 enero de 2024

Con el fin de analizar el estado del mercado español de Financiación por Terceros, resulta clarificador acudir al informe RAMCO, publicado el 16 de enero de 2024⁽¹⁸⁾, sobre la situación, tendencias y perspectivas de la Financiación por Terceros en el mercado español. Dicho informe se basa en el estudio llevado a cabo por parte de Ramco Litigation Funding (RAMCO) junto con la consultoría jurídica LOIS (Legal Operations Institute Studies) en colaboración con la Universidad de ESADE y consta de 106 encuestas a público objetivo informado (abogados internos, externos, árbitros y jueces), así como siete entrevistas en profundidad alcanzando una muestra muy significativa que dota al estudio de conclusiones de mercado de alto valor. Se trata de la encuesta más amplia realizada hasta ahora en el mercado de la Financiación por Terceros en España.

(17) FERNÁNDEZ MASIÀ, E., *La financiación por terceros en el arbitraje internacional*, Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 8, núm. 2, 2016.

(18) Véase <https://ramcolf.com/es/primer-sesion-del-foro-ramco-esade/>

Las conclusiones alcanzadas en el informe RAMCO son las siguientes:

2.2.1. Crecimiento y conocimiento de la figura de la Financiación por Terceros en España

El rápido crecimiento experimentado en el mercado de Financiación por Terceros en España desde 2017 hasta la actualidad, se debe en gran parte al alto interés que ha generado esta figura en las empresas, particulares y los diversos operadores del sector jurídico. A pesar de que España es un mercado aún en fase de crecimiento o evolución, más del 60% de los encuestados conocía la figura de la Financiación por Terceros y más del 90% de los encuestados manifestaron tener interés en conocer las soluciones que ofrece. Por otra parte, casi un 55% de los encuestados tenía interés en acudir a la Financiación por Terceros en el corto o medio plazo, reflejándose una actitud proactiva e interés en utilizar dicha figura.

2.2.2. La Financiación por Terceros como elemento dinamizador del sector legal y solución a los desafíos económicos actuales

Aproximadamente el 75% de los encuestados consideraron que la Financiación por Terceros es una alternativa viable para abordar procesos judiciales y arbitrales en el actual escenario económico. Asimismo, indicaron que se trata de una herramienta estratégica para manejar mejor los riesgos y optimizar recursos en tiempos inciertos, siendo un dinamizador del sector legal.

También se concluyó que la Financiación por Terceros puede aplicarse a demandantes de perfiles (ya sean grandes empresas como pymes, consumidores y empresarios individuales). La mayoría de encuestados consideraron que la Financiación por Terceros es idónea tanto para grandes empresas como Pymes con un resultado del 27,1% en ambos casos.

2.2.3. Experiencia y satisfacción

Una proporción considerable de encuestados confirmó haber utilizado la Financiación por Terceros en España, a pesar de que aún queda un amplio margen de crecimiento en el mercado español. En concreto, un 41% de encuestados había utilizado la Financiación por Terceros en los últimos cinco años, siendo el principal motivo, las necesidades de tesorería (46,8%), seguido de la mitigación de riesgos (31,9%) y costes (17%).

Más del 90% de los usuarios que utilizaron la Financiación por Terceros muestran un alto grado de satisfacción y están dispuestos a repetir la experiencia, subrayando la efectividad percibida en la utilización de esta figura.

2.2.4. La Financiación por Terceros se ha utilizado mayoritariamente en casos de arbitraje y en litigios del ámbito del Derecho mercantil y civil, destacando los sectores de la construcción y energía

Los resultados muestran que más del 55% de los encuestados utilizaron la financiación mayoritariamente en procesos arbitrales, en particular, relacionados con los sectores de construcción y energía, reflejándose la utilidad de la Financiación por Terceros para gestionar los costes asociados con disputas de gran envergadura.

En los temas judiciales, la financiación se ha utilizado principalmente en las áreas de Derecho civil y Mercantil (80%), seguidas por las áreas de Derecho Administrativo (10,9%), Derecho Fiscal (6,3%) y Propiedad Intelectual. Por otra parte, la mayoría de los encuestados indicaron que utilizaron la Financiación por Terceros, en casos del sector de Construcción e Infraestructuras (36,2%) y del sector de la Energía (20%).

2.2.5. Perspectivas de crecimiento importantes en los próximos años en España Recomendación, confianza y regulación

Aunque la Financiación por Terceros se percibe como emergente, hay una expectativa generalizada de crecimiento en España. Más del 60% de los encuestados consideró una expectativa generalizada de un mayor desarrollo de la Financiación por Terceros en los próximos años, reflejándose un optimismo sobre su expansión y consolidación en el mercado español.

Por otra parte, la mayoría de encuestados opinó que debe regularse la Financiación por Terceros (61%). Un porcentaje considerable (40,6%) consideró que la forma más eficaz de regulación sería a nivel supranacional, mediante una Directiva Europea o Convenios Internacionales. Mientras que un 28,3% sugirió que la regulación debería provenir de los reglamentos de las Cámaras Arbitrales.

2.2.6. Áreas de mejora y factores clave para su desarrollo en España

Por último, a pesar de que más de un 90% de encuestados manifestó su satisfacción y que repetirían la experiencia, en el informe RAMCO se señala que aún existe un margen de mejora. En concreto, la necesidad de mayor

transparencia y flexibilidad en las estructuras de financiación son factores relevantes para el fortalecimiento y la adaptación del modelo a las necesidades del mercado. Los encuestados consideraron como puntos a mejorar por parte de los financiadores de litigios, una mayor flexibilidad en las estructuras de financiación (53,2%) y reducir la duración del proceso de financiación hasta la firma del contrato (23,4%).

En cuanto a las estructuras de financiación se concluyó que uno de los retos del sector será la capacidad de cada financiador para aplicar estructuras de financiación flexibles y adaptarse al mercado español.

2.3. Tipologías de casos y sectores en el mercado de Financiación por Terceros en España. Evolución de las estructuras de financiación

Como se ha mencionado anteriormente, el desarrollo futuro de la Financiación por Terceros en España parece prometedor, con un potencial considerable para crecer aún más. Si comparamos con otros países, como el Reino Unido, Estados Unidos o Australia, donde la Financiación por Terceros está más consolidada, España está aún en una etapa incipiente, pero es probable que siga la tendencia de estos países, a la vista del crecimiento exponencial que ha experimentado el mercado español desde la entrada de los primeros financiadores en 2017.

Debe tenerse en cuenta que el mercado español tiene una serie de características atractivas para la Financiación por Terceros. Un ejemplo de ello, serían los tipos de casos de alto valor añadido, que se generan en el mercado español y que reúnen los parámetros de éxito y económicos esperados por los financiadores. El aumento en la demanda de servicios legales, junto con el creciente volumen de casos financiables, va a seguir impulsando la adopción más amplia de esta práctica, generando un mercado más sofisticado.

Por otra parte, las áreas que los inversores han considerado como de especial interés son recursos naturales y energía, mercados regulados, banca y mercados financieros, energías renovables, proyectos de capital e infraestructuras, defensa de la competencia y propiedad industrial e intelectual. Este espectro de uso sugiere que la Financiación de Litigios es percibida como una herramienta versátil, aplicable a una gama diversa de asuntos legales, especialmente en áreas con implicaciones económicas y comerciales significativas.

En los últimos años, la aplicación privada del derecho de competencia y más concretamente de las acciones de daños basadas en la trasposición a la

legislación española de la Directiva de daños⁽¹⁹⁾ han sido importantes impulsores de la financiación por Terceros en el mercado español. La nueva legislación ha mejorado el procedimiento de reclamación de daños y perjuicios causados por prácticas restrictivas y ha fomentado la presentación de un gran número de demandas en este ámbito. Nótese que en el informe RAMCO, el 61,3% de los encuestados consideró que la Financiación por Terceros representa una buena oportunidad en el área de competencia.

Las demandas por daños y perjuicios del llamado *cártel de camiones*⁽²⁰⁾ han sido los casos más activos en el panorama litigioso español en los últimos cinco años. Por otra parte, las demandas de daños y perjuicios del llamado *cártel de la leche*⁽²¹⁾ y, más recientemente, las demandas por daños y perjuicios del *cártel de coches*⁽²²⁾ han sido temas candentes en el entorno litigioso actual en España, en los cuales se ha utilizado la Financiación por Terceros en una amplia mayoría de los casos. En este ámbito, la financiación cobra gran relevancia y permite que empresas con recursos limitados puedan reclamar de los daños y perjuicios causados por la infracción de la normativa de competencia.

Por otra parte, en España se han originado litigios multi-jurisdiccionales complejos, algunos de ellos seguidos ante la jurisdicción española y otros en arbitraje. El aumento de los casos sometidos a arbitraje sobre todo en los sectores de Energía y Construcción ha creado un ambiente adecuado para la Financiación por Terceros, que ha tenido un profundo arraigo en los últimos años tanto en el arbitraje comercial como en el arbitraje de inversión⁽²³⁾.

Cabe señalar, por ejemplo, que España es uno de los países con mayor número de arbitrajes de inversión en el CIADI (principalmente relacionados con el conflicto de las energías renovables, sobre los recortes llevados a cabo por el Gobierno español entre 2010 y 2013 al sistema de incentivos estable-

(19) Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/104/UE, relativa a las acciones de daños de daños y perjuicios en materias de defensa de la competencia.

(20) Reclamaciones de daños derivadas de las conductas sancionadas por la Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016, en el marco del Expediente AT.39824-Trucks.

(21) Reclamaciones de daños derivadas de las conductas sancionadas por la Decisión de la CNMC de 11 de julio de 2019, en el marco del Expediente S/0425/12 INDUSTRIAS LACTEAS 2.

(22) Reclamaciones de daños derivadas de las conductas sancionadas por la primera Decisión de la CNMC nº 482/2013 de fecha 23 de julio de 2013 así como decisiones subsiguientes.

(23) Según la encuesta anual del *Global Arbitration Review (GAR) 100* las firmas reportaron 208 arbitrajes financiados en 2023 frente a 198 en 2022.

cido para las empresas de energías renovables), que en muchos casos han sido objeto de financiación.

Según se indica en el informe RAMCO, el 55% de los encuestados utilizaron la financiación mayoritariamente en procesos arbitrales, y en particular, relacionados con los sectores de construcción e infraestructuras (36%) y energía (19%). Esta distribución sugiere una concentración del uso de Financiación por Terceros en sectores con grandes proyectos e inversiones, donde las disputas suelen involucrar sumas significativas y complejidades técnicas, reafirmando la utilidad estratégica de este modelo de financiación en contextos de alto valor y riesgo⁽²⁴⁾.

Por otra parte, las estructuras de financiación han experimentado una evolución. Se ha observado que los litigantes no solo han buscado financiar los costes de los litigios, sino que también existe un creciente interés del mercado en otras formas innovadoras de financiación, como la financiación de carteras (*portfolios*) de demandas o la financiación de despachos de abogados.

Otra tendencia es la monetización de demandas, sentencias y/o laudos arbitrales. Hay que destacar especialmente la creciente tendencia de la monetización de los laudos arbitrales⁽²⁵⁾ que supone el adelanto de capital contra el resultado futuro de la reclamación. En esencia, consiste en que se cede o vende al financiador una parte o la totalidad del laudo a cambio de un precio. Pero en todo caso, lo relevante es que supone para el demandante una aceleración o anticipación del resultado de la ejecución del laudo, evitando los riesgos de afrontar un proceso de ejecución, con altos costes y larga duración, por parte de los titulares de laudos arbitrales favorables. Dichos riesgos se asumen en su totalidad por parte del financiador.

3. CONCLUSIONES Y VALORACIÓN: FACTORES CLAVE PARA EL DESARROLLO DE LA FINANCIACIÓN POR TERCEROS EN ESPAÑA

La Financiación por Terceros ha experimentado un importante crecimiento en los últimos años a nivel internacional dando lugar a un sector de

(24) Ha habido un aumento de las disputas relacionadas con el ámbito de la energía y construcción, muchas de ellas se dirimen en arbitraje, debido a la transición energética y a la implementación de la normativa ESG. Por ejemplo, en el CIADI de 346 casos en 2022, la cifra más alta desde su constitución, de los cuales el 46% están relacionados con la energía. En la ICC, el 20% de los arbitrajes en 2022 tenían relación con el sector energía.

(25) SLANEY ADVISORS, *Dawn of a new legal specialism*, Financial Investment in arbitration, 2020.

«*There can be no equal justice where the kind of trial a man gets depends on the amount of money he has*»⁽¹⁾.

Resumen: Este trabajo describe someramente las interrelaciones entre los contratos de financiación o monetización de reclamaciones y los seguros que cubren los riesgos de pérdida del pleito, imposición de costas adversas, duración del procedimiento o anulación de sentencias favorables, entre otros.

1. INTRODUCCIÓN

Son muchos y muy variados los puntos de conexión entre el *litigation finance* y los seguros. El objetivo es apuntar algunos de los principales y explorar las sinergias entre ambos productos. Cumple señalar que este trabajo ni pretende ni podría analizar en toda su extensión las interrelaciones entre el *litigation finance* y el *specialty insurance*.

El denominador común de la gama de productos del *litigation finance* es la asunción del riesgo del pleito por parte del inversor. Si se pierde el pleito, el inversor pierde la suma pagada al demandante. El inversor sólo recupera el capital y el retorno pactado en el caso y en la medida en que prospere la acción.

En el caso del *third party funding*, el inversor costea los gastos del pleito, incluyendo honorarios de abogado, procurador, perito, tasas, depósitos para recurrir y, en su caso, la prima de un seguro para cubrir el riesgo de condena en costas. El demandante no tiene obligación de pagar al inversor si se pierde el pleito (salvo si se incumple el contrato, en cuyo caso el principio de responsabilidad patrimonial universal resulta de aplicación).

Por su lado, en la monetización o cesión adquisitiva de la acción o del resultado de la misma, el inversor paga una suma de libre disposición al demandante, que puede utilizarla (o no) para costear el pleito. Si la acción

(1) U.S. Supreme Court Justice Hugo Black (1964).

se desestima, el cesionario pierde el capital invertido (y el cedente no recibe cobro alguno en concepto de precio variable o *earnout*).

En este contexto, existen seguros especiales que permiten cubrir los múltiples riesgos que pueden surgir a lo largo del procedimiento.

2. CASUÍSTICA DE SEGUROS VINCULADOS CON EL *THIRD PARTY FUNDING*

2.1. Cobertura del riesgo de condena en costas

En primer lugar, los servicios de una estructura de *third party funding* pueden incluir la cobertura del riesgo de condena en costas. Así, además de no asumir los costes del procedimiento, el demandante puede quedar también cubierto frente al riesgo de que se le pudiera condenar al pago de las costas del demandado en caso de desestimación de la demanda.

En este caso, el inversor puede incluir en el presupuesto del procedimiento el coste de la prima de la póliza de seguro (*after the event* o *ATE insurance*). Normalmente, el demandante es el asegurado, tomador y beneficiario del seguro. El inversor paga a la aseguradora la prima por cuenta del asegurado y el derecho de crédito correspondiente queda regulado en el marco del contrato de financiación de litigios (*litigation funding agreement*).

El inversor suele también ser designado como beneficiario adicional. Sin embargo, en el caso español, incluso cuando se pueda o se deba revelar la existencia de un inversor en el pleito, no parece que el inversor vaya a quedar expuesto a la condena en costas. En efecto, en la estructura tradicional de *third party funding*, el inversor no es parte actora ni co-demandante, dado que no se produce sucesión procesal alguna al no tratarse de un cesionario del crédito litigioso. En consecuencia, el inversor no forma parte de la *litis* ni, por tanto, puede ser condenado en costas. La decisión de interponer la acción corresponde exclusivamente sobre al demandante.

No obstante, aunque no se trata de una cuestión pacífica, la protección más robusta a la que puede acceder el inversor es la designación irrevocable como beneficiario (arts. 87.II y 99.I de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro).

En este tipo de seguros, la prima suele ser fija y pagadera, junto con el tributo correspondiente cuando se suscribe la póliza de seguros. No obstante, también puede darse el caso de que, a cambio de un coste inicial menor, la

aseguradora se reserve el derecho a participar en el resultado de pleito. En este caso, la aseguradora suele tener prelación crediticia incluso sobre los derechos del inversor.

En estos casos, como en todos los demás, la aseguradora analiza el riesgo del pleito (lo que se conoce como el *underwriting* de la operación). Normalmente, las aseguradoras exigen una probabilidad de éxito de *should level*, lo que suele traducirse en unas probabilidades de éxito de entre el setenta y el ochenta por ciento.

2.2. Cobertura del riesgo de anulación de sentencia favorable

En segundo lugar, existe el producto de *judgment preservation insurance*. A costa de reducir la rentabilidad esperada, los inversores pueden tener interés en asegurar un pronunciamiento favorable en primera o segunda instancia. El riesgo asegurado es la estimación de un recurso ordinario (e.g., apelación) o extraordinario (e.g., casación).

Lo mismo puede hacer la parte demandante al margen de toda operación de *litigation finance*. La cuestión no es baladí ni en términos de caja ni patrimoniales. A diferencia de un pasivo contingente, que debe reconocerse contablemente conforme a los principios de prudencia valorativa y correlación de ingresos y gastos cuando es probable su materialización, los activos contingentes sólo son susceptibles de reconocimiento cuando recae una sentencia favorable susceptible de ejecución provisional (BOICAC 108/diciembre 2016-3). Y aun en ese supuesto, debe analizarse la procedencia de dotar una nueva provisión en caso de que se considere es probable que se estime el recurso frente a la sentencia favorable objeto de ejecución provisional.

El aseguramiento frente al riesgo de anulación de la sentencia favorable recaída en primera instancia permite consolidar el ingreso reconocido como consecuencia del cobro obtenido en la ejecución provisional, sin necesidad de tener que dotar una provisión, con el correspondiente gasto asociado.

2.3. Cobertura del riesgo de reversión de la ejecución provisional

Vinculado con el producto anterior, el inversor (como asegurado y tomador) puede asegurar también el riesgo de devolución del importe cobrado por el inversor en el marco de una ejecución provisional.

Desde la perspectiva de la tasa interna de rentabilidad del inversor, es preferible cobrar lo antes posible, por lo que no es inhabitual que el deman-

dante se comprometa a instar la ejecución provisional de sentencias favorables. En ese caso, determinadas circunstancias pueden llevar al demandante a exigir al inversor prueba de su liquidez para devolver el importe cobrado en la ejecución provisional (el obligado frente al demandado es el demandante, no el fondo).

Este tipo de seguros permite dar confort al demandante, el cual, en consecuencia, puede comprometerse con el fondo a instar la ejecución provisional de sentencias favorables.

2.4. Cobertura del riesgo de pérdida del pleito

En cuarto lugar, el propio inversor puede valorar asegurar también el riesgo de su capital invertido (*capital protection insurance*).

Mientras que el aseguramiento del éxito de la acción adquiere en muchos casos una dimensión inabarcable, la suma asegurada se reduce sensiblemente tras la entrada del inversor, ya que el interés asegurado es el coste del pleito asumido por el inversor.

2.5. Cobertura del riesgo de duración del procedimiento

También es posible cubrir el riesgo de duración excesiva del procedimiento, especialmente en el marco de pleitos de derecho administrativo donde puede encadenarse la interposición de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y una cuestión de inconstitucionalidad. En estos casos, el inversor es normalmente el asegurado y tomador.

2.6. Cobertura del riesgo de insolvencia de la parte demandada

Finalmente, cabe asegurar el riesgo de insolvencia del demandado (o la prolongación excesiva del procedimiento de ejecución). Como en el caso anterior, el inversor es habitualmente el asegurado y tomador.

Cuando este producto es más atractivo para ambas partes (asegurado y asegurador) es en los pleitos contra la Administración, especialmente en el caso de comunidades autónomas y entes locales.

En estos supuestos, suele ocurrir que la parte demandada tenga que acudir a los mecanismos de financiación que pone a su disposición la Administración General del Estado, lo que, aunque puede incrementar los tiempos, normalmente otorga suficiente confort a la parte aseguradora.

3. **TAX INSURANCE VS. LITIGATION FINANCE**

En la práctica, pueden darse situaciones de interrelación entre el seguro frente a la pérdida del capital invertido en *litigation finance* y el seguro frente a la materialización de una contingencia fiscal (*tax insurance*).

La cuantía de la contingencia fiscal, los tiempos hasta que se pueda materializar (plazo de prescripción más pleito) y el precio (en parte, función de los anteriores) pueden dificultar en ocasiones el acceso al producto de *tax insurance*.

Si los contribuyentes disponen de liquidez y están dispuestos a pagar el tributo, el *litigation finance* puede ofrecer una alternativa cuando no es posible acudir al *tax insurance*, dado que el inversor puede fondear los costes de la rectificación de la autoliquidación y el procedimiento de solicitud de ingresos indebidos o incluso ofrecer la monetización de la reclamación. En todo caso, se trata de operaciones sintéticas, basadas en los flujos de caja del contribuyente, dada la indisponibilidad bidireccional del crédito tributario atendiendo a la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (STS de 11 de julio de 2011, rec. 3539/2007 y 2 de junio de 2014, rec. 3251/2012), que el propio Tribunal Supremo extendió a créditos de derecho público no reconocidos en acto administrativo o resolución judicial firme (STS de 22 de enero de 2020, rec. 1159/2015).

Una vez pendiente el procedimiento de devolución de ingresos indebidos, el *underwriting* del seguro puede resultar más factible, dado que (i) la suma asegurada es menor, ya que se limita al capital invertido; (ii) se pueden conocer los términos de la disputa; y (iii) se reducen los tiempos, ya que no hay que esperar a la prescripción de la acción tributaria.

4. **¿PRODUCTOS ALTERNATIVOS O COMPLEMENTARIOS?**

Lo anterior plantea la cuestión sobre si el *litigation finance* y el *specialty insurance* son productos complementarios o sustitutivos. Por supuesto, la respuesta que se esboza en este trabajo ni puede ni pretende tener vocación alguna de generalidad. No obstante, pueden apuntarse algunas diferencias entre ambos productos.

La primera y fundamental es que el seguro supone un gasto para el ejercicio corriente. Por el contrario, el *litigation finance* en su estructura más tradicional (financiación sin recurso si se pierde el pleito) supone un ahorro de costes y la evitación del correspondiente impacto en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio en curso.

Y en el caso de la monetización, a la entrada de caja se puede aunar un ingreso en el ejercicio corriente (más el *earnout* o precio variable futuro). Esto es así por la falta de activación de los derechos contingentes. A diferencia de un pasivo contingente, que debe contabilizarse como una provisión cuando sea probable que se materialice (si el riesgo es posible, basta una indicación en la memoria), los activos contingentes no tienen reflejo en balance en virtud del principio de prudencia valorativa. Por lo tanto, aunque el precio fijo suponga «ceder a descuento» con relación a la cuantía reclamada, la monetización permite paradójicamente el fortalecimiento del resultado del ejercicio (como EBITDA no recurrente) y, por tanto, del patrimonio neto. Para ello, por supuesto, es preciso que el acuerdo entre las partes sea genuinamente el de una cesión adquisitiva y que el precio pagado no sea reembolsable en caso de pérdida del pleito.

Ahora bien, el tratamiento menos favorable en términos de contabilidad y de tesorería del seguro se corrige a largo plazo, dado que el seguro, o bien cubre frente al riesgo de que se materialice la contingencia fiscal (*tax insurance*), o bien asegura el éxito de la reclamación frente al riesgo de desestimación de la demanda (*capital protection insurance*). En este último caso, el seguro permite garantizar un cobro futuro (en cuanto al riesgo del pleito se refiere, puesto que la solvencia del demandado, el cobro de una eventual sentencia favorable no suele asegurarse, salvo en el caso de la Administración).

Desde una perspectiva estrictamente financiera, la respuesta puede venir de la mano de un cálculo actuarial, que parte de la comparativa de los términos económicos de ambos productos.

(i) En el *litigation finance*, el inversor cubre todos los costes del pleito (incluida la prima del seguro frente a costas adversas) a cambio de un porcentaje de lo que se cobre (si es que se cobra).

(ii) En la monetización, el inversor paga un precio fijo y asume los gastos del procedimiento a cambio de la adquisición de los derechos económicos derivados del pleito (o el crédito litigioso), además de satisfacer un precio variable o *earnout* si se estima la acción.

(iii) Por su parte, en el seguro se paga una prima (cuota única o periódica) a cambio de garantizar el cobro de la reclamación (o la indemnidad frente a una contingencia), una vez deducida la participación que pueda tener la aseguradora en el resultado favorable del pleito.

No obstante, el cálculo actuarial en función del coste de ambos productos y de la duración del pleito no es el único factor de decisión. Los incentivos



Desde que los primeros financiadores entraron en España en 2017, la Financiación de Litigios (también denominada *Third Party Funding* o *Litigation Funding*) ha tenido un crecimiento exponencial año tras año, siguiendo la tendencia observada en otros países como Estados Unidos o Reino Unido, garantizando el acceso a la justicia y dinamizando el sector jurídico. En los últimos años, el mercado español ha experimentado una creciente demanda por parte de empresas, bufetes de abogados y particulares, que ven en la Financiación de Litigios una herramienta para monetizar sus activos jurídicos, reducir costes y gestionar riesgos.

Esta obra, realizada a iniciativa de Ramco Litigation Funding con el fin de profundizar y dar a conocer la figura del Third Party Funding, en colaboración con la Universidad Pontificia Comillas (ICADE), constituye la primera obra colectiva publicada en España sobre la Financiación de Litigios y supone una guía de referencia en cuanto al estado y regulación de esta figura en España y en el Derecho Comparado, que va dirigida a todos los profesionales del Derecho en general, e incluye de forma novedosa, la perspectiva de profesionales de los diversos ámbitos del sector jurídico.

Se analiza la situación del mercado de la Financiación de Litigios desde un punto de vista jurídico y financiero, su regulación, el contenido del contrato de financiación, la confidencialidad y el deber de revelación, las costas y el contrato de seguro, así como la incidencia de la Financiación de Litigios en áreas como el Derecho de la competencia, y Reestructuraciones e Insolvencias, Arbitraje internacional, así como en sectores como energía y recursos naturales. También la regulación de esta figura llevada a cabo por las principales cámaras arbitrales internacionales (ICC, CIADI, Singapur, Hong Kong, Milán, etc.) y nacionales (CEIA, CIAM, CAM, etc.) a través de sus reglamentos, así como la incidencia de las iniciativas legislativas que se han producido en la Unión Europea que pueden tener incidencia en el ámbito español de la Financiación de Litigios.

