



## *De la venta de crédito litigioso al sofisticado third party funding*

Autor/a

**Pablo Constenla**

Abogado

**REVISTA LEX  
MERCATORIA.**

*Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*

RLM nº1 | Año 2015

Artículo nº 5

Páginas 18-20

revistalexmercatoria.umh.es

“Presumably, prior to making an investment pursuant to a similarly structured agreement, an investor would consider the merits of the suit and make a calculated risk assessment on the probability of a return on its investment. An investor would be unlikely to invest funds in a frivolous lawsuit...” [Anglo-Dutch Petroleum v. Haskell, 193 S.W.3d 87 (Tex. 2006), 104-105.]

Inversores extranjeros como bancos, fondos, private equity houses, etc ya muestran interés en la Economía española, y la resolución de disputas no es ajena. La crisis económica ha supuesto un desafío para España, que está resolviendo mediante la internacionalización y la participación en proyectos extranjeros. Sin embargo, todo desafío implica incidentes y disputas, para los cuales el Arbitraje Internacional, tanto comercial como de Inversiones, es clave para su resolución.

La rapidez del procedimiento arbitral y ejecución de un laudo a través de la Convención de Nueva York de 1958, la mayor cuantía en reclamaciones o créditos y la experiencia

sectorial de los árbitros promueven el interés de financiar litigios sometidos a Arbitraje Internacional. Los acuerdos de financiación de litigios (“third party funding agreements”, en adelante “TPF”) se consideran como un acuerdo previo entre el cliente y la empresa financiadora, que no tienen impacto en la otra parte y, por tanto, no precisan ser revelados en el procedimiento [Jiménez, D., “La financiación de litigiosa por tercero. Una alternativa real en nuestro país”, *Actualidad procesal Ashurst*, Junio 2013].

Litigar un asunto tanto en proceso judicial como arbitral puede suponer un esfuerzo financiero para muchas empresas. El hecho de

que consigan ayuda financiera para poder en- tablar dicha acción, implica que la compañía en cuestión puede mantener su normal cash flow y eliminar la reserva para dicho proceso arbitral de sus balances. Es importante que el deman- dante de financiación también lleve a cabo una exhaustiva selección del inversor, experiencia y el equipo que lo integra [Bowman, C., K. Hur- ford, K., and Khouri, S., “Third party funding in international commercial and treaty arbitration – a panacea or a plague? A discussion of the risks and benefits of third party funding.”, *TDM* 4 (2011)]. En países donde el TPF ha tenido éxi- to, el financiador, a su vez, puede llevar a cabo la ulterior cesión o venta de su crédito o reclamación a otra institución financiera, cre- ando cierta especulación en el sistema [“The whole theory is to take the legal system and turn it into a stock market”, William, A., “Look- ing to Make a Profit on Lawsuits, Firms Invest in Them”, *New York Times* 30 April 2012].

La financiación de disputas por terceros se puede llevar a cabo mediante diferentes es- tructuras financieras y entidades. La financia- ción directa por propios abogados y el seguro de defensa legal son métodos tradicionales. Pero la complejidad de la globalización ha lle- vado a una gran sofisticación de estructuras, entre las que se encuentran las siguientes:

- Préstamo bancario. La gran dife- rencia del préstamo bancario es que éste de- berá ser pagado independientemente del resul- tado de la disputa. En ocasiones, no se esta- blece un tipo de interés fijo en dicho préstamo, sino que el pago del mismo será mediante pa- gos parciales en la forma previamente estable- cida [Estados Unidos aprobó legislación al res- pecto. Shannon, V., “Recent Developments in Third-Party Funding”, 30(4) *J. Int. Arb.* 2013, 449-450].

- Cesión de reclamación (“as- signment of a claim”). En este caso, el cedente

pierde control sobre el asunto, posibles acuer- dos y elección de abogados. En ciertas ocasiones, a pesar de no acordarse la expresa cesión, el third party funder tomará tal control directo sobre la reclamación que la estructura se asemejara a una cesión expresa [Whereas in the assignment of lawsuits the litigant sells the lawsuit itself, in third party funding the liti- gant merely sells the possible “fruits” of the lawsuit”, by Cremades, B., “Third party litigation funding: investing in arbitration”, 8(4) *TDM* 2011, 11].

El TPF tiene un efecto importante en la resolución de disputas mediante acuerdo o settlement, debido a que (a) la parte financia- ramente más fuerte perderá poder de negocia- ción; (b) la presencia de un inversor indicará que el reclamante ha pasado previamente la due diligence de dicho inversor y, por tanto, tiene argumentos sólidos para seguir adelante con su reclamación [Kirtley, W., and Wietrzykowsky, K., “Should an Arbitral Tribunal order Security for Costs when an Impecunious Claimant Is Relying upon Third-Party Fun- ding?”, 30(1) *J. Int. Arb.* 2013, 23. Cremades reports that “the proponents of third party fi- nancing in international arbitration see the pre- sence of the professional financier as a guaran- tee that there is solid basis for the claim” and that “the respondent should reconsider his de- fense with regard to a claim that has passed the study of a financing entity and its advisors.” in Cremades, B., “Third party funding in inter- national arbitration”, *Luzmenu* 2011, 6.]; y (c) estas estructuras financieras suelen establecer que la comisión será menor si un acuerdo es alcanzado antes de comenzar un proceso judi- cial o arbitral [A modo de ejemplo, en 2009, Burford Capital Limited llegó a un acuerdo para financiar Gray Development Group mediante el cual Burdford avanzaría US\$5 millones a cam- bio del 33% de cualquier acuerdo alcanzado o, en su defecto, 40% de cualquier decisión judi-

cial. Es decir, Gray Devopment Group paragia menos a Burdford si consiguiese un acuerdo]. Sin embargo, ningún reclamante llegaría a un acuerdo por una cantidad menor a su crédito en el TPF [“There is no evidence to suggest that claimants hold out for higher settlements because they need to pay the funder something, any more than there is evidence of claimants wanting higher settlements to cover the bank interest they have had to pay to borrow money for their legal fees.”, by Bogart, C., “Third party funding in international arbitration”, Burford Capital 22 January 2013.]

Debido a que la estructuración de estos acuerdos requiere un profundo conocimiento de Arbitraje Internacional y Finanzas Internacionales y a que los inversores pueden verse envueltos en diferentes etapas del proceso, no existe demasiada información sobre el proceso de due diligence usualmente seguido. Sin embargo, los siguientes detalles suelen tenerse en consideración: (i) posibilidades de éxito de la reclamación; (ii) posibles demandas reconventionales; (iii) clausula arbitral; (iv) institución arbitral y composición del tribunal; (v) ley aplicable al fondo; (vi) potencial valor de la reclamación y costes asociados; (vii) duración y argumentos de las partes...

En la actualidad, a pesar de que los TPF agreements son generalmente aceptados en las diferentes jurisdicciones, ciertos modelos han sido considerados nulos previamente y considerados “champerty” [“Champerty” implica el acuerdo ilícito por el que una parte quiere solventar un proceso judicial con otra a cambio de un beneficio (Rancman v. Interim Settlement Funding Corp., 99 Ohio St.3d 121, 2003-Ohio-2721). Por ejemplo, la Corte Suprema de Massachusetts decidió en Saladini v. Righellis que la doctrina de “champerty” ya no era válida ni aplicable en Massachusetts en la base de que “esta doctrina ya no es necesaria para pro-

tegerse en contra de los “demonios” antes temidos: especulación en demandas, inicio de demandas “frívolas” o sin base...”, by Miles.C, and Vasani, S., “Case notes on third-party funding”, 35(1) Global Arb. Rev. 2008]. A este respecto, cabe la cuestión de si un laudo arbitral podría ser anulable en caso de que un TPF haya financiado a una de las partes debido a que (a) las partes tendrán que respetar el Derecho imperativo *lex loci arbitri*; y que (b) un Tribunal podría decidir que el acuerdo de financiación no es válido [“The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place.” Art. V (d) of the New York Convention].

En principio, la acción de anulación de un laudo arbitral debe basarse en cuestiones procesales de derecho imperativo, por lo que “champerty” no debería ser causa de anulación, a menos que viole el orden público. Rogers [Rogers, C., “Third-Party Funding in International Arbitration: The ICCA Queen Mary-Task Force”, AYIA, 2015], argumentó que dicha doctrina no contraviene el orden público, debido a que la financiación está destinada a las partes en el proceso y no al resultado del mismo.

Finalmente, bajo Derecho español, dichos acuerdos semejarían válidos y conforme al artículo 1535 del Código Civil que admite la “venta de crédito litigioso”. Es decir, venta por la que un tercero sin interés en el litigio puede adquirir un crédito durante la tramitación de un proceso judicial ya indicado para determinar su existencia y cuantía.