

Cuestiones relativas al third party funding en arbitraje

Seguimundo NAVARRO *

Sumario: I. Introducción. II. Concepto. III. *Disclosure*. IV. Independencia e imparcialidad. V. Garantías.

I. Introducción

Desde los inicios, el ser humano se ha visto envuelto en cantidad de conflictos a los cuales ha tenido que enfrentarse y poner solución. En palabras de Aristóteles “el hombre es un ser social” y como tal y en la convivencia con otros hombres es inevitable que se produzcan disputas por la lucha de intereses. A lo largo de los años la forma de resolución de los mismos ha ido evolucionando y pasando por extremos totalmente opuestos, desde decisiones autoritarias sin posibilidad de discusión hasta los acuerdos que hoy en día son tan habituales. Actualmente ante un enfrentamiento no solo existe la posibilidad de acudir a la vía judicial para la resolución del mismo, sino que ha ido surgiendo una alternativa que busca satisfacer los intereses de las partes litigantes, el arbitraje.

El arbitraje es un fenómeno se encuentra en progreso internacionalmente y que se está extendiendo cada vez por más países. Al igual que la vía judicial, el arbitraje tiene ventajas y desventajas. La principal desventaja, y en la cual vamos a centrarnos, es el aspecto económico de dicho procedimiento.

Como bien es sabido, desde el punto de vista nacional el art. 24 de la Constitución Española (en adelante, CE) recoge el derecho a la tutela judicial efectiva, la defensa y la asistencia letrada, entre otros. También es importante mencionar el art. 119 CE en el cual se reconoce el derecho a la justicia gratuita cuando así lo determine la ley o cuando la persona demuestre su insuficiencia económica para hacer frente a las costas de un procedimiento. Quiero remarcar que nuestra Carta Magna dice *justicia*, y no *tribunales de justicia*, siendo así que resulta de aplicación el brocardo jurídico que puede traducirse como que *donde no distingue la ley no debemos distinguir nosotros (ubi lex*

* Socio fundador de Seguimundo Navarro Abogados.

non distingit, nec nos distinguere debemus), y así lo ha declarado nuestro Tribunal Constitucional.

En el ámbito internacional es relevante mencionar el art. 6.3º.c) Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de Roma de 4 noviembre 1950, en vigor en España desde el 4 octubre 1979, en el cual se reconoce el derecho a la defensa y a la asistencia de abogado, que en caso de no disponer de recursos suficientes se designará de oficio, es decir, derecho a la tutela judicial gratuita.

Con respecto al problema puramente económico al que se enfrentan las partes al someter un conflicto a arbitraje, han surgido entidades cuya finalidad es la de sufragar los procedimientos arbitrales mediante la financiación de los mismos, siendo el caso *Chevron* el primero en el que aparece tan novedosa forma de financiación.

Las principales razones por las que se ha extendido la práctica del *third party funding* son varias. La primera de ellas es que el interesado en iniciar un procedimiento arbitral contra un tercero puede que no tenga financiación suficiente para hacer frente a un proceso largo y costoso. En segundo lugar, el riesgo que supone invertir una importante cantidad de dinero en un proceso, hace que la mayoría prefieran usar tales recursos en la actividad empresarial más que en el litigio. Y la tercera de las razones es la incertidumbre que presenta un procedimiento del cual no sabes si vas a obtener o no el resultado esperado.

Una buena definición partió del Dr. Eric De Brabandere y Julia Lepeltak de la Universidad de Leiden (Países Bajos):

“La financiación de terceros es una industria en rápido crecimiento y, sin duda, desempeñará un papel importante en el futuro del arbitraje de inversiones. Los inversores necesitarán o desearán externalizar los riesgos financieros que entraña el arbitraje de inversiones”.

En relación con las empresas más punteras en este ámbito cabe citar Burford Capital (EE UU), Juridica Investment LTD (Reino Unido), Omni Bridgeway (Países Bajos), Fulbrook Management (EE UU) y Calunius Capital (Reino Unido).

Lo que es cierto es que muchas de las demandas que por imposibilidad económica serían abandonadas o se resolverían rápidamente, gracias a la financiación de tercero se tramitan, lo que genera un incremento en el número de procedimientos arbitrales en marcha.

II. Concepto

En esencia, el *third party funding* es una versión moderna de lo que antiguamente se conocía como un acuerdo en las costas del procedimiento que da una oportunidad a personas que en el inicio del procedimiento no cuentan con la solvencia económica necesaria para afrontarlo.

De este modo se crea un contrato entre el financiador y el demandante.

El tercero es ajeno a los intereses que se sustancian en el procedimiento, aunque sí espere obtener beneficio de la resolución final de la contingencia. Normalmente el financiador recibirá un porcentaje de la cantidad obtenida como consecuencia del litigio, que suele ser entre uno o dos tercios del beneficio, o nada en el caso de que la reclamación sea insatisfactoria. También en términos generales, la parte financiada no tiene que devolver el dinero en caso de que el caso se pierda.

Estos financiadores, antes de llevar a cabo la financiación del procedimiento, hacen a modo de *due diligence* una investigación sobre los principales aspectos del proceso que van a financiar, y de este modo sopesan el riesgo que están asumiendo al llevarlo a cabo.

Es importante que el financiador, bien de forma directa, bien a través de abogados, haya tenido un acceso completo a la información relevante para tomar la decisión, que dependerá de muchos factores: la probabilidad de ganar la reclamación, la cuantía del procedimiento y la inversión, el plazo para el recobro, el riesgo, el contexto empresarial, etc. También podemos incluir el lugar del arbitraje, la corte administradora, e incluso el reglamento aplicable (*v.gr.*, si acepta la revisión del laudo o la segunda instancia arbitral).

En palabras de Mick Smith (cofundador de Calunius Capital), la idea de que necesitas unos fundamentos sólidos para que se financie la reclamación es errónea; todo tiene un precio. Por consiguiente, en ocasiones un acuerdo de financiación puede ser interesante para una empresa, aunque el caso no tenga la solidez suficiente, como por ejemplo, demandas superficiales y con un alto nivel de riesgo, que podrían ser utilizadas para aumentar el valor de las carteras de los financiadores.

Llegar a un buen acuerdo de financiación traspassa el riesgo financiero del actor en una demanda.

La contratación del financiador se puede realizar antes de interponer la reclamación, antes de asignar a un abogado e incluso durante el procedimiento, y su intervención dependerá del pacto al que hayan llegado (desde la llevanza del procedimiento a la no intervención en absoluto, pasando por la recomendación de equipos de abogados expertos en arbitrajes).

III. Disclosure

La cuestión de la divulgación no es un tema del arbitraje *per se*, ya que se tienen en cuenta los intereses económicos de un tercero ajeno al caso en concreto. La mayoría de los tribunales lo han dejado muy claro determinando cuáles son los intereses financieros que deben ser divulgados y cuáles no. Por ejemplo, en EE UU se requiere la identificación de cualquier entidad pública accionista que haya invertido más de un 10% de las acciones de la parte. Sin embargo los proveedores de la financiación de un caso en concreto

(como inversores, bancos o aseguradoras) no tienen la obligación legal de divulgar.

La pregunta sobre los colectivos que han de ser divulgados se ha de trasladar también a los tribunales arbitrales. Como respuesta a esta cuestión la IBA ha establecido que solamente deberán de ser divulgados los que tengan un interés financiero significativo en el resultado del arbitraje, es decir, un conflicto de intereses que supone la base y fundamento del procedimiento arbitral.

Se entiende que la información debe de ser suministrada al demandado en el proceso de arbitraje, durante la fase de *due diligence* o en cualquier negociación. Por otro lado, el demandante puede voluntariamente divulgar que está siendo financiado. Un ejemplo claro de ello fue cuando en marzo de 2012 Oxus Gold, una empresa londinense, anunció al mercado que el fondo Calunius Capital LLP iba a financiar el procedimiento arbitral que seguían contra Uzbekistán.

IV. Independencia e imparcialidad

Al igual que sucede con los abogados, los terceros financiadores tienen un cierto control de acceso a los procedimientos de arbitraje, ya que siempre existe una relación entre los inversores con algún grupo de abogados o contactos anteriores que sin duda harán más fácil la financiación. Por lo tanto cabría plantearse si realmente se concede a cualquiera la oportunidad obtener financiación o si ésta depende de los contactos que esta persona tenga o los que tenga la empresa financiera, y de ahí pueden surgir conflictos sobre independencia e imparcialidad.

Uno de los ejemplos puede ser el de árbitros que colaboren de forma muy estrecha con bufetes que asesoran a fondos financiadores de procedimientos arbitrales y que por tal motivo puedan ver comprometidas su independencia y/o imparcialidad.

V. Garantías

After the event (en adelante, ATE) es un tipo de seguro que tiene como objetivo la cobertura para ambas partes del resultado de la disputa, incluso cuando ésta ya ha surgido. Como en cualquier seguro, su alcance y cobertura se pacta con el asegurado, pero puede ir desde los propis costes, hasta el importe de la reclamación y/o las costas de los intervinientes, ya sean peritos, abogados, testigos, árbitros...

Normalmente este tipo de seguro se contrata simultáneamente con el CFA (*Chartered Financial Analyst*) que tiene como objetivo proteger la responsabilidad del reclamante de las costas legales. En Inglaterra, hasta abril de 2013 se procedía a imponer el pago del ATE a la parte vencida en un litigio

como parte de las costas impuestas. Sin embargo, con la entrada en vigor en abril 2013 de *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012* esto cambió, y su imposición tendrá cobertura legal desde el Derecho de daños, como un daño emergente más relacionado en el procedimiento y al albur de lo que decida el tribunal arbitral.