

# Financiación por terceros: Un mecanismo que facilita la presentación de demandas y añade valor

Por Joe Tirado, Garrigues



El reciente crecimiento de la financiación por terceros (*Third Party Funding* o “**TPF**”) en España y en Latinoamérica, y la consiguiente cobertura mediática de dicha circunstancia, ha generado un considerable interés en el mercado, tanto por parte de los clientes como de los profesionales. Es probable que las consecuencias de la pandemia mundial de COVID-19 aceleren y amplíen el uso de financiación por terceros en todo el mundo.

Mientras algunos consideran que la TPF fomenta la presentación de demandas infundadas, otros alegan que permite acceder a la justicia a demandas con grandes posibilidades de éxito a las que, de lo contrario, se negaría un recurso legal debido a la incapacidad financiera de las partes para emprender acciones legales legítimas.

Representa asimismo un medio para convertir en efectivo disponible y, por tanto, en un crédito real en el activo del balance, lo que de otro modo sería un gasto contable que reduciría el beneficio de explotación. El tercero financiador se hace cargo de las costas del litigio o arbitraje, aumentando la rentabilidad de la compañía, que puede así destinar efectivo a otros proyectos.

La evaluación favorable por un inversor externo independiente puede proporcionar a la alta dirección de una compañía una mayor tranquilidad y confianza al decidir si presentar una demanda, o no.

Aquí tiene 15 puntos que debe saber sobre TPF:

## 1. ¿Qué son los acuerdos de TPF?

Inicialmente considerados como un fenómeno que tenía su origen en los ordenamientos jurídicos basados en derecho consuetudi-

nario o anglosajón, los acuerdos de TPF se utilizan cada vez más en todo el mundo. Existen desde principios de la década de los noventa. Si bien originalmente se utilizaban más en el ámbito de los litigios, cada vez son más habituales en el arbitraje comercial y de inversiones.

Los acuerdos de TPF suponen básicamente la intervención de un inversor externo, sin vínculo alguno con la controversia, el cual sufraga la totalidad o parte del importe de los gastos legales y de otro tipo del litigio o arbitraje como, por ejemplo, honorarios de peritos. La decisión de hacerse cargo de dichos gastos vendrá precedida por una evaluación detenida del fondo del asunto. Como contraprestación, si el resultado del procedimiento es satisfactorio, el tercero financiador obtendrá un porcentaje de la cantidad final concedida a la parte financiada y/o un múltiplo de la cantidad invertida por el tercero financiador.

## 2. ¿Qué clase de demandas cubren los acuerdos de TPF?

Los acuerdos de TPF pueden tener como objeto muy distintas clases de demandas. Las controversias en el marco de las cuales se han celebrado acuerdos de TPF son muy variadas, a saber, reclamaciones por incumplimientos contractuales, reclamaciones relacionadas con *trust*, con insolvencia y fraudes, reclamaciones por responsabilidad profesional, infracción de patentes y propiedad intelectual, difamaciones comerciales, controversias entre accionistas y la compañía, controversias fiscales, reclamaciones en el área de defensa de la competencia, demandas colectivas y arbitrajes comerciales y entre inversores y Estados.

Reprinted with permission from the June 23, 2020 edition of LAW.COM © 2021 ALM Media Properties, LLC. This article appears online only. All rights reserved. Further duplication without permission is prohibited. For information, contact 877-256-2472 or [reprints@alm.com](mailto:reprints@alm.com). # LAW-01192021-472959



To learn more visit <https://www.jamsadr.com/tirado>.

### **3. ¿Cuándo resulta conveniente usar un acuerdo de TPF?**

Lo más habitual es que se recurra a TPF en las siguientes situaciones:

- El demandado ha irrogado al demandante unos daños tales que éste no puede costear un procedimiento arbitral / litigio.
- El demandante es solvente y potencialmente podría hacer frente a los gastos del litigio, pero desea centrarse en la gestión de su negocio, y ahorrarse pérdidas de tiempo y recursos en el procedimiento arbitral / litigio.
- Al demandante le gustaría generar efectivo rápidamente y está dispuesto a vender los derechos sobre la demanda por una cantidad a tanto alzado.
- El demandante es insolvente, y cabe la posibilidad de que no tenga ni el dinero, ni la capacidad para presentar una demanda.

### **4. ¿Quién puede beneficiarse de los acuerdos de TPF?**

El demandante puede ser una persona física o una compañía. A pesar de que la TPF va dirigida principalmente a los demandantes, también podrían recurrir a ella los demandados para financiar una reconvencción y/o la contestación a una demanda.

### **5. Los acuerdos de TPF ¿son legales?**

Depende de la legislación y la normativa profesional de cada jurisdicción. En muchas de ellas, hasta hace relativamente poco, un tercero sin interés en el procedimiento no podía financiar o invertir en dicho mismo.

Al objeto de promover un mayor acceso a la justicia, en muchas jurisdicciones se ha procedido a modificar la legislación y la normativa profesional para que resulten admisibles. Es importante tener una visión clara de qué lo que está permitido. En España, la financiación por terceros se considera legal y cada vez es mayor el número de clientes que toma conciencia de sus ventajas.

### **6. ¿Sólo pueden beneficiarse las partes que no disponen de fondos o cuya situación financiera es delicada?**

No. Cada vez son más las partes solventes o con unas finanzas saneadas que consideran la posibilidad de recurrir a la TPF como una forma de repartir o “cubrir” los costes y los riesgos que entrañan un litigio o un arbitraje.

### **7. ¿Qué coste tiene?**

La financiación por terceros no entraña ningún coste. De hecho, incluso el coste de negociación de los términos del acuerdo pertinente es susceptible de recuperación. De ahí que sea habitual

referirse a este tipo de acuerdos con la expresión “si no ganamos, no cobramos”.

### **8. ¿Qué reciben los financiadores?**

Dependerá en gran medida de la complejidad y el grado de riesgo que conlleve la controversia. Cuanto mayor sea la incertidumbre, mayor será el riesgo. Cuanto mayor sea el riesgo, mayor será la cantidad que potencialmente podría recuperar el tercero financiador.

Por lo general, si el tercero financiador operase sobre la base de un acuerdo en virtud del cual sus ganancias dependen del resultado del procedimiento, podría confiar en recuperar entre un 25 y un 50% de la cantidad final concedida. En aquellos casos en los que el tercero financiador opere sobre la base de la aplicación de un múltiplo, si se ganase el procedimiento, la cantidad recuperada podría ser un múltiplo de entre 5 y 10 veces el nivel de la inversión más el retorno de la inversión inicial.

En casos excepcionales, es posible que incluso los costos de la financiación del TPF puedan ser recuperados.

### **9. ¿Quién controla el procedimiento?**

Este aspecto ha generado controversia en los últimos tiempos, al cuestionarse muchos el papel del tercero financiador en la gestión del procedimiento y la determinación y dirección de la estrategia. En la práctica, son la parte y su abogado, en estrecha colaboración con el tercero financiador, quienes mantienen el control del procedimiento, incluida la negociación de un posible acuerdo transaccional.

### **10. ¿Quiénes son los financiadores y de dónde proceden?**

Los clientes en este momento disponen de muchos más fondos aparte de los financiadores especializados en litigios originales. Están repartidos por todo el mundo, aunque la mayoría tiene su sede en Norteamérica, Europa y, en menor medida, en la región de Asia Pacífico.

Si bien los terceros financiadores pueden compartir una serie de características y requisitos, también existen considerables diferencias entre ellos. Para garantizar las mejores condiciones posibles, los terceros financiadores deben estar debidamente identificados y contratados. Dependerá, en gran medida, de la competencia, prestigio y credibilidad del equipo jurídico que presente la oportunidad ante el financiador externo.

### **11. ¿A qué factores prestan atención los financiadores al examinar una demanda?**

Entre las consideraciones clave que tienen en cuenta los financiadores externos al examinar una demanda se encuentran las siguientes:

- La naturaleza de la controversia
- Cuantía de la controversia
- Solvencia del demandado
- Complejidad de la controversia
- Probabilidad de ganar la demanda, además de fundamentos jurídicos adecuados
- Estimación de costas
- Ratio entre valor de la demanda y costas
- Experiencia del equipo jurídico
- Jurisdicción de la controversia
- Viabilidad de ejecución
- Calendario de procedimiento

### **12. ¿Cuál es el procedimiento para obtener financiación?**

Por regla general, en primer lugar, el equipo jurídico tendrá que preparar una propuesta detallada en la que se exponga los antecedentes de hecho, la procedencia de la reclamación (incluida jurisdicción, responsabilidad y cuantía) y una estimación provisional de costas.

A continuación, será preciso identificar un listado de potenciales terceros financiadores, con o sin la asistencia de un bróker de TPF. Los posibles terceros financiadores deberán suscribir un acuerdo de confidencialidad y llevar a cabo un primer examen de la demanda, con la asistencia de sus propios abogados internos o externos y de asesores de otra naturaleza. De estar interesado, el tercero financiador podría facilitar un borrador de sus condiciones.

Acto seguido se preseleccionará a una serie de potenciales terceros financiadores, a efectos de afinar una primera versión de las condiciones de financiación. Una vez seleccionado un tercero financiador, se entablarán negociaciones más minuciosas y se ultimará el acuerdo de financiación. El procedimiento en su totalidad podría ser cuestión de unas semanas o durar hasta seis meses.

### **13. ¿Es posible obtener financiación para ejecutar una sentencia o un laudo?**

Sí. Al tratarse de actuaciones independientes del proceso principal sobre el fondo del asunto, por lo general tendrán que ser objeto de negociación por separado. Cuanto mayor sea la

probabilidad de que la ejecución sea satisfactoria, posiblemente más ventajosos serán los términos del acuerdo de TPF.

### **14. ¿El TPF pone obstáculo a la mediación o la posibilidad de llegar a una resolución amistosa?**

No. Al contrario. El TPF podrá actuar como catalizador de un acuerdo negociado.

### **15. ¿Existen otros productos que permitan financiar el procedimiento?**

Sí. Es posible concertar una serie de seguros antes y después, así como en relación con la ejecución de sentencias y laudos.

El auge de la TPF ha supuesto toda una revolución, transformando el panorama jurídico. Lo que anteriormente no se admitía en casi ninguna jurisdicción, hoy día cobra fuerza en muchas partes del mundo, mejorando el acceso a la justicia.

El coste cada vez más elevado de los procedimientos contenciosos constituye un problema que siempre han de encarar los clientes alrededor del mundo. Ha empeorado debido a la pandemia de COVID-19, con empresas e individuos que aplican los fondos que tienen para simplemente sobrevivir. La financiación por terceros representa un mecanismo efectivo para hacerle frente. Sin embargo, conocer a los principales operadores en el mercado de la TPF, comprender cuál es la forma más adecuada de negociar un acuerdo de TPF y cuáles son los potenciales escollos que es preciso eludir, son factores que la parte interesada y sus asesores deben conocer.

La TPF tiene potencial ilimitada. En muchas partes del mundo los acuerdos de dicha naturaleza gozan de escasa aceptación o están totalmente prohibidos. Aparentemente esto representaría una ventaja competitiva para aquellas partes capaces de acceder a dicho recurso con respecto a aquellas que no pueden. Semejante situación de desigualdad no parece sostenible. Preveo una mayor expansión del uso de TPF y que los obstáculos que impiden su utilización irán desapareciendo a medida que las partes y sus abogados tengan un mayor conocimiento de las opciones a su alcance y aumente la necesidad de financiamiento adicional.

**Joe Tirado** es mediador y árbitro internacional con JAMS en la oficina de Londres. También es co-director global del departamento de Arbitraje Internacional, socio y *solicitor-advocate* de Garrigues UK LLP con sede en Londres.