



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**LA FINANCIACIÓN DE LITIGIOS POR TERCEROS O *THIRD PARTY FUNDING*
Y EL MARCO JURÍDICO DEL CONTRATO DE FINANCIACIÓN DE LITIGIOS.**

Autora: Belén Aguayo Martínez-Sagrera

5º E3 Analytics

Derecho Mercantil

Tutor: Bruno Martín Baumeister

Madrid

Junio 2021

RESUMEN

Con este trabajo se pretende analizar el funcionamiento del TPLF, un método de financiación de procedimientos judiciales y arbitrales cuya implantación en España es aún incipiente, aunque se espera que cada sea más utilizado en nuestro ordenamiento, al igual que ha ocurrido en sistemas legales como el inglés, australiano, americano o alemán, donde el TPLF ha demostrado tener una gran utilidad. El objetivo principal es entender las características del contrato de TPLF para delimitar cuál es su naturaleza jurídica y así poder definir su régimen jurídico, ya que la falta de regulación en España puede crear situaciones de inseguridad jurídica al no saber qué normas aplicar en caso de que exista una controversia entre las partes. Existe poco desarrollo Jurisprudencial y doctrinal en España al respecto pero, a través del estudio de figuras similares como el contrato de cuentas en participación, el préstamo participativo, el pacto de *cuota litis*, el seguro de defensa jurídico y la transmisión de créditos litigiosos, se pretende delimitar la naturaleza y régimen jurídico del contrato de TPLF.

PALABRAS CLAVE

Financiación de litigios, financiación de litigios por terceros, TPF, TPLF, contrato de financiación, contrato de cuentas en participación, contrato de préstamo participativo.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the functioning of TPLF, a method of financing judicial and arbitration proceedings that has not been widely implemented in Spain yet, although it is expected that it will be increasingly used in our legal system, as has occurred in legal systems such as the English, Australian, American or German, where TPLF has proven to be very useful. The main objective is to understand the characteristics of the TPLF contract in order to delimit its legal nature and thus be able to define its legal regime, since the lack of regulation in Spain can create situations of legal uncertainty by not knowing what rules to apply in the event of a dispute between the parties. There is little jurisprudential and doctrinal development in Spain in this respect but, through the study of similar concepts such as the joint account agreement, the participating loan, the *quota litis* agreement, the legal defense insurance and the transfer of litigious credits, the aim is to delimit the nature and legal regime of the TPLF agreement.

KEY WORDS

Third party funding, TPF, TPLF, litigation finance financial agreement, joint account contracts, participating loan.

ÍNDICE

<u>I. INTRODUCCIÓN.</u>	1
<u>II. CAPÍTULO I. THIRD PARTY FUNDING.</u>	2
1. CONCEPTO.	2
2. HISTORIA Y DESARROLLO	2
A. SISTEMAS DE DERECHO COMÚN. LAS TEORÍAS DE <i>MAINTENANCE</i> Y <i>CHAMPERTY</i>	2
B. SISTEMAS DE DERECHO CIVIL	8
3. LA SITUACIÓN ACTUAL	9
4. ¿CÓMO FUNCIONA?	12
A. LAS CONSIDERACIONES PREVIAS Y EL PROCESO DE NEGOCIACIÓN	12
B. EL CONTRATO DE FINANCIACIÓN	13
C. LA DOCUMENTACIÓN ACCESORIA	16
<u>III. CAPÍTULO II. MARCO JURÍDICO</u>	17
1. FIGURAS AFINES	17
A. CONTRATOS DE FINANCIACIÓN.....	18
B. OTRAS FORMAS DE FINANCIAR LOS COSTES LEGALES.	24
2. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE TPLF	29
<u>IV. CONCLUSIÓN.</u>	32
<u>V. BIBLIOGRAFÍA</u>	34

ABREVIATURAS UTILIZADAS

ATE:	<i>After-the-event</i>
AP:	Audiencia Provincial
BTE:	<i>Before-the-event</i>
CC:	Código Civil
CCom:	Código de Comercio
CFA:	<i>Contingency Fee Agreement</i>
EPRS:	<i>European Parliamentary Research Service</i>
TS:	Tribunal Supremo
TPLF:	<i>Third Party Litigation Funding</i>

I. INTRODUCCIÓN.

La financiación de litigios por terceros o *third party litigation funding* no es una figura nueva. Se desarrolló por primera vez en Australia para luego emigrar a Reino Unido. En los últimos años, una serie de factores han producido que la figura del TPLF haya ganado popularidad. Así, la limitada liquidez de las empresas provocada por la crisis de 2008, lo cual se está repitiendo con la crisis económica que ha originado el Covid-19, y, por otro lado, un deseo de los inversores de invertir en activos no correlacionados con el ciclo económico, han convertido la financiación de litigios en una solución muy atractiva. El desarrollo de esta figura ha sido especialmente notable en los procedimientos arbitrales de inversión, debido al elevado coste de los procedimientos que deben de financiar las partes.

Ahora bien, la financiación de litigios por terceros no se ha desarrollado de igual manera alrededor del mundo. Así, en los países anglosajones inicialmente se prohibía por las doctrinas de *maintenance* y *champerty*, aunque posteriormente la mayoría de ordenamientos jurídicos se han liberalizado, dando mayor importancia a los beneficios del TPLF – como es el acceso a la justicia – que a los riesgos que pretendían evitar la doctrinas mencionadas, con la excepción de algunos países como Irlanda, donde el TPLF sigue prohibido por la vigencia de esas doctrinas. Por otro lado, en los ordenamientos de derecho civil donde esas teorías no aplicaban, existían impedimentos a figuras similares al TPLF como el pacto de la *cuota litis*, pues se entendía, por herencia del derecho romano, que limitaba la independencia del abogado. No obstante, la mayoría de países también se ha liberalizado en este aspecto, como ha sido España. Aun así, el desarrollo normativo y Jurisprudencial de la figura del TPLF aún es limitado, y por ello con este trabajo se pretende aportar conocimiento sobre el funcionamiento del TPLF, su naturaleza y régimen jurídico aplicable.

Para llevar a cabo tal cometido, se ha analizado en primer lugar la figura del TPLF: el concepto de TPLF, su historia y desarrollo en los países más relevantes, su situación actual y su funcionamiento. En segundo lugar, se ha analizado su marco jurídico, estudiando primero los contratos de financiación similares al contrato de TPLF así como los métodos de financiación de los costes legales que se emplean con más frecuencia para proponer una calificación de la naturaleza jurídica del contrato de TPLF.

II. CAPÍTULO I. THIRD PARTY FUNDING.

1. Concepto.

La financiación de litigios por terceros o *third party litigation funding* es la actividad profesional de una entidad, que no es parte en un procedimiento, de financiar todos o parte de los costes de un procedimiento nacional o transfronterizo. La financiación se concede a cambio de un reembolso de la “inversión” y de una remuneración que (a) depende total o parcialmente de un resultado del litigio (“enfoque porcentual”) o (b) se proporciona a través de un múltiplo de la financiación concedida (“enfoque del múltiplo”)¹.

2. Historia y desarrollo

a. Sistemas de derecho común. Las teorías de *maintenance* y *champerty*.

i. Reino Unido

Reino Unido ha sido uno de los países pioneros en el desarrollo del TPLF. Aún así, para llegar a la situación en la que se encuentran hoy, han tenido que superar varios obstáculos. Así, históricamente, las doctrinas anglosajonas de *maintenance* y *champerty*, prohibían que una tercera parte prestara asistencia en un litigio si no tenía un interés legítimo en este. Estas doctrinas eran definidas en el Diccionario de Derecho de Black: *maintenance* era la asistencia en la tramitación o defensa de un pleito prestada a un litigante por quien no tenía un interés de buena fe en el caso; y *champerty* era el acuerdo entre un intermediario (que lleva a cabo un ingerencia oficiosa en el pleito) y un litigante, por el cual el intermediario asistía al litigante en la interposición de su demanda a cambio de recibir una parte de la cuantía que recibía aquel en la sentencia. En ocasiones, estas teorías se presentaban en conjunción con la teoría de *barratry*, que era definida como la vejatoria incitación a la litigación, especialmente mediante la solicitud a potenciales clientes². Llevar a cabo cualquiera de estas tres acciones era considerado tanto un delito como un ilícito civil³.

¹PONCIBÒ, C. y D’ALESSANDRO, E., “State of play of the EU private litigation funding landscape and the current EU rules applicable to private litigation funding. Research Paper.”, *European Parliamentary Research Service*, 2021, p. 43 (disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662612/EPRS_STU\(2021\)662612_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662612/EPRS_STU(2021)662612_EN.pdf). Última consulta: 10 de mayo de 2021).

² CREMADES SÁNZ-PASTOR, B. M., *Third Party Funding in International Arbitration*, Wolters Kluwer, 2017, p. 3.

³ ROWLES-DAVIES, N., *Op. Cit.*, 25.

La aparición de estas doctrinas en Inglaterra data de la época medieval, cuando existía un sistema judicial corruptible donde ciertos nobles y personas con posiciones de poder en la sociedad participaban en litigios de terceros, influenciado el resultado del litigio y obteniendo una participación del resultado obtenido. En muchos casos, los juicios que se iniciaban en estos casos tenían una legitimidad dudosa, y la justicia se utilizaba con fines especulativos⁴. Para detener estas prácticas, los jueces adoptaron las teorías de *maintenance* y *champerty* como normas de derecho común. En 1275 fueron codificadas mediante el Estatuto de Westminster, que prohibía estas prácticas a los funcionarios de los tribunales (*court clerks*). No obstante, a medida que el sistema judicial evolucionaba, estas teorías se fueron considerando desfasadas. Aún así, no fue hasta 1967, mediante el Código Penal de 1967 (*Criminal Law Act 1967*) cuando los ilícitos penales civiles de *maintenance* y *champerty* se eliminaron del sistema legal inglés. No obstante, mientras que la sección 14(1) de la Código Penal elimina los ilícitos, la sección 14(2) establece que los ilícitos de *maintenance* y *champerty* siguen vigentes en aquellos casos en los que un contrato deba de ser considerado contrario al interés público o de cualquier otra forma ilegal. Esta es la norma que sigue vigente hoy y, en aplicación de esta, un contrato puede declararse nulo cuando el supuesto de *maintenance* o *champerty* sea contrario al interés público o de cualquier otra forma ilegal.

Después de la aprobación del Código Penal de 1967, siguió habiendo cierta hostilidad hacia el TPLF, hasta que se fueron normalizando por cuanto permitían litigar a personas que tenían una acción legítima. Un ejemplo de un área donde estas figuras tuvieron un mayor desarrollo fue en el Derecho concursal, donde terceros financiaban al concursado cuyo único activo, en muchos casos, era una acción para reclamar una indemnización que podría salvarle de la liquidación⁵.

i. Análisis del Case Law

Por ser unos de los países donde el TPLF ha sido más utilizado, también es uno de los países donde más Jurisprudencia existe al respecto. Así, han sido múltiples las sentencias a través de las cuales se ha ido configurando la aceptación de las figuras de la financiación de litigios por terceros en el sistema legal de Reino Unido. Un análisis de alguno de estos casos es útil para delimitar la figura del TPLF y ver varios ejemplos de su aplicación.

⁴ CREMADES SÁNZ-PASTOR, B. *Op. Cit.* 3

⁵ ROWLES-DAVIES, N., *Op. Cit.*, 26.

*Giles v Thompson*⁶ fue uno de los primeros casos donde los Tribunales ingleses examinaron la figura del TPLF en el año 1993. En *Giles*, la Cámara de los Lores (*House of Lords*) sentenció que un acuerdo por el cual una empresa de alquiler de vehículos de sustitución dejaba a unos motoristas unas motos que podrían pagar con la indemnización recibida por interposición de una demanda contra el conductor que había provocado el accidente o por parte de su aseguradora era lícito por cuanto los derechos de cobrar de la empresa provenían de haber prestado los vehículos y no directamente de la participación en el litigio. También decidió la Cámara que el control ejercido por la empresa sobre el litigio no era una injerencia oficiosa en este, no considerándose un supuesto de *champerty*, por cuanto no había pruebas de que el control ejercido perjudicara la administración de la justicia, si no que daba una oportunidad a los motoristas de conseguir una indemnización a través de una financiación que, de no haber sido obtenida, les perjudicaría y beneficiaría a la parte que había actuado en contra de la Ley al provocar el accidente.

En *Stocznia Galanska SA v Latreefers Inc*⁷, el Tribunal de Apelación (*Court of Appeal*) examinó en el año 2000) si una participación del 55% en las resultas de un litigio por un TPLF era desproporcionado y debía de ser considerado como *champertous*. En el caso, donde se perseguía por el demandante la disolución de Latreefers Inc, el demandado intentó detener al demandante de ejercer esta acción por cuanto el acuerdo entre el TPLF y el litigante era *champertous*. El Tribunal aplicó un precedente según el cual el hecho de que el acuerdo fuera un caso de *champerty* no evitaba que el litigante pudiera ejercer la acción. Esto resolvía el caso y el Tribunal no tuvo que decidir si el acuerdo era *champertous* o no. No obstante, en su argumentación, el Tribunal expuso como, aunque la participación del 55% del TPLF en las resultas del litigio era desproporcionada a su interés inicial (Latreefers Inc también debía dinero al fondo), el acuerdo no hubiera sido considerado *champertous* por cuanto pesaba más el interés público de que un demandante pudiera interponer una acción meritoria que el hecho de que el 55% fuera desproporcionado, ya que, aunque lo era, no lo era de una forma extrema.

⁶ Sentencia de la Cámara de los Lores de Reino Unido, de 26 de mayo de 1993, caso *Giles v. Thompson*.

⁷ Sentencia del Tribunal de Apelación, de 9 de febrero de 2000, caso *Stocznia Galanska SA v Latreefers Inc*.

The Eurasian Dream No. 2,⁸ fue un caso donde el Tribunal de Asuntos Comerciales (*Commercial Court*) analizó un acuerdo entre la demandante y una empresa dedicada a la asesoría en casos de siniestros marítimos (pues se había producido uno) según el cual, el asesor recibiría sus honorarios si la demandante ganaba el pleito y se llevaría un 5% de la indemnización recibida (un CFA). Al prestar un servicio para el demandante, el Tribunal entendió que era un caso especial pues la asesoría podría actuar de mala fe para maximizar el valor de la reclamación y, por ello, era necesario examinar el rol de la asesoría para ver si, efectivamente, el interés en la indemnización conseguida le había llevado a actuar de esa manera. El Tribunal concluyó que, como el 5% sería considerado como parte de los costes del pleito, pasaría el examen conveniente que se aplica en la jurisdicción anglosajona, y es por ello que los demandados estarían protegidos de esa posible actuación por parte de la asesoría (entre otras, está la protección del máximo de los honorarios a pagar a la parte contraria).

Por otro lado, en *Hamilton v Al-Fayed, No. 2*⁹ el Tribunal de Apelación diferenció entre una persona que financia el litigio gratuitamente, con el mero interés de ayudar al demandante a litigar un asunto pero sin recibir una retribución más que el reembolso de lo prestado si ganara el litigio (a los que denominan *pure funders*), y una persona que financia el litigio en virtud de una obligación y que pretende obtener un beneficio si el financiado gana el litigio (*professional funders*). En *Hamilton*, el Tribunal sentenció que no era justo ni razonable interponer una condena en costas a un *pure funder* cuando su única intención es asistir al demandante en interponer una reclamación legítima. No obstante, sí sería justo y razonable interponer la condena en costas a los financiadores profesionales.

En *R (en la aplicación de Factortame) v Secretary of State for Transport*¹⁰, se analizó de nuevo un CFA mediante el cual Grant Thornton había acordado prestar sus servicios a un grupo de demandantes que no tendrían, de otra forma, medios para hacer frente al coste de la litigación. Según el acuerdo, Grant Thornton recibiría un 8% de la indemnización recibida y a cambio ayudaría a los demandantes a establecer la cuantía de la indemnización que deberían reclamar. El Tribunal analizó si dicho acuerdo era contrario al interés público por cuanto podría

⁸ Sentencia del Tribunal de Asuntos Comerciales, de 18 de octubre de 2002, caso *The Eurasian Dream No. 2*.

⁹ Sentencia del Tribunal de Apelación, de 17 de mayo de 2002, caso *Hamilton v Al-Fayed, No. 2*.

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Apelación, de 3 de julio de 2002, caso *R (on the application of Factortame) v Secretary of State for Transport*.

incentivar a Grant Thornton a maximizar la cuantía de la reclamación de forma maliciosa. En su argumentación, se explica cómo el acuerdo de honorarios contingente es legal por el hecho de que el acceso a la justicia pesa más que la posibilidad de que se utilice el acuerdo con fines fraudulentos por quien recibe los honorarios.

Arkin v Borchard Lines Ltd fue un caso en el que se delimitó la responsabilidad de los financiadores profesionales en cuanto al pago de las costas y los gastos del proceso de la parte contraria en el supuesto de que ganara el pleito. Así, a partir de *Arkin*, los financiadores, en una condena en costas, deben de pagar los gastos del contrario hasta el límite de la cantidad financiada a su cliente. En *Arkin*, el fondo había financiado con 1,3 millones de euros a su parte, y deberían de financiar a la parte contraria hasta unas costas y gastos de 1,3 millones de euros. La decisión se tomó tratando de equilibrar el interés de que la parte que ha visto aceptada sus pretensiones pueda resarcirse de unos costes que, de no haber sido interpuesto la demanda, no hubiera incurrido, y el interés de que los fondos sigan financiando litigios como forma de proveer el acceso a la justicia.

ii. Estados Unidos

En Estados Unidos, la figura del TPLF ha tenido un desarrollo más limitado que en Reino Unido o Australia, ya que en Estados Unidos es común en la práctica que los abogados financien a sus clientes mediante los CFA¹¹, por lo que existe una alternativa al TPLF, que lo hace menos necesario. Así, mientras que en Reino Unido los CFA estuvieron prohibidos hasta su introducción en la Ley de Tribunales y Servicios Jurídicos de 1990 (*Courts and Legal Services Act 1990*) (aunque no fueron totalmente liberalizados hasta 1999, mediante el *Access to Justice Act*) y en Australia aún siguen estando prohibidos, en Estados Unidos la *American Bar Association* los permite desde 1908 y en la actualidad los CFA son utilizados en todos los estados, con ciertos matices¹². Aún así, la necesidad de encontrar financiación se ha traspasado a los abogados, entre los cuales la figura del TPLF ha ganado popularidad por la necesidad de encontrar financiación para poder seguir financiando a sus clientes y a su vez poder hacer frente a los gastos de los despachos. Esto ha hecho que vendan sus intereses contingentes a fondos de financiación de litigios¹³.

¹¹ ROWLES-DAVIES, N., *Op. Cit.* 76.

¹² CREMADES SÁNZ-PASTOR, B. M., *Op. Cit.* 158.

¹³ ROWLES-DAVIES, N., *Op. Cit.*

En cuanto a la regulación de los acuerdos de financiación por terceros, varía de estado a estado, y se identifican tres tendencias: a) las doctrinas de *maintenance* y *champerty* no se aplican (por ejemplo, en el caso de Massachusetts); b) algunos acuerdos se consideran supuestos de *champerty* y otros no (por ejemplo en el caso de Nueva York); y c) las doctrinas de *maintenance* y *champerty* se aplican en toda su extensión (por ejemplo en el caso del Distrito de Columbia)¹⁴.

iii. Australia

Australia tiene uno de los mercados de TPLF más maduros, que se desarrolló en los años 90 a raíz de la financiación de litigios relacionados con procedimientos concursales¹⁵. No obstante, no fue hasta 2006, a raíz de la decisión *Fostif*— donde el Tribunal sentenció que el uso de TPLF no era un abuso del proceso y que, en las jurisdicciones donde las doctrinas de *maintenance* y *champerty* habían sido eliminadas, el TPLF no se podía considerar contrario al interés público — cuando el TPLF se empezó a aplicar extensamente a otras áreas diferentes del derecho concursal¹⁶. La eliminación por completo de las doctrinas de *maintenance* y *champerty* llegó poco después que *Fostif* en la decisión de *Trendlen*, en 2006. Unos años más tarde, en 2013, Daniel L Chen y David S Abrams, llevaron a cabo un estudio empírico del efecto que el TPLF había tenido en el mercado legal australiano utilizando datos de IMF (Australia) Ltd - que tenía una cuota de mercado del 50% -, y datos públicos del gobierno. Una de las conclusiones del estudio fue que en los estados donde hay una mayor presencia de TPLF, había un mayor retraso en los juzgados, menos asuntos finalizados en los juzgados (por lo que más asuntos cerrados por acuerdos entre las partes) y un índice de liberación (*clearance rate*) menor¹⁷. Aunque una mayor saturación de los juzgados puede ser un coste de la implementación del TPLF, según Abrams y Chen, los efectos generales en el bienestar de la población podrían seguir siendo positivos¹⁸. Además, si el valor de la resolución de los casos es mayor que el gasto que supone su adjudicación, entonces el TPLF debería de incentivarse¹⁹. La expectativa de Abrams y Chen es que una vez los demandados reconozcan el mayor “apetito” de los demandantes por litigar,

¹⁴ CREMADES SÁNZ-PASTOR, B. M. *Op. Cit.* 159.

¹⁵ ROWLES-DAVIS, N., *Op. Cit.*, 79.

¹⁶ ABRAMS, D. S. y CHEN, D. L., "A Market for Justice: A First Empirical Look at Third Party Litigation Funding", *Faculty Scholarship at Penn Law*, 2013, p. 1084 (disponible en https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/875; última consulta 15/06/2021).

¹⁷ ABRAMS, D. S. and CHEN, D. L., *Op. Cit.*, 1106.

¹⁸ *Id.*

¹⁹ ABRAMS, D. S. and CHEN, D. L., *Op. Cit.*, 1107.

así como sus mayores recursos, sea más probable que se lleguen a acuerdos por las partes²⁰. Así disminuiría esa saturación de los juzgados.

Por otro lado, en Australia, donde también existe la posibilidad de que el juez dicte una sentencia en costas, los Tribunales decidieron que, a diferencia de lo que ocurre en Reino Unido a raíz de *Arkin*, los financiadores de litigios no tienen la obligación de hacer frente a la condena en costas interpuesta en contra de la parte a la que han financiado (tal y como se decidió en 2009 en *Jeffrey and Katauskas Pty Limited*)²¹.

También es interesante mencionar que en Australia se ha analizado si los fondos de financiación de litigios deben de contar con la autorización del regulador. En 2009, en *Brookfield Multiplex*²², la Corte Federal sentenció que los acuerdos de TPLF eran vehículos de inversión que requerían que el fondo tuviera licencia como Servicio de Inversión Financiera (*Financial Investment Service*) para que pudiera financiar el litigio. No obstante, en 2010, el gobierno anunció que eximiría al TPLF de la necesidad de tener una licencia, dada la importancia del TPLF para permitir el acceso a la justicia²³. En 2011, en *Chamaleon*, el Tribunal de primera instancia consideró que el acuerdo entre el fondo y el demandante era nulo por cuanto el fondo no podía contratar sin tener la adecuada licencia. No obstante, en segunda instancia el Tribunal estimó el recurso y concluyó que no hacía falta tal licencia, aunque el impacto de la decisión fue limitado dado que la Comisión Nacional de Valores australiana ya había eximido a los fondos de la necesidad de tener tal autorización²⁴.

b. Sistemas de Derecho Civil

iv. Alemania

Alemania es el primer país de la UE por volumen de litigiosidad²⁵ y uno de los países europeos donde el TPLF está más desarrollado, lo que se evidencia en el hecho de que en 2021 había al

²⁰ *Id.*

²¹ ROWLES-DAVIES, N., *Op. Cit.*, 81.

²² Sentencia de la Corte Federal de Australia, de 20 de octubre de 2009, caso *Brookfield Multiplex Limited v. International Litigation Funding Partners PTE LTD.*

²³ *Id.*

²⁴ ROWLES-DAVIES, N., *Op. Cit.*, 82.

²⁵ SAULNIER, J., KORONTHALYOVA, I. y MÜLLER, K, “Responsible private funding of litigation. European added value assessment”, *European Parliamentary Research Service*, 2021, p. 4 (disponible en:

menos 13 fondos de financiación de litigios operando desde Alemania²⁶. Tienen una normativa favorable al TPLF aunque en 2018 la Corte Federal Alemana prohibió el uso de TPLF en las acciones de confiscación de beneficios de la Sección 10 de la Ley alemana para la lucha contra la competencia desleal, con la intención de evitar las reclamaciones cuyo único objetivo fuera la obtención de los beneficios²⁷. No obstante, es improbable que esa norma afecte a la admisibilidad de los pactos de TPLF en Alemania²⁸.

i. Francia

En Francia no hay ninguna norma que prohíba el uso de TPLF y el Consejo General de la Abogacía de París (*Conseil de l'Ordre*) emitió una resolución en 2017 respaldando el uso de TPLF por sus beneficios para el cliente y el abogado, particularmente en el contexto del arbitraje internacional²⁹.

Un hecho que puede propiciar el desarrollo del TPLF es que los CFA están prohibidos en Francia, aunque si se permite que haya una tasa de éxito que se cobre como un suplemento a los honorarios principales³⁰. Si son comunes en Francia, en cambio, los seguros BTE que se conocen como *contrat de protection juridique*, que suelen abarcar los costes de los honorarios de los abogados y tienen la limitación de que suelen tener un límite en los gastos³¹.

3. La situación actual

A medida que el nivel de litigios en los que se han visto involucrados muchas empresas alrededor del mundo ha ido creciendo (por ejemplo, a raíz del aumento de litigiosidad en el sector bancario a raíz de la crisis del 2008), la financiación litigios han ido desarrollándose y

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662612/EPRS_STU\(2021\)662612_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662612/EPRS_STU(2021)662612_EN.pdf); última consulta: 10/05/2021).

²⁶ SAULNIER, J., KORONTHALYOVA, I. y MÜLLER, K., *Op. Cit.*, p. 8.

²⁷ SAULNIER, J., KORONTHALYOVA, I. y MÜLLER, K. p. 4.

²⁸ *Id.*

²⁹ Resolución del Consejo General de la Abogacía de París de 21 de febrero de 2017 (disponible en

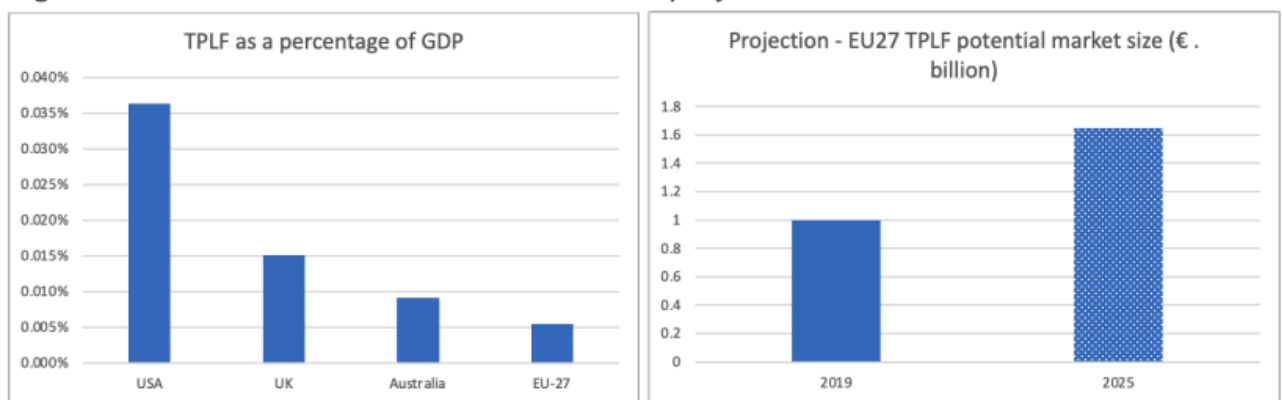
https://www.avocatparis.org/system/files/publications/resolution_financement_de_larbitrage_par_les_tiers.pdf; última consulta 15/06/2021).

³⁰ CREMADES SÁNZ-PASTOR, B. M., *Op. Cit.* 224.

³¹ *Id.*

expansiéndose³². Así, según datos del EPRS, el mercado de servicios contenciosos (*litigation services market*) ha crecido a una tasa anual compuesta del 3,5% desde 2008, hasta alcanzar el tamaño de 39 mil millones de euros en 2019³³. Si este ritmo de crecimiento se mantuviera, en 2025 el sector podría alcanzar los 45 mil millones de euros³⁴. A su vez, los ingresos generados por la financiación de litigios, que se estimaron en unos mil millones de euros en 2019 para los 27 países de la Unión Europea, tienen una proyección de crecimiento para los siguientes cuatro años de 8,8% de media, lo que haría alcanzar al sector un tamaño de 1,6 mil millones de euros en 2025³⁵. La siguiente gráfica muestra esta evolución.

Figure 3 – EU TPLF market size and market size projection



Fuente: Saulnier, J., Koronthalyova, I. y Müller, K, p. 6.

El estudio del EPRS atribuye este crecimiento a los siguientes factores³⁶:

- a) El TPLF ofrece unos retornos extremadamente elevados, lo que hace que la inversión sea muy atractiva para los inversores, por una serie de motivos entre los que se encuentran: que la inversión requerida es baja comparada con el retorno que se puede

³² Ver BREKOULAKIS, S., PARK, W. W. y ROGERS, C. A. (Co-Chairs), “Report of The ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration”, *The ICCA Reports No. 4*, 2018, p. 18 (disponible en https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/Third-Party-Funding-Report%20.pdf; última consulta: 10/06/2021); y WWL Editorial, “Litigation 2019: Trends – The rise and rise of third-party funding”, *Law Business Research*, 2019 (disponible en <https://whoswholegal.com/analysis/litigation-2019-trends---the-rise-and-rise-of-third-party-funding->; última consulta: 15/05/2021).

³³ SAULNIER, J., KORONTHALYOVA, I. y MÜLLER, K, *Op. Cit.*, p. 4.

³⁴ *Id.*

³⁵ SAULNIER, J., KORONTHALYOVA, I. y MÜLLER, K, p. 6.

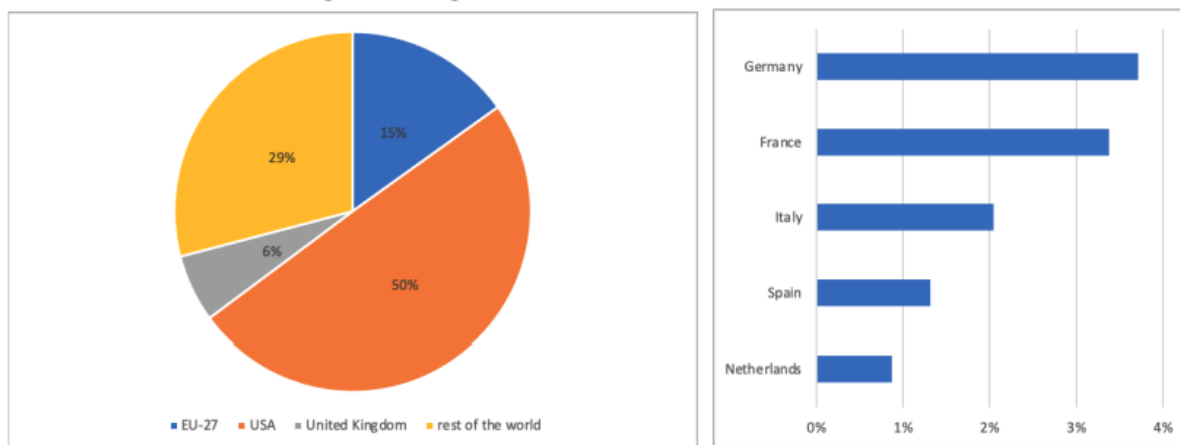
³⁶ Ver PONCIBÒ, C. y D’ALESSANDRO, E., *Op. Cit.* p. 49; y BREKOULAKIS, S., PARK, W. W. y ROGERS, C. A., *Op. Cit.*, p. 18.

conseguir; y que el riesgo del TPLF es más bajo que los de otros activos de inversión. Según un estudio de 2018 de Bloomberg, los retornos del TPLF superaban aquellos del capital riesgo, *real estate*, crédito y *hedge funds*³⁷. Desde el enfoque porcentual, la remuneración suele ser del 20 al 50% de la indemnización que se consiga, mientras que desde el enfoque del múltiplo suele exigirse hasta tres veces la cantidad invertida³⁸.

- b) La inversión en TPLF es anticíclica, por lo que no se verá afectada por una caída de la actividad económica. De hecho, con las crisis económicas la actividad del TPLF se puede ver aumentada a raíz de un aumento de las insolvencias, algo que puede ocurrir en la actualidad a raíz de la crisis provocada por el Covid-19.
- c) El mercado de financiación de litigios es un mercado líquido – existe un mercado secundario por cuanto hay inversores dispuestos a comprar los derechos de los fondos de TPLF.

En cuanto a la actual situación del mercado de servicios contenciosos por países, según los datos de EPRS, Estados Unidos es el país donde más actividad hay – concentra el 50% del sector -, mientras que la UE representa el 27% del sector. En cuanto a los países de la UE, España es el cuarto país más activo. Estos datos se muestran en la siguiente gráfica:

Figure 2 – Estimated global market distribution in litigation services and largest EU litigation markets, 2019 (% of the global litigation services market)



Fuente: Saulnier, J., Koronthalyova, I. Y Müller, K, p. 4.

³⁷ CADMAN, E., “For the world’s super rich, litigation funding is the new black”, *Bloomberg*, 27 de agosto de 2018 (disponible en <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-08-27/for-the-world-s-super-rich-litigation-funding-is-the-new-black>; última consulta 10/06/2021).

³⁸ ROWLES-DAVIES, N. *Op. Cit.*, p. 4.

4. ¿Cómo funciona?

a. Las consideraciones previas y el proceso de negociación

La firma del contrato de financiación de litigios entre un fondo y un litigante está precedida de unos pasos que hay que acometer y que están orientados a analizar la reclamación de quien solicita financiación, lo que supone, en primer lugar, estudiar:

- a) Los méritos del caso;
- b) El *quantum* de la reclamación y el coste del procedimiento, que tendrá que satisfacer un ratio *quantum*/coste que el fondo considere suficiente. Así, hay fondos que consideran viable un ratio 4 a 1, mientras hay otros que pueden llegar a exigir un ratio de 10 a 1³⁹. Hay varias razones por las cuales este ratio suele ser tan elevado: (i) lo normal es que el coste acabe siendo mayor del estimado y puede ocurrir que la indemnización acabe siendo menor; y (ii) de lo que se obtenga de la indemnización, tiene que haber suficiente dinero para satisfacer el retorno que exigirá el fondo así como para que haya un remanente para el demandante, pues de lo contrario, no existiría un incentivo financiero para el cliente, que estaría menos interesado en el resultado del litigio⁴⁰; y
- c) La capacidad de la parte contraria de hacer frente al pago de la posible indemnización que resulte de una sentencia condenatoria⁴¹. Esta capacidad de recuperar la indemnización es esencial pues de ello depende que el fondo pueda rentabilizar su inversión, y se suele analizar antes de entrar en el análisis detallado del caso⁴². Las reclamaciones contra profesionales que cuentan con un seguro de responsabilidad civil profesional suelen pasar este test, así como aquellas que tienen como contraparte a grandes instituciones financieras o empresas⁴³.

El fondo analizará si el caso cumple los requisitos básicos y propondrá unos términos comerciales indicativos⁴⁴, que tienen una función similar a la de una carta de intenciones en

³⁹ ROWLES-DAVIES, N., *Op. Cit.*, 110.

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ BLANCO GARCÍA, A. I., “Third Party Funding: una realidad en el arbitraje” en BARONA VILAR, S. (ed.), *Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 324.

⁴² ROWLES-DAVIES, N., *Op. Cit.*, 109.

⁴³ *Id.*

⁴⁴ ROWLES-DAVIES, N., *Op. Cit.*, 112.

una transacción de M&A – las partes establecen los términos orientativos de la operación. Esto es importante especialmente en cuanto al precio de la financiación, pues los solicitantes no suelen estar acostumbrados a que el estándar en las financiaciones de litigios sin recurso sea de tres veces o más de lo que han recibido en préstamo⁴⁵. Los términos que se ofrecen son estrictamente orientativos y están sujetos a un análisis más detallado del caso y a que se firme el contrato⁴⁶. Una vez se han negociado los términos de la oferta indicativa, se hará una oferta formal al litigante mediante una “hoja de términos” (*term sheet*), donde se suele establecer que la oferta estará sujeta a la finalización de una *due dilligence* satisfactoria y a la firma del contrato⁴⁷.

Una vez el cliente acepta la oferta formal, se llevará a cabo la *due dilligence*. En esta fase, puede que el fondo exija del cliente un periodo de exclusividad. Acometer la *due dilligence* para estudiar la viabilidad legal de la reclamación puede ser caro y tiene sentido que los fondos exijan a los clientes que no esté en negociaciones con otros fondos⁴⁸. Si la *due dilligence* resulta satisfactoria para el fondo, se firmará el contrato y se procederá a prestar la financiación negociada.

b. El contrato de financiación

A continuación se describe el contrato de financiación de litigios siguiendo el ejemplo del contrato de Therium, un prestigioso fondo de financiación de litigios basado en Londres. El contrato marco fue aprobado por la Asociación de Financiadores de Litigios de Reino Unido como conforme a su Código de Conducta⁴⁹. Son partes del contrato el demandante o cliente y el fondo.

Mediante el contrato de financiación, el fondo acuerda financiar los costes legales del procedimiento judicial o arbitral relevante. Es usual que se financie por tramos – las partes acuerdan dividir el procedimiento en distintas fases y el fondo se obliga mediante el contrato a financiar el primer tramo y se reserva la opción de financiar los restantes tramos a medida que avanza el procedimiento. A cambio de dicha financiación, el demandante, si recibe el producto

⁴⁵ ROWLES-DAVIES, N., *Op. Cit.*, 113.

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ ROWLES-DAVIES, N., *Op. Cit.*, 114.

⁴⁸ ROWLES-DAVIES, N., *Op. Cit.*, 115.

⁴⁹ ROWLES-DAVIES, N., *Op. Cit.*, 120.

de su reclamación, se compromete a devolver los costes legales que hayan sido financiados más la remuneración que haya sido acordada (si hubiera un retraso en el pago, devengarían intereses de demora del 4% sobre un interés fijo de referencia). Si el importe recibido al terminar el procedimiento es insuficiente para hacer frente a los costes legales y a la remuneración del fondo, se distribuirá de acuerdo con las reglas de prioridades que se pacten mediante un acuerdo de prioridades entre el fondo, el demandante, los abogados y los aseguradores, en su caso (descrito en la siguiente sección).

Con la firma del contrato, las partes se obligan a seguir un Plan de Proyecto donde se estipulan el coste estimado del procedimiento y un calendario de los tiempos estimados. El Plan de Proyecto puede ser modificado en determinadas situaciones – por ejemplo, si el demandado interpone una demanda de reconvención, el demandante puede solicitar al fondo que amplíe el presupuesto, o si se interpone un recurso por cualquier parte, también se podría solicitar la revisión del Plan.

Por otra parte, en el contrato se detallan ciertos costes que el fondo excluye de los costes razonables que está dispuesto a financiar. Por ejemplo, si se incurren en costes porque el cliente no sigue el consejo de su abogado, no estarán incluidos como parte de la financiación. Respecto de los costes, otro extremo que contempla el contrato es el pago de una posible condena en costas – el contrato exige al demandante que suscriba un seguro ATE, por lo que el fondo no se haría responsable del pago resultante de una condena en costas.

El contrato incluye ciertas condiciones que se deben de cumplir antes de que devenga obligatorio – el cliente debe de haber firmado el acuerdo de prioridades, así como la póliza de seguro de costes legales (el seguro ATE). Además, también incluye ciertas representaciones, de las que es destacable la siguiente: el cliente asegura no haber otorgado ninguna garantía a favor de un tercero sobre el importe de la reclamación y asegura que no otorgará tal garantía hasta que el fondo reciba su inversión y retorno.

Las partes acuerdan mediante el contrato que el cliente suscribirá una póliza de seguro ATE para el caso en que haya una condena en costas en contra del fondo. En ese caso, el cliente deberá reembolsarle la cantidad al fondo utilizando el dinero puesto a disposición por el seguro. Además, en caso de que haya una orden para que el demandante adelante los costes legales, según la norma del *security for costs* anglosajona, el fondo adelantará tales fondos pero con la condición de que el cliente, si se llega a materializar la condena en costas y el fondo desembolsa

efectivamente tal cantidad, reembolse al fondo utilizando el dinero puesto a disposición por el seguro.

En cuanto a las obligaciones del cliente, tiene una serie de obligaciones relacionadas con la necesidad de mantener al fondo informado sobre el desarrollo del procedimiento. Por ejemplo, deberá dar instrucciones a los abogados para que mantengan al fondo informado de los eventos relevantes como puede ser la decisión de llegar a un acuerdo, la recepción de una oferta de acuerdo por parte de la parte contraria, nuevas pruebas que se hayan encontrado o cualquier otro evento que pueda influir en el desarrollo del procedimiento, y también deberá solicitar a los abogados un informe mensual que se distribuirá al fondo sobre el progreso del procedimiento. El cliente también se obliga a seguir en todo caso el consejo de los abogados en cada momento, incluyendo la decisión sobre si llegar a un acuerdo con la contraparte. Por otro lado, respecto de los posibles recursos, si el fondo decide conceder financiación para recurrir la sentencia, el cliente deberá instruir a los abogados para que procedan con el recurso.

Si el Tribunal estimase lo reclamado por la parte financiada, esta deberá mantener el dinero hasta que se pague al fondo lo debido. Si lo recibo no es en dinero, las partes acuerdan nombrar a un tasador independiente. El orden de prioridad en el pago se determinará de acuerdo con el Acuerdo de Prioridades, que se explica en la siguiente sección.

Las partes acuerdan que el contrato de financiación sea confidencial entre las partes (tanto su existencia como su contenido) y, donde sea oportuno, se mantenga el secreto profesional respecto de todos los documentos e información compartida por el demandante, el fondo, o los abogados. Esta cláusula sería contraria a la recomendación sexta del Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español de Arbitraje según la cual se recomienda a las partes en un procedimiento arbitral que informen al árbitro y a la contraparte, a más tardar en su demanda, sobre la recepción de cualquier tipo de financiación por parte de tercero, facilitando la identidad de este⁵⁰.

El contrato contiene una cláusula de terminación según la cual el cliente y el fondo pueden, en cualquier momento, acordar la terminación del contrato por acuerdo mutuo. Este seguirá en

⁵⁰ Recomendación VI, Código de Buenas Prácticas del Club Español de Arbitraje 2019.

vigor hasta que el fondo haya recibido las cantidades a las que tenía derecho en virtud del contrato. Además, el fondo también tiene derecho a terminar el contrato unilateralmente si deja de estar satisfecho con la viabilidad legal del asunto, dando un preaviso al cliente de cinco días. Desde que se termine el contrato, el fondo no estará obligado a poner en disposición del cliente ninguna financiación adicional y tendrá derecho a ser reembolsado de las cantidades que haya financiado hasta el momento, sin que tenga derecho ninguna remuneración adicional al dinero pagado hasta ese momento. No obstante, si la terminación del contrato se diera por un incumplimiento del cliente, si tras notificar en el plazo de 20 días para que el cliente subsane el incumplimiento este no lo hace, el fondo también tendrá derecho a la remuneración pactada, además del dinero invertido hasta ese momento. Si fuese el fondo quien incumpliera sus obligaciones, el cliente también tendría derecho a la resolución unilateral del contrato, debiendo reembolsar al fondo del dinero invertido pero sin que este tuviera derecho a la comisión.

c. La documentación accesoria

El Plan de Proyecto (*Project Plan*) es el primer documento que se adjunta al contrato. Establece la estrategia a seguir en el procedimiento, así como los gastos que se desembolsarán en cada fase del caso. También describe el trabajo que deberán llevar a cabo los abogados en cada fase⁵¹.

La Carta de Confianza (*Reliance Letter*) se firma por lo abogados, que aceptan un deber de diligencia para con el fondo, de forma que reconocen que el fondo puede ejercer una acción de responsabilidad extracontractual para solicitar que los abogados reparen el daño causado a causa de su negligencia⁵². Por ejemplo, se dará el caso cuando se salten un plazo procesal. Como los abogados actúan como abogados del cliente y no del fondo, esta carta es una forma de vincular a los abogados con el fondo y de que reconozcan su deber para con el fondo.

Por último, el Acuerdo de Prioridades (*Priorities Agreement*), es el acuerdo que se firma entre todas las partes que tienen un interés en la indemnización que se obtenga del procedimiento. Sólo será relevante cuando la cuantía de la indemnización sea menor de lo esperado, de forma

⁵¹ ROWLES-DAVIES, N., *Op. Cit.*, 124.

⁵² *Id.*

que haya que establecer unas bases para repartir la cantidad equitativamente entre las partes⁵³. En el contrato de Therium, las partes del acuerdo son el fondo, el demandante, los abogados y el asegurador. El orden de prioridad que establecen es el siguiente. En primer lugar, se pagará el 100% de los honorarios fijos de los abogados (excluyendo la tasa de éxito que se haya acordado en el CFA); en segundo lugar se pagará al fondo los costes legales que haya sufragado en virtud del contrato de financiación (excluyendo sus comisiones); y en tercer lugar se pagará a la aseguradora por las costas procesales que haya tenido que pagar en virtud del seguro contratado. Si la indemnización recibida no es suficiente para pagar a estas tres partes, se repartirá *pro rata* entre estas. En cuarto lugar, se pagará por completo a abogados, al fondo y a la aseguradora por todos los conceptos que se sigan debiendo, como la tasa de éxito de los abogados o las comisiones del fondo. De nuevo, si la cantidad recibida no fuera suficiente, se repartirá *pro rata* entre ellos. En último lugar, el demandante recibirá lo que haya sobrado de pagar todo lo anterior.

III. CAPÍTULO II. MARCO JURÍDICO

1. Figuras afines.

Como se ha mencionado, el contrato de financiación de litigios no cuenta con una regulación específica en España, aunque la situación actual de nuestro ordenamiento parece proclive a que se pongan en práctica este tipo de acuerdos⁵⁴. La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2008, que atribuye validez legal al pacto de *cuota litis* en sentido estricto, apunta en esa dirección (tal y como se analizará en la sección que analiza el pacto de *cuota litis*)⁵⁵. Dado que no existe una regulación específica del contrato de TPLF, es conveniente identificar figuras en las que se aprecie identidad de razón con el contrato de TPLF para la aplicación analógica de sus normas al contrato de TPLF, tal y como lo prevé el artículo 4 del CC. Se analizan en primer lugar los contratos de financiación que presentan rasgos similares al contrato de TPLF para, en segundo lugar, analizar los diferentes métodos de financiación de costes legales existentes.

⁵³ ROWLES-DAVIES, N., *Op. Cit.*, 125.

⁵⁴ COHEN BENCHETRIT, A., “Situación legal en España y en la UE: posibilidades de regulación futura”, *Actualidad del Consejo General de la Abogacía Española*, 10 de mayo de 2018 (disponible en https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/situacion-legal-en-espana-y-en-la-ue-posibilidades-de-regulacion-futura-de-la-financiacion-de-litigios/#_ftn2; última consulta 19/05/2021).

⁵⁵ Sentencia del TS núm. 6610/2008, de 4 de noviembre.

a. Contratos de financiación

ii. El contrato de cuentas en participación

Según León Sanz y Navarro Faure, las cuentas en participación constituyen un instrumento para facilitar al empresario recursos financieros para el desenvolvimiento de la actividad empresarial o de operaciones determinadas, mediante la contribución de inversores que pretenden beneficiarse de las expectativas de rentabilidad, a través de aportaciones que participan del riesgo de la empresa⁵⁶. Tal y como describe el TS en su sentencia de 29 de mayo de 2014, “*es una de las modalidades asociativas o de cooperación mercantil más antiguas que conoce el derecho de los negocios, que mantiene oculto para los terceros al capitalista participante, sea o no comerciante, lo que armoniza con el interés del gestor o empresario en aumentar su liquidez, sin obligación de pagar un interés y de restituir las sumas recibidas*”⁵⁷. La figura del TPLF tiene cierta identidad de razón con las cuentas en participación – un inversor financia a un demandante para beneficiarse de las expectativas de éxito del ejercicio de la acción procesal, sin tener la seguridad de que obtendrá el reembolso de su inversión ni de si obtendrá una remuneración, puesto que esto depende del éxito o fracaso del ejercicio de la acción. No obstante, si el cliente gana el pleito, el fondo sí que tiene derecho a la restitución del capital invertido y a su remuneración, lo que es diferente al contrato de cuentas en participación por cuanto en este no se habla de restitución de la aportación si no de participación en las ganancias o pérdidas. Sin perjuicio de esta diferencia, varios autores han asociado la naturaleza jurídica del contrato de TPLF con la de las cuentas en participación⁵⁸.

El contrato de cuentas en participación está regulado por los artículos 239 a 243 del CCom. Su posición sistemática en el CCom, como intermedia entre la compañía mercantil, que crea una personalidad jurídica, y la relación puramente contractual, es señal de la peculiar naturaleza jurídica de este contrato. Así, existe una corriente Jurisprudencial (la corriente tradicional y más asentada) según la cual las cuentas en participación no constituyen una sociedad.

⁵⁶ LEÓN SANZ, F. J. y NAVARRO FAURE, A., “Las cuentas en participación” en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.), *Contratos - Tomo IV. Contratos de estructura asociativa o comunitaria*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, sección RB-5.2.

⁵⁷ Sentencia del TS núm. 253/2014, de 29 de mayo.

⁵⁸ Ver COJO, O., “Arbitraje y Financiación procesal parciaria (thir-party funding) en España: un análisis bajo el prisma de las nuevas Directrices de la IBA sobre Conflictos de Interés”, *La Ley Mercantil*, nº 8, 2014; SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A., “Tributación de los contratos de financiación de litigios”, *Revista Quincenal Fiscal Aranzadi*, nº10, 2020; y COHEN BENCHETRIT, A., *Op. Cit.*

Particularmente expresiva en este sentido es la sentencia del TS de 4 de diciembre de 1992: *“Evidentemente la situación jurídica no es constitutiva de un contrato de cuenta en participación, como sostiene y defiende el recurrente, sino la de una efectiva sociedad irregular de naturaleza más bien mercantil”*⁵⁹. Esta corriente se basa en el carácter bilateral entre el cuenta-partícipe y el gestor, la falta de patrimonio común y de personalidad para distinguir las cuentas en participación de los contratos de sociedad civil y mercantil⁶⁰.

En cambio, una Jurisprudencia más reciente entiende que las cuentas en participación tienen naturaleza societaria, alegando que constituyen “sociedades internas” basándose en la idea de ser una *“fórmula asociativa entre empresarios que hace posible el concurso de uno (partícipe) en el negocio o empresa del otro (gestor), quedando ambos a resultas del éxito o fracaso del último”*, tal y como se expone en la sentencia del TS de 30 de mayo de 2008⁶¹. Dicha sentencia defiende, en consecuencia, la aplicación analógica del artículo 1700 del CC, sobre formas de extinción de las sociedades, a las cuentas en participación. Más clara aún sobre esta calificación de sociedad es la sentencia de la AP de las Islas Baleares de 21 de junio de 2004, según la cual *“Las cuentas en participación (artículo 239 del CC) son el único tipo de sociedad interna que conoce el Derecho Mercantil (la negrita es nuestra). Se trata de una fórmula asociativa entre empresarios individuales o sociales que hace posible el concurso de uno de ellos (el partícipe) en el negocio o empresa del otro (gestor), quedando ambos a resultas del éxito o fracaso del último. Su condición de sociedad no ofrece dudas; el fin común perseguido es la obtención de ganancias mediante la explotación del negocio del gestor y ambas partes contribuyen a su consecución”*⁶².

La calificación de las cuentas en participación como sociedad o como contrato (sería un contrato sinalagmático) tiene efectos jurídicos relevantes por cuanto el régimen jurídico aplicable, en caso de que haya algún elemento no tipificado por los artículos 239 a 243 del CCom, difiere – serán diferentes las normas aplicables a la gestión, las relativas al incumplimiento y a la extinción del negocio jurídico. En cuanto a la gestión, la sentencia de la AP de las Islas Baleares mencionada hace referencia a la obligación del gestor a gestionar el

⁵⁹ Sentencia del TS núm. 1079/1992, de 4 de diciembre.

⁶⁰ LEÓN SANZ, F. J. y NAVARRO FAURE, A., *Op. Cit.*, sección RB-5.3, “las cuentas en participación en la Jurisprudencia”.

⁶¹ Sentencia del TS núm. 464/2008, de 30 de mayo.

⁶² Sentencia de la AP de las Islas Baleares, núm. 254/2004, de 21 de junio.

negocio con la diligencia de un buen comerciante, respondiendo del dolo y de la culpa lata ya que la gestión se hace en interés ajeno, al igual que en las sociedades personalistas⁶³. Si hablásemos de un contrato, el deudor (gestor) quedaría obligado a cumplir con su prestación con la diligencia de un buen padre de familia⁶⁴.

Por otro lado, en cuanto a las normas relativas al incumplimiento y a la extinción, la calificación como contrato significa que, ante el incumplimiento de una de las partes, la otra tendrá derecho a ejercitar la acción resolutoria del artículo 1124 CC, por cuanto se trata de una obligación recíproca, si quien la insta debe de haber cumplido o estar dispuesto a cumplir, y el incumplimiento de la otra parte se considera grave⁶⁵. Al ejercer esta acción, la parte pediría que se restituyeran las aportaciones realizadas, lo que supondría recuperar el capital invertido. En cambio, la calificación como sociedad, supondría que, de considerarse sociedad de duración indefinida, cualquier socio podría extinguir la sociedad, siempre que actuase de buena fe y en tiempo oportuno; y si se considerase de duración determinada, tendría que haber un justo motivo⁶⁶. Además, al disolver la sociedad, procedería la liquidación de esta, para que cada socio pudiera recibir lo que fuera su parte. Se debe señalar, sin perjuicio de lo anterior, que en sede de las cuentas en participación, el CCom dispone en el artículo 243 que “la liquidación se hará por el gestor, el cual, terminadas que sean las operaciones, rendirá cuenta justificada de sus resultados”. Por lo tanto, independientemente de la naturaleza jurídica de las cuentas en participación, el CCom dispone que procederá la liquidación y no la restitución de las prestaciones, sin perjuicio de lo que hayan podido pactar las partes.

Por último, de considerar las cuentas en participación como sociedades, se podrían aplicar los supuestos de extinción del artículo 1700 del CC y concordantes, como describe la sentencia de la AP de las Islas Baleares citada anteriormente⁶⁷. Esto resultaría conveniente pues, de hecho, una de las limitaciones de considerar las cuentas en participación como contratos, es el

⁶³ *Id.*

⁶⁴ Artículo 1104 CC.

⁶⁵ NAVARRO MENDIZÁBAL, I. *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, p. 172.

⁶⁶ NAVARRO MENDIZÁBAL, I., *Op. Cit.*, p. 660.

⁶⁷ Sentencia de la AP de las Islas Baleares, núm. 254/2004, de 21 de junio.

problema de la integración de cuestiones como las causas de extinción, pues el artículo 243 del CCom prevé únicamente la terminación de las cuentas por la terminación de las operaciones⁶⁸.

Otro extremo que será diferente será la distinta posición que ocupe el cuenta-partícipe ante un posible concurso de acreedores del gestor – de tratarse de una sociedad, se le considerará socio y, por tanto, recibiendo su parte en última instancia y con posterioridad a los acreedores. En cambio, de considerarse un contrato sinalagmático, como acreedor el cuenta-partícipe tendría un orden preferente al de los socios.

La problemática del carácter de la naturaleza de societaria o contractual fue abordada en parte por el TS en la sentencia de 29 de mayo de 2014, al tener que analizar el TS qué hacer ante un incumplimiento de un cuenta-partícipe. El TS analizó un contrato de cuentas en participación donde las partes habían incluido unas cláusulas de extinción, entendiendo la AP ante la que se había interpuesto el recurso de apelación que las causas de extinción del convenio deben entenderse como de resolución⁶⁹. La empresa gestora a la que el cuenta-partícipe solicitaba la restitución del capital aportado, se negaba a restituir tal capital, fundamentando su petición en la siguiente doctrina del TS: *“las cuentas en participación, - calificación de cuya procedencia en el caso respecto de los contratos suscritos en 15 de enero y 12 de marzo de 1990 no se ha dudado en la instancia-, vienen reguladas por los arts. 239 y ss del CCom , y han sido descritas en la doctrina como “una fórmula asociativa entre empresarios individuales o sociales que hace posible el concurso de uno (partícipe) en el negocio o empresa del otro (gestor), quedando ambos a resultas del éxito o fracaso del último”. Esta definición traduce la idea que expresa con claridad el art. 239 CCom cuando dice que los comerciantes pueden interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte de capital que convinieren “y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen”. A diferencia de lo que ocurre en la sociedad irregular, no se crea un patrimonio común entre los partícipes, y lo aportado pasa al dominio del gestor (SSTS 20 de julio y 4 de diciembre de 1992, 5 de febrero de 1998, etc). El partícipe, por ello, no dispone de un crédito de restitución del capital aportado (que obviamente también se produce en el préstamo), sino que se le atribuye el derecho a las ganancias en la proporción que se*

⁶⁸ LEÓN SANZ, F. J. y NAVARRO FAURE, A., *Op. Cit.*, sección RB-5.3, “las cuentas en participación en la Jurisprudencia”.

⁶⁹ Sentencia de la AP de Vizcaya núm. 40/2012, de 26 de enero.

establezca”⁷⁰. El TS, en su argumentación posterior, rechazó que se tratara de una sociedad mercantil. Analizando el caso concreto, el TS ordena la restitución del capital invertido basándose en que las partes habían incluido en el contrato unas cláusulas de resolución que aplican de forma prioritaria, en virtud de la creación de una *lex privata* entre las partes, aunque menciona que, de no existir tales cláusulas, hubiera procedido la liquidación de la cuenta. Esto demuestra como determinar la naturaleza jurídica de las cuentas en participación no es fácil y como los tribunales se limitan a determinar el régimen jurídico aplicable, sin entrar en delimitar su naturaleza jurídica.

La doctrina ha abordado la problemática de diferenciar los contratos asociativos de los sinalagmáticos para definir la naturaleza jurídica de figuras como las cuentas en participación o los préstamos participativos (que se exponen a continuación). El criterio que utiliza la doctrina para diferenciar una figura de otra es el de la participación de las pérdidas en el negocio⁷¹. Según este criterio, por lo tanto, las cuentas en participación son un tipo de contrato asociativo. No obstante, esto no quiere decir que tengan naturaleza societaria - son un tipo más de contrato asociativo, distinto del contrato de sociedad, tal y como lo demuestra el hecho de que la posición sistemática de las cuentas en participación se encuentre en los tomos de contratos asociativos pero como un contrato propio distinto del contrato de sociedad⁷². No obstante, como se ha mencionado, hay Jurisprudencia que sí califica a las cuentas en participación como “sociedad interna”.

Podemos concluir, por tanto, que se trata de una figura respecto de la cual no existe una posición pacífica en la Jurisprudencia aunque parece que la opinión respaldada por la doctrina es considerarlas un contrato asociativo distinto al contrato de sociedad.

iii. El préstamo participativo

El contrato de préstamo es un contrato por el cual una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama

⁷⁰ Sentencia del TS núm. 253/2014, de 29 de mayo (FJ 2º).

⁷¹ BASOBAZAL ARRUE, X., “Contrato parciario. Caracterización dogmática, legislación aplicable”, *InDret*, nº 1, 2005, p. 5.

⁷² Ver, por ejemplo, la posición sistemática que ocupan las Cuentas en participación en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.), *Contratos – Tomo VI. Contratos de estructura asociativa o comunitaria*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014.

comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo⁷³. Este contrato tiene una diferencia importante respecto del contrato de TPLF por cuanto una característica esencial de este último es que la restitución del dinero prestado (y el pago de la remuneración) está sujeta a que el procedimiento acabe de forma favorable para quien recibe la financiación. En el contrato de préstamo, en cambio, es una característica esencial que el prestatario se compromete a devolver “otro tanto de la misma especie y calidad”. Por lo tanto, podemos decir que no existe identidad de razón entre el préstamo y el contrato de TPLF. No obstante, la figura del préstamo participativo, que se ha definido como un contrato mixto entre el puro contrato de préstamo y el contrato parciario⁷⁴, sí que presenta más similitudes con el contrato de TPLF.

El préstamo participativo es aquel que tiene las siguientes características: el prestamista percibe un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria (pudiendo acordarse también un interés fijo); las partes pueden acordar una cláusula penalizadora para el caso de amortización anticipada; el préstamo, en relación con la prelación de créditos se situará después de los acreedores comunes; y los préstamos se considerarán patrimonio neto a efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil⁷⁵. La primera de las características hace que sea un contrato aleatorio, por cuanto la prestación del prestatario no se puede determinar *a priori* si no que depende de la evolución del negocio. Esta característica es la que comparte con los contratos de TPLF, donde la prestación del cliente depende del desarrollo del procedimiento. En cambio, las características relativas a su consideración como patrimonio neto y su carácter subordinado no son rasgos que comparta con los contratos de TPLF – esas características son representativas del origen de los préstamos participativos, que cuando se tipificaron en el marco de la crisis económica de los años 80 del siglo XX, se concibieron como una medida de reestructuración financiera y saneamiento preconcursal de las empresas⁷⁶.

⁷³ Artículo 1740 CC.

⁷⁴ FRADEJAS RUEDA, O. M.^a, “Créditos participativos”, en ALONSO UREBA, A.; MARTÍNEZ-SIMANCAS y SÁNCHEZ, J. (Dir.), *Derecho del Mercado Financiero. T. II. Operaciones bancarias de activo y pasivo. Vol. I.*, Madrid, Civitas, 1994, pp. 331-355.

⁷⁵ Artículo 20 del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica.

⁷⁶ COLINO MEDIÁVILLA, J. L. y HERNÁN CARRILLO, V. “Créditos y préstamos participativos” en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.), *Contratos - Tomo IX. Contratos De Financiación Y De Garantía*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, sección RB-2.1 “Concepto y función económica”.

Aunque el origen histórico del contrato de préstamo participativo y su consecuente consideración como patrimonio neto y préstamo subordinado no encajen con las características del contrato TPLF, sí que lo hace su naturaleza como contrato aleatorio. Esta naturaleza de contrato aleatorio ha llevado a la doctrina a cuestionarse si tiene verdadera naturaleza como contrato de préstamo o si su naturaleza encajaría mejor con la de los contratos asociativos⁷⁷, tal y como se estudiará más adelante. Tanto en las cuentas en participación, como en los préstamos participativos y en el TPLF, el inversor y el que recibe la financiación tienen un interés en el desarrollo del negocio (o procedimiento) y sus ganancias dependen de cómo finalice este. No obstante, en el préstamo participativo, la postura mayoritaria es favorable a su consideración como contrato de préstamo, ya que el prestamista no participa en las pérdidas de la sociedad completamente, ya que en caso de que haya pérdidas, este no pierde su derecho a la restitución del capital aportado, como ocurre en el caso de las cuentas en participación⁷⁸. El contrato de TPLF, es más parecido en este sentido a las cuentas en participación por cuanto, si el procedimiento acaba siendo desfavorable para el que ha recibido financiación, el fondo no tiene derecho a la restitución, si no que participa de esa pérdida.

Podemos concluir que el contrato de préstamo participativo es un contrato mixto que tiene como base el contrato de préstamo al que se ha incluido una cláusula parciaria que determina que la remuneración del capital prestado dependa del desarrollo del negocio. Se aplicará por tanto, en primer lugar, la normativa relativa al préstamo parciario del artículo 20 del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica y, de forma supletoria, las normas aplicable al préstamo (artículo 1740 del CC y artículo 311 y ss. del CCom).

b. Otras formas de financiar los costes legales.

A continuación, se analizan las formas por las que un litigante puede conseguir financiación y sus similitudes con el contrato de TPLF, pues son figuras que se usan con habitualidad en nuestro ordenamiento jurídico, y respecto de las cuales existe normativa y Jurisprudencia a la que se podría asistir si existiera identidad de razón entre una figura y otra.

⁷⁷ ÁLVAREZ OLALLA, P. y VEIGA COPO, A. B., “Contratos de financiación” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Tratado de Contratos, Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 5007.

⁷⁸ *Id.*

i. El pacto de *cuota litis*

El pacto de *cuota litis* es el convenio mediante el cual el abogado asume la defensa de un determinado asunto, comprometiéndose a cobrar sólo en el caso de que el resultado sea beneficioso para el cliente. En ese supuesto, sus honorarios consistirán en un porcentaje de lo obtenido en el proceso⁷⁹. Este pacto supone que el abogado puede financiar a su cliente durante el desarrollo del procedimiento, para cobrar sus honorarios una vez concluido éste. Se asemeja en este sentido al TPLF aunque tiene unas diferencias reseñables: en el TPLF, es un tercero ajeno al proceso el que financia al cliente y, además, en los pactos de *cuota litis*, el pacto sólo cubre los servicios legales del abogado, mientras que el TPLF puede cubrir más conceptos⁸⁰. Aun así, es interesante analizar cómo encaja el pacto de *cuota litis* en nuestro ordenamiento jurídico por una posible aplicación analógica de su regulación al TPLF.

Tradicionalmente, el pacto de *cuota litis* estuvo prohibido en nuestro ordenamiento jurídico (prohibición heredada del derecho romano) pues se entendía que atentaba contra la independencia del abogado. La prohibición legal acabó desapareciendo para convertirse exclusivamente en una prohibición deontológica y estatutaria⁸¹. No obstante, también en el ámbito de la deontología, la tendencia ha sido a una mayor permisibilidad de estos pactos. Así, en el año 2000 se diferenció entre la *cuota litis* “mixta”, definida en el Código Deontológico de 2000 como “el pacto mediante el cual se establezcan honorarios alternativos según el resultado del asunto, siempre que se contemple —aunque el resultado del proceso sea totalmente adverso—, el pago efectivo de alguna cantidad que cubra los servicios prestados”; y la *cuota litis* en sentido estricto, definida como “el pacto entre el abogado y su cliente, formalizado antes de finalizar el proceso, en virtud del cual éste último sólo pagará al abogado si el procedimiento finaliza con éxito. En ese caso, el abogado percibe un porcentaje del mismo.”. El Código, en el artículo 16, prohibía únicamente la *cuota litis* en sentido estricto. No obstante, este artículo fue impugnado por el Tribunal de Defensa de la Competencia por entender que el Consejo General de la Abogacía, al aprobar el artículo 16 del Código Deontológico de la Abogacía, había tomado una decisión contraria al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, por lo que se le intimaba a modificar dicho precepto y se le imponía una multa sancionadora. El Consejo General de la Abogacía interpuso recurso contencioso-

⁷⁹ APARISI MIRALLES, A., *Deontología profesional del abogado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 240.

⁸⁰ COJO, O., *Op. Cit.*, p. 5.

⁸¹ APARISI MIRALLES, A., *Op. Cit.*, p. 240.

administrativo contra dicha decisión, que fue resuelto por la sentencia de 27 de junio de 2005 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que estimó el recurso⁸². Esta decisión fue recurrida ante el Tribunal Supremo que, mediante su Sentencia de 4 de noviembre de 2008, estimó el recurso y atribuyó validez legal al pacto de *cuota litis* basándose en el pleno sometimiento de los Colegios Profesionales a la Ley y al Tribunal de Defensa de la Competencia, sean cuales sean las funciones que ejerzan y el carácter público o privado de las mismas⁸³.

A efectos de una posible aplicación analógica de la regulación del pacto de *cuota litis* al TPLF, conviene destacar los siguientes argumentos de la Sentencia del TS mencionada. En primer lugar, el TS señala cómo el hecho de que se cree una “comunidad de intereses” entre el abogado y su cliente se permite desde que se permite fijar los honorarios fijos y otros basados en una tasa de éxito. Por lo tanto, no se puede alegar que la creación de esa “comunidad de intereses” esté prohibida porque podría privar al abogado de su independencia en el cumplimiento de su labor profesional, convirtiéndole más bien en un socio del pleito unido por un interés común en obtener un resultado positivo⁸⁴. En el caso de TPLF, es habitual que el fondo exija al abogado que opere bajo alguna modalidad de CFA⁸⁵, por lo que se creará una comunidad de intereses entre el abogado y el cliente – comunidad de intereses validada por el TS. Además, también participa en esa comunidad de interés un tercero ajeno al proceso, el fondo.

Por otro lado, la atribución de validez al pacto de *cuota litis* en sentido estricto indica a que una financiación otorgada sin recurso podría ser válida bajo derecho español. Así, argumenta el TS que una prohibición de la *cuota litis* en sentido estricto supone imponer la obligación de minutar al menos unos honorarios profesionales mínimos, lo cual resulta contrario al artículo 15 – hoy artículo 14 – del Código Deontológico que dispone que “la cuantía y régimen de los honorarios será libremente convenida entre el cliente y el abogado con respeto a las normas deontológicas y sobre competencia desleal”⁸⁶.

⁸² Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 749/2002, de 27 de junio.

⁸³ Sentencia del TS núm. 6610/2008, de 4 de noviembre.

⁸⁴ *Id.*

⁸⁵ ROWLES-DAVIES, N., *Op. Cit.*, p. 119.

⁸⁶ Sentencia del TS núm. 6610/2008, de 4 de noviembre.

ii. El seguro de defensa jurídica

El seguro de defensa jurídica es aquel contrato por el que el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a hacerse cargo de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral, y a prestarle los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro. Quedan fuera de la cobertura de este seguro: el pago de multas y la indemnización de los gastos que originen las posibles sanciones impuestas al asegurado por las autoridades administrativas o judiciales⁸⁷.

Este contrato presenta ciertas similitudes con el contrato de TPLF. En primer lugar, ambos contrarios son aleatorios – en ambos contratos, la prestación de alguna de las partes depende de un *aleas (incertus an)*, de tal forma que este *aleas* es un elemento esencial del contrato. A priori, en el contrato de seguro, el asegurador no sabe si el riesgo que es objeto de cobertura se producirá y, de forma similar, en el contrato de TPLF, el cliente no sabe si ganará el pleito y por tanto tendrá obligación de devolver las cantidades invertidas más la remuneración pactada con el fondo. Por otro lado, ambos conceden financiación en caso de que el asegurado o financiado intervenga en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral. No obstante, presentan la diferencia de que el asegurado no pone en común con el asegurador los resultados de la acción, sino que la prestación del primero consiste en el pago de una prima periódica⁸⁸.

En cuanto a la regulación del seguro de defensa jurídica, destacar cómo la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, establece que el asegurado tendrá derecho a elegir libremente el procurador y abogado que hayan de representarle y defenderle en cualquier clase de procedimiento. Además, el abogado y procurador designados no están sujetos, en ningún caso, a las instrucciones del asegurador. Esta norma se podría aplicar analógicamente a los fondos – al igual que el asegurador no puede instruir a los abogados o procuradores, el fondo de TPLF no podrá tampoco instruir a estos.

⁸⁷ CAMPUZANO A. B., MOLINA HERNÁNDEZ, C., “Tipología del contrato de seguro” en *GPS Seguros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 406.

⁸⁸ COJO, O., *Op. Cit.*, p. 5.

iii. La transmisión de crédito litigioso

La cesión de créditos voluntaria es el efecto del acuerdo de voluntades por el que conforme al tipo negocial de la compraventa u otros se transmite la titularidad de un crédito del acreedor (cedente) a un tercero (cesionario)⁸⁹. Su regulación está contenida en los artículos 1526 y siguientes del CC.

A efectos del TPLF, resulta interesante la regulación de la cesión de los créditos litigiosos, que consiste en la cesión de un crédito que está pendiente de ser satisfecho, sea porque el pago no se puede exigir, sea porque el pago no se ha hecho voluntariamente, y que está pendiente de un debate judicial iniciado y no resuelto, a cerca de la existencia, naturaleza, extensión, cuantía, modalidades, condiciones o vicisitudes de la expresada relación⁹⁰. Mientras que el TPLF, así como el pacto de *cuota litis*, son acuerdos asociativos mediante los cuales los partícipes pretenden compartir el riesgo y los resultados de ejercer una acción, en la cesión de créditos litigiosos, el cedente pierde el interés en el litigio. Así, el cedente transmite el crédito con un descuento al inversor que deja de ser tercero ajeno para convertirse en parte del mismo. En el TPLF, el inversor no pasa a ser parte del proceso, aunque en determinadas ocasiones el cliente puede ceder en garantía el crédito litigioso al socio inversor, sin que eso suponga una alteración de la posición procesal del inversor⁹¹.

Conviene mencionar la figura del retracto del crédito litigioso. Dispone el artículo 1535 del CC que “*vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tendrá derecho a extinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que éste fue satisfecho*”. Como explica Romero García-Mora, la norma del artículo 1535 del CC tiene un origen histórico preciso y concreto, teniendo su sentido en un momento y contexto histórico, social y económico muy determinado, que dista mucho del momento histórico y del contexto actual⁹². Así, el derecho de retracto de los créditos litigiosos es un derecho obsoleto que proviene del Antiguo Régimen francés – un contexto económico y social muy diferentes al actual dónde el derecho de retracto era visto como necesario para proteger al acreedor de compradores de créditos que extorsionaban para vender los créditos

⁸⁹ ROMERO GARCÍA-MORA, G., *Venta de Carteras de Crédito y Retracto de Créditos Litigiosos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 15.

⁹⁰ Sentencia del TS, núm. 149/1991, de 28 de febrero.

⁹¹ COJO, O., *Op. Cit.*, p. 5.

⁹² ROMERO GARCÍA-MORA, G., *Op. Cit.*, p. 30.

más baratos. También estaba previsto para la protección del deudor; el acreedor que se beneficiara del deudor que no podía hacer frente a los pagos mediante la especulación se merecía un reproche moral y ético y de ahí que hubiera que incluir esta figura. No obstante, Romero García-Mora defiende que el contexto actual es muy diferente y ni la protección del acreedor (normalmente entidades de crédito sofisticadas) ni la protección del deudor ante la especulación (es legítimo exigir una cantidad debida) justifican tal derecho de retracto. Por ello, aunque el TPLF y la cesión de créditos litigiosos comparten algunas características, como el hecho de que ambos sean un medio de financiar a quien tiene un crédito litigioso, es poco probable que la figura del retracto del crédito litigioso se extienda al TPLF.

2. Naturaleza jurídica del contrato de TPLF

Una vez analizadas los contratos de financiación y su naturaleza jurídica, así como los diferentes métodos de financiación de costes legales, conviene calificar la naturaleza del contrato de TPLF. Según lo analizado, las figuras jurídicas que presentan mayor similitud con el contrato de TPF son las cuentas en participación y el préstamo parciario. Como se ha mencionado, el primero es un tipo de contrato asociativo y el segundo un contrato mixto sinalagmático. ¿Pertenece el contrato de TPLF a la primera clase o a la segunda?

Como se ha mencionado, la doctrina entiende que el rasgo que determina que el contrato de préstamo parciario sea un contrato sinalagmático y no uno asociativo es el hecho de que el prestamista no participe en las pérdidas del negocio. Según este criterio, el contrato de TPLF es un contrato asociativo. No obstante, hay autores para los cuales hace falta hacer un análisis que vaya más allá del criterio de la participación o no en las pérdidas del negocio. De hecho, esto resulta conveniente por cuanto puede ocurrir que las partes no hayan pactado qué ocurriría en caso de que el procedimiento no acabara siendo exitoso para la parte financiada ya que, en ese caso, el criterio de la participación o no en las pérdidas no aplicaría.

Basozabal, en un análisis de la naturaleza del préstamo parciario (tratando de figurar si es un contrato asociativo o sinalagmático), trae a colación a la doctrina alemana, según la cual, existen indicios que permiten diferenciar los contratos asociativos de los sinalagmáticos⁹³. Así, son indicios a favor de la consideración como sinalagmático todo lo que indique que no existe un “fin común” entre las partes como por ejemplo, la ausencia de limitaciones para resolver el

⁹³ BASOBAZAL ARRUE, X., *Op. Cit*, p. 7.

contrato, la corta duración del vínculo y la posibilidad de desistimiento, la cesión del crédito sin restricciones, la existencia de garantías que minimicen el riesgo o la existencia de un mínimo de retribución⁹⁴. Y, al contrario, son indicios de la existencia de un contrato asociativo todas aquellas características que reflejen la existencia de un “fin común”, como la existencia de una vinculación a largo plazo y la prohibición o inexistencia de los elementos mencionados anteriormente.

Si aplicamos esta lógica de la doctrina alemana al contrato de TPLF, vemos que la naturaleza es más típica de un contrato sinalagmático que de uno asociativo – en el contrato de TPLF de Therium que se ha expuesto en el Capítulo I, hemos visto cómo existe la posibilidad del desistimiento unilateral del fondo cuando considere que la acción ya no tiene la viabilidad legal con la que contaba el fondo. Además, el fondo también puede ceder libremente su derecho de crédito en el pleito a un tercero sin necesitar el consentimiento del cliente. También hemos visto que el contrato tiene una duración limitada que es la duración del procedimiento. Por tanto, siguiendo este enfoque de los indicios, procedería la calificación del contrato de TPLF como contrato sinalagmático y no como contrato asociativo.

Basozabal, de nuevo, va más allá, proponiendo que, además del enfoque del “fin común”, se analice si se produce una pérdida de autonomía y una subordinación del interés particular al interés general para decidir si se trata de un contrato asociativo o sinalagmático⁹⁵. En el contrato de TPLF, esta cuestión es particularmente delicada. El fin para el que se concede la financiación es para llevar a cabo una reclamación judicial o arbitral. Quien ejerce una acción legal estará asistido de su letrado. El letrado tiene la obligación de actuar en interés de su cliente y debe hacerlo con total independencia frente a presiones o exigencias⁹⁶. Según esto, el fondo no puede injerir en el procedimiento, pues pondría en duda esa independencia del abogado. En el contrato de Therium, no obstante, sí que había una obligación del cliente de hacer caso al consejo de su abogado en todo momento, por lo que cabe la posibilidad de que el fondo tenga una injerencia en el procedimiento a través del abogado. No obstante, esto no debería de ser así. Por lo tanto, según el criterio de la pérdida de autonomía, en estos casos, no debería de producirse una pérdida de autonomía de quien toma la financiación, por lo que según este criterio, estaríamos también ante un contrato sinalagmático y no asociativo.

⁹⁴ *Id.*

⁹⁵ BASOBAZAL ARRUE, X., *Op. Cit*, p. 11.

⁹⁶ Artículo 2 del Código Deontológico de la Abogacía.

Por otro lado, conviene hacer una mención a la forma de remunerar al fondo, según se aplique el enfoque porcentual o del múltiplo. Estas formas de remuneración no se parecen a las que se aplican en el contrato de préstamo, por cuanto la remuneración de este es un tipo de interés calculado sobre el dinero prestado. En cambio, sí que se parecen más a la remuneración de las cuentas en participación, que hará partícipes de sus resultados prósperos o adversos a los cuenta-partícipes en la proporción que los cuenta-partícipes y el gestor hayan pactado⁹⁷. Así, de forma similar, el fondo y el cliente pactan la proporción que corresponde a cada uno si el procedimiento resulta favorable.

En conclusión, es difícil definir la naturaleza del contrato de TPLF como contrato asociativo o sinalagmático por cuanto presenta rasgos de una y otro tipo de contratos. Así, el contrato de TPLF tiene características que indican que estamos ante un contrato sinalagmático como el hecho de que las normas que se suelen pactar apuntan a una relación de corto plazo, donde no existe un fuerte vínculo entre las partes por cuanto son libres para ceder su parte a un tercero y donde el fondo puede desistir unilateralmente del contrato. No obstante, también hemos visto que el inversor participa de las “pérdidas” por cuanto no tiene derecho a la restitución de su capital si se pierde el pleito y que la remuneración es más típica del contrato de cuentas en participación que del contrato de préstamo. Por lo tanto, podemos concluir que el contrato de TPLF no tiene una identidad de razón “absoluta” con el contrato de cuentas en participación ni con el contrato de préstamo parciario y su naturaleza podría ser la de contrato asociativo respecto de algunos aspectos y la de sinalagmático respecto de otros.

Podemos considerar el contrato de TPLF como un contrato atípico cuya legalidad está reconocida por el principio de autonomía de la voluntad de las partes, según la cual los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral ni al orden público⁹⁸. Si las partes no hubieran pactado cualquier extremo al haber redactado el contrato de TPLF, tendrían que hacer una aplicación analógica de las normas del contrato de cuentas en participación o del contrato de préstamo parciario, según sea más parecido uno u otro en función de lo que hayan pactado las partes. Además, también podrán recurrir a la regulación del pacto de *cuota litis*, del seguro

⁹⁷ Artículo 239 del CCom.

⁹⁸ Artículo 1255 del CC.

de defensa jurídica o de la transmisión de créditos litigiosos cuando se considere que existe identidad de razón entre el contrato de TPLF y alguna de estas figuras.

IV. CONCLUSIÓN.

PRIMERA. El contrato de financiación de litigios por terceros es un negocio jurídico que estuvo prohibido durante años en los países anglosajones por las doctrinas de *maintenance* y *champerty* pues se entendía que era una forma de especular con la justicia y abusar de quien tenía una acción legítima. No obstante, a medida que los sistemas judiciales se fueron desarrollando y con ellos su transparencia, se entendió que el riesgo de la utilización de la financiación de litigios con fines fraudulentos era menor que su potencial beneficio de permitir el acceso a la justicia para quien tenía una acción legítima pero no podía hacer frente al coste del litigio. En los sistemas de derecho civil, donde inicialmente el pacto de la *cuota litis* se prohibía pues se entendía que ponía en duda la independencia del abogado, se uso se ha ido liberalizando tal y como ocurrió en España en 2008 en virtud de la sentencia del TS que atribuía validez legal al pacto de *cuota litis* en sentido estricto. España, como ordenamiento de derecho civil, no tiene una regulación una regulación concreta sobre el TPLF aunque la liberalización del uso del pacto de *cuota litis* apunta a una adopción favorable del contrato de TPLF, al igual que ha ocurrido en países de nuestro entorno como son Alemania y Francia.

SEGUNDA. El contrato de TPLF es una forma más de obtener financiación para hacer frente a los costes legales de un procedimiento. Existen beneficios para todas las partes involucradas en la estructura del TPLF. En primer lugar, quien tiene una acción meritoria pero necesita financiación pues no puede o no quiere hacer frente al gasto extraordinario que supone el ejercicio de la acción hasta que lo recupere si el procedimiento es favorable, puede acudir a un tercero que tiene esa liquidez que a este le falta. Esta situación es habitual en momentos de crisis cuando tanto particulares como empresas ven limitada su liquidez, tal y como ocurrió tras la crisis del 2008. Hoy, las necesidades de liquidez se están volviendo a acentuar por la crisis generada por el Covid-19. Por lo tanto, ahora más que nunca, el acceso a financiación por quien tiene una acción legítima va a ser necesaria para que toda persona pueda obtener una tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, de conformidad con el artículo 24 de la Constitución Española.

Por otro lado, los fondos también encuentran en el TPLF un activo muy atractivo por cuanto es una inversión que no está correlacionada con el ciclo económico y por tanto es un valor seguro en tiempos de crisis, como este en el que nos encontramos actualmente, provocado por el Covid-19. Además, los fondos también consiguen una remuneración muy atractiva, que suele estar en torno a un 20 a 50% del importe que se consiga del procedimiento o en torno a tres veces el capital invertido, según el enfoque sea porcentual o del múltiplo.

Por último, para los abogados, también resulta un negocio atractivo por cuanto es una forma alternativa de conseguir financiación para cubrir el coste de sus servicios.

TERCERA. En España no existe una regulación específica sobre el TPLF y el contrato de TPLF ha recibido, hasta ahora, una atención limitada por parte de la Jurisprudencia y doctrina. Los autores que han analizado el contrato de TPLF asocian su naturaleza jurídica al de las cuentas en participación, y algunos también mencionan cierta similitud con el contrato de préstamo participativo. Además, también se ha comparado el contrato de TPLF con otros métodos de financiación de costes legales, como son el pacto de *cuota litis*, el seguro de defensa jurídica o la transmisión del crédito litigioso. El análisis de todas estas figuras jurídicas ha permitido concluir que el contrato de TPLF no tiene una identidad de razón “absoluta” con ninguna de ellas, aunque sí presenta cierta identidad de razón con el contrato de cuentas en participación y al contrato de préstamo participativo, por cuanto el TPLF tiene cierta naturaleza asociativa y también sinalagmática. Por ello, se ha concluido que el contrato de TPLF es un contrato atípico cuya legalidad está amparada por el principio de autonomía de voluntad de las partes del artículo 1255 del CC y al cual se podrá aplicar por analogía, en aquellos aspectos no regulados por las partes, el régimen jurídico de las cuentas en participación o del préstamo participativo, según sea más similar el contrato en cuestión a una u otra figura.

V. Bibliografía

1. LEGISLACIÓN

Criminal Law Act 1967 of the United Kingdom.

Ley alemana para la Lucha Contra la Competencia Desleal (*Unfair Competiton Act – UWG*).

Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica.

2. JURISPRUDENCIA

España

Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 749/2002, de 27 de junio.

Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares núm. 254/2004, de 21 de junio.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya núm. 40/2012, de 26 de enero.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 149/1991, de 28 de febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 464/2008, de 30 de mayo.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 6610/2008, de 4 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 253/2014, de 29 de mayo.

Reino Unido

Sentencia de la Cámara de los Lores de Reino Unido, de 26 de mayo de 1993, caso *Giles v. Thompson*.

Sentencia del Tribunal de Apelación de Reino Unido, de 9 de febrero de 2000, caso *Stocznia Galanska SA v Latreefers Inc*.

Sentencia del Tribunal de Apelación, de Reino Unido de 17 de mayo de 2002, caso *Hamilton v Al-Fayed*, No. 2.

Sentencia del Tribunal de Apelación de Reino Unido, de 3 de julio de 2002, caso *R (on the application of Factortame) v Secretary of State for Transport*.

Sentencia del Tribunal de Asuntos Comerciales de Reino Unido, de 18 de octubre de 2002, caso *The Eurasian Dream No. 2*.

Australia

Sentencia de la Corte Federal de Australia, de 20 de octubre de 2009, caso *Brookfield Multiplex Limited v. International Litigation Funding Partners PTE LTD*.

3. OBRAS DOCTRINALES.

ABRAMS, D. S. y CHEN, D. L., "A Market for Justice: A First Empirical Look at Third Party Litigation Funding", *Faculty Scholarship at Penn Law*, 2013, pp. 1075-1109 (disponible en https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/875; última consulta 15/06/2021).

ÁLVAREZ OLALLA, P. y VEIGA COPO, A. B., "Contratos de financiación" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Tratado de Contratos, Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

APARISI MIRALLES, A., *Deontología profesional del abogado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

BASOBAZAL ARRUE, X., "Contrato parciario. Caracterización dogmática, legislación aplicable", *InDret*, nº 1, 2005.

BLANCO GARCÍA, A. I., "Third Party Funding: una realidad en el arbitraje" en BARONA VILAR, S. (ed.), *Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 319-343.

CAMPUZANO A. B., MOLINA HERNÁNDEZ, C., "Tipología del contrato de seguro" en *GPS Seguros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 355-509.

COLINO MEDIAVILLA, J. L. y HERNÁN CARRILLO, V. "Créditos y préstamos participativos" en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.), *Contratos - Tomo IX. Contratos De Financiación Y De Garantía*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

COJO, O., "Arbitraje y Financiación procesal parciaria (thir-party funding) en España: un análisis bajo el prisma de las nuevas Directrices de la IBA sobre Conflictos de Interés", *La Ley Mercantil*, nº 8, 2014.

CREMADES SÁNZ-PASTOR, B. M., *Third Party Funding in International Arbitration*, 2ª edición, Wolters Kluwer, 2017.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, II, 4ª edición, Civitas, Madrid, 1993.

FRADEJAS RUEDA, O. M.^a, “Créditos participativos”, en, ALONSO UREBA, A.; MARTÍNEZ-SIMANCAS y SÁNCHEZ, J. (Dir.), *Derecho del Mercado Financiero. T. II. Operaciones bancarias de activo y pasivo. Vol. I.*, Madrid, Civitas, 1994, pp. 331-355.

LEÓN SANZ, F. J. y NAVARRO FAURE, A., “Las cuentas en participación” en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.), *Contratos - Tomo IV. Contratos de estructura asociativa o comunitaria*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, capítulo 5, sección RB-5.1.

ROMERO GARCÍA-MORA, G., *Venta de Carteras de Crédito y Retracto de Créditos Litigiosos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A., “Tributación de los contratos de financiación de litigios”, *Revista Quincenal Fiscal Aranzadi*, nº10, 2020.

ROWLES-DAVIES, N., *Third Party Litigation Funding*, Oxford University Press, Incorporated, 2014.

NAVARRO MENDIZÁBAL, I. *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013.

4. RECURSOS DE INTERNET

BREKOULAKIS, S., PARK, W. W. y ROGERS, C. A. (Co-Chairs), “Report of The ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration”, *The ICCA Reports No. 4*, 2018, p. 18 (disponible en https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/Third-Party-Funding-Report%20.pdf; última consulta: 10/06/2021).

CADMAN, E., “For the world’s super rich, litigation funding is the new black”, *Bloomberg*, 27 de agosto de 2018 (disponible en <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-08-27/for-the-world-s-super-rich-litigation-funding-is-the-new-black>; última consulta: 10/06/2021).

COHEN BENCHETRIT, A., “Situación legal en España y en la UE: posibilidades de regulación futura”, *Actualidad del Consejo General de la Abogacía Española*, 10 de mayo de 2018 (disponible en https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/situacion-legal-en-espana-y-en-la-ue-posibilidades-de-regulacion-futura-de-la-financiacion-de-litigios/#_ftn2; última consulta 19/05/2021).

PONCIBÒ, C. y D’ALESSANDRO, E., “State of play of the EU private litigation funding landscape and the current EU rules applicable to private litigation funding. Research Paper.”, *European Parliamentary Research Service*, 2021, p. 43 (disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662612/EPRS_STU\(2021\)662612_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662612/EPRS_STU(2021)662612_EN.pdf)). Última consulta: 10 de mayo de 2021).