

Spain Arbitration Review

Revista del Club Español del Arbitraje

ARTÍCULOS

El Arbitraje Internacional como Protección de las Inversiones Espaciales

Laura Yvonne Zielinski

Privilege claims in international arbitration: skating on thin ice

Ana Fernández Araluce

Financiamiento de Litigios por Terceras Personas en Latinoamérica. Análisis de su naturaleza jurídica

*Kristoffer Verbeken Manríquez y
Pedro M. Lorenti*

Latin American perspectives on the extension of the arbitration agreement to non-signatories: to arbitrate or not to arbitrate?

Laura Zimmerman

La Corte Alemana de Arbitraje Deportivo

Dra. Caroline Bechtel y Josef Fröhlingsdorf

Más cerca de *ESSAR* que de *TENKE*. Posibilidad de que la parte vencedora pueda recuperar como costas del arbitraje el retorno de un tercero financiador

Fernando Gragera Contador

El proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal pierde la oportunidad de promover el arbitraje y la mediación

Eduardo Villellas y Antonio Siquier

A Tale of Two Proceedings: The "Transaction Cost Economics" of Oppression & Mismanagement Claims Vis-à-Vis Arbitration

Kamishka Bhukya

Panorama de Jurisprudencia Latinoamericana

*Coordinación: Oriolíz Espinoza y
Julio Olórtegui*

Mikaël Schinazi: the three ages of international commercial arbitration

Miguel Virgós

Wayne Clark: Construction disputes. Seeking sensible solutions

Alberto Fernández Matía

Sumario

ARTÍCULOS

El Arbitraje Internacional como Protección de las Inversiones Espaciales. (Laura Yvonne Zielinski)	9
Privilege Claims in International Arbitration: Skating on thin ice. (Ana Fernández Araluce).....	21
Financiamiento de Litigios por Terceras Personas en Latinoamérica. Análisis de su naturaleza jurídica. (Kristoffer Verbeken Manriquez / Pedro M. Lorenti) ..	35
Latin American perspectives on the extension of the arbitration agreement to non-signatories: to arbitrate or not to arbitrate? (Laura Zimmerman).....	53
La corte alemana de arbitraje deportivo. (Caroline Bechtel / Josef Fröhlingsdorf) ..	59
Más cerca de ESSAR que de TENKE. Posibilidad de que la parte vencedora pueda recuperar como costas del arbitraje el retorno de un tercero financiador. (Fernando Gragera Contador).....	77
El proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal pierde la oportunidad de promover el arbitraje y la mediación. (Eduardo Vilellas / Antonio Siquier).....	89
A Tale of Two Proceedings: The “Transaction Cost Economics” of Oppression & Mismanagement Claims Vis-à-Vis Arbitration. (Kanishka Bhukya).....	95
Panorama de Jurisprudencia Latinoamericana. (Coordinación: Oriolíz Espinosa / Julio Olórtégui).....	103
Mikaël Schinazi: The Three Ages of International Commercial Arbitration. Cambridge, 2022. 352 pages. (Miguel Virgós).....	139
Wayne Clark: Construction Disputes. Seeking Sensible Solutions. London Publishing Partnership, 2021. 136 páginas. (Alberto Fernández Matía).....	145

FINANCIAMIENTO DE LITIGIOS POR TERCERAS PERSONAS EN LATINOAMÉRICA. ANÁLISIS DE SU NATURALEZA JURÍDICA

Kristoffer Verbeken Manríquez* y Pedro M. Lorenti**

Abstract: *This paper considers the legal framework of the third-party litigation funding (TPLF) agreement in Latin America. A new development in the region with a fast-growing rate, TPLF does not have a specific regulation in the different countries. However, the common legal heritage deriving from European Continental law provides a shared conceptual basis to approach the TPLF agreement and find similar outcomes applicable in all of them. Relying both on Spanish and Latin American law and doctrine -also making a parallel with English Common Law-, the authors analyze the different obligations arising from the TPLF agreement. They find that some are commutative obligations and others of aleatory nature. This in turn helps to ascertain the rights acquired and the risks undertaken by each of the parties, as well as the similarities and differences of TPLF agreement with other -and more usual- Latin American legal institutions.*

Para hacer frente a los costos de litigación, se ha abierto en Latinoamérica la posibilidad de financiar litigios mediante el apoyo económico obtenido de terceras personas, concretamente, de fondos o empresas que, luego de un análisis del riesgo envuelto en cada litigio, acuerdan con el litigante –generalmente el demandante– el financiamiento de los costos asociados al juicio. Esta convención es ciertamente nueva en esta región. Más aún, el Financiamiento de Litigios por Terceras Personas no tiene larga data en otros países que comparten el sistema de derecho europeo continental, salvo algunas excepciones como Alemania y Suiza. Solamente en aquellas legislaciones basadas en el common law, el financiamiento de litigios a través de terceros, o “third-party litigation funding”, lleva varias décadas de desarrollo.

Mediante este artículo pretendemos ilustrar los aspectos más relevantes del Financiamiento de Litigios por Terceras Personas en Latinoamérica, principalmente en lo relacionado a su naturaleza jurídica y financiera, sus diferencias respecto a otros contratos similares, y sus ventajas en relación con otras formas de financiamiento. Nos abocaremos, asimismo, a analizar y contraargumentar las críticas que el Financiamiento de Litigios por Terceras Personas ha tenido.

ELEMENTOS ESENCIALES Y DEFINICIÓN

La convención analizada en este artículo se forma, siempre, de dos voluntades con intereses contrapuestos: Un inversor está dispuesto a asumir el costo de un litigio, en

* Abogado (Pontificia Universidad Católica de Chile, 2001) y Magister Legum de la Universidad de Heidelberg, Alemania (2008), siendo becario de la Fundación Hanns Seidel. Ha sido profesor de pregrado en Derecho Civil y Derecho Internacional Privado en Chile, así como profesor de posgrado en Derecho de Seguros. Fue socio en Castellón, Frontaura & Pérez -Abogados, asesorando compañías chilenas y extranjeras en materias de derecho corporativo y comercial. También en Chile, fue socio de una ajustadora de seguros con especialidad en responsabilidad civil y daños materiales. Desde 2017 está dedicado a asesorías en materias de seguro y reaseguro en Suiza, en la consultora Aurigon Advisors AG, de la cual es actualmente socio. Fue asimismo fundador de Carpentum Capital AG, compañía suiza dedicada al financiamiento de litigios para Latinoamérica, recién adquirido por Nivalion AG, Suiza.

** Abogado (Universidad de Buenos Aires, Argentina, 1989) y Solicitor (N.P.) en Inglaterra y Gales (2017). Master en Administración Pública (MPA), J. F. Kennedy School of Government, Harvard University (1999); Master en Derecho Comunitario Europeo, Universidad Autónoma de Madrid (1997); Master en Derecho Administrativo, Universidad Austral (1994). Práctica profesional en contratos con el Estado, regulación de servicios públicos, derecho de la energía, arbitraje internacional y financiamiento de litigios (fundador de Carpentum Capital, hoy Nivalion AG). Actuó como asesor legal de consultores canadienses de petróleo y gas en países de África Central, como local counsel de proyectos financiados por organismos multilaterales de crédito en Latinoamérica y en arbitrajes ICC sobre hidrocarburos. Profesor en la Diplomatura de Derecho de la Energía de la Universidad Austral (Argentina) desde 2020.

la expectativa de una remuneración consistente en una parte de la ganancia esperada como resultado de la litigación y, por otro lado, otra parte que, frente al mismo evento de ganancia o pérdida, no está dispuesta a asumir esos costos y busca quien los asuma, sacrificando parte de la ganancia esperada. El contrato es, por tanto, de carácter bilateral.

Al respecto, el Financiamiento de Litigios por Terceras Personas ha sido definido como *“contrato (negocio jurídico bilateral con contenido patrimonial) por medio del cual una persona ajena a un proceso determinado financia a una parte del proceso, alguno o todos los costos incurridos durante la tramitación de ese proceso, esto incluye desde los honorarios legales del abogado que dirige el proceso hasta el pago de una condena adversa en la resolución del caso”*¹. Otra definición, amplia ciertamente y así reconocida por el autor, la encontramos en el *European Review of Private Law*: *“La práctica por la cual una parte litigante transfiere parte de sus derechos litigiosos transfiriendo su interés en el resultado del litigio”*². Destacamos esta definición por usar la frase *“transferir parte de la propiedad de los derechos de la demanda”*, lo que lo acerca a un acto jurídico reconocido ampliamente por las legislaciones hispanoamericanas: la cesión de derechos litigiosos. Sin embargo, veremos que el Financiamiento de Litigios por Terceras personas no se subsume en este contrato.

Hacemos presente que hay varias modalidades de financiamiento, pero todas comparten los intereses contrapuestos antes mencionados. Así, el inversionista puede poner el todo el dinero a disposición del litigante desde un principio, o bien efectuar desembolsos conforme a lo acordado durante las etapas del proceso. Por otro lado, la remuneración para quien invierte puede estar acordada en base a un porcentaje del resultado del juicio, o bien puede ser un múltiplo de la inversión. Asimismo, existe también el financiamiento de portafolios, por el cual abogados o estudios jurídicos financian un conjunto (*pool*) de juicios cuyos riesgos son analizados en forma global por el inversionista, ergo como una sola inversión. Esto último es, sin embargo, una calificación puramente financiera del mismo interés contrapuesto de las partes.

Puede ayudar a la comprensión del instituto, el detalle de las prestaciones que cada parte de este contrato se obliga a cumplir y de los aspectos que se reservan.

Parte	Obligaciones	Derechos	Derechos que se reserva
Titular del Crédito	Pagar el porcentaje del resultado del litigio Actuación diligente en el litigio	Cobrar la financiación	Titularidad del crédito Cobrar el resultado del litigio (luego deberá pagar su parte al financista)
Financista	Pagar la financiación	Cobrar el porcentaje del resultado del litigio Información sobre la gestión del litigio	

- 1 CASTILLO PACHECO, ROBERTO JOSÉ (2015): *“Third Party Litigation Funding”*. El Contrato de Financiamiento de Litigio en Costa Rica como herramienta para facilitar el acceso a la justicia en conflictos originados en contratos civiles o comerciales con cláusulas arbitrales institucionales vinculantes. Un análisis real-objetivo de la aplicabilidad de este instrumento contractual en nuestro medio. Proyecto de tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho. Área de Investigación. Universidad de Costa Rica.
- 2 COJO MANUEL, OLIVER (2014): *Third-Party Litigation Funding: Current State of Affairs and Prospects for Its Further Development in Spain*, en *European Review of Private Law* 3-2014 [439–468] © Kluwer Law International BV. Traducción al Castellano de los autores de este artículo.

Del cuadro que antecede, se advierten cuáles son los intereses de las partes del contrato:

- (i) El titular del crédito necesita una “inyección de capital” para cubrir gastos y gestionar el litigio hasta su conclusión y eventual cobro.
- (ii) El inversor desea obtener una ganancia que surgirá del resultado favorable del litigio, si el mismo se obtiene.

También es relevante aquello a lo que las partes **no se obligan**, pues ayuda a definir el negocio que se instrumenta bajo este contrato:

- (iii) El inversor no se convierte en copropietario del crédito –sin perjuicio de las garantías que pueda pedir y que luego veremos– ni desea involucrarse en la gestión del litigio. Aparece solamente al principio –con el aporte de fondos– y al final –para cobrar su parte convenida, siempre que haya habido éxito en el litigio–. Mientras tanto, podrá reservarse facultades de información o incluso de auditoría de la gestión judicial o arbitral de su contraparte, para constatar que la misma se efectúe con la debida diligencia –pudiendo resolver el contrato ante su incumplimiento–.
- (iv) El titular del crédito continúa siendo su único propietario, adeudando al inversor solamente el resultado pactado del litigio, si el mismo se obtiene –y nada en caso contrario–. También será la exclusiva parte en el litigio, sin que el financista tome intervención en éste –sea mediante un ‘litisconsorcio’ o bajo el instituto procesal aplicable a la pluralidad de actores o demandados por una misma causa–.

Lo expuesto muestra que la relación jurídica en la financiación de litigios tiene solamente dos partes, el titular del crédito litigioso en busca de fondos y el financista que lo aporta. Dado que el primero continúa siendo el exclusivo titular del crédito no hay, entonces, relación jurídica directa entre el financista y el deudor de aquél, contra el cual se promueve el litigio. Salvo, claro, que el titular del crédito haya celebrado con el financista una cesión del crédito en garantía, como veremos infra³. Pero aún en este caso, se tratará de una obligación accesoria a la principal que surge del contrato de financiamiento de litigio, el que continuará siempre siendo un vínculo jurídico que no involucra al deudor demandado.

Hacemos presente que el inversor es una persona –natural o jurídica– que no desarrolla necesariamente una actividad de intermediación financiera –aunque nada impediría que éstas también actuaran como financistas bajo nuestro contrato–.

Por ende, no hay aspecto alguno en el Financiamiento de Litigios con Terceras Personas que pueda enmarcarse en el giro bancario. Asimismo, es importante tener en cuenta que el propósito de la parte que busca el financiamiento no es, ab-initio, el de litigar. La situación en la que se encuentra el litigante es un evento evidentemente no buscado ni deseado, que puede incluso comprometerlo financieramente. Es precisamente el efecto económico inesperado del litigante lo que gatilla el interés contrapuesto de las partes. Importante es, eso sí, dejar en claro que la decisión de acordar un financiamiento del litigio por un tercero no puede estar sujeta a la ausencia de voluntad libre del litigante. Es decir, el consentimiento debe tener las mismas características

3 O supuestos excepcionales como la acción subrogatoria, en los casos en que proceda la misma según los diferentes ordenamientos.

de libertad y espontaneidad que se exigen para la celebración de cualquier otro acto jurídico, y aunque evidentemente una situación económica mermada carga la balanza hacia la búsqueda de una solución financiera como la analizada en este artículo (pudiendo también, por ejemplo, decidirse el litigante por un mutuo de dinero para el financiamiento), en ningún caso podrá tratarse de una anulación de la voluntad, forzando la celebración de un contrato sin libertad con el inversor. Dicho acto sería nulo o inexistente, por mera aplicación de las normas generales del derecho privado respecto a los requisitos de celebración de los actos jurídicos.

Una definición más jurídica y que, podemos afirmar, contiene todos los elementos de esta convención, la encontramos en otro artículo del abogado Oliver Cojo Manuel. Luego de analizar definiciones “*más intuitivas que técnicas*”, incluyendo las directrices del International Bar Association en su Nota Explicativa sobre la Norma General 6.b, el autor concretiza jurídicamente el contrato de la siguiente forma: “*contrato por el que un sujeto que es parte en un procedimiento –generalmente, el demandante– pone en común con un tercero –el socio inversor– los resultados económicos prósperos o adversos de la acción legal ejercida en ese procedimiento a cambio de la financiación de este último para cubrir los costes asociados al ejercicio de esa acción*”⁴. Compartimos esta definición en tanto contiene los elementos esenciales del contrato estudiado, esto es, la existencia de dos partes y el objeto del acto jurídico, es decir, los efectos y obligaciones que genera para ambas partes. Ahora bien, podemos ver en esta definición que el autor no habla de transferencia de los derechos del juicio, sino que de “poner en común” los resultados del litigio. Como veremos más adelante, más que cualquier tipo de sociedad o asociación, nos inclinamos por la existencia de una transferencia del riesgo económico del litigante. Sin embargo, entendemos la posición del citado autor en tanto está realizada en el contexto de la legislación española, donde el Financiamiento de Litigio por Terceras Personas puede enmarcarse en el contrato de sociedad, lo que no parece posible en otras legislaciones.

DIFERENCIA DE ENFOQUES EN EL COMMON LAW Y EN EL DERECHO CONTINENTAL EUROPEO

Advertimos entonces que, mediante su aporte, el financista adquiere un interés en el resultado del pleito, pero no se convierte en titular del crédito en la proporción de la utilidad que espera recibir.

En los sistemas de Derecho Continental Europeo, lo que hemos llamado ‘interés’ no es sino un derecho creditorio del financista, que forma parte de sus derechos de propiedad bajo las normas constitucionales respectivas.

Sin embargo, la circunstancia de que dicho ‘interés’ no implique la transferencia del título jurídico en el que se basa –aunque fuera una transferencia parcial– dificulta la inserción de esta figura en los moldes habituales de tradición romanista.

En el *Common Law*, en cambio, la separación de titularidad e interés, ambos provenientes de un mismo derecho, es habitual en la figura del *trust*, en la que precisamente el *trustee* es el titular del bien que administra en interés del beneficiario (*cestui que*

4 COJO MANUEL, OLIVER (2014): Arbitraje y financiación procesal parciaria (third-party funding) en España: un análisis bajo el prisma de las nuevas Directrices de la IBA sobre Conflictos de Interés en Ley Mercantil. En Edición Electrónica de la Revista Jurídica de la Empresa y los Negocios. Wolter Kluwer España, S.A. Número 8, noviembre 2014.

trust), quien recibe los beneficios de dicha gestión patrimonial de conformidad con lo dispuesto en el *trust settlement*.⁵

Por supuesto, es bien sabido que el *Common Law* distingue el derecho de los *trusts* del de los contratos, que constituyen así dos institutos jurídicos diferentes⁶. Sin embargo, puede haber situaciones surgidas en el ámbito contractual que involucren los llamados *fiduciary duties* de una parte hacia la otra⁷, de modo similar a las obligaciones del *trustee* respecto de los beneficiarios del *trust*. Estos derechos creditorios que no surgen de un instrumento jurídico formalmente otorgado, reciben el nombre de *equitable proprietary rights* y gozan de la tutela judicial que veremos seguidamente⁸.

En el caso del financiamiento de litigios, si, como vimos, el titular originario del crédito será quien lleve dicho litigio adelante y cobre su producido, que incluirá la parte del financista, surge con claridad la presencia de la dicotomía 'derecho (titular del crédito) vs. interés (financista, en la medida de su parte)'.

Ello generaría en el primero un *fiduciary duty* respecto del segundo, bajo el cual aquél deberá cobrar todo el monto del crédito litigioso –a nombre propio pues es su único titular– y luego pagar su porción al financista.

Las consecuencias de lo que proponemos, en el ámbito del *Common Law*, son varias.

Primero, el financista tendrá contra el titular del crédito que no le pague, no solamente los remedios judiciales de *damages*, que surgirían del contrato de financiamiento incumplido, sino también los del *equity* anglosajón⁹: *specific performance* –que normalmente coincidiría con los *damages* al tratarse de sumas de dinero, pero que cobraría interés si el litigio financiado involucrara bienes y el financista hubiera acordado recibir una porción o parte de los mismos– *injunctions*, *account*, etc.¹⁰

Segundo, mientras el titular del crédito retenga la parte del resultado del litigio que adeuda al financista, se le aplicarán las reglas del *constructive trust* y estará sujeto

5 PHILIP H. PETTIT (2012): *Equity and the law of trusts*. Oxford University Press, 2012, págs. 30/31.

6 Pettit, ob. cit., págs. 31/32.

7 El concepto de *fiduciary* y de sus obligaciones, ha sido definido por Millet LJ en el precedente *Bristol and West Building Society v Mothew* ([1998] Ch 1, [1996] 4 All ER 698 at 18, 711-712), donde dijo: "A *fiduciary* is someone who has undertaken to act for or on behalf of another in a particular matter in circumstances which give rise to a relationship of trust and confidence. The distinguishing obligation of a *fiduciary* is the obligation of loyalty. The principal is entitled to the single-minded loyalty of his *fiduciary*."

8 R. PEARCE – J. STEVENS (2006): *The law of trusts and equitable obligations*. Oxford University Press, 2006, págs. 96/97.

9 En el sistema anglosajón, el *Equity* es un sistema jurisprudencial diferente y complementario del *Common Law* propiamente dicho. El *Common Law* surgió en la Edad Media, con el proceso de centralización de la autoridad real y como superación de los derechos locales. Era un sistema muy formalista y las medidas que los jueces podían adoptar en su aplicación -remedies- no siempre lograban una solución justa. En la Edad Moderna, la Cancillería del Rey comenzó a atender reclamaciones contra esas sentencias de resultado injusto y dio comienzo a un sistema jurisprudencial paralelo, que elaboró sus propios remedios, muchos de los cuales poseen amplia difusión actualmente –como el *injunction*-. En la actualidad, luego de la *Judicature Act* de 1873 en Inglaterra, ambos sistemas son aplicados por los mismos Jueces con lo cual, en los hechos, el *Common Law* como se lo conoce hoy, se integra con los dos (PEARCE – STEVENS, ob. cit., Parte I, Caps. 1 y 2).

10 PEARCE – STEVENS, ob. cit., capítulo 5.

a los estrictos deberes del *trustee* en interés del beneficiario -que en este caso sería el financista.¹¹

Advertimos, para concluir, que el *Common Law* acomoda con mayor facilidad relaciones jurídicas como la del financiamiento de litigios, cuando separan la titularidad del derecho del interés sobre sus beneficios. Ello no quiere decir que en Derecho Continental Europeo no pueda darles también acogida, pero como veremos requiere, para hacerlo, de un mayor esfuerzo interpretativo de sus figuras e instituciones.

CONTRATO ONEROSO EN CONTRAPOSICIÓN A UNA CONVENCIÓN DE CARÁCTER ALEATORIA

Habiendo ya explicado el carácter bilateral del contrato analizado en este artículo, surge la pregunta de si se trata de uno de naturaleza conmutativa o aleatoria.

Esta clasificación de los contratos cuenta a Messineo como su más destacado exponente. Según este insigne jurista, el contrato aleatorio es aquel en el cual la entidad del sacrificio, puesta en relación con la entidad de la ventaja, no puede ser conocida y apreciada en el acto de la formación del contrato, sino que se revelará a continuación, según el curso de los acontecimientos. Para cada una de las partes es objetivamente incierto si la atribución patrimonial, ventaja o desventaja, será proporcionada al sacrificio. En los contratos conmutativos, en cambio las partes pueden conocer, al momento de su perfeccionamiento, las ventajas y sacrificios que el negocio comportará¹².

En palabras de otro autor: "... debe distinguirse entonces el *álea* en uno y otro caso. El *álea* en los contratos es un *álea* no predispuesto, mientras que el *álea* de los contratos aleatorios es un *álea* predispuesto. El *álea* no predispuesto es aquel que influye en cualquier tipo de contrato y en cualquier etapa contractual. Por ejemplo, si una persona acuerda con otra la venta de cosecha futura y sobreviene una inundación como consecuencia de la explosión del dique cercano a los campos, dicha situación es un *álea* que irrumpe en una relación jurídica. El *álea* predispuesto, en cambio se haya ínsito en los contratos aleatorios; yo mismo sujeto la relación jurídica, o la misma relación jurídica se halla sujeta, a un acontecer incierto. Por ejemplo, una persona acuerda con otra la venta de su biblioteca sólo si ésta se recibe de médica, O bien, una persona se obliga a entregar a otra un capital a cambio de que esta asume el compromiso de pagarle una renta periódica durante la vida de una o varias personas designadas en el contrato..."¹³

Algunos elementos de los contratos aleatorios parecen hallarse presentes, a primera vista, en el contrato de financiamiento de litigios. La sujeción de la utilidad que espera obtener el financista al albur de la victoria en el litigio parece ser el caso. Sin embargo, un análisis más atento de las obligaciones que nacen de nuestro contrato, muestra que la respuesta es más compleja.

Por el lado del financista, su obligación es clara: inicia la relación contractual cumpliendo con su prestación principal, la de dar dinero a su contraparte para los gastos

11 Ver PETTIT, ob. cit., capítulo 8.

12 MESSINEO, FRANCESCO (1995): *Doctrina General del Contrato*, trad. De R. G. Fontanarrossa y otros. Ejea, Buenos Aires, 1952. T. I., p. 422 y sigs, cit. en MOSSET ITURRASPE, JORGE (1995), *Contratos*, págs. 80/81, Rubinzal – Culzoni Ed., 1995.

13 NANTILLO, IGNACIO (2008): *De Aleatoriis Pactis*, "Lecciones y Ensayos" N° 84, Universidad de Buenos Aires, 2008, pág. 174.

del litigio. El cumplimiento de esta obligación no se halla sujeto a ningún 'álea predispuesto' que pueda impedirlo¹⁴.

El titular del crédito litigioso, si bien es cierto que pagará sólo si gana, en realidad no se compromete tan sólo a dicha obligación.

El Derecho Civil conoce la existencia de obligaciones 'de resultado' y 'de medios'¹⁵. El ejemplo típico de estas últimas es el de las obligaciones de los servicios profesionales, cuando no pueden garantizar un resultado de su gestión pero deben emplear todos los medios que se espera de personas calificadas y actuar con la debida diligencia. La responsabilidad profesional de los abogados se mide con esta segunda vara, puesto que no es posible garantizar el resultado de un litigio pero el letrado sí se halla bajo obligación de alegar fundadamente, cumplir con los plazos procesales, interponer recursos, etc. Si bien se mira, el titular del crédito litigioso asume esta obligación ante el financista –vgr., de gestionar diligentemente el litigio para tener posibilidades de éxito¹⁶. Y tanto es así que los inversores en financiamiento de litigios conceden primordial importancia al *due diligence* previo del pleito, que les permite determinar si es un caso fundado, si los profesionales que intervienen gozan de buena reputación en su actividad, etc., para luego decidir si van a invertir o no. Nos hallamos aquí, entonces, en presencia de una obligación 'de medios' que no se halla sujeta a ningún 'álea predispuesto', por lo que a su respecto, el contrato que le da origen es claramente conmutativo.

Pero las obligaciones del titular del crédito no terminan aquí: si gana el litigio, nacerá el derecho del financista a que se le pague la parte que han convenido. Es un caso análogo, nuevamente, al de la actividad de los abogados, cuyos convenios de honorarios prevén normalmente pagos por hora o periódicos y, además, un *success fee* si se triunfa en el pleito. Es claro que este *success fee* se halla supeditado a una suerte de álea y que lo mismo ocurre con el pago al financista en el contrato de financiamiento de litigios. Al respecto, previamente referimos a la diferencia entre condición suspensiva y contrato aleatorio –ver Nota N° 4. Se distinguen los casos en que el 'álea predispuesto' es un elemento estructural al contrato de los otros en los que solamente hay obligaciones sujetas a estas modalidades. Nantillo brinda un excelente ejemplo, cuando compara el contrato de apuesta que se ejecuta lanzando una moneda al aire, con el acontecimiento "futuro e incierto" que configura una condición: el contrato se celebra teniendo en miras **un hecho actual** –vgr., la moneda se lanza ahora y se resuelve quién gana la apuesta–, en tanto que la condición es un hecho que puede o no ocurrir **en el futuro**¹⁷.

14 El contrato podría supeditar la obligación de pago del financista a una condición suspensiva. Si bien en doctrina se discute si la misma equivale al contrato aleatorio, Creemos con ITURRASPE MOSSET, JORGE –ob. cit., págs. 82/83– que ello no es así, que un contrato con obligaciones sujetas a condición suspensiva sigue siendo un contrato conmutativo –todo contrato puede contemplarlas– y no aleatorio –para los cuales el álea predispuesto es un elemento estructural–.

15 El tema tuvo un gran desarrollo en el Derecho Civil de Argentina, inicialmente con los trabajos de los profesores BUERES, ALBERTO J. (1981): Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos, p. 133, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1981- y ALTERINI, ATILIO ANÍBAL: Carga y contenido de la prueba del factor de atribución en la responsabilidad contractual, La Ley 1988-B-947. La Ley Online AR/DOC/3406/2001. La reforma de 2015 incorporó esta categoría de obligaciones al actual art. 774 del Código Civil y Comercial.

16 Aún cuando el titular del crédito no sea él mismo un abogado –en cuyo caso será responsable por los que eligió– puesto que a este respecto ofrece al financista un servicio –gestionar el litigio–.

17 NANTILLO, ob. cit., pág. 176, si bien al final de su trabajo concluye que los contratos con obligaciones sujetas a condición suspensiva son una modalidad de contratos aleatorios.

Permítasenos tomar este mismo ejemplo pero con otro propósito, ya que puede decirse que el factor temporal –vgr., que las obligaciones se cumplan ahora o en el futuro– no hace a su esencia sino que es algo accidental. Lo que sí creemos que el ejemplo muestra, es que hay obligaciones sin álea, a las cuales se les puede agregar ésta por vía de una condición pero que pueden no tenerla y existir perfectamente como obligaciones puras y simples. Son las obligaciones que nacen de los contratos conmutativos. Por su parte, no hay forma de privar de su álea a la apuesta que se dirime lanzando una moneda para convertirla así en una obligación pura y simple. Hay aquí obligaciones con ‘álea predispuesto’ pero nacidas de un contrato con dicha ‘estructura’ –siguiendo a Mosset Iturraspe–, que forzosamente habrá de generarlas de esta especie.

¿Puede privarse a la obligación de pago al financista –si se gana el litigio–, del ‘álea predispuesto’ y convertirla en una obligación pura y simple? Claramente no, puesto que el éxito en el pleito –que no depende de las partes sino de un hecho ajeno a ellas como es la decisión del juez o árbitro– es un requisito sustancial, precisamente, para que el crédito se cobre. Al igual que en el *success fee* de los abogados, la condición de ganar el litigio para cobrarlo es connatural al mismo, no depende del arbitrio de las partes, no es un requisito que éstas puedan convenir o dejar de lado. Si lo excluyen, entonces no habrá *success fee* sino otra forma de remuneración profesional. Lo mismo advertimos en el pago al financista en el financiamiento de litigios, cuyo riesgo es exactamente igual. No hay aquí, entonces, una condición que las partes del contrato puedan o no incluir, sino un ‘álea predispuesto’ que hace a la esencia misma del crédito o, en palabras de Mosset Iturraspe, a su ‘estructura’.

En suma, entendemos que el contrato de financiamiento de litigios es un contrato con múltiple faz. Genera algunas obligaciones propias de un contrato conmutativo: obligaciones de resultado –el aporte del financista– y de medios –el deber del titular del crédito de gestionar diligentemente el litigio y su cobro–, ambas obligaciones puras y simples –vgr. no sujetas a condición. También posee algunos efectos propios de un contrato aleatorio, creando obligaciones estructuradas en torno al ‘álea predispuesto’ y que no pueden existir sin él –el pago al financista si se gana el litigio. Esta visión, nos parece, se ajusta mejor a la realidad del financiamiento de litigios, que incluye una complejidad tal que impide ponerlo en paridad con negocios jurídicos de estructura más sencilla o más tradicional.

Creemos que un buen contrapunto para entender su naturaleza jurídica onerosa es la comparación con el Contrato de Seguros¹⁸. Pues bien, no es osado aseverar que las contraprestaciones existentes en el contrato de seguro no difieren mucho en su naturaleza respecto a lo que sucede en la convención analizada en este artículo, en tanto ambos comparten, como objeto material, un riesgo, esto es, la “*contingencia o proximidad de un daño*”¹⁹, que se transfiere. En el contrato de seguros, se “*transfieren al asegurador uno o más riesgos a cambio de pago de una prima, quedando éste obligado a indemnizar el daño que sufre el asegurado, o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones pactadas*”²⁰. Pues bien, el asegurado transfiere el riesgo a un tercero, quien lo evalúa y determina una prima en directa relación con dicha evaluación, lo que en definitiva lo hace un

18 En su historia, el Contrato de Seguros ha sido erróneamente entendido como un contrato aleatorio. Sin ir más lejos, la legislación chilena lo definió como un contrato aleatorio hasta el año 2013, cuando se publicó la ley 20.667 que modificó el Código de Comercio.

19 Definición de la palabra “riesgo” en el diccionario electrónico de la Real Academia Española.

20 Art. 512, Código de Comercio Chile.

contrato oneroso. En el Financiamiento de Litigios por Terceras Personas hay también un riesgo, consistente en la ganancia o pérdida de la acción deducida en juicio. Ese riesgo lo evalúan ambas partes contratantes²¹. Por un lado, el litigante, quien renuncia y transfiere una parte del resultado esperado en el litigio a cambio de un pago que estará previamente destinado a un objeto específico, y un inversor que hace también el análisis del riesgo y decide si la inversión, consistente en todo o parte de los costos del litigio, se condice con la expectativa de ganar el juicio. El valor del riesgo es, en definitiva, el monto que el inversor paga al litigante para financiar el procedimiento. El Financiamiento de Litigios por Terceras Personas es, por tanto, también un contrato oneroso, basado en un **riesgo transferido**, tal como sucede en el Contrato de Seguros.

CONTRATO INNOMINADO

La subsunción de la convención analizada en este artículo dentro de un contrato nominado específico, o de algún acto jurídico expresamente reconocido por la legislación, es quizá la pregunta más interesante que nos podemos hacer desde la perspectiva puramente jurídica. Y es interesante no solamente por lo difícil que es enmarcarlo en contrato o en un acto jurídico concreto o nominado, sino también porque, dependiendo de la legislación analizada, podemos tener conclusiones diferentes.

Ciertamente, no hay ninguna legislación latinoamericana que reconozca esta convención en algún capítulo o articulado específico de su normativa privada, sea civil o comercial. Para su calificación jurídica debemos entonces ver los elementos de su esencia y naturaleza, y subsumirlos en los actos y contratos bilaterales ya reconocidos por el ordenamiento jurídico.

— Cesión de derechos litigiosos

La regulación de la cesión de derechos litigiosos no difiere mayormente dentro del contexto latinoamericano. Primeramente, debemos hacer presente que, para ceder un derecho litigioso, este debe ya tener tal calidad. Al margen de las definiciones legales en los distintos ordenamientos jurídicos respecto a cuándo entender un derecho como litigioso²², encontramos una interesante definición en un fallo Español: *“la estructura del crédito litigioso presupone la existencia de una relación jurídica de naturaleza obligacional y la pendencia del cumplimiento exacto de la prestación, finalidad de aquella, sea porque el pago aún no se puede exigir, sea porque el pago no se ha efectuado voluntariamente, y un debate judicial iniciado y no resuelto acerca de la existencia, naturaleza, extensión, cuantía, modalidades, condiciones o vicisitudes de la expresada relación, pero ha de hacerse constar que nunca cabe referir el concepto a una relación jurídica ya agotada o consumida”*²³. En el Financiamiento de Litigios por Terceras Personas no encontramos impedimento para acordar un financiamiento incluso previamente a que se trabe la litis, por ejemplo, en el marco de una discusión extrajudicial donde sea necesario apuntar expertos para zanjar una discusión. El vocablo “litigioso” lo entendemos en un sentido amplio, quizá no puramente jurídico y como sinónimo de “controvertido”. Ahora bien, lo que de verdad hace diferente el Financiamiento de Litigios por Terceras Personas respecto a la cesión de derechos litigiosos está en los elementos esenciales de ambos contratos. En la cesión de derechos litigiosos hay, en definitiva, una transferencia de titularidad de derechos que

21 En el Contrato de Seguros el asegurado hace también una evaluación del riesgo, ya que para decidir transferirlo debe concluir que no está dispuesto a soportarlo financieramente.

22 Ej. Art. 1535 Código Civil del Reino de España.

23 Tribunal Supremo – Sala Primera en de lo Civil. 28 de febrero de 1991, Sentencia número 149.

es inexistente en el financiamiento de litigios. El litigante no deja de serlo y, aunque sus decisiones pueden estar limitadas por el acuerdo de voluntad con el inversionista, legalmente el litigante será dueño de todos los derechos litigiosos, en todo momento. Lo que transfiere el litigante es una parte del riesgo económico asociado al litigio, pero no sus derechos litigiosos. La regla general en cuanto a que todo bien incorporal o derecho sobre una cosa que está en el comercio puede ser cedida,²⁴ no tiene mayor aplicación en el caso del Financiamiento de Litigios por Terceras Personas, ya que no hay cesión alguna de derechos. El inversionista, en tanto no cesionario, no ocupa el lugar del cedente, siquiera en parte y pese al contenido del acuerdo del financiamiento²⁵. Como consecuencia de lo anterior, el beneficio concedido al deudor de pagar sino el valor de lo que éste haya abonado por el derecho cedido, reconocido en diferentes legislaciones²⁶, es inaplicable en el caso del Financiamiento de Litigios por Terceras Personas.

Como hemos referido previamente, una modalidad de la cesión del crédito reviste interés para nuestro estudio. Nos referimos a la ‘cesión de crédito en garantía’, que puede requerir el financista al titular del crédito a modo de reaseguro de que se le pagará la parte convenida a la conclusión del pleito. Se trata de una obligación accesorio o de un derecho, precisamente, de garantía constituido sobre el crédito que sigue siendo ajeno. No hay aquí ninguna transferencia –parcial– de la relación jurídica entre el titular del crédito y su deudor litigioso, que continúa en cabeza de ellos dos. La legislación argentina la equipara a la prenda de créditos²⁷, lo cual realza la caracterización que aquí referimos. Y por supuesto, el rol del financista continúa siendo el mismo que tendría si no contara con esta cesión –vgr., no deviene co-titular del crédito, no interviene en el juicio, solamente posee un interés económico en su resultado. Contará, eso sí, con la posibilidad de reclamar directamente al deudor vencido en el litigio, el pago de la suma que se le adeuda, sin tener que aguardar a que el titular del crédito cobre su totalidad y después le pague.

— Mutuo o préstamo de dinero

Atendido al hecho de que el inversionista espera recibir el monto invertido en el litigio una vez que la sentencia sea ejecutada, y ese dinero será recibido directamente por el litigante (o su representante en el juicio), hay una semejanza con el concepto de préstamo. Sin embargo, el Financiamiento de Litigios por Terceras Personas no es un mutuo dinerario ni tampoco, por otra parte, un contrato de crédito. Financieramente, encontramos el concepto de crédito definido como un “*contrato consistente en que una entidad financiera pone dinero a disposición del cliente (acreditado o prestatario) hasta un límite señalado y por un plazo determinado percibiendo periódicamente los intereses de las cantidades dispuestas y las comisiones fijadas*”²⁸. Si bien ya de esta definición el lector

24 El Código Civil de Costa Rica contiene una norma expresa en este sentido en su artículo 110: “todo derecho o toda acción sobre una cosa que se halla en el comercio, pueden ser cedidos, a menos que la cesión esté prohibida expresa o implícitamente por la ley”.

25 Dependiendo del riesgo asumido por el inversionista, el financiamiento puede acordar condiciones como por ejemplo los parámetros sobre los cuales se debe transar, o las instancias a las cuales se debe recurrir o se deben renunciar.

26 Art. 1913 y 1914 Código Civil Chile; Art. 1535 Código Civil del Reino de España.

27 Código Civil y Comercial de Argentina, art. 1615.

28 BAHILLO, E., PEREZ, C., & ESCRIBANO, G. (2016): *Gestión financiera*. España: Ediciones Paraninfo, citado por PAREDES, PAREDES, ELIZABETH (2019): *Calificación crediticia y otorgamiento de créditos en la banca comercial de Lima Metropolitana, 2011-2018*. Tesis para optar al grado académico de Maestría en Administración. Escuela Universitaria de Postgrado, Universidad Nacional Federico Villarreal, Lima, Perú.

podrá detectar diferencias con el Financiamiento de Litigios por Terceras Personas, el desacople está dado, más bien, por sus elementos jurídicos. Primeramente, el contrato de mutuo, o préstamo, es un contrato real, carácter que está dado por el hecho de que el deudor se obliga a restituir la cosa prestada, o la misma cantidad tratándose de algo fungible como el dinero. En el Financiamiento de Litigios por Terceras Personas no hay una obligación de restituir el valor invertido, en tanto ello está sujeto a un riesgo que asume el inversor y que el litigante ha traspasado. Al no haber una obligación de restituir el dinero invertido, mal puede aseverarse que el financiamiento del litigio es un contrato que se perfecciona por la entrega del valor invertido. Luego, acordando el litigante con el inversionista la modalidad del financiamiento, la convención nace a la vida del derecho y no es necesaria la entrega del dinero para la existencia del acuerdo. La ausencia de la obligación de restituir la cosa, en este caso el dinero invertido, se transforma asimismo en una diferencia esencial respecto al crédito, en cuya definición está implícita la devolución de la cosa prestada. Al respecto: *“La mayoría de los modelos de financiamiento de litigios utilizados en casos comerciales son sobre la base de falta de recurso, por lo que el monto que es adelantado o financiado solo debe ser pagado si el caso es exitoso y una sentencia de daños es recibida y pagada. Esta es una ventaja significativa para cualquier deudor o potencial litigante y obviamente, un importante factor distintivo cuando este tipo de financiamiento se compara con cualquier otro tipo de financiamiento o préstamo que pueda ser usado para financiar el litigio”*²⁹. Asumiendo el inversor un riesgo económico, y siendo éste transferido por el litigante, no hay en el Financiamiento de Litigios por Terceras Personas un análisis de la situación financiera de este último –más allá del análisis de las perspectivas del litigio–, ni tampoco garantías.

Finalmente, por el mismo hecho de transferir el riesgo de la contingencia del litigio, no podemos tampoco aseverar que esta convención se refiere a un préstamo sujeto a una condición. El litigante, si bien no se desentiende de su posición en el procedimiento ni menos cede sus derechos litigiosos, sí ha transferido parte del riesgo económico implícito en el juicio. Por ende, el evento futuro e incierto del resultado del juicio no es una condición sino, como hemos visto previamente, un “alea predispuesto” que hace a la estructura del Contrato de Financiamiento de Litigios, consecuencia de la naturaleza jurídica compleja que posee y que le hace reunir, en una misma relación jurídica, derechos y obligaciones conmutativos tanto como aleatorios. Como también hemos dicho, en ese complejo entramado obligacional, la obligación del financista de proveer el financiamiento es en realidad una obligación de dar una suma de dinero pura y simple, en absoluto condicional. Tanto es así que es común en el Financiamiento de Litigios que el inversionista pague los costos del juicio directamente a sus fuentes, esto es, al experto que ha emitido el reporte, o el abogado que ha facturado por sus servicios.

— Del contrato de sociedad

Como expresamos anteriormente en este artículo, vemos que el Financiamiento de Litigios por Terceras Personas se puede enmarcar en el contrato de sociedad. Hace sentido ese razonamiento si vemos el tratamiento de la legislación española al contra-

29 ROWLES-DAVIES, NICHOLAS (2014): *Third party litigation Funding*. Nueva York. Oxford University Press, citado por CASTILLO PACHECHO, ROBERTO JOSÉ (2015): *Third Party Litigation Funding. El Contrato de Financiamiento de Litigio en Costa Rica como herramienta para facilitar el acceso a la justicia en conflictos originados en contratos civiles o comerciales con cláusulas arbitrales institucionales vinculantes. Un análisis real-objetivo de la aplicabilidad de este instrumento contractual en nuestro medio. Proyecto de tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, 2015.*

to de sociedad. Su definición no difiere mayormente de lo que muchas legislaciones latinoamericanas han determinado³⁰, pero hay diferencias relevantes que no permiten subsumir el Financiamiento de Litigios por Terceras Personas en todas las legislaciones. De acuerdo a la ley chilena, por ejemplo, “la sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados”³¹. Esto no sucede en el derecho español, donde puede haber sociedades sin personalidad jurídica, las que se rigen por las normas relativas a la comunidad de bienes³². En Chile, por el contrario, la comunidad tiene un carácter cuasicontractual³³ que no encontramos en la legislación española, la cual reconoce la existencia de la comunidad en una convención, al indicar en su artículo 392 que “a falta de contratos, o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título”. Luego, si bien la subsunción del Financiamiento de Litigios por Terceras Personas en el concepto de sociedad tiene asidero en derecho español, no lo tiene en derecho chileno. Tampoco lo tendría, por ejemplo, en el derecho argentino, donde la sociedad comercial es siempre una persona jurídica diferente de sus miembros –ley 19.550 art. 2. Otro tanto ocurre con las personas jurídicas en general– Código Civil y Comercial, arts. 145 a 150. El ya citado autor español Oliver Cojo Manuel, luego de dar al Financiamiento de Litigios por Terceros el carácter de sociedad, determina que su régimen jurídico corresponde al contrato de cuentas en participación, reconocido en los artículos correspondientes del Código de Comercio español³⁴. Aunque hay una similitud evidente entre el Contrato de Sociedad con el contrato de Asociación o Cuentas de Participación³⁵, preferimos analizar este último de manera separada.

— Del contrato de cuentas en participación

En un sentido amplio, el Financiamiento de Litigios por Terceras Personas comparte elementos de las cuentas en participación: Hay un socio gestor, en este caso el litigante financiado, teniendo los terceros (para este caso, la contraparte del litigio), solamente acción con él. De la misma forma, el inversionista carece de acción contra la contraparte en el litigio. No obstante, hay diferencias que nos llevan a excluir la subsunción del Financiamiento de Litigios por Terceras Personas en este tipo de convención.

Primero, por regla general la legislación establece que el socio gestor rinda cuentas³⁶, lo que no se espera del litigante que ha transferido su riesgo en el contrato de Financiamiento de Litigios por Terceras Personas, salvo, claro, que esto se hubiese

30 Art. 1665 Código Civil del Reino de España: “La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias”; Art. 2053 Código Civil chileno: “La sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan”.

31 Artículo 2053, inciso segundo, Código Civil chileno.

32 Artículo 1668 Código Civil español.

33 No nace de la voluntad de las partes – Art. 2.284 Código Civil.

34 COJO MANUEL, OLIVER (2014): Arbitraje y financiación procesal parciaria (third-party funding) en España: un análisis bajo el prisma de las nuevas Directrices de la IBA sobre Conflictos de Interés en Ley Mercantil. En Edición Electrónica de la Revista Jurídica de la Empresa y los Negocios. Wolter Kluwer España, S.A. Número 8, noviembre 2014.

35 Por ejemplo, el Código de Comercio chileno indica en su artículo 348 que las normas del Título VII del Libro II, que aplican a las sociedades, “regulan también la asociación o cuentas en participación”.

36 Ej. Art. 507 Código de Comercio chileno.

pactado³⁷. Segundo, el socio gestor ejecuta las acciones bajo su crédito personal, mientras que, en el contrato analizado en este artículo, el litigante (que sería equivalente al socio gestor) ha transferido ya parte de su riesgo al inversor. Esta es, quizá, la diferencia más relevante entre ambos contratos. Pero también, las cuentas en participación son esencialmente mercantiles, lo que no ocurre en el Financiamiento de Litigios por Terceras Personas, en donde la naturaleza de las relaciones que entran en conflicto puede catalogarse, por ejemplo, plenamente en el ámbito civil si la litis dice relación con la propiedad en inmuebles o concesiones de derechos de aguas. Con todo, hay jurisprudencia latinoamericana que se ha abierto a considerar este contrato en actividades no mercantiles³⁸. Oliver Cojo Manuel, quien defiende este tratamiento jurídico al Financiamiento de Litigios por Terceras Personas, aboga por una interpretación analógica del concepto³⁹ a la luz del artículo 4 el Código Civil Español⁴⁰. En nuestra opinión, la interpretación analógica es dable en la medida que haya identidad en la naturaleza del contrato, pero como vimos, hay tres diferencias relevantes que no permiten subsumir el contrato analizado en este artículo dentro del contrato de cuentas en participación. En definitiva, no vemos en el contrato de cuentas en participación una transferencia del riesgo desde el gestor, que sería el litigante financiado, hacia el socio inversor.

Otros ordenamientos latinoamericanos reconocen la posibilidad de colaboración de personas en el desarrollo de un negocio, bajo la actuación y responsabilidad de una sola de ellas.

El Código de Comercio de Bolivia regula la 'asociación accidental o de cuentas en participación, en sus artículos 365 a 371. La define del siguiente modo: *"Por el contrato de asociación accidental o de cuentas en participación, dos o más personas toman interés en una o más operaciones determinadas y transitorias, a cumplirse mediante aportaciones comunes, llevándose a cabo las operaciones por uno o más o todos los asociados, según se convenga en el contrato. Este tipo de asociación no tiene personalidad jurídica propia y carece de denominación social."*⁴¹

El Código Civil y Comercial de Argentina, por su parte, prevé en los arts. 1448 a 1452, el 'negocio en participación', que se caracteriza como sigue: *"El negocio en participación tiene por objeto la realización de una o más operaciones determinadas a cumplirse mediante aportaciones comunes y a nombre personal del gestor. No tiene denominación, no está sometido a requisitos de forma, ni se inscribe en el Registro Público."*⁴²

37 Algunas legislaciones latinoamericanas establecen en forma genérica la obligación de rendir cuentas, aplicándola a diversas actividades. Tal es el caso de Argentina, donde el art. 860 inciso 'a)' del Código Civil y Comercial sienta este principio en términos que lo harían aplicable al Contrato de Financiamiento de Litigios, pudiendo sin embargo renunciarse al mismo.

38 SANÍN GÓMEZ, JUAN ESTEBAN (2011): El contrato de cuentas en participación: Perspectivas Comerciales, Tributarias y Contables. Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Revista 64. ISSN 0122-0799, 2011.

39 COJO MANUEL, OLIVER (2014): Arbitraje y financiación procesal parciaria (third-party funding) en España: un análisis bajo el prisma de las nuevas Directrices de la IBA sobre Conflictos de Interés en Ley Mercantil. En Edición Electrónica de la Revista Jurídica de la Empresa y los Negocios. Wolter Kluwer España, S.A. Número 8, noviembre 2014.

40 Art. 4 Código Civil español: "Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón".

41 Código de Comercio de Bolivia, art. 365.

42 Código Civil y Comercial de Argentina, art. 1448.

En ambos casos, nos hallamos ante un instituto jurídico que a simple vista podría dar cabida al financiamiento de litigios. Las dificultades que podrían encontrarse serán ciertamente sutiles y, en algún caso concreto podrán no existir –según las disposiciones contractuales que se convengan para una específica cuenta en participación. Pero a nuestro parecer las hay y, cuando menos, deben destacarse.

Primero, la cuenta en participación requiere ‘aportaciones comunes’. En el financiamiento de litigios hay derechos y obligaciones que no revisten tal carácter. Así, la titularidad del crédito nunca se vuelve ‘común’ pues el financista permanece ajeno a la misma⁴³. Otro tanto podrá decirse de las obligaciones de gestionar diligentemente el litigio, en cuya ejecución, de nuevo, el financista no se involucrará.

Segundo, la posibilidad de que todos los miembros de la asociación accidental intervengan en la gestión del negocio, no resultará posible en el caso de un litigio. La parte actora o demandante de un juicio o arbitraje debe ser también el titular de la relación jurídica sustancial que se reclama –vgr., debe ser titular de todo o parte del crédito ejecutado– para contar con ‘legitimación’ y estar válidamente en el pleito. Como vimos, ello no ocurre en el contrato de financiamiento de litigios, bajo el cual el financista no adquiere derechos sobre el referido crédito ni interviene en aquél. Esta objeción no sería insalvable, dado que el contrato de asociación accidental puede prever que solamente el titular del crédito lleve adelante el litigio, pero demuestra que esta figura, si bien podría utilizarse en algunos supuestos, ha sido pensada para otro tipo de negocios.

— Conclusión respecto a la naturaleza jurídica

A la luz de lo analizado, concluimos que el Financiamiento de Litigios por Terceras Personas es, en definitiva, un contrato innominado, en tanto no está reconocido en la legislación y ninguna institución similar parece adecuarse completamente a su naturaleza jurídica ni a sus efectos⁴⁴.

Ahora bien, a esta conclusión nos atrevemos a adicionar un elemento esencial del contrato, cual es la transferencia de una parte del riesgo desde el litigante al inversor. En definitiva, lo definimos y clasificamos como un contrato innominado, bilateral, consensual y oneroso, que genera obligaciones propias de un contrato conmutativo y otras de un contrato aleatorio, por el cual el litigante transfiere una parte del riesgo de la litis a la contraparte, quien la asume financieramente a cambio de un pago, sin perder el litigante su calidad de tal.

— Ventajas y críticas

Los aspectos positivos del Financiamiento de Litigios por Terceras Personas están dados, principalmente, por dos hechos difíciles de contraargumentar. Primeramente, posibilita el acceso a la justicia, presentándose como una alternativa a otras formas de financiamiento tales como seguros, el honorario sujeto a resultado o *success fee*, la ayuda

43 No debe esto confundirse con la actuación a nombre propio que las normas atribuyen al gestor. Esto es algo dirigido a los terceros con los que la asociación accidental se relaciona, pero no con los aportes efectuados a la misma, que siempre debe ser ‘puestos en común’.

44 En CASTILLO PACHECO, ROBERTO JOSÉ, op. cit., págs. 136/137, encontramos una definición similar, pero indicando que se trata de un contrato “nominado” en tanto tiene reconocimiento en doctrina internacional. A nuestro modo de ver, no obstante, el reconocimiento debe estar acompañado de una expresa mención en la legislación, lo que no existe en el contrato analizado. Bajo esta interpretación, todo contrato innominado reconocido internacionalmente sería, paradójicamente, nominado, con lo cual se pierde el sentido de la clasificación.

estatal existente algunos países, la cesión de derechos litigios, o lisa y llanamente, el endeudamiento al que se puede ver obligado un litigante que no puede o no quiere renunciar a su pretensión. Hacemos presente que no es objetivo del Financiamiento de Litigios por Terceras Personas jugar un rol social. Hay que ser claros en afirmar que se trata de un negocio y que como tal, por definición, busca lucrar. Por ello, aplica solamente a aquellos litigios que sean económicamente interesantes para el inversor, más que enfocarse en el impacto que produzca en términos generales en la sociedad respecto al acceso a la justicia. De producirse un efecto positivo desde un prisma social, esto será un beneficio colateral. Sin embargo, el Financiamiento de Litigios por Terceras Personas es definitivamente un claro desincentivo a la “estrategia de ahorro” que ejerce muchas veces la parte litigante que se encuentra en una mejor posición financiera, esperando el colapso de la contraparte durante el procedimiento, para negociar un término al litigio que, muchas veces, puede estar forzado por el agobio económico de la contraparte. Quienes conocemos el sistema judicial latinoamericano sabemos lo mucho que es usada esta estrategia, principalmente en litigios de largo aliento en cortes ordinarias, especialmente en contextos de alta inflación que a la postre perjudican al reclamante.

En comparación a las alternativas de financiamiento antes descritas, el Financiamiento de Litigios por Terceras Personas es económicamente más eficiente en tanto no implica comprometer ni buscar fondos adicionales para hacer frente a una situación que el litigante ciertamente no esperaba. Respecto a un seguro es también más eficiente, en tanto la prima de seguros se paga ex ante, exista o no un litigio futuro. En definitiva, el Financiamiento de Litigios por Terceras Personas no supone ninguna provisión de fondos del litigante frente a una circunstancia eventual.

Ahora bien, los aspectos positivos del Financiamiento de Litigios por Terceras Personas no están exentos de críticas. Primeramente, se han esbozado críticas éticas respecto al hecho de beneficiarse del sufrimiento ajeno. Lo ético, de conformidad a la definición de la Real Academia Española corresponde “al conjunto de normas morales que rigen la conducta de la persona en cualquier ámbito de la vida”⁴⁵, ergo dice relación con la moral. No vemos un conflicto ético al respecto, por el simple hecho de que estamos frente a una alternativa para poder ejercer los derechos que una parte estima necesarios de hacer cumplir. Más aún, vemos el mismo razonamiento detrás de un abogado que, frente a un caso atractivo en cuanto a su posibilidad de ser ganado, pacta con el litigante un importante porcentaje de éxito, aliviando al cliente del pago de los honorarios del abogado, lo que es perfectamente aceptado.

Las diferentes críticas, incluyendo la anterior, han sido tratadas en forma clara y fundada por el citado autor Oliver Cojo Manuel, en el *European Review of Private Law*⁴⁶. Por ejemplo, se ha afirmado el Financiamiento de Litigios por Terceras Personas puede fomentar un aumento en la litigación por su oferta. Sin embargo, las inversiones no son aventuradas, y cada caso se analiza en forma estricta. Como indicamos anteriormente, el Financiamiento de Litigio por Terceras Personas tiene un componente de negocio, ergo lucrativo, y como tal busca por naturaleza la eficiencia. Reconocemos que el inversor puede poner condiciones para financiar el juicio, y éstas pueden limitar previos poderes o facultades dados por el cliente a su abogado. Sin embargo, el abogado no está obligado a seguir el mandato, y en su contrato ha previamente establecido las condiciones de su salida. Adicionalmente, la ausencia del financiamiento

45 Definición de la palabra “ético” en el diccionario electrónico de la Real Academia Española.

46 COJO MANUEL, OLIVER (2014): *Third-Party Litigation Funding: Current State of Affairs and Prospects for Its Further Development in Spain*, en *European Review of Private Law* 3-2014 [439-468] © Kluwer Law International.

puede derivar en el abandono del litigio, lo cual es una consecuencia más negativa, tanto para el cliente como para su abogado. Recordemos, finalmente, que es el cliente quien decide las condiciones ofrecidas por el inversor, y la asesoría en este respecto viene de su abogado y no de un mandatario o asesor del inversor.

CONCLUSIÓN

El Financiamiento de Litigios por Terceras Personas se presenta como una interesante alternativa a empresas y particulares que necesitan o quieren recurrir a instancias procesales para solucionar controversias que no han podido ser resueltas en instancias prejudiciales, sea en procesos de análisis de *claims* (título en contratos de obras) o mediaciones. Asimismo, ante la cada vez más incentivada litigación por la vía arbitral⁴⁷, pareciera ser que esta modalidad de financiamiento aumentará en los años venideros y, ante la escasa doctrina y análisis jurídico existente fuera del derecho anglosajón, se presenta como un campo interesante de estudio.

BIBLIOGRAFÍA

Autores:

- ALTERINI, ATILIO ANÍBAL: *Carga y contenido de la prueba del factor de atribución en la responsabilidad contractual*, La Ley 1988-B-947. La Ley Online AR/DOC/3406/2001.
- BAHILLO, E., PEREZ, C., & ESCRIBANO, G. (2016): *Gestión financiera*. España: Ediciones Paraninfo, citado por PAREDES, PAREDES, ELIZABETH (2019): *Calificación crediticia y otorgamiento de créditos en la banca comercial de Lima Metropolitana, 2011-2018*. Tesis para optar al grado académico de Maestría en Administración. Escuela Universitaria de Postgrado, Universidad Nacional Federico Villarreal, Lima, Perú.
- BUERES, ALBERTO J. (1981): *Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos*, p. 133, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1981.
- CASTILLO PACHECO, ROBERTO JOSÉ (2015): *“Third Party Litigation Funding”. El Contrato de Financiamiento de Litigio en Costa Rica como herramienta para facilitar el acceso a la justicia en conflictos originados en contratos civiles o comerciales con cláusulas arbitrales institucionales vinculantes. Un análisis real-objetivo de la aplicabilidad de este instrumento contractual en nuestro medio*. Proyecto de tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho. Área de Investigación. Universidad de Costa Rica, 2015.
- COJO MANUEL, OLIVER (2014): *Third-Party Litigation Funding: Current State of Affairs and Prospects for Its Further Development in Spain*, en *European Review of Private Law* 3-2014 [439–468] © Kluwer Law International BV. 2014.
- COJO MANUEL, OLIVER (2014): *Arbitraje y financiación procesal parciaria (third-party funding) en España: un análisis bajo el prisma de las nuevas Directrices de la IBA sobre Conflictos de Interés en Ley Mercantil*. En Edición Electrónica de la Revista Jurídica de la Empresa y los Negocios. Wolter Kluwer España, S.A. Número 8, noviembre 2014.

47 Ya en el año 2014 se reconocía la evolución hacia una aceptación generalizada del arbitraje en Latinoamérica. Véase FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P. (2014): *La Evolución del Arbitraje en América Latina: De la supuesta hostilidad a la evidente aceptación*. Biblioteca Jurídica Virtual de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. <http://www.juridicas.unam.mx/>

- FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P. (2014): *La Evolución del Arbitraje en América Latina: De la supuesta hostilidad a la evidente aceptación*. Biblioteca Jurídica Virtual de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. <http://www.juridicas.unam.mx/>.
- MESSINEO, FRANCESCO (1995): *Doctrina General del Contrato*, trad. De R. G. Fontanarossa y otros. Ejea, Buenos Aires, 1952. T. I.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE (1995), *Contratos*, págs. 80/81, Rubinzal – Culzoni Ed., 1995.
- NANTILLO, IGNACIO (2008): *De Aleatoriis Pactis*, “Lecciones y Ensayos” N° 84, Universidad de Buenos Aires, 2008, pág. 174.
- PEARCE, R. –STEVENS J. (2006): *The law of trusts and equitable obligations*. Oxford University Press, 2006.
- PETTIT, PHILIP H. (2012): *Equity and the law of trusts*. Oxford University Press, 2012.
- ROWLES-DAVIES, NICHOLAS (2014): *Third party litigation Funding*. Nueva York. Oxford University Press, citado por CASTILLO PACHECO, ROBERTO JOSÉ (2015): “*Third Party Litigation Funding*”. *El Contrato de Financiamiento de Litigio en Costa Rica como herramienta para facilitar el acceso a la justicia en conflictos originados en contratos civiles o comerciales con cláusulas arbitrales institucionales vinculantes. Un análisis real-objetivo de la aplicabilidad de este instrumento contractual en nuestro medio*. Proyecto de tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho. Área de Investigación. Universidad de Costa Rica, 2015.
- SANÍN GÓMEZ, JUAN ESTEBAN (2011): *El contrato de cuentas en participación: Perspectivas Comerciales, Tributarias y Contables*. Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Revista 64. ISSN 0122-0799, 2011.

Legislación y otras fuentes:

Código Civil y Comercial de la República Argentina.

Código de Comercio del Estado Plurinacional de Bolivia.

Código de Comercio de Chile.

Código Civil del Reino de España.

Código Civil de Costa Rica.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario Electrónico: <https://dle.rae.es/riesgo> y <https://dle.rae.es/ético>.

Jurisprudencia:

Bristol and West Building Society v Mothew ([1998] Ch 1, [1996] 4 All ER 698 at 18, 711-712).