

La financiación por terceros en el arbitraje internacional: regulación, ventajas e inconvenientes



ELENA SEVILA

Asociado Senior de Andersen Tax & Legal



OLGA ANDRÉS

Abogado de Andersen Tax & Legal



La financiación por terceros o *Third Party Funding* (TPF) puede definirse como un método de financiación en el que, a través de un contrato, un tercero –normalmente, un fondo de inversión profesional– se compromete a facilitar fondos a una potencial parte en un

procedimiento judicial o arbitral, con la finalidad de que esa pueda asumir los costes legales que el litigio puede conllevar. Nótese que ese tercero no es parte en el procedimiento judicial o arbitral en cuestión.

Hoy en día nos encontramos de forma recurrente con un TPF en litigios en materia de Derecho de la Competencia y, a su vez, en el ámbito del arbitraje comercial y de inversiones, es decir, suele utilizarse en procedimientos litigiosos de muy elevada cuantía donde la mayoría de las partes en el procedimiento suelen ser personas jurídicas.

En los procedimientos arbitrales las partes están recurriendo al TPF cada vez con mayor frecuencia y ello a pesar de la escasa regulación que en la actualidad existe respecto de esta figura. Se trata de un mecanismo que ha llegado para quedarse.

Escasa regulación del TPF

A pesar de que, poco a poco, algunos Estados e instituciones arbitrales están introduciendo modificaciones legislativas y enmendando sus reglamentos con la finalidad de regular la figura del TPF, la regulación sobre esta materia hoy en día sigue siendo escasa, tanto a nivel internacional como a nivel nacional.

El Estado pionero en regular esta materia fue el Reino Unido, cuando en 2011 creó el *Code of Conduct for Litigation Funders*. En Estados Unidos, la *American Bar Association* creó el denominado *Whi-*

te Paper About Alternative Litigation Financing, que incluye varias normas que todo abogado estadounidense debe seguir al asumir la defensa procesal en un asunto que esté financiado por terceros.

Recientemente –en concreto el 10 de enero de 2017– el Parlamento de Singapur aprobó la llamada *Civil Law (Amendment) Bill – Third Party Funding for Arbitration and Related Proceedings*, ya que, con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley el 1 de marzo de 2017, la financiación por terceros en Singapur estaba prohibida.

Dentro del ámbito del arbitraje de inversión, cabe destacar que la Comisión Internacional de Arbitraje Económico y Comercial de China aprobó el 1 de octubre de 2017 las normas que regulan el arbitraje internacional de inversiones. En concreto, el artículo 27 de la mentada normativa hace referencia al TPF, exigiendo que la parte que haya recurrido a financiación externa notifique tanto a las otras partes del procedimiento arbitral, al tribunal arbitral y a la institución de arbitraje la existencia de ese acuerdo de financiación inmediatamente después de haberlo suscrito.

La ausencia de regulación de TPF en el mercado jurídico español es palmaria. No obstante, y atendiendo a numerosos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico, nada parece impedir la regulación del TPF en nuestro país conforme al principio de libertad de pactos estable-

cido en el art. 1255 CC. Asimismo, el TPF guarda relación con el principio de acceso universal a la justicia del art. 119 CE. Algunos autores como C. Alonso Cánovas han considerado el TPF como «una alternativa a la figura de abogado de oficio (...), máxime cuando dicha institución resulta evidentemente más indicada para personas físicas de recursos limitados, que para grandes empresas implicadas en disputas comerciales».

Ante la falta de regulación del TPF, la Queen Mary University llevó a cabo un estudio que analizó la manera más efectiva de regular el TPF, y, en el que una mayoría de los encuestados (58%) consideró que lo mejor sería realizarlo a través de Directrices como las IBA Guidelines.

Ventajas e inconvenientes de la financiación por terceros en el arbitraje internacional

La principal ventaja del TPF es que facilita de manera abrumadora el acceso a la justicia, debido a que permite a una parte entablar un litigio o defenderse de una acción que, de otra manera, no podría permitirse.

No obstante, el TPF también engloba varios inconvenientes, entre los que deben destacarse: (i) los posibles conflictos de interés; y, (ii) la revelación de la existencia de financiación a las partes y al tribunal arbitral.

Con la existencia del TPF en un procedimiento arbitral, se abre la posibilidad de que surjan conflictos de in-

terés en el supuesto de que la sociedad inversora haya mantenido o esté manteniendo alguna relación con el árbitro. Para evitar estos posibles conflictos de interés, las IBA *Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* obliga a las partes a revelar la existencia de alguna relación entre el árbitro y cualquier persona física o jurídica que tenga un interés económico directo en el resultado del procedimiento.

El alcance de la obligación de revelación de la existencia de esa financiación por terceros puede ser más o menos amplio. En ocasiones, el deber de revelación únicamente engloba la identificación del tercero, pero, en otras, la parte puede llegar a ser requerida para que facilite el contrato de financiación.

Por otro lado, la figura jurídica de *security for costs* está siendo integrada cada vez más en la práctica arbitral internacional. No obstante, los tribunales arbitrales no se han mostrado muy propensos a otorgar este tipo de medidas cautelares cuando así se les ha solicitado. Sin embargo, en RSM c. Santa Lucía el tribunal arbitral sí requirió a la demandante para que prestase una caución de 750.000 USD con la finalidad de asegurar el pago de una posible condena en costas.

En definitiva, parece que como decíamos los *terceros financiadores*, han llegado para quedarse y para convertirse en otro actor más en los procedimientos de arbitraje internacional.

Europa y extranjeros peligrosos: reflexión acerca de la reciente STJUE de 8 de mayo



PUERTO SOLAR CALVO

Jurista II.PP

La STJUE (Asunto C-82/16 contra Bélgica), de 8 de mayo, consolida con paso firme la senda jurisprudencial de reconocimiento del derecho a la libre circulación e, indirectamente, el derecho a la intimidad y vida familiar de los ciudadanos europeos. La resolución aborda la cuestión prejudicial planteada por el Consejo de lo Contencioso-Administrativo para Asilo e Inmigración de Bélgica.

En el supuesto de hecho que se presenta, se habían dictado decisiones de retorno a sus países respectivos, acompañadas de decisiones de prohibición de entrada en territorio belga, contra una serie de nacionales de países de fuera de la UE que residían en

Bélgica. Posteriormente, los afectados presentaron solicitudes de permiso de residencia amparándose en su condición de familiares de nacionales belgas. Las autoridades belgas no examinaron dichas solicitudes basándose en que las resoluciones de prohibición de entrada en el territorio aún estaban vigentes. La cuestión prejudicial plantea si esta práctica nacional atenta contra el derecho de la unión –especialmente, el art. 20 TFUE, sobre la ciudadanía de la Unión–.

Denegación del derecho a la residencia

De acuerdo con la STJUE de 8 de mayo, la obligación de los nacionales de países de fuera de la UE de abandonar el territorio de la Unión puede poner en peligro el efecto práctico de la ciudadanía de la Unión. Es lo que sucede cuando, por la existencia de una relación de dependencia familiar entre una persona de fuera de la UE y un ciudadano de la UE, el cumplimiento de esa obligación lleva a que el segundo se vea obligado en la práctica a acompañar al primero y a abandonar el mismo el territorio de la unión.

El Tribunal precisa que esa relación de dependencia habrá que valorarla a la luz de cada caso, estableciendo en términos generales una diferencia en razón de si los ciudadanos de la unión son adultos o niños. Sin embargo, lo que supone un auténtico avance respecto de otras resoluciones anteriores, son las siguientes declaraciones. En concreto, resulta indiferente que la relación de dependencia haya surgido después de que se adoptara la decisión de prohibición de entrada en el territorio. No es relevante que la decisión de prohibición de entrada en el territorio sea ya definitiva en el momento en que se solicite la reagrupación familiar y tampoco es determinante que la prohibición de entrada en el territorio de la unión se halle en el incumplimiento de una obligación previa de retorno. Es más, tampoco las razones de orden público pueden llevar automáticamente a la denegación a los nacionales de países de fuera de la UE del derecho de residencia derivado. En estos casos, sólo se podrá denegar el derecho a la residencia, cuando el análisis concreto de cada asunto indique que los nacio-

nales de fuera de la UE constituyen una amenaza real, actual y lo suficientemente grave para el orden público.

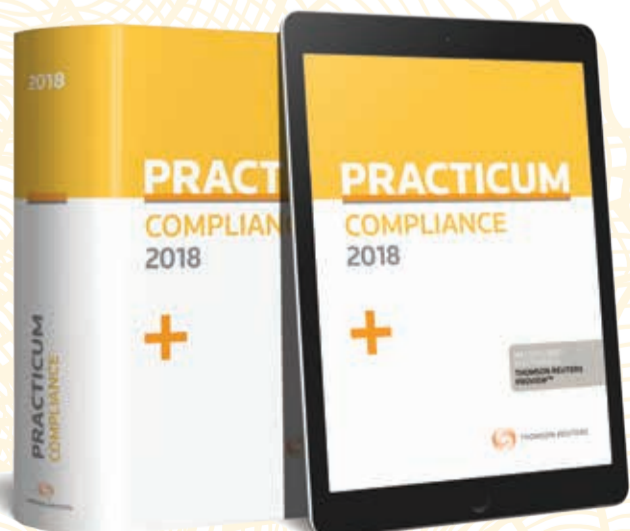
Medida de expulsión y prohibición de entrada

De este modo, el TSJUE avanza en una línea clara. Si recordamos brevemente, la STJUE de 13.09.16, en el caso Rendón, declaró contraria a los arts. 20 y 21 del Tratado de Funcionamiento la normativa nacional que permite una decisión automática, de no renovar la residencia a extranjeros que tengan antecedentes penales si, como sucedía, el extranjero condenado cuenta con hijos nacionales de Estados miembros dependientes del mismo. La STJUE de 10.05.17 daba un paso al establecer que esa dependencia puede apreciarse incluso en los casos en que el progenitor comunitario contribuye a la manutención del menor.

Más recientemente, la STJUE de 07.12.17 ha resuelto en contra de la aplicación automática de nuestro art. 57.2 LOE, al considerar que un Estado miembro no puede expulsar a los ex-

tranjeros residentes de larga duración por el simple hecho de haber cometido un delito castigado con pena de prisión superior a un año, sino que el Estado habrá de valorar «las consecuencias para él y para los miembros de su familia». Como vemos, la STJUE de 08.05.18 que comentamos establece la obligación de realizar dichas valoraciones de dependencia, arraigo e intimidad familiar, no sólo para los supuestos de irregularidad administrativa y/o comisión de delito, sino incluso en los casos en los que se ha llevado a cabo la medida de expulsión, concurre prohibición de entrada y ésta puede deberse a motivos de orden público.

Al hilo de la estas resoluciones, es necesario que nuestra normativa interna se adapte a una realidad jurídica nueva. Ello en dos vertientes distintas. La primera, específicamente para los extranjeros que cumplen condena, es urgente reformar el art. 57.2 LOE en los términos en los que ha establecido la jurisprudencia europea. La segunda, relativa a los sujetos de derecho interno, nacionales o extranjeros, se impone una reformulación del derecho a la vida familiar. Nuestro TC sigue siendo reticente a incluirlo como parte nuclear del derecho fundamental a la intimidad del art. 18 CE (ATC 40/2017, de 28 de febrero). Resoluciones como la que aportamos, cuestionan que esta sea la línea interpretativa más acertada.



2018 PRACTICUM COMPLIANCE

1ª edición
DIRECTOR: Xavier Ribas

La obra Practicum Compliance se focaliza en un análisis desde un punto de vista práctico de las principales exigencias normativas para las personas jurídicas en materia de Compliance así como de los principales delitos a los que se pueden ver expuestas.

PVP DÚO C/IVA: **85,50 €**
ISBN: 978-84-9177-731-1

PÁPEL + EBOOK INCLUIDO EN EL PRECIO