

UNA NUEVA OPCIÓN PARA FINANCIAR ARBITRAJES INTERNACIONALES

*Por Clifford Hendel,
Socio experto en Arbitraje Internacional
Araoz & Rueda*

Vivimos en un mundo cada vez más litigioso en el que el coste de pleitear es cada día más elevado, y más aún en lo que a disputas internacionales se refiere.

Cuando, para evitar tribunales nacionales “no neutrales”, se encomienda la resolución de una controversia a un colegio arbitral elegido por las partes o por una institución designada por ellas al efecto, hay que remunerar – además de a los abogados y expertos- a los árbitros y a la institución administradora del arbitraje. Y en el supuesto de un laudo desfavorable cabe el riesgo de que se tenga que sufragar parte de o todos los costes incurridos por la parte vencedora.

Esto hace que la resolución de disputas internacionales por medio del arbitraje pueda ser particularmente costosa, hasta el punto de disuadir a las partes de solicitar pretensiones válidas, en particular frente a demandadas de cierta solvencia y peso financiero.

Un “producto” relativamente reciente podría solventar esta cuestión, equilibrando así el campo de juego: la figura de “litigation funding” o “third party funding” (llamémosla “TPF”).

En términos generales, TPF no es más que la financiación por un tercero (normalmente un fondo especializado) de un litigio, o lo que es lo mismo, la inversión por el tercero en una reclamación. Así, si la parte procesal en cuestión (habitualmente, pero no necesariamente, la demandante) pierde, sus gastos correrán a cargo de la financiadora sin que exista ninguna otra obligación que la parte financiada deba satisfacer a su financiadora. Como “precio” o contraprestación por esta cobertura de costes (“downside protection”) si la parte financiada gana, tendrá que compartir con la financiadora un porcentaje pactado de sus ganancias (“sharing the upside”), pongamos del 25% al 50%, o un múltiplo de la financiación otorgada, según lo pactado.

La figura de TPF ha sido objeto de críticas, de índole tanto deontológica como práctica, incluso en los países donde ha surgido. Así, en EE.UU. – donde el coste de pleitear/arbitrar es particularmente oneroso debido, entre otras cosas, a la práctica de “discovery” de prueba y a la existencia de daños punitivos, acciones colectivas y jurados populares en procesos civiles – representantes de las patronales han sido particularmente críticos con la figura. Pero no parece que dichas críticas puedan hacer desvanecer el TPF.

¿Cómo funciona en la práctica el TPF? Pues, sencillamente, de una forma que resultará familiar a muchos abogados. La financiadora, antes de comprometerse, llevará a cabo una “due diligence” detallada del caso, para cerciorarse de que hay probabilidades razonables de éxito, dentro de un horizonte temporal razonable y predecible, que la demandada posee la suficiente solvencia financiera y moral para pagar una eventual indemnización y que el financiado cuenta con un sólido equipo de abogados y expertos con la debida capacidad técnica y experiencia para llevar el tema a buen puerto. Asimismo se valorarán los posibles costes en que puedan incurrirse y la sofisticación y rapidez de la(s) jurisdicción(es) donde la

demandada tiene sus activos, en caso de ser necesario ejecutar la sentencia/laudo forzosamente.

Son varias las razones (aparte de los costosos honorarios de los árbitros) que hacen que la figura de TPF pueda tener una gran cabida en el mundo del arbitraje internacional. Estas incluyen: los elevados importes económicos que suelen estar en juego; la relativa rapidez de resolución (no caben sucesivos recursos como en los procedimientos judiciales); la relativa certeza del resultado debido al mayor grado de conocimiento/experiencia del árbitro frente al juez; la relativa agilidad de ejecución internacional de laudos arbitrales frente a sentencias de tribunales; y la “virtualidad” o “ausencia de nacionalidad” del proceso arbitral internacional, que hace menos probable que doctrinas adversas al TPF, que sí podrían prosperar en el mundo jurisdiccional, tengan efecto en el mundo arbitral.

No nos consta que, en España, la figura del TPF haya sido frecuentemente usada. Pero no hay razón para pensar que este instrumento financiero, creado e implementado inicialmente en otros mercados (como tantos otros), no tenga cabida aquí. En vista del estereotipado colapso sistémico de los tribunales españoles, a medida que la institución arbitral vaya ganando aceptación en España, irá muy probablemente acompañada por un aumento en el uso del TPF.
