



FONDOS DE LITIGACIÓN (*LITIGATION FUNDS*): UNA PRIMERA APROXIMACIÓN¹

Luis Borrero Zorita

Legal Director del Departamento de Corporate
DLA Piper Spain

Resumen

En el presente artículo se analiza y se hace una primera aproximación al fenómeno de los *litigation funds*, aun relativamente desconocido en España, desmenuzando su estructura básica y funcionamiento. Asimismo, se realizan algunas proyecciones sobre la posibilidad de su arraigo e implantación en España, así como sus posibilidades de desarrollo y las oportunidades que pueden significar en nuestro país.

Abstract

In this article, an analysis and first approach is made to the litigation funds phenomenon, relatively unknown in Spain yet, delving into their basic structure and order. Likewise, some projections are made as to the possibility of their implementation in Spain, as well as their possibilities of development and the opportunities that this can entail in Spain.

I. Introducción y contexto

El fenómeno de los *litigation funds* se enmarca dentro del debate general de la financiación de pleitos o litigios. Así, sin perjuicio de que exista la opción de poder ceder créditos litigiosos y “comprar” un pleito, cuando se habla de financiar un litigio o de financiación de litigios o pleitos, se hace referencia a cualquier modo o manera a través del cual una parte recibe u obtiene fondos para que la actividad procesal o litigiosa pueda proceder.

En este sentido, una persona puede obtener fondos o financiación para desarrollar una actividad litigiosa de muchas maneras, por ejemplo, sus propios recursos, recursos que provienen de personas o autoridades públicas o privadas (ej: asistencia jurídica gratuita, seguros de asistencia jurídica, financiación a través de sus abogados – porcentajes a éxito, pactos de *quota litis* etc - en la medida en que estén permitidos por ley -, préstamos de familiares o entidades financieras), entre otras maneras.

Sin embargo, se puede decir que el concepto financiación u obtención de fondos para actividades litigiosas (*litigation funding*) ha evolucionado hasta llegar a significar cualquier práctica mediante la cual un tercero facilita fondos para permitir que una reclamación, proceso o demanda proceda (o sea defendida) a cambio de una contraprestación o retorno financiero.

Más aun, en este artículo nos vamos a referir a los casos en que dicho tercero es un inversor profesional (fondos de litigación), con una cierta estructura y capacidad, expertise y know-how, que son conocedores y expertos en temas procesales y que, además, poseen un claro ánimo de lucro, de manera que la contraprestación que reciban por financiar o facilitar fondos para una disputa (o

por “adquirir” el pleito), remunerere su inversión lo máximo posible.

Por último, diremos que la contraprestación o la remuneración a la inversión, puede adoptar varias formas (una cantidad fija, reembolso de la inversión con un margen, porcentaje a éxito u otras o una combinación de las anteriores).

II. Partes intervinientes

Una de las primeras cosas que llama la atención al abordar el estudio de los fondos de litigación, es la complejidad de las relaciones jurídicas que se generan y los diversos actores involucrados.

Así, veremos que hay numerosas partes involucradas, cada una de ellas con su rol y función específica.

Los actores principales son tres: (i) el demandante; (ii) el demandado; y (iii) el fondo de litigación. Además de estos tres intervinientes, habría que citar al Juez o Tribunal en cuestión, cuyo papel no es baladí.

Partes secundarias que de uno u otro modo intervienen en este escenario serían: (i) las compañías aseguradoras; (ii) los corredores de las aseguradoras (*insurance brokers*); (iii) los peritos, expertos y analistas que intervienen en el proceso; (iv) los corredores de pleitos (*cazapleitos*) o *litigation/claim hunters*, quienes vendrían a ser una suerte de buscadores de pleitos o intermediadores de pleitos para ofrecérselos al mejor postor; (v) analistas procesales, que asesoran sobre y evalúan las posibilidades de éxito de un pleito o actividad procesal; (vi) equipos de auditoría procesal o *due diligence* procesal, quienes revisan la documentación procesal existente y evalúan sobre las posibles contingencias de la acción proce-

1 Agradecimientos: (i) a Natalia, mi mujer, por hacer posible el tener tiempo para escribir este artículo y ser una mujer excepcional; (ii) a mis padres, Mariano y María Jesús; (iii) a mis hijos Mariano, Luis, Juan y Sofía; y (iv) a Higinio Severino de Vega, buen penalista y mejor amigo. R.I.P.

sal correspondiente; y (vii) el equipo jurídico (los abogados) del demandante, del demandado, de las aseguradoras y del propio fondo de litigación.

Mención aparte merecen los abogados del demandante. Su importancia va a ser vital no sólo en el resultado del proceso en sí, sino también en la cantidad de la contraprestación o retorno de la inversión que el fondo de litigación va a recibir. Por ello, una de las cuestiones fundamentales que el fondo de litigación suele examinar con detenimiento es la solvencia del equipo jurídico que defiende al demandante. Para entendernos, los abogados del demandante vienen a tener, *mutatis mutandis*, un cierto paralelismo y el mismo tipo de importancia que el equipo directivo tiene en un negocio que es objeto de una operación de capital riesgo (*private equity*).

Una de las cuestiones que examinaremos más adelante es hasta qué punto un fondo de litigación puede imponer su equipo jurídico o un abogado de su confianza distinto al abogado inicialmente contratado por el demandante.

III. Objeto: Requisitos y bases para financiar

Sentadas las bases de que un fondo de litigación tiene ánimo de lucro y “ve” a los pleitos que adquiere o financia o en los que interviene, como unos activos que constituyen una potencial fuente de ingresos, cabe preguntarse: (i) cuáles son los pleitos o reclamaciones en los que interviene un fondo de litigación; y (ii) qué requisitos deben cumplir estos para interesar a un fondo de litigación. A nuestro juicio, dichos pleitos reunirían las siguientes características:

(1) Procesos comerciales: La actividad de los fondos de litigación está dirigida fundamentalmente a los grandes procesos comerciales y asuntos mercantiles, sean estos en sede judicial

o de arbitraje. Esto deja fuera numerosas áreas del Derecho, singularmente, reclamaciones de cuantías menores, reclamaciones individuales de consumidores y usuarios, el derecho laboral, divorcios y sucesiones, derecho penal y otros. Dicho esto, no se ve inconveniente en que un fondo de litigación actúe en un ERE o despido colectivo cuantioso, despido lucrativo de altos ejecutivos o en un divorcio de celebrities multimillonarias o similares, siempre que haya unas reglas de remuneración claras y atractivas;

(2) Calidad de demandante: Por su propia naturaleza, un fondo de litigación está pensado para adquirir, participar o financiar en procesos en pro del demandante. Si no se es demandante, en principio el fondo no va a obtener un retorno económico.

Dicho esto, no son descartables (al menos teóricamente) supuestos en que un fondo de litigación financie un pleito como parte del demandado siempre que haya grandes cantidades en juego y el demandado haya acordado una forma de remuneración atractiva para el fondo. Dicho esto, a día de hoy no nos consta ninguno de estos casos;

(3) Límites económicos: Basándonos en lo que se ha observado en otras jurisdicciones, financiar pleitos a nivel de fondos de litigación tiene un límite de viabilidad económica. Dicho en otras palabras, un fondo de litigación no va a adquirir, costear, financiar o invertir en pleitos o acciones de escasa cuantía. Los retornos no serán suficientes para el apetito inversor de un fondo de estas características.

La existencia de un umbral económico para que sean financiados por un fondo de litigación, depende de las propias normas, políticas y límites de cada fondo. En general, se percibe que los pleitos, asuntos o reclamaciones de menos de 150,000 € no atraen la atención de un fondo de litigación. Dicho esto, se tiene constancia de la

existencia de fondos que directamente rechazan participar en litigios inferiores a 500.000 €, en algunos casos, y, en otros, inferiores a 2.000.000 €; y

(4) Probabilidad de éxito: El pleito o la reclamación debe tener unas posibilidades de éxito razonable. Lógicamente, definir lo que es una “probabilidad de éxito (razonable)” es algo que excede el ámbito de lo jurídico y de este artículo.

Asimismo, y dado que en última instancia depende de la discrecionalidad del juez o del árbitro, desde luego el pleito debe tener una base sólida y no ser descabellado como mínimo. Esto mismo sería una especie de *conditio sine qua non* para que un fondo considere adquirir o invertir en un litigio, dado que un fallo o un laudo adverso supondrá la pérdida de toda la inversión para el fondo. Por ello, deben existir fundamentos y argumentos jurídicos convincentes para el ejercicio de la acción legal.

Ir más allá y por supuesto, cuantificar posibilidades de éxito, es realmente difícil. Si parece que ningún fondo de litigación (a modo de *gurú* de la litigación) consideraría participar en acciones legales si se percibe que las posibilidades de vencer son menos del cincuenta por cien (50%) y sólo empezará a considerarlo si las posibilidades son algo superiores a la mitad (digamos un sesenta por cien - 60% -);

(5) Solvencia del demandado: Obviamente, el demandado debe tener la suficiente solvencia y liquidez para afrontar un fallo condenatorio en su contra, lo cual implica una actividad investigadora por parte del fondo para asegurarse de que tanto el demandante como (sobre todo) el propio fondo, podrán cobrar; y

(6) Un nivel razonable de seguridad jurídica: Dado que los fondos van a invertir en pleitos o causas sujetas a las leyes de una determinada jurisdicción, dicha jurisdicción deberá ofrecer un grado aceptable (por no decir alto) de seguridad

jurídica.

Esto no sólo significa que los procesos judiciales o arbitrales se celebren con todas las garantías procesales (principio de audiencia, principio de igualdad de armas entre otros), sino también que se resuelvan en unos plazos razonables. Precisamente, dado que un fondo de litigación ve a un pleito como una inversión, cuanto más tarda un órgano en resolver la disputa, peor y más dudoso será el retorno para el fondo.

Por ello, la actividad de los fondos de litigación pueden verse limitada en países o jurisdicciones en vías de desarrollo, donde puede haber por ejemplo, un riesgo-país elevado o tensiones sociales, económicas o políticas.

IV. Proceso de inversión

La inversión realizada por un fondo de litigación profesional se suele realizar conforme a un proceso más o menos estandarizado, que guarda ciertas similitudes con una inversión en una operación de fusiones o adquisiciones (M&A) o de capital-riesgo. Veamos sus hitos más significativos, que serían los siguientes:

(1) Contacto inicial: Se produce un primer contacto o aproximación entre el fondo de litigación y el demandante (o persona titular del derecho). Dicho primer *approach* puede producirse de muy diversas maneras (a través de la página web del fondo de litigación, contactos o solicitudes de financiación directas por una u otra parte, a través de *headhunters* de pleitos, por mencionar los más frecuentes);

(2) Auditoría (Due Diligence): Tras un primer contacto y una serie de indagaciones preliminares, el fondo realizará una auditoría (*due diligence*) sobre el pleito o la posible reclamación. Dicha auditoría será esencial y valorará los méritos y las posibilidades de éxito de la pretensión del deman-

dante (o futuro demandante) y determinará en gran medida la decisión del fondo de invertir o no.

Advertimos que la *due diligence* no sólo cubrirá el pleito y su viabilidad sino algunos otros aspectos tangenciales relacionados con el mismo y con la inversión del fondo en su conjunto, y, singularmente, la solvencia del demandado;

(3) Contrato: Realizada la auditoría y habiendo el fondo decidido que coadyuvará, se firma el correspondiente contrato que regirá las relaciones entre el fondo y el potencial demandante, así como los términos de la financiación (en su caso).

Es en este punto en el que debemos detenernos para advertir que hay dos maneras básicas de “invertir” en un pleito con carácter general conforme a la legislación española: (i) ceder el derecho o el crédito (y la consiguiente acción procesal) - lo que se llama “comprar” el pleito -, de manera que es el fondo el que abona una cantidad de dinero al demandante (o potencial demandante) y es el propio fondo el que ejerce la acción, controlando el pleito en su totalidad; o (ii) financiar el pleito sin más, en cuyo caso los abogados del demandante serán quienes iniciarían o continuarían el proceso. Esta opción (financiación del pleito) tiene más o menos variantes, mediante las cuales se otorga al fondo financiador más o menos facultades de controlar el proceso (desde un control casi absoluto, hasta sólo determinados derechos de veto particulares – por ejemplo, que no se pueda transigir ni allanar sin el consentimiento del fondo -).

Así, en España, no hay obstáculo legal para poder financiar un pleito *per se* y si el demandante incumple el contrato firmado con su fondo financiador (por ejemplo, transige y llega a un acuerdo extrajudicial con su contraparte poniendo fin al proceso correspondiente o contrata a unos abogados que no tienen la confianza del fondo), dicho acuerdo, que termina el proceso, o la elección de los abogados será perfectamente válido si bien el demandante habrá incumplido su contrato con el

fondo y éste le podrá reclamar los daños y perjuicios correspondientes.

Sin embargo, ceder un derecho o un crédito y la correspondiente acción procesal es un tema algo más complejo y deben distinguirse los siguientes hitos temporales: (i) antes de la contestación de la demanda, momento en que más que una compra o cesión de pleito, lo que hay es una cesión de derechos (generalmente de crédito), que permitirá al cesionario ejercitar las acciones legales correspondientes; (ii) tras la contestación de la demanda pero antes de una sentencia firme, aquí habrá una cesión de un derecho / crédito litigioso que conlleva la correspondiente cesión de la acción procesal y la consiguiente subrogación del fondo en la posición del demandante, todo lo cual se regirá por el artículo 1535 del código civil y el artículo 17 de nuestra ley de enjuiciamiento civil; y (iii) emitida una sentencia firme, en cuyo caso, también hay una cesión de derechos (derechos de crédito o de cobro) y se regirán por su normativa específica y, en concreto por lo dispuesto en el artículo 540 de nuestra ley ritual.

Dicho lo anterior, debemos advertir que: (i) comprar un crédito litigioso supone el riesgo de que (ex artículo 1535.1 del código civil) el deudor - en el plazo de 9 días - pueda extinguirlo pagando al cesionario, lo que éste (el cesionario) pagó por dicho crédito, más las costas e intereses; y (ii) la subrogación del fondo en el procedimiento no es automática, pudiendo el demandado oponerse y requiere el consentimiento del Juez, que puede denegarla (Art. 17 LEC).

Esta facultad que nuestro derecho patrio otorga al deudor conforme al ya citado artículo 1535 del código civil y el hecho de que el demandado pueda oponerse y que el Juez haya de aprobarlo, puede significar que el fondo de litigación se quede sin la plusvalía esperada y es de suponer que se prefieran otras vías de inversión litigiosa como la financiación.

(4) Selección de abogados: Se procede (si no se ha hecho ya) a la selección del equipo jurídico y/o abogados;

(5) Desembolso de los fondos. Aquí se debe reseñar que aunque lo lógico es que se financie la totalidad del pleito hasta su terminación definitiva, tenemos constancia de fondos de litigación que sólo financian determinados niveles (por ejemplo, se financia una cantidad máxima o sólo hasta la apelación).

Ni que decir tiene que los contratos que regulan la relación entre el demandante y el fondo contienen cláusulas mediante las cuales un incumplimiento del contrato por el demandante constituye una causa de vencimiento anticipado, debiendo el demandante pagar lo recibido y liberando al fondo de realizar más aportaciones económicas; y

(6) Desarrollo del procedimiento hasta su finalización

El íter descrito anteriormente no tiene porqué seguir estrictamente el orden descrito, puede tener pasos adicionales y múltiples variantes y muchas veces dependerá del estado procesal en que nos hallemos. Así, por ejemplo, dependiendo de la sofisticación del demandante o del fondo, se podría realizar un procedimiento de subasta para la elección del fondo financiador o del equipo jurídico que liderará el proceso.

V. Pleitos típicos

Llegados a este punto y tras examinar someramente los requisitos y el proceso de inversión de un fondo de litigación, cabe preguntarse cuáles serían los pleitos o reclamaciones más “apetitosas” en los que un fondo de litigación invertiría tiempo y recursos.

Sin ánimo exhaustivo, podemos citar como litigios típicos en los que interviene un fondo de litigación, los siguientes:

(1) Grandes asuntos mercantiles que involucran grandes cantidades, como podrían ser disputas entre accionistas, interpretaciones de contratos con una alta importancia económica e incumplimientos contractuales;

(2) Disputas sobre patentes, royalties o similares, que pueden tener un matiz muy técnico (ej: la valoración de una patente);

(3) Contratos de construcción (ej: construcción llave en mano);

(4) Disputas en el marco de procedimientos concursales (reclamaciones de créditos, pleitos en los que los administradores concursales son demandantes), todo ello obviamente, siempre que estén en juego cantidades considerables;

(5) Negligencias profesionales, en particular, negligencias médicas, hospitalarias, de arquitectos, abogados² y otros profesionales liberales;

(6) Acciones colectivas (acumulación de acciones y procesos). Sin embargo, se debe destacar que quizás nuestro derecho patrio no tiene la flexibilidad necesaria en su regulación de las acciones colectivas (vid. artículos 71 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil) en comparación con las denominadas *class actions* de los países angloparlantes; y

(7) En general, cualquier pleito con fundamento y buen derecho cuyo titular de la acción procesal sea una persona o entidad con recursos limitados, siempre que el pleito sea por un importe económico sustancial (por encima de los umbrales de viabilidad económica antes citados).

Hay otras posibilidades ya apuntadas antes (divorcios de celebrities, despidos laborales de

² Traemos a colación aquí la novela de John Grisham titulada “El Rey de los Pleitos” (*The King of Torts*) que trata en parte sobre este tema.

ejecutivos), si bien nos consta que en líneas generales, los fondos de litigación tienen poco apetito inversor por estos asuntos. En definitiva, como reflexión final, se puede intuir que el mercado de pleitos prefiere aquéllos pleitos o reclamaciones que son más fácilmente evaluables, cuantificables y predecibles.

VI. Ventajas

Cuestión pareja a la del funcionamiento de un fondo de litigación, sin las ventajas que podría ofrecer este instrumento, entre las que cabe destacar, las siguientes:

(1) Obtención de financiación y recursos. Obviamente, el demandado obtiene una serie de recursos con los que poder litigar, no teniendo que soportar el coste total del pleito. En este sentido, en caso de estimarse necesario provisionar, contablemente la provisión será menor, quedando el balance de la compañía en mejor situación. Obviamente, la contrapartida será que el demandante tendrá menores beneficios;

(2) Contabilización del pleito como activo. Desde el punto de vista del propio fondo de litigación, los pleitos que adquiera o financie, seguramente deban contabilizarse como un activo. Desde luego hay una salida de caja del fondo que se compensa con el derecho que adquiere, que en principio debería ser equivalente a la cantidad pagada por el fondo al demandante. Dicho esto, habrá que estar a la ley de la jurisdicción en cuestión.

Tema totalmente distinto es que un auditor cuestione la valoración del crédito litigioso adquirido y exija por ejemplo, que se dote una provisión;

(3) Expertise del fondo de litigación. En líneas generales, un fondo de litigación estándar (al menos en los países en los que este tipo de negocio está desarrollado), suele tener una estructura, un

know-how y un equipo jurídico solvente, que aporta una experiencia y una manera de saber hacer y gestionar pleitos y reclamaciones potentes que un demandante normal no tiene necesariamente por qué tener.

Todo lo anterior se acaba traduciendo en una mayor posibilidad de acabar con una sentencia o laudo arbitral satisfactorio; y

(4) Efecto intimidatorio al demandado. Uno de los efectos que tiene la entrada en escena de un fondo de litigación es el mensaje llamémosle “intimidatorio” que se envía al demandado.

Desde la perspectiva del demandado, éste empieza por ver que: (i) el demandante tiene el apoyo de un fondo de litigación, generalmente muy solvente, con habilidades técnicas y que está dispuesto a invertir una cantidad considerable de tiempo y dinero en materializar la pretensión procesal del demandante; y (ii) el demandante puede tener un buen derecho que puede materializar y además, opera una presunción de que no será gestionado torpemente por el fondo.

Lo anterior, sobre todo en el caso de pleitos interpuestos por personas o entidades con recursos limitados, hace que el demandado se plantee la posibilidad de llegar a un acuerdo extrajudicial y puede cambiar totalmente el *litigation scenario*.

VII. Áreas problemáticas

Como se ha anticipado en parte anteriormente, la intervención de los *litigation funds* tiene o puede tener, una serie de inconvenientes. El más obvio de los mismos es, desde un punto de vista económico y comercial, el hecho de que el demandante no obtiene todos los frutos del pleito o reclamación.

El efecto psicológico de este punto sobre el demandante (o persona o entidad que “vendió” el pleito) se suele desdoblar en dos momentos: (i) el momento en que se recibe financiación o se

transmite el pleito, que suele producir una sensación de alivio y seguridad al demandante; y (ii) el momento en que el proceso finaliza y se ejecuta la sentencia o laudo correspondiente. Este sería el momento en que el demandante se “tira de los pelos” cuando se ve privado de un porcentaje de la cantidad que se le ha adjudicado o cuando tiene conocimiento de que el fondo ha recibido una cantidad que triplica la cifra por la que el demandante cedió el pleito al fondo.

Otro inconveniente que se da, es desde un punto de vista social y de mentalidad propia de nuestra sociedad. En nuestro país y a día de hoy hay una especie de creencia subliminal colectiva de que la justicia es un asunto muy serio y que mercantilizar y “trapichear” con pleitos es algo esencialmente malo y que se ve mal por la sociedad en su conjunto.

A ello contribuye la prensa negativa que sin duda tienen los “fondos buitres”, los fondos de capital riesgo y similares.

Es este un debate que no es objeto de este artículo, si bien no podemos pasar por alto que a nuestro juicio los fondos de litigación (de implantarse y arraigarse definitivamente en España) podrían: (i) desempeñar una función económica positiva e importante para la economía (de una manera pareja a como lo hace el capital riesgo); y (ii) dinamizar y ayudar a la administración de justicia en España (mayor profesionalización en la llevanza de los pleitos y menores plazos, como factores destacables).

Dicho esto, a día de hoy creemos que sigue habiendo una especie de “temor reverencial” que provoca un recelo a crear un mercado de litigación en España, lo cual perjudica y dificulta la entrada de los fondos de litigación en España. Todo ello, como hemos apuntado, redundaría en perjuicio de dichos fondos e indirectamente perjudica la dinamización de la economía y la mayor profesionalización y agilización de la Justicia española.

Y desde un punto de vista jurídico, podemos citar algunas áreas problemáticas. Veámoslas:

(1) Principio de la igualdad procesal de armas. Desde un punto de vista técnico-jurídico (procesal), en términos generales, este principio se refiere a que las partes en un proceso tengan las mismas armas procesales (ej: Derecho a utilizar los mismos medios de prueba).

No obstante, hay situaciones en las que de facto pueden producirse desequilibrios. Obviamente no es lo mismo entablar un procedimiento contra una persona o entidad con una capacidad económica similar que tener de contrario a un fondo de litigación con unos recursos financieros superiores.

Cabría preguntarse si esto no vulneraría el principio de igualdad procesal. Es de suponer que un fondo de litigación siempre va a tener recursos financieros para poder recurrir, obtener pruebas o costosos dictámenes periciales que pueden no estar al alcance del demandado.

De hecho, tenemos noticias de que en determinadas jurisdicciones, se debe revelar el hecho de que un pleito está siendo financiado si hay un fondo de litigación apoyando al demandante.

En nuestra patria, este tema no se ha abordado al no estar extendidos los fondos de litigación, pero llegará un momento en que el legislador deberá abordarlo.

(2) El pacto de cuota litis. El Estatuto General de la Abogacía Española (el “**Estatuto**”) aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, su artículo 44.3 establece que: “Se prohíbe en todo caso la cuota litis en sentido estricto, entendiéndose por tal el acuerdo entre el abogado y su cliente, previo a la terminación del asunto, en virtud del cual éste se compromete a pagarle únicamente un porcentaje del resultado del asunto, independientemente de que consista en una suma de dinero o cualquier otro beneficio, bien o valor que

consiga el cliente por ese asunto”³

En términos muy similares se pronuncia el artículo 16 del código deontológico de la abogacía española (el “**Código Deontológico**”).

Sin embargo, estas prohibiciones han quedado muy afectadas por acontecimientos posteriores. En concreto, la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2008 admitió el pacto de *quota litis* en sentido estricto, lo cual posteriormente provocó que el artículo 16 del Código Deontológico fuese suspendido de vigencia y eficacia por acuerdo de los Plenos del Consejo General de la Abogacía Española de 10 de diciembre de 2002 y de 21 de julio de 2010.

Sin embargo, la prohibición del pacto de *quota litis* no está formalmente derogada en el Estatuto de la Abogacía, si bien entendemos que la misma ha quedado superada y no es aplicable. La citada sentencia del Tribunal Supremo ha supuesto de hecho, la anulación en sede judicial de una norma estatal.

Admitido pues, el pacto de *quota litis*, se ha generado un amplio debate acerca de sus ventajas e inconvenientes y de sus posibles efectos a largo plazo.

Muy resumidamente, como ventajas se pueden citar, entre otras, que: (i) se maximiza el interés del abogado (léase el fondo, si es el equipo jurídico del fondo el que lleva el pleito) en obtener el mayor resultado económico posible en beneficio de su cliente, lo cual obviamente es bueno para el cliente; (ii) permite a clientes con escasos recursos económicos acceder a los servicios de un abogado y, consecuencia de lo anterior, el abaratamiento de los servicios jurídicos.

Como inconvenientes, diremos que el principal argumento en contra es que la *quota litis* puede conllevar un aumento de la litigiosidad. Es decir,

dado que la remuneración del abogado depende de lo conseguido para su cliente, se incentiva indirectamente la judicialización de todas las diferencias para obtener cuantías superiores sin tener en cuenta otras opciones (ej: acuerdos extrajudiciales).

Es este el fenómeno del abuso de litigación o “picapleitismo”. Que ha sido objeto de debate en Inglaterra, donde inicialmente hubo tres doctrinas: (i) *maintenance*, que sería el apoyar litigios en los que no se tiene un interés legítimo, justa causa o excusa; (ii) *barratry*, fomentar o instigar pleitos, disputas o litigiosidad, en general; y (iii) *champerty*, que es cuando una persona que apoya a otra pide una parte de los retornos del pleito (una especie de *quota litis* interesada).

En Inglaterra, con el devenir de los años, se derogaron las doctrinas de *maintenance*, *barratry* y *champerty* como delitos penales y en gran parte como ilícitos civiles (*torts*) (*Criminal Law Act, 1967*). Sin embargo, sí que han subsistido en cierta medida, la invalidez de contratos considerados *champertous agreements*.

En la actualidad, el criterio básico que siguen los tribunales ingleses para ver si un acuerdo o contrato relativo a la financiación de litigios es ilegal o no, es ver si el contrato tiene una tendencia a corromper la justicia pública.

Dicho criterio viene a ser una especie de excepción de orden público al principio general que permite el funcionamiento de los fondos de litigación.

En resumen, la prohibición del pacto de *quota litis* no es aplicable en España, si bien, podría generar algunas dudas e inseguridades por el hecho de que no esté formalmente derogada en el Estatuto. Dichas inseguridades no impiden, pero tampoco ayudan, a que los fondos de litigación entren en el mercado español.

³Para un estudio más en detalle sobre este tema, ver el artículo de Joaquín Rodríguez-Toubes Muñoz, “El pacto de *quota litis* en la deontología de los abogados.”

(3) Control del procedimiento. Se trata aquí (como apuntábamos antes) de ver hasta qué punto un fondo de litigación puede imponer su equipo jurídico o un abogado de su confianza distinto al abogado inicialmente contratado por el demandante.

En primer lugar, debemos apuntar que esta cuestión aplica principalmente en los casos en que se financia un pleito estando el procedimiento ya en curso, no aplicando en los casos en que: (i) se cede un derecho o se cede un crédito litigioso, dado que aquí será el fondo quien ejerza la acción; y (ii) el procedimiento no ha comenzado o ha finalizado con una sentencia firme.

Para comprender bien el asunto, debemos examinar las posibilidades que ofrecen nuestras leyes para cambiar de abogados en un procedimiento que está ya en curso. Así, este tema se encuentra regulado en el artículo 26 del Estatuto de la Abogacía y en el artículo 9 del Código Deontológico.

En conjunto, se establece un sistema por el que se da bastante libertad al demandante para cambiar de letrado una vez iniciado el procedimiento (en esencia, se debe pedir la venia y notificar al órgano jurisdiccional).

Por lo tanto, no creemos que esto será un problema, si bien quedará pendiente el problema del pago de los honorarios del abogado que, previamente a que entrase el fondo de litigación, ha llevado el caso.

Debemos no obstante mencionar que será siempre el demandante el que decide si se cambia al letrado o no, sin perjuicio de que si elige a uno u otro letrado en contra del criterio del fondo, ello pueda suponer un incumplimiento de la documentación contractual firmada entre el fondo de litigación y el demandante. Eso sí, el letrado finalmente designado por el demandante será "el bueno" y el que finalmente dirija la disputa ante el órgano jurisdiccional o arbitral.

(4) Inexistencia de regulación. En España no

hay una regulación específica de fondos de litigación, tal y como por ejemplo, hay leyes específicas que regulan el fenómeno del capital-riesgo.

Si bien los fondos de litigación guardan algún tipo de paralelismo y/o similitudes con algunas figuras corporativas (ej: fondos de Inversión o entidades de capital-riego), por el momento, su fundamento legal se encuentra en la autonomía de la voluntad (artículo 1.255 del código civil) sin más.

VIII. España

Llegados a este punto, cabe preguntarse qué clase de acogida podrían tener los fondos de litigación en nuestro país.

Como primera consideración, diremos que aún en países en los que dichos fondos se hallan implantados, el fenómeno es relativamente nuevo (salvo en Estados Unidos). El autor aún tiene la impresión de que la sociedad española y su comunidad jurídica, como colectivo, no está lo suficientemente madura aún para la entrada de los fondos de litigación. Así pues, una primera medida que se debe adoptar, es la de dar a conocer los fondos de litigación como instrumento de posible ayuda a la justicia (por ejemplo, mediante campañas de concienciación entre los profesionales de la justicia). Esto en cualquier caso, se producirá de manera natural con el paso de los años.

En todo caso, España podría estar preparada para los fondos de litigación a medio plazo (digamos unos cinco años, a modo de ejemplo).

Sin embargo, creemos que el principal obstáculo para la implantación y el desarrollo de los fondos de litigación es la lentitud de la Justicia. Siempre se ha comentado que la Justicia española es lenta y en un esfuerzo de agilizar la justicia, nuestra vetusta ley ritual de 1881 fue sustituida por la Ley 1/2000 de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, y desde entonces, se han aprobado determinadas leyes complementarias (ley de jurisdicción volun-

taria, creación de Juzgados de lo Mercantil etc).

Del tema de la lentitud de la justicia siempre se ha dicho que es mejor una justicia lenta pero justa, segura y acertada. No obstante, un fondo de litigación lo que va a ver es que realiza una inversión y que pasarán varios años hasta que obtenga un retorno que puede no ser tan cuantioso debido a la inflación, destrozando por tanto, sus ratios financieros, TIRs.

Esto a su vez provocará que: (i) los retornos, cantidades o porcentajes que se pidan a los potenciales demandantes financiados sean considerablemente mayores que en otras jurisdicciones; y (ii) las cantidades por las que los fondos de litigación se “compran” los pleitos serán inferiores que en otras jurisdicciones.

Por todo ello, creemos que para hacer atractiva la entrada y las inversiones de fondos de litigación en España, se deberían implementar una serie de medidas, en base a los siguientes principios, que muy resumidamente exponemos:

(1) Acortamiento de los plazos de la justicia. Sin perjuicio de las reformas que se deban realizar en nuestras normas procesales, es necesario realizar campañas de concienciación al público en general y a los agentes jurídicos en particular (Jueces, Fiscales, Abogados, Personal de la Administración de Justicia).

Además, para evitar la lentitud procesal, sería indispensable que se dote de más y mejores medios, herramientas y recursos a la Justicia;

(2) Regulación del pacto de quota litis. Insertar una regulación clara sobre el pacto de quota litis que permita sin paliativos la quota litis y dé tranquilidad a los fondos.

Esto no debería suponer graves dificultades dado que simplemente se trataría de dar una redacción formal o derogar formalmente las anteriores prohibiciones para evitar cualquier clase de equívoco;

(3) Posibilidad de los fondos de litigación de acogerse a una regulación específica. Se trataría aquí de establecer (al igual que ocurre con la actividad de capital riesgo) una normativa a las que los fondos de litigación puedan acogerse, que esté sujeto a determinados requisitos (profesionalidad de los gestores de fondos de litigación, inversiones mínimas etc), con un beneficio fiscal y sujeto a la supervisión de un regulador (la CNMV para las casas de capital-riesgo pero que en el caso de fondos de litigación podría ser el CGPJ, el CGAE u otro independiente).

Ni que decir tiene que los fondos de litigación podrían optar por no acogerse a esta regulación específica y canalizar su actividad mediante cualquier vehículo de inversión ordinario (ej: una sociedad anónima o limitada) y no estar sujeto a la supervisión del regulador que se designe, si bien tampoco tendrían acceso a una fiscalidad favorable; y

(4) Fiscalidad atractiva. Va inexorablemente unida al tema de la regulación específica. Una fiscalidad atractiva atrae inversiones y fomentará este mercado. A cambio, se debería establecer un regulador u organismo de control tal y como se ha apuntado anteriormente.

IX. Conclusiones

A modo de conclusión, parece claro que el mercado de los fondos de litigación es, en términos generales, un mercado emergente y en vías de desarrollo. En países desarrollados y con un alto nivel de seguridad jurídica como Estados Unidos, Reino Unido y Alemania, los fondos de litigación y su industria correspondiente ya están implantados, ofreciendo este mercado importantes posibilidades de desarrollo.

Surge el miedo de si la previsible recesión económica que entra puede frenar o al menos incidir negativamente en el crecimiento de este merca-

do. Posiblemente sea así. No obstante, el fenómeno de los *litigation funds* ha venido para quedarse y creemos firmemente que una recesión simplemente retrasaría su desarrollo, de tal manera que tras la misma, se reanudaría su crecimiento hasta llegar a su tamaño natural.

En cuanto a España, si bien es cierto que vamos un poco retrasados respecto de los países punteros, no es menos cierto que ya hay algún fondo operando en nuestro país, sin que haya una tendencia plenamente definida en su operativa.

Seguramente este fenómeno tarde un poco más en llegar a nuestra patria y asentarse pero finalmente lo acabará haciendo (aunque también acabará afectado por una situación de recesión económica). Un paquete de medidas legislativas y económicas podría ayudar y acelerarlo.