

THIRD PARTY FUNDING Y RESPONSABILIDAD DEL ABOGADO
SENTENCIA [2020] ENGLAND AND WALES HIGH COURT 404 (COMM)

Atenea L. Martínez Álvarez y Carlos Hernández Durán (1)

***Abstract:** Through a recent decision of the High Court of Justice of England and Wales (Commercial Court) this article analyses lawyers' obligations towards litigation funders and their potential liability in this regard.*

This article both explains how the High Court of Justice of England and Wales ruled that, in the case at hand, the solicitors had no obligation towards the funder of their client's case, and aims to highlight the importance of defining, prior to signing a third party funding agreement, the duties and scope of independence of lawyers who represent parties whose case is being funded by third parties. This article also advocates for transparency towards arbitrators and counterparties regarding litigation funding, as established in the Code of Best Practices in Arbitration of the Spanish Arbitration Club.

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por objeto analizar una sentencia de la Corte Superior de Inglaterra y Gales (sección comercial) dictada el 27 de febrero de 2020 en el asunto [2020] EWHC 404 (Comm)² (la “**Sentencia**”) que puede ser relevante para las prácticas de litigación y arbitraje en los tiempos que están por venir y, especialmente, en la era post-COVID 19³.

El consenso generalizado es que esta pandemia traerá un empeoramiento de la situación económica global y, al mismo tiempo, un aumento de la litigiosidad en todos los frentes, dado que los operadores económicos están encontrando (o encontrarán) no pocas dificultades para cumplir sus compromisos contractuales. A ello cabe añadir la inevitable inseguridad jurídica y los múltiples cambios normativos que hemos experimentado a raíz de la eclosión del virus.

En consecuencia, nos encontraremos con una situación en la que un gran número de compañías y personas físicas querrán interponer acciones legales a consecuencia de esos incumplimientos. En ese escenario, son varias las cuestiones a tener en cuenta:

¹ Abogados de Uría Menéndez. Grupo de Arbitraje y Litigación Internacional.

² High Court of Justice, Business and Property Courts of England And Wales, London Circuit Commercial Court. Hall v. Saunders Law Ltd & Ors [2020] EWHC 404 (Comm). Demandante: John Hall (*suo iure* y en representación de 1st Class Legal Limited). Demandados: Saunders Law Limited, Subir Kumar Karmakarak y Saunders & Partners LLP. Juez: Mr. Richard Salter QC (como juez sustituto).

³ MIZNER, Andrew. *Commercial Dispute Resolution* (ICLG.com): “Burford Capital revealed lower income and profits during 2019, but the third-party funder is confident that further opportunities will arise from the Covid-19 pandemic”.

Primero, es muy probable que tanto la parte que inicie el litigio o arbitraje como la parte que sea demandada en el futuro procedimiento, se encuentren en una situación financiera comprometida⁴. Esa situación puede dificultar total o parcialmente que las partes asuman de forma íntegra los costes de representación legal. Subsidiariamente, las partes pueden considerar atractivo financiar esos costes legales con cargo al resultado del pleito (en lugar de asumirlos *ex ante*) con el fin de no debilitar (más) su liquidez y reducir riesgos.

Segundo, las partes que deban iniciar cualquier tipo de procedimiento pueden percibir una cierta inseguridad jurídica a causa de los múltiples cambios normativos que han tenido lugar como consecuencia de la irrupción de la pandemia y la falta de un número suficiente de sentencias⁵ o laudos dictados en relación con el impacto del COVID-19 en la ejecución y cumplimiento de

⁴ En el mundo anglosajón suele emplearse el término “*impecunious/impecuniosity*” para referirse a aquella parte que no tiene suficiente capacidad para afrontar los gastos de representación legal a pesar de tener un caso sólido que plantear ante la jurisdicción o en sede arbitral. Recientemente, la Corte Suprema de Canadá ha avalado la utilización del *third party funding* por parte de una empresa insolvente en contra del criterio de sus acreedores. En ese caso, la Corte canadiense tuvo en cuenta que el único activo relevante de la concursada era una importante reclamación contra otra compañía, de modo que, en caso de éxito en el pleito financiado, los acreedores se beneficiarían claramente del acuerdo de financiación de litigios (9354-9186 *Québec inc. v. Callidus Capital Corp.*, 2020 SCC 10).

⁵ No obstante, recientemente se han dictado resoluciones de interés en dos procedimientos de medidas cautelares: “Adidas” (auto de 29 de abril de 2020 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Zaragoza) y “Celsa” (auto nº 155/2020, de 30 de abril de 2020 del Juzgado de Primera Instancia nº 60 de Madrid).

En el asunto Adidas, el Juzgado de Primera Instancia 3 de Zaragoza planteó las siguientes consideraciones en relación con el impacto del COVID-19 en las relaciones contractuales:

“es más que probable que la situación económica derivada de las medidas de cierre de establecimientos abiertos al público hayan tenido incidencia notoria en el desarrollo de la relación contractual existente entre las partes”;
y

“en principio existe un principio probatorio favorable al solicitante con base en los principios de buena fe contractual y de la cláusula rebus sic stantibus, la cual abarca la alteración de las circunstancias que puede provocar la modificación de un contrato si es de tal magnitud que incrementa de modo significativo el riesgo de frustración de la finalidad de ese contrato.”

Y en el asunto Celsa, el Juzgado de Primera Instancia nº 60 se pronunció en el siguiente sentido (¶ 30):

“En este caso es claro que, de manera indiciaria y sin prejuzgar el fondo del asunto se dan todos los requisitos para aplicar la citada regla. Es notorio que la crisis derivada de la actual pandemia no era previsible. También que se trata de una situación que como hemos visto ha afectado de manera intensa a la situación económica de la parte actora. La parte actora firmó unos compromisos de mantener unos determinados ratios teniendo en cuenta un plan de viabilidad, tal y como hemos visto. Plan que partía de una situación que podríamos calificar normal o estándar. La situación actual supone una alteración grave que afecta de manera importante a la capacidad de la parte de poder realizar un estricto cumplimiento de los ratios pactados.”

todo tipo de contratos, que puedan aportar criterios seguros sobre el tratamiento de los conflictos surgidos a causa de la pandemia.

Tercero, a esa inseguridad jurídica para el demandante se añadirá una menor expectativa de cobro de las cantidades que se le puedan conceder en la sentencia o laudo (a consecuencia de la probable situación financiera delicada del demandado).

En este contexto, se hace evidente que los demandantes (o los reconvinientes) tendrán interés en explorar vías alternativas para trasladar a un tercero esos riesgos (inseguridad jurídica y menor expectativa de cobro) y/o para financiar directamente los costes del procedimiento con el fin de no debilitar su tesorería. Estos objetivos pueden lograrse mediante al recurso a la financiación de litigios por terceros o *third party funding*.

En el esquema típico de financiación por terceros, una persona física o jurídica que tiene intención de iniciar un procedimiento judicial o arbitraje suscribe un acuerdo con un tercero (normalmente llamado “fondo” o “financiador”) para que éste asuma los costes legales del pleito a cambio de un rendimiento económico.

Una fórmula alternativa de financiación por terceros (que puede resultar igualmente atractiva) consiste en acordar la cesión del laudo o sentencia al financiador. Ello permite evitar al demandante un procedimiento ejecutivo que puede resultar costoso y dilatado en el tiempo, dado que será el financiador el que persiga los bienes del deudor con el fin de recobrar la totalidad de las cantidades conferidas al demandante originario en el laudo o sentencia (con el consiguiente beneficio para el fondo si los importes recuperados rebasan lo pagado al demandante originario por la cesión del laudo o sentencia).

Es probable, por tanto, que en los próximos tiempos se suscriban un número importante de acuerdos de financiación de litigios. En ese contexto, la involucración de asesores legales desde el punto de vista de los distintos intervinientes se revela fundamental.

La intervención de abogados (y, en su caso, también de peritos) es necesaria para determinar con la mayor precisión posible el riesgo asumido por el fondo al financiar el pleito (en atención a las probabilidades de éxito del caso y, en segundo lugar, de recobro de las cantidades reclamadas) y también para preparar la documentación contractual que regule la relación entre todos los intervinientes en el esquema de *third party funding*.

En relación con el asesoramiento legal sobre las probabilidades de éxito de la acción, en la Sentencia que analizaremos aquí se aborda una cuestión que sin duda planea sobre la negociación (y ejecución) de cualquier *third party funding agreement*: el grado de concreción en el asesoramiento y transparencia del abogado que analiza la viabilidad del pleito de cara al financiador (o, subsidiariamente, la transparencia del sujeto financiado previamente asesorado por su abogado para con el fondo).

En este tipo de relaciones tripartitas, en las que coexisten el fondo, el financiado -demandante- y el abogado que analiza la viabilidad del pleito (y que, en muchos casos, estará al cargo de la

defensa), existirá una notable presión sobre ese asesor legal por parte del financiador y del financiado. La cuestión es que esa presión no se ejerce en un sentido coincidente, dado que financiador y financiado tienen intereses contrapuestos sobre la remuneración que merece el fondo por el riesgo que asume al financiar la acción del demandante.

En la Sentencia examinada se analizó (entre otras cuestiones) si las firmas legales que intervinieron en el pleito financiado tenían un deber contractual o un deber fiduciario de transparencia en relación con los posibles resultados del pleito (en aquel caso, la ejecución en Reino Unido de un laudo arbitral dictado en Egipto).

Si bien algunas de las particularidades del supuesto de hecho no permiten proyectar los criterios de la Sentencia sobre una generalidad de casos, sí puede extraerse una conclusión muy relevante de ella: la redacción de los acuerdos de financiación de litigios debe ser una labor de precisión jurídica que regule adecuadamente y de forma clara qué papel va a desempeñar cada interviniente y qué expectativas cruzadas pueden tener las partes entre sí al suscribir ese acuerdo de financiación. Además, los abogados deben ser extremadamente cuidadosos al participar en este tipo de acuerdos con el fin de evitar responsabilidades no previstas.

2. ANTECEDENTES DE LA DISPUTA

La Sentencia resuelve la demanda interpuesta por el Sr. John Hall (el “**Demandante**”) en nombre propio y en nombre de 1st Class Legal (IS) Ltd (el “**Financiador**”) frente a Saunders Law Limited, Saunders & Partners LLP (conjuntamente “**Saunders**”) y el Sr. Subir Kumar Karmakar (el “**Sr. Karmakar**”) (todos ellos, conjuntamente, los “**Letrados Demandados**”) en relación con la financiación por el Demandante de una reclamación (ejecución de un laudo arbitral extranjero, “la **Reclamación**”) dirigida por los Letrados Demandados, como abogados de la mercantil Malicorp Limited (“**Malicorp**”) frente a Egipto -demandado en el procedimiento de ejecución-.

La Reclamación derivó de un contrato de concesión firmado en el año 2000 entre Malicorp y Egipto para la construcción y operación de un aeropuerto en Ras Sudr, que Egipto había tratado de resolver en agosto de 2001 (el “**Contrato de Concesión**”).

A raíz de lo anterior, Malicorp inició un procedimiento arbitral contra Egipto ante el Centro Regional de El Cairo para el Arbitraje Comercial Internacional, constituyéndose un tribunal arbitral de tres miembros. Posteriormente, el Tribunal Administrativo Judicial del Consejo de Estado de Egipto anuló la cláusula arbitral contenida en el Contrato de Concesión. A consecuencia de ello, el árbitro nombrado por Egipto renunció a su cargo. Sin embargo, los dos árbitros restantes dictaron un laudo en favor de Malicorp (el “**Laudo Egipcio**”) concediéndole una indemnización de más de 14 millones de dólares. Egipto procedió a solicitar la anulación del Laudo Egipcio ante la Corte de Apelaciones de El Cairo.

Por su parte, Malicorp encargó la ejecución del Laudo Egipcio en Inglaterra a Balsara & Co Ltd (“**Balsara**”), una firma de abogados con sede en Londres en la que el Sr. Karmakar

(encargado de la Reclamación como *solicitor*) era socio. Balsara y Malicorp sometieron entonces una propuesta de financiación de litigios (con seguro de costas) a 1st Class Legal (IS) Ltd (fondo financiador) para la financiación de la Reclamación (la “**Propuesta de Financiación**”). En la Propuesta de Financiación, Malicorp y Balsara indicaron que las perspectivas de éxito de la reclamación eran de un 70%.

Tras la firma de la Propuesta de Financiación también intervino en la operación una entidad aseguradora (Gable Insurance AG, basada en Liechtenstein, la “**Aseguradora**” o “**Gable**”) con la finalidad de cubrir a Malicorp por los gastos legales que no lograra recuperar en el procedimiento inglés y por aquellas cantidades que se viera obligada a pagar a Egipto en concepto de costas.

Es decir, de la Propuesta de Financiación inicial surgieron dos contratos más: por un lado, un contrato de financiación a tres bandas entre Malicorp, Balsara y el Financiador (el “**Acuerdo de Financiación Balsara**”) y, por otro lado, una póliza de seguro (la “**Póliza**”) entre Gable -aseguradora- y Malicorp -asegurada-. Cabe destacar que la Póliza establecía lo siguiente:

- i. Malicorp y Balsara se comprometían a informar a la Aseguradora sobre los acontecimientos “materiales” que se produjesen en el transcurso de la Reclamación⁶.
- ii. Malicorp, como asegurada, debía garantizar el acceso directo del asegurador (Gable) a los Letrados Demandados, renunciando a cualquier derecho al secreto abogado-cliente.
- iii. Se acordaba que, en caso de que Malicorp hubiera efectuado manifestaciones inexactas en la Póliza, no hubiera revelado la totalidad de la información relativa a la Reclamación a la Aseguradora, o no informase en el futuro a la Aseguradora de la evolución de la Reclamación y sus perspectivas de éxito, la Aseguradora podría dejar sin efecto la Póliza.

Poco después, el Sr. Karmakar dejó su puesto en Balsara para unirse a Saunders, a quien Malicorp encargó entonces la llevanza de la Reclamación, de nuevo bajo la responsabilidad del Sr. Karmakar. A consecuencia de ello, el Financiador, Saunders y Malicorp suscribieron el “**Acuerdo de Financiación Saunders**”.

Bajo ese nuevo acuerdo, Malicorp se comprometía a informar por sí misma o a dar instrucciones a Saunders para que informase al Financiador sobre la marcha de la Reclamación (en concreto, sobre “novedades significativas”), incluyendo cualquier “información”, “prueba” o “asesoramiento” que pudiera modificar las expectativas de éxito de la Reclamación⁷. En caso

⁶ “(b) *The Insured and the Legal Representative shall keep the Insurer informed in writing as promptly as reasonably practicable of all material developments in the Proceedings.*”

⁷ “9.2.1.4 *Through instructions to [Saunders] and/or on its own account, keep the Funder promptly informed of any significant developments in the Legal Proceedings (including any settlement discussions, any offers received and any information, evidence or advice coming to the attention of [Malicorp] or [Saunders] which may be material either to the prospects of success of the claim or of enforcing any judgment or reward);*”

de que la Reclamación fracasara, bajo el Acuerdo de Financiación Saunders el Financiado sería compensado por parte de Malicorp con cargo a la indemnización pagadera por la Aseguradora.

A finales de 2012, la Corte de Apelaciones de El Cairo (ante la que Egipto había solicitado la anulación del Laudo) dictó una sentencia por la que anulaba el Laudo y en la que argumentaba que éste no era válido porque había sido dictado solamente por dos de los árbitros inicialmente nombrados en el procedimiento arbitral egipcio.

En ese momento, de acuerdo con la versión de los hechos defendida por el Demandante, habría ocurrido lo siguiente:

- i. el Sr. Karmakar habría indicado al Financiado y a la Aseguradora que las probabilidades de ejecución del Laudo no habían cambiado (y ello porque el abogado de Malicorp en Egipto le había transmitido su optimismo con respecto a la posibilidad de apelar la sentencia de la Corte de Apelaciones de El Cairo ante el Tribunal de Casación de Egipto); y
- ii. la firma de *barristers* Brick Court Chambers (contratada por el Sr. Karmakar para la representación de Malicorp ante los tribunales ingleses) habría trasladado al Sr. Karmakar que las perspectivas de éxito de la ejecución del Laudo en Inglaterra no eran buenas, y el Sr. Karmakar no habría trasladado esta opinión al Financiado.

Ya en verano de 2013, Saunders, Malicorp presentaron una segunda propuesta de financiación al Financiado (la “**Segunda Propuesta de Financiación**”). En esta nueva propuesta, Saunders y Malicorp indicaron que las perspectivas de éxito de la Reclamación eran de un 65% y que era muy probable que el Tribunal de Casación de Egipto invalidara la anulación del Laudo.

Con posterioridad a la firma de la Segunda Propuesta de Financiación, y de nuevo de conformidad con la versión de los hechos de la Demandante, los *barristers* de Brick Court Chambers habrían comunicado a Sr. Karmakar que, a su juicio: (i) la continuación del procedimiento de ejecución del Laudo en Inglaterra dependía en gran medida de la capacidad de Malicorp para probar que el Derecho de Egipto avalaba su pretensión; (ii) era muy probable que se suspendiera la ejecución del Laudo en Inglaterra hasta la resolución del recurso de casación interpuesto en Egipto -que podría tardar 8 y 10 años-; y (iii) las probabilidades de éxito de la ejecución del Laudo en Inglaterra no era mayor del 50%.

En febrero de 2015 el juez inglés que conoció de la Reclamación denegó⁸ la ejecución del Laudo Egipcio con base en determinados causales de denegación previstos en la Ley Inglesa de Arbitraje de 1996⁹ en relación con la ejecución de laudos extranjeros bajo la Convención de Nueva York de 1958.

⁸ Sentencia en el asunto *Malicorp Limited and Government of the Arab Republic of Egypt, Egyptian Holding Company for Aviation, Egyptian Airports Company*, [2015] EWHC 361 (Comm). 19 de febrero de 2015.

⁹ Art. 103 (2) de la Ley Inglesa de Arbitraje de 1996.

Tras la denegación de la ejecución del Laudo Egipcio, Malicorp solicitó una indemnización a la Aseguradora al amparo de la Póliza. Los abogados de la Aseguradora denegaron esta indemnización a Malicorp por considerar que Malicorp y Saunders habían incumplido su obligación de mantener a Gable informada de los avances en la Reclamación.

Malicorp respondió a estas acusaciones sosteniendo que la Póliza no la obligaba, ni a ella ni a sus abogados, a comunicar a la Aseguradora los hechos o descubrimientos que afectasen a las probabilidades de éxito de la Reclamación (según Malicorp, la Póliza sólo la obligaba a informar del avance del procedimiento).

El Financiado se declaró en concurso en el año 2017, que terminó en liquidación en ese mismo año. Posteriormente, en el año 2019, las reclamaciones que el Financiado pudiera tener contra Malicorp o Saunders bajo el Acuerdo de Financiación Saunders fueron cedidas al Sr. Hall, que en el mismo año 2019 interpuso la reclamación judicial contra los Letrados Demandados que culminó en la Sentencia cuyos principales fundamentos pasamos a analizar.

3. DECISIÓN DE LA HIGH COURT OF JUSTICE

Antes de analizar la Sentencia, debe tenerse en cuenta que el Demandante Sr. Hall (en nombre del Financiado) probablemente dirigió su reclamación frente a los Letrados Demandados sobre la base de una mayor expectativa de cobro (a cubrir por un seguro de responsabilidad civil)¹⁰. Como es evidente, el objetivo del Sr. Hall no era otro que resarcir las pérdidas económicas cosechadas por el Financiado a consecuencia del fracaso de la Reclamación y de la negativa de la Aseguradora de compensar a Malicorp por incumplimiento de la Póliza.

En su reclamación, el Sr. Hall sostuvo como cuestión principal que el Acuerdo de Financiación Saunders debía analizarse en conjunción con la Póliza, de tal forma que estos documentos constituyeran un bloque contractual conjunto¹¹.

Esta cuestión era de gran relevancia en la medida en que la Póliza sí imponía determinadas obligaciones de información a los abogados de Malicorp (los Letrados Demandados) mientras que no era del todo claro que el Acuerdo de Financiación Saunders (precedido del Acuerdo de Financiación Balsara) impusiera una obligación directa a los Letrados Demandados de desvelar al Financiado cualquier información significativa que pudiera alterar las expectativas de éxito de la Reclamación (ejecución del Laudo Egipcio).

La posición del Demandante ante la Corte Superior de Inglaterra y Gales partió de la base de que los Acuerdos de Financiación, en conjunción con la Póliza, preveían una instrucción u orden genérica de Malicorp a los Letrados Demandados para éstos procedieran a informar al Financiado acerca de cualquier hecho significativo que pudiera tener un impacto en la

¹⁰ En este sentido, WHEAL, Robert, ILLINGWORTH, Elle y SHIELDS, Emma. *What duties does a lawyer owe a litigation funder - put simply, what do the words say?* White & Case Client Alert - Commercial Litigation. 31 de marzo de 2020.

¹¹ Sentencia, ¶ 29.

Reclamación¹² o, alternatively, que el Acuerdo de Financiación Saunders obligaba de manera directa a los Letrados Demandados a informar al Financiado acerca de esos hechos significativos¹³.

Adicionalmente, el Demandante sostuvo que, al margen de los Acuerdos de Financiación y la Póliza, los Letrados Demandados eran responsables desde el plano extracontractual por omisión de su deber de diligencia (*duty of care*) para con el Financiado o, inclusive, de su deber fiduciario. El Demandante también dirigió una reclamación individual al Sr. Karkamar por haber actuado fraudulentamente (*tort of deceit*).

Dado que nos centraremos aquí en la cuestión contractual, baste señalar que las reclamaciones extracontractuales del Demandante (supuesto deber de los Letrados Demandados de actuar también en beneficio del Financiado y fraude perpetrado por el Sr. Karkamar) no podían prosperar en la medida en que no se demostrara la existencia de una previa obligación contractual consistente en que éstos (incluyendo al Sr. Karkamar a título individual) facilitaran toda la información de la que disponían al Financiado¹⁴.

Dicho esto, y volviendo al análisis contractual realizado en la Sentencia, debemos destacar que el Juez Salter QC no discutió el hecho pretendido por el Demandante de que, efectivamente, no puede desconocerse que los Letrados Demandados estaban al corriente del contenido de la Póliza. En este sentido, la intervención temprana del Sr. Karkamar en la firma de la Propuesta de Financiación (y por lo tanto, en el diseño y ejecución de todo el esquema de *third party funding* —incluyendo la suscripción de un seguro para cubrir las costas—) evidenciaba ese conocimiento de la Póliza por parte de los Letrados Demandados.

De igual forma, la Sentencia acepta que la Póliza forma parte del trasfondo fáctico conocido para ambas partes con base en el cual cabía realizar la interpretación del Acuerdo de Financiación Saunders. En este sentido, se reconoce también como cuestión implícita que la intención del Financiado era que la Póliza y el Acuerdo de Financiación formaran un todo

¹² Vid. nota al pie 8 —cláusula 9.2.1.4 del Acuerdo de Financiación Saunders—. Es importante destacar, como hizo la representación de los Letrados Demandados, que la cláusula 9.2 del Acuerdo de Financiación Saunders llevaba por título “*Obligations of the Litigant [Malicorp]*”.

¹³ “9.3 *The parties agree not to do or permit to be done anything likely to deprive each other of any benefit for which the other has entered into this Agreement.*”

¹⁴ En relación con el *duty of care* o diligencia, Sentencia, ¶ 52: “*The fact that Saunders and the Funder were in a contractual relationship in the present case means that I do not have to consider the difficult question of whether any (and, if so, what) duties might have been owed by Saunders to the Funder at common law in the absence of any such contract*”. Y, en relación con el deber fiduciario: Sentencia, ¶ 55: “*It is clear that it is possible for fiduciary duties to arise even in a commercial setting. It is, however, also clear that it is not enough that one party simply “trusts” or is relying on the other party to perform an obligation to turn a contractual obligation into a fiduciary one*”. Finalmente, en relación con la acusación de dolo o fraude en la persona del Sr. Karkamar, Sentencia, ¶ 65.

contractual unitario en relación con la financiación del procedimiento de ejecución del Laudo egipcio en Londres.¹⁵

Incluso se acepta¹⁶ por parte del Juez Salter QC que, si bien la Póliza fue suscrita únicamente por Malicorp y la Aseguradora, no podía desconocerse que, bajo la cláusula cuarta de la póliza, Balsara (antigua firma del Sr. Karkamar) asumió determinadas obligaciones hacia la Aseguradora¹⁷. En consecuencia, podía admitirse que Gable hubiera tenido acción directa frente a Balsara bajo la Póliza. Y aquí se plantea una cuestión interesante: precisamente la intervención de Balsara (y del Sr. Karkamar) en la Propuesta de Financiación inicial y en la suscripción de la Póliza (aunque Balsara estrictamente no fuera parte de ella), permitía concluir que Balsara sí tenía obligaciones contractuales con la Aseguradora.

Esta cuestión es interesante pues en no pocas ocasiones son los letrados los que diseñan e intermedian en la suscripción de *third party funding agreements* (y también en las pólizas de seguros adyacentes a esos contratos). Por tanto, no debe pasarse por alto que el abogado juega un rol fundamental de cara a todos los intervinientes en el esquema, hasta el punto de poder generarle responsabilidades con las que en un principio podía no contar.

La Sentencia también acepta que esas obligaciones contractuales implícitas entre Balsara y la Aseguradora fueron asumidas por Saunders al asumir la representación letrada de Malicorp (otra cuestión a tener en cuenta).

Ahora bien, lo cierto es que la Aseguradora no era la parte actora en el procedimiento, de modo que para resolver el asunto se debía estar a las posibles acciones directas del Financiador frente a los Letrados Demandados (pues así se formuló la reclamación analizada en la Sentencia). Y ello con independencia del hecho de que la Póliza fuera conocida por los Letrados Demandados.

En este sentido, resulta ilustrativo el párrafo 38 de la Sentencia:

“However, the present action involves no claim by Gable. It is brought by Mr Hall as assignee of the rights of the Funder. The issues which I have to determine are therefore concerned exclusively with the nature and extent of the contractual duties (if any) owed by Saunders to the Funder. The duties owed by Saunders to Gable may form part of the relevant background to those issues. But it does not follow from the fact that Saunders may have owed a duty to Gable that it owes a like duty to the Funder under the terms of the Saunders Funding Agreement.”

Para el Juez Salter QC, el hecho de que los Letrados Demandados (y, en concreto, la firma Saunders) pudieran ser responsables de algún modo de cara a la Aseguradora no implicaba

¹⁵ Sentencia, ¶ 36.

¹⁶ Sentencia, ¶ 37.

¹⁷ “4. *Progress of the Proceedings* (a) *In acting for the Insured under this Policy the Legal Representative acknowledges and accepts his responsibilities hereunder* (b) *The Insured and the Legal Representative shall keep the Insurer informed in writing as promptly as reasonably practicable of all material developments in the Proceedings.*”

necesariamente que éstos debieran responder de idéntica forma ante el Financiador, cuya relación contractual específica sólo encontraba reflejo en el Acuerdo de Financiación Saunders.

Concretando todavía más estas cuestiones, la Sentencia señala que la cláusula 9.2.1.4 del Acuerdo de Financiación Saunders establecía que la información relevante para el Financiador podía ser administrada por los Letrados Demandados a través de “instrucciones” del financiado (esto es, Malicorp)¹⁸. De esta redacción no cabía inferir, como pretendió el Demandante, que existiera una instrucción amplia y *sine die* a los Letrados Demandados en virtud de la cual éstos debieran proporcionar información al Financiador por la mera suscripción del *third party funding agreement*, pues era necesario verificar si efectivamente esa instrucción concreta se había dado o no¹⁹.

A ello añade el Juez Salter QC que, aun asumiendo que esa cláusula contuviera una instrucción amplia y tácita de Malicorp a los Letrados Demandados de proporcionar información por la mera firma del Acuerdo de Financiación Saunders, la posible responsabilidad de los Letrados Demandados únicamente sería reclamable por parte de Malicorp en la medida en que esa instrucción no fuera obedecida por sus abogados, pero ello tampoco implicaría una acción directa del Financiador contra los Letrados Demandados (que únicamente habrían incumplido una instrucción de su cliente con la consiguiente responsabilidad para ellos con respecto a Malicorp).

Y, en relación con la supuesta obligación directa de los Letrados Demandados de informar al Financiador (al margen de las instrucciones de su cliente, Malicorp), la Sentencia también se decantó por la inexistencia de tal obligación. El Demandante basó este planteamiento en la cláusula 9.3 del Acuerdo de Financiación Saunders, que disponía lo siguiente: “9.3 *The parties agree not to do or permit to be done anything likely to deprive each other of any benefit for which the other has entered into this Agreement.*”

A juicio del Juez Salter QC, la interpretación literal de esta estipulación (por otro lado ciertamente genérica) permitía concluir que las partes se obligaron mutuamente a impedir una acción (y no una omisión como pretendía el Demandante) de cualquiera de ellas que pudiera conllevar la frustración del fin del contrato²⁰:

“44. In my judgment, the first step in that argument mis-states the true legal position, and the second step does not follow from the first. I accept Mr Shapiro's argument that clause 9.3 is concerned, not with prohibiting omissions, but with prohibiting positive acts. Omitting to do something - in this case failing to pass on pessimistic advice - will therefore not fall within the

¹⁸ Sentencia, ¶¶ 40 y 41.

¹⁹ Esta interpretación vino reforzada sistemáticamente por la cláusula 15.4 del Acuerdo de Financiación Saunders: “*If, after the date of this Agreement, [Malicorp] (including its officers, employees or agents) becomes aware of any Relevant Information, [Malicorp] shall instruct [Saunders] immediately to inform the Funder of such information*”.

²⁰ Sentencia, ¶¶ 42 a 45.

scope of 9.3. Since Malicorp's omission (although possibly a breach of clause 9.2.1.4) is not itself something that comes within the scope of clause 9.3, there can be no obligation on Saunders under clause 9.3 not to permit that omission.”

La Sentencia determina que no podía pedirse a Saunders (firma parte de los Letrados Demandados) que obligara a Malicorp a transmitir al Financiadador las opiniones desfavorables a la Reclamación que había recibido de los *barristers*. Entre otras razones, porque Saunders sólo podía facilitar al Financiadador esa información tras una instrucción (ya fuera implícita o explícita) de la propia Malicorp.

El razonamiento del Juez Salter QC va en la línea de que la omisión de sus deberes por parte de Malicorp no implicaba necesariamente que Saunders debiera llevar cabo actuaciones para “impedir” esa omisión, pues ello implicaba asumir como propia una obligación de Malicorp, cosa que Saunders no podía hacer en la medida en que evidentemente carecía de poder para darse una instrucción a sí misma en nombre de Malicorp²¹.

Por todo ello, la Sentencia concluye²² que, desde un punto de vista contractual, los Letrados Demandados no podían ser declarados responsables por las omisiones de Malicorp en relación con la información pesimista que ésta debió haber facilitado al Financiadador, por la sencilla razón de que el contrato que gobernaba el esquema tripartito al que nos referíamos en la Introducción no preveía de manera clara y directa que el abogado que asesoró al financiado debiera compartir con el fondo esas informaciones.

4. CONCLUSIÓN

La conclusión que podemos alcanzar de un caso tan complejo como este no se antoja nítida a primera vista debido, precisamente, a la complejidad del asunto. A ello hay que añadir que, naturalmente, cada acuerdo de financiación de litigios por terceros puede ser distinto y que las conclusiones alcanzadas en la Sentencia bajo derecho inglés no tienen por qué ser extrapolables a otros casos más cercanos.

Sin embargo, creemos que la Sentencia constituye un claro aviso a navegantes que debe tenerse en cuenta en el contexto de un previsible aumento significativo de este tipo de acuerdos en el futuro. Los financiadores o fondos de litigios deberán contar con su propia representación legal en el momento de suscribir este tipo de acuerdos y, por lo general, no optar porque un mismo asesor coordine toda la operación pues, al final del día, los intereses de los distintos involucrados no son enteramente coincidentes.

²¹ La Sentencia reproduce una interesante cita al respecto en su nota al pie 25. Se trata del caso *Tophams Ltd v Earl of Sefton* (No 2) [1967] AC 50 párrafo 83, Lord Wilberforce: “*One can, of course, say something as to what is involved in to " permit ": clearly knowledge of what is to be permitted is an essential though not necessarily a sufficient ingredient. Clearly, too, the word presupposes the possibility of control over the actions of the other person concerned*”

²² Sentencia, ¶ 46.

De igual forma, los abogados que participen en el esquema desde el punto de vista del financiado deben tratar de perfilar adecuadamente y con precisión cuáles serán sus obligaciones de cara al fondo y también con qué grado de autonomía podrán actuar en nombre del financiado en sus relaciones con ese fondo.

No nos cabe duda de que con la práctica estas cuestiones cada vez se definirán con mayor nivel de detalle para lograr una razonable satisfacción de todos los intervinientes. Todo ello, sin duda, en aras de la transparencia entre todos los intervinientes y también con terceros que pueden verse afectados por la existencia de este tipo de acuerdos en el marco de un litigio o arbitraje.

Pensemos por ejemplo en aquellos casos en los que el demandante se encuentra financiado por un fondo. En tales casos el demandado puede justificadamente solicitar que se le informe de la existencia de esa relación (y de determinados pormenores de ésta) que le permitan cerciorarse de que el demandado pueda hacer frente a una condena en costas, para exigirle, en su caso, la constitución de una garantía o *security for costs*²³ (dado que el financiador se encuentra fuera de la jurisdicción del tribunal arbitral).

Aun cuando esa deseable transparencia pueda introducir fricciones entre financiador y financiado entendemos que es el camino a seguir. Testigo de ello son las recomendaciones al respecto que contiene el Código de Buenas Prácticas del Club Español del Arbitraje²⁴ y su Reglamento Arbitral Modelo²⁵, así como el recientemente estrenado Reglamento de Arbitraje²⁶ de enero de 2020 del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM).

²³ Algunas decisiones relevantes al respecto son *Manuel García Armas y otros c. Venezuela* (Caso CPA n.º 2016-08), Orden Procesal n.º 9, de 20 junio de 2018 y *RSM Prod. Corp. c. Santa Lucia* (Caso CIADI n.º ARB/12/10), Decisión de 13 de agosto de 2014. Más recientemente, un tribunal CIADI ha reconsiderado y revertido su decisión de conceder una *security for costs* sobre la base del derecho al acceso a la justicia del demandante (*Dr Dirk Herzig as Insolvency Administrator over the Assets of Unionmatex Industrieanlagen GmbH c. Turkmenistan* Caso CIADI n.º ARB/18/35, Orden Procesal n.º 5, de 9 de junio de 2020).

²⁴ Rec. 154-156 C.BB.PP/CEA 2019. La recomendación 156 prevé que la parte requerida para aportar el acuerdo de financiación pueda expurgar los datos confidenciales y las condiciones económicas del acuerdo de financiación.

²⁵ Artículos 5.2 i), 6.2 i), 25, 26.2 n).

²⁶ Artículos 5.2 i), 23 (cuyo punto 2 prevé la salvaguarda del “secreto profesional” al revelar la información sobre la financiación recibida por cualquiera de las partes) y 24.2 n).