



Lucas Macedo

Lucas Macedo es un abogado calificado tanto en Brasil como Portugal. Luego de varios años trabajando como abogado in-house para multinacionales, ahora se desempeña como Senior Case Manager en Nivalion en Suiza. Las distintas experiencias multiculturales han formado a Lucas como profesional legal de excelencia, también avalado por su educación en ley procesal y su máster en leyes otorgado por Science Po.



Detlef Huber

Detlef Huber es Senior Advisor Latin America en Nivalion, se caracteriza por ser un profesional legal especializado en reaseguro, arbitraje y financiamiento de litigios. Habiendo estudiado un máster sobre leyes Europeas en la Universidad Autónoma de Madrid, España y un PhD en leyes en la Universidad de Hamburgo, Detlef es un abogado multilingüe que maneja el alemán, español, inglés y el portugués.

“En general, los financiadores tienden a respaldar casos en áreas en las que ven cierto nivel de previsibilidad con respecto a la ley aplicable, y en las que la demanda está respaldada por pruebas sólidas”.

¿Qué es el financiamiento por terceros o *third party funding* para un litigio o arbitraje?

En pocas palabras, el *third party funding* es un producto financiero en el que una entidad ajena a un litigio o arbitraje, el financiador, se compromete a pagar parcial o totalmente los gastos y honorarios legales a cambio de una remuneración que depende del resultado del litigio.

Normalmente, la parte financiada sólo debe pagar al financiador si el caso prospera. En tal

caso, la compensación del financiador suele calcularse como un múltiplo de su inversión, y a veces como un porcentaje de los ingresos recibidos, o una combinación de ambos.

Junto con facilitar acceso a la justicia, el *third party funding* ofrece una interesante herramienta de financiación y de transferencia de riesgos para las empresas, permitiéndoles asignar mejor los recursos a sus actividades principales en lugar de gastos y provisiones legales.

Actualmente, el aumento de participantes dentro de la industria del financiamiento de litigios por terceros muestra que hay lugar para financiar reclamaciones de múltiples áreas de práctica y de todo tipo de valor - desde asuntos pequeños hasta demandas multimillonarias. ¿A qué atribuyen esto?

En efecto, estamos viviendo una etapa de aumento de los actores en el negocio del financiamiento de litigios, lo cual es excelente porque los distintos financiadores tienen criterios y estrategias de inversión diferentes y, por lo tanto, pueden atender a una gran variedad de clientes y litigios. Esto también es una excelente noticia para las partes que buscan financiamiento, ya que pueden beneficiarse de la competencia en el mercado y de la posibilidad de elegir la oferta que mejor se adapte a sus necesidades.

Aunque los actores internacionales suelen preferir invertir en demandas de mayor cuantía, también hemos visto crecimiento de un mercado intermedio, especialmente con actores locales que ofrecen financiamiento para litigios de menor valor.

Esta expansión del sector puede atribuirse en parte a la creciente comprensión por parte de clientes y abogados sobre las ventajas del financiamiento por terceros: se trata de una solución beneficiosa para todos en la que los financiadores, los abogados, y sus clientes, tienen intereses alineados para perseguir y obtener los mejores resultados de sus litigios. Este aumento de la demanda de financiamiento de litigios también se ha visto acompañado de un aumento de la disponibilidad de capital para estos casos, con una mayor sensibilización por parte de los inversores de las oportunidades de diversificar sus posiciones en este mercado en maduración.

¿De dónde obtiene un financiador los fondos para financiar un litigio?

A medida que el financiamiento de litigios por terceros se consolida como una clase de activos, se ha obtenido capital de diversas fuentes, desde oficinas familiares, inversores privados y gestores de activos, hasta fondos de pensiones, desde *crowdfunding* hasta *endowment funds*. Algunos financiadores son empresas que cotizan en bolsa, por lo que incluso los particulares pueden invertir y participar en el financiamiento de litigios. Lo que suele atraer a estas inversiones es la diversificación del portafolio que representa la financiación de litigios, dado su rendimiento en gran medida no correlacionado con otros mercados financieros y la economía en general.

¿Cómo es el proceso de financiamiento durante un litigio o arbitraje?

El proceso normalmente empieza con la parte que busca financiamiento y/o sus abogados dirigiéndose al potencial financiador para comprobar la posibilidad de financiar su caso, proporcionando primeramente información general, como la naturaleza del litigio, las partes implicadas y las cantidades en litigio.



“Los financiadores normalmente prefieren asuntos con jurisprudencia asentada en lugar de respaldar casos que pretendan establecer nuevos precedentes”.

Siempre que no haya conflictos de intereses y bajo la firma de un *Non Disclosure Agreement* (“NDA”), el cliente y/o sus abogados presentan a continuación una primera visión general del caso. El financiador está entonces en condiciones de decidir si está interesado en proseguir con el financiamiento y, en caso afirmativo, solicitará información y documentos adicionales. Entre las cuestiones importantes que deben abordarse figuran los fundamentos jurídicos y fácticos del caso, la estrategia de litigio, la duración prevista del éste, las perspectivas de un acuerdo, las perspectivas de la ejecución de un eventual laudo o sentencia favorable, y el presupuesto del caso (*budget*), incluidos los honorarios de los abogados, las costas judiciales o del arbitraje, y cualquier otro gasto previsto relacionado con el litigio, como las posibles costas adversas (véase la pregunta 6 más adelante).

Tras revisar la información y documentación, el financiador puede presentar una oferta no vinculante. Si es aceptada por la parte que busca financiación, el financiador gestionará una debida diligencia (*due diligence*) más profunda, analizando la documentación adicional relacionada con el asunto e interactuando con los abogados del caso según sea necesario. Esta debida diligencia también puede incluir el apoyo de análisis de expertos externos a expensas del financiador.

Si la debida diligencia es satisfactoria, las partes celebran un acuerdo de financiación de litigio y el financiador comienza a proporcionar los pagos acordados al cliente y/o a sus abogados. A partir de entonces, el financiador seguirá la

evolución del litigio, pero el control del caso sigue correspondiendo a la parte financiada y a sus abogados.

¿Ves algún sector de la industria o área de práctica que sea clave para que en México termine de despegar el financiamiento de litigios por terceros?

Algunos financiadores tienen un sector o campo de práctica preferido, mientras que otros están interesados en una gama de oportunidades más amplia. En general, los financiadores tienden a respaldar casos en áreas en las que ven cierto nivel de previsibilidad con respecto a la ley aplicable, y en las que la demanda está respaldada por pruebas sólidas. Por ejemplo, un litigio comercial relativo a las cuestiones jurídicas de un contrato sería preferible a un complejo caso de construcción que dependería en gran medida de la futura recopilación de pruebas y del testimonio de expertos. Lo mismo es válido en términos de precedentes legales. Los financiadores normalmente prefieren asuntos con jurisprudencia asentada en lugar de respaldar casos que pretendan establecer nuevos precedentes.

Si nos fijamos en México en particular, el país se ha consolidado como una sede favorable al arbitraje, con abogados, árbitros y tribunales de apoyo de primer nivel. Por lo tanto, es natural ver un aumento de las solicitudes de financiamientos viables, especialmente en el ámbito del arbitraje comercial. Cuando comparamos el arbitraje con los litigios ante los tribunales estatales en México, vemos que los financiadores pueden ayudar a los clientes a superar ciertas dificultades como los costos

relativamente más elevados y cobrados por adelantado en el arbitraje. Los financiadores y clientes aprovechan conjuntamente los beneficios de una duración más corta de los procedimientos, que normalmente no están sujetos a recursos ordinarios.

Hemos observado un aumento de los arbitrajes relacionados con proyectos de energías renovables, a veces también en relación con la industria de petróleo y gas. Aquí, unos sólidos méritos jurídicos son esenciales. En el ámbito del arbitraje de inversión, es probable que los financiadores prefieran casos en los que se hayan producido incumplimientos concretos y específicos de los tratados y obligaciones internacionales aplicables, en lugar del ejercicio de los poderes reguladores del Estado, por ejemplo, al aprobar legislación para aumentar la protección del medio ambiente o de la salud pública. En ese sentido, los financiadores son cada vez más sensibles a los aspectos “ESG” de los litigios, tanto para decidir financiar como para no financiar nuevos casos. De ahí que los litigios que no pretendan cuestionar normativas respetuosas con el medio ambiente tengan más probabilidades de resultar atractivos para los financiadores.

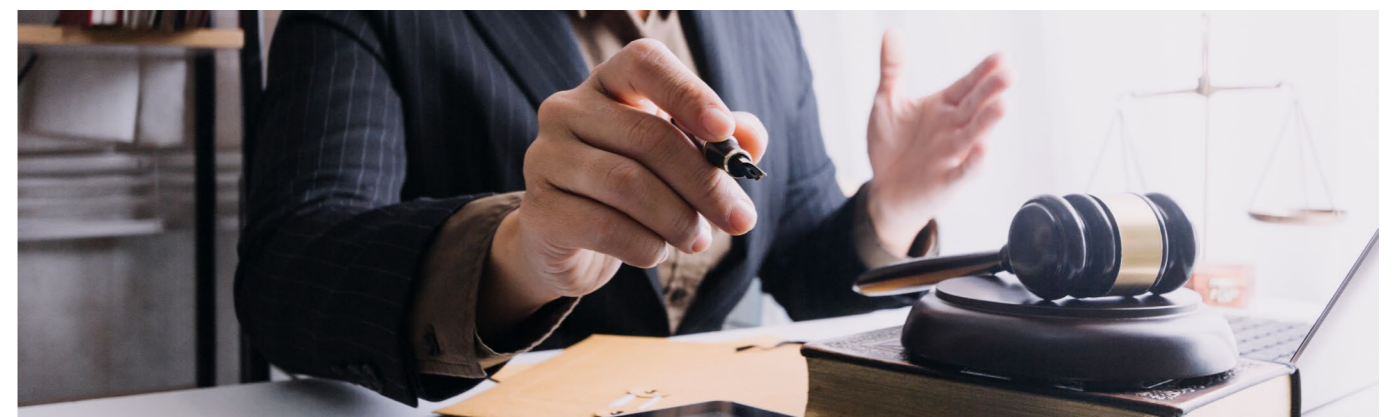
¿Qué es y donde aplica el seguro para costos (llamado *After-the-Event Insurance* en otras jurisdicciones)? ¿Qué garantías otorga?

El seguro para costos (*After-the-Event insurance*) ofrece cobertura frente a una eventual

responsabilidad de pagar los honorarios y costas legales que puedan imponerse a una parte si el caso tiene un resultado adverso. Dichas pólizas están disponibles en varias aseguradoras, sujetas a sus correspondientes procesos de suscripción. Como una alternativa a esto, algunos financiadores de litigios ofrecen esa protección contra costas adversas como parte de su financiación de un caso. La cuantía y el alcance preciso de dicha cobertura dependen de la póliza de seguro específica o del acuerdo de financiación del litigio.

¿Cuáles son los motivos por los cuales un financiador de litigios pone fin al acuerdo y deja el caso?

En esencia, los acuerdos de financiamiento suelen permitir la terminación anticipada en todos los casos en los que un abogado prudente recomendaría a su cliente interrumpir la tramitación de la demanda si la estuviera financiando él mismo. Esto podría deberse, por ejemplo, a un cambio perjudicial en la legislación, al descubrimiento de pruebas materialmente desfavorables, o a la insolvencia de la contraparte. Debido a la naturaleza del financiamiento de litigios, y suponiendo que la parte financiada no haya incumplido el acuerdo de financiación, si el financiador decide dejar de financiar, es probable que pierda toda su inversión realizada hasta el momento de la rescisión. Así pues, los financiadores tienden a ser muy cautelosos a la hora de pulsar el botón



de "stop-loss" y sólo lo harán si es probable que los ingresos esperados del litigio sean insuficientes para reembolsar su inversión.

Al no existir un marco legal que regule la industria del financiamiento de litigios por terceros, ¿Cómo se puede dar certeza y seguridad a los involucrados respecto a la viabilidad de un acuerdo de este tipo?

La mayoría de los financiadores profesionales establecidos se han comprometido a seguir las mejores prácticas y principios establecidos por organizaciones respetadas, como los recomendados por el *International Council for Commercial Arbitration* ("ICCA") o el *Singapore Institute of Arbitrators* (SiArb). Los financiadores también supervisan y comprenden el marco jurídico de las jurisdicciones en las que operan, y adaptan sus servicios y acuerdos de financiamiento de litigios en línea con el marco jurídico.

Aunque en México no existe una regulación específica del financiamiento de litigios por terceros, es importante destacar que tampoco existe una prohibición. México no tiene las limitaciones impuestas por las llamadas doctrinas de *champerty* y *maintenance* que se encuentran en varias jurisdicciones de *common law*.

La validez legal de los acuerdos de financiación en el derecho mexicano está salvaguardada por principios jurídicos básicos como la libertad contractual y la autonomía de la voluntad, siempre que, por supuesto, los acuerdos de financiamiento respeten la normativa y principios de carácter general del derecho privado mexicano.

¿Cómo puedo saber si mi asunto es viable para ser financiado por un tercero?

Por lo general, los financiadores sólo estarán interesados en financiar demandas muy sólidas. Puede haber muchas demandas que valgan la pena, es decir, que no sean temerarias y que tengan buenas posibilidades de éxito, en

las que, sin embargo, un financiador puede considerar que tienen riesgos que no las hacen atractivas para financiar.

Suponiendo que los méritos de la demanda sean sólidos, nuestra recomendación sería dirigirse primero a un financiador para tener una conversación informal. Los financiadores profesionales, y con experiencia en el examen de cientos de solicitudes, podrán informarle rápidamente si están interesados en potencialmente financiar el caso.

Dejando a un lado las diferentes preferencias comerciales entre los financiadores, habrá tres elementos críticos, además de los méritos del caso: a) la relación costo-demanda, es decir, la cantidad necesaria a financiar frente a los ingresos esperados si la demanda tiene éxito; b) la capacidad y solidez financiera de la contraparte; y c) la duración prevista del caso desde la primera inyección de capital del financiador hasta que este cobre su parte en base al éxito del caso y de acuerdo a lo pactado.



“Incluso si un financiador no se siente cómodo con la elección del abogado, los financiadores profesionales nunca sugerirán su sustitución”.

¿Existe algún límite a los costos o intereses permitidos cobrar a un financiador?

El acuerdo de financiamiento limitará la cantidad total que el financiador está obligado a pagar en apoyo del caso, y a menudo especificará las categorías y los límites de las cantidades a pagar por cada categoría de costos. Estos detalles se desarrollan en estrecha colaboración con los abogados del caso durante la fase de debida diligencia, durante la cual las partes discutirán el presupuesto estimado para el caso y considerarán los acontecimientos que puedan aumentar o disminuir diversos costos, por ejemplo, un descubrimiento de documentos más largo o la separación de las fases jurisdiccional y de fondo. El acuerdo de financiamiento también puede incluir disposiciones que aborden las consecuencias en caso de exceder el presupuesto, por ejemplo, la posibilidad de obtener financiamiento adicional y, en tal caso, los costos correspondientes.

¿Puede (o debe) intervenir un financiador de litigios en la selección de asesores legales en el asunto?

Los financiadores profesionales no interferirán en la elección del abogado por parte del cliente y procurarán preservar la relación abogado-cliente. Los equipos de suscripción de inversiones de los financiadores suelen estar compuestos por abogados familiarizados con los deberes éticos y las normativas que protegen la relación abogado-cliente. Incluso si un financiador no se siente cómodo con la elección del abogado, los financiadores profesionales nunca sugerirán su sustitución.

Por otro lado, si la parte que busca financiamiento aún no tiene abogado y solicita una recomendación, los financiadores suelen ofrecer sugerencias de abogados con experiencia en la jurisdicción y el campo respectivo del derecho o industria.

¿Tiene el financiador de litigios algún poder de veto de los aspectos procedimentales y/o llevar a cabo acuerdos extrajudiciales?

El financiador no debería tener ese poder de veto, y normalmente no lo tiene. Los financiadores profesionales exigirán a menudo que se les informe o consulte antes de que el cliente llegue a un acuerdo sobre la demanda, con el propósito de ayudar a garantizar que el cliente considere todas las consecuencias de un acuerdo, incluida la parte que quedará en manos del cliente después de que el financiador reciba su parte. El financiador también puede apoyar al cliente, por ejemplo, proporcionándole proyecciones financieras y perspectivas sobre estrategias de mediación o negociación.

Las partes pueden llegar a un acuerdo en los litigios por muchas razones, incluso por motivos ajenos al propio litigio, como preservar una relación comercial. Este es uno de los aspectos que los financiadores y los clientes discutirán durante la debida diligencia y, si procede, lo abordarán en el acuerdo de financiación.

Los intereses de los clientes y de los financiadores tienden a estar muy alineados a la hora de llegar a una transacción para terminar el litigio. Para el financiador, no sólo se pone fin de forma favorable al riesgo en el que incurre, sino que un acuerdo rápido también puede favorecer su rendimiento financiero, medido normalmente por su Tasa Interna de Retorno ("TIR"), en la que el paso del tiempo tiene un efecto exponencial (y perjudicial). Así, una liquidación rápida puede permitir un descuento significativo con resultados favorables para todas las partes.