

# Problemática en torno a los acuerdos de financiación por parte de terceros en las acciones de representación\*

## Third-party litigation financing problems in representative actions

MARÍA GÓMEZ SANTOS  
*Profesora Ayudante Doctora*  
*Universidad de Salamanca*

Recibido: 11.04.2024 / Aceptado: 22.05.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8942

**Resumen:** En el presente trabajo se analizan los principales problemas que giran en torno al tratamiento de la financiación por parte de terceros de las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores. En primer lugar, se abordará el auge imparable de los acuerdos para financiación de litigios por parte de terceros (*third-party litigation funding*) en estos últimos años como fórmulas que facilitan la litigación colectiva, así como su realidad en el ordenamiento jurídico español. Seguidamente, se analizará cuál ha sido el tratamiento de la financiación de los acuerdos para financiación de litigios por parte de terceros por la Directiva 2020/1828 para, en último lugar, valorar su transposición en el Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores.

**Palabras clave:** Financiación de litigios por terceros, acciones de representación, Directiva 2020/1828.

**Abstract:** This paper focuses on the main problems in the treatment of third-party financing of representative actions for the protection of the collective interests of consumers. Firstly, the rise of third-party litigation financing agreements in recent years will be addressed as formulas that facilitate collective litigation, and its reality in the Spanish legal system. Next, the treatment of the agreements for the financing of litigation by third parties by Directive 2020/1828 will be analysed. Lastly, the assessment of its transposition in the Draft Law on representative actions for the protection of the collective interests of consumers will be appointed.

**Keywords:** Third-party litigation, representative actions, Directive 2020/1828.

**Sumario:** I. Introducción. II. Los acuerdos de financiación de litigios por parte de terceros. 1. Concepto y función. 2. Distinción de figuras afines. 3. Naturaleza jurídica. 4. Contenido de los acuerdos. III. Problemas específicos que plantea la financiación de pleitos por terceros en el contexto de la Directiva 2020/1828. 1. Posibles conflictos de intereses. 2. El número de entidades con legitimación activa para iniciar acciones de representación. IV. El (insuficiente) tratamiento de la financiación de las acciones de representación en el Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores. V. Consideraciones finales.

---

\*Este trabajo ha sido realizado como resultado del proyecto para la generación del conocimiento intitulado “Instrumentos para la justicia civil ante los litigios-masa, en especial, acciones de representación y régimen del proceso-testigo” (PID2021-122569OB-100). IP: Alicia Armengot Vilaplana.

## I. Introducción

1. A pesar de que la litigación masiva sea una realidad jurídica consolidada al otro lado del atlántico, en Europa, este tipo de mecanismos de reclamación no captó la atención de los académicos y de los prácticos hasta la década de 1970. No obstante, ha sido preciso esperar hasta bien entrado el comienzo del siglo XXI para que el legislador europeo haya mostrado un verdadero interés por implementar esta clase de herramientas.

2. En efecto, fue a partir de la primera década de los años 2000 cuando la Dirección General de Competencia comenzó a barajar la posibilidad de incorporar en el acervo jurídico comunitario la litigación mediante instrumentos similares a las *class action* norteamericanas, concretamente, y por lo que aquí interesa, en el campo de la aplicación privada de la defensa de la competencia. De ahí que el diseño de este tipo de acciones en el territorio de la Unión Europea se haya visto influenciada, no por trabajos y estudios de naturaleza procesal, sino por aquellos elaborados en sede de la aplicación privada de la defensa de la competencia<sup>1</sup> —esencialmente, el Libro verde, de 19 de diciembre de 2005<sup>2</sup> y el Libro blanco, de 2 de abril de 2008<sup>3</sup>—.

3. Al respecto, sobra decir que el debate que ha suscitado la implementación de instrumentos de litigación masiva ha sido y sigue siendo muy intenso, fundamentalmente, como consecuencia de las disfunciones prácticas que este tipo de sistemas ha experimentado en el escenario norteamericano. En este sentido, y desde sus primeros trabajos, se muestra evidente la intención del legislador europeo de desvincularse del concepto de *class action* norteamericana, pues en ellos emplea distintas terminologías para referirse a los mecanismos específicos para la litigación en masa, evitando, así, la connotación negativa que las *class action* comportan en Europa.<sup>4</sup>

4. Precisamente, el temor a reproducir los mismos errores existentes en el sistema americano en torno a las *class action* ha sido uno de los ejes fundamentales que ha vertebrado el diseño del actual del marco jurídico europeo que comporta la *Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores*.<sup>5</sup>

5. Al respecto, cabe destacar que la normativa norteamericana dista mucho de la propia de la tradición de la Europa continental, de manera que, en buena medida, la traslación del sistema estadounidense en relación con las *class action* tendría que hacerse con modificaciones sustanciales; modificaciones que, por su parte, comportarían la neutralización de muchos de los efectos negativos provocados por este tipo de acciones<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Una breve síntesis sobre los trabajos elaborados al respecto en el ámbito europeo puede encontrarse en CONTRERAS DE LA ROSA, I., “La reparación de daños masivos ocasionados por ilícitos concurrenciales”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 35, 2014-2015, pp.70- 79.

<sup>2</sup> Libro Verde. Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (Bruselas, 19.12.2005 COM (2005) 672 final).

<sup>3</sup> Libro Blanco. Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (Bruselas, 2.4.2008 COM (2008) 165 final).

<sup>4</sup> Un matiz especialmente apreciado por el lobby empresarial europeo, pues, sin duda, este ha sido uno de los mayores detractores de la implantación de cualquier sistema de litigación colectiva al ser este sector el principal perjudicado.

<sup>5</sup> Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE (DOUE-L-2020-81785). En adelante, la “Directiva 2020/1828”.

<sup>6</sup> El sistema norteamericano prevé la posibilidad de reclamar daños punitivos, la celebración de juicios con jurado o la “American Rule” en materia de costas procesales; elementos que, no solo determinan la propia configuración de las acciones de clase, sino que posibilitan la aparición de los efectos perversos que este tipo de litigación puede provocar. Incluso algún autor se ha referido a la concurrencia de estos elementos como “un cóctel tóxico”. En HODGES, C.C., “Collective redress: the need for new technologies”, *Journal of Consumer Policy*, 42 (1), 2019, p. 61.

6. Así las cosas, y desde el recelo hacia las *class action*, en el año 2013 la Comisión Europea publicó una Recomendación<sup>7</sup> sobre principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización para los Estados miembro en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, indicando, expresamente, que uno de los campos en los cuales se antojaba necesario implementar estos principios por parte de los distintos Estados miembro era en la aplicación privada de la defensa de la competencia<sup>8</sup>.

7. Junto a esos principios básicos, la Recomendación de 2013 ofrecía un enfoque horizontal de aplicación, así como un amplio elenco de garantías orientadas a evitar el uso indebido y excesivo de la litigación colectiva; uno de los mayores riesgos que, como ya se ha apuntado, ha influido en el panorama europeo a raíz de la experiencia estadounidense con las *class action*. Ahora bien, a pesar de sus nobles pretensiones, el éxito de la Recomendación de 2013 fue muy escaso. En este sentido, quizás la razón que justificó su rotundo fracaso no obedece tanto al carácter no vinculante de la fórmula elegida para vehicular estas orientaciones —una Recomendación, esto es, *soft-law*— sino el momento en el que dicha Recomendación fue publicada<sup>9</sup>.

8. Por su parte, las conexiones entre los principios básicos recogidos en la Recomendación de 2013 y las reformas regulatorias operadas en distintos Estados miembro de la Unión Europea tras su publicación son fácilmente apreciables<sup>10</sup>. No obstante, la insuficiente armonización que existía entre los distintos mecanismos adoptados en cada uno de ellos ha propiciado que, hasta la fecha, la realidad de la litigación en masa haya alcanzado el éxito esperado. Una insatisfacción no solo teórica, sino práctica, que no tardó en provocar la reacción del legislador europeo al materializarse de manera tan clara la ineficacia de la normativa europea en materia de pleitos masivos tras el escándalo sucedido en 2015 a nivel mundial conocido como el “Dieselgate”.

9. En efecto, la presión política y ciudadana posterior al escándalo del “Dieselgate” ha sido el elemento determinante que ha acelerado el debate e impulsado el desarrollo de un mecanismo europeo (y ahora sí) vinculante para el ejercicio de acciones colectivas, materializado en la Directiva 2020/1828.<sup>11</sup> Un cambio que, no solo ha comportado el impulso de esta nueva modalidad de acción en la Unión Europea<sup>12</sup>, sino que augura la consolidación de otro fenómeno íntimamente vinculado a esta modalidad de procesos: la financiación de procesos de litigación masiva por parte de terceros como productos sofisticados de inversión-especulación<sup>13</sup> alejados de la volatilidad que caracteriza a un mercado financiero cada vez más convulso.<sup>14</sup>

---

<sup>7</sup> Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (*OJ L 201, 26.7.2013, p. 60–65*).

<sup>8</sup> Considerando (7) de la Recomendación.

<sup>9</sup> En efecto, en el año 2013 ya se habían acometido diversas reformas normativas por muchos de los Estados miembro orientadas a introducir en sus respectivos ordenamientos internos instrumentos para la reparación colectiva (Suecia en el año 2003, Países Bajos en el año 2005, Italia en el año 2007, Finlandia en el año 2007, Dinamarca en el año 2008 y Polonia en el año 2010), de manera que la influencia de la Recomendación de 2013 se vio empañada.

<sup>10</sup> Desde el año 2013 hasta la aprobación de la Directiva 2020/1828 han sido varios los Estados miembro que han implementado mecanismos de litigación colectiva en sus respectivos territorios: Francia en el año 2014, Lituania en el año 2015, Bélgica en el año 2016, Eslovenia en el año 2018 o Países Bajos en 2019.

<sup>11</sup> KOCEV, L., “Actions for Damages for Breach of EU Competition Law – Efficient Market Protection through Private Enforcement - With Emphasis on North Macedonia,” *EU and Comparative Law Issues and Challenges*, Series 4, 2020, p. 884 y ss.

<sup>12</sup> Una breve reseña que explica cómo se está llevando a cabo el proceso de entrada de los fondos de litigación de terceros en el territorio europeo puede encontrarse en RICKARD, L. A., TERZINO, M. H., “Collective action, collective reaction: what in-house lawyers should know about European class actions”, *International In-House Counsel Journal*, 12 (48), 2019, pp.2-4.

<sup>13</sup> Algunos autores han llegado a calificar a los fondos cuyo objeto consiste en la suscripción de este tipo de acuerdos de financiación por parte de terceros como meros “especuladores”, si bien no tanto en sede judicial, como arbitral, En EBERHARDT, P., OLIVET, C., “Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom”, *Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute*, 2012, p. 56.

<sup>14</sup> STEINITZ, M., “Whose Claim is This Anyway – Third-Party Litigation Funding”, *Minnesota Law Review*, Vol. 95, No. 4, 2011, pp. 1283-1284.

10. Expuesto lo anterior, en el presente trabajo se abordará, en primer lugar, en qué consisten, y cuál es el contenido habitual que presentan estos acuerdos para la financiación de litigios por parte de terceros (*third-party litigation funding*), abordando, asimismo, la importante controversia que existe en torno a su naturaleza jurídica y la distinción entre estas peculiares figuras y otros instrumentos afines.

11. Una vez perfilados los contornos que dibujan este tipo de mecanismos para la financiación de pleitos en general, se conectará con el marco regulatorio que contempla la Directiva 2020/1828 en relación con la financiación de litigios por terceros en el concreto ámbito de las acciones de representación. Al respecto, se hará hincapié en los posibles conflictos de intereses que puedan surgir a resultas del recurso a la *third-party litigation funding* por parte de las entidades habilitadas para hacer frente a los costes que comportan este tipo de procedimientos, así como en la incidencia que el número de este tipo de organismos puede tener en su adecuado funcionamiento.

12. Como consecuencia de la transposición de la referida Directiva al ordenamiento jurídico español, se procederá a poner de relieve aquellos aspectos más significativos recogidos en el Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores en materia de financiación. Nótese que, en este sentido, ya se adelanta que quien suscribe considera insuficiente el tratamiento dado a esta cuestión, pues el prelegislador se ha limitado a transponer el contenido de la Directiva sin solucionar algunos de los problemas que esta deja en el aire.

13. Por último, a modo de conclusión, se resumirán los aspectos y conclusiones más significativos a los que ha llevado a lo largo del presente trabajo, apuntando, a mayores, algunos aspectos que podrían ser mejorados.

## II. Los acuerdos de financiación de litigios por parte de terceros

### 1. Concepto y función

14. En términos generales, la financiación de litigios por parte de terceros (o *third-party litigation funding*) puede ser definida como aquella actividad empresarial a través de la cual un tercero proporciona los recursos financieros para permitir que se lleven a cabo costosos litigios o casos de arbitraje. En este tipo de operaciones, el litigante obtiene todo o parte de la financiación requerida para cubrir sus costes legales de un financiador privado que —al menos en principio— carece de cualquier tipo de interés directo en el proceso. En caso de que el pleito llegue a buen fin, el financiador recibirá una parte acordada del producto objeto de la reclamación judicial o arbitral. Si, por el contrario, el caso no resulta exitoso, el financiador pierde el dinero invertido en el procedimiento, sin que el litigante le deba nada.<sup>15</sup>

15. Durante la última década, la industria de la financiación de litigios ha crecido rápidamente en todo el mundo y son cada vez más las empresas cuyo principal objeto de negocio es actuar como proveedores de capital para respaldar reclamaciones en litigios de distinta naturaleza. El origen de esta nueva industria puede situarse en Australia a finales de la década de los años noventa del pasado siglo

<sup>15</sup> Definición obtenida de la web corporativa de la “Association of Litigation Funders of England and Wales”: <https://associationoflitigationfunders.com/about-us/litigation-finance/> Último acceso el 29 de marzo de 2024. Al respecto, cabe señalar que la doctrina, tanto a nivel nacional como internacional, a pesar de la inexistencia de una regulación mínima de estos acuerdos para la financiación de litigios por parte de terceros, conviene en ofrecer una definición en la línea de la prevista por la Association of Litigation Funders of England and Wales. En este sentido, FERNÁNDEZ MASÍÁ, (FERNÁNDEZ MASÍÁ, E., FERRERA, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 8, N.º 2, 2016, p.206), citando a OLIVER COJO como referente de la academia española (OLIVER COJO, M., “Arbitraje y financiación procesal parciaria (third party funding) en España: un análisis bajo el prisma de las nuevas Directrices de la IBA sobre conflictos de interés”, *La Ley mercantil*, n.º 8, 2014, pp.70-71) y a SAHANI (SAHANI, V. S., “Judging Third-Party Funding”, *UCLA Review*, Vol. 63, No 2, 2016, pp. 392-398) o TRUSZ (TRUSZ, J.A., “Full Disclosure: Conflicts of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration”, *Georgetown Law Journal*, Vol.101, 2013, pp. 1653-1654), desde la perspectiva del derecho foráneo.

y trae causa de la progresiva abolición de las doctrinas de *maintenance* y del *champerty*<sup>16</sup> típicas del derecho de tradición anglosajona.

Conforme a la aplicación de estas doctrinas, la financiación de litigios por parte de terceros a cambio de que repartiese con el reclamante la cuantía obtenida en virtud de la reclamación financiada era contraria al orden público y, por tanto, este tipo de prácticas estaban prohibidas en los territorios en los que eran aplicadas.

**16.** Sin embargo, la decisión histórica tomada en el año 2006 por la High Court of Australia en el asunto *Campbells Cash & Carry Pty Ltd. v Fostif Pty Ltd* determinó que la financiación de litigios por parte de terceros no constituía *per se* un abuso en el proceso, de manera que este tipo de prácticas pasaron a no ser consideradas como contrarias al orden público en aquellas jurisdicciones en las que se habían derogado las doctrinas de *maintenance* y del *champerty*.

**17.** Esta tendencia pronto se extendió a otros países de tradición anglosajona y, por lo que interesa al contexto europeo, fue en Inglaterra y en Gales donde primero surgió esta nueva fórmula para la financiación de pleitos. Al respecto, resulta importante destacar que el objetivo que perseguía el legislador a través de la autorización de este tipo de prácticas no solo era facilitar el acceso a la justicia para aquellos colectivos que presentaban mayores dificultades para pleitear por razones económicas, sino crear fórmulas innovadoras para incentivar la aparición de nuevos productos de seguro y de inversión.<sup>17</sup>

**18.** Como puede imaginarse, la implantación y posterior consolidación de un nuevo mercado de fondos para la litigación por parte de terceros se produjo de manera paulatina. Tras el reconocimiento de la financiación de litigios por parte de terceros como mecanismos tendentes a garantizar el acceso a la justicia en el año 2005<sup>18</sup>, el *Civil Justice Council of England and Wales* emitió un informe en el año 2007 mediante el cual recomendaba a la Secretaría de Estado de Justicia el reconocimiento expreso de la financiación de litigación por parte de terceros como fórmulas adecuadas y aceptables para financiar litigios civiles.<sup>19</sup>

**19.** Posteriormente, en el informe presentado por R. Jackson en el año 2009<sup>20</sup> se sugería que, ante la falta de regulación de los acuerdos de financiación por parte de terceros para la litigación, era preciso crear reglas y estándares que garantizaran el adecuado funcionamiento de este nuevo sector. Así las cosas, en el año 2011 se elaboró un primer código voluntario de buenas prácticas que regulaba este tipo de acuerdos de financiación que ha sido actualizado y, años después, por mandato del Ministerio de Justicia, surgió la *Association of Litigation Funders of England and Wales*<sup>21</sup>, cuyo principal cometido consiste en gestionar las actividades relacionadas con la financiación de litigios por terceros en Inglaterra y Gales.

<sup>16</sup> Según el *Black's Law Dictionary* (ed. 2014), el término *maintenance* puede ser definido como "[i]mproper assistance in prosecuting or defending a lawsuit given to a litigant by someone who has no bona fide interest in the case; meddling in someone else's litigation." Por su parte, el *champerty* es un subtipo de *maintenance* consistente en "[a]n agreement between an officious intermeddler in a lawsuit and a litigant by which the intermeddler helps pursue the litigant's claim as consideration for receiving part of any judgment proceeds; specif., an agreement to divide litigation proceeds between the owner of the litigated claim and a party unrelated to the lawsuit who supports or helps enforce the claim."

<sup>17</sup> DJINOVIC., VLAHEK, A., "An analysis of Third-Party Litigation Funding in European Collective Redress", *US Chamber Institute for Legal Reform*, October 2019, p. 8.

<sup>18</sup> La Court of Appeal of England and Wales, en el seno del asunto *Arkin v Borchard Lines Ltd and others*, reconoció la financiación de litigios por parte de terceros como un elemento importante para garantizar el acceso a la tutela judicial efectiva en el año 2005.

<sup>19</sup> Civil Justice Council: *The Future Funding of Litigation*, "Alternative Funding Structures", 2007, p. 12. Documento accesible en el siguiente enlace: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/CJC/Publications/CJC+papers/CJCFuture+Funding+of+Litigation+Paper.doc> Último acceso, 28 de marzo de 2024.

<sup>20</sup> JACKSON, R., "Review of Civil Litigation Costs: Final Report", 2009, pp. 117- 124. Accesible en el siguiente enlace: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Reports/jackson-final-report-140110.pdf> Último acceso, 28 de marzo de 2024.

<sup>21</sup> En el siguiente acceso puede encontrarse más información sobre la referida asociación: <https://associationoflitigationfunders.com/>. Último acceso el 29 de marzo de 2024.

20. Como consecuencia de esta rápida permeabilización por parte de Inglaterra y de Gales en materia de financiación de litigios por parte de terceros, en la actualidad, estos territorios son los principales atractores de este nuevo mercado dinámico vinculado íntimamente a grandes fondos de inversión. No obstante, como respuesta a este liderazgo a nivel internacional, la financiación de litigios por parte de terceros se ha visto impulsada en Estados Unidos en los últimos años, quizás no solo por las exigencias del mercado financiero, sino como resultado de la intensa competencia entre despachos de abogados de alcance internacional.<sup>22</sup> Así las cosas, la *American Bar Association* ha adoptado en agosto del año 2020 un código de buenas prácticas en el ámbito de la financiación de litigios por parte de terceros<sup>23</sup> a fin de crear dar respuesta a las necesidades de un mercado en plena efervescencia que pretende competir con el situado a este lado del atlántico.

21. Ahora bien, a pesar del gran desarrollo experimentado en el campo de la financiación de pleitos por parte de terceros en Inglaterra y Gales, este tipo de actividades no han logrado implementarse con éxito en el resto de los territorios europeos. En este sentido, quizás, el rezago se debe a la disparidad de enfoques al respecto desde el punto de vista regulatorio conferido a este tipo de contratos en los diferentes estados.

22. En efecto, la regulación de los acuerdos para la financiación de litigios por parte de terceros es muy dispar dentro del continente europeo.<sup>24</sup> Así, mientras que en Inglaterra y Gales se autoriza la suscripción de este tipo de pactos, en Irlanda están prohibidos, siendo la situación más extendida la de su no regulación. Tal es el caso del ordenamiento jurídico español, en el cual, y como se verá, si bien no se contempla de manera expresa la posibilidad de suscribir pactos de financiación de pleitos por parte de terceros, tampoco se impide taxativamente su utilización.<sup>25</sup>

## 2. Distinción de figuras afines

23. El principal fin que persiguen los acuerdos para la financiación de pleitos por parte de un tercero se identifica con la posibilidad que ofrecen a los titulares de un derecho que se ha visto conculcado a acceder a una reclamación judicial sin necesidad de afrontar de manera personal los gastos que ello comporta, eso sí, a cambio de una contraprestación si las pretensiones finalmente son admitidas. Pero este mismo objetivo puede ser alcanzado a través de otros mecanismos jurídicos tales como la cesión del crédito, los pactos de *cuota litis*, la suscripción de seguros para la cobertura de costes legales o el recurso a distintos instrumentos tradicionales de deuda, como son, por ejemplo, el préstamo o el crédito.

<sup>22</sup> STEINITZ, M., “Whose Claim is This Anyway? Third Party Litigation Funding”, *op.cit.*, p. 1.281.

<sup>23</sup> Documento accesible en el siguiente enlace: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/news/2020/08/2020-am-resolutions/111a.pdf>. Tiempo atrás, concretamente en el año 2009, la ABA publicó ya el documento titulado White Paper on Alternative Litigation Finance ([https://www.abajournal.com/magazine/article/ethics\\_20\\_20\\_commission\\_issues\\_white\\_paper\\_about\\_alternative\\_litigation\\_fin](https://www.abajournal.com/magazine/article/ethics_20_20_commission_issues_white_paper_about_alternative_litigation_fin)). Sin embargo, el mismo no tuvo demasiada aceptación. Último acceso, 28 de marzo de 2024.

<sup>24</sup> Hasta hace muy poco tiempo, los contratos de financiación de litigios por terceros (*third-party funding*) no han tenido demasiada penetración en el mercado español. Pero tampoco a nivel europeo. En este sentido, destaca el caso alemán, pues, ante la imposibilidad por parte de las asociaciones de consumidores de enfrentarse de manera eficaz a los litigios masivos, se han abierto paso un nuevo tipo de operadores con base tecnológica (los denominados *Rechtsverfolgungs Gesellschaften*) que resultan mucho más atractivos. En STADLER, A., “Are Class Actions Finally (Re)Conquering Europe? Some Remarks on Directive 2020/1828”, *Juridica International*, N.º 30, 2021, p.19.

<sup>25</sup> AGULLÓ AGULLÓ, D., “Los contratos de financiación de litigios por terceros (third-party funding) en España”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 9, N.º. 1, 2022, p. 190. Frente a lo anterior, el autor apunta a un mayor desarrollo normativo en el ámbito del arbitraje: “Debemos diferenciar entre tres tipos de cuerpos normativos: las normas de arbitraje, vinculantes en el Estado en el que se desarrolle el proceso arbitral (i.e. sede del arbitraje); los Reglamentos de Arbitraje, aplicables por virtud de la autonomía de la voluntad de las partes y como consecuencia, generalmente, de haber elegido una determinada Corte de Arbitraje que administre el proceso; y otras *soft laws* que, a pesar de tener tal consideración, son muy relevantes para regular el proceso arbitral, sobre todo en la esfera internacional.”

Mecanismos que, como se expondrá a continuación, presentan matices muy distintos a los propios de los pactos para la financiación de litigios por parte de terceros *stricto sensu* que conviene destacar.<sup>26</sup>

**24.** Quizás, el primer instrumento del cual resulta necesario deslindar el concepto de financiación de pleitos por parte de un tercero es el pacto de *cuota litis*<sup>27</sup>, entendido este como un sistema de minutación a través del cual el cliente y el abogado encargado del asunto suscriben un acuerdo mediante el cual el primero se compromete a abonar al segundo una parte de la cantidad obtenida en el procedimiento en concepto de honorarios<sup>28</sup>. Si, por el contrario, el pleito no llega a buen fin, el cliente no percibe ninguna cantidad y el abogado, por su parte, no cobrará nada en concepto de honorarios, ello a pesar de que haya incurrido en costes.

**25.** Como puede advertirse, la relación de financiación que emerge tras los pactos de *cuota litis* es bilateral en tanto que solo intervienen dos partes. De un lado el cliente —que arriesga su capital, identificado con la pretensión del procedimiento— y, de otro, el abogado —quien invierte su tiempo y esfuerzo, así como su capital<sup>29</sup>—. No existe, pues, un tercero que financie la operación, de manera que las diferencias con los acuerdos de financiación por parte de terceros resultan obvias.

**26.** Junto a los pactos de *cuota litis*, los instrumentos tradicionales de deuda como son el préstamo o el crédito se erigen, asimismo, como mecanismos que facilitan el acceso a la financiación por parte de los titulares de un derecho para poder accionar ante los tribunales. Sin embargo, ambos presentan notables diferencias respecto de los acuerdos de financiación de litigios por parte de terceros. En este sentido, la primera y más evidente es que, mientras que en este tipo de instrumentos de deuda la parte que recibe el principal está obligada a devolverlo a su prestamista/acreedor<sup>30</sup>, en los acuerdos de financiación aquí abordados (los denominados *stricto sensu*) el tercero financiador entrega al financiado una

---

<sup>26</sup> Nótese que en el presente trabajo se hará referencia a los acuerdos de financiación de litigios por parte de terceros, a los que denominaremos “*stricto sensu*”, toda vez que, desde una concepción económica de estos pactos, este concepto puede ser más extenso. Así, por ejemplo, en SAHANI, V. S., “Judging Third-Party Funding”, *op.cit.*, pp. 392, se emplea el término desde una óptica mucho más amplia que engloba a sus figuras afines: “Third-party funding is an arrangement in which a party involved in a dispute seeks funding from an outside entity for its legal representation instead of financing its own legal representation. The outside entity – called a “third-party funder” – finances the party’s legal representation in return for a profit. The third-party funder could be a bank, hedge fund, insurance company, or some other entity or individual. If the funded party is the plaintiff, then the funder contracts to receive a percentage or fraction of the proceeds from the case if the plaintiff wins. Unlike a loan, the funded plaintiff does not have to repay the funder if it loses the case or does not recover any money. If the funded party is the defendant, then the funder contracts to receive a predetermined payment from the defendant, similar to an insurance premium, and the agreement may include an extra payment to the funder if the defendant wins the case.”

<sup>27</sup> Ahora bien, solo entrarían en el concepto de pactos de *cuota litis* aquí abordado aquellos supuestos en los cuales únicamente se fije como honorarios a favor del abogado una fracción de la cantidad obtenida en el pleito, sin que exista la posibilidad de recibir por este una contraprestación alternativa. Dicho de otro modo: si las partes convienen que el abogado perciba una cantidad con independencia del resultado final del litigio, no se trataría de un pacto de *cuota litis* en sentido estricto y, por tanto, no aplicaría lo aquí expuesto.

<sup>28</sup> Al respecto, nótese que, hasta hace algunos años, el pacto de *cuota litis* estaba expresamente prohibido con arreglo a lo establecido en el art. 16 del Código Deontológico de la Abogacía Española (versión de año 2022). No obstante, y tras un largo proceso judicial, el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en su sentencia de 4 de noviembre (RJ 2009/338), convino, finalmente, su licitud: “En definitiva, la prohibición de la cuota litis en sentido estricto implica la obligación de fijar unos honorarios mínimos con independencia de los resultados y se excluye, por el contrario, con carácter general no cobrar o cobrar exclusivamente por resultados. Y paralelamente se limita la libertad de fijación de cuantía y forma de cobrar en esa misma medida, puesto que tal libertad implica la posibilidad de no cobrar en caso de pérdida del pleito o de otros pactos entre cliente y abogado. Semejante conclusión evidencia que la prohibición de la cuota litis en sentido estricto choca frontalmente con lo establecido en el artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia que prohíbe la fijación directa o indirecta de precios, así como la de otras condiciones comerciales o de servicio.”

<sup>29</sup> En efecto, por lo que se refiere al supuesto español, el abogado que financia un pleito no solo incurre en los costes que se identifican con su propio esfuerzo y tiempo, sino con otra serie de conceptos que, asimismo, comportan un gasto. Algunos de estos conceptos son el arancel a pagar al procurador que ostente la representación en el pleito, los honorarios de los peritos, los depósitos para recurrir o la obtención de copias o documentos notariales.

<sup>30</sup> De hecho, esta restitución es la obligación principal del prestatario. Entre otros, BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, vol. I, Tecnos, 2018, p. 216.

cantidad de dinero para que este pueda hacer frente a los gastos que acarrea el procedimiento judicial, no para que, una vez haya concluido, se lo devuelva. En los acuerdos de financiación de litigios por parte de terceros, el financiador solo obtendrá un beneficio en caso de que el pleito llegue a buen fin.<sup>31</sup>

27. Tampoco es posible identificar la cesión por venta de créditos<sup>32</sup> con los acuerdos para la financiación de litigios por parte de terceros, pues, aunque cumplan una función similar, los efectos jurídicos que se producen en uno y otro supuesto son radicalmente distintos. El régimen que aplica a la cesión de estos créditos voluntarios se ubica en los arts. 1.526 y siguientes de Código Civil y, por lo que aquí interesa destacar, el efecto jurídico más relevante que deriva de estos contratos es la subrogación del nuevo acreedor en la posición del cedente a cambio de un precio pactado entre las partes; una subrogación que en los acuerdos de financiación por parte de terceros no solo no surge, sino que se trata de una situación a evitar.<sup>33</sup>

28. Por último, otra de las opciones válidas en Derecho que permite a terceros financiar un pleito es la suscripción de un seguro que cubra los costes legales. Al respecto, únicamente tendría sentido incluir en este tipo de seguros aquellos suscritos una vez ha sido iniciado el procedimiento judicial (seguros de defensa jurídica denominados “*before-the-event*”)<sup>34</sup>, cuya cobertura protegería a los titulares del derecho ante el riesgo de perder en el pleito y, en consecuencia, de las consecuencias que ello tendría —esencialmente, tener que hacer frente a las costas judiciales con sus propios recursos—.

### 3. Naturaleza jurídica

29. Deslindados los acuerdos para la financiación de litigios por parte de terceros de figuras afines que persiguen objetivos económicos similares, procede concretar cuál es la naturaleza jurídica de este tipo de pactos privados. Sin embargo, nuevamente, nos encontraremos con que esta figura no va a encontrar un acomodo adecuado en ninguno de los contratos regulados en el ordenamiento jurídico español. En otras palabras, que se trata de un contrato atípico.

<sup>31</sup> SAHANI, V. S., “Judging Third-Party Funding”, *op.cit.*, p. 392.

<sup>32</sup> Igualmente, no resulta equiparable a los acuerdos para la financiación de litigios por parte de terceros la cesión de créditos futuros, pues, aunque el ordenamiento jurídico español lo permita si concurren una serie de circunstancias, el deudor podría extinguir el crédito con arreglo al art. 1.271 del Código Civil; un efecto que, como resulta evidente, no encaja en la finalidad propia de los acuerdos aquí analizados. Sobre esta cuestión, *vid.* NADAL CEBRIÁN, M., “La financiación de litigios en las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores: reflexiones a la luz de la Directiva (UE) 2020/1828 y del Anteproyecto de Ley de acciones de representación”, *op.cit.*, pp. 69-69; AGULLÓ AGULLÓ, D., “Los contratos de financiación de litigios por terceros (third-party funding) en España”, *op.cit.*, pp. 194-196.

<sup>33</sup> El cesionario no tiene como objetivo ocupar la misma posición que presenta el titular original del derecho; lo único que pretende es financiar a este último la posibilidad de accionar. Asumir la producción de los efectos jurídicos típicos de la cesión de créditos, comportaría, por ejemplo, que el tercero financiador pasaría a ser parte activa en el procedimiento judicial o que, en caso de vehicularse la operación a través de una compraventa del crédito, surja el derecho de retracto a favor del deudor; efectos ambos que no tienen cabida en la lógica económica de los acuerdos de financiación de pleitos por parte de terceros.

<sup>34</sup> No obstante, nada impide que este tipo de seguros puedan ser suscritos antes de que se produzca la presentación de la demanda ante los tribunales competentes. Sobre el funcionamiento típico de esta modalidad de aseguramiento, SAHANI expone que el seguro de cobertura legal (Legal Expenses Insurance (LEI)) “is an insurance for costs incurred by the party due to pursuing a claim, or defence against a claim, in litigation. The majority of LEI insurance policies cover the party’s costs of proceedings and potential adverse costs. The insurance cover usually has a maximum limit. In practice, there are two types of LEI insurance: before the event legal expenses insurance (BTE) and after the event legal expenses insurance (ATE). A party usually acquires BTE insurance before the dispute (the claim) has arisen, i.e., prior to the occurrence of an event insured against, as protection against the risk of incurring future costs of proceedings. To this end, the insured subject usually pays an annual premium, which is not subject to success of proceedings; therefore, a BTE insurer does not have a direct economic interest in the outcome of proceedings. The situation is different in case of ATE insurance, where the party takes out insurance after the dispute (the claim) has arisen. ATE insurance usually protects the funded party (the insured person) against adverse costs. If the funded party succeeds in proceedings, the insurance company is entitled to an agreed premium. The payment of the premium is, therefore, deferred until the conclusion of proceedings and is activated only in the event that the funded party is successful. Insurance conditions differ in practice and sometimes include covering the costs of judicial proceedings (e.g., costs of representation of the funded party), although this is unusual. An ATE insurer usually does not pay the costs of proceedings for the funded party, but is protecting the funded party against the risk of incurring costs if the party loses the case (risk-avoidance instrument). Funded parties, therefore, often combine ATE insurance with CFA agreements.” SAHANI, V. S., “Judging Third-Party Funding”, *op.cit.*, p. 12.



**30.** Al respecto, en opinión de quien suscribe, a falta de una concreta regulación de las obligaciones y derechos de las partes en el propio acuerdo, podría afirmarse que las dos instituciones de Derecho Privado cuya regulación puede resultar de utilidad en el ámbito de los acuerdos de financiación de litigios por parte de un tercero *stricto sensu* son las cuentas en participación y el contrato de sociedad irregular.<sup>35</sup>

**31.** Pese a no ser un instrumento especialmente conocido por el público general, lo cierto es que las cuentas en participación gozan de gran popularidad en ciertos mercados<sup>36</sup>, principalmente por tres razones. La primera, que permite mantener en el anonimato la participación de una o varias personas en una o varias operaciones de naturaleza mercantil; la segunda se identifica con la posibilidad de obtener parte de los beneficios que se logren con la ejecución de la operación y, la tercera, viene referida a la ausencia de requisitos formales necesarios para su constitución.<sup>37</sup> Este tipo de instrumentos jurídicos son, pues, fórmulas asociativas y de colaboración económica<sup>38</sup> que sirven para vehicular las aportaciones realizadas por uno o varios sujetos (los cuenta-participes) a favor de un tercero (el gestor) con la finalidad de participar tanto de las pérdidas como de las ganancias que puedan producirse a resultas de una operación económica o actividad empresarial que desarrolla el gestor, limitando, sin embargo, el riesgo de pérdida a lo aportado por cada sujeto o a lo prometido.<sup>39</sup>

**32.** Las cuentas en participación se recogen de manera expresa en el Código de Comercio, concretamente, en el art. 239 y ss. Sin embargo, dada la controvertida redacción de los preceptos contenidos en dicho texto, es preciso recurrir a la doctrina y la jurisprudencia para dilucidar cuáles son los elementos que delimitan este tipo de figuras. Así las cosas, en términos generales, se atribuyen a las cuentas de participación las siguientes notas: la no existencia de un patrimonio común independiente; la no intervención del cuenta-participante en la gestión de la operación o negocio; no es obligatorio que todas las partes sean comerciantes; la afectación del fondo aportado a la realización de una actividad de naturaleza mercantil o la participación del cuenta-participante del resultado final del negocio, ya sea positivo o negativo<sup>40</sup>; rasgos, todos ellos, que, *a priori*, parecen ser compatibles con las notas que configuran los acuerdos para la financiación de litigios por parte de un tercero.

<sup>35</sup> Al respecto, es preciso apuntar la evidente disparidad de opiniones entre autores. Así, mientras que para AGULLÓ la regulación de los acuerdos de financiación de litigios por parte de un tercero en sentido estricto parte de la configuración del contrato de préstamo, del contrato de sociedad o de las cuentas en participación, para otros (SÁNCHEZ) es preciso acudir a la sociedad irregular y al préstamo participativo (*vid.* AGULLÓ AGULLÓ, D., “Los contratos de financiación de litigios por terceros (third-party funding) en España”, *op.cit.* pp.194-198 y SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Á., “Tributación de los contratos de financiación de litigios”, *Quincena fiscal*, N.º 10, 2020, pp. 6 -7).

<sup>36</sup> Algunas excepciones son el mercado de diamantes o de inversiones a nivel internacional, en los que es frecuente encontrar este tipo de instrumentos jurídicos o de figuras afines en derecho comparado.

<sup>37</sup> BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, *op.cit.*, p.335.

<sup>38</sup> La calificación y naturaleza jurídica de las cuentas de participación es una cuestión más que controvertida en la doctrina. En este sentido, si bien tradicionalmente se han entendido como contratos de colaboración económica, para algunos autores (PAZ-ARES), este tipo de instrumentos encuentran un mejor encaje en el contrato de sociedad.

<sup>39</sup> Son varias las definiciones que pueden adoptar este tipo de instrumentos. Así, en la sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo n.º 2612/2008, de 30 de mayo, se apuntan algunas notas características que delimitan este tipo de fórmulas asociativas “Las cuentas en participación (...) vienen reguladas por los artículos 239 y siguientes del Código de Comercio, y han sido descritas en la doctrina como “una fórmula asociativa entre empresarios individuales o sociales que hace posible el concurso de uno (participante) en el negocio o empresa del otro (gestor), quedando ambos a resultas del éxito o fracaso del último”. Esta definición traduce la idea que expresa con claridad el artículo 239 C.Com. cuando dice que los comerciantes pueden interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte de capital que convinieren “y haciéndose participes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen”. No se crea, a diferencia de lo que ocurre en la sociedad irregular, un patrimonio común entre los participes, y lo aportado pasa al dominio del gestor (SSTS 20 de julio y 4 de diciembre de 1992, 5 de febrero de 1998, etc.). El participante, por ello, no dispone de un crédito de restitución del capital aportado, sino que se le atribuye el derecho a las ganancias en la proporción que se establezca (STS 6 de octubre de 1986, 20 de julio de 1992 y las que allí se citan) y en ello, más que en la transmisión de la propiedad de las aportaciones (que obviamente también se produce en el préstamo) consiste la peculiaridad de la composición de intereses típica de las cuentas en participación, esto es, que el participante no conserva un crédito para la restitución de lo aportado, sino para la obtención de su parte en las ganancias, previa la liquidación y rendición de cuentas que proceda.”

<sup>40</sup> BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, *op.cit.*, 2018, pp. 335-336; SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Á., “Tributación de los contratos de financiación de litigios”, *op.cit.*, pp. 3-6.

**33.** Ahora bien, quizás, la única dificultad que puede plantear la calificación jurídica de los acuerdos para la financiación de pleitos por parte de un tercero como cuentas en participación se identifica con la naturaleza de la actividad a la cual va a ir destinado el fondo aportado por el financiador, toda vez que la financiación de un procedimiento judicial no es, en sí misma, una actividad de carácter mercantil. No obstante, al no ser esta característica una de las notas típicas esenciales que delimitan el contorno de las cuentas en participación<sup>41</sup>, no parece que plantee demasiados problemas.<sup>42</sup>

**34.** Por su parte, el contrato de sociedad irregular genera relaciones internas plenas entre los socios, quedando obligados a crear un fondo en común de actividades y bienes, sustentados por una *afectio societatis*. Por lo que aquí interesa destacar, es precisamente la existencia de este fondo en común la principal nota que delimita y distancia el concepto de sociedad irregular del de cuentas en participación, pues, en este último supuesto, lo aportado por el cuenta-partícipe pasa a ser del gestor.<sup>43</sup> En consecuencia, los acuerdos de financiación de litigios por parte de terceros tampoco parecen tener cabida en la regulación prevista para la sociedad irregular.<sup>44</sup>

**35.** En definitiva, habida cuenta de la amplia libertad que otorga a las partes el principio de autonomía de la voluntad que rige la contratación mercantil (ex. art. 1.255 del Código Civil), los contratantes pueden establecer cuantos pactos, cláusulas y condiciones estimen oportunos siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público. Esto es, se permite a las partes alterar la estructura del contrato típico de tal forma que se puede desnaturalizar, conformando, por tanto, un contrato distinto a cualquiera de los regulados. En virtud de lo anterior, los acuerdos para la financiación de litigios por

---

<sup>41</sup> La jurisprudencia reitera que los elementos indispensables que definen las cuentas en participación no son otros que el hecho de que el gestor hace suyas las aportaciones del cuenta-partícipe y donde el derecho a la cuota de liquidación no surge hasta la conclusión de las operaciones. Entre otras, la STS de la Sala de lo Civil n.º 6056/2004, de 29 de septiembre; la SAP de Girona n.º 1154/2013, de 5 de mayo; la SAP de Madrid n.º 8958/2012, de 30 de mayo; la SAP de Sevilla n.º 3311/2012, de 7 de noviembre de 2012.

<sup>42</sup> Desde el punto de vista de la calificación de los acuerdos para financiación de litigios como cuentas en participación, el problema que plantea el hecho de que el fin de los fondos aportados por el financiador vayan destinados a financiar un pleito también es puesto de manifiesto por SÁNCHEZ SÁNCHEZ. Este autor justifica que esta dificultad se supera con arreglo al siguiente razonamiento: “A mi juicio, al margen del ámbito procesal en el que se inserte la demanda (civil, mercantil, administrativo, etc.), si el litigio tiene su origen en la actividad mercantil desarrollada por el demandante, éste estaría actuando en su calidad de “comerciante” y el procedimiento quedaría inserto en el concepto de “operaciones” al que alude el art. 239 del CCO (“Podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros...”).” (SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Á., “Tributación de los contratos de financiación de litigios”, *op.cit.*, p. 9). Sin embargo, como se ha expuesto, quien suscribe considera que la verdadera razón por la cual es posible salvar esta dificultad es otra: el fin o naturaleza de la operación financiada, a pesar de que sea un elemento típico, tal y como ha puesto de relieve tanto la doctrina como la jurisprudencia, no se trata de un elemento esencial propio de las cuentas en participación. Así, por ejemplo, la SAP de Baleares n.º 2277/2010, sec. 5ª, de 28 de octubre, señala que “La cuenta en participación es un tipo mercantil, no por razón de la materia, sino de los sujetos. En efecto, del artículo 239 del Código de Comercio se desprende que las cuentas en participación son mercantiles y, por tanto, sujetas a la disciplina del Código de Comercio, siempre que se constituyan entre comerciantes. No hay, sin embargo, dificultad para que se recurra a ellas en el tráfico civil, creando una forma análoga usando de la libertad contractual o utilizando las mismas cuentas para posibilitar que un tercero no comerciante se interese en la actividad.”

<sup>43</sup> A tal efecto, resulta clara y relevante la sentencia 724/98 dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 5 de febrero, en la cual se dibujan los contornos entre ambas figuras jurídicas: “Con todos estos datos no se puede eludir que surge una efectiva sociedad irregular de carácter mercantil y no un contrato de cuenta en participación. Ya que para que se hubiera definido en el presente caso esta última figura contractual era preciso que, el negocio continuara perteneciendo privativamente al gestor-propietario y que éste hiciera suyas las aportaciones efectuadas por el participante que no tendrá en el negocio intervención alguna (S. de 24 de abril de 1.975), salvo en la percepción, en su caso, de las ganancias obtenidas (S. de 4 de diciembre de 1.992). Y todo lo contrario, en el negocio o contrato plasmado en el referido documento privado, se crea un fondo común de actividades y bienes, sustentados en una “*afectio societatis*” y con una finalidad lucrativa; lo cual constituye, por no haberse plasmado con las formalidades que exige la Ley, una verdadera sociedad irregular a la que deberán aplicarse las normas que regulan la comunidad de bienes - artículos 1669-2 en relación a los artículos 392 y siguientes, todos ellos del código Civil- según doctrina jurisprudencial emanada de las sentencias de esta Sala, que se inicia con la de fecha 18 de noviembre de 1.927.”

<sup>44</sup> Ahora bien, tampoco puede afirmarse que haya un consenso unánime sobre cuál va a ser el régimen jurídico que, efectivamente, se aplique a las sociedades irregulares. No obstante, por ser la doctrina mayoritaria (GIRÓN, SÁNCHEZ CALERO, PAZ-ARES), parece que el régimen jurídico previsto para las sociedades colectivas será el que aplique en estos casos. BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, *op.cit.*, p.308.

parte de terceros podrían ser calificados como contratos atípicos, si bien “con elementos característicos propios de las cuentas en participación”.<sup>45</sup>

#### 4. Contenido de los acuerdos

**36.** A resultas de la calificación de los acuerdos para la financiación de litigios por parte de terceros como contratos atípicos, si bien con ciertos elementos típicos de las cuentas en participación, habida cuenta de la finalidad para la que son suscritos y de la lógica económica de los mismos, es posible identificar una serie de obligaciones y derechos que, con frecuencia, son fijados por las partes.<sup>46</sup>

**37.** Desde el punto de vista del tercero financiador (a menudo, fondos de inversión y empresas altamente especializadas en este tipo de operaciones<sup>47</sup>), sin duda, la principal obligación que recae sobre este consiste en otorgar al demandante la financiación acordada. Normalmente, la financiación se facilita conforme avanza el procedimiento; de este modo, el financiador puede controlar posibles comportamientos oportunistas por parte del demandado, así como la asunción de un riesgo excesivo que, *a priori*, podría no haber sido identificado. Igualmente, a través de la suscripción de los acuerdos para la financiación de litigios por terceros, lo habitual es que el financiador se comprometa a eximir al demandante-financiado del pago de los gastos vinculados con el litigio (honorarios de abogados, arancel del procurador, tasas, certificados, etc.) y, especialmente, del pago de la condena en costas en caso de que el pleito no finalice con una sentencia favorable. También es común encontrar en este tipo de acuerdos las denominadas “cláusulas de confidencialidad”, en virtud de las cuales el financiador se compromete a mantener en secreto toda la información que le revele el financiado.<sup>48</sup>

**38.** Frente a las obligaciones asumidas por el financiador, el principal derecho que emerge a resultas de la firma de uno de estos acuerdos de financiación para litigios —siempre que el resultado del pleito haya sido favorable o se haya finalizado el mismo a través de un acuerdo transaccional— es la percepción de la remuneración pactada, ya sea un porcentaje de la cuantía obtenida en el procedimiento o una tarifa fija.<sup>49</sup> Asimismo, es posible encontrar cláusulas en estos acuerdos orientadas a permitir que el financiador esté informado en todo momento del desarrollo del litigio<sup>50</sup>, así como otras que posibiliten resolver el contrato si surgen determinadas eventualidades que le perjudiquen.

---

<sup>45</sup> AGULLÓ AGULLÓ, D., “Los contratos de financiación de litigios por terceros (third-party funding) en España”, *op.cit.* p. 198. Esta es la tesis sostenida por el referido autor, a la cual, quien suscribe, hace suya. Esta asunción puede encontrarse igualmente en NADAL CEBRIÁN, M., “La financiación de litigios en las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores: reflexiones a la luz de la Directiva (UE) 2020/1828 y del Anteproyecto de Ley de acciones de representación”, *op.cit.*, p. 70.

<sup>46</sup> Las obligaciones y derechos a las que se hace referencia en el presente trabajo son las que, con arreglo a los resultados obtenidos en el estudio realizado por PONCIBÓ C. y DÁLESSANDRO, E. y titulado *Annex: State of play of the EU private litigation funding landscape and the current EU rules applicable to private litigation funding*, incluido como anexo en el documento *Responsible private funding of litigation. European added value assessment*, publicado en el año 2021 por el European Parliamentary Research Service (accesibles en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662612/EPRS\\_STU\(2021\)662612\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662612/EPRS_STU(2021)662612_EN.pdf)) No obstante, también resulta útil, a los mismos efectos, el contenido del Code of Conduct for Litigation Funders, publicado por la *Association of Litigation Funders of England and Wales (versión 2018)*. Texto accesible en el siguiente enlace: <https://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2018/03/Code-Of-Conduct-for-Litigation-Funders-at-Jan-2018-FINAL.pdf>. Último acceso: 4 de abril de 2024.

<sup>47</sup> Algunas de estas empresas y fondos son Burford Capital, Deminor, Nivalion AG, Omni Bridgeway, PLA Litigation Funding o Stonward, entre otros.

<sup>48</sup> PONCIBÓ C., DÁLESSANDRO, E., *State of play of the EU private litigation funding landscape and the current EU rules applicable to private litigation funding*, European Parliamentary Research Service, 2021, pp. 64-65.

<sup>49</sup> Derivada de la finalidad económica que justifica a los acuerdos para la financiación de litigios por parte de terceros, normalmente en este tipo de pactos se fija una remuneración muy alta para el financiador en caso de éxito; de lo contrario, no parece que encuentre demasiados incentivos para la inversión. No obstante, existen excepciones. Así, en Eslovenia, está prohibido que el financiador reciba como contraprestación una cantidad superior a la del interés legal del dinero en dicho país (art. 59.3 de la Ley de acciones colectivas de Eslovenia).

<sup>50</sup> En consecuencia, esto supone para el financiado la renuncia del privilegio abogado-cliente a favor del financiador. Ahora

**39.** Por lo que se refiere a las obligaciones que recaen sobre el financiado, la primera y más relevante es el pago de la remuneración pactada al financiador en aquellos supuestos en los que el pleito haya llegado a buen fin, ya sea mediante una sentencia estimatoria o un acuerdo transaccional. A mayores, y de manera correlativa a los derechos que habitualmente se determinan a favor del financiador, es frecuente que el financiado asuma la obligación de mantener informado a este del desarrollo del procedimiento, permitiendo, incluso, la realización de auditorías e inspecciones por parte del financiador. Igualmente, el financiado deberá actuar en todo momento de manera diligente y con arreglo a la buena fe. En cuanto a los derechos, la exención del pago de los costes que deriven del procedimiento, así como la percepción de las cantidades a su favor reconocidas en el asunto son los principales derechos que surgen para el financiado en este tipo de operaciones.<sup>51</sup>

**40.** Ahora bien, sin perjuicio de la amplia libertad que confiere a las partes el principio de libertad contractual que impera en el Derecho privado europeo, la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2022, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la financiación privada de litigios responsable<sup>52</sup> propone la aprobación de un contenido mínimo de los acuerdos de financiación de pleitos por terceros en la futura normativa; una propuesta que ya ha suscitado algunas dudas<sup>53</sup> y que, sin duda, será fuente de numerosos problemas. En concreto, la referida Resolución recomienda regular cuestiones tan importantes como son el precio<sup>54</sup>, así como el reparto de los riesgos que comporta la operación de financiación.<sup>55</sup>

**41.** Otro elemento de vital importancia en el marco de los acuerdos para la financiación de litigios por parte de terceros es la posibilidad que puede reservarse el financiador para poder influir de manera directa en el devenir del procedimiento; una facultad que, en ciertos supuestos, podría ser

---

bien, aunque es posible la inclusión de este tipo de cláusulas, tampoco puede afirmarse que sea una realidad necesaria, pues un elemento clave en los acuerdos para la financiación de litigios por terceros es, precisamente, que el financiador no tenga interés en los aspectos sustantivos del pleito; este es un operador que se limita a invertir con la expectativa de obtener un beneficio al finalizar el procedimiento judicial con una sentencia favorable.

<sup>51</sup> PONCIBÓ C., DALESSANDRO, E., *State of play of the EU private litigation funding landscape and the current EU rules applicable to private litigation funding*, op.cit. 66-67.

<sup>52</sup> [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0308\\_ES.html#title2](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0308_ES.html#title2) Último acceso: 4 de abril de 2024.

<sup>53</sup> Al respecto, ya se ha manifestado la “International Legal Finance Association” en una carta pública, de fecha 7 de marzo de 2022, dirigida a la DG de Justicia y Consumidores de la Comisión Europea. Documento accesible en el siguiente enlace: [https://uploads-ssl.webflow.com/5ef44d9ad0e366e4767c9f0c/624e001be42a159b53492bb8\\_ILFA%20-%20Memo%20to%20the%20European%20Commission%20on%20the%20Voss%20Report.pdf](https://uploads-ssl.webflow.com/5ef44d9ad0e366e4767c9f0c/624e001be42a159b53492bb8_ILFA%20-%20Memo%20to%20the%20European%20Commission%20on%20the%20Voss%20Report.pdf) Último acceso: 4 de abril de 2024.

<sup>54</sup> Por lo que respecta al precio y aquí interesa, el art. 14 del Anexo I de la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2022, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la financiación privada de litigios responsable propone limitar la cuantía que pueda recibir el tercero financiador a un porcentaje no superior al 40% de las cantidades reconocidas en el procedimiento. Sobre la limitación de este porcentaje, algunos autores manifiestan que es preciso que entre en juego, precisamente, en materia de acciones de representación a fin de proteger el efectivo resarcimiento de los consumidores afectados (AGULLÓ FERRERAS). Por su parte, alguna otra voz apunta que esta restricción en dicha materia incluso puede beneficiar a este colectivo (SEGURA).

<sup>55</sup> El contenido mínimo viene referido en el art. 12 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2022, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la financiación privada de litigios responsable: “a) las diferentes costas y gastos que el financiador de litigios va a sufragar; b) la parte de las cantidades reconocidas en el procedimiento o la retribución que deban abonarse al financiador de litigios o a cualquier otro tercero, o cualquier otro coste financiero que corra a cargo, directa o indirectamente, de los demandantes o los beneficiarios previstos, o de ambos; c) una referencia a la responsabilidad del financiador de litigios en caso de condena en costas, de conformidad con el artículo 18 de la presente Directiva; d) una cláusula en la que se especifique que las cantidades reconocidas en el procedimiento de las que se deducirá la retribución del financiador se abonarán íntegramente en primer lugar a los demandantes, que podrán posteriormente pagar los importes acordados a los financiadores de litigios en concepto de honorarios o comisiones, conservando al menos los importes mínimos previstos en la presente Directiva; e) los riesgos que asumen los demandantes o los beneficiarios previstos, incluidos: i) la posibilidad de incremento de los costes relativos al litigio y el modo en que esto afecta a los intereses financieros de los demandantes o beneficiarios, o de ambos; ii) las circunstancias estrictamente definidas en las que puede resolverse el acuerdo de financiación por terceros y los riesgos para los demandantes o beneficiarios, o de ambos, en ese supuesto, y iii) cualquier riesgo potencial de condena en costas, incluidas las circunstancias en las que las compensaciones o el seguro relativos a dicha condena no cubran dicha exposición; f) una declaración en relación con la incondicionalidad de la financiación en relación con las fases procesales; g) una declaración de inexistencia de conflicto de intereses por el financiador de litigios.”

perjudicial para la parte financiada. En este sentido, la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2022, propone que las cláusulas que persigan tal objetivo no surtan efectos jurídicos, enunciando, en particular, aquellos acuerdos mediante los cuales se otorgue al financiador la facultad explícita de adoptar decisiones durante el procedimiento o de influir en ellas (por ejemplo, la solución del litigio mediante transacción) o la aportación de capital, o de cualquier otro recurso con valor monetario, en relación con un procedimiento, siempre que esta se encuentre supeditada a la aprobación de su uso específico por parte otros financiadores.<sup>56</sup>

42. Junto a los mecanismos expuestos, la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2022, incorpora un deber de información que recae sobre el financiador, quien deberá suministrar información detallada sobre cualquier acuerdo existente, financiero o de otro tipo, entre el financiador de litigios y cualquier otra empresa relacionada con el procedimiento, así como información detallada sobre cualquier relación pertinente entre el financiador y un demandado en el procedimiento, en particular, aquella que afecte a eventuales situaciones de competencia (art. 13.2 del referido texto).

43. En definitiva, si bien en la actualidad existe plena libertad para las partes en el establecimiento de las condiciones que regirán el contrato que vehicule la financiación de litigios por parte de terceros, de prosperar la normativa en ciernes, la suscripción de este tipo de pactos se verá (mínimamente) regulada.

### III. Problemas específicos que plantea la financiación de pleitos por empresas en el contexto de la Directiva 2020/1828

44. Analizadas las principales características y funciones de los acuerdos para la financiación de litigios por parte de terceros, conviene contextualizar su existencia en el seno de la Directiva 2020/1828, máxime, habida cuenta de que este texto tan solo viene referido a la tutela colectiva de los consumidores. A mayores, con razón en la aplicación de la referida Directiva, también es preciso apuntar a la creación de un nuevo operador jurídico clave en el ámbito del ejercicio de las acciones de representación y, por lo que aquí interesa, de su financiación, estas son, las entidades habilitadas.

45. De conformidad con lo establecido en la Directiva 2020/1828, una entidad habilitada es toda organización u organismo público que represente los intereses de los consumidores y que haya sido designada como tal por un Estado miembro para el ejercicio de acciones de representación con arreglo a la referida Directiva. Entes que, además, van a ser los únicos operadores que tengan legitimación activa para iniciar acciones de representación en nombre de los consumidores a fin de solicitar colectivamente medidas de cesación, medidas resarcitorias, o ambas.<sup>57</sup>

46. En general, estas entidades habilitadas han de ser personas jurídicas, sin ánimo de lucro e independientes constituidas de conformidad con el Derecho nacional del Estado miembro de su designación y demostrar el desempeño público y efectivo de actividades en el ámbito de la protección de los intereses de los consumidores durante doce meses antes de su solicitud de designación. Asimismo, la finalidad de estas organizaciones debe identificarse con la protección de los intereses de los consumidores y no estar influidas por sujetos distintos de los consumidores, en particular, por empresarios, que presenten un interés económico en el ejercicio de cualquier tipo de acción de representación.<sup>58</sup>

47. Por su parte, el legislador europeo no determina si la naturaleza de estos entes ha de ser pública, privada o mixta, ni establece criterio alguno a fin de tomar tal decisión. Lo único que exige es que

<sup>56</sup> Art. 14.2 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2022, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la financiación privada de litigios responsable.

<sup>57</sup> Art. 3 de la Directiva 2020/1828.

<sup>58</sup> Art. 4.3 de la Directiva 2020/1828.

este tipo de entidades deban cumplir con una serie de requisitos mínimos, dejando abierta la posibilidad a los Estados miembro de introducir un estándar de control más elevado.<sup>59</sup>

**48.** Pues bien, por lo que se refiere a la financiación de la actividad propia de las entidades habilitadas, la Directiva 2020/1828 establece la posibilidad de acudir a diversos mecanismos. En primer lugar, la financiación que sostenga el funcionamiento de una entidad habilitada puede provenir de las contribuciones de los propios consumidores afectados.<sup>60</sup> En estos supuestos, si se gana la acción de representación interpuesta, de conformidad con lo establecido en la mayor parte de las legislaciones de los distintos Estados miembro en materia de costas, será posible trasladar los costes del litigio a la empresa demandada. Pero, si finalmente la acción no es estimada, será la parte demandante —esta es, la entidad habilitada— la que tenga que sufragar no solo sus propios gastos judiciales, sino las costas del contrario. De aquí que la articulación de la financiación de este tipo de acciones a cargo exclusivamente de las cuotas de los afiliados parezca improbable.

**49.** Junto a la anterior, otras fórmulas que pueden servir para financiar la actividad de las entidades habilitadas son las donaciones de empresarios realizadas en el marco de sus respectivos programas de responsabilidad social o la concesión de ayudas públicas convocadas a tal efecto. Fondos que, con independencia de su procedencia, deberán cumplir con los requisitos de transparencia, independencia y ausencia de conflictos de intereses que impone la referida Directiva.<sup>61</sup>

**50.** Por lo que se refiere a las ayudas públicas, el legislador europeo ha dispuesto que, además de financiación en sentido estricto, se pueden facilitar a estas entidades habilitadas distintos medios de apoyo estructural y otro tipo de medios para que desarrollen su actividad. Algunos ejemplos en este sentido pueden ser el acceso a asistencia jurídica gratuita, así como la limitación de las tasas judiciales o administrativas que, de ordinario, corresponda. Sin embargo, no exige a los Estados miembros que, necesariamente, tengan que proporcionar apoyo económico a este tipo de organizaciones.<sup>62</sup> Una ausencia de imposición que, al menos en opinión de quien suscribe, restará eficacia al sistema de acciones de representación en aquellos Estados miembro en los cuales el acompañamiento público sea muy escaso o prácticamente inexistente.<sup>63</sup>

**51.** Finalmente, y por lo que al objeto del presente trabajo interesa, la Directiva 2020/1828 establece la posibilidad de acudir a operadores privados a fin de que estos financien las actividades desarrolladas por las entidades habilitadas; una financiación que puede ser continua al objeto de financiar el conjunto de su actividad o afectar solo a la interposición de una concreta acción de representación. Ahora bien, aunque la Directiva 2020/1828 otorgue una gran libertad a cada Estado miembro a la hora de determinar qué mecanismos van a servir para financiar las acciones representativas en sus respectivos territorios, atendiendo al contenido del texto en su conjunto y a pesar de que no lo contemple de manera expresa, en realidad, el legislador europeo asume que este tipo de financiación es un elemento necesario.<sup>64</sup>

---

<sup>59</sup> HODGES, C.C., “Collective redress: the need for new technologies”, *op.cit.*, p. 81. Al respecto, como se verá, el legislador español en la transposición de la Directiva 2020/1828 ha optado por no añadir mayores requisitos de control que los mínimos contenidos en la referida Directiva.

<sup>60</sup> En opinión de AGULLÓ, y sin perjuicio de exista financiación por parte de terceros o ayudas públicas, la financiación a través de cuotas abonadas por parte de los consumidores afectados resulta óptima sin que, en ningún caso, suponga un obstáculo para garantizar el acceso a la justicia por parte de este colectivo. En AGULLÓ AGULLÓ, D., “The Interplay of Data, Consumer and Private International Law Rules in the Area of Collective Access to Justice in the European Union,” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14, n.º. 2, 2022, pp. 80-81.

<sup>61</sup> Considerando (52) de la Directiva 2020/1828.

<sup>62</sup> Considerando (70) y art. 20.2 de la Directiva 2020/1828.

<sup>63</sup> No obstante, no puede obviarse que valerse de manera exclusiva de la financiación pública podría comportar, asimismo, notables ineficiencias. Al respecto, señala GASCÓN INCHAUSTI que: “si, al final, el funcionamiento acaba dependiendo del apoyo público que reciban las entidades habilitadas, llega un momento en que puede considerarse redundante, pues cabría concluir que sería más hacedero crear una superestructura administrativa regulatoria, como el hipotético Defensor del Pueblo Europeo para las acciones de reparación colectivas cuya creación se contempla en el art. 23.8.” En GASCÓN INCHAUSTI, F., “Towards a European System of Collective Redress?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, N.º. 2, 2020, p. 1.321.

<sup>64</sup> HODGES, C.C., “Collective redress: the need for new technologies”, *op.cit.*, p. 73.

52. Así las cosas, habida cuenta de que, como se ha expuesto, el mercado de la financiación de litigios es un mercado en plena expansión internacional y de que la financiación de las acciones de representación por parte de empresas es uno de los principales mecanismos a través de los cuales las entidades habilitadas pueden recabar fondos, parece oportuno analizar qué problemas pueden surgir en torno a estos concretos acuerdos de financiación y, de manera correlativa, qué remedios jurídicos propone la Directiva 2020/1828 para hacer frente a los mismos.

### 1. Posibles conflictos de intereses

53. La dificultad más evidente que se observa en torno a la financiación de acciones de representación por parte de empresas es la posibilidad de que existan conflictos de intereses; conflictos que, desde el prisma de la teoría del principal-agente, pueden surgir a distintos niveles entre los múltiples operadores que intervienen en la operación.

54. En efecto, uno de los principales problemas que emergen en este tipo de operaciones es la multiplicidad de relaciones bilaterales interconectadas entre sí a las que este tipo de litigios dan lugar. Así, en un primer nivel, se encuentra el vínculo entre los consumidores y la entidad habilitada que ejerce la concreta acción de representación y, en un segundo, la relación existente entre la propia entidad habilitada y el tercero que financia el procedimiento judicial.

55. Ahora bien, dado que el fin último que persigue la Directiva 2020/1828 se identifica con la tutela de los derechos de los consumidores, las cuestiones que van a preocupar al legislador europeo van a ser aquellas relacionadas con los posibles conflictos de intereses que puedan surgir en torno a este colectivo; conflictos que pueden emerger, bien de manera directa —con las entidades habilitadas—, bien indirectamente, como sucede con los terceros financiadores.<sup>65</sup>

56. En cuanto al concreto supuesto referido a la interposición de acciones de representación para obtener medidas resarcitorias, la Directiva 2020/1828 establece mecanismos que refuerzan la independencia y la ausencia de conflictos de interés que pudieran surgir desde el punto de vista de la financiación del ejercicio de la acción<sup>66</sup>. Así, los Estados miembros deben garantizar en sus respectivas legislaciones nacionales que no haya injerencias en el procedimiento por parte de terceros financiadores en el contexto de una acción de representación que pudieran perjudicar a los intereses colectivos de los consumidores afectados por una concreta acción de representación. Igualmente, se obliga a los Estados miembro que no permitan el ejercicio de acciones de representación que incluyan medidas resarcitorias en aquellos supuestos en los que el tercero financiador de la entidad habilitada sea un competidor del financiador<sup>67</sup> o un operador del que dependa el financiador.<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> Los problemas de agencia serán mayores cuanto mayor sea la dimensión de la entidad y más variedad de objetivos persiga. También, las situaciones de conflicto de intereses serán más intensas cuanto mayor sea el número de consumidores representados, pues la posibilidad de que surjan conflictos de interés entre los miembros que forman parte de este colectivo aumenta de manera exponencial.

<sup>66</sup> Aunque sin llegar a criticarlo de manera expresa, cabe señalar que algunos autores consideran que la fiscalización de la financiación “puede detraer energía y recursos de las autoridades en una fase preliminar, relevante y pertinente, pero alejada todavía del fondo del asunto y de la efectiva protección de los consumidores.” En LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M., “La protección de los consumidores y las acciones de representación: una primera aproximación a la Directiva (UE) 2020/1828”, *La Ley*, Nº 9830, Sección Tribuna, 15 de abril de 2021, p. 5/10.

<sup>67</sup> El articulado de la Directiva 2020/1828 no determina si ese competidor tiene que ser un competidor directo o, también, entran dentro del ámbito de aplicación los competidores indirectos en el mismo mercado. No obstante, cabe deducir que, de conformidad con lo establecido en el Considerando (52), el contenido del art. 10 viene referido solo a los competidores directos.

<sup>68</sup> Art. 10.2 de la Directiva 2020/1828. Junto con la imposibilidad de que el financiador sea un competidor directo de la entidad demandada, parece lógico, asimismo, impedir que el tercero financiador sea una organización que dependa del demandado. En el fondo, puede que la verdadera voluntad de este tercero financiador vaya encaminada no tanto a defender los intereses de los consumidores afectados como a tratar de reducir al mínimo posible el impacto económico o reputacional que el ejercicio de la acción de representación pueda tener en la demandada.

57. Desde el punto de vista de la financiación externa, puede haber supuestos en los que la empresa o entidad que financia una concreta acción de representación tenga intereses directos en el ejercicio o resultado del pleito; por ejemplo, porque compite con la demandada en el mismo mercado relevante. En este sentido, la Directiva dispone que, con base en el conflicto de interés existente entre el ente financiador y la empresa demandada, el fin perseguido a través de la interposición de la acción de representación podría no estar alineado con los verdaderos intereses de los consumidores<sup>69</sup>, sino más bien con un interés individual e incluso divergente al de este colectivo —por ejemplo, el importante daño reputacional que supone la mera interposición de la acción—.

58. De confirmarse la existencia de un conflicto de intereses, los Estados miembro deberán prever la posibilidad de tomar medidas adecuadas a fin de depurar ese posible conflicto, por ejemplo, exigiendo a la entidad habilitada que rehúse o modifique la financiación que resulta controvertida. Incluso, la Directiva 2020/1828 dispone la posibilidad de que se le deniegue a la entidad habilitada la legitimación activa para interponer una acción de representación concreta si las situaciones de conflicto de intereses no se resuelven, ello, no obstante, sin que repercuta negativamente sobre el colectivo de consumidores afectado.

59. Junto a la anterior medida, en aquellos supuestos en los cuales surjan dudas fundadas sobre la existencia de un posible conflicto de interés, las entidades habilitadas deberán comunicar al órgano judicial o administrativo que resuelva un resumen financiero en el que consten las fuentes de financiación que soportan la concreta acción de representación que se pretende iniciar.<sup>70</sup>

60. Tampoco pueden obviarse los intereses que la propia entidad habilitada puede tener en relación con la interposición de una acción de representación en función de su carácter temporal y de su alcance, esto es, si la entidad se trata de una organización general que representa los intereses de los afectados de manera estable —en cuyo caso puede tener intereses distintos del colectivo representado, por ejemplo, obtener un aumento del número de miembros, lograr una mejor reputación en el mercado u obtener mejor financiación pública— o si, por el contrario, ha sido creada *ad hoc* para tramitar un único procedimiento en materia de acciones de representación.<sup>71</sup>

61. En estos casos, los posibles incentivos para actuar de manera no alineada con los intereses propios del colectivo representado para actuar por parte de la entidad de naturaleza permanente y de alcance general podrían ser mucho mayores que en los supuestos en los que dicha entidad es creada de manera *ad hoc*, máxime, si la organización general y estable goza de una suerte de monopolio. En este sentido, resulta apremiante que exista una competencia efectiva entre varias entidades de representación, ya sean de naturaleza estable o *ad hoc*, de alcance general o solo de una parte de los afectados, pues la posibilidad de perder clientes que pudieran acudir a otra entidad actuaría como un claro incentivo de cara a servir sin interferencias a los intereses del colectivo representado.<sup>72</sup>

## 2. El número de entidades con legitimación activa para iniciar acciones de representación

62. En efecto, la cuestión relativa a cuál va a ser el número de entidades que van a poder interponer acciones de representación resulta crucial para cumplir con el fin último que pretende conseguir

<sup>69</sup> Considerando (52) y art. 4.3 e) de la Directiva 2020/1828.

<sup>70</sup> Art. 10, apartados 3 y 4, respectivamente, de la Directiva 2020/1828.

<sup>71</sup> KESKE, S., et al, “Financing and group litigation”, *New trends in financing civil litigation in Europe. A legal, empirical and economic analysis* (M. Tuil & L. T. Visscher (Eds.), Edward Elgar, 2010, p. 186; VAN DEN BERGH, R. J., “Enforcement of consumer law by consumer associations”, *Essays in the law and economics of regulation. In honour of Anthony Ogus* M. Faure & F. Stephen (Eds.), 2008, p. 294; MILLER, G., “Group litigation in the enforcement of tort law”, *Research handbook on the economics of torts* J. H. ARLEN (Ed.), Edward Elgar, 2013, p. 271.

<sup>72</sup> VAN DEN BERGH, R. J., “Enforcement of consumer law by consumer associations”, *op.cit.*, p. 294.



la Directiva 2020/1828: satisfacer los intereses de los consumidores perjudicados que deriven de hechos que supongan una violación del Derecho de la Unión. Al respecto, cabe realizar las siguientes precisiones desde el punto de vista del funcionamiento del este futuro mercado.

**63.** Tan perjudicial puede ser permitir la entrada al mercado de un elevado número de entidades de representación como restringirlo al máximo, por ejemplo, a través de la designación de una sola entidad u organismo con legitimación activa para iniciar una acción de representación en un caso determinado. En el primero de los supuestos planteados, la ausencia de cualquier tipo de barrera de entrada en el mercado de la interposición de acciones de representación, si bien supondría una tendencia de precios a la baja por la fuerte competencia entre entidades de representación, podría conducir a la merma de la calidad en los servicios jurídicos prestados a los consumidores y, en última ratio, a la insatisfacción de los fines previstos en la Directiva 2020/1828. Por su parte, la instauración de un único operador con legitimación activa podría suponer la aparición de precio monopolístico, perjudicando, así, el excedente de los consumidores afectados.

**64.** Expuesto lo anterior, parece razonable concluir que la solución pasa por designar a diversos operadores como entidades habilitadas para iniciar acciones de representación ante los tribunales. En este supuesto, a su vez, será preciso determinar qué tipo de barreras de entrada al mercado de las acciones de representación pueden establecerse que resulten más apropiadas a fin de no restar eficiencia al conjunto.

**65.** Si se opta por la imposición de condiciones excesivamente restrictivas —tales como una suerte de “*merit test*”<sup>73</sup> o “prueba de posibilidades”— puede que el problema que plantea la teoría del principal-agente entre los representados y su abogado o la existente entre los representados y la entidad se viera debilitado con razón en la ventaja informativa que supone la realización de este cribado inicial. Sin embargo, la escasez de litigios previos y la casi inexistente muestra de precedentes en la materia podría comprometer, ya no solo la habilitación de este tipo de entidades —y, por tanto, la propia tutela judicial efectiva de los consumidores como colectivo, no de manera individual—, sino conducir a la existencia de solo unas pocas y, por consiguiente, a una competencia menos efectiva entre ellas —lo cual es sinónimo de mayores precios y, posiblemente, de una peor prestación de los servicios jurídicos—.

**66.** Frente a esta opción, el establecimiento de condiciones menos restrictivas y su acreditación por parte de un organismo administrativo o judicial podría resultar mucho más eficiente. Algunos de estos requisitos podrían ser la comprobación de la experiencia previa tanto de la entidad como de los letrados a cargo en el ámbito de la defensa de los consumidores y usuarios o el alcance de representación del colectivo afectado y la confianza que ofrezca la entidad.

**67.** En línea con lo expuesto, si bien la presencia en el mercado de un cierto número de entidades habilitadas para interponer acciones de representación incentivaría la competencia en precio y en la calidad del servicio a fin de atraer a los consumidores afectados, si este número es demasiado pequeño podría, por el contrario, coadyuvar a la aparición de conductas colusorias y perjudicar, en última instancia, la competencia efectiva en este mercado.

**68.** Junto a los problemas antes planteados, otro de los desafíos que se presenta ante la incorporación de las acciones de representación en el territorio europeo es la posibilidad de que las entidades habilitadas incurran en un uso excesivo y/o abusivo de este tipo de instrumentos a su favor y que ello suponga un perjuicio para los consumidores.<sup>74</sup>

<sup>73</sup> El “*merit test*” es un instrumento cuyo uso está ampliamente extendido en el ámbito de la asistencia jurídica gratuita en países de tradición anglosajona. El mismo sirve para evaluar las posibilidades de éxito del caso a través del análisis de las pruebas aportadas y de la legislación aplicable, valorando, asimismo, si la interposición de la reclamación judicial puede comportar beneficios para la sociedad en su conjunto y no solo ventajas a nivel individual.

<sup>74</sup> Frente al problema que comporta este posible uso excesivo o abusivo de las acciones de representación, la doctrina coincide en que el mecanismo jurídico más eficaz para hacer frente al mismo es la imposición de fuertes controles de transparencia

69. Estas conductas se pueden identificar con la interposición de demandas con escasa viabilidad jurídica de éxito al único objeto de forzar a la demandada a aceptar un acuerdo extrajudicial<sup>75</sup> y zanjar la vía judicial, con el correspondiente ahorro del coste reputacional, de medios y de tiempo que ello supone. Precisamente, como ya se ha expuesto, la existencia de este tipo de disfunciones es una de las principales preocupaciones que el legislador europeo ha mostrado a la hora de abordar la incorporación de instrumentos de litigación colectiva en el acervo de Derecho europeo, esto es, de cualquier mecanismo que pudiera recordar a las *class actions* americanas.<sup>76</sup>

70. Ahora bien, a pesar de que esta dinámica sea posible desde un punto de vista teórico, no parece que sea tan probable en la práctica.<sup>77</sup> En efecto, la aparición de comportamientos abusivos por parte de grandes despachos de abogados americanos no necesariamente tiene que explicarse con razón en la existencia de una estrategia —o chantaje— para presionar a las empresas demandadas por daños provocados a los consumidores a llegar a un acuerdo extrajudicial —con frecuencia, todo sea dicho, muy oneroso para los letrados—. Puede que las razones que expliquen la presencia de este tipo de conductas obedezcan a un conjunto de factores que se dan en la legislación norteamericana, tales como la posibilidad de reclamar daños punitivos<sup>78</sup> o la “American Rule”<sup>79</sup> en materia de costas procesales; elementos que, por su parte, no existen en la tradición del Derecho europeo continental. Por consiguiente, no parece que el temor a un posible recurso abusivo o excesivo a los tribunales mediante acciones de representación sea un verdadero problema en el territorio de la Unión Europea y que la reticencia del legislador hasta la fecha haya sido provocada por otras razones.<sup>80</sup>

---

en materia de la financiación proveniente por parte de terceros. REVILLA GONZÁLEZ, J. A., “Third party litigation funding: un concepto relativamente nuevo y un negocio que crece rápidamente”, *Derecho y proceso, Libro homenaje al profesor Ramos Méndez*, Barcelona, vol. 3, 2018, p. 2125; DAMIÁN MORENO, J., “Consideraciones en torno a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores”, *ADC*, tomo LXXVI, 2023, fasc. III (julio-septiembre), p. 1168.

<sup>75</sup> WAGNER, G. “Collective redress - Categories of loss and legislative options”, *Law Quarterly Review*, vol. 127, 2011, p. 72; HODGES, C. *Note on European Commission green paper on consumer collective redress*, Centre for Socio-Legal Studies, University of Oxford, 2008, p.4.

<sup>76</sup> En tal sentido se muestran tanto la *Resolución de 2 de febrero de 2012* (Considerando M): “2. Pone de relieve los esfuerzos del Tribunal Supremo de Estados Unidos por poner coto al recurso excesivo a los tribunales y al abuso del sistema de demandas colectivas (*class actions*) y destaca que Europa no debe establecer un sistema de demandas colectivas del estilo del estadounidense u otro sistema que no respete las tradiciones jurídicas europeas;” como la *Comunicación de 11 de junio de 2013* (p.3): “(...) Por consiguiente, no debe generar litigios abusivos ni ocasionar efectos perjudiciales a las partes demandadas, con independencia de los resultados del proceso. Los ejemplos más característicos de efectos adversos de ese género pueden observarse en las *class actions* (demandas colectivas) típicas de los Estados Unidos. El enfoque europeo de la acción colectiva debe por lo tanto tener muy presente la necesidad de prevenir estos efectos negativos y de prever las salvaguardias adecuadas contra los mismos.”

<sup>77</sup> NAGY, C. I., *Collective actions in Europe - A comparative, economic and transsystemic analysis*, Springer, Cham, 2019, p. 37; MILLER, G., “Group litigation in the enforcement of tort law”, *op.cit.*, p. 266; IOANNIDU, M., “Compensatory collective redress for low-value consumer claims in the EU: A reality check”, *European Review of Private Law*, vol. 27, 2019.

<sup>78</sup> En palabras de GASCÓN INCHAUSTI, precisamente el hecho de la exclusión generalizada de los daños punitivos de la tradición jurídica de la Europa continental es uno de los elementos que hace sospechar que la inclusión de la posibilidad de financiar las acciones de representación a través de terceros no sea la “panacea”, toda vez que no facilita a estos obtener beneficios excesivamente cuantiosos. En GASCÓN INCHAUSTI, F., “Hacia un nuevo régimen de acciones colectivas en Derecho español: retos en la transposición de la Directiva 2020/1828”, *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios*, Tirant lo Blanch, 2022, p. 725. Ahora bien, esta exclusión es teórica, pues, en realidad, la Directiva no excluye de manera expresa esta posibilidad. Por su parte, tal y como apunta MORENO GARCÍA, “los problemas que podría plantear la regulación de los daños punitivos en algunos países de la Unión Europea —y en otros no— son los derivados del *forum shopping* al tratar de ejercitarse las acciones transfronterizas en aquellos países que los admitan. En MORENO GARCÍA, L., “La tutela colectiva de los consumidores en la Unión Europea: a propósito de la Directiva 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020”, *Revista de derecho mercantil*, N.º 327, 2023, pág. 6.

<sup>79</sup> En el sistema judicial americano cada parte litigante paga sus propias costas procesales con independencia de quién haya ganado el pleito. Esta norma que rige las costas por defecto y salvo escasas excepciones es la denominada “American Rule”. Frente a esta, la “English Rule” dispone que la parte que pierda será la que haga frente al pago de la totalidad de las costas procesales, tanto las propias como las de la parte contraria, siendo esta la técnica empleada en la generalidad de los Estados miembro.

<sup>80</sup> Como se haya apuntado anteriormente, la presión ejercida por el lobby empresarial contrario a la implantación de esta nueva modalidad de litigación colectiva.

71. A tal efecto, resulta de especial interés la regla general que establece el legislador europeo en torno a la imposición de las costas de las acciones de representación para obtener medidas resarcitorias: la parte que pierda deberá soportar las costas procesales de la vencedora (principio objetivo del vencimiento). No obstante, se prevé la existencia de excepciones a esta regla general de conformidad con lo previsto en el Derecho nacional de cada Estado miembro<sup>81</sup>, prohibiendo, salvo en caso de que exista conducta dolosa o negligente de un concreto consumidor —en cuyo caso sí deberá responder—, que los consumidores individuales afectados deban soportar los costes procesales en los que incurra el procedimiento.<sup>82</sup>

72. Finalmente, frente a los posibles conflictos de intereses detectados por el legislador europeo, para cuya resolución ofrece mecanismos más o menos satisfactorios, se obvia por completo la existencia de otros operadores necesarios para la existencia de cualquier acción de representación que también pueden ser fuente de conflictos de intereses, estos son, los abogados.

73. En cualquier litigio individual, quienes llevan la dirección del pleito —los abogados— actúan como agentes en nombre de su principal —el cliente—. Sin embargo, en su calidad de agentes, estos pueden presentar intereses distintos a los de sus clientes y actuar en su propio beneficio; clientes que, por su parte, carecen de información completa y no pueden controlar íntegramente la actividad llevada a cabo por sus letrados, pues los costes de dicha supervisión serían demasiado elevados. Ahora bien, aunque perjudicial, esta asimetría informativa es mucho más baja en los pleitos individuales que en los pleitos colectivos, tales como las acciones de representación<sup>83</sup>, de ahí que los problemas de agencia que plantea cualquier supuesto imbricado en esta modalidad de pleito sean mucho mayores que en la litigación individual.<sup>84</sup>

74. En definitiva, la Directiva 2020/1828 permite un amplio margen de actuación a los Estados miembro a la hora de determinar la efectiva configuración de la financiación de las acciones de representación de conformidad con lo establecido en sus respectivas tradiciones y ordenamientos nacionales.<sup>85</sup> Lo único que hace es limitarse a imponer reglas de mínimos o límites en torno a las distintas fórmulas que pueden emplearse para encauzar la financiación de este tipo de procedimientos y, en la medida de lo posible, no perjudicar los intereses de los consumidores afectados. Una falta de concreción —o, si se prefiere, de intervención<sup>86</sup>— que, en opinión de quien suscribe, provocará disfunciones en la correcta implantación de las acciones de representación en el territorio de la Unión Europea.

---

<sup>81</sup> En este sentido, y dado que en buena parte de las ocasiones la estimación de las pretensiones aducidas por la demandante en su escrito es parcial, la disparidad en materia de costas que pueda darse en el territorio de la Unión Europea se antoja evidente, pues ese concreto aspecto no está armonizado. Al respecto, *vid.* GASCÓN INCHAUSTI, F., “Towards a European System of Collective Redress?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, N.º 2, 2020, p. 1.320. En similar sentido, MORENO GARCÍA, L., “La tutela colectiva de los consumidores en la Unión Europea: a propósito de la Directiva 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020”, *op.cit.*

<sup>82</sup> Art. 12 de la Directiva 2020/1828.

<sup>83</sup> Precisamente, con razón en la falta de seguimiento efectivo por parte los principales (clientes, afectados, etc.) en el ejercicio de acciones de carácter colectivo resulta mucho más fácil para los abogados actuar en su propio interés (ya sea invertir menos tiempo y recursos en la preparación del pleito u obtener honorarios más elevados), incluso en perjuicio de sus clientes.

<sup>84</sup> COFFEE, J. C., “Class action accountability: Reconciling exit, voice and loyalty in representative litigation”, *Columbia Law Review*, vol. 100, 2000, pp. 378-379; SILVER, C., “Class actions - Representative proceedings”, *Encyclopedia of law and economics. The economics of crime and litigation* (BOUCKAERT & G. DE GEEST (Eds.), Vol. V, Edward Elgar, 2000, p. 215.

<sup>85</sup> En este sentido, la única provisión que efectúa el legislador europeo es la contenida en el art 20 de la Directiva 2020/1828. En STADLER, A., “Are Class Actions Finally (Re)Conquering Europe? Some Remarks on Directive 2020/1828”, *op. cit.*, pp.18-19.

<sup>86</sup> No obstante, hay autores que consideran que el hecho de imponer una serie de requisitos mínimos a las entidades habilitadas para interponer acciones de representación ya supone un grado de intervención elevado. VAN CLEYNENBREUGEL, P., “Private damages actions in EU competition law and restorative justice: towards more streamlined institutional framework?”, *Market and Competition Law Review*, Vol. 3 (2), 2019, pp.34-36.

#### **IV. El (insuficiente) tratamiento de la financiación de las acciones de representación en el Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores**

75. A resultas de la tardía transposición de la Directiva 2020/1828, el Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores (en adelante, “el Anteproyecto de Ley de acciones de representación”) introduce en el ordenamiento jurídico español este novedoso sistema de acciones de representación, principalmente, a través de la inclusión de un nuevo Título IV, en el Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil que lleva por nombre “De los procesos para el ejercicio de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios”.<sup>87</sup>

76. Sin perjuicio de las importantes novedades que comporta la introducción de este nuevo sistema de litigación colectiva<sup>88</sup>, por lo que aquí interesa —la financiación de las futuras acciones de representación—, procede apuntar una serie de cuestiones relevantes, no sin antes adelantar que, tal y como ya se apunta en el título del presente epígrafe, el tratamiento de la financiación resulta a todas luces insuficiente.

77. A mayores de los requisitos que exige el art. 399 de la LEC, el Anteproyecto de Ley de acciones de representación determina que en la propia demanda será necesario incluir un resumen financiero que recoja las fuentes de financiación empleadas para soportar los costes del procedimiento en aquellos supuestos en los que se inicie una acción de representación para obtener medidas resarcitorias. En especial, si hay financiación por parte de terceros, este deberá señalar con claridad su identidad.<sup>89</sup>

78. El prelegislador español ha optado por articular mecanismos de control de la financiación por terceros tanto antes como después de la certificación de la acción. En este sentido, el Anteproyecto de Ley de acciones de representación dispone que, en el primero de los supuestos, se requerirá a la demandante para que renuncie o, en su caso, modifique la financiación controvertida en un plazo no superior a un mes. Si la entidad habilitada no procede en tal sentido, el tribunal sobreseerá el proceso o excluirá del mismo a la entidad afectada, siempre y cuando hubiera concurrido en el mismo otra entidad que no viera afectada por tal conflicto de intereses.

79. Si, por el contrario, la existencia de financiación controvertida surgiera con posterioridad a la certificación de la acción, bien de oficio, bien a instancia de parte, el tribunal deberá resolver lo que

---

<sup>87</sup> El nuevo sistema se trata de un proceso unitario y coherente con los fines que persigue la tutela colectiva de los intereses de los consumidores que, en palabras de GASCÓN INCHAUSTI, “comporta a su vez abandonar la técnica regulatoria previa, que había consistido en establecer especialidades procedimentales para los procesos colectivos dispersas en aquellas sedes de la LEC en que se regulaba el requisito procesal, el trámite o el efecto procesal al que dicha especialidad había de afectar (v.g., al tratar la capacidad para ser parte, la intervención, la competencia territorial, la acumulación de procesos, la cosa juzgada o la ejecución)”. En GASCÓN INCHAUSTI, F., “Algunas claves del Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación de los intereses colectivos de los consumidores”, *Almacén de Derecho*, 17 de febrero de 2023. Accesible en <https://almacenderecho.org/algunas-claves-del-anteproyecto-de-ley-de-acciones-de-representacion-de-los-intereses-colectivos-de-los-consumidores> Último acceso: 4 de abril de 2024.

<sup>88</sup> Sobre los problemas prácticos que plantea el actual modelo español de las acciones colectivas, ORTELLS apunta que uno de los supuestos en los que el sistema muestra más debilidades es en la reclamación de daños en materia de competencia. Igualmente, el mismo autor señala que la financiación de los procesos colectivos es un tema clave que ha influido de manera decisiva en el fracaso del actual sistema de reclamaciones masivas en España. Al respecto, *vid.* ORTELLS RAMOS, M., “Litigiosidad masiva y proceso civil”, *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, Aranzadi, 2017, p. 233 y pp. 239-241, respectivamente.

<sup>89</sup> Art. 844.1 de la LEC conforme a la redacción que ofrece el Anteproyecto de Ley de dicho precepto. Al respecto, FERRERES señala que el precepto resulta insuficiente en tanto que debería incluirse, asimismo, una copia del acuerdo de financiación suscrito con el tercero a fin de dotar de una mayor transparencia al sistema; una valoración que es enteramente compartida por quien suscribe. En FERRERES, A. “La legitimación activa y la financiación de litigios en el Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación”, *Almacén de Derecho*, 28 de febrero 2023. Accesible en <https://almacenderecho.org/53368-2> Último acceso: 4 de abril de 2024.

proceda tras la sustanciación de un incidente de previo pronunciamiento, ello sin que se vean afectados los derechos de los consumidores y usuarios.<sup>90</sup>

**80.** Asimismo, es importante poner de relieve la definición que ofrece el Anteproyecto de Ley de acciones de representación sobre qué situaciones han de ser consideradas como un conflicto de interés: “cuando el tercero que financie el litigio tenga un interés económico en el ejercicio o el resultado de la acción, que pueda apartarla de la protección de los intereses colectivos de los consumidores.” Seguidamente, se determina que, en particular, “existe una situación de conflicto de intereses cuando el demandado sea un competidor del financiador o un empresario o profesional del que dependa el financiador.” Junto a los anteriores supuestos, se añade que: “existe conflicto de intereses si advierte que las decisiones de la entidad demandante, incluidas las relativas a los acuerdos de resarcimiento, están influidas por un tercero que esté financiando el proceso, de un modo que pueda resultar perjudicial para los intereses colectivos de los consumidores y usuarios afectados.”<sup>91</sup>

**81.** En definitiva, cabe concluir que el texto proyectado se limita a transponer, casi literalmente, las previsiones de la Directiva 2020/1828; una Directiva que, por su parte, tampoco aborda con un mínimo de profundidad los problemas que comporta la financiación de este tipo de acciones<sup>92</sup>. Así, se echan en falta criterios adicionales que faciliten al juez la evaluación de la eventual existencia de conflictos de intereses o que abran la posible existencia de estos conflictos<sup>93</sup>, no solo desde la perspectiva de la relación entre la entidad habilitada y su financiador, sino en el resto de las relaciones presentes. También, podría haber resultado oportuno introducir preceptos más exigentes relativos a la fiscalización de los acuerdos de financiación suscritos con terceros, pues la Directiva 2020/1828 lo que impone son mínimos.<sup>94</sup> Igualmente, no se justifica de manera clara por qué las exigencias impuestas en materia de financiación solo aplican en el ámbito de las acciones resarcitorias y no en las de cesación.<sup>95</sup>

**82.** Otra cuestión en materia de financiación de las acciones de representación que deja en el aire el Anteproyecto de Ley, pese a su especial trascendencia, es cuál va a ser la configuración que se adopte en materia de ayudas públicas a fin de hacer frente a la financiación de las acciones de representación. Y es que, ante la posibilidad de financiar el ejercicio de acciones de representación que brinda la Directiva 2020/1828 en su art. 20, el Anteproyecto de Ley el Anteproyecto de Ley de acciones de representación guarda absoluto silencio.<sup>96</sup>

**83.** En este sentido, quizás, el legislador ha pretendido no ubicar este concreto aspecto en el texto del Anteproyecto de Ley el Anteproyecto de Ley de acciones de representación por razones, más

<sup>90</sup> Art. 850, apartados 3 y 4, respectivamente, de la LEC conforme a la nueva redacción que ofrece el Anteproyecto de Ley.

<sup>91</sup> Art. 850.2 de la LEC conforme a la redacción que ofrece el Anteproyecto de Ley.

<sup>92</sup> De hecho, en palabras de GASCÓN INCHAUSTI, el problema de la financiación sigue siendo “el elefante en la habitación”. En GASCÓN INCHAUSTI, F., “Algunas claves del Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación de los intereses colectivos de los consumidores”, *op.cit.* Igualmente, el mismo autor, apunta que, desde el punto de vista de la financiación de litigios, la transposición de la Directiva no presenta mayores dificultades, si bien “no será tan sencillo, en cambio, lograr la eficiencia en la práctica, precisamente, por las trabas que impone la propia Directiva”. En GASCÓN INCHAUSTI, F., “Hacia un nuevo régimen de acciones colectivas en Derecho español: retos en la transposición de la Directiva 2020/1828”, *op.cit.*, p. 724.

<sup>93</sup> Al respecto, es criticable la vaguedad con la que el legislador europeo define qué circunstancias han de ser valoradas para determinar que, efectivamente, existe un conflicto de intereses. GSELL, B., “The new European Directive on representative actions for the protection of the collective interests of consumers – a huge, but blurry step forward”, *Common Market Law Review*, N 58, 2021, p. 1396-1397. Una vaguedad que, como se apunta, no parece haber sido superada por el legislador español.

<sup>94</sup> En este sentido, AGULLÓ defiende que un control más exhaustivo de los contratos de financiación por parte de terceros no debería frustrar el ejercicio de la acción de representación. En AGULLÓ AGULLÓ, D., “Los contratos de financiación de litigios por terceros (*third-party funding*) en España”, *op.cit.*, p. 205.

<sup>95</sup> ZABALLOS ZURILLA, M., “El anteproyecto de ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores: Aspectos clave”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N.º 46, 2023, p. 85.

<sup>96</sup> Nótese que el art. 20 de la Directiva 2020/1828 dispone que, además de financiación económica, los Estados miembro pueden facilitar a las entidades habilitadas distintos medios de apoyo estructural y otro tipo de medios para que desarrollen su actividad; por ejemplo, el acceso a asistencia jurídica gratuita o la limitación de las tasas judiciales o administrativas.

que de técnica legislativa, de voluntad política, dado que perfectamente podría haber incluido alguna previsión modificando la normativa que regula la dotación de ayudas a las organizaciones para la defensa de los consumidores.<sup>97</sup> Ahora bien, dicha omisión no significa que, necesariamente, la financiación de las acciones de representación deba recaer en manos de los financiadores privados. El legislador español ha optado por una vía intermedia entre las opciones que plantea la Directiva 2020/1828 —la financiación exclusiva tanto a través de mecanismos públicos como privados—; una decisión que, además de encajar con el ordenamiento jurídico, se encuentra alineada con la tradición jurídica española (sistemas de naturaleza mixta)<sup>98</sup>.

**84.** Otra de las cuestiones más trascendentes desde el punto de vista de la financiación por parte de terceros sobre la cual la Directiva 2020/1828 y el Anteproyecto de Ley el Anteproyecto de Ley de acciones de representación evitan pronunciarse es si existe la posibilidad de pactar la cuantía que va a percibir ese tercero una vez finalice el litigio.<sup>99</sup> Al respecto, cabe recordar que, aunque en la actualidad exista libertad de pacto, es preciso tener en cuenta lo dispuesto en la referida Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2022<sup>100</sup>, en concreto, la propuesta que recoge la posibilidad de limitar la cuantía que pueda recibir el tercero financiador a un porcentaje no superior al 40% de las cantidades reconocidas en el procedimiento. Habrá que ver qué sucede en el futuro al respecto.

## V. Consideraciones finales

**85.** Si bien la litigación en masa ha experimentado un notable éxito en los Estados Unidos desde hace décadas a través de las denominadas *class action*, este tipo de procedimientos no ha gozado de la misma popularidad en el continente europeo, especialmente en aquellos asuntos relativos a la protección colectiva de los consumidores. Sin embargo, a resultas de la implantación del nuevo sistema de acciones de representación recogido en la Directiva 2020/1828, es probable que esta tendencia cambie y, en los próximos años, se experimente un notable repunte en este tipo de litigación.

**86.** Por lo que aquí ha interesado destacar —la financiación privada de las acciones de representación (*third-party litigation funding*)— el nuevo marco jurídico que plantea la Directiva 2020/1828 contempla diversos remedios para mitigar una de las principales dificultades ante las cuales se enfrenta este nuevo sistema: la posibilidad de que existan conflictos de intereses. No obstante, estas soluciones se plantean de una manera tan abierta que, en última estancia, va a depender de cada Estado miembro cómo se quiera articular esta cuestión. Asimismo, se han analizado los problemas que pueden surgir en

---

<sup>97</sup> “Acaso se pretenda justificar dicho silencio bajo el argumento de que el Anteproyecto no es la norma en la que regular esta cuestión, en la medida en que en aquel se trata, en lo básico, de regular cuestiones de enjuiciamiento, pero podría perfectamente incorporar las previsiones normativas oportunas, mediante la modificación de la LEC o de cualquier otra norma que se considere relevante a tal efecto sobre los mecanismos de financiación contra recursos públicos de las asociaciones de consumidores. No estamos ante un problema de técnica legislativa sino de política legislativa, si se prefiere.”. En FERRERES, “La legitimación activa y la financiación de litigios en el Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación”, *op.cit.* Último acceso el 1 de abril de 2024.

<sup>98</sup> En este sentido, algunas voces se inclinan por la potenciación de la financiación privada como instrumentos complementarios a los recursos públicos. COROMINAS BACH, S., *Procesos colectivos y legitimación. Un necesario salto hacia el futuro*, Marcial Pons, 2018, p.193, MORENO GARCÍA, L., “La tutela colectiva de los consumidores en la Unión Europea: a propósito de la Directiva 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020”.

<sup>99</sup> Son varios los trabajos académicos en los cuales se hace referencia a la ausencia de contenidos, tanto en la Directiva 2020/1828 como en el texto del Anteproyecto de Ley, en materia de pactos de *cuota litis*. Sin embargo, esta omisión se debe únicamente a que la relación que vincula a los clientes (consumidores) con los abogados que litigian no entra dentro del ámbito subjetivo de la normativa en cuestión. Se confunden, pues, dos conceptos que no son sinónimos: los pactos de *cuota litis* (entre los clientes y sus abogados) y el contrato de financiación de litigios por terceros (entre el financiador y las entidades habilitadas).

<sup>100</sup> Entre otros, dicha Resolución viene referida a aspectos tales como la creación de organismos de autorización y supervisión de los terceros financiadores de litigios, los requisitos de capital, ciertos contenidos sobre el fondo del contrato de financiación, las cuestiones relativas a la transparencia o la prevención de conflictos de intereses.

función del número de entidades habilitadas para emprender acciones de representación, pues tanto un número excesivo como un escaso conjunto de estas podría poner en peligro la consecución de los fines previstos en la Directiva 2020/1828.

**87.** Junto a lo antedicho, se ha analizado el contenido del Anteproyecto de Ley de acciones de representación, del cual se ha destacado que tampoco aborda con determinación los problemas que comportará la financiación de este tipo de acciones en el ámbito español. En concreto, se echan en falta criterios adicionales a los dispuestos en la Directiva 2020/1828 que faciliten al juez la evaluación de la eventual existencia de conflictos de intereses o que abran la posible existencia de estos conflictos, no solo desde la perspectiva de la relación entre la entidad habilitada y su financiador, sino en el resto de las relaciones presentes en el ejercicio de la acción. También, podría haber resultado oportuno introducir preceptos más exigentes relativos a la fiscalización de los acuerdos de financiación suscritos con terceros. Igualmente, no se justifica de manera clara por qué las exigencias impuestas en materia de financiación solo aplican en el ámbito de las acciones rescabitorias y no en las de cesación o cómo va a concretarse, finalmente, la financiación pública para garantizar la posibilidad de ejercitar estas acciones.

**88.** De otra parte, es probable que en los próximos años se produzca la consolidación de otro fenómeno íntimamente vinculado a esta nueva modalidad procedimental identificada con las acciones de representación: la financiación de procesos de litigación masiva por parte de terceros como productos altamente sofisticados de inversión-especulación. En este sentido, del tenor del Anteproyecto de Ley de acciones de representación que transpone la Directiva 2020/1828, se deduce que el legislador español parece haber escogido la vía de acometer “una suerte de mercantilización de las acciones de representación” en detrimento de la financiación pública de las mismas.

**89.** Hasta ahora, el procedimiento específico recogido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para encauzar la defensa de los derechos e intereses colectivos de los consumidores y usuarios permitía a las asociaciones de consumidores, en su condición de entidades con legitimación activa, iniciar reclamaciones colectivas ante los tribunales sin asumir los principales costes que comporta este tipo de litigación. Así, era la propia Administración de Justicia la que asumía los gastos vinculados con el llamamiento de afectados, así como aquellos conceptos incluidos a través del reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita a las asociaciones de consumidores.

**90.** Al respecto, es importante recordar que las asociaciones de consumidores más representativas tienen reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita<sup>101</sup>, de manera que prácticamente todos los costes aparejados al ejercicio de este tipo de acciones colectivas en beneficio de los consumidores y usuarios corren a cargo de los Presupuestos Generales del Estado. Conceptos que se identifican con gastos tan importantes como son la inserción gratuita de anuncios o edictos; la exención del pago de depósitos necesarios para la interposición de recursos; la asistencia pericial gratuita en el proceso a cargo del personal técnico adscrito a los órganos jurisdiccionales; la obtención gratuita de copias, testimonios, instrumentos y actas notariales, en los términos previstos en el artículo 130 del Reglamento Notarial o, incluso, la condena en costas si, finalmente, no se estimasen las peticiones solicitadas ante los tribunales.<sup>102</sup>

**91.** Pues bien, partiendo de esta situación, lo que ha venido a hacer el prelegislador español no es otra cosa que desplazar la asunción de estos costes por parte del Estado a las entidades habilitadas para iniciar acciones de representación (que, previsiblemente se identificarán con algunas de las actuales asociaciones de consumidores) y, por ende, a los terceros financiadores, sometiendo, en última instancia, la consecución de los fines previstos en la Directiva 2020/1828 —la tutela colectiva de los intereses y derechos de consumidores y usuarios— a la voluntad de los fondos internacionales y de las empresas

<sup>101</sup> Ex. art. 37 d) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

<sup>102</sup> Arts. 6 y 36.2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

especializadas en litigación. Fondos y entidades que, por su parte, legítimamente perseguirán obtener los mayores beneficios posibles fruto de su inversión y no tanto los de los colectivos vulnerables tutelados por esta normativa.

**92.** En definitiva, será el tiempo el que diga si la implantación de este nuevo sistema de acciones de representación consigue superar los obstáculos que, hasta la actualidad, han tenido que hacer frente los distintos mecanismos de litigación colectiva en el ámbito de la defensa de los intereses de los consumidores. Ahora bien, lo que está claro es que los cambios acometidos en materia de financiación de este tipo de pleitos masa, si bien apunta al surgimiento de un cada vez más poderoso mercado de *third-party litigation*, no augura un buen pronóstico desde el punto de vista de la protección total y efectiva de los consumidores.