

MEMORIA

Premios **Excelencia**

CÁTEDRA FUNDACIÓN
MUTUALIDAD

2023

Trabajos galardonados

● **Primer premio XI Edición, 2023** **03**

LA FINANCIACIÓN DEL ACCESO A LA JUSTICIA
MEDIANTE EL THIRD-PARTY FUNDING Y SUS
IMPLICACIONES EN EL EJERCICIO PROFESIONAL DE
LA ABOGACÍA

Carmen María Serna Forriol

● **Segundo premio XI Edición, 2023** **65**

LOS CRITERIOS ORIENTATIVOS DE LOS COLEGIOS
DE LA ABOGACÍA DESDE LA PERSPECTIVA DEL
DERECHO DE LA COMPETENCIA

Ana María Aido Vázquez

1

La financiación del acceso a la justicia mediante el Third Party Funding y sus implicaciones en el ejercicio profesional de la abogacía.

CARMEN MARÍA SERNA



Carmen María Serna Forriol

Doble grado en Derecho y Relaciones Internacionales bilingüe

Universidad Francisco de Vitoria

Máster Universitario en Acceso a la Abogacía

Universidad Pontificia Comillas (ICADE)



Primer premio

XI Premios Excelencia
Cátedra Fundación Mutualidad
2023

“La Abogacía no es una consagración académica, sino una concreción profesional. Quien no dedique su vida a dar consejos jurídicos y pedir justicia en los tribunales, será todo lo licenciado que quiera, pero abogado, no”.

Libro *El Alma de la Toga*, Ángel Ossorio.

Resumen

¿Se encuentra íntegramente garantizado el derecho a la tutela judicial efectiva en España? ¿Qué salvaguarda se brinda a aquellos justiciables solventes que no son garantes de la Asistencia Jurídica Gratuita por exceder los umbrales exigidos, pero que no pueden asumir litigios y arbitrajes internacionales de extraordinaria envergadura? El derecho a acceder a la justicia, amparado en el artículo 24 de la Carta Magna, entraña que la causa de cualquier persona debe ser oída en igualdad de condiciones, con independencia de los recursos económicos que ostente cada litigante.

Teniendo en consideración que la tutela judicial efectiva es uno de los derechos vertebradores del ordenamiento jurídico español, en el presente trabajo se pretende abordar la reciente tendencia de financiación de litigios y arbitrajes internacionales en España, conocida como *Third-Party Funding* ("TPF"). La finalidad medular se basa en analizar, con un enfoque crítico, las inminentes ventajas que aporta el TPF sobre el ejercicio profesional de la abogacía, así como las posibles amenazas que esta fórmula de financiación presenta en relación con determinados principios rectores del ejercicio profesional de la abogacía y, finalmente, se aportarán las soluciones más pertinentes a las mismas.

Palabras clave: *Third-Party Funding*, TPF, fondo de financiación de pleitos, ejercicio de la abogacía, independencia, autonomía, secreto profesional, recíproca confianza, conflicto de intereses, derecho a la tutela judicial efectiva, arbitraje internacional.

Abstract

Is the right to effective judicial protection fully guaranteed in Spain? What safeguards are provided to solvent litigants who are not entitled to have Free Legal Aid due to exceeding the required thresholds, but are unable to afford substantial international litigation and arbitration cases? The right to access to justice, protected under Article 24 of the Constitution, implies that every person's case must be heard on equal terms, regardless of their financial resources.

Considering that effective judicial protection is one of the fundamental rights in the Spanish legal system, this paper aims to address the recent trend of financing litigation and international arbitration in Spain, known as *Third-Party Funding* ("TPF"). The primary objective is to critically analyze the imminent advantages that TPF brings to the legal profession, as well as the potential threats that this financing model poses to certain guiding principles of the legal profession. Ultimately, the most relevant solutions to these challenges will be proposed.

Keywords: *Third-Party Funding*, TPF, litigation funding, legal profession, independence, autonomy, professional secrecy, mutual trust, conflict of interests, right to effective judicial protection, international arbitration.

Listado de abreviaturas

ADR	Alternative Dispute Resolution (Sistema Alternativo de Disputas).
CC	Código Civil.
CCI	Corte Internacional de Arbitraje.
CE	Constitución Española.
CDAE	Código Deontológico de la Abogacía Española.
CEA	Club Español de Arbitraje.
CIAM	Centro Internacional de Arbitraje de Madrid.
EGAE	Estatuto General de la Abogacía Española.
IBA	International Bar Association.
LA	Ley de Arbitraje.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
NDA	Non-disclosure agreement.
TPF	Third-Party Funding (Tercero financiador).
VG	Verbigracia.

Sumario

1. INTRODUCCIÓN	10
2. JUSTIFICACIÓN Y OBJETIVOS DEL TRABAJO	12
3. THIRD-PARTY FUNDING: CONCEPTO Y REGULACIÓN	13
3.1. Concepto del TPF	13
3.2. Regulación del TPF	13
3.3. La necesidad de regulación del TPF. ¿Cuál debería ser la tendencia a seguir por parte del legislador?	17
3.3.1. Sobre la regulación del deber de revelación	18
3.3.2. Sobre la regulación genérica del TPF	19
4. EL IMPACTO DEL TPF SOBRE EL EJERCICIO PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA EN EL ÁMBITO DE LA LITIGACIÓN	21
4.1. Implicaciones positivas	21
4.2. Implicaciones negativas	22
1. El secreto profesional del abogado	22
2. La autonomía e imparcialidad del abogado	23
3. La recíproca confianza entre abogado y cliente	24
4. El incremento de litigiosidad	25
5. Ausencia de un poder disciplinario con respecto al TPF	25
4.3. Mejoras a realizar	26
1. El secreto profesional del abogado	26
2. La autonomía e imparcialidad del abogado	26
3. La recíproca confianza entre abogado y cliente	28
4. Incremento de la litigiosidad	28
5. Ausencia de un poder disciplinario	29
5. EL IMPACTO DEL TPF SOBRE EL EJERCICIO PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA EN EL ÁMBITO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL	30
5.1. Implicaciones positivas	31
5.2. Implicaciones negativas	32
1. La independencia e imparcialidad del árbitro	32
2. El secreto profesional del abogado	33
5.3. Mejoras a realizar	34
1. La independencia e imparcialidad del árbitro	34
2. Deber de secreto profesional del abogado	36
6. REFLEXIONES CRÍTICAS	38
7. CONCLUSIONES	41
BIBLIOGRAFÍA	45
LEGISLACIÓN CITADA	47
JURISPRUDENCIA CITADA	49
ANEXOS	50

I. Introducción

¿De qué serviría un sistema judicial en el que el doble factor riesgo-coste pesara más en la ecuación que el derecho que ostenta cada litigante a la tutela judicial efectiva, amparado en el artículo 24 de la Constitución Española¹?

Para salvaguardar el derecho de acceso a la justicia, existen diversas fórmulas de financiación externa que tradicionalmente han tenido una amplia aceptación en España. Entre otras, encontramos la contratación de pólizas de seguros de defensa jurídica, la suscripción de préstamos, la Asistencia Jurídica Gratuita o el servicio Pro-Bono.

Sin embargo, en la actualidad, estos sistemas tradicionales de financiación ya no son las únicas alternativas que se presentan. Los países pertenecientes a jurisdicciones del *Common Law* fueron pioneros en implementar el *Third-Party Funding*. No obstante, esta fórmula de financiación ha irrumpido con fuerza en los últimos tiempos en jurisdicciones del *Civil law*. En concreto, en España, se ha experimentado una mayor utilización, a consecuencia de la crisis económica sufrida en 2008 y, sobre todo, a la postre de la crisis ocasionada por la pandemia del Covid-19.

Para aportar una visión pragmática de la inclusión del TPF en España, resulta relevante traer a colación el estudio realizado por el despacho de abogados internacional *White & Case* en 2018², el cual presentó una encuesta realizada a novecientos veintidós abogados especializados en arbitraje internacional, en la que se concluyó que el noventa y siete por ciento de los abogados conocía o había escuchado la fórmula de financiación mediante terceros o TPF en arbitrajes; mientras que en 2015³ se realizó la misma encuesta a setecientos sesenta y tres abogados, y únicamente el cinco por ciento de los mismos se encontraba familiarizado con dicha figura. Ello pone de manifiesto el desarrollo e incremento en la utilización del TPF en España, así como la relevancia y notoriedad del tema elegido para la realización del presente trabajo.

1. Artículo 24.1 CE: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión". Artículo 24.2 CE: "Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia."

2. White & Case LLP. (2018). "2018 International arbitration survey: The evolution of international arbitration". Extraído de:

<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>. Última consulta: 12 de abril de 2023.

3. White & Case LLP. (2015). "2015 International arbitration survey: Improvements and Innovations in International Arbitration". Extraído de: <https://arbitration.qmul.ac.uk/research/2015/index.html>. Última consulta: 12 de abril de 2023.

Por consiguiente, el TPF se presenta en España como una fórmula de financiación novedosa y cada vez más aceptada, que traslada el riesgo económico al tercero financiador, garantizando el acceso igualitario a la justicia a aquellos litigantes solventes que no pueden asumir costes excesivamente elevados en procedimientos judiciales o arbitrales, o que simplemente toman la decisión de acudir a financiación externa por otras razones de índole financiera y estratégica a nivel de negocio. Ello se expuso en el caso *Manuel García Armas y otros v. Venezuela*⁴, en el que el tribunal manifestó que:

“El Tribunal es consciente de que la existencia de financiamiento por terceros no constituye per se prueba de la insolvencia de aquellos que recurren a dicho financiamiento. Ello porque, como remarcan los demandantes, los motivos por los cuales se recurre a financiamiento por terceros pueden ser muy variados, incluyendo simples decisiones comerciales, mayor distribución de riesgos, razones de flujo de caja y otro tipo de motivos que nada tienen que ver con la insolvencia. Pero, naturalmente, dentro de ese abanico de opciones la insolvencia o dificultades financieras son indudablemente algunos de los posibles (y frecuentes) motivos para acudir a financiamiento por terceros”.

Por ello, en este trabajo se llevará a cabo un análisis crítico del debate doctrinal que se plantea:

Por un lado, veremos que gran parte de la doctrina ha venido considerando que el TPF permite el acceso a la justicia a demandas con grandes posibilidades de éxito, a las que se les negaría un recurso legal por la incapacidad económica de los litigantes. Y, en cuanto a aquellos justiciables perfectamente solventes que únicamente acuden al TPF por motivos financieros o estratégicos de negocio, este sector de la doctrina esgrime que, a pesar de tener garantizado previamente el acceso a la justicia, la intervención del TPF aportaría una mayor calidad en el desarrollo del procedimiento judicial o arbitral, ya que, a mayores recursos, mejor defensa se podrá ofrecer.

En cambio, la parte opuesta de la doctrina considera que el TPF incentiva la litigiosidad y vulnera deberes tan fundamentales del ejercicio de la abogacía como la confidencialidad o la independencia del abogado, ya que incluso, defienden que se trata de una fórmula de financiación perniciosa que provoca la intromisión por parte del fondo de financiación de pleitos en el devenir del procedimiento. Se analizarán tales problemas, aportando posteriormente las soluciones más pertinentes a las mismas.

4. Corte Permanente de Arbitraje (2018). Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandada, en el asunto Manuel García Armas y otros v. Venezuela. Caso CPA N.º 2016-08. Página 70, párrafo 243. Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9849_2.pdf. Última consulta: 7 de abril de 2023.

2. Justificación y objetivos del trabajo

La ausencia de trabajos académicos que analizan las implicaciones del TPF sobre el ejercicio profesional de la abogacía, ligado a lo novedosa que resulta su implementación en España, impulsan a seleccionar este tema para contribuir a la laguna existente. Para ello, se pretenderá recopilar las posibles ventajas y desventajas que surgen de la implementación del TPF sobre el ejercicio de la práctica de la abogacía, tanto en procesos judiciales como arbitrales, proponiendo las soluciones más pertinentes a estas últimas.

Desde una perspectiva analítica, este trabajo busca dar visibilidad a una realidad sumamente relevante en el ejercicio de la abogacía, dado que su implementación resulta todavía novedosa en jurisdicciones del *Civil law*. Su interés es inminente, en virtud del incremento que está experimentando la utilización del TPF tanto en procedimientos judiciales como arbitrales, a la postre de las crisis económicas y sanitarias que hemos experimentado en los últimos tiempos.

Asimismo, es conveniente indicar que la finalidad del trabajo no se basa en optar por la defensa a ultranza del TPF, ni por apoyar los argumentos que esgrimen sus detractores. El objetivo medular se centra en analizar ambas posiciones para poner sobre la mesa el hecho de que, hoy en día, la práctica de la financiación mediante terceros puede entrañar potenciales riesgos en la práctica de la abogacía, y por ello, puede ser necesario llevar a cabo un desarrollo normativo.

Para alcanzar tal objetivo, se analizarán las implicaciones del TPF sobre la práctica del ejercicio profesional de la abogacía desde un enfoque original y novedoso, abordando además, la evolución y aportación a otras disciplinas como el arbitraje internacional, mecanismo alternativo de resolución de conflictos que libera actualmente una alta carga de trabajo a los tribunales de justicia y cuya utilización se ha multiplicado en las últimas dos décadas.

A su vez, se analizará cuál debería ser la tendencia de regulación del TPF en el ámbito de la Unión Europea y España, para evitar los posibles conflictos de intereses y la litigiosidad abusiva producto de la oportunidad del litigio o la asignación de retribuciones pecuniarias desproporcionadas a los financiadores.

Finalmente, se abordarán las reflexiones críticas y las conclusiones extraídas del presente trabajo. Y, en los Anexos 1-4, se recopilarán entrevistas realizadas a grandes profesionales de la abogacía y el arbitraje internacional, para aportar un enfoque práctico y realista de las implicaciones del TPF sobre el ejercicio profesional de la abogacía.

3. Third-Party Funding: concepto y regulación

3.1. Concepto del TPF

En palabras de Horodyski y Kierska¹, el *Third-Party Funding* es un método de financiación en el que un tercero sin interés directo en el proceso judicial o arbitral financia a una de las partes en su totalidad o parcialmente, por considerar que ostenta altas probabilidades de éxito.

Los costos financiados pueden incluir las tasas del procedimiento, los honorarios de representación legal, los peritajes o asesorías externas, así como cualquier otro coste derivado del procedimiento judicial o arbitral. Por lo tanto, el alcance financiado se pactará en el contrato de TPF².

Por consiguiente, en caso de que el procedimiento judicial o arbitral finalice con una sentencia o un laudo estimatorio, el financiador recibirá una contraprestación; sin embargo, en caso contrario, se verá abocado a soportar la pérdida sin recibir una remuneración a cambio³.

3.2. Regulación del TPF

En la introducción del presente trabajo se ha apuntado que la financiación de pleitos y arbitrajes internacionales cuenta con un mayor recorrido en las jurisdicciones del *Common law*, siendo de reciente implantación en jurisdicciones del *Civil law* como la española. No resulta casualidad que el origen de la figura del TPF nazca en el mercado anglosajón, donde los gastos del procedimiento pueden confeccionarse como inasumibles para el reclamante. Es por ello que los tribunales procedentes de países de tradición anglosajona ya se han pronunciado con respecto a algunos de los aspectos más conflictivos del TPF en relación con el ejercicio profesional de la abogacía.

1. HORODYSKI, D. y KIERSKA, M. (2017). "Third Party Funding in International Arbitration. Legal problems and global trends with a focus on disclosure requirement". Universidad Jagellónica. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/132335993.pdf>.

2. ALONSO CÁNOVAS, C. (2016). "Third Party Funding: La financiación institucional de Litigios y Arbitrajes", Revista del Club Español del Arbitraje, núm. 26. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7050840>. Última consulta: 13 de abril de 2023.

3. PONCIBÒ, C. y D'ALESSANDRO, E. (2021) "State of play of the EU private litigation funding landscape and the current EU rules applicable to private litigation funding. Research Paper". European Parliamentary Research Service, p. 43. Disponible 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). Última consulta: 11 de mayo de 2023.

Así pues, la Corte Suprema de Kentucky puso de manifiesto en la paradigmática sentencia *Oliver v. Board of Governors*⁴ su preocupación ante la potencial vulneración del principio de independencia del abogado cuando interviene un tercero financiador. En concreto, la sentencia hace constar que: *“este Tribunal opina que la lealtad primaria de un abogado, en la práctica, recaerá en la persona o entidad que le paga”*⁵. Así pues, al ser el fondo de financiación la entidad que sufraga los honorarios, la Corte consideró que la lealtad del abogado recae sobre el fondo y no sobre el cliente, lo cual influiría negativamente sobre la recíproca confianza entre abogado y cliente.

En cambio, es posible encontrar sentencias que se posicionan opuestamente en el debate propuesto en el trabajo. Una sentencia profundamente esclarecedora en este sentido es la que dilucida el caso *Fostif Pty Limited v. Campbells Cash and Carry Pty Limited*⁶, en la que una Corte de Apelación de Australia confirmó que no resulta contrario al orden público que un tercero financiador sufrague los gastos de los litigios con la expectativa de lucrarse, y que los litigios financiados no suponen un abuso en el proceso judicial. En concreto, entendió que *“actualmente se reconoce la utilidad social de los litigios asistidos, y se considera favorable la prestación de asistencia jurídica y financiera como medio para aumentar el acceso a la justicia.”*⁷

Además, ciñéndonos al objeto que nos ocupa en el presente trabajo, cabe indicarse que otro de los casos más relevantes que encontramos en cuanto a las implicaciones del TPF en el ejercicio de la abogacía fue el asunto *Giles v. Thompson*⁸. La Corte falló que el control ejercido por el tercero financiador no constituye per se una injerencia sobre el litigio y, por tanto, abogó que el TPF es una fórmula de financiación que permite el acceso a la justicia, y que no tiene por qué suponer una intromisión sobre el ejercicio profesional de la abogacía.

4. Corte Suprema de Kentucky. (1989). Sentencia *Oliver v. Board of Governors*. 779 S.W.2d 212. Disponible en: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/fedred38&div=34&id=&page=>. Última consulta: 12 de mayo de 2023.

5. Versión original: *“an attorney’s primary loyalty will, as a practical matter, rest with the person or entity who pays him”*.

6. Corte de Apelación de Australia. (2005). Sentencia *Fostif Pty Limited v Campbells Cash and Carry Pty Limited* NSWCA 83. Disponible en: <https://nswlr.com.au/view/63-NSWLR-203>. Última consulta: 11 de mayo de 2023.

7. Versión original: *“The considerations of public policy which once found maintenance and champerty so repugnant have changed over the course of time. The social utility of assisted litigation is now recognized, and the provision of legal and financial assistance viewed favorably as a means of increasing access to justice.”* Ibid.

8. Cámara de Lores de Reino Unido. (1993) Sentencia *Giles v. Thompson*. Caso HL/PO/JU/18/253 del 26 de mayo de 1993. Disponible en: https://harbourlitigationfunding.com/wp-content/uploads/2015/07/giles_v_thompson_ukhl_2_26_may_1993.pdf. Última consulta: 20 de mayo de 2023.

Y, en la misma línea, la Corte de Apelación de Inglaterra se pronunció en 2005, en el seno del caso *Arkin v. Borchard Lines*⁹, reconociendo al TPF como una fórmula de financiación válida, valorando su contribución al acceso a la justicia.

En cambio, no es difícil apreciar que el marco legal y jurisprudencial de las implicaciones del TPF sobre el ejercicio de la abogacía de España no está tan desarrollado. Al encuadrarse en un sistema de *Civil law*, el ordenamiento jurídico español no cuenta con una regulación *stricto sensu* sobre los TPF, salvo sucintas referencias en normativa de arbitraje¹⁰. No obstante, ello no obsta a su irreprochable legalidad, dado que los contratos de TPF no son contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público y, por tanto, no contravienen lo consagrado en el artículo 1.255 CC¹¹. De ello, podemos deducir que en España rige la autonomía de la voluntad de las partes en la confección de los contratos de TPF.

Y, en aquello que no hayan pactado las partes, el artículo 4.1 del Código Civil ("CC") reza que *"procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón"*.¹² Por consiguiente, es imprescindible identificar figuras en las que se aprecia identidad de razón con respecto del contrato de TPF, para valorar si procede la aplicación analógica de su normativa en aquellos extremos no pactados *ex consensu*.

Sin perjuicio de diversas particularidades, varios autores han asociado la naturaleza jurídica del TPF con el contrato de cuentas en participación, así como del préstamo parciario¹³. Por tanto, cabría aplicar por analogía las normas que regulan estas dos figuras en aquellos extremos no pactados, ya que el contrato de TPF ostenta cierta naturaleza asociativa y sinalagmática, de igual

9. Corte de Apelación de Gales e Inglaterra. (2005) Sentencia *Arkin v Borchard Lines*. EWCA Civ 665. Disponible en:

<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2005/655.html>.

Última consulta: 25 de mayo de 2023.

10. En concreto, la recomendación sexta del Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español de Arbitraje (CEA), el artículo 11.7 del reciente Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y el artículo 23 del Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM) ponen de relieve el deber que tienen las partes de revelar si han recibido fondos u obtenido financiación de un tercero en todo o en parte del procedimiento, deber que se analizará en profundidad en el apartado V del presente trabajo, por las implicaciones que irradia en referencia al ejercicio profesional de la abogacía.

11. Artículo 1.255 CC: "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público."

Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>.

12. Artículo 4.1 del Código Civil. Disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>.

13. COJO, O. (2014). "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, nº 8. Disponible en:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4891088>. Última consulta: 24 de mayo de 2023.

manera que los contratos de cuentas en participación y del préstamo asociativo y, por lo tanto, comparte una cierta *identidad de razón* con estas dos figuras.

Por las razones mencionadas, este escenario de ausencia de regulación permite afirmar que nos encontramos ante un contrato atípico que se rige por la autonomía de la voluntad de las partes y, en aquellos extremos no regulados por las partes, se aplica por analogía el régimen jurídico de las cuentas en participación o del préstamo participativo, eligiendo uno u otro en virtud de la similitud que presente el contrato en cuestión.

Como es lógico, esta carencia de regulación en referencia al TPF no ha sido ignorada por el mundo académico a nivel internacional. Encontramos especialmente relevante el estudio realizado por Zabloudivová en 2018¹⁴, el cual aseveró que el TPF presenta notorios beneficios para la comunidad arbitral, pero las problemáticas asociadas a su uso en un escenario de desregulación, exige que los ordenamientos jurídicos y la comunidad arbitral insten un desarrollo normativo. Concretamente, indicó en el mencionado estudio que *“la falta de regulación jurídica de la financiación por terceros es bastante problemática, ya que los acuerdos de financiación son cada vez más comunes en la práctica”*.¹⁵

Y, en referencia a la normativa comunitaria existente, encontramos la reciente *Directiva (UE) 2020/1828*¹⁶, cuyo artículo 10 tipifica la financiación de acciones colectivas mediante terceros para la protección de los consumidores. Este artículo regula el deber de revelación de la financiación, lo que a nuestro juicio esconde un enfoque tuitivo de protección de la parte débil (el consumidor) en la relación contractual, ya que el juez procurará que la financiación no perjudique a los representados por la acción colectiva.

Asimismo, el informe *Responsible private funding of litigation*¹⁷ publicado por el Parlamento Europeo en marzo de 2021, pone de manifiesto la necesidad

14. ZABLOUDILOVÁ, K. (2018). "Third-Party Funding in International Commercial Arbitration". Universidad Masaryk, Brno, República Checa. Disponible en: https://is.muni.cz/th/Ig5f9/Zabloudivova_diplomova_prace.pdf.

15. Versión original: "The lack of legal regulation of third-party funding is rather problematic as funding agreements are getting more and more common in practice". Ibid.

16. 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. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=-DOUE-L-2020-81785>.

17. Parlamento Europeo. (2021). "Responsible private funding of litigation". PE 662.612. Autores: Jérôme Saulnier, Klaus Müllerwith Ivona Koronthalyova. European Added Value Unit. Disponible 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). Última consulta: 10 de junio de 2023.

de regulación explícita del TPF para obtener una mayor seguridad jurídica y una financiación responsable. Y, por supuesto, no podemos olvidar la relevante *Resolución del Parlamento Europeo de 13 de septiembre de 2022 con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la financiación privada de litigios responsable*¹⁸, en la que el Parlamento Europeo ha solicitado explícitamente a la Comisión Europea el desarrollo normativo del *Third-Party Funding* mediante la creación de una nueva Directiva.

Por consiguiente, aprovechando que nos encontramos a las puertas de un inminente desarrollo legislativo, en el siguiente apartado se abordará cuál debería ser la tendencia de regulación por parte del legislador.

3.3. La necesidad de regulación del TPF. ¿Cuál debería ser la tendencia a seguir por parte del legislador?

Tras haber abordado el escenario de desregulación existente en España con respecto al contrato TPF, resulta conveniente analizar si sería recomendable llevar a cabo un desarrollo normativo a nivel nacional, y en caso afirmativo, cuál debería ser la tendencia del legislador para salvaguardar pertinentemente los principios pilares del ejercicio de la abogacía.

Dichos interrogantes son sumamente relevantes en cuanto al objeto del trabajo, dado que en la sección cuarta se abordarán las diversas amenazas que desprende el TPF sobre el ejercicio profesional de la abogacía, amenazas existentes, precisamente, por la ausencia de regulación actual.

Ríos Pizarro publicó un artículo académico¹⁹, en el que expuso el problema de desregulación del TPF existente. El autor remarcó que se trata de un vacío legal especialmente relevante por tratarse de una solución eficaz a los problemas de acceso a la justicia, entendiendo que las problemáticas que desprende son fácilmente superables en pro de un bien mayor. Y, en esta línea, diversos autores²⁰ abogan que resulta absolutamente necesario el desarrollo

18. Parlamento Europeo. (2022). "Resolución del Parlamento Europeo, del 13 de septiembre de 2022, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre financiación privada de litigios responsable". (2020/2130). Disponible en:

https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0308_ES.html#title1.

Última consulta: 10 de junio de 2023.

19. PIZARRO, R. (2017). "¿Tres son multitud? Algunas notas sobre el Third Party Funding y su aplicación en arbitrajes comerciales". IUS ET VERITAS, Núm. 54, 236-243. Disponible en: <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201702.012>. Última consulta: 9 de junio de 2023.

20. Véase, en este sentido: HORODYSKI, D. y KIERSKA, M. (2017). "Third Party Funding in International Arbitration. Legal problems and global trends with a focus on disclosure requirement". Universidad Jagellónica; MOSELEY, S. (2019) "Disclosing Third-Party Funding in International Investment Arbitration. Texas Law

normativo del TPF, para fomentar y salvaguardar la transparencia en los procedimientos judiciales y arbitrales.

Así pues, el objeto de la presente sección se basa en dilucidar cuál debería ser la tendencia de regulación desde el prisma de las implicaciones del TPF sobre el ejercicio de la abogacía. En concreto, se realizará, en primer lugar, un análisis crítico y comparativo sobre el deber de revelación en el procedimiento judicial y en el procedimiento arbitral, para concluir si sería favorable legislar acerca del mismo en España. Y, una vez tratada la especificidad, se pretenderá esclarecer, en términos generales, cuál debería ser la tendencia de regulación.

3.3.1. Sobre la regulación del deber de revelación

En primer lugar, resulta fundamental diferenciar el TPF de la cesión de créditos *ex voluntate e inter vivos*, regulada en los artículos 1526 y siguientes del Código Civil²¹.

Mientras que en la cesión de créditos el cesionario se subroga en la posición jurídica del cedente²², en el TPF no se cede la posición contractual, ya que simplemente un fondo financia a una parte, manteniendo las posiciones contractuales. Y, tal y como señala Fernández Masiá²³, si se produjera una transmisión del crédito litigioso, el financiador se convertiría en parte del litigio o del arbitraje, lo cual no sucede en la práctica.

Por consiguiente, si estuviésemos ante una cesión de crédito litigioso, resultaría de aplicación el artículo 1.535 CC²⁴, y con ello, sería inminente el deber de revelación de dicha cesión contractual. En cambio, dado que el tercero financiador no se subroga en la posición contractual, con la ley en la mano no es preceptivo el deber de revelación.

Review". Universidad de Texas. Texas, Estados Unidos; OVERGAARD, C. y TUFTE-KRISTENSEN, J. (2020) "Disclosure of Third-Party Funding in Commercial Arbitration". *Nordic Journal of Commerce Law*, Vol. 2020, Nº 2.

21. Capítulo VII del Código Civil. De la transmisión de créditos y demás derechos incorporados. (Artículos 1526-1536).

22. PANTALEÓN PRIETO, F. (1988), «Cesión de créditos», *Anuario de Derecho Civil*, pp. 1033-1131.

23. FERNÁNDEZ MASIÁ, E. (2016), "La financiación por terceros en el arbitraje internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, núm. 2, pp. 204-220.

24. Artículo 1.535 CC: "*Vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tendrá derecho a extinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que éste fue satisfecho.*

Se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste a la demanda relativa al mismo. El deudor podrá usar de su derecho dentro de nueve días, contados desde que el cesionario le reclame el pago."

No obstante, tal y como se ha expuesto, el artículo 10 de la Directiva (UE) 2020/1828²⁵ regula el deber de revelación de la financiación en el seno de la financiación mediante terceros de acciones colectivas para la protección de los consumidores. Entendemos necesario señalar que, mientras que el deber de revelación en el procedimiento judicial de acción colectiva goza de un enfoque tuitivo (dado que encuentra su fundamento en asegurar que la acción se dirija a la protección de los consumidores y no de un tercero externo al pleito); en materia arbitral, el deber de revelación persigue la igualdad de armas y la integridad del proceso arbitral, dirimiendo los posibles conflictos de intereses con respecto de los árbitros²⁶.

Por ello, descartamos en la jurisdicción ordinaria la necesidad de regulación del deber de revelación, ya que la igualdad de armas inter partes implica que no exista una parte "débil" (como en el caso de los consumidores y usuarios), ni tampoco sería necesario combatir un conflicto de intereses con el órgano juzgador (ya que será el juez predeterminado por ley y que por turno corresponda quien dilucide el fallo de la sentencia que se dicte).

3.3.2. Sobre la regulación genérica del TPF

Asimismo, una vez descartada la necesidad de legislar acerca del deber de revelación en España, cabe abordar si sería necesario legislar de forma genérica el TPF a nivel nacional.

Consideramos que, a pesar de que la tendencia en un sistema perteneciente al *Civil law* es la de regular todo, en el supuesto que nos ocupa consideramos que no es necesaria ni recomendable la regulación del TPF.

Descartamos que sea apropiado regular a nivel nacional porque la existencia de normativa diferenciada por países podría generar situaciones de *forum shopping* para aquellos ordenamientos con una regulación laxa, en comparación con otros que regulen el TPF de manera más estricta o limitada (vg. si España regulase el TPF con limitaciones para los financiadores, los fondos de financiación de pleitos probablemente optarían por no financiar litigios en España, acudiendo a otras jurisdicciones más favorables, a la postre de su ánimo lucrativo).

25. 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. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=-DOUE-L-2020-81785>.

26. WAYE, V. (2007). "Conflicts of Interests between Claimholders, Lawyers and Litigation Entrepreneurs". Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2354846. Última consulta: 9 de junio de 2023.

Por consiguiente, a nuestro juicio, sería conveniente el desarrollo normativo del TPF a través de un instrumento de Derecho de la Unión Europea y no a nivel nacional, en línea con la petición efectuada por el Parlamento Europeo a la Comisión Europea en la citada *Resolución del Parlamento Europeo del 13 de septiembre de 2022*.

Esta propuesta de Directiva ofrece una enorme importancia en relación con el objeto de este trabajo. Entendemos que, en caso de llegar a buen término, brindaría una mayor seguridad jurídica, una financiación responsable, y posibilitaría la disminución del particularismo para el acceso a la justicia dentro de la Unión Europea, simplificando los litigios transfronterizos.

Por ende, si después del largo proceso legislativo que se avecina se logra la regulación adecuada, el TPF se podría utilizar como una fórmula de financiación adecuada para el acceso a la justicia a los ciudadanos y las empresas privadas, erradicando las posibles problemáticas que surgen en torno al ejercicio profesional de la abogacía, las cuales serán analizadas a continuación.

4. EL IMPACTO DEL TPF SOBRE EL EJERCICIO PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA EN EL ÁMBITO DE LA LITIGACIÓN

4.1. Implicaciones positivas

Este apartado tiene como finalidad poner de manifiesto las principales ventajas que desprende el TPF con respecto al ejercicio profesional de la abogacía.

Tal y como se ha indicado, parte de la doctrina asevera que el TPF es una herramienta eficaz en el acceso a la justicia, lo cual desprende ingentes beneficios. En países como Estados Unidos o Inglaterra, la cuantía de los honorarios puede llegar a ser tan elevada que, en ocasiones, se llega a descartar acudir a los tribunales, o incluso, se suscriben préstamos hipotecarios con la finalidad de sufragar los honorarios de los letrados. Y, a pesar de que en España la situación no es tan extrema, en los últimos años se ha venido haciendo uso del TPF para garantizar que ningún ciudadano quede desprovisto de su derecho a la tutela judicial efectiva, amparado en el artículo 24 CE.

Otra inminente ventaja que surge de la implementación del TPF sobre el ejercicio profesional de la abogacía se basa en la posibilidad que se brinda al letrado para garantizar una justicia más eficiente, donde se evite una litigación masa, ya que la entrada de un tercero financiador incrementa la calidad de la defensa. En concreto, el TPF proporciona los fondos necesarios para acceder a mejores recursos, lo cual posibilita una representación legal sólida.

Asimismo, tal y como se podrá observar en la entrevista realizada a D. Paulino Fajardo (aportada como Anexo nº 2), generalmente el financiador no condiciona la dirección técnica del asunto, quedando a la exclusiva responsabilidad del letrado su devenir y, por tanto, no intercediendo sobre los principios de independencia ni autonomía del abogado.

No obstante, dado que la doctrina no es pacífica, en el siguiente apartado se analizarán las implicaciones negativas que puede causar la utilización del TPF sobre el ejercicio profesional de la abogacía. La finalidad es incidir en mayor profundidad sobre las amenazas que pueden surgir, con el objetivo de aportar una serie de medidas, para salvar los riesgos identificados y que pueda ser finalmente una fórmula de financiación favorable para el ejercicio de la abogacía.

4.2. Implicaciones negativas

El traspaso de la tradicional estructura bidireccional entre abogado y cliente, a una relación tripartita fondo-abogado-cliente no es una modificación baladí, dado que parte de la doctrina considera que puede llegar a entrañar serios riesgos sobre el ejercicio profesional de la abogacía.

Tal y como se analizará en la presente sección, la intromisión del TPF puede desprender riesgos sobre: (i) el secreto profesional, (ii) la autonomía e imparcialidad del abogado y (iii) la recíproca confianza que debe primar entre cliente y abogado, sumamente ligada con otros principios fundamentales como la lealtad, la integridad y la buena fe. Además, un cuarto problema se desprende de la posibilidad de propiciar un incremento de litigiosidad, lo cual tendría un impacto significativo sobre el ejercicio de la abogacía, en virtud de la disminución en la calidad del asesoramiento que se requeriría. Y, por último, hallamos un quinto problema, basado precisamente en el hecho de que los terceros financiadores no están sujetos al poder disciplinario del tribunal judicial o arbitral, lo cual inclina a pensar que no existe un ente soberano que supervise, limite o sancione pertinentemente las intromisiones del fondo sobre el ejercicio profesional del abogado.

Las citadas problemáticas se abordarán a continuación, en el mismo orden propuesto:

1. El secreto profesional del abogado

En primer lugar, hemos de tener en consideración que los fondos de financiación de pleitos otorgan financiación cuando se dan tres requerimientos: (i) debe existir una alta probabilidad de obtener una resolución favorable, (ii) la parte demandada debe ser solvente, en búsqueda de obtener una ganancia de retorno, y (iii) debe existir una elevada viabilidad de ejecución en caso de alcanzar una sentencia estimatoria.

Ello entraña una crucial implicación para el ejercicio profesional de la abogacía, dado que para la averiguación de los tres condicionantes arriba referidos se necesita materializar un análisis externo e independiente del litigio, lo cual podría suponer una brecha en la confidencialidad necesaria para las partes litigantes. En concreto, los fondos de financiación de pleitos llevan a cabo un exhaustivo proceso de *due diligence* para conocer cuestiones sumamente delicadas del proceso judicial, lo cual, en la práctica, se materializa mediante la utilización de herramientas de analítica jurisprudencial, las cuales permiten analizar datos, cifras y estadísticas que podrían mermar la confidencialidad del procedimiento.

Tal intromisión en la confidencialidad podría colisionar frontalmente con el deber de secreto profesional del abogado, lo cual resultaría de gran riesgo, por tratarse de uno de los principios rectores del ejercicio de la abogacía. Así lo establecen los artículos 542.3 LOPJ¹, 21.1 EGAE² y 5 CDAE³.

2. La autonomía e imparcialidad del abogado

El segundo riesgo que podría surgir en relación con el ejercicio profesional de la abogacía se basa en la posibilidad de que el tercero financiador condicione la estrategia procesal del abogado, incluso llegando a evitar la finalización amistosa de las disputas para maximizar el beneficio económico⁴. Ello, sin que quepa duda, afectaría negativamente sobre la libertad de actuación del abogado, consagrado bajo los principios de autonomía e independencia. Porque, ¿hasta qué punto un abogado, cuya fuente mayoritaria o única de ingresos que proviene de un fondo de financiación de pleitos, continúa siendo absolutamente independiente y autónomo en el ejercicio de su profesión? ¿No resulta cuanto menos razonable pensar que el tercero financiador se sitúa en una posición privilegiada para conducir el devenir del procedimiento?

Esta posible problemática no conforma una cuestión menor, dado que el principio de independencia es, ni más ni menos, una exigencia del Estado de

1. Artículo 542. 3 LOPJ: *“Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos”.*

2. Artículo 21.1 EGAE: *“1. La confianza y confidencialidad en las relaciones con el cliente imponen al profesional de la Abogacía, de conformidad con lo establecido por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el deber y el derecho de guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligado a declarar sobre ellos.”*

3. Artículo 5.1 CDAE: *“La confianza y confidencialidad en las relaciones con el cliente, ínsita en el derecho de éste a su defensa e intimidad y a no declarar en su contra, impone a quien ejerce la Abogacía la obligación de guardar secreto, y, a la vez, le confiere este derecho, respecto de los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, limitándose el uso de la información recibida del cliente a las necesidades de su defensa y asesoramiento o consejo jurídico, sin que pueda ser obligado a declarar sobre ellos como reconoce la Ley Orgánica del Poder Judicial”.*

4. SPENDER, P. (2008). *“After Fostif: Lingerig uncertainties and controversies about litigation funding”.*

Derecho amparado en los artículos 117.1 CE⁵, 2 CDAE⁶, 1.1⁷ y 47.1⁸ EGAE, 542.2 LOPJ⁹, 2.1 del Código Deontológico de los Abogados Europeos¹⁰ y el principio 1º de los Principios Internacionales de Conducta para la Profesión Jurídica de la IBA¹¹.

3. La recíproca confianza entre abogado y cliente

El hecho de que la tradicional relación bipartita entre abogado y cliente se vea sometida a una modificación, basada en la introducción de la figura de un tercero financiador, podría mermar la recíproca confianza entre abogado y cliente. Esto es así, debido a que el cliente podría temer que la tutela que pretende amparar su representante legal ante un tribunal se vea condicionada por el ánimo lucrativo del fondo.

Estimamos esencial señalar que la recíproca confianza conforma un pilar fundamental del ejercicio de la abogacía, tal y como amparan los artículos 47.2

5. Artículo 117.1 CE: *"La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley"*.

6. Artículo 2.1 CDAE: *"La independencia de quienes ejercen la Abogacía es una exigencia del Estado de Derecho y del efectivo derecho de defensa del justiciable y de la ciudadanía por lo que constituye un derecho y un deber"*.

Artículo 2.2 CDAE: *"Para poder asesorar y defender adecuadamente los legítimos intereses del cliente, debe mantenerse el derecho y el deber de preservar la independencia frente a toda clase de injerencias y frente a intereses propios o ajenos"*.

Artículo 2.3 CDAE: *"La independencia debe ser preservada frente a presiones o exigencias que limiten o puedan limitarla, sea respecto de los poderes públicos, económicos o fácticos, de los tribunales, del cliente, sea respecto de los colaboradores o integrantes del despacho"*.

7. Artículo 1.1 EGAE: *"1. La Abogacía es una profesión libre e independiente, que asegura la efectividad del derecho fundamental de defensa y asistencia letrada y se constituye en garantía de los derechos y libertades de las personas. Los profesionales de la Abogacía deben velar siempre por los intereses de aquellos cuyos derechos y libertades defienden con respeto a los principios del Estado social y democrático de Derecho constitucionalmente establecido"*.

8. Artículo 47.1 EGAE: *"La independencia y libertad son principios rectores de la profesión que deben orientar en todo momento la actuación del profesional de la Abogacía, cualquiera que sea la forma en que ejerza la profesión. El profesional de la Abogacía deberá rechazar la realización de actuaciones que puedan comprometer su independencia y libertad"*.

9. Artículo 542.2 LOPJ: *"En su actuación ante los juzgados y tribunales, los abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa"*.

10. Artículo 2.1 del Código Deontológico de los Abogados Europeos: *"La diversidad de obligaciones a las que el Abogado se encuentra sometido le imponen una independencia absoluta, exenta de cualquier presión, principalmente de aquella que surja de sus propios intereses o de influencias exteriores. Esta independencia es también necesaria para mantener la confianza en la Justicia y en la imparcialidad del Juez. Por lo tanto, un Abogado debe evitar todo ataque a su independencia y velar por no comprometer los valores de la profesión por complacer a su cliente, al Juez o a terceros."*

11. Principio 1º de los Principios Internacionales de Conducta para la Profesión Jurídica de la IBA: *"El abogado deberá mantener su independencia y deberá serle proporcionada la protección que esa independencia confiere en el ofrecimiento de asesoría y representación imparcial a clientes. El abogado deberá ejercer un criterio profesional independiente e imparcial al asesorar al cliente, incluso en cuanto a las probabilidades de éxito del caso"*.

EGAE¹² y 4 CDAE¹³. Este principio se encuentra íntimamente relacionado con la lealtad profesional, el cual requiere un comportamiento honrado por parte del abogado, teniendo las reglas éticas, morales y profesionales como máximas de los deberes deontológicos de la abogacía, que deriva del principio de buena fe. Otro indicativo de la notoria relevancia de este principio en relación con el ejercicio de la abogacía son las numerosas sentencias que ha dictado nuestro Alto Tribunal condenando su incumplimiento (vg. STS de 24 de febrero de 2016¹⁴).

Concretamente, el detrimento en la recíproca confianza entre abogado y cliente puede devenir de la común práctica basada en que el fondo seleccione los abogados encargados de la defensa en el procedimiento judicial, pudiendo incentivar que la lealtad del abogado se forje con respecto del fondo.

4. El incremento de litigiosidad

Parte de la doctrina considera que la utilización del TPF provoca un aumento de litigiosidad. En este sentido, si los fondos de financiación de pleitos utilizasen perniciosamente el TPF como un activo financiero del que extraer una elevada rentabilidad, se abocaría al profesional de la abogacía a litigios con escasa calidad jurídica, también conocidos como pleitos masa.

Ello provocaría que los tribunales de justicia recibieran demandas frívolas y carentes de fundamentación jurídica, que únicamente buscan el lucro del tercero financiador, y no el fundamento medular de su existencia, que es precisamente garantizar la tutela judicial efectiva.

5. Ausencia de un poder disciplinario con respecto al TPF

El quinto riesgo que podría surgir se basa en el hecho de que los terceros financiadores no están sujetos al poder disciplinario del tribunal judicial o arbitral, lo cual induce a pensar que no existe un ente que supervise pertinentemente las intromisiones del fondo sobre el ejercicio profesional del abogado. Y, más importante todavía, que no existe un poder superior que limite ni penalice una hipotética intromisión.

12. Artículo 47. 2 EGAE: *“La relación del profesional de la Abogacía con el cliente debe fundarse en la recíproca confianza”.*

13. Artículo 4 CDAE: *“La relación con el cliente se fundamenta en la recíproca confianza y exige una conducta profesional íntegra, honrada, leal, veraz y diligente.”*

14. La STS 137/2016, 24 de febrero de 2016 condena a una pluralidad de actos que evidencian la deslealtad de un letrado con su cliente, por simular la celebración de un pleito, informando a sus clientes de una sentencia favorable. Disponible en: <https://vlex.es/vid/606972094>. Última consulta: 4 de junio de 2023.

4.3. Mejoras a realizar

Una vez analizados los posibles riesgos que puede desprender la implementación del TPF sobre el ejercicio profesional de la abogacía, cabe preguntarse cómo sería posible erradicar tales amenazas.

1. El secreto profesional del abogado

La primera mejora que proponemos, en referencia al secreto profesional del abogado, se basa en realizar un acuerdo de confidencialidad ex ante.

En concreto, el vigente Código Deontológico de la Abogacía Española estipula en su artículo 5.7 que *“en todo caso, quien ejerce la Abogacía deberá hacer respetar el secreto profesional a cualquier otra persona que colabore con él en su actividad”*. Este precepto podría extrapolarse al tercero financiador, el cual *“colabora”* con la actividad del abogado, dado que la financia y no por ello el abogado quedaría eximido de salvaguardar el secreto profesional para con el fondo.

Mediante la introducción de un acuerdo de confidencialidad o NDA previo al inicio del procedimiento judicial, el fondo de financiación de pleitos se vería posibilitado a realizar la necesaria *due diligence*, dado que su ánimo lucrativo le imposibilita a financiar cualquier tipo de pleito sin atender a las probabilidades de éxito, comprometiéndose mediante el NDA a no divulgar aquella información confidencial.

Es más, en caso de que el fondo de financiación de pleitos incumpliera el deber de confidencialidad pactado en el NDA, sería de aplicación lo preceptuado en el artículo 199 del Código Penal: *“El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses”*. Por consiguiente, las probabilidades de vulnerar la confidencialidad exigible en el procedimiento disminuirían considerablemente, y con ello, el abogado se vería posibilitado a conservar el deber de secreto profesional sin intromisiones.

2. La autonomía e imparcialidad del abogado

En referencia al posible menoscabo de los principios de autonomía e independencia del abogado, sería absolutamente conveniente, *de lege ferenda*, que la normativa comunitaria regulase las posibles sanciones aparejadas a la intromisión de los fondos de financiación de pleitos en el

desarrollo del procedimiento judicial, a fin de que los abogados actúen con absoluta autonomía e independencia.

En concreto, consideramos que el desarrollo normativo que se avecina a nivel comunitario debería tipificar la obligación de que los fondos de financiación se ciñan únicamente al aspecto económico-financiero del procedimiento, sin coartar en ningún caso el ejercicio profesional de la abogacía. Entendemos que sería conveniente que dicho desarrollo normativo fuera parejo a lo amparado en el artículo 9 del *Code of Conduct for Litigation Funders*¹⁵, publicado por *The Association of Litigation Funders of England & Wales* en 2018, el cual aduce que el financiador no puede intervenir en la dirección letrada del pleito, ni darle indicaciones sobre cómo proceder en su labor profesional.

No obstante, la falta de regulación en España en materia TPF impulsa a interpretar que, al no existir una relación contractual entre el abogado y el tercero financiador, el primero no tiene por qué responder a las indicaciones del segundo, en pro de los principios de autonomía e independencia.

Sin embargo, ¿qué ocurriría si, por el contrario, existiera una relación contractual entre el abogado y el tercero financiador? Lo habitual en la praxis es que antes de acudir a la financiación, el litigante ya tenga un abogado adjudicado; sin embargo, hay casos en los que el fondo de financiación de pleitos participa de forma activa en la fase previa del procedimiento judicial, pudiendo llegar a designar al abogado para que se encargue de la defensa del pleito.

En este sentido, entendemos que la Unión Europea debería legislar en la misma línea que Reino Unido en el ámbito de los seguros¹⁶, en cuanto a la libertad de elección del abogado por parte del cliente, evitando que sea el fondo de financiación (la aseguradora en la citada normativa de Reino Unido) quien designe al abogado que le va a representar en el litigio.

15. Association of Litigation Funders of England and Wales. Code of conduct for litigation funders. (2018). Disponible en:

<https://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2018/03/Code-Of-Conduct-for-Litigation-Funders-at-Jan-2018-FINAL.pdf>. Última consulta: 9 de junio de 2023.

16. The Insurance Companies (Legal Expenses Insurance) Regulations 1990 (UK). SI 1990/1159: Esta norma obliga a que los asegurados elijan a sus propios abogados, no permitiendo que los elijan las aseguradoras sin el consentimiento del asegurado. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/1990/1159/contents/made>. Última consulta: 12 de mayo de 2023.

3. La recíproca confianza entre abogado y cliente

Tal y como se ha avanzado anteriormente, resulta imperativo hallar las medidas más eficaces para consagrar la recíproca confianza entre abogado y cliente, mediante la supresión de dudas que le puedan surgir al cliente por la introducción del TPF en cuanto a la tutela que pretende conseguir ante los tribunales. En este sentido, proponemos dos medidas que podrían propiciar que la recíproca confianza entre abogado y cliente se vea intacta:

La primera propuesta se basa en el desarrollo normativo comunitario, ya abordado en la sección tercera del presente trabajo. En caso de que se produjera tal desarrollo normativo, se garantizaría una normativa armonizada a nivel de la UE, lo cual produciría una disminución en los riesgos percibidos por el cliente, dado que la introducción del tercero financiador se encontraría correctamente limitada y regulada por un organismo legislativo supranacional.

No obstante, dado que en la actualidad todavía no se ha producido tal desarrollo normativo, encontramos pertinente buscar otra medida que garantice la recíproca confianza entre abogado y cliente. La medida que proponemos se basa en confeccionar contratos de TPF en los que se limite la intromisión del fondo financiador con respecto al ejercicio profesional del abogado, ya que, si dentro del procedimiento judicial la relación es únicamente bilateral (que no bipartita), la confianza recíproca permanecería intacta.

4. Incremento de la litigiosidad

En cuarto lugar, en referencia al posible aumento de litigiosidad derivado de la recepción externa de financiación, cabe señalar que esta creencia común resulta dudosa en la práctica, precisamente porque la realización de una *due diligence* exhaustiva por parte del fondo de financiación de pleitos impulsa a que únicamente se financien aquellos procedimientos judiciales y arbitrales con altas probabilidades de éxito, ya que un aumento de litigios indiscriminados sería contrario al propio ánimo lucrativo de dichos fondos.

Tal y como indica Ignacio Delgado Larena-Avellaneda¹⁷, abogado e investment officer de *Therium Capital Management* (fondo de financiación que actualmente financia procedimientos judiciales en España), para que al fondo de financiación de pleitos le resulte rentable, debe existir una relación entre la

17. Entrevista extraída de Expansión: "El fondo Therium desembarca en España para financiar pleitos". (2016). Disponible en: <https://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2016/05/18/573cb448468aeb8a798b4615.html>. Última consulta: 14 de junio de 2023.

inversión y la cuantía demandada de uno a diez. Esto se traduce en que, si se requieren trescientos mil euros, el pleito debe ser de, al menos, tres millones. Por consiguiente, el retorno tan elevado que exige el fondo en ningún caso sería compatible con un incremento de litigiosidad indiscriminada.

Por último, en esta misma línea, Jesús Rodrigo Lavilla, abogado del Estado en excedencia y experto en materia de financiación de pleitos, aseveró en el *Congreso Nacional de la Abogacía* celebrado el 9 de mayo de 2016¹⁸ que los casos en los que interviene un TPF son aquellos que resultan atractivos para el fondo que financia, y ello es así cuando la reclamación alcanza, en su conjunto, una cantidad mínima de tres millones de euros. Por consiguiente, consideramos que este hecho vuelve a permitir rechazar el riesgo de un incremento de pleitos masa que merme la calidad jurídica del ejercicio profesional de la abogacía.

5. Ausencia de un poder disciplinario

Por último, en cuanto al riesgo de que los terceros financiadores no estén sujetos al poder disciplinario del tribunal judicial o arbitral; cabe aducirse en este sentido que ya existe jurisprudencia que ha amparado la posibilidad de que los tribunales sí controlen cualquier abuso de poder en el procedimiento. En el asunto *Fostif*¹⁹, el tribunal no tuvo reparo en indicar que existe la posibilidad de condenar en costas al tercero financiador en caso de que exista una intromisión en el devenir del procedimiento. A su vez, el tribunal detalló que el abogado también cuenta con la potestad para frenar la intromisión de los fondos de financiación.

En conclusión, los conflictos deontológicos inherentes a los procedimientos judiciales en los que interviene un TPF podrían llegar a evitarse o resolverse fructíferamente, y la clave redonda en garantizar que los deberes profesionales de la abogacía para con los litigantes prevalezcan sobre las posibles influencias del fondo financiador.

Recomendamos que se indique explícitamente en el acuerdo de financiación dicha preeminencia, en línea con la futura regulación en el ámbito de la UE, para que no quepan interpretaciones dudosas al respecto, ni posibles reclamaciones por parte de los fondos de financiación de pleitos en caso de que el abogado no se ciña a sus indicaciones.

18. Conferencia "Nuevas fuentes de financiación para despachos" impartida por D. Gregorio García Torres y D. Jesús Rodrigo Lavilla, en el Congreso Nacional de la Abogacía celebrado el 9 de mayo de 2016, de 11.00 a 11.45 horas, en la Sala 8.

19. High Court of Australia. Sentencia *Fostif Pty Limited v Campbells Cash and Carry Pty Limited* NSWCA 83. (2005). <https://nswlr.com.au/view/63-NSWLR-203>. Última consulta: 12 de mayo de 2023.

5. EL IMPACTO DEL TPF SOBRE EL EJERCICIO PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA EN EL ÁMBITO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Una vez analizados los posibles impactos del TPF sobre el ejercicio profesional de la abogacía en un procedimiento judicial, resulta pertinente abordar las implicaciones de este sistema de financiación sobre otra disciplina, en concreto, sobre el arbitraje internacional.

En lo que aquí concierne, el arbitraje internacional es un método alternativo de resolución de conflictos que propicia notorias ventajas con respecto al tradicional procedimiento judicial, pero que, por el contrario, desprende inconvenientes que afectan a los justiciables, siendo uno de ellos precisamente el elevadísimo coste que entraña someter una disputa a este ADR. Ello implica que se multiplique el riesgo de sufrir una merma en el derecho de acceso a la justicia, por lo que la utilización del TPF se presenta como una alternativa idónea en el devenir de los arbitrajes internacionales¹.

Para observar gráficamente la onerosidad derivada de someter una disputa al arbitraje, resulta idóneo traer a colación la encuesta realizada por el despacho de abogados internacional *White & Case* en 2015², del que se concluyó que el sesenta y ocho por ciento de los encuestados consideraba que una de las tres desventajas más negativas del arbitraje es precisamente su elevado coste. Ello ha implicado un notorio incremento en la utilización del TPF como fórmula de financiación en arbitrajes en la última década.

A continuación, se abordarán las implicaciones positivas y negativas que podrían surgir sobre el ejercicio profesional de la abogacía en el ámbito del arbitraje internacional, proponiendo soluciones y medidas que permitan que el TPF sirva como una herramienta de financiación que garantice el acceso a la justicia, sin mermar con ello principios fundamentales del ejercicio de la abogacía.

1. FERNÁNDEZ MASIÁ, E. (2016). "La financiación por terceros en el arbitraje internacional". Páginas 204-220. Disponible en:

<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3256/1923>. Última consulta: 12 de abril de 2023.

2. White & Case LLP. (2015). "2015 International arbitration survey: Improvements and Innovations in International Arbitration". Extraído de:

<https://arbitration.qmul.ac.uk/research/2015/index.html>. Última consulta: 12 de abril de 2023.

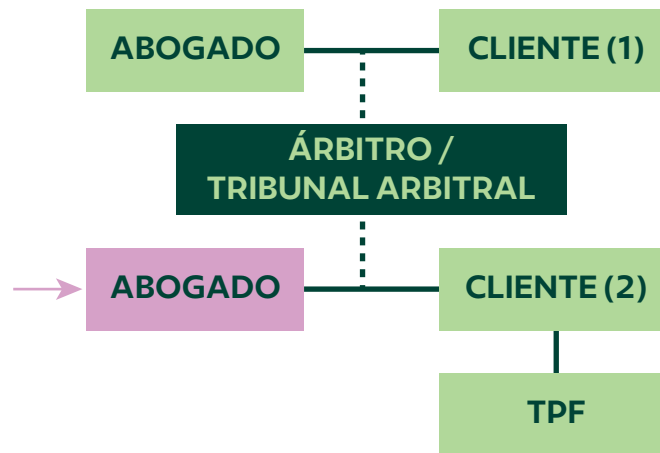


Figura 1. En este esquema simplificado, se puede observar la estructura de un procedimiento arbitral bipartito, conformado por dos abogados (uno por cada parte), y un árbitro o tribunal arbitral que dictará el laudo. Fuente: *Elaboración propia*.

5.1. Implicaciones positivas

Las ventajas que se derivan del uso del *Third-Party Funding* sobre los arbitrajes internacionales son todavía más evidentes que en el procedimiento judicial, dado que, como se ha mencionado, los costes del procedimiento arbitral son notoriamente elevados, y con ello se consigue proporcionar el acceso a la justicia, así como la garantía de brindar una defensa con mejores recursos.

Encontramos especialmente relevante la reflexión formulada por Garg³, autor que relaciona dicho incremento como una respuesta natural del mercado ante las deficiencias en la promoción del acceso a la justicia y los casos meritorios de éxito que, por falta de fondos o de liquidez, no pueden impulsar un proceso en sede arbitral por sí mismos.

Otro autor que ha enfatizado la ventaja del TPF en cuanto a la mejora del acceso a la justicia en procedimientos arbitrales fue Cillóniz⁴, el cual rechazó

3. GARG, M. (2020). "Introducing Third Party Funding in Indian Arbitration: A tussle between conflicting public policies". *NLUJ Law Review* 6(2). Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3574469. Última consulta: 15 de mayo de 2023.

4. CILLÓNIZ, B. (2020). "Implicancias del financiamiento de terceros en el arbitraje". Universidad Nacional Federico Villareal, Lima, Perú. Disponible en: https://www.academia.edu/49343548/IMPLICANCIAS_DEL_FINANCIAMIENTO_DE_TERCEROS_EN_EL_ARBITRAJE. Última consulta: 15 de mayo de 2023.

cualquier tipo de condena a la utilización del TPF, enfatizando la necesidad de promocionar su implementación y su regulación normativa.

A su vez, otro beneficio que se deriva es que la parte financiada evita el doble factor riesgo-coste, dado que es el tercero financiador quien los asume, y como dice el refrán, *“un problema compartido es un problema reducido a la mitad”*.

Sin embargo, transferir a un tercero financiador los riesgos asociados al arbitraje tiene un precio, tal y como se analizará a continuación.

5.2. Implicaciones negativas

Al igual que en el procedimiento judicial, la implementación del TPF en el arbitraje internacional presenta diversas implicaciones de contenido deontológico sobre el ejercicio profesional de la abogacía, tal y como se analizará a continuación:

1. La independencia e imparcialidad del árbitro

Como es bien sabido, el árbitro debe ser tanto independiente como imparcial con respecto a las partes⁵, a los abogados de las partes, a los testigos y, por su puesto, a un tercero financiador.

Concretamente, los artículos 17 LA⁶ y 11 del Reglamento CCI⁷ establecen la obligación de los árbitros de ser y permanecer independientes e imparciales, así como la obligación de revelar aquellas circunstancias que puedan dar lugar a dudas injustificadas sobre dichos principios.

En esta línea, la primera problemática que se presenta se ha cristalizado bajo la posible vulneración de la imparcialidad e independencia de los árbitros al dictar los laudos, dado que, al igual que en los procedimientos judiciales, el beneficio que obtiene el fondo de financiación de pleitos queda supeditado al resultado favorable del laudo arbitral que se dictará.

5. La Declaración Universal de Derechos Humanos esgrime en su artículo 19 que: *“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”*.

6. Artículo 17.1 LA: *“Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial”*.

7. Artículo 11 CCI: *“Todo árbitro debe ser y permanecer imparcial e independiente de las partes en el arbitraje”*.

Tal y como señalan Overgaard y Tufte-Kristensen⁸, en los procesos arbitrales, el principio de independencia de los abogados debe prevalecer sobre cualquier mandato por parte del fondo, sin excepciones.

2. El secreto profesional del abogado

El ya abordado deber de revelación podría lesionar uno de los principios fundamentales de la abogacía: el secreto profesional⁹. Ello se debe a que el tribunal arbitral podrá solicitar al abogado de la parte financiada la información que considere oportuna¹⁰.

No obstante, no es pacífica la doctrina en cuanto a la amplitud del deber de revelación¹¹. Esto se debe a que todavía no hay consenso en la comunidad internacional sobre si las partes del arbitraje deben revelar la financiación por parte de terceros¹². Es más, la tendencia parece no situarse en un deber de revelación obligatoria.

8. OVERGAARD, C. Y TUFTE-KRISTENSEN, J. (2020) "Disclosure of Third-Party Funding in Commercial Arbitration". *Nordic Journal of Commercial Law* No. 2. Disponible en: <https://doi.org/10.5278/ojs.njcl.vi2.6099>. Última consulta: 11 de abril de 2023.

9. En este sentido, KESSEDJIAN, C. asevera que las instituciones arbitrales deberían elaborar unas recomendaciones dirigidas a los tribunales arbitrales en los casos de intervención de un TPF, en las que se estipule el sometimiento del tercero financiador a las reglas de confidencialidad que resulten aplicables para las partes, así como la prohibición de incidir sobre la toma de decisiones de la representación procesal de la parte financiada, "Good Governance of Third Party Funding", (Septiembre de 2014). Disponible en: https://ciaotest.cc.columbia.edu/pbei/vcc/0033574/f_0033574_27354.pdf

10. VON GOELER entiende que la formalización de un contrato TPF no es óbice suficiente para obligar a la parte a desvelar la existencia de ese contrato, y mantiene que sólo si se le requiere una caución, estará obligada a desvelar información sobre la situación financiera íntegramente. Reflexión extraída de "Third-Party Funding and its Impact in International Arbitration Proceedings". (1 de enero de 2016). Disponible online en: International Arbitration Law Library. Disponible en: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/category/international-arbitration-law-library-series/>. Última consulta: 19 de junio de 2023.

11. Así pues, en la encuesta realizada por el despacho White & Case de 2015 "2015 International arbitration survey: Improvements and Innovations in International Arbitration", el setenta y uno por ciento de los encuestados consideraron que la imposición de revelar la totalidad del contrato TPF no resultaba beneficioso. En concreto, el sesenta y tres por ciento de aquellos que no estaban a favor de revelar la totalidad sostuvo que únicamente se debería revelar la identidad del financiador (ya que resulta suficiente para identificar los posibles conflictos de intereses). Disponible en: <https://arbitration.qmul.ac.uk/research/2015/index.html>. Última consulta: 12 de abril de 2023.

12. En el asunto *South American Silver Limited (Bermuda) v. Estado Plurinacional de Bolivia*, el tribunal estimó que se debía revelar la identidad del financiador, rechazando que se desvelara el contenido del contrato TPF.

Requerido	A discreción del Tribunal	No lo regulan
CCI (2021)	AIAC (2021)	JCAA (2021)
CIADI (2021)	ICDR-AAA (2021)	LCIA (2020)
Delos (2021)	Reglas del SIAC (2017)	SCC (2017)
HKIAC (2018)		SIAC (2016)
		KCAB (2016)
		UNCITRAL (2013)

Figura 2. Regulación del deber de revelación en los reglamentos arbitrales. Fuente: The Future of Third-party litigation funding. Estudio de AlixPartners y The Lawyer (2021).

5.3. Mejoras a realizar

1. La independencia e imparcialidad del árbitro

Tal y como se ha manifestado, parte de la doctrina entiende que la existencia de un tercero financiador pone en riesgo la independencia e imparcialidad del árbitro. Sin embargo, el deber de revelación permite que el árbitro tenga conocimiento de la identidad del financiador, posibilitando que este revele aquellos vínculos que sean susceptibles de crear un conflicto de interés.

Por ende, si el deber de revelación permite al árbitro conocer la identidad del fondo y existe entre ellos algún vínculo recopilado en la lista roja no renunciante¹³, este deberá renunciar a su nominación, con la finalidad de salvaguardar los principios de independencia e imparcialidad.

Por ello, numerosos autores como Wolski¹⁴ ratifican que la obligación de revelación deviene directamente del principio de buena fe. Y, en el mismo

13. Las Directrices sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional de la IBA establecen un sistema de graduación de las diferentes conductas y situaciones que rodean a los árbitros. En concreto, clasifican las conductas y situaciones en cuatro listas: lista roja no renunciante, lista roja renunciante, lista naranja y lista verde; con la finalidad de limitar la independencia e imparcialidad de los árbitros. De este modo, si una situación se encuentra recopilada en la lista roja no renunciante (vg. el árbitro es administrador de una sociedad parte), el afectado deberá rechazar la nominación o separarse de la función de árbitro que desempeña. En cambio, la lista roja renunciante recopila una serie de circunstancias por las que se permite que las partes, conociendo explícitamente el conflicto de intereses, puedan manifestar su voluntad de que el árbitro desempeñe sus funciones. Y, si las circunstancias se encuentran recopiladas en la lista naranja, se entiende que las partes aceptan al árbitro si no hacen uso de su derecho a objetar. Por el contrario, la lista verde incluye aquellas circunstancias que el árbitro no tiene el deber de revelar, por no afectar a su independencia ni imparcialidad.

14. WOLSKI, B. (2012). "ADR Ethics: Regulating Disclosure in Mediation", *Int'l J. Private L.*, vol. 5, nº 2. Disponible en: <https://research.bond.edu.au/en/publications/adr-ethics-regulating-disclosure-in-mediation>. Última consulta: 15 de mayo de 2023.

sentido, Dalmalso y Marques¹⁵ argumentan que esta obligación logra prevenir recusaciones frívolas de árbitros y, además, evita el nombramiento de aquellos que no puedan considerarse imparciales o independientes.

A su vez, consideramos que el deber de revelación acarrea otra repercusión ventajosa sobre el procedimiento arbitral: la efectividad del laudo que se emite. Esto es así debido a que, tal y como detalla el artículo 41.1 apartado d) LA¹⁶, uno de los motivos de anulación es el nombramiento de árbitro contrario a la ley y, por tanto, si el árbitro presentase problemas de independencia o imparcialidad, el laudo emitido podría llegar a ser anulado.

Por lo tanto, la medida que se propone es dar cumplimiento al deber de revelación, ya que, si se revela la existencia de un TPF, él mismo tendrá la obligación de poner de manifiesto los vínculos que pudiera ostentar con el tercero financiador, no pudiendo alegar una falta de transparencia ni imparcialidad del árbitro si así lo hace. Ello provoca, además, que las probabilidades de que prospere una acción de nulidad del laudo arbitral sean considerablemente inferiores.

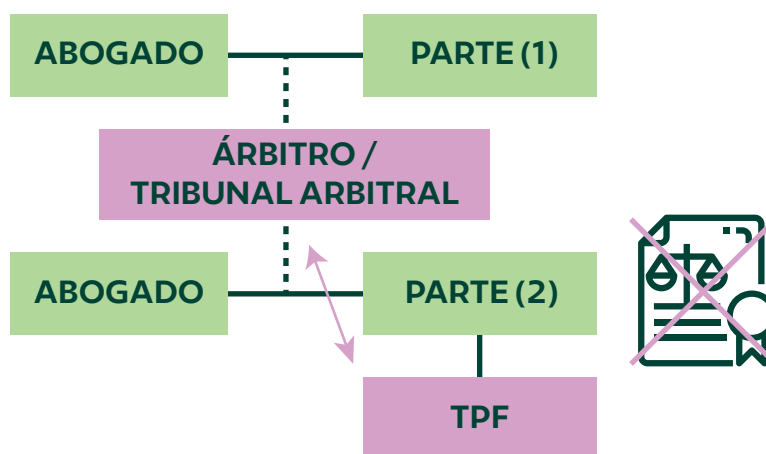


Figura 3. Si el laudo emitido por el árbitro o el tribunal arbitral fuera favorable a la Parte 2, y existía un conflicto de intereses entre el árbitro y el TPF que financia a la misma, el laudo podría ser objeto de una acción de anulabilidad ante el Tribunal Superior de Justicia competente. Fuente: *Elaboración propia*.

15. DALMASO, R. y MARQUES, F. (2020). "Managing Conflict of Interest in International Arbitration: The Role of the IBA Guidelines". Handbook of International Investment Law and Policy. Disponible en: https://www.academia.edu/42994329/Managing_Conflict_of_Interest_in_International_Arbitration_The_Role_of_the_IBA_Guidelines. Última consulta: 15 de mayo de 2023.

16. Artículo 41.1 d) LA: "El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley."

2. Deber de secreto profesional del abogado

En el presente trabajo rechazamos que el secreto profesional se vea vulnerado por la mera revelación de un tercero financiador, dado que el árbitro o tribunal arbitral podrá solicitar la información que considere pertinente al abogado de la parte financiada, sin exceder los límites de la confidencialidad y del secreto profesional que ostenta el abogado.

Por consiguiente, el deber de secreto profesional en ningún caso se ve vulnerado por el tribunal arbitral, puesto que en determinados casos ni tan siquiera existe dicho deber de revelación, y en caso de existir, el límite de la información requerida bajo no podrá sobreponerse al secreto profesional del abogado.

Además, a pesar de que exista una falsa convicción acerca de que los arbitrajes son siempre confidenciales, estos procedimientos no tienen por qué ser a puerta cerrada, pues sólo es así en caso de pactarlo. No obstante, cuando así se acuerda, la confidencialidad queda completamente asegurada, y ello lo convierte en una de las mayores ventajas que presenta este ADR. Este hecho lo ha ratificado la encuesta realizada por el despacho de abogados internacional White & Case en 2018, determinando que el ochenta y siete por ciento de los encuestados consideraba que la confidencialidad es una cuestión sumamente relevante en el arbitraje comercial internacional.¹⁷

Otra implicación relevante en cuanto al deber de secreto profesional del abogado que intervenga en un procedimiento arbitral se funda en la idea recopilada en el informe "*Queen Mary task force on third-party funding in International Arbitration*"¹⁸, el cual pone de relieve que hay ocasiones en las que, para pactar un contrato de TPF, resulta necesario compartir información comercial, dado que el fondo necesita conocer tal información para realizar la *due diligence*. No obstante, según el reporte, se debe procurar alcanzar un balance entre la información confidencial necesaria para el fondo y aquella que no debe ser aportada por colisionar gravemente el deber de secreto profesional que ostenta el abogado.

En esta línea, proponemos que el desarrollo normativo a nivel comunitario sea estricto en cuanto al referido balance, para que el deber de secreto

17. White & Case LLP. (2018). "2018 International arbitration survey: The evolution of international arbitration". Extraído de:

<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>. Última consulta: 12 de abril de 2023.

18. International Council for Commercial Arbitration. (2018). Report of the ICCA – "Queen Mary task force on third-party funding in International Arbitration". The ICCA Report N° 4. Extraído de:

https://www.arbitrationicca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf. Última consulta: 11 de abril de 2023.

profesional del abogado, en último término, sea preservado con absoluto rigor¹⁹.

No obstante, nuestra recomendación para las partes inmersas en el procedimiento arbitral es perfeccionar únicamente aquellos contratos de TPF que incluyan disposiciones que permitan a los abogados mantener cierto grado de confidencialidad, y con ello, el secreto profesional.

19. En este sentido, KESSEDJIAN, C. asevera que las instituciones arbitrales deberían elaborar unas recomendaciones dirigidas a los tribunales arbitrales en los casos de intervención de un TPF, en las que se estipule el sometimiento del tercero financiador a las reglas de confidencialidad que resulten aplicables para las partes, así como la prohibición de incidir sobre la toma de decisiones de la representación procesal de la parte financiada, "Good Governance of Third Party Funding", (Septiembre de 2014). Disponible en: https://ciaotest.cc.columbia.edu/pbei/vcc/0033574/f_0033574_27354.pdf

6. REFLEXIONES CRÍTICAS

Llegados a este punto, aunque se ha tornado inevitable augurar un cierto análisis crítico a lo largo de este trabajo, encontramos conveniente llevar a cabo una revisión crítica sobre el debate que provoca el TPF en referencia al ejercicio profesional de la abogacía.

Se ha analizado que la mejora del acceso a la justicia sigue siendo un reto permanente para la mayoría de las jurisdicciones, y ello se traduce en las reformas sobre reducción de costes en los procedimientos, así como las opciones de financiación. Por tanto, tal y como se ha reseñado a lo largo del trabajo, la justificación medular de la existencia del TPF es, ni más ni menos, que el acceso a la justicia y una mejora de los recursos, lo que deviene en el perfeccionamiento de la defensa letrada.

Sin embargo, se han expuesto posibles riesgos que puede implicar el TPF sobre el ejercicio profesional de la abogacía, a ocasión de la propia estructura tripartita fondo-abogado-cliente, ya que, al ser un fondo de financiación el que sufraga los costes del procedimiento judicial o arbitral, pueden verse comprometidos ciertos pilares del ejercicio profesional de la abogacía.

En esta sección, se pretende aportar un punto convergente en el debate, mediante un ejemplo sencillo y gráfico. La propuesta se basa en considerar la relación tripartita como un "triángulo equilátero": se debería entender que los tres componentes desempeñan un papel esencial sobre el procedimiento judicial o arbitral, pero presentan una importante diferencia entre sí: mientras que las relaciones jurídicas entre financiador-cliente y cliente-abogado se encuentran absolutamente consolidadas, entre el abogado y el tercero financiador no existe una relación jurídica consolidada, dado que sólo comparten la relación mutua que ostentan con el cliente, así como su interés común en obtener una sentencia o un laudo favorable.

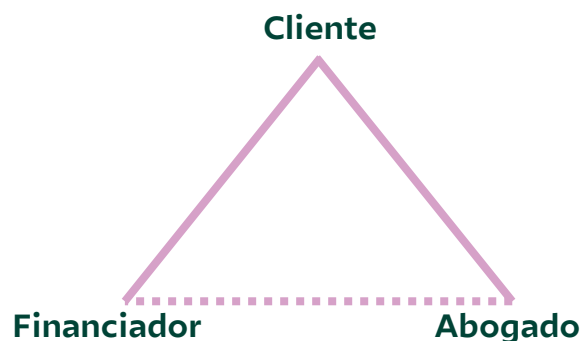


Figura 4. Relación tripartita abogado-cliente-financiador, representado como un triángulo equilátero, en el que la relación cliente-abogado y cliente-financiador se encuentra consolidada (representada con líneas opacas), mientras que entre el financiador-abogado no existe una relación jurídica entre sí (y por ello, la línea está difuminada). *Fuente: Elaboración propia.*

Si se consigue inculcar esta estructura de relación tripartita en los procesos judiciales y arbitrales, los principios profesionales que vertebran la abogacía serían absolutamente respetados, dado que bajo ningún concepto se produciría una intromisión por parte del fondo de financiación sobre el ejercicio de la abogacía. Es más, bajo esta conformación de la relación, aun cuando el tercero financiador ostenta un interés económico inminente en el resultado del pleito o del arbitraje internacional, este no es parte en el procedimiento¹. Con ello, se conseguirán tres puntos claves:

1. Que el tercero financiador no pueda controlar la estrategia procesal del abogado.

El abogado es y debe ser, en todo caso, libre en cuanto a la formación de su criterio y su defensa, con la única servidumbre que implica su función como abogado. Con ello, el tercero financiador deberá adoptar un papel pasivo en los procedimientos judiciales y arbitrales.

Para más inri, si el abogado considerase que no puede actuar con total independencia, en virtud de las reiteradas intromisiones del TPF, deberá cesar en el encargo, en amparo del artículo 2.4 CDAE.²

1. EECHEY, J. (2019). "The Pandora's Box of Third-Party Funding: Some Suggestions for Arbitrators in Light of Recent Developments." *Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration*, ICCA Congress Series, Volume 20: p. 578.

2. Artículo 2.4 CDAE: "La independencia permite no aceptar el encargo o rechazar las instrucciones que, en contra de los propios criterios profesionales, pretendan imponer el cliente, los miembros de despacho, los otros profesionales con los que se colabore o cualquier otra persona, entidad o corriente de opinión, debiendo cesar en el asesoramiento o defensa del asunto cuando se considere que no se puede actuar con total independencia, evitando, en todo caso, la indefensión del cliente".

Por tanto, tal y como se puede apreciar en la *Figura 4*, a pesar de forjar una relación tripartita, el abogado conserva su independencia en el sentido positivo -en cuanto a la autonomía y libertad profesional en la toma de decisiones-, y en sentido negativo -por la absoluta ausencia de injerencia, interferencia ni presiones-.

2. Que el tercero financiador no pueda impugnar el acuerdo transaccional que suscriban las partes, con miras de obtener una resolución que pudiera favorecerle más económicamente.

El fondo no debería estar legitimado para impugnar el acuerdo ni si quiera cuando el acuerdo transaccional que alcancen las partes fuera inferior a lo acordado en el contrato de TPF. En todo caso, se produciría un incumplimiento contractual, dándole derecho al tercero financiador a una indemnización por daños y perjuicios al amparo del artículo 1.091 CC³, lo cual no legitima su intromisión en el derecho de defensa del justiciable ni en la independencia del letrado.

3. Que las relaciones cliente-abogado, cliente-financiador y abogado-financiador queden perfectamente delimitadas.

Para ello, será imprescindible la adecuada redacción de los términos y condiciones del contrato TPF, ya que consideramos que un acuerdo de financiación bien estructurado debería definir los límites y la implicación del fondo de financiación.

De este modo, si se determina prima facie que todas las decisiones relacionadas con el procedimiento judicial o arbitral deben permanecer limitadas al ámbito de actuación del abogado, se respetarían propiamente los principios rectores del ejercicio de la abogacía, ya que el financiador puede transmitir opiniones y recomendaciones, pero en última instancia decidirá el abogado la actuación y estrategia procesal⁴.

3. Artículo 1.091 CC: "Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos".

4. CUTRONA, D. (2019). "Control, disclosure, privilege, champerty and other legal finance ethics questions". Burford Capital Blog. Disponible en: <https://www.burfordcapital.com/insights/insights-container/control-disclosure-privilege-champerty-and-other-legal-finance-ethics-questions-answered/>. Última consulta: 1 de junio de 2023.

7. CONCLUSIONES

PRIMERA. Las crisis económicas sufridas, de la mano de las fuerzas del mercado, han propiciado un aumento en la demanda e implementación del TPF en litigios y arbitrajes internacionales. Por ello, a pesar de que se trata de una fórmula de financiación originada en los sistemas del *Common law*, no es de extrañar que las jurisdicciones del *Civil law* permitan, regulen y fomenten esta fórmula de financiación.

SEGUNDA. La conclusión genérica que se podría extraer del trabajo realizado se basa en que resultan inminentes los beneficios de la financiación de pleitos para los clientes, a quienes se les posibilita emprender acciones legales y salvaguardar su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva; pero también para los abogados, puesto que facilita una mayor calidad en la defensa letrada; y para el sistema judicial en su conjunto, dado que se pretende proteger determinadas situaciones de desamparo o antijurídicas.

Por tanto, la mayor ventaja en términos genéricos es el acceso a la justicia, salvaguardando el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE. Sin embargo, también entraña otros beneficios, como la minimización de riesgos en procedimientos judiciales y arbitrales, así como una mejora en la eficacia y la calidad del sistema judicial e internacional en su conjunto.

Stricto sensu, la intervención de un TPF reporta una mayúscula ventaja, dado que la exhaustiva *due diligence* que realizan los fondos de financiación de pleitos exige que sólo sean objeto de financiación aquellos pleitos y arbitrajes internacionales que gocen de una alta probabilidad de éxito, aportando un alto nivel de sofisticación y eficiencia al sistema judicial en su conjunto, y derrocando la falsa creencia sobre el tráfico de litigios. De ello cabe concluir que los terceros financiadores eliminan las demandas frívolas, vejatorias y sin fundamentos jurídicos, produciendo un menor riesgo de que demandas débiles y oportunistas sean admitidas por un tribunal; lo cual, dada la obstrucción que sufre la Administración de Justicia actualmente, puede llegar a ser una ventaja sustancial.

TERCERA. En cambio, en este trabajo también hemos abordado una serie de amenazas que el TPF entraña para el ejercicio de la abogacía.

Del riesgo que desprende la incorporación de un tercero en el procedimiento judicial y arbitral es posible concluir que existen herramientas eficaces para salvaguardar algunos de los pilares más fundamentales del ejercicio de la abogacía, como son el principio de independencia, autonomía y la recíproca

confianza. Las fórmulas propuestas se basan en el perfeccionamiento de un acuerdo de confidencialidad previo y tripartito, en el desarrollo legislativo por parte de la UE, y en conformar un acuerdo TPF rigurosamente estructurado que impida la intromisión del fondo en el devenir del procedimiento.

Asimismo, en cuanto al presunto riesgo de que no exista un poder disciplinario que controle la actuación del fondo en el procedimiento, se ha enunciado jurisprudencia que ya ha amparado la posibilidad de que los tribunales (e incluso, el abogado) controlen cualquier abuso de poder por parte del fondo, pudiendo sancionar al tercero financiador en caso de entrometerse en el devenir del procedimiento.

Por tanto, se ha conseguido probar a lo largo de este trabajo que, los conflictos deontológicos inherentes a los procedimientos judiciales o arbitrales en los que interviene un TPF pueden evitarse o resolverse, en tanto en cuanto se garantice que los deberes profesionales de los abogados para con los litigantes prevalezcan sobre los deberes contractuales que el abogado pueda ostentar para con el tercero financiador, y ello se deberá redactar minuciosamente en el acuerdo de financiación existente, creando una relación de "triángulo equilátero", tal y como se ha expuesto mediante la *Figura 4*.

CUARTA. En cuanto al deber de revelación de la existencia de financiación por un tercero en el procedimiento arbitral, cabe concluirse que el deber de revelación se desprende directamente del principio de buena fe, salvaguardando el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por un tribunal imparcial, y amparando dos atributos que todo árbitro o tribunal arbitral debe ostentar: la independencia y la imparcialidad.

Al revelar, se conseguirá que las probabilidades de que prospere una acción de nulidad del laudo arbitral sean notoriamente inferiores.

Por tanto, consideramos que la práctica profesional ha demostrado que la obligación de revelación debería ser la norma general, y no la excepción. Esto es así debido a que, si se cumple con el deber de revelación, la financiación mediante terceros no amenazaría la integridad ni transparencia que exige el proceso arbitral.

QUINTA. En cuanto a la regulación del TPF, cabe concluir que en España no existe regulación específica, por lo que se trata de un contrato atípico en el que rige la autonomía de la voluntad de las partes y, en aquellos extremos que no hayan sido pactados, se aplicarán las normas que aplican para el contrato de cuentas en participación y el préstamo participativo.

No obstante, se ha concluido que no resulta necesario legislar a nivel nacional, dado que una regulación por países podría generar situaciones de *forum shopping*. No obstante, recomendamos y entendemos profundamente conveniente el desarrollo normativo en la Unión Europea mediante una Directiva, para propiciar una mayor seguridad jurídica entre los Estados miembros, evitando así que los diferentes niveles de protección entre los Estados den lugar a la búsqueda de un foro de conveniencia en el mercado interior.

SEXTA. Una vez expuestas las implicaciones del TPF sobre el ejercicio profesional de la abogacía, cabe abordar a continuación cinco recomendaciones, para salvaguardar pertinentemente los principios vertebradores:

(i) En el contrato de financiación no se podrán pactar extremos que influyan, en ningún caso, sobre los deberes profesionales y deontológicos de los abogados para con su cliente.

(ii) Se deberá revelar la financiación recibida por el TPF en aquellos procedimientos en los que exista una parte más vulnerable y, por tanto, el procedimiento goce de un enfoque más tuitivo (vg. procedimientos concursales, de consumidores y usuarios, etc.). No obstante, dar cumplimiento al deber de revelación es recomendable, en todo caso.

(iii) Deben prevalecer los derechos y obligaciones que surgen entre abogado y cliente, sobre cualquier intromisión del fondo de financiación, a menos que este último esté apoderado por el cliente.

(iv) La intervención de un tercero que financia el pleito o el procedimiento arbitral no debe ser óbice para salvaguardar el deber de secreto profesional del abogado, por lo que se deberá firmar un NDA previo al inicio del procedimiento.

(v) Por último, resulta más que recomendable el desarrollo legislativo a nivel comunitario, para brindar una mayor seguridad jurídica a la figura del Third-Party Funding, con su consiguiente impacto positivo como garantía del acceso a la justicia.

SÉPTIMA. De todo el análisis crítico realizado en el presente trabajo es posible concluir que el tercero financiador, el cliente y el abogado comparten un interés en común en el litigio, que es precisamente la obtención de una sentencia o laudo estimatorio. Por consiguiente, la propia naturaleza de la configuración tripartita impide que los riesgos expuestos en la mayoría de las

ocasiones tengan cabida (vg. el interés por vencer la disputa judicial o arbitral impide que la información confidencial pierda su carácter de privilegiado).

Consiguientemente, a pesar de que el TPF pueda entrañar numerosos riesgos sobre el correcto ejercicio de la abogacía, se ha visto que esta fórmula de financiación aporta una serie de beneficios que, si son acompañados del pertinente desarrollo legislativo a nivel comunitario y de las medidas propuestas, el mismo se configuraría como una fórmula de financiación absolutamente efectiva para salvaguardar el acceso a la justicia y, por tanto, el derecho a la tutela judicial efectiva.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO CÁNOVAS, C. (2016). "Third Party Funding: La financiación institucional de Litigios y Arbitrajes", Revista del Club Español del Arbitraje, núm. 26.

BEECHEY, J. (2019). "The Pandora's Box of Third-Party Funding: Some Suggestions for Arbitrators in Light of Recent Developments." Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration, ICCA Congress Series, Volume 20.

CILLÓNIZ, B. (2020). "Implicancias del financiamiento de terceros en el arbitraje". Universidad Nacional Federico Villareal, Lima, Perú.

COJO, O. (2014). "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, nº 8.

Conferencia "*Nuevas fuentes de financiación para despachos*" impartida por D. Gregorio García Torres y D. Jesús Rodrigo Lavilla, en el Congreso Nacional de la Abogacía celebrado el 9 de mayo de 2019, de 11.00 a 11.45 horas, en la Sala 8.

CUTRONA, D. (2019). "Control, disclosure, privilege, champerty and other legal finance ethics questions". Burford Capital Blog.

DALMASO, R. y MARQUES, F. (2020). "Managing Conflict of Interest in International Arbitration: The Role of the IBA Guidelines". Handbook of International Investment Law and Policy.

FERNÁNDEZ MASIÁ, E. (2016), "La financiación por terceros en el arbitraje internacional", Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 8, núm. 2.

GARG, M. (2020). "Introducing Third Party Funding in Indian Arbitration: A tussle between conflicting public policies". NLUJ Law Review 6(2).

HORODYSKI, D. y KIERSKA, M. (2017). "Third Party Funding in International Arbitration. Legal problems and global trends with a focus on disclosure requirement". Universidad Jagellónica.

International Council for Commercial Arbitration. (2018). Report of the ICCA – "Queen Mary task force on third-party funding in International Arbitration". The ICCA Report N° 4.

MOSELEY, S. (2019) "Disclosing Third-Party Funding in International Investment Arbitration. Texas Law Review". Universidad de Texas. Texas, Estados Unidos.

OVERGAARD, C. y TUFTE-KRISTENSEN, J. (2020) "Disclosure of Third-Party Funding in Commercial Arbitration". Nordic Journal of Commerce Law, Vol. 2020, N° 2.

PANTALEÓN PRIETO, F. (1988), «Cesión de créditos», Anuario de Derecho Civil, pp. 1033- 1131.

Parlamento Europeo. (2021). "Responsible private funding of litigation". PE 662.612.

PIZARRO, R. (2017). "¿Tres son multitud? Algunas notas sobre el Third Party Funding y su aplicación en arbitrajes comerciales". IUS ET VERITAS, Núm. 54, 236-243.

PONCIBÒ, C. y D'ALESSANDRO, E. (2021) "State of play of the EU private litigation funding landscape and the current EU rules applicable to private litigation funding. Research Paper". European Parliamentary Research Service.

SPENDER, P. (2008). "After Fostif: Lingering uncertainties and controversies about litigation funding".

WAYE, V. (2007). "Conflicts of Interests between Claimholders, Lawyers and Litigation Entrepreneurs".

White & Case LLP. (2015). "2015 International arbitration survey: Improvements and Innovations in International Arbitration".

White & Case LLP. (2018). "2018 International arbitration survey: The evolution of international arbitration".

WOLSKI, B. (2012). "ADR Ethics: Regulating Disclosure in Mediation", Int'l J. Private L., vol. 5, n° 2.

ZABLOUDILOVÁ, K. (2018). "Third-Party Funding in International Commercial Arbitration". Universidad Masaryk, Brno, República Checa.

LEGISLACIÓN CITADA

Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español de Arbitraje (2019).

Código de conducta para fondos de financiación. Publicado por la Asociación de Fondos de financiación de Inglaterra y Gales. (2018).

Código Deontológico de la Abogacía Española. Aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española el 6 de marzo de 2019.

Código Deontológico de los Abogados Europeos. Adoptado en la Sesión Plenaria del CCBE de 28 de octubre de 1988 y modificado en las Sesiones Plenarias de 28 de noviembre de 1998, 6 de diciembre de 2002 y 19 de mayo de 2006.

Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29/12/1978.

Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948.

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.

Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional. Adoptadas por acuerdo del Consejo de la IBA el 23 de octubre de 2014.

Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Principios Internacionales de Conducta para la Profesión Jurídica de la IBA. Adoptados el 28 de Mayo de 2011.

Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Reglamento de Arbitraje del CCI. Vigente a partir del 1 de enero de 2021.

Resolución del Parlamento Europeo, del 13 de septiembre de 2022, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre financiación privada de litigios responsable del Parlamento Europeo. (2020/2130).

The Insurance Companies (Legal Expenses Insurance) Regulations 1990 (UK). SI 1990/1159

JURISPRUDENCIA CITADA

Cámara de Lores de Reino Unido. (1993) Sentencia *Giles v. Thompson*. Caso HL/PO/JU/18/253.

Corte de Apelación de Australia. (2005). Sentencia *Fostif Pty Limited v Campbells Cash and Carry Pty Limited* NSWCA 83.

Corte de Apelación de Gales e Inglaterra. (2005) Sentencia *Arkin v Borchard Lines*. EWCA Civ 665.

Corte Permanente de Arbitraje (2018). Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandada, en el asunto *Manuel García Armas y otros v. Venezuela*. Caso CPA N.º 2016-08.

Corte Suprema de Kentucky. (1989). Sentencia *Oliver v. Board of Governors*. 779 S.W.2d 212.

High Court of Australia. Sentencia *Fostif Pty Limited v Campbells Cash and Carry Pty Limited* NSWCA 83. (2005).

Sentencia del Tribunal Supremo 137/2016, 24 de febrero de 2016.

ANEXOS

Anexo N.º 1 – Plantilla de entrevista a abogados ejercientes

Entrevistado:

Desempeño profesional:

Mi nombre es Carmen María Serna Forriol, soy graduada en Derecho y Relaciones Internacionales bilingüe por la Universidad Francisco de Vitoria, y actualmente soy egresada del Máster Universitario en Acceso a la Abogacía por la Universidad Pontificia Comillas (ICADE).

Agradezco de antemano su confianza y participación. Los resultados de la encuesta se añadirán como Anexo al trabajo "la financiación del acceso a la justicia mediante el *Third-Party Funding* y sus implicaciones en el ejercicio profesional de la abogacía", realizado con la única finalidad de ser presentado a los Premios a la Excelencia Cátedra Fundación Mutualidad Abogacía.

El trabajo se basa en un estudio de autoría propia, que aborda la reciente tendencia de financiación de litigios y arbitrajes internacionales mediante terceros, también conocido como *Third-Party Funding* (TPF). La finalidad medular del mismo se basa en desgranar las implicaciones que surgen de la relación tripartita fondo-abogado-cliente, en relación con principios vertebradores del ejercicio profesional de la abogacía.

El contenido de la entrevista será utilizado con el fin exclusivo de aportar un enfoque práctico y aplicado al trabajo presentado a los Premios a la Excelencia Cátedra Fundación Mutualidad Abogacía.

Asimismo, cabe advertir que los derechos de propiedad intelectual serán cedidos a la Fundación Mutualidad Abogacía por el plazo de cinco años en caso de que el trabajo resulte premiado. A su vez, en tal supuesto, la Fundación Mutualidad Abogacía editará un libro recopilatorio con el presente trabajo, que se publicará en su página web, así como en otros medios y canales que la Fundación estime oportunos; y podrá dar difusión y visibilidad al trabajo premiado en todas sus plataformas, canales y en medios de comunicación, indicando siempre la autoría.

¿Acepta formar parte de la investigación realizada para la elaboración del trabajo, otorgando su consentimiento informado?

Sí() No()

1. Desde su experiencia como abogado ejerciente, ¿considera que en España se encuentra íntegramente salvaguardado el derecho de acceso a la justicia mediante la asistencia jurídica gratuita y el Pro Bono? O de lo contrario, ¿estima que resulta necesaria la utilización del TPF en España, para garantizar el acceso a la justicia a aquellos justiciables solventes que no pueden asumir pleitos o arbitrajes internacionales de gran envergadura?

2. Desde una óptica general, ¿considera que el TPF proporciona ventajas con respecto al sistema judicial? O, por el contrario ¿entiende que el TPF incentiva la litigiosidad?

3. En España no existe regulación específica sobre el contrato TPF. ¿Considera que sería recomendable el desarrollo normativo de esta fórmula de financiación? Y, de ser así, ¿cuál debería ser la tendencia?

4. ¿Considera que el TPF podría suponer una merma sobre principios vertebradores del ejercicio de la abogacía, como los principios de independencia y autonomía del abogado, el deber de secreto profesional o la recíproca confianza entre abogado y cliente? ¿Por qué?

5. En caso de haber respondido afirmativamente a la pregunta previa: ¿Considera que se podrían implementar fórmulas eficaces contra los riesgos que subyace el TPF sobre la adecuada práctica del ejercicio de la abogacía?

6. Si una parte es financiada mediante un TPF, ¿opina que el tribunal judicial o arbitral debe conocer tal circunstancia? ¿Por qué?

7. En el ámbito del arbitraje internacional, ¿considera eficaz el deber de revelación para evitar conflictos de intereses, y con ello, ventajas como la menor probabilidad de recusación de los árbitros o de que prospere una acción de anulabilidad del laudo emitido?

8. En líneas generales, ¿cuál es su opinión sobre el impacto del TPF en el ejercicio profesional de la abogacía?

Anexo N.º 2 – Entrevista realizada al abogado Paulino Fajardo
Madrid, 6 de junio de 2023

Entrevistado:

D. Paulino Fajardo.

Desempeño profesional:

D. Paulino Fajardo Relevo ejerce la dirección regional de litigación y arbitraje de Europa, Oriente Medio y África (EMEA) en Herbert Smith Freehills.

Con más de 30 años de experiencia, Paulino se unió como socio a Herbert Smith Freehills en 2014. Es mediador acreditado por CEDR (*Commercial Dispute Resolution*), y posee la doble calificación como abogado inglés y español.

Fajardo cuenta con una dilatada trayectoria tanto en procedimientos judiciales como arbitrales en los que ha intervenido un *Third-Party Funding*. Su contrastada experiencia le ha valido el reconocimiento en los directorios legales más prestigiosos como Chambers Europe y Legal 500 EMEA.

Paulino es doctor en derecho y profesor de derecho procesal en la Universidad Pontificia Comillas-ICADE, donde imparte clases de arbitraje internacional y mediación. Asimismo, colabora asiduamente como profesor visitante con la Universidad Carlos III de Madrid (mediación en conflictos) y la Universidad de Navarra (Derecho de Seguros).

¿Acepta formar parte de la investigación realizada para la elaboración del trabajo que se va a presentar a los Premios Excelencia Cátedra Mutualidad Abogacía, otorgando su consentimiento informado?

Sí () No ()

1. Desde su experiencia como abogado ejerciente, ¿considera que en España se encuentra íntegramente salvaguardado el derecho de acceso a la justicia mediante la asistencia jurídica gratuita y el Pro Bono? O de lo contrario, ¿estima que resulta favorable la utilización del TPF en España, para garantizar el acceso a la justicia a aquellos justiciables solventes que no pueden asumir pleitos o arbitrajes internacionales de gran envergadura?

El acceso a la justicia no solo está garantizado, sino que está "hiper" protegido por la interpretación que se hace del artículo 24 de la Constitución Española, que termina bloqueando al Tribunal Constitucional. Es más, es el artículo que más se invoca junto con el artículo 14 CE (el principio de igualdad).

Con respecto al interrogante acerca de si el TPF favorece el acceso a la justicia, yo considero que no contribuye. Es neutro con respecto al acceso a la justicia, porque realmente quien utiliza el TPF no necesita la financiación. Es más, lo financiadores no financian a nadie que no tengan fondos por sí mismos para financiarlo.

Existen dos mecanismos: el TPF y las protecciones del mercado asegurador. Son mecanismos de financiación, son instrumentos financieros, y no se puede considerar que ostentan un vínculo con el derecho de acceso a la justicia.

2. ¿Considera, en líneas generales, que el TPF desprende más ventajas que inconvenientes? O, por el contrario ¿entiende que el TPF incentiva la litigiosidad, tratándose de una fórmula de financiación perniciosa?

El TPF es algo muy positivo, porque precisamente hace dos cosas: permite agrupar el ejercicio de acciones de clase, y ello va en beneficio de que terceros perjudicados quieran hacer uso de estos métodos, permitiendo que el procedimiento se simplifique, unifique y agilice; y, en segundo lugar, permite que este tipo de acciones se ejerzan con mayor calidad, porque cuando hay más recursos y más medios, mejora la calidad de la justicia.

Considero, por tanto, que el TPF mejora la calidad de la justicia, porque simplifica miles de procedimientos en torno a acciones de clases, reguladas en la LEC de 2001 pero que nunca se ha hecho uso de las mismas porque no habían funcionado verdaderamente.

3. ¿Considera que el TPF podría suponer una merma sobre principios vertebradores del ejercicio de la abogacía, como son los principios de independencia y autonomía del abogado, el deber de secreto profesional o la recíproca confianza entre abogado y cliente? ¿Por qué?

En absoluto. Las prevenciones que muestran algunas de las recomendaciones de normativa comunitaria surgen del desconocimiento que existe sobre el funcionamiento real del TPF. Quien lo conoce de verdad, sabe que el TPF es un instrumento financiero. Es una fórmula de

financiación que se dilucida en los departamentos financieros, no legales, y quien no lo utiliza no lo conoce.

En "The Good fight" y "Goliat" se ve perfectamente el funcionamiento de los fondos. Se puede apreciar que los fondos no se entrometen en la independencia del abogado, sino que únicamente realizan un informe a priori, y siempre y cuando las actuaciones se muevan en esos parámetros, no se entrometen en cómo se lleva el asunto. Otra cosa es que se salgan de dichos parámetros, que entonces evidentemente querrán dar una opinión.

4. Si una parte es financiada mediante TPF, ¿opina que el tribunal judicial o arbitral debe conocer tal circunstancia? ¿Por qué?

Pienso que no tendrían por qué revelarlo. Me consta que se hace, y a mí me gusta saberlo cuando estoy en frente, e incluso muchas veces se ve que hay un fondo detrás por la gestión y la estrategia, pero pongo en duda que se deba revelar.

El artículo 1.535 del Código Civil español regula la cesión litigiosa de créditos. Mientras no sea una cesión de crédito litigioso, revelarlo no es un deber. No obstante, si fuera una cesión de crédito litigioso, ya está regulado en nuestro Código Civil, el cual es una copia del Código Civil francés, pero que, sin embargo, la cesión de créditos litigiosos no está regulado en ningún código más que el español, por lo que la primera regulación nace en el derecho histórico español.

5. En el ámbito del arbitraje internacional, ¿considera eficaz el deber de revelación para evitar conflictos de intereses? ¿Estima que emana otras ventajas, como la menor probabilidad de recusación de los árbitros o de que prospere una acción de anulabilidad del laudo emitido?

Esto se lo puede plantear quien no lo ha utilizado nunca. Los fondos de litigación son absolutamente independientes, buscan capital y están desconectados de otros tipos de inversión colectiva. Son independientes en su propia esencia. Existe la creencia de que son una especie de "mano negra", pero los que están detrás son grupos de inversores independientes.

Los fondos no diseñan ni intervienen en modo alguno en la estrategia de defensa. El TPF puede opinar que le cuadra o no una estrategia, y con la estrategia planteada ofrece más o menos, pero no hay ninguna comunicación entre el fondo y el abogado que pueda afectar a su independencia o autonomía.

6. En líneas generales, ¿cuál es su opinión sobre el impacto del TPF en el ejercicio profesional de la abogacía?

El TPF nos da muchísimas más capacidades a los abogados para tener una justicia eficientemente más organizada, donde se evite una litigación masa sobre cuestiones que se resolverán de forma objetiva. Además, proporciona que se eleve la calidad de la defensa y de las resoluciones, por lo que permite sofisticar la justicia.

Anexo N.º 3 – Entrevista realizada al abogado Rafael Gil Nievas
Madrid, 7 de junio de 2023

Entrevistado:

D. Rafael Gil Nievas.

Desempeño profesional:

D. Rafael Gil Nievas, como abogado del Estado, ha sido responsable de la defensa del Reino de España en numerosos arbitrajes internacionales, destacando el laudo por el que se reconoció por primera vez, y después de 62 precedentes en contra, que el derecho de la Unión Europea prevalece sobre el tratado de inversiones de la Carta de la Energía.

Al servicio de la Administración, ha sido jefe de la Abogacía del Estado en Las Palmas de Gran Canaria. También ha ocupado otros puestos, como consejero de Justicia y asesor legal en la representación permanente de España ante la Unión Europea. Fue negociador de diferentes instrumentos legales, como la directiva de promoción de energías renovables, el Tratado de Lisboa, el Reglamento Roma I y Roma II, o la Directiva de daños medioambientales.

Don Rafael también ha ocupado el cargo de director general de los servicios jurídicos de Cepsa, director de los servicios jurídicos de Iberdrola para las Américas, así como secretario y miembro del Consejo de Administración de diversas entidades públicas y privadas.

Actualmente, ejerce el puesto de *Of Counsel* en el departamento de Arbitraje Internacional del despacho internacional Eversheds Sutherland, donde representa procedimientos judiciales y arbitrales financiados por *Third-Party Funders*.

¿Acepta formar parte de la investigación realizada para la elaboración del trabajo que se va a presentar a los Premios Excelencia Cátedra Mutualidad Abogacía, otorgando su consentimiento informado?

Sí (X) No ()

1. Desde su experiencia como abogado ejerciente, ¿considera que en España se encuentra íntegramente salvaguardado el derecho de acceso a la justicia mediante la asistencia jurídica gratuita y el Pro Bono? O de lo contrario, ¿estima que resulta favorable la utilización del TPF en España, para garantizar el acceso a la justicia a aquellos justiciables solventes que no pueden asumir pleitos o arbitrajes internacionales de gran envergadura?

En España, el acceso a la justicia está garantizado, sobre todo para las personas físicas con la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. Hay una Directiva de acceso a la justicia incluso en litigación transfronteriza. Y, con respecto a las personas jurídicas, el TPF siempre ha funcionado, ya que se puede comprar un crédito o se puede comprar los derechos derivados del crédito a cambio de financiarlo. Incluso, durante mucho tiempo no ha estado bien aceptado, pero se puede trabajar a "succes fee" o "contingency fee", muy típico en EEUU.

Por ello, considero que en España el acceso a la justicia está más garantizado que en otros países.

2. ¿Considera, en líneas generales, que el TPF desprende más ventajas que inconvenientes? O, por el contrario ¿entiende que el TPF incentiva la litigiosidad, tratándose de una fórmula de financiación perniciosa?

Hay mecanismos legales que consiguen prohibir incentivar la litigiosidad. Si alguien quiere financiarte para que litigues, ese alguien que te financia es que considera que existe una prosperabilidad de la acción, considera que es plausible, ya con ello descartamos demandas temerarias. Los fondos ponen dinero y se llevan un porcentaje elevado de las potenciales ganancias, lo cual evita pleitos masa por su propia naturaleza.

Ha habido mucha crítica del TPF, las nuevas reglas de arbitraje, e incluso determinados reglamentos te obligan a notificar si existe TPF. A mí esto me parece que no hay que notificarlo, porque no afecta a la legitimidad de la causa. La legitimidad de la causa no deriva del fondo, deriva del derecho de la parte que tiene la causa de pedir.

3. En España no existe regulación específica sobre el contrato TPF. ¿Considera que sería recomendable el desarrollo normativo de esta fórmula de financiación? Y, de ser así, ¿cuál debería ser la tendencia?

Veo difícil, primero, si esto se vincula y se considera como una materia jurídica de cooperación judicial mercantil o civil, no existe base jurídica

para poder armonizar, porque la base jurídica para la cooperación judicial civil se centra únicamente en asuntos transfronterizos.

Si hubiera una normativa al respecto, ya no lo están considerando como una cuestión jurídica, sino como una cuestión financiera. Porque para temas financieros sí existe base jurídica, para armonizar normativa financiera, en línea con el TFUE.

Si es algo que imponga una obligación a los tribunales de justicia, entramos en la base jurídica de cooperación judicial civil. No es fácil. Que sea por vía de mercados financieros en los que sí existe base jurídica, sí podría darse este desarrollo normativo, pero lo que regularía es el sector empresarial del TPF, no las relaciones con los tribunales de justicia.

Hay riesgos de base jurídica, y suponiendo que existiera base jurídica, el foro donde puedes litigar no te lo va a determinar eso. La normativa sobre transparencia o publicidad para la causa concreta del TPF en un litigio concreto te la va a dar la legislación procesal del Estado donde litigues, donde litigas no va a depender de eso, va a seguir dependiendo de Brussels I Recast.

Lo que te pueden imponer son obligaciones desde el punto de vista de servicios financieros, de inscribirte en algún registro especial donde igual tengas publicados el listado de casos que se estén financiando, pero nada relacionado con los tribunales de justicia.

4. ¿Considera que el TPF podría suponer una merma sobre principios vertebradores del ejercicio de la abogacía, como son los principios de independencia y autonomía del abogado, el deber de secreto profesional o la recíproca confianza entre abogado y cliente? ¿Por qué?

Esto variará en función del TPF y de cómo se pacte el acuerdo de financiación, pero yo lo que he visto en mi experiencia es que no intervienen. Financian, pero no intervienen.

En referencia a los datos confidenciales que conocen mediante la due diligence, considero que no es distinto que el tráfico de datos que surgen en el tráfico empresarial. Existe un NDA, y no veo unos riesgos diferentes que el que tiene un data box de transacciones distintas. No veo un riesgo fuera del ordinario que surge en la actividad empresarial.

5. Si una parte es financiada mediante TPF, ¿opina que el tribunal judicial o arbitral debe conocer tal circunstancia? ¿Por qué?

Desde mi óptica, no. Yo me he caracterizado por defender más a Estados que a inversores. Desde mi óptica, un caso es o no es con independencia de quién "pague la cuenta". A ti no te sirven mejor o peor en un restaurante por el hecho de quién esté pagando, te tienen que servir igual.

Se ha dado mucha importancia a la obligación de transparencia, pero desde mi óptica no es lo relevante. Existe causa de pedir o no, y existe un caso o no existe un fundamento jurídico, con independencia de que intervenga un TPF.

6. En el ámbito del arbitraje internacional, ¿considera eficaz el deber de revelación para evitar conflictos de intereses? ¿Estima que emana otras ventajas, como la menor probabilidad de recusación de los árbitros o de que prospere una acción de anulabilidad del laudo emitido?

En este aspecto, sí puede ser beneficioso. Una cosa es respecto a la causa de pedir, y otra con respecto a los árbitros. Por ejemplo, hay árbitros que participan en advisory comitees de fondos de litigios, y ese árbitro, si después se mete en un caso relativo, es para que le quiten del mercado automáticamente.

Hay un Código ético publicado conjuntamente por UNCITRAL y CIADI, y se consideraría no sólo que vulnera la independencia e imparcialidad, sino que también hay corrupción del árbitro, porque habría recibido fondos como miembro del advisory committee del fondo que luego tiene interés económico en la controversia, que se encuadra dentro de los deberes generales de *disclosure* de revelación que tienen los árbitros.

7. En líneas generales, ¿cuál es su opinión sobre el impacto del TPF en el ejercicio profesional de la abogacía?

De una manera o de otra, el TPF también te lo hacen los despachos de abogados cuando van a *success fee*, aunque no sea al 100%, yo he visto muchas veces controversias muy grandes en las que cuesta decirle al cliente que tiene que pagar 1 millón en *fees*, entonces se propone pagar medio millón, llevándose un porcentaje de lo que se puede ganar. No es una financiación por un tercero financiador, pero sí por los despachos de abogados.

Entonces, lo primordial del TPF es que el abogado sepa que quien tiene la causa de pedir y el interés que tiene que defender es el del cliente que tiene la causa de pedir. El abogado tiene que saber quién tiene la causa de pedir y la legitimación activa, y eso sí que no la tiene el TPF. El TPF puede

pagar, pero nunca puede interferir en la relación cliente-abogado. Esa relación es sagrada y la domina el cliente, y el tercero no tiene que meterse.

Otra cosa distinta es la relación que el cliente tenga con el TPF, ya que incluso el TPF puede decir que financia, pero pueda imponer requisitos para la elección de abogado, que eso es típico en la práctica.

Anexo N.º 4 – Entrevista realizada a la abogada Opal Morales
Madrid, 7 de junio de 2023

Entrevistada:

Dña. Opal Morales Asencio.

Desempeño profesional:

Dña. Opal Morales es actualmente socia directora de OBM Legal Consulting, despacho de abogados internacional ubicado en Madrid y Róterdam.

En su dilatada experiencia como abogada, ha trabajado como abogada de la Comisión Europea, brindando asesoramiento a la Unión Europea. Actualmente compagina su labor en el despacho con el Doctorado en la Universidad de Ámsterdam, en el marco de un proyecto financiado por fondos europeos. El doctorado que está realizado se basa en numerosos litigios de licitaciones en agua y energía donde las demandas contra el Estado suelen ser financiadas por fondos de financiación o TPF.

¿Acepta formar parte de la investigación realizada para la elaboración del trabajo que se va a presentar a los Premios Excelencia Cátedra Mutualidad Abogacía, otorgando su consentimiento informado?

Sí (X) No ()

1. Desde su experiencia como abogado ejerciente, ¿considera que en España se encuentra íntegramente salvaguardado el derecho de acceso a la justicia mediante la asistencia jurídica gratuita y el Pro Bono? O de lo contrario, ¿estima que resulta favorable la utilización del TPF en España, para garantizar el acceso a la justicia a aquellos justiciables solventes que no pueden asumir pleitos o arbitrajes internacionales de gran envergadura?

Considero que el TPF es un mecanismo muy beneficioso para garantizar pertinentemente el acceso a la justicia, ya que en España los casos que acceden a la Asistencia Jurídica Gratuita no conforman la misma tipología de casos, y por tanto, se necesitan ambos.

2. ¿Considera, en líneas generales, que el TPF desprende más ventajas que inconvenientes? O, por el contrario ¿entiende que el TPF incentiva la litigiosidad, tratándose de una fórmula de financiación perniciosa?

El acceso a la justicia es lo verdaderamente fundamental. Deberíamos incentivar que hubiera más jueces y más tribunales, pero no porque la Administración de Justicia tenga un número de litigios que no puede abordar se debe limitar el acceso a la justicia. Sólo un juez puede valorar si el caso tiene el suficiente fundamento jurídico como para continuar, y para ello se necesita el TPF.

Es más, en el día a día, ningún cliente sabe si su demanda es lo suficientemente valiosa como para que un juez la admita o no. Opino por ello que se debe favorecer el acceso a la justicia mediante los TPF, y ya posteriormente el juez, de la mano del Letrado de la Administración de Justicia, decidirá si admite a trámite la demanda.

3. En España no existe regulación específica sobre el contrato TPF. ¿Considera que sería recomendable el desarrollo normativo de esta fórmula de financiación?

Debería ser a nivel europeo por una sencilla razón: muchos de nuestros países europeos hacen frontera territorial, y si el TPF está regulado mediante una Directiva, los países podrán trasponer dicha Directiva en su normativa para que cada quien rango de ley en sus países. Ello haría que, con ciertas diferencias, siempre haya un criterio mínimo.

Para asegurar la eficiencia de estos fondos, y también evitar abuso de la propia institución financiera que da la financiación, sería beneficioso tener una normativa que limite la actuación de los fondos de financiación. Desde mi perspectiva, el fondo tiene que financiar, pero sin ambición de dejar a alguien casi en la misma situación que al principio.

4. ¿Considera que el TPF podría suponer una merma sobre principios vertebradores del ejercicio de la abogacía, como son los principios de independencia y autonomía del abogado, el deber de secreto profesional o la recíproca confianza entre abogado y cliente? ¿Por qué?

Siempre va a existir el riesgo de que la independencia o la autonomía se vea perjudicada. El abogado tiene que defender los intereses del demandante, y a su vez, asegurarse de ganar la mayor cuantía posible para el cliente y para sí mismo. El problema es que la cuantía siempre va a tener un límite en función del daño, y en la práctica se ve cómo muchos

abogados las engrosan a tal punto que casi se vuelve el presupuesto de educación de un país subdesarrollado. Si interviene un fondo, es evidente que esto mismo sucederá. Sin embargo, no pueden entrometerse en la estrategia procesal del abogado ni en su actuación bajo ningún concepto.

En cuanto al secreto profesional, el cliente siempre pregunta, independientemente de quién le financia, cuántas posibilidades tiene de ganar. El fondo, de manera natural, también va a querer conocer esas posibilidades de éxito, y ahí viene la importancia de que exista una Directiva europea que diga qué información está obligado a facilitar el abogado. Considero que es necesaria una regulación que determine cuál es el tipo de información que se da, ya que, en muchas ocasiones, si un fondo es fundamental para financiar los litigios que entran a un despacho, ya sólo por la importancia de dicha entidad financiera, se tiende a facilitar toda la información que pida.

En cuanto a la recíproca confianza entre abogado y cliente: el cliente, en sí mismo, puede contar con una desventaja intrínseca a su bajo nivel formativo (vg. son muy comunes las demandas colectivas financiadas por TPF, y si el cliente es una comunidad cuyo nivel educativo es limitado, el cliente siempre va a recibir menos información que el fondo). La reciprocidad puede que sea diferente y que reciba más información el fondo que el cliente, pero no en su perjuicio. El fondo va a presionar para ganar, y en el ejemplo puesto, fortalece la posición de la comunidad porque hay una entidad enorme que vela por los intereses de la estrategia.

5. En caso de haber respondido afirmativamente a la pregunta previa: ¿Considera que se podrían implementar fórmulas eficaces contra los riesgos que subyace el TPF sobre la adecuada práctica del ejercicio de la abogacía?

Lo ideal sería regular a nivel comunitario mediante una Directiva. En Holanda, si yo represento a un cliente cuyos honorarios paga un TPF, esos fondos no pueden ir destinados a la cuenta del despacho. Debo tener una cuenta bancaria supervisada por el Estado en relación a estos fondos, así se aseguran de que todo el procedimiento de financiación es legítimo.

6. Si una parte es financiada mediante TPF, ¿opina que el tribunal judicial o arbitral debe conocer tal circunstancia?

En arbitraje internacional, creo que la imparcialidad del árbitro puede llegar a ser más cuestionable que la de un juez que no gana absolutamente nada en un procedimiento, ya que el salario del juez es independiente. Un

árbitro genera su fama en función de los casos que arbitra, ya no sólo por la "pasta" que le van a pagar a ese árbitro. Técnicamente siempre va a ser una persona capacitada, pero cuando hay un fondo, puede surgir un conflicto de intereses.

Los árbitros también son humanos, y por tanto la independencia e imparcialidad se puede llegar a mermar. Por tanto, considero que sí debería conocer que la parte es financiada mediante un TPF.

7. En el ámbito del arbitraje internacional, ¿considera eficaz el deber de revelación para evitar conflictos de intereses? ¿Estima que emana otras ventajas, como la menor probabilidad de recusación de los árbitros o de que prospere una acción de anulabilidad del laudo emitido?

Yo me posiciono favorablemente a revelarlo. Cuando se revela que existe un tercero financiador, las probabilidades de recusación y de que prospere una acción de anulabilidad disminuyen.

8. En líneas generales, ¿cuál es su opinión sobre el impacto del TPF en el ejercicio profesional de la abogacía?

La considero una herramienta favorable para el ejercicio de la abogacía, ya que garantiza el acceso a la justicia a una parte de demandas que no cubre el Estado. Sin embargo, necesita ser regulado a nivel de la Unión Europea.

2

**Los criterios orientativos
de los Colegios de
la Abogacía desde la
perspectiva del Derecho
de la competencia.**

ANA MARÍA AIDO



Ana María Aido Vázquez

**Facultade de Ciencias Xurídicas e do Traballo
Universidad de Vigo**

Colexio da Avogacía de Vigo



Segundo premio

XI Premios Excelencia
Cátedra Fundación Mutualidad
2023

Resumen

El Tribunal Supremo ha confirmado algunas de las sanciones impuestas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a diversos Colegios de la Abogacía, sentando jurisprudencia sobre la ilegalidad de los criterios orientativos de honorarios elaborados y difundidos por dichas corporaciones a los exclusivos de efectos de la tasación de costas y la jura de cuentas de los/as letrados/as, al considerar que estos infringen la normativa de defensa de la competencia.

Así, en el presente trabajo, tras estudiar el actual marco normativo en materia de honorarios profesionales, se ofrece un análisis de las resoluciones dictadas por la autoridad española de competencia y el Alto Tribunal. Además, se examinan las cuestiones controvertidas suscitadas a raíz de las mencionadas decisiones y se presentan posibles alternativas para que la actuación de los Colegios sea acorde al Derecho de la competencia.

Palabras clave: Derecho de la competencia, Colegios de la Abogacía, honorarios, tasación de costas, criterios orientativos.

Abstract

The Supreme Court has ratified some of the sanctions imposed by the National Markets and Competition Commission on various Bar Associations, establishing jurisprudence on the illegality of the guidance criteria on lawyers' fees developed and published by these corporations for the exclusive purpose of the appraisal of litigation costs and the claim of lawyers' fees, considering that they infringe Competition law.

Thus, this paper, after studying the current regulatory framework on lawyers' fees, offers an analysis of the rulings handed down by the Spanish competition authority and the Supreme Court. In addition, it examines the controversial issues raised by these decisions and presents possible alternatives to ensure that the actions of the Bars are in line with Competition law.

Keyword: Competition law, Bar Associations, lawyers' fees, appraisal of litigation costs, guidance criteria.

Listado de abreviaturas

AN	Audiencia Nacional.
art./s	artículo/s.
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
CDAE	Código Deontológico de la Abogacía Española.
CGAE	Consejo General de la Abogacía Española.
CNC	Comisión Nacional de Competencia (2007-2013).
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2013-).
DOCE	Diario oficial de la Comunidades Europeas.
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea.
EGAE	Estatuto General de la Abogacía Española.
ICAAH	Ilustre Colegio de Abogados de Alcalá de Henares.
ICAAVILA	Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Ávila.
ICAB	Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona.
ICACOR	Ilustre Colegio Provincial de Abogados de A Coruña.
ICAGU	Ilustre Colegio de Abogados de Guadalajara.
ICALBA	Ilustre Colegio de la Abogacía de Albacete.
ICALPA	Ilustre Colegio de Abogados de Las Palmas.
ICAM	Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid.
ICAS	Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla.
ICATF	Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife.
ICASV	Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia.
ICAR	Ilustre Colegio de la Abogacía de La Rioja.
ICAV	Ilustre Colegio de Abogados de Valencia.
LCoord	Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

- LCP** Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales.
- LAJ** Letrado/a de la Administración de Justicia.
- LEC** Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- LECrim** Real Decreto, de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- LDC** Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
- pág/s.:** página/s.
- RD** Real Decreto.
- TDC** Tribunal de Defensa de la Competencia (1963-2007).
- TFUE** Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
- TJUE** Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- TRLCU** 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.
- TS** Tribunal Supremo.
- UE** Unión Europea.

Sumario

1. INTRODUCCIÓN	72
2. LOS HONORARIOS DE LA ABOGACÍA	74
2.1. Libre fijación de honorarios: El pacto de cuota <i>litis</i>	74
2.2. El papel de los Colegios Profesionales	77
2.2.1. Evolución de marco normativo	77
2.2.2. Tasación de costas y jura de cuentas	78
3. LOS CRITERIOS ORIENTATIVOS DE HONORARIOS Y LA LIBRE COMPETENCIA	82
3.1. Consideraciones preliminares	82
3.2. Caso ICALPA	84
3.3. Caso ICAM e ICAAH	87
3.4. Caso ICAGU	88
3.5. Caso Bankia	89
4. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO	91
5. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA OBLIGACIÓN LEGAL DE LOS COLEGIOS DE LA ABOGACÍA DE EMITIR INFORMES SOBRE HONORARIOS	94
5.1. La finalidad de los criterios orientativos	94
5.2. El deber de información de los abogados y abogadas	97
5.3. Los nuevos criterios orientativos del ICAB	98
5.4. Una propuesta de reforma del actual marco normativo	101
6. CONCLUSIONES	103
7. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN CONSULTADA	105
a) Libros y capítulos de libro	105
b) Artículos	106
c) Otros documentos	106
8. NORMATIVA	107
a) Europea	107
b) Española	107
9. RESOLUCIONES JUDICIALES Y DE OTROS ORGANISMOS	108
a) Comisión Europea	108
b) Tribunal de Justicia de la Unión Europea	108
c) Tribunal Constitucional	108
d) Tribunal Supremo	108
e) Audiencia Nacional	109
f) Autoridad española de la competencia	109

I. INTRODUCCIÓN

En lo que respecta a la retribución de los/as profesionales de la Abogacía, debemos partir de la existencia de libertad de pacto entre dichos/as profesionales y su clientela en el marco de un contrato de arrendamiento de servicios. Así pues, la cuantía de los honorarios será la que libremente acuerden las partes, siempre que se respeten las normas deontológicas y de competencia, así como los derechos de quienes consumen (art. 1255 del Código Civil).

Por su parte, en materia de tasación de costas judiciales y jura de cuentas de los/as letrados/as, de acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), los Colegios de la Abogacía tiene entre sus funciones la de dictar informes preceptivos a requerimiento judicial, en aquellos casos en que el importe de los honorarios es impugnado por estimarlo excesivo. Por ello, la actual normativa sobre Colegios Profesionales prevé la posibilidad de que dichas entidades elaboren criterios orientativos de honorarios a los exclusivos efectos de la tasación de costas y la jura de cuentas.

En este contexto, entre los años 2015 y 2018, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) sancionó a diversos Colegios de la Abogacía de nuestro país por la elaboración y difusión de criterios orientativos de honorarios al considerar que estos no se trataban de meros criterios de carácter orientador, sino de auténticos baremos o listados de precios para cada actuación de los/as profesionales de la Abogacía, que infringían lo dispuesto en la normativa de defensa de la competencia.

Recientemente, entre finales de 2022 y principios de 2023, algunas de las resoluciones mencionadas han sido confirmadas por el Tribunal Supremo (TS), el cual ha sentado jurisprudencia, declarando que las corporaciones colegiales de la Abogacía no pueden aprobar criterios orientativos tendentes a cuantificar los honorarios de los/as letrados/as.

Las sentencias del Alto Tribunal no han estado libres de crítica por parte de los Colegios, quienes han puesto de manifiesto que la prohibición de los baremos orientativos dificulta el cumplimiento de su obligación legal de emitir los correspondientes dictámenes de tasaciones de costas y jura de cuentas de manera objetiva, transparente y no discriminatoria.

Así las cosas, en el presente trabajo, partiendo del examen de la legislación vigente en materia de honorarios profesionales, se realiza un análisis de las diversas resoluciones administrativas y judiciales dictadas hasta el momento

con el objeto de valorar si las conductas realizadas por los Colegios de la Abogacía son contrarias al Derecho de la Competencia. Además, se examina la problemática que la nueva jurisprudencia ha planteado y se presentan algunas sugerencias con el fin de superarla.

2. LOS HONORARIOS DE LA ABOGACÍA

Una vez expuesta la problemática que el presente trabajo pretende abordar, resulta necesario profundizar en la regulación de los honorarios de los/as abogados/as, con la finalidad de comprender el concepto, las normas en cuanto a su determinación, así como la relevancia que los Colegios Profesionales tienen en esta materia.

2.1. Libre fijación de honorarios: El pacto de cuota *litis*

La relación entre los/as letrados/as y su clientela se califica jurídicamente como un contrato de arrendamiento de servicios, que consiste en el asesoramiento jurídico y, en su caso, en la defensa de los intereses a favor del cliente, asumiendo este último la obligación de abonar un precio¹. Así pues, los abogados y abogadas, al igual que cualquier otro profesional, tienen derecho a cobrar por la prestación de sus servicios².

La retribución económica de los/as profesionales de la Abogacía recibe el nombre de "honorarios", y, en particular, estos se pueden definir como la contraprestación económica con la que el cliente aprovisiona o remunera al letrado, a cambio de los servicios profesionales que recibirá, o ha recibido, en defensa de sus intereses en cualquier área del Derecho, con motivo del ejercicio liberal de la profesión³.

Dado que la Abogacía es una profesión liberal, a diferencia de otros operadores jurídicos⁴, las/os abogadas/os son libres para establecer el precio de su trabajo, sin perjuicio de hacerlo a partir de los acuerdos alcanzados con su clientela⁵. En concreto, el art. 26 del Estatuto General de la Abogacía Española (EGAE) dispone que: "La cuantía de los honorarios será libremente convenida entre el cliente y el profesional de la Abogacía con respeto a las

1. MARTÍNEZ GONZÁLEZ y PEDROSA PRECIADO (2018), pág. 178.

2. El art. 25 EGAE, en materia de derecho al cobro de honorarios, recoge que "el profesional de la Abogacía tiene derecho a una contraprestación por sus servicios, así como al reintegro de los gastos ocasionados".

3. MARTÍNEZ GARCÍA, CREMADES LÓPEZ DE TERUEL, ROMERO PÉREZ y CASTILLO MARTÍNEZ (2014), pág. 135. En este sentido, también vid. TINTI y TINTI (2014), págs. 12-13.

4. En este sentido, los procuradores concretan su retribución de conformidad con unos aranceles, que tienen carácter de precios máximos, determinados por el RD 1373/2003, de 7 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de derechos de los procuradores de los tribunales. De la misma forma, los honorarios de los notarios y registradores de la propiedad se fijan de acuerdo con los aranceles regulados, respectivamente, por el RD 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, y por el RD 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad.

5. ARAGÜÉS ESTRAGUÉS (2011), pág. 37.

normas deontológicas y sobre defensa de la competencia y competencia desleal"⁶.

En consecuencia, a los efectos de fijar los honorarios profesionales, se ha de atender a lo acordado con el cliente, siendo muy recomendable la firma de una hoja de encargo o presupuesto, en donde se recojan los términos del convenio económico alcanzado entre ambas partes, incluyéndose aspectos, como la cuantía y la forma de pago⁷. En este sentido, los propios Colegios de la Abogacía recomiendan la elaboración de estos documentos, ya que resultan esenciales a la hora de reclamar los honorarios mediante la jura de cuentas⁸.

Además, el art. 14 del Anteproyecto de la Ley Orgánica del Derecho de Defensa⁹ prevé la posibilidad de que toda persona pueda "solicitar que la contratación de los servicios jurídicos de defensa se formalice por escrito en una hoja de encargo profesional o medio equivalente, en el que constará la información de los derechos que le asisten, los trámites esenciales a seguir en función de la controversia planteada y las principales consecuencias jurídicas inherentes a su decisión, así como del presupuesto previo con los honorarios y costes derivados de su actuación".

Como se ha explicado previamente, el EGEA otorga absoluta libertad en materia de fijación de las retribuciones económicas de los/as profesionales de la Abogacía. En este contexto, resulta necesario examinar el denominado "pacto de cuota *litis*", que consiste en el acuerdo negociado entre el/la abogado/a y su cliente, previo a la terminación del asunto, mediante el cual este último se compromete a pagarle únicamente un porcentaje del resultado del asunto, independientemente de que consista en una suma de dinero o cualquier otro beneficio, bien o valor que consiga el cliente por dicho asunto¹⁰.

Tradicionalmente, se ha diferenciado entre el pacto de cuota *litis* atenuado y en sentido estricto. Por un lado, el primero se refiere a aquel por el cual abogado/a y cliente pactan que el primero recibirá como honorarios una cantidad fija y un porcentaje de lo que obtenga en el pleito. Por otro lado, por pacto de cuota *litis* en sentido estricto se entiende aquel por el que el/la letrado/a es retribuido/a con un

6. En el mismo sentido, el art. 14 del Código Deontológico de la Abogacía Española (CDAE): "Quien ejerce la Abogacía tiene derecho a percibir retribución u honorarios por su actuación profesional, así como el reintegro de los gastos que se le hayan causado. La cuantía y régimen de los honorarios será libremente convenida con el cliente con respeto a las normas deontológicas y sobre competencia desleal, debiendo informar previamente su importe aproximado o las bases para su determinación...".

7. Vid. art. 27 EGAE y art. 15 CDAE.

8. MARTÍNEZ GONZÁLEZ y PEDROSA PRECIADO (2018), págs. 180-181.

9. Vid. Anteproyecto de Ley Organiza del Derecho de Defensa, aprobado por el Consejo de Ministros el 4 de abril de 2023. Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/Anteproyecto%20ley%20org%C3%A1nica%20DERECHO%20DEFENSA.pdf>

10. ACHÓN BRUÑÉN (2023), pág. 12. En el mismo sentido, vid. TINTI y TINTI (2014), pág. 30.

porcentaje de lo obtenido en caso de ganar el juicio y no cobra nada si lo pierde¹¹. Este tipo de acuerdos han estado prohibidos históricamente en el EGAE¹² y su incumplimiento estuvo previsto como infracción en el CDAE¹³.

Sin embargo, el TS se pronunció sobre esta materia a raíz de un recurso presentado por un particular que, anteriormente, había denunciado al Consejo General de la Abogacía Española (CGAE) ante el Servicio de Defensa de la Competencia por considerar que el art. 16 CDAE de 2002, el cual prohibía el pacto de cuota *litis* en sentido estricto, violaba el art. 1.1 a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, vigente en aquel momento, conforme al cual estaban prohibidos los acuerdos o decisiones consistentes en "la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio (...)".

Así pues, el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), en resolución de 26 de septiembre de 2002¹⁴, estimó que efectivamente se había incurrido en una conducta prohibida por el citado art. 1 LDC, ya que la prohibición de la cuota *litis* suponía la fijación de precios mínimos contrarios a la libre competencia y, en consecuencia, sancionó al CGAE, el cual recurrió dicha decisión ante la Audiencia Nacional (AN). El 27 de junio de 2005, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN dictó sentencia estimatoria del recurso entablado por el CGAE y anuló la sanción¹⁵.

Posteriormente, la decisión de la AN fue recurrida en casación ante el TS, que, finalmente, en sentencia de 4 de noviembre de 2008, estimó que la prohibición del pacto de cuota *litis* infringía la normativa sobre libre competencia, ya que restringía de forma injustificada la libertad de negociación de precios entre cliente y abogado/a y, de manera indirecta, imponía unos honorarios mínimos¹⁶. Así pues, esta resolución vino a admitir

11. ARAGÜÉS ESTRAGUÉS (2011), págs. 39-40.

12. En concreto, el art. 37 EGAE de 1946 preveía que: "De ningún modo se admitirá la fijación del pago en un tanto por ciento o parte alícuota del valor que se obtenga del litigio o de los bienes litigiados". Asimismo, el art. 56.1 EGAE de 1982 establecía: "Queda expresamente prohibido el pacto de cuota *litis*". Por último, el art. 44.3 EGAE de 2001 disponía: "Se prohíbe en todo caso la cuota *litis* en sentido estricto, entendiéndose por tal el acuerdo entre el abogado y su cliente, previo a la terminación del asunto, en virtud del cual éste se compromete a pagarle únicamente un porcentaje del resultado del asunto, independientemente de que consista en una suma de dinero o cualquier otro beneficio, bien o valor que consiga el cliente por ese asunto".

13. El art. 16 CDAE de 2002 recogía la prohibición del pacto de cuota *litis* en sentido estricto y, además, en su apartado 3 definía la cuota *litis* atenuada: "No es cuota *litis* el pacto que tenga por objeto fijar unos honorarios alternativos según el resultado del asunto, siempre que se contemple el pago efectivo de alguna cantidad que cubra como mínimo los costes de prestación del servicio jurídico concertado para el supuesto de que el resultado sea totalmente adverso, y dicha cantidad sea tal que, por las circunstancias concurrentes o las cifras contempladas, no pueda inducir razonablemente a estimar que se trata de una mera simulación".

14. Vid. Expediente TDC 528/01: Consejo General de la Abogacía. Resolución de 26 de septiembre de 2002.

15. Vid. SAN 6902/2005, de 27 de junio (ECLI:ES:AN:2005:6902).

16. Vid. STS 6610/2008, de 4 de noviembre (ECLI:ES:TS:2008:6610).

indirectamente la legalidad del pacto de cuota *litis* en toda su extensión¹⁷. Y, en consecuencia, el actual EGAE, aprobado en 2021, ya no prohíbe dicho pacto¹⁸.

2.2. El papel de los Colegios Profesionales

2.2.1. Evolución de marco normativo

En materia de honorarios profesionales, los Colegios de la Abogacía asumen un rol importante, especialmente, en cuanto al procedimiento de tasación de costas y jura de cuentas de los/as letrados/as, los cuales son analizados más adelante¹⁹.

En concreto, dichos Colegios se encuentran regulados por la Ley 2/1974, sobre Colegios Profesionales (LCP), la cual, en su art. 1, los define como "corporaciones de derecho público, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines". Asimismo, el art. 2 LCP establece el pleno sometimiento de dichas entidades a la normativa vigente en materia de defensa de la competencia²⁰.

El art. 5 del texto original de la LCP, aprobado en 1974, recogía como función de los Colegios la regulación de los honorarios mínimos de las profesiones colegiadas. Sin embargo, el Real Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio y la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales, eliminaron dicha función, disponiendo que estos solo podrían establecer baremos de honorarios de carácter meramente orientativo.

Posteriormente, la LCP fue nuevamente reformada para adaptarla a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior, también conocida como "Directiva Servicios". En concreto, la transposición de la referida norma al ordenamiento español se realizó mediante la aprobación de las Leyes 25/2009, de 22 de diciembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley Ómnibus) y 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley Paraguas).

17. ARAGÜÉS ESTRAGUÉS (2011), pág. 42.

18. Sobre la admisión del pacto de cuota *litis*, así como sobre sus ventajas e inconvenientes, vid. GÓMEZ LIGÜERRE y RUIZ GARCÍA (2009), págs. 8-11.

19. Vid. infra epígrafe 2.2.2.

20. En relación con la naturaleza de los Colegios Profesionales y la aplicación del Derecho de la Competencia, vid. LAGUNA DE PAZ (2019), págs. 1-4. Asimismo, sobre la evolución de la aplicación del Derecho de la Competencia al ejercicio de las profesiones colegiadas, vid. CALVO SÁNCHEZ, FERNÁNDEZ FARRERES, MENÉNDEZ GARCÍA y PELLICER ZAMORA (2002).

Así pues, respecto a las modificaciones introducidas por la Ley Ómnibus en la LCP, cabe destacar la derogación de la función de los Colegios relativa al establecimiento de baremos de honorarios con carácter meramente orientativo.

Asimismo, dicha Ley incorporó a la LCP un nuevo art. 14, el cual recoge lo siguiente: "Los Colegios Profesionales y sus organizaciones colegiales no podrán establecer baremos orientativos ni cualquier otra orientación, recomendación, directriz, norma o regla sobre honorarios profesionales, salvo lo establecido en la Disposición adicional cuarta".

La Ley Ómnibus también introdujo una nueva Disposición adicional 4ª en la citada norma, la cual establece que: "Los Colegios podrán elaborar criterios orientativos a los exclusivos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados. Dichos criterios serán igualmente válidos para el cálculo de honorarios y derechos que corresponden a los efectos de tasación de costas en asistencia jurídica gratuita"²¹.

Por tanto, en atención a los preceptos mencionados, en la actualidad, como regla general, los Colegios no pueden establecer normas, directrices o recomendaciones sobre honorarios profesionales, permitiéndose como única excepción la elaboración de "criterios orientativos" en materia de tasación de costas y jura de cuentas. Esto significa que, tras la nueva redacción de la LCP, los criterios orientadores solo cobran sentido cuando existe un procedimiento judicial en el que tengan que ser aplicados²².

Asimismo, dichos criterios orientativos también son válidos para el cálculo de honorarios y derechos que corresponden en la tasación de costas en asistencia jurídica gratuita²³.

2.2.2. Tasación de costas y jura de cuentas

Una vez expuestas las competencias de los Colegios de la Abogacía en relación con la remuneración de las abogadas y abogados, conviene explicar en

21. En términos similares, el art. 29 EGAE también prevé la posibilidad de los Colegios de elaborar criterios orientativos a efectos de tasación de costas y jura de cuentas: "Los Colegios de la Abogacía podrán elaborar criterios orientativos de honorarios a los exclusivos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas de los profesionales de la Abogacía, así como informar y dictaminar sobre honorarios profesionales, pudiendo incluso emitir informes periciales, en los términos del artículo 5.o) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales. Los citados criterios serán igualmente válidos para el cálculo de honorarios que correspondan a los efectos de tasación de costas en asistencia jurídica gratuita".

22. MARTÍNEZ GONZÁLEZ y PEDROSA PRECIADO (2018), pág. 183.

23. Sobre la tasación de costas en asistencia jurídica gratuita, vid. FRANQUET SUGRAÑES (2022), págs. 268-269.

qué consisten los procedimientos de tasación de costas judiciales y jura de cuentas, así como la actuación de dichas corporaciones en este ámbito.

A tenor de lo dispuesto en el art. 241 LEC, en un litigio, como regla general, cada parte debe pagar los gastos y costas del proceso causados a su instancia según se van produciendo. Asimismo, dicho precepto define los gastos del proceso como "aquellos desembolsos que tengan su origen directo e inmediato en la existencia de dicho proceso", estableciendo que las costas son la parte de dichos gastos que se refiere al pago de ciertos conceptos relacionados en la norma, entre los que se incluyen los honorarios de los/as abogados/as²⁴.

Según el art. 242 LEC, en los casos en que el proceso finalice con la condena en costas de la parte vencida, se procederá a la tasación de estas, si la parte condenada no las hubiera satisfecho antes de que la contraria solicite dicha tasación²⁵. Por tanto, la tasación de costas se refiere a la fijación o determinación de las partidas cuyo reembolso debe llevar a cabo la parte condenada en costas por una resolución judicial en principio firme²⁶.

La tasación de costas puede ser impugnada, de acuerdo con lo establecido en el art. 245 LEC, por la inclusión de partidas, derechos o gastos indebidos. También cabe impugnarla por considerar excesivo el importe de los honorarios de los/as profesionales de la Abogacía.

En este último caso, en virtud del art. 246 LEC, el procedimiento consistirá en oír en el plazo de cinco días al abogado/a y, si no acepta la reducción de honorarios reclamada, se pasará testimonio de los autos, o de la parte de ellos que resulte necesaria, al Colegio de la Abogacía para que emita informe. Finalmente, el/la Letrado/a de la Administración de Justicia (LAJ), a la vista de lo actuado y de los dictámenes emitidos, dictará decreto manteniendo la tasación realizada o, en su caso, introducirá las modificaciones que estime oportunas.

Por su parte, la jura de cuentas de los/as abogados/as, también conocida como "cuenta jurada" o "procedimiento por cuenta manifestada o por

24. De acuerdo con el art. 241 LEC, las costas incluyen los honorarios de la defensa y de la representación técnica cuando sean preceptivas; la inserción de anuncios o edictos que de forma obligada deban publicarse durante el proceso; depósitos necesarios para la presentación de recursos; derechos de peritos y demás abonos que tengan que realizarse a personas que hayan intervenido en el proceso; copias, certificaciones, notas, testimonios y documentos análogos que hayan de solicitarse conforme a la Ley; derechos arancelarios; la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, cuando sea preceptiva.

25. Sobre la regulación de la tasación de costas, vid. Título VII del Libro I LEC y Título XI del RD de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim).

26. MARTÍNEZ GONZÁLEZ y PEDROSA PRECIADO (2018), pág. 43.

manifestación de cuenta", hace referencia a un procedimiento especial a través del cual dichos/as profesionales pueden reclamar el pago de sus honorarios.

De conformidad con el art. 35 LEC, el/la abogado/a puede requerir frente a la persona representada o defendida en un proceso el pago de los honorarios devengados. Ante tal reclamación, el/la LAJ requerirá al deudor para que pague totalmente o formule oposición, con la advertencia de que, en caso contrario, se despachará ejecución. Si la persona deudora paga totalmente terminará el procedimiento, pero, si formula oposición, este se transforma formalmente en el procedimiento previsto para la impugnación de la minuta²⁷. Por último, en caso de que no atienda el requerimiento o pague parcialmente, el proceso finaliza y, previa solicitud, podrá abrirse la ejecución²⁸.

Así las cosas, como se ha explicado anteriormente, en materia de tasación de costas y jura de cuentas, el art. 246.1 LEC prevé que, en aquellos casos en que se impugne el importe de los honorarios de los/as letrados/as por considerarlo excesivo, el Colegio de la Abogacía del partido judicial al que pertenezca el órgano judicial competente, tiene el deber legal de emitir un informe.

Dicho informe tiene la consideración de dictamen pericial, y como tal el/la LAJ lo valorará y tendrá en cuenta en la medida que lo considere adecuado. No obstante, cabe destacar que las conclusiones de dichos informes suelen ser aceptadas dada la credibilidad y prestigio del que gozan por el detalle en su elaboración²⁹.

Además, se debe resaltar que estos informes, a pesar de no ser vinculantes, sí son preceptivos, habiendo manifestado el Tribunal Constitucional que su falta no es una mera irregularidad, sino una causa de indefensión³⁰.

Esta función pericial de los Colegios de la Abogacía, como toda pericia, de conformidad con el art. 335.2 LEC, ha de realizarse de manera imparcial y

27. El art. 35 LEC señala que si los honorarios se impugnan por indebidos, "se estará a lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del apartado 2 del artículo anterior", es decir, el LAJ dará traslado al abogado por tres días para que se pronuncie sobre la impugnación; y, a continuación, examinará la cuenta y las actuaciones procesales, así como la documentación aportada, y dictará, en el plazo de diez días, decreto determinando la cantidad que haya de satisfacerse al abogado, bajo apercibimiento de apremio si el pago no se efectuase dentro de los cinco días siguientes a la notificación. Por el contrario, si los honorarios son impugnados por excesivos, "el LAJ dará traslado al abogado por tres días para que se pronuncie sobre la impugnación. Si no se aceptara la reducción de honorarios que se le reclama, el LAJ procederá previamente a su regulación conforme a lo previsto en los artículos 241 y siguientes, salvo que el abogado acredite la existencia de presupuesto previo en escrito aceptado por el impugnante, y dictará decreto fijando la cantidad debida, bajo apercibimiento de apremio si no se pagase dentro de los cinco días siguientes a la notificación".

28. BONET NAVARRO (2017), pág. 76.

29. ARAGÜÉS ESTRAGUÉS (2011), pág. 86.

30. *Vid.* STC 62/2009, de 9 de marzo (ECLI:ES:TC:2009:62).

objetiva, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes.

Asimismo, dichos dictámenes deben exponer una opinión técnica basada en criterios lógicos y razonables, que en ningún caso sean arbitrarios, lo que exige, en cumplimiento del art. 336.2 LEC, una mínima motivación de esa pericia para su adecuada valoración. Por ello, resulta fundamental indicar los criterios utilizados para la elaboración del informe, así como las razones y los cálculos llevados a cabo para informar al órgano judicial sobre el carácter excesivo o no excesivo de los honorarios incluidos en las costas, en cada caso concreto, al ponerlos en relación con la actuación profesional de que se trate.

En resumen, debe garantizarse que dicha función pericial de los Colegios se lleva a cabo siguiendo los mismos criterios para cualquier profesional y con resultados iguales para supuestos idénticos o muy similares. Por ello, la Disposición adicional 4ª LCP faculta, de modo excepcional, a los Colegios Profesionales a elaborar criterios orientativos de honorarios a los exclusivos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas³¹.

31. MUNNÉ CATARINA (2020), págs. 396-397.

3. LOS CRITERIOS ORIENTATIVOS DE HONORARIOS Y LA LIBRE COMPETENCIA

Tras haber realizado una aproximación al actual marco normativo de los honorarios de las/os profesionales de la Abogacía, el presente apartado del trabajo se centra en analizar las resoluciones dictadas por la CNMC, entre 2016 y 2018, contra diversos Colegios de la Abogacía por la elaboración y difusión de sus criterios orientativos de honorarios, al entender que dicha práctica vulneraba el Derecho de la competencia.

3.1. Consideraciones preliminares

Antes de pasar a examinar los expedientes mencionados, conviene realizar una serie de apreciaciones previas con el fin de lograr un mejor entendimiento de las decisiones de la autoridad española de competencia.

En primer lugar, cabe destacar que los honorarios profesionales cumplen una importante función desde la perspectiva de la competencia, ya que inciden en el principio de libre fijación de precios, el cual permite que los consumidores obtengan reducciones en el precio de los servicios, así como una mejora en su calidad y variedad³².

En consecuencia, la fijación colectiva de honorarios constituye un obstáculo a la libre competencia, puesto que puede suprimir o reducir considerablemente los beneficios que las personas consumidoras obtienen en mercados competitivos³³. En este sentido, la hoy extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en su *Informe sobre los Colegios Profesionales tras la trasposición de la Directa de Servicios* ha señalado que: "La fijación de honorarios es una de las prácticas más dañinas de la competencia, puesto que limita la capacidad de los profesionales de utilizar el precio como herramienta de diferenciación y competencia. (...) Los baremos orientativos de honorarios y los honorarios máximos, aunque puedan no ser vinculantes, favorecen el alineamiento de tarifas, y la experiencia muestra que normalmente se combinan con otros elementos que aumentan su grado de vinculación para el profesional"³⁴.

32. MARTÍNEZ GONZÁLEZ y PEDROSA PRECIADO (2018), pág. 113.

33. En este sentido, *vid. Informe del TDC, aprobado en fecha 1 de junio de 1992, sobre el libre ejercicio de las profesiones*, págs. 23-24.

34. *Informe de la CNC, aprobado en fecha de 18 de abril de 2012, sobre Colegios Profesionales tras la trasposi-*

Al igual que la fijación de honorarios, las recomendaciones de precios inciden negativamente en la competencia, ya que pueden provocar una homogeneización de los precios entre los profesionales y, asimismo, crear confusión entre los consumidores sobre los niveles de precios razonables³⁵. Por este motivo, como se ha expuesto anteriormente, la Ley Ómnibus³⁶ suprimió la fijación orientativa de honorarios por parte de los Colegios Profesionales, ya que se consideró que dicha práctica no era acorde al Derecho de la competencia, al tener efectos muy similares a los de una fijación de precios, pues facilitaba que los/as letrados/as se comportasen de la misma forma al poder anticipar el comportamiento económico de sus competidores³⁷.

Sin embargo, como también se ha explicado previamente, la Ley Ómnibus³⁸, mediante la Disposición adicional 4ª LCP, introdujo una excepción a la prohibición de fijar honorarios orientativos, permitiendo la elaboración de criterios orientativos por parte de los Colegios Profesionales a los exclusivos efectos de la tasación de costas y la jura de cuentas. En resumen, con la referida reforma, se prohibieron los "baremos" de honorarios, permitiéndose exclusivamente, con los indicados fines, la elaboración de "criterios" orientativos para que cada profesional, libre y autónomamente, establezca el precio de sus servicios profesionales.

A efectos del presente estudio, la distinción entre ambos conceptos resulta esencial. Un baremo es un listado o repertorio de tarifas, mientras que unos criterios son un conjunto de normas o reglas no vinculantes conforme a las que se adopta un juicio o decisión³⁹.

Sobre dicha diferenciación, conviene resaltar lo declarado por la CNC en el expediente S/0431/12, Asociación Empresarial de Peritaje y Valoraciones Judiciales, la cual señala que los criterios sirven para "valorar el trabajo realizado en función del conocimiento requerido, tiempo empleado, necesidades de documentación u otros criterios de esa índole", mientras que los baremos son "un listado que establece una serie de tipologías genéricas de servicios a los que se les asigna un precio mínimo y un precio máximo, en unos casos, un precio fijo en otros y un mínimo en el resto, o también un porcentaje

ción de la Directa de Servicios, pág. 67.

35. En este sentido, *vid. el Informe de la Comisión Europea sobre competencia en los servicios profesionales*, de 9 de febrero de 2004, así como la Decisión de la Comisión, de 30 de junio de 1993, 93/438/CEE, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/33.407 - CNSD); la Decisión de la Comisión, de 30 de enero de 1995, 95/188/CE, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE (IV/33.686 - COAPI) y la Decisión 2005/8/CE de la Comisión, de 24 de junio de 2004 relativa a un procedimiento conforme al artículo 81 del Tratado CE (asunto COMP/A.38549 - Colegio Belga de Arquitectos).

36. *Vid. supra* epígrafe 2.2.1.

37. MARTÍNEZ GONZÁLEZ y PEDROSA PRECIADO (2018), págs. 118-119.

38. *Vid. supra* epígrafe 2.2.1.

39. TÍNEZ GONZÁLEZ y PEDROSA PRECIADO (2018), pág. 119.

del valor de la tasación a realizar, sin ningún vestigio de criterio que haga referencia a las mayor o menor necesidad de tiempo para elaborar los respectivos peritajes"⁴⁰.

En el mismo sentido, también se ha pronunciado la CNC en su Informe sobre Colegios Profesionales tras la trasposición de la Directa de Servicios, indicando que la Disposición adicional 4ª LCP "hace referencia a criterios orientativos y no a baremos orientativos, debiendo entenderse como criterio orientativo el conjunto de elementos que han de tenerse en cuenta para la tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados, y no el resultado cuantitativo de aplicar dichos criterios en cada caso concreto, que sería el precio u honorario"⁴¹.

Por todo ello, a la luz de la LCP, cabe entender que los criterios orientativos no pueden incluir tablas de precios, cuantías o escalas aplicables a las diversas actuaciones profesionales, ya que esto constituiría un baremo de honorarios⁴².

Una vez realizadas las anteriores matizaciones sobre la relación entre los honorarios de las/os profesionales de la Abogacía y la libre competencia, a continuación, se pasa a analizar los expedientes incoados por la autoridad española de competencia contra varios Colegios de la Abogacía.

3.2. Caso ICALPA

El 23 de julio de 2015, la CNMC sancionó al Ilustre Colegio de Abogados de Las Palmas (ICALPA) con una multa de 19.443 euros por la comisión de una infracción del art. 1 LDC⁴³, tipificada como muy grave⁴⁴, consistente en una recomendación colectiva de precios⁴⁵.

Concretamente, el expediente se inició con motivo de una consulta planteada por un particular ante la CNC sobre la aplicación de los criterios de honorarios establecidos por el ICALPA, la cual fue remitida para su

40. Vid. Expediente CNC S/0431/12: Asociación Empresarial de Peritaje y Valoraciones Judiciales. Resolución de 10 de septiembre de 2013, págs. 21-22.

41. Informe de la CNC, aprobado en fecha de 18 de abril de 2012, sobre Colegios Profesionales tras la trasposición de la Directa de Servicios, pág. 71.

42. MARTÍNEZ GONZÁLEZ y PEDROSA PRECIADO (2018), págs. 119-120.

43. El art. 1.1 LDC prohíbe "todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio".

44. El art. 62.4 LDC señala que "son infracciones muy graves: a) El desarrollo de conductas tipificadas en el artículo 1 de esta ley y en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea".

45. Vid. Expediente CNMC SACAN/31/2013: Honorarios profesionales Colegio Abogados Las Palmas. Resolución de 23 de julio de 2015.

contestación al Servicio Canario de Defensa de la Competencia adscrito a la Viceconsejería de Economía y Asuntos Económicos con la UE, por ser el competente conforme a la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia (LCoord)⁴⁶.

Asimismo, con posterioridad, la misma persona que había realizado la consulta interpuso, ante la referida Viceconsejería, una denuncia contra el ICALPA por una conducta restrictiva de la competencia, consistente en la emisión por parte de dicha corporación de un informe en el que se pronunciaba sobre una disputa entre uno de sus colegiados y su cliente por la cuantía de los honorarios profesionales. En particular, en dicho documento, el Colegio evalúa la validez de las minutas giradas por el letrado a la denunciante, de conformidad con los "Criterios Orientadores de Honorarios Profesionales del ICALPA a los efectos de informe a requerimiento judicial en las impugnaciones de tasación de costas y jura de cuentas de los Abogados".

Como es sabido, los Colegios de la Abogacía solo pueden pronunciarse sobre los honorarios de los/as abogados/as a petición judicial, en el marco de un procedimiento de tasación de costas o jura de cuentas, para lo cual sí que pueden contar con criterios orientativos⁴⁷. Por ello, en su resolución sancionadora, la CNMC considera que el pronunciamiento del ICALPA sobre la discusión del importe de las minutas entre el colegiado y su cliente, estando basado su informe en una aplicación de los criterios orientativos del Colegio, constituye una actuación prohibida por el art. 1 LDC, ya que puede provocar la homogeneización de los precios de los servicios de los abogados en el mercado geográfico de referencia⁴⁸.

Según la autoridad de competencia, el dictamen emitido por el ICALPA puede llevar a los colegiados a pensar que, en casos similares, la corporación aplicará la misma cuantificación, eliminando la incertidumbre que debe de existir sobre el comportamiento de los competidores.

Asimismo, en relación con los criterios orientadores del ICALPA, la CNMC considera que estos no son criterios, sino auténticos baremos, y, por ello, su difusión a través de la página web colegial y de circulares informativas,

46. *Vid.* art. 2.1 LCoord.

47. *Vid.* supra epígrafe 2.2.1.

48. En este caso, la CNMC consideró que el mercado de referencia susceptible de ser afectado por las conductas del ICALPA es el del ejercicio de los profesionales del Derecho correspondiente a la rama CNAE 6910 "Actividades Jurídicas". El mercado geográfico se delimita al territorio de las islas de Gran Canaria y Fuerteventura, que se corresponde con el ámbito de actuación del ICALPA. Además, puesto que en España para el ejercicio de la profesión de abogado es obligatoria la colegiación, las conductas analizadas afectan a todos los abogados ejercientes en dicho ámbito geográfico.

mediante las que se informó a los colegiados de las distintas modificaciones realizados sobre estos, supone una recomendación colectiva de precios mínimos prohibida por el art. 1 LDC y no amparada por la exención del art. 4 LDC.

En particular, el documento elaborado y publicado por el ICALPA contiene criterios cuantificados. A modo de ejemplo, cabe citar el criterio núm. 38, modificado en la sesión de la Junta de Gobierno del ICALPA, celebrada el 20 de junio de 2012, el cual dispone que: "En los casos en que presentada oposición en un monitorio el actor no presentase la demanda del Juicio Ordinario en el plazo legal, las costas, en su caso, se calcularán como en los Juicios Declarativos por la cantidad declarada en el escrito inicial del monitorio con una reducción del 75%".

Otro ejemplo sería el criterio núm. 46, cuya redacción fue modificada el 6 de noviembre de 2012: "Se graduaran los honorarios conforme al 50% de la escala del criterio 35, tomando como base la cuantía fijada en la resolución definitiva en el supuesto de que planteada la impugnación se confirme la cantidad por la que se presentó la liquidación, y en el supuesto de que dicha cantidad resulte rebajada, se tomará como cuantía la diferencia entre la cantidad solicitada por el ejecutante y la propuesta en su impugnación por el obligado al pago. Si hubiera conformidad del deudor con la liquidación o cumplimiento de la obligación de la rendición de cuentas se aplicará el 20% de la escala del criterio 35, recomendándose 1100 euros". Además, consta en el expediente que la modificación de este criterio fue notificada a los/as colegiados/as a través de la Circular núm. 43/2012, de 18 de diciembre de 2012.

Por ello, la CNMC considera que la difusión de dichos criterios cuantitativos provoca que estos adquieran potencialidad para convertirse en la práctica en verdaderos baremos profesionales, señalándose en la resolución que "el hecho de que los colegiados conozcan los criterios cuantificados que en caso de impugnación de costas aplicará el Colegio en el informe que solicitan los tribunales al objeto de conocer si la minuta es excesiva, provoca que aquéllos calculen sus honorarios sobre la base de dichos Criterios, deviniendo precios mínimos en el mercado".

Además, el propio documento del ICALPA, en su Disposición general 4ª, prevé que dichos criterios servirán como guía "cuando no exista pacto o presupuesto escrito respecto a la cuantificación de los honorarios y éstos sean objeto de discusión entre Abogados o entre Abogado y Cliente", lo cual presupone el conocimiento o el acceso a los mismos por parte de los profesionales y de sus clientes.

Por todo lo anterior, en este caso, la CNMC consideró probada la violación del art. 1 LDC por parte de dicho Colegio, entendiendo que los hechos pueden ocasionar un efecto anticompetitivo en el mercado, ya que la recomendación de honorarios tiene aptitud suficiente para provocar un alineamiento en los comportamientos de los abogados, desincentivando la competencia entre ellos en precios, calidad y servicio y, en consecuencia, perjudicando a los clientes. Además, cabe destacar que se trata de una restricción de la competencia por objeto, por lo que no es necesario que la autoridad de competencia pruebe que esto efectivamente ocurre⁴⁹.

3.3. Caso ICAM e ICAAH

En términos similares al caso anterior, el 15 de septiembre de 2016, la CNMC sancionó al Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid (ICAM) y al Ilustre Colegio de Abogados de Alcalá de Henares (ICAAH) con multas de 459.024 euros y 25.264 euros, respectivamente, por haber vulnerado el art. 1 LDC mediante la realización de recomendaciones de precios mínimos a sus colegiados/as⁵⁰.

En concreto, en 2013, el Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, en colaboración con la extinta CNC, tuvo conocimiento de la publicación en la página de web de ambos Colegios de cierta información relacionada con la aprobación de sus criterios de honorarios. A raíz de dicha documentación, se inició una investigación de oficio sobre la posible existencia de prácticas anticompetitivas⁵¹.

En ambos expedientes, la CNMC acredita que tanto el ICAM como el ICAAH publicaron una recopilación de criterios orientativos de honorarios a efectos de la emisión de informes a requerimiento judicial en 2013, es decir, en una fecha posterior a la entrada en vigor de la reforma de la LCP a causa de la Ley Ómnibus, que constituye una recomendación colectiva de precios, puesto que los documentos contienen un listado cuantificado de honorarios.

49. Los arts. 101 TFUE y 1 LDC prohíben tanto las conductas restrictivas por su objeto como aquellas que lo son por sus efectos negativos para la competencia. Según la jurisprudencia consolidada del TJUE, las conductas restrictivas por su objeto son aquellas que, por su propia naturaleza y dados los objetivos de las normas de competencia, presentan un potencial tan elevado de efectos negativos para la competencia que no es necesario acreditar cualquier efecto real en el mercado (STJUE de 2 de abril de 2020, asunto C-228/18, ECLI:EU:C:2020:265). En la doctrina, sobre este aspecto, vid. COSTAS COMESAÑA (2022), pág. 40; DIÉZ-ESTELLA y GUERRA FERNÁNDEZ (2020).

50. Vid. Expedientes CNMC SAMAD/09/2013 I: Honorarios profesionales ICAM y SAMAD/09/2013 II: Bis Honorarios profesionales ICAAH. Resoluciones de 15 de septiembre de 2016.

51. Ambos expedientes fueron instruidos por la administración autonómica de la Comunidad de Madrid, ya que los efectos de las conductas investigadas estaban limitados al territorio de dicha comunidad. Sin embargo, la resolución del expediente, de conformidad con el convenio suscrito entre la CNMC y la referida comunidad autónoma, correspondió a la CNMC.

La autoridad de competencia, en ambas resoluciones, considera que los criterios orientativos de dichos Colegios son auténticos baremos de honorarios, ya que incluyen valores de referencia expresados en euros, escalas y tramos de cuantías a las que aplicar determinados porcentajes, no acordes a la LCP y a la LDC.

Además, en el caso del ICAAH, se prueba que los estatutos colegiales prohíben expresamente el pacto de cuota *litis*⁵², por lo que en la resolución del expediente la CNMC señala que dicha previsión vulnera la prohibición de recomendación de honorarios por parte de los Colegios Profesionales.

3.4. Caso ICAGU

Al igual que en los anteriores asuntos, el 22 de diciembre de 2016, la CNMC impuso una multa de 10.515,53 euros al Ilustre Colegio de Abogados de Guadalajara (ICAGU) por la realización de una conducta prohibida por el art. 1 LDC, consistente en la recomendación colectiva de precios mediante la elaboración y difusión de los "Criterios Orientativos del ICAGU, elaborados a los exclusivos efectos de tasación de costas y jura de cuentas"⁵³.

En este caso, los criterios de dicho Colegio, los cuales fueron elaborados en 2011, contenían una relación de actividades profesionales -ante la jurisdicción civil, ante la penal, ante la contencioso-administrativa, ante la laboral, ante el Tribunal Constitucional y Derecho Comunitario- a las que se asignaba un determinado precio en euros. En el mismo año de su elaboración, fueron publicados en la página web del ICAGU y, además, se informó de forma individualizada a los colegiados a través de correo electrónico de su puesta a disposición en la web.

Así, en la resolución la CNMC argumenta que dichos criterios no se tratan de meras orientaciones para motivar la tasación de costas, sino de baremos de precios conocidos y utilizados por los letrados, por lo que concluye con que la conducta del ICAGU infringe lo dispuesto en el art. 1 LDC, dado que consiste en una recomendación colectiva de honorarios, la cual es objetivamente apta para fomentar comportamientos uniformes entre los/as colegiados/as.

En este sentido, la aptitud objetiva de la conducta del Colegio para restringir la competencia se fundamenta en tres factores: i) la naturaleza de la conducta -elaboración y difusión de listados de precios-, ii) quién la realiza -el ICAGU- y

52. *Vid.* supra epígrafe 2.1.

53. *Vid.* Expediente S/DC/0560/15: Colegio Abogados Guadalajara 2. Resolución de 22 de diciembre de 2016.

iii) su difusión en el mercado -publicidad de los baremos a través de la página web⁵⁴.

Por todo ello, la autoridad de competencia sanciona al ICAGU con la referida multa y le intima para que en el futuro se abstenga de realizar conductas semejantes, ordenándole, además, difundir el texto íntegro de la resolución sancionadora entre sus colegiados/as.

3.5. Caso Bankia

Por último, en línea con las anteriores resoluciones, el 8 de marzo de 2018, la CNMC sancionó a nueve Colegios de la Abogacía con una multa conjunta de 1,455 millones de euros por realizar una recomendación colectiva de precios mediante la elaboración, publicación y difusión de baremos de honorarios⁵⁵.

En particular, los Colegios sancionados fueron el Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Ávila (ICAAVILA), el Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona (ICAB), el Ilustre Colegio Provincial de Abogados de A Coruña (ICACOR), el Ilustre Colegio de la Abogacía de Albacete (ICALBA), el Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla (ICAS), el Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife (ICATF), el Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia (ICASV), el Ilustre Colegio de la Abogacía de La Rioja (ICAR) y el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia (ICAV).

En este caso, el expediente tuvo su origen en una denuncia interpuesta por Bankia, S.A., ante la Dirección de Competencia contra tres despachos de abogados y diversos Colegios Profesionales, en relación con las costas de los litigios en masa celebrados a raíz de la salida a Bolsa de la entidad en 2011 mediante una Oferta Pública de Suscripción de Acciones. En concreto, la entidad alegaba que los bufetes estaban aplicando unos precios alineados con los criterios orientativos para la tasación de costas y jura de cuentas elaborados por los Colegios, sin tener en cuenta el carácter de pleitos masivos idénticos o muy similares entre sí, lo cual ocasionaba un sobreprecio de las costas. Además, denunció la difusión de dichos criterios entre los/as colegiados/as.

Así pues, al igual que en los asuntos comentados anteriormente, en este expediente, la CNMC acredita que los Colegios mencionados elaboraron y

54. Vid. COSTAS COMESAÑA (2022), pág. 56.

55. Vid. Expediente CNMC S/DC/0587/16: Costas Bankia. Resolución de 8 de marzo de 2018.

difundieron auténticos baremos de honorarios, que cuantifican las diversas actuaciones de los letrados, resaltando que el empleo del término "criterios" por parte de los Colegios no modifica la naturaleza de los documentos, los cuales, dada su estructura y características, constituyen auténticos listados de tarifas o precios.

Además, la autoridad de competencia también señala que la intervención de los Colegios se debe limitar a informar a los órganos judiciales en los procedimientos de tasación de costas y jura de cuentas, siendo estos últimos los únicos destinatarios de los informes emitidos por los Colegios. Por tanto, la publicación de los criterios, dirigida a los colegiados y al público en general, a través de las páginas web colegiales y de varias herramientas informáticas de minutación -*Lextools* o *Jurisoft*-, no se adecúa a la normativa vigente, constituyendo una medida ilegal e innecesaria para el cumplimiento de los objetivos previstos en la LCP.

Así, la CNMC entiende que la difusión de los referidos criterios ha podido influir en la determinación de los honorarios de los abogados, más allá de la tasación de costas o jura de cuentas, alineando los precios de las actuaciones profesionales y falseando el sistema de libre fijación de honorarios en el que cada abogada o abogado cobra en base a su capacidad, esfuerzo, calidad o experiencia; y, en consecuencia, declara la existencia de nueve conductas prohibidas por el art. 1 LDC⁵⁶.

56. En concreto, en este expediente, la CNMC impuso las siguientes sanciones: ICAAVILA - 10.000 euros, ICAB - 620.000 euros, ICACOR - 65.000 euros, ICALBA - 20.000 euros, ICAS - 145.000 euros, ICATF - 65.000 euros, ICASV - 125.000 euros, ICAR - 90.000 euros, e ICAV - 315.000 euros. Asimismo, la CNMC intimó a los nueve Colegios para que no realizaran conductas similares a la sancionada en el futuro y les ordenó la difusión entre sus colegiados del contenido de la resolución. Por último, se instó a la Dirección de Competencia de la CNMC para vigilar y cuidar el cumplimiento íntegro de dicha decisión sancionadora.

4. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Las resoluciones de la CNMC analizadas en el apartado anterior fueron objeto de recurso ante la AN y, entre finales de julio y principios de septiembre de 2021, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de dicho órgano dictó un total de trece sentencias por las que se resuelven los recursos presentados por los distintos Colegios de la Abogacía.

Por un lado, la AN resolvió siete de los recursos en sentido favorable a los intereses de los Colegios localizados en comunidades autónomas con organismos reguladores propios -ICAAVILA, ICAB, ICACOR, ICAS, ICATF, ICASV e ICAV⁵⁷- al considerar que las conductas perseguidas no podían alterar la libre competencia en un ámbito supra autonómico o en el conjunto del mercado nacional⁵⁸ y que, en consecuencia, procedía anular las resoluciones administrativas, ya que la CNMC no era el órgano competente para imponer las sanciones.

En concreto, la AN, a diferencia de lo sostenido por la CNMC en su resolución sobre el caso Bankia, consideró que el mercado geográfico afectado por las conductas sancionadas no es nacional, sino que se circunscribe al ámbito territorial propio de cada uno de los Colegios implicados.

Así, en estos casos, la AN, tras apreciar el motivo de nulidad referido⁵⁹, no entró a enjuiciar el fondo del asunto y, por tanto, no emitió ningún pronunciamiento sobre si las conductas realizadas por los Colegios constituían una práctica anticompetitiva prohibida por el art. 1 LDC.

Posteriormente, dichas sentencias fueron recurridas ante el TS, el cual, al igual que la AN, se ciñó exclusivamente a determinar la autoridad administrativa competente para conocer y resolver los procedimientos sancionadores.

57. *Vid.* SAN 3271/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3271), *ICAAVILA c. CNMC*; SAN 3269/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3269), *ICAB c. CNMC*; SAN 3384/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3384), *ICACOR c. CNMC*; SAN 3274/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3274), *ICAS c. CNMC*; SAN 3548/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3548), *ICATF c. CNMC*; SAN 3272/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3272), *ICASV c. CNMC*; SAN 4143/2021, de 29 de septiembre (ECLI:ES:AN:2021:4143), *ICAV c. CNMC*.

58. *Vid.* art. 1 LCoord.

59. El motivo de nulidad apreciado por la AN es el previsto en el art. 47.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), el cual establece que son nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones Públicas "dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio".

En concreto, el TS ya ha estimado la mayoría de los recursos de casación al considerar que "la actividad analizada en el expediente instruido por la CNMC, no versa sobre la conducta aislada de un solo colegio de abogados, con un ámbito de actuación circunscrito a una Comunidad Autónoma o a parte de su territorio, sino que afecta a la conducta desplegada por nueve colegios territoriales ubicados en otras tantas Comunidades Autónomas, que adoptaron acuerdos similares durante períodos de tiempo cercanos o coincidentes, lo que unido a la circunstancia de que tales acuerdos tuvieron una difusión general entre todos los profesionales y en algunos casos se publicaron en páginas web de los propios colegios, pudiendo ser consultados en internet, tuvieron una proyección que excede de su propio ámbito territorial con una dimensión supra autonómica"⁶⁰.

En consecuencia, el TS ha ordenado anular las sentencias de la AN y retrotraer las actuaciones al momento anterior a dictar dichas resoluciones para que, partiendo de la competencia de la CNMC, se enjuicien el resto de los motivos de impugnación planteados en la instancia⁶¹.

Por otro lado, la AN desestimó los recursos interpuestos por el ICALPA, el ICAM, el ICAAH, el ICAGU, el ICALBA y el ICAR⁶². Tales sentencias fueron recurridas en casación ante el TS y, en la actualidad, algunos asuntos todavía están pendientes de resolverse. Sin embargo, a efectos del presente trabajo, ya podemos extraer importantes conclusiones de lo declarado por parte de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS.

En particular, sobre los casos del ICALPA, ICAM, ICAGU e ICAAH, el TS ha confirmado la decisión de la CNMC, señalando que: "La existencia de baremos, es decir, listados de precios para cada actuación de los abogados, opera como elemento disuasorio de la libre competencia en el mercado de los servicios profesionales prestados por abogados en cuanto tiende a homogenizar los honorarios a la hora de tasar las costas, operando en contra de la libertad y divergencia en la fijación de precios. Y es una conducta prohibida en el art. 1

60. Vid. STS 119/2023, de 16 de enero (ECLI:ES:TS:2023:119), *ICAB c. CNMC*; STS 4838/2022, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4838), *ICAS c. CNMC*; STS 4667/2022, de 19 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4667), *ICATF c. CNMC*; STS 4836/2022, de 20 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4836), *ICASV c. CNMC*.

61. A fecha de realización del presente trabajo, la AN todavía no ha vuelto a dictar sentencia enjuiciado el fondo del asunto.

62. Vid. SAN 3334/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3334), *ICALPA c. CNMC*; SAN 3593/2021, de 22 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3593), *ICAM c. CNMC*; SAN 3336/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3336), *ICAAH c. CNMC*; SAN 3507/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3507), *ICAGU c. CNMC*; SAN 3585/2021, de 28 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3585), *ICALBA c. CNMC*; SAN 3946/2021, de 8 de septiembre (ECLI:ES:AN:2021:3946), *ICAR c. CNMC*.

LDC que implica una restricción de la competencia por el objeto, dado que es potencialmente apta para lograr el objetivo perseguido"⁶³.

En relación con la Disposición adicional 4ª LCP, el TS considera que este precepto habilita a los Colegios de la Abogacía para elaborar criterios orientativos a los exclusivos efectos de la tasación de costas y la jura de cuentas, pero aclara que lo que dicha norma "permite por vía de excepción no es que el Colegio profesional establezca a esos limitados efectos cualquier clase de normas, reglas o recomendaciones, incluidos los baremos o indicaciones concretas de honorarios, sino, únicamente, la elaboración de criterios orientativos; expresión ésta que alude a la formulación de pautas o directrices con algún grado de generalidad, lo que excluye el establecimiento de reglas específicas y pormenorizadas referidas a actuaciones profesionales concretas y que conduzcan directamente a una determinada cuantificación de los honorarios".

En consecuencia, la jurisprudencia del TS establece que la elaboración y difusión por parte de los Colegios de baremos o listados de precios que llevan a cuantificar las distintas actuaciones de los profesionales de la Abogacía, a pesar de que se aprueben para la tasación de costas y la jura de cuenta, no resulta acorde con el art. 14 y la Disposición adicional 4ª LCP y, además, vulnera la normativa de defensa de la competencia.

63. Vid. STS 4841/2022, de 19 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4841), *ICALPA c. CNMC*; STS 4846/2022, de 23 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4846), *ICAM c. CNMC*; STS 4946/2022, de 23 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4946), *ICAGU c. CNMC*; STS 2641/2023, de 13 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2641), *ICAAH c. CNMC*.

5. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA OBLIGACIÓN LEGAL DE LOS COLEGIOS DE LA ABOGACÍA DE EMITIR INFORMES SOBRE HONORARIOS

Como se ha expuesto en el epígrafe anterior, el TS ha prohibido el establecimiento y la difusión por parte de las corporaciones colegiales de la Abogacía de baremos tendentes a cuantificar los honorarios profesionales, a pesar de que estos se aprueben bajo la denominación de "criterios orientativos" a los exclusivos efectos de la tasación de costas y la jura de cuentas de los abogados y abogadas.

A nuestro juicio, dicha jurisprudencia supone un gran avance hacia la plena observancia de la normativa de defensa de competencia en el ejercicio de la Abogacía, pues ha quedado evidenciado que gran parte de los Colegios de la Abogacía de nuestro país estaban contraviniendo la LCP y la LDC.

Los expedientes sancionadores de la CNMC, así como las posteriores sentencias del Alto Tribunal, que han sido analizadas en el presente trabajo, han demostrado que la liberalización de los honorarios de los profesionales de la Abogacía ha sido más teórica que práctica, puesto que muchos de los baremos orientadores de los Colegios no se habían llegado a derogar realmente y continuaban siendo una referencia para el cálculo de las minutas de buena parte de los/as letrados/as, como se demostró en los pleitos en masa contra Bankia⁶⁴.

Con todo, las recientes sentencias del TS plantean algunas cuestiones controvertidas en relación con la obligación legal de los Colegios de emitir informes sobre los honorarios en los procedimientos de tasación de costas y jura de cuentas. Así pues, a continuación, se analiza la problemática suscitada por las sentencias del TS y, asimismo, se examinan posibles soluciones.

5.1. La finalidad de los criterios orientativos

Gran parte de los Colegios sancionados por la CNMC han alertado sobre la inseguridad jurídica, tanto para los/as letrados/as como para la ciudadanía, que

64. Sobre la cuestionada vigencia de los baremos y criterios orientativos de honorarios, *vid.* MARTÍNEZ GONZÁLEZ y PEDROSA PRECIADO (2018), págs. 139-146.

esta doctrina jurisprudencial introduce en nuestro ordenamiento, ya que consideran necesaria la existencia de unos criterios objetivos⁶⁵.

También han resaltado la mayor dificultad a la que se enfrentan para elaborar los dictámenes preceptivos en las tasaciones de costas y jura de cuentas de los/as abogados/as, así como las objeciones que los órganos judiciales están manifestando ante la falta de concreción y discrecionalidad en los informes que los Colegios están elaborando⁶⁶.

Por ello, en primer lugar, conviene analizar cuál es la verdadera función de los criterios orientativos de honorarios. Como se ha explicado previamente, en la impugnación de la tasación de las costas por considerar excesivos los honorarios de los abogados y en la jura de cuentas, la LEC prevé la necesidad de recabar un informe de los Colegios de la Abogacía. Así pues, a efectos de cumplir con dicha obligación, estos pueden elaborar criterios orientativos de honorarios⁶⁷.

De esta forma, en el panorama actual, siendo preceptivo el dictamen a emitir por los Colegios de la Abogacía y estando vigente la Disposición adicional 4ª LCP, es posible afirmar que los criterios orientativos de honorarios sirven de referencia para el cálculo de la condena en costas en la asistencia jurídica gratuita y, además, son un factor a tener en cuenta, junto con otros, en la determinación de las costas⁶⁸.

A tal respecto, cabe resaltar que la finalidad de la tasación de costas no es calcular los honorarios entre el/la abogado/a y su cliente, los cuales se establecen de conformidad con la libertad de pacto en el marco del contrato de arrendamiento de servicios, sino fijar la cantidad que debe soportar la parte condenada en costas respecto de los honorarios del letrado/a minutante.

Así pues, a los efectos de determinar dicha carga, el Alto Tribunal ha reiterado en numerosas resoluciones que "la minuta incluida en la tasación debe ser una media ponderada y razonable dentro de los parámetros de la profesión, no solo calculada de acuerdo a criterios de cuantía, sino además adecuada a las circunstancias concurrentes en el pleito, el grado de complejidad del asunto, la fase del proceso en que nos encontramos, los motivos del recurso, la extensión y desarrollo del escrito de impugnación del mismo, la intervención de otros profesionales en la misma posición procesal y

65. Sobre la necesidad de que los criterios orientativos permitan obtener un resultado cuantitativo concreto y unívoco, *vid.* MUNNÉ CATARINA (2020), págs. 400-402.

66. *Vid.* Expediente CNMC VS/0587/16: Costas Bankia. Resolución de vigilancia de 27 de febrero de 2020.

67. *Vid.* supra epígrafe 2.2.2.

68. FRANQUET SUGRAÑES (2022), pág. 278.

las minutas por ellos presentadas a efectos de su inclusión en la tasación de costas⁶⁹.

El TS también ha señalado que "(...) en materia de impugnación de los honorarios de letrado por excesivos, debe atenderse a todas las circunstancias concurrentes, tales como trabajo realizado en relación con el interés y cuantía económica del asunto, tiempo de dedicación, dificultades del escrito de impugnación o alegaciones, resultados obtenidos, etc."⁷⁰.

Así, conforme a la jurisprudencia, la cuantificación de la partida de honorarios del abogado de la parte favorecida en costas ha de atender a las circunstancias concurrentes en cada caso, tales como el trabajo efectivamente realizado, el interés y la cuantía económica del asunto, el tiempo de dedicación efectiva al asunto, el grado de complejidad técnica, el resultado obtenido por la parte minutante, su alcance y efectos posteriores, y el límite del importe de los honorarios al tercio de la cuantía procesal⁷¹.

En este contexto, los criterios orientativos elaborados por los Colegios se deben entender como un elemento más de apoyo en la actividad tasadora. Y, en consecuencia, lo más conveniente sería que estos fueran actualizados y adaptados a la jurisprudencia en materia de costas⁷².

Por último, algunos Colegios, como por ejemplo el ICAB, en sus recursos han alegado que la distinción entre criterios y baremos hace que la intervención de estas corporaciones en los procedimientos de tasación de costas pierda su utilidad para la Administración de Justicia.

Sin embargo, sobre este punto, se debe destacar que el hecho de que la intervención de los Colegios en la impugnación de tasación de costas o jura de cuentas deba basarse en criterios orientativos y no en tarifarios de aplicación automática no hace que esta carezca de interés práctico.

Como ya se ha indicado, los criterios no tienen la finalidad de fijar los honorarios de los/as abogados/as, sino que sirven de apoyo al LAJ en la cuantificación de las costas y en la resolución sobre la impugnación de estas por excesivas. Por tanto, los Colegios, a la hora de emitir los informes a petición judicial, deben hacer un análisis individualizado del asunto, teniendo en

69. Vid. ATS 1794/2010, de 9 de febrero (ECLI:ES:TS:2010:1794A); ATS 5365/2010, de 13 de abril (ECLI:ES:TS:2010:5365A); ATS 3132/2012, de 27 de marzo (ECLI:ES:TS:2012:3132A); ATS 1445/2017, de 22 de febrero (ECLI:ES:TS:2017:1445A); ATS 8492/2022, de 31 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:8492A).

70. Vid. ATS 1047/2014, de 11 de febrero (ECLI:ES:TS:2014:1047A); ATS 12002/2021, de 21 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:12002A).

71. MUNNÉ CATARINA (2020), pág. 398.

72. FRANQUET SUGRAÑES (2022), págs. 278-279.

consideración las características concretas del mismo -cuantía, grado de complejidad, fase del proceso, etc.-, según las pautas establecidas por el TS.

Además, en este sentido, se debe hacer hincapié en que el preceptivo informe a emitir por los Colegios nunca tiene carácter vinculante para resolver sobre la impugnación de los honorarios por excesivos, por lo que no deja de ser un informe pericial que, al igual que otros dictámenes periciales, es de libre valoración por el órgano judicial.

Por ello, a nuestro parecer, el argumento que sostienen los Colegios acerca de la inseguridad jurídica que la jurisprudencia del TS provoca no es aceptable, ya que, a pesar de que dicho informe presente la particularidad de ser emitido por el Colegio de la Abogacía, la incertidumbre no es distinta a la de cualquier otro informe pericial en materia de reclamación de cantidades o daños.

Asimismo, en relación con la dificultad a la que se enfrentan los Colegios para cumplir con su deber legal de emitir tales informes sobre honorarios, se debe destacar que los dictámenes son elaborados por miembros de la corporación colegial de la Abogacía, por lo que cabe entender que, a pesar de la inexistencia de criterios cuantitativos de aplicación automática, estos profesionales contarán con la suficiente pericia para informar, atendiendo a las características concretas de cada caso, sobre la razonabilidad de la minuta.

5.2. El deber de información de los abogados y abogadas

Otra de las cuestiones alegadas por los Colegios de la Abogacía es que la falta de unos criterios objetivos impide que los/as letrados/as puedan cumplir con su deber, recogido en el art. 48.4 EGAE, de informar a la clientela sobre los costes de su actuación, mediante la presentación de la hoja de encargo o medio equivalente, informándoles sobre las consecuencias de una posible condena en costas y su cuantía aproximada⁷³.

Pues bien, a este respecto, cabe destacar que, como mantiene el TS, para el cumplimiento de los deberes de información, los/as profesionales de la Abogacía no precisan que los Colegios establezcan normas o reglas destinadas a tal fin y, menos todavía, que estas contengan cuantías o porcentajes que deben aplicarse a la hora de determinar los honorarios profesionales.

73. El Anteproyecto de Ley Organiza del Derecho de Defensa, en su artículo 6.2.d), señala que "los titulares del derecho de defensa tienen derecho a ser informados por el profesional de la abogacía que asuma su defensa sobre los costos generales del proceso, el procedimiento para la fijación de los honorarios profesionales y las consecuencias de una eventual condena en costas". Esta norma podría ser una posible vía para mejorar la materialización de los derechos de información de los justiciables. Sin embargo, no introduce ninguna modificación en la LCP, dejando vigente la Disposición adicional 4ª.

En concreto, las abogadas y abogados pueden advertir sobre los efectos de una condena en costas y su cuantía sin tener que acudir a los baremos establecidos por los Colegios, ya que, de ser así, se estaría demostrando que dichos acuerdos colegiales tienen el objetivo de homogenizar los honorarios profesionales.

Además, conviene recordar que, a tenor de la Disposición adicional 4ª LCP, la adopción de criterios orientativos de honorarios se prevé como una facultad de los Colegios Profesionales, pero no como una obligación, por lo que cada corporación colegial decide si elabora o no dichos criterios.

Por todo ello, a nuestro parecer, las corporaciones colegiales podrían elaborar y publicar unos criterios orientativos a los exclusivos efectos de la tasación de costas y la jura de cuentas que tengan en cuenta las pautas generales indicadas por el TS y que no incluyan cuantías, escalas o porcentajes tendentes a una cuantificación de los honorarios. La publicación de estos criterios sería acorde al Derecho de la competencia y permitiría a los/as abogados/as cumplir con su deber de informar a los/as justiciables sobre una posible condena en costas y, de esta forma, ambas partes podrían adoptar una decisión adecuada, consciente e informada. Además, dicha publicación contribuiría al deber de transparencia que ha de cumplirse en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores (art. 60 TRLCU)⁷⁴.

5.3. Los nuevos criterios orientativos del ICAB

Como se ha subrayado anteriormente, a la luz de la reciente jurisprudencia, los Colegios de la Abogacía han alegado la gran dificultad para emitir informes de tasación de costas de manera transparente y no discriminatoria, basados en los factores generales indicados por el TS, así como la necesidad de contar con criterios objetivos que les permitan realizar esta función con mayor seguridad jurídica.

En este contexto, el ICAB ha aprobado un conjunto de criterios orientativos a efectos de la tasación de costas basados en la doctrina jurisprudencial, en los que no se recoge ninguna referencia numérica o cuantitativa, por lo que su aplicación no tiene un efecto de cuantificación exacta de los honorarios, que resulte asimilable a un listado de precios o tarifario⁷⁵.

74. FRANQUET SUGRAÑES (2022), pág. 279.

75. En este sentido, conviene resaltar que el ICAB solicitó la terminación convencional del expediente sancionador incoado contra él -caso Bankia-, mostrando su disponibilidad por presentar una propuesta de compromisos que resolviese los efectos sobre la competencia derivados de su conducta. Sin embargo, la

Dichos criterios se encuentran en vigor desde el 5 de marzo de 2020, y han sido publicados en la página web del Colegio, siendo accesibles para el público general⁷⁶. Además, han sido declarados ajustados a la legalidad de competencia por la CNMC⁷⁷.

De manera previa a la aprobación de dichos criterios, el 20 de marzo de 2018, el ICAB adoptó unas "Pautas básicas aplicables en materia de criterios orientadores de honorarios profesionales, a los exclusivos efectos de la tasación de costas y jura de cuentas", a efectos de sustituir los criterios orientativos sancionados por la CNMC. Estas pautas básicas recogían la jurisprudencia establecida por el TS en relación a la tasación de costas y jura de cuentas.

Además, el ICAB, desde el comienzo de la vigilancia por parte de la autoridad de competencia, puso de manifiesto la necesidad de contar con algún tipo de criterio orientativo, más allá de las referidas pautas básicas. Por ello, el 13 de abril de 2018, envió a la Dirección de Competencia, para su evaluación, una primera propuesta de nuevos criterios orientativos a los efectos de tasación de costas y jura de cuentas. Esta propuesta inicial fue modificada, aportando el ICAB las nuevas versiones el 25 de mayo, 19 de julio, 20 de septiembre y 29 de noviembre de 2019, con objeto de que la CNMC valorara su idoneidad. Finalmente, la última de las versiones fue declarada conforme a la normativa de competencia⁷⁸.

Así pues, la versión final aprobada en marzo de 2020 por la Junta de Gobierno del ICAB consta de catorce criterios, con los que, como se declara en el propio documento del ICAB, se pretende que el justiciable pueda valorar el alcance económico de una eventual condena en costas antes de iniciar un proceso judicial, su posible carácter excesivo y su eventual impugnación.

CNMC desestimó su pretensión al considerar que, según el art. 52 LDC, el Consejo de dicho organismo no era el órgano competente para iniciar actuaciones tendentes a una terminación convencional y que no era el momento procedimental adecuado para plantear dicha cuestión. Además, señala que la terminación convencional tiene un carácter potestativo para la CNMC y que, en este caso, el ICAB no propuso ningún compromiso y que los posibles compromisos que pudiera adoptar no podrían resolver los efectos anticompetitivos que las conductas imputadas produjeron en un mercado en que los nueve Colegios incoados copan el 100% del mercado de abogados de su ámbito territorial (Expediente CNMC S/DC/0587/16: Costas Bankia. Resolución de 8 de marzo de 2018, págs. 66 y 67). Así pues, tras la resolución sancionadora, en el marco del expediente de vigilancia, el ICAB sometió sus nuevos criterios a la CNMC con objeto de que ésta valorase su idoneidad con la normativa de defensa de la competencia y con la resolución administrativa, previamente a ser aprobados por la Junta de Gobierno del ICAB.

76. Vid. "Criterios orientativos del ICAB en materia de tasación de costas de 2020", disponibles en https://www.icab.es/export/sites/icab/.galleries/documents-contingut-generic/Criterios-orientativos-ICAB-tasacion-costas-ICAB-2020_.pdf

77. Vid. Expediente CNMC VS/0587/16: Costas Bankia. Resolución de vigilancia de 27 de febrero de 2020.

78. La Resolución de vigilancia de 27 de febrero de 2020 (Expediente CNMC VS/0587/16: Costas Bankia) no recoge cuáles fueron las modificaciones introducidas en las distintas versiones de los criterios orientativos del ICAB.

Además, pretenden cumplir con la LCP, ya que el Colegio debe emitir un informe preceptivo en cumplimiento del art. 246.1 LEC.

De acuerdo con el criterio 3, los mismos "tienen un fin orientador y no deben interpretarse como un mínimo o un máximo, sino de forma flexible, estando al caso concreto e incluso admitiendo prescindir de su literalidad cuando lo aconsejen las circunstancias del caso".

A efectos de aplicar estos criterios a un determinado asunto, en primer lugar, se debe fijar la cuantía base, como interés económico litigioso, la cual, en virtud del criterio 11, viene determinada por el importe de la condena o la cuantía procesal, salvo en los supuestos en que ésta no conste o sea poco razonable. Una vez establecida la cuantía base, es posible calcular el límite máximo de las costas de conformidad con lo establecido en el art. 394.3 LEC, de modo que los honorarios no deben exceder del 33,33% de esa cuantía⁷⁹.

Sobre la cuantía base se aplica el grado de trabajo previsto en el criterio núm. 6. A los efectos de determinar dicho grado de trabajo, además de lo previsto en el criterio 6, es preciso atender de forma conjunta a los criterios 6 a 14, es decir: la concreta actuación llevada a cabo -criterio 6-, su complejidad y el tiempo dedicado -criterio 7-, la instancia judicial y las fases del procedimiento trabajadas -criterios 8 a 10-, la moderación de grado en atención a las cuantías elevadas o reducidas -criterio 11.9 y 11.10-, la eventual existencia de pluralidad de litigantes bajo diferentes direcciones letradas -criterio 12- y el resultado obtenido en el proceso objeto de tasación -criterio 14-⁸⁰.

El TS, en su Sentencia 4841/2022, de 19 de diciembre, ha declarado que "ese ejemplo del ICAB viene a demostrar que existen sistemas que no llevan en todo caso a un resultado cuantitativo unívoco, que no incluye precios, tarifas o valores de referencia exactos, pero al mismo tiempo permite al Colegio cumplir con su obligación legal de dictar informes de tasación de costas. Y ese sistema también reduce, cuando no excluye, el riesgo de uniformar los honorarios de los abogados, no solamente en relación con la tasación de costas, sino también los propios honorarios que son estipulados por los abogados con sus clientes por los servicios prestados".

79. De acuerdo con el art. 394.3. LEC, el litigante condenado en costas sólo está "obligado a pagar, de la parte que corresponda a los abogados y demás profesionales que no estén sujetos a tarifa o arancel, una cantidad total que no exceda de la tercera parte de la cuantía del proceso, por cada uno de los litigantes que hubieren obtenido tal pronunciamiento; a estos solos efectos, las pretensiones inestimables se valorarán en 18.000 euros, salvo que, en razón de la complejidad del asunto, el tribunal disponga otra cosa".

80. MUNNÉ CATARINA (2020), págs. 404 y 405.

Por todo lo expuesto, podemos decir que el actual sistema del ICAB pone de manifiesto la posibilidad que tienen los Colegios Profesionales de elaborar verdaderos criterios orientativos a los exclusivos efectos de la tasación de costas y la jura de cuentas, acordes con lo dispuesto en la LCP y en la LDC, que permitan a estas corporaciones cumplir de forma eficaz y objetiva su deber legal de emitir informes sobre las costas a petición judicial.

5.4. Una propuesta de reforma del actual marco normativo

Si bien es cierto que las sentencias dictadas por el TS suponen un avance hacia la plena adecuación del ejercicio de la Abogacía a la normativa de defensa de la competencia, todavía existen algunos aspectos que obstaculizan el juego de la libre competencia en este ámbito. Por ello, como última consideración, cabe reflexionar en torno a un posible cambio normativo en materia de honorarios profesionales.

En el marco de un contrato de arrendamiento de servicios, los honorarios de los/as profesionales de la Abogacía deben ser libremente convenidos entre estos/as y sus clientes, no existiendo sistema arancelario para los servicios prestados por dichos operadores jurídicos. En otras palabras, en una economía de libre mercado, debe prevalecer la autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 CC).

Así pues, al igual que ocurre en otras profesiones, resulta muy conveniente que los honorarios acordados entre los/as letrados/as y su clientela se hagan constar, por razones de seguridad jurídica, en un presupuesto u hoja de encargo profesional.

Además, como se ha explicado previamente, el/la abogado/a tiene el deber de informar al justiciable sobre los honorarios de su actuación, así como sobre las consecuencias de una posible condena en costas y su cuantía aproximada⁸¹. Por ello, a efectos de cumplir con este deber de información de las personas consumidoras, los/as abogados/as deben fijar una minuta razonable y ponderada a o parámetros de la profesión, que se ajuste a las pautas que ha fijado la jurisprudencia en materia de costas (trabajo realizado, interés y cuantía económica del asunto, tiempo de dedicación efectiva, etc.), y deben hacerla constar de forma expresa en el contrato de arrendamiento de servicios suscrito con su cliente.

81. *Vid. supra* epígrafe 5.2.

Por todo lo anterior, a nuestro parecer, a la luz de la jurisprudencia del TS, la excepción prevista en la Disposición adicional 4ª LCP ha perdido su sentido práctico, convirtiéndose en un vestigio de una regulación pasada. En concreto, desde el punto de vista de la protección de los derechos de la ciudadanía, la habilitación de los Colegios para elaborar criterios orientativos de honorarios a los exclusivos efectos de la tasación de costas y jura de cuentas carece de utilidad, ya que, en la actualidad, dichos criterios se configuran como un elemento más a tener en cuenta en la cuantificación de las costas.

Además, a pesar de que se puedan emitir criterios con una finalidad meramente orientadora, y sin ninguna referencia numérica o cuantitativa asimilable a un baremo de precios, continúa existiendo un riesgo de homogeneización los honorarios de los/as abogados/as, no solamente en relación con la tasación de costas, sino también los propios honorarios que son estipulados por las/os letradas/os con sus clientes por los servicios prestados. Este riesgo es reconocido por el propio TS, en relación a los nuevos criterios del ICAB, cuando señala que: "(...) ese sistema también reduce, cuando no excluye, el riesgo de uniformar los honorarios de los abogados (...)"⁸².

Por tanto, desde la perspectiva del Derecho de la competencia, lo más conveniente sería derogar la Disposición adicional 4ª LCP, eliminando la facultad de los Colegios de la Abogacía para elaborar criterios orientativos de honorarios.

Asimismo, en línea con la derogación de dicha norma, de acuerdo con lo sostenido por una parte de la doctrina, en relación con los procedimientos de tasación de costas y jura de cuentas, también es necesario reflexionar sobre la eliminación de la obligación legal, prevista en el art. 246.1 LEC, de recabar un informe de los Colegios de la Abogacía en materia de impugnación de los honorarios por excesivos⁸³. Sin embargo, sobre esta idea, cabe resaltar que el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, aprobado el 15 de diciembre de 2020, no introduce cambios en este sentido⁸⁴.

82. *Vid.* STS 4841/2022, de 19 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4841).

83. En este sentido, *vid.* MARTÍNEZ GONZÁLEZ y PEDROSA PRECIADO (2018), pág. 148.

84. *Vid.* Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, aprobado el 15 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20Eficiencia%20Procesal.pdf>

6. CONCLUSIONES

El ejercicio de la Abogacía, como profesión colegiada, ha de realizarse en régimen de libre competencia y está sujeto a la normativa de defensa de la competencia, de forma que los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica deben respetar los límites del art. 1 LDC.

Como regla general, de acuerdo con el art. 14 LCP, los Colegios de la Abogacía no pueden establecer baremos ni cualquier otra orientación, recomendación, directriz, norma o regla sobre honorarios profesionales, ya que estos están sometidos a la libertad de pacto entre profesionales y clientes. Sin embargo, como única excepción, según la Disposición adicional 4ª de dicha Ley, estos pueden elaborar criterios orientativos a los exclusivos efectos de la tasación de costas judiciales y de la jura de cuentas de los abogados, los cuales también son válidos para la tasación de costas en asistencia jurídica gratuita.

Así pues, entre finales de 2022 y comienzos de 2023, el TS ha confirmado algunas de las resoluciones sancionadoras de la CNMC, al considerar que la elaboración y difusión de baremos por parte de los Colegios de la Abogacía para el cálculo de los honorarios, a pesar de su aprobación bajo la denominación de criterios orientativos a los exclusivos efectos de la tasación de costas y la jura de cuentas, constituye una recomendación colectiva de precios prohibida por el art. 1 LDC. Dicha doctrina jurisprudencial supone un importante progreso hacia la plena vigencia del Derecho de la competencia en el ejercicio de la Abogacía, ya que contribuye a liberalizar completamente los honorarios profesionales de los/as letrados/as.

En concreto, la finalidad de los criterios orientativos elaborado por los Colegios de la Abogacía no consiste en fijar los honorarios de los abogados, sino que son un elemento más a tener en cuenta en la cuantificación de las costas y contribuyen a resolver la impugnación de estas por su consideración como excesivas. Por ello, resultaría conveniente que los Colegios actualizasen y adaptasen sus criterios a las pautas fijadas por la jurisprudencia en relación con el cálculo de las costas, sin incluir referencias numéricas o cuantitativas, que puedan asimilarse a un listado de precios.

En este sentido, la actuación del ICAB es un ejemplo a seguir por el resto de Colegios de la Abogacía, ya que este ha logrado aprobar un conjunto de criterios orientativos de honorarios, que es acorde a la normativa de defensa de la competencia. En particular, los nuevos criterios del ICAB respetan lo estipulado por la jurisprudencia, ya que se basan en una proporcionada

ponderación del interés económico del asunto y del grado de trabajo; pero, a su vez, permiten al Colegio cumplir con su obligación legal de dictar informes de tasación de costas, respetando el derecho a la tutela judicial efectiva.

A pesar de este importante avance en materia de libre competencia, la tendencia jurisprudencial muestra que, en el futuro, es posible que la determinación de las costas se realice sin necesidad de acudir a los criterios orientativos de los Colegios Profesionales. Por ello, en este escenario, sería conveniente la derogación de la excepción prevista en la Disposición adicional 4ª LCP, así como de la necesidad, prevista en el art. 246.1 LEC, de recabar un informe preceptivo de los Colegios de la Abogacía en los incidentes de impugnación de la tasación de las costas y jura de cuentas por considerar excesivos los honorarios del abogado.

7. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN CONSULTADA

a) Libros y capítulos de libro

ARAGÜÉS ESTRAGUÉS, Miguel Ángel (2011), *Los honorarios. Un derecho de los abogados. Cómo reclamarlos y sus problemas*, Tirant lo Blanch, Valencia.

CALVO SÁNCHEZ, Luis; FERNÁNDEZ FARRERES, Germán; MENÉNDEZ GARCÍA, Pablo; PELLICER ZAMORA, Rafael (2002), *Colegios Profesionales y Derecho de la Competencia*, Unión Profesional-Civitas, Madrid.

COSTAS COMESAÑA, Julio (2022), *Fundamentos de Dereito de Defensa da Competencia*, Servizo de Publicacións da Universidade de Vigo, Vigo.

DIÉZ-ESTELLA, Fernando; GUERRA FERNÁNDEZ, Antonio (2020), «Artículo 1. Conductas colusorias», en MASSAGUER FUENTE, J.; SALA ARQUER, J. M.; FOLGUERA CRESPO, J.; GUTIÉRREZ, A. (dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, págs. 123-250.

FRANQUET SUGRAÑES, Teresa (2022), «Los criterios orientativos a los efectos de la tasación de costas y jura de cuentas de los abogados», en ROBLES MARTÍN-LABORDA, A.; ZURIMENDI ISLA, A., *Estudios de la Red Académica de Defensa de la Competencia (RADC) 2022*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, págs. 263-288.

MARTÍNEZ GARCÍA, Alejandro; CREMADES LÓPEZ DE TERUEL, Fernando Javier; ROMERO PÉREZ, María del Milagro; CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen (2014), *Costas y gastos procesales. Cuando el Tribunal Supremo miró a Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Margarita; PEDROSA PRECIADO, Laura (2018), *Manual práctico sobre la tasación de costas procesales*, El Masnou: Ediciones Experiencia, Barcelona.

TINTI, Pedro León; TINTI, Guillermo Pedro (2014), *Honorarios*, Alveroni Ediciones, Córdoba.

b) Artículos

ACHÓN BRUÑÉN, María José (2023), «Prohibición por la Sala 3ª del TS de la difusión de baremos por los Colegios de Abogados. Honorarios excesivos y cláusulas abusivas en las hojas de encargo», *Diario La Ley*, núm. 10285, 2023.

BONET NAVARRO, José (2017), «La necesaria reforma de la mal llamada "jura de cuentas"», *Revista de Derecho UNED*, núm. 21, 2017, págs. 73-108.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos; RUIZ GARCÍA, Carlos Alb. (2009), «Honorarios de abogados, competencia y pacto de *quota litis*», núm. 1, 2009.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos, «La aplicación del Derecho de la competencia a los Colegios Profesionales», *Diario La Ley*, núm. 9483, 2019.

MUNNÉ CATARINA, Frederic (2020), «La valoración de los honorarios de las costas procesales: Los nuevos criterios orientativos de honorarios aprobados por el Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona en 2020", *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2020, págs. 395-408.

c) Otros documentos

TDC, *Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones, de 1 de junio de 1992.*

Comisión Europea, *Informe sobre competencia en los servicios profesionales, de 9 de febrero de 2004.*

CNC, *Informe sobre Colegios Profesionales tras la trasposición de la Directa de Servicios, de 18 de abril de 2012.*

8. NORMATIVA

a) Europea

Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Tratado de Lisboa 13 de diciembre de 2007.

b) Española

Real Decreto, de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

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.

Código Deontológico de la Abogacía Española, Aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española el 6 de marzo de 2019.

Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia aprobado por el Consejo de Ministros el 15 de diciembre de 2020.

Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

Anteproyecto de Ley Organiza del Derecho de Defensa aprobado por el Consejo de Ministros el 4 de abril de 2023.

9. RESOLUCIONES JUDICIALES Y DE OTROS ORGANISMOS

a) Comisión Europea

Decisión de la Comisión, de 30 de junio de 1993, 93/438/CEE, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/33.407 - CNSD); DOCE L 203/27, de 13 de agosto de 1993.

Decisión de la Comisión, de 30 de enero de 1995, 95/188/CE, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE (IV/33.686 - COAPI); DOCE L 122/37, de 2 de junio de 1995.

Decisión 2005/8/CE de la Comisión, de 24 de junio de 2004, relativa a un procedimiento conforme al artículo 81 del Tratado CE (asunto COMP/A.38549 - Colegio Belga de Arquitectos); DOUE L 4, de 6 de enero de 2005.

b) Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia de 2 de abril de 2020, asunto C-228/18 (ECLI:EU:C:2020:265).

c) Tribunal Constitucional

Sentencia 62/2009, de 9 de marzo (ECLI:ES:TC:2009:62).

d) Tribunal Supremo

Auto 1794/2010, de 9 de febrero (ECLI:ES:TS:2010:1794A).

Auto 5365/2010, de 13 de abril (ECLI:ES:TS:2010:5365A).

Auto 3132/2012, de 27 de marzo (ECLI:ES:TS:2012:3132A).

Auto 1047/2014, de 11 de febrero (ECLI:ES:TS:2014:1047A).

Auto 1445/2017, de 22 de febrero (ECLI:ES:TS:2017:1445A).

Auto 12002/2021, de 21 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:12002A).

Auto 8492/2022, de 31 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:8492A).

Sentencia 6610/2008, de 4 de noviembre (ECLI:ES:TS:2008:6610).

Sentencia 4667/2022, de 19 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4667).

Sentencia 4836/2022, de 20 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4836).

Sentencia 4838/2022, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4838).
Sentencia 4841/2022, de 19 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4841).
Sentencia 4846/2022, de 23 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4846).
Sentencia 4946/2022, de 23 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4946).
Sentencia 119/2023, de 16 de enero (ECLI:ES:TS:2023:119).
Sentencia 2641/2023, de 13 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2641).

e) Audiencia Nacional

Sentencia 6902/2005, de 27 de junio (ECLI:ES:AN:2005:6902).
Sentencia 3269/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3269).
Sentencia 3271/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3271).
Sentencia 3272/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3272).
Sentencia 3274/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3274).
Sentencia 3334/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3334).
Sentencia 3336/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3336).
Sentencia 3384/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3384).
Sentencia 3507/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3507).
Sentencia 3548/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3548).
Sentencia 3593/2021, de 22 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3593).
Sentencia 3585/2021, de 28 de julio (ECLI:ES:AN:2021:3585).
Sentencia 3946/2021, de 8 de septiembre (ECLI:ES:AN:2021:3946).
Sentencia 4143/2021, de 29 de septiembre (ECLI:ES:AN:2021:4143).

f) Autoridad española de la competencia

TDC. Resolución de 26 de septiembre de 2002. Expediente 528/01, Consejo General de la Abogacía.

CNC. Resolución de 10 de septiembre de 2013. Expediente S/0431/12: Asociación Empresarial de Peritaje y Valoraciones Judiciales.

CNMC. Resolución de 23 de julio de 2015. Expediente SACAN/31/2013: Honorarios profesionales Colegio Abogados Las Palmas.

CNMC. Resolución de 15 de septiembre de 2016. Expediente SAMAD/09/2013 I: Honorarios profesionales ICAM.

CNMC. Resolución de 15 de septiembre de 2016. Expediente SAMAD/09/2013 II: Bis Honorarios profesionales ICAAH.

CNMC. Resolución de 8 de marzo de 2018. Expediente CNMC S/DC/0587/16: Costas Bankia.

CNMC. Resolución de vigilancia de 27 de febrero de 2020. Expediente CNMC VS/0587/16: Costas Bankia.



M1 FUNDACIÓN
Mutualidad