

SALIR DE PESCA, SÓLO EN VACACIONES: LA BASE ADECUADA PARA LAUDOS SOBRE DAÑOS

Si bien puede parecer misterioso y hasta ser fuente de comprensibles temores, el papel del tribunal en la determinación de los daños a menudo puede ser la tarea más importante. En muchos sentidos, mirar el caso a través de la lente de los daños reclamados puede ayudar a explicar los hechos. Por ejemplo, una vez que el tribunal puede determinar la viabilidad económica del reclamo de la parte demandante, luego pueden evaluarse las pérdidas económicas probadas y tal vez incluso la credibilidad de las declaraciones de los testigos de hecho.

Sin embargo, con demasiada frecuencia, la cuantificación de daños se realiza con el mismo método casero para determinar la dirección del viento, elevando sobre la mollera un dedo recién humedecido. El proceso de arbitraje internacional exige mucho más para que los daños que se decidan satisfagan los requisitos de rigor establecidos en los conceptos básicos que sustentan el proceso arbitral.

Este artículo explica los conceptos y limitaciones aplicables al proceso de adjudicación de daños económicos, con ejemplos recientes de decisiones del tipo analizado. Como surge del análisis de los principios que siguen, la adjudicación de daños económicos requiere detallar y probar con precisión las alegaciones y la causalidad invocadas, lo que es mucho más que simplemente identificar un acto antijurídico y hacerlo seguir de una sopa de letras de metodologías valuatorias incompatibles o incomprensibles.

A. El Mandato del Tribunal Arbitral y sus Características Inherentes

Independientemente de la posición que se adopte respecto del origen de las facultades de los árbitros, es indiscutible que el Tribunal Arbitral tiene la obligación de resolver la disputa dentro de los límites de su mandato. Este mandato típicamente deriva de un contrato, o puede encontrar su alcance delimitado en un tratado o una ley, en los casos en que el consentimiento a arbitrar se expresa por invocación de una oferta de arbitraje contenida en uno de tales instrumentos. Al mismo tiempo, las normas aplicables están contenidas en la legislación nacional sustantiva y procesal, en las reglas de arbitraje (si las hay), y –en el caso de los procesos de derecho internacional público– en los tratados internacionales, el derecho consuetudinario y otras fuentes.³

En cualquier caso, el arbitraje es diferente de los sistemas judiciales. Como ha señalado recientemente Gary Born, “[e]n todos los casos, sigue siendo esencial clasificar y tratar el arbitraje como una disciplina distintiva y autónoma, especialmente diseñada para lograr un determinado conjunto de objetivos.”⁴ Dentro de este sistema, los árbitros tienen una función jurisdiccional que consiste en resolver la controversia entre las partes sobre la base de sus presentaciones y de las pruebas ofrecidas que resulten admisibles.⁵

Los árbitros deben tratar a las partes con igualdad, o correrán el riesgo de violar las reglas de arbitraje aplicables, y las leyes nacionales y/o

1. Senior Partner at Gomm & Smith, P.A.

2. Foreign Legal Consultant at Gomm & Smith, P.A.

3. En tales supuestos, resultarán aplicables las fuentes del derecho internacional listadas en el Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que son consideradas un listado exhaustivo y correcto bajo el derecho internacional consuetudinario.

4. Ver Gary B. Born, *Arbitraje Comercial Internacional*, Ed 2d. (2014), 217.

5. *Id.*, 1974

internacionales.⁶ Al mismo tiempo, el Tribunal Arbitral no puede ir más allá de los límites de su mandato en búsqueda de las respuestas que quiere encontrar.⁷ La Corte Suprema de los Estados Unidos ha afirmado, en relación con esta cuestión, que los tribunales arbitrales no pueden decidir sobre la base de políticas de su creación, que lleven a la implementación de "su propia marca de justicia industrial."⁸ Es decir que los árbitros deben supervisar el proceso y asegurar la equidad procesal, para luego resolver la controversia considerando las pruebas, argumentos jurídicos, y los testimonios presentados.

B. Las Limitaciones Básicas en las Facultades del Tribunal

En el desempeño de su mandato, el Tribunal considera esencialmente tres tipos de elemento procesal: pruebas de hecho, pruebas periciales, y argumentos jurídicos. Cada uno de estos elementos tiene sus propios supuestos básicos que subyacen al trabajo del Tribunal. Cuando el Tribunal considera los hechos, está juzgando la credibilidad de los testigos y documentos que los expresan o reflejan, y es relativamente libre de asignar el peso que considere apropiado al testimonio o documento –lo que incluye la posibilidad de atribuir poca importancia a los testigos o documentos que parecen ser falsos o inconsistentes–. El Tribunal estudia la prueba documental y las declaraciones de los testigos –orales o escritas– y saca las conclusiones apropiadas de sus formulaciones, para bien o para mal de la parte que las presenta. En ningún caso podrá el tribunal inventar o crear declaraciones o documentos no presentados, ni crear en ellos afirmaciones probatorias que no surjan de sus textos, o de las inferencias que ellos permitan. El tribunal está obligado a los hechos expuestos por las partes.

Las pruebas presentadas a través de peritos y expertos –especialmente los designados por las partes– llaman a una serie de consideraciones ligeramente distintas que las aplicables a los testigos de hecho, pero se aplican a ellas, en lo relevante, los mismos principios discutidos supra. Los expertos presentan su análisis de los hechos

sobre la base de la metodología que proponen, y las situaciones hipotéticas que consideran relevantes. A pesar de que los expertos pueden hacer conclusiones jurídicas, esas conclusiones podrán ser más o menos persuasivas, pero no gran peso procesal, y no resultan vinculantes para la parte que presenta a ese testigo, ni para el Tribunal.

El Tribunal tiene capacidad para juzgar la credibilidad del experto y su metodología, y también para analizar los hechos y premisas fácticas a las que se aplicará la metodología para llegar a un resultado final, lo que de ordinario será realizado sobre la base del material proporcionado por los diversos expertos y las declaraciones de los testigos de hecho, y los argumentos e interrogatorios a unos y otros realizados por las partes. Sin embargo, el Tribunal no puede crear una metodología. El Tribunal tampoco puede crear hechos para ajustar el número final en la metodología. Al igual que sucede con los elementos de hecho, el Tribunal está obligado por el testimonio de expertos y los documentos presentados; no hay lugar para la invención.⁹

Los argumentos de derecho son el área donde el Tribunal probablemente tiene más libertad, aunque existen igualmente limitaciones. El Tribunal está limitado a aplicar las soluciones legales presentadas por las partes. Aunque la mayoría de los sistemas legales permiten que el Tribunal emita con cierto alcance limitado una decisión jurídicamente equivocada,¹⁰ el Tribunal no puede aplicar nuevas teorías legales no presentadas por las partes o crear leyes que no existen. El Tribunal tampoco puede voluntariamente optar por no cumplir con la ley, una vez que tiene la ley colocado delante de él. En otras palabras, el Tribunal tiene numerosas limitaciones, pero no hay forma del mandato del Tribunal que permite crear hechos, metodología, o la ley que no existe.

C. Las Limitaciones Básicas Aplicadas a los Daños Económicos

Con estos principios en mente, uno puede entender mejor la cuestión específica de los daños económicos, y de las cargas que la parte

6. Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI, Art. 18 (con las emendas de 2006); Reglas de Arbitraje de la CCI, Art. 22(4) (versión 2012), Reglas de Arbitraje Internacional del ICDR, Art. 16(1).

7. Ver Nathalie Meyer Fabre, *Arbitrators, don't overdo it without involving the parties!*, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2012-1 (comentando sobre el caso de *Overseas Mining Investment Ltd. c. Caribbean Nickel*, que fue anulado por las cortes francesas –la sede del arbitraje– porque el tribunal otorgó daños bajo una teoría que no fue planteada por el demandante).

8. Ver *Stolt-Nielsen v. AnimalFeeds Intern. Corp.*, No. 08-1198, 559 U.S. (2010).

9. El tribunal puede considerar sin duda la credibilidad del experto si ha rendido opiniones contradictorias sobre hechos similares en otros procesos, lo cual es un problema que justifica un artículo aparte.

10. Ver, para una discusión del alcance de esta posibilidad jurídica de errar en el marco del arbitraje CIADI, D.B. Gosis, "Addressing and Redressing Errors in ICSID Arbitration", en TDM 1 (2014) (disponible en www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2072).

que solicite una compensación de ese tipo debe satisfacer.¹¹ La comunidad internacional ha llegado a un consenso respecto de que sólo corresponde otorgar reparación de los daños causados por actos que violen el derecho aplicable. En el contexto de las obligaciones internacionales, la Comisión de Derecho Internacional, en el Artículo 31 de sus Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos llega a esta conclusión,¹² pero el mismo resultado surge de la legislación nacional de muchos países, lo que difícilmente resulte sorprendente. La consecuencia natural de este principio es el requisito de la causalidad —el Tribunal debe limitarse a conceder una indemnización monetaria cuando la parte que solicita este tipo de daños demuestre una relación causal entre la violación jurídica respectiva y las pérdidas económicas sufridas.

La consecuencia contraria es igualmente cierta. Si una parte no muestra ninguna pérdida económica derivada de la violación jurídica discutida en el proceso, entonces no podrá tener acceso a una compensación económica relativa a la violación alegada.¹³ Esta afirmación ha sido aceptada por diversos Tribunales en diversos contextos fácticos. Algunos Tribunales se han negado a otorgar compensación económica cuando los hechos que respaldan la demanda son inciertos o mal definidos.¹⁴ En otros casos, el Tribunal ha rechazado ciertas fórmulas compensatorias como inapropiadas para el tipo de demandante.¹⁵ Por ejemplo, un análisis de flujos de caja descontados normalmente sólo puede tener sentido cuando se calcula respecto de las operaciones comerciales de un negocio en marcha que puede demostrar haber tenido un historial de rentabilidad. A falta de estos hechos, es probable que el análisis de flujos de caja descontados resulte en guarismos y proyecciones que no tienen ningún nexo causal con el daño causado. En otros casos, los Tribunales han decidido no otorgar ninguna reparación

cuando no existía ninguna vinculación entre el daño alegado y las pérdidas alegadamente sufridas —o, lo que es lo mismo, por falta de causalidad de los daños reclamados.

Otras decisiones recientes ilustran estos principios en acción. En una decisión unánime dictada en 2013, el Tribunal de *The Rompetrol Group c. Rumania* estudió una situación en la que el demandante alegaba una serie de actos que habrían constituido violaciones del derecho internacional que justificaban la indemnización solicitada. El Tribunal rechazó la solicitud de daños, pero luego de llevar a cabo una serie de constataciones. En primer lugar, el Tribunal se abocó a la determinación de si efectivamente se había producido una violación del derecho internacional. Seguidamente, se aplicó al análisis del testimonio de los expertos presentados como testigos en el proceso, para determinar si la metodología propuesta podría resultar aplicable al tipo de reclamo iniciado, y a las infracciones identificadas. Al comprobar que el demandante no había cumplido con su carga de probar su caso, el Tribunal describió con énfasis justificado el enlace necesario entre el incumplimiento y los daños reclamados:

La verdadera situación es que los daños, en el sentido jurídico, deben ser entendidos como aquello que se requiere para recomponer, en términos monetarios, y tomada en su conjunto, la alteración duradera y perjudicial de la situación económica, financiera o comercial del inversionista extranjero que se remonte, de un modo suficientemente directo y próximo, al comportamiento ilícito del Estado receptor de la demanda.¹⁶

El Tribunal en *Rompetrol* sí encontró una violación del derecho internacional respecto de uno de

11. Este artículo se centra en gran medida en las pérdidas monetarias, económicas, con una breve mención de otras formas de valorización. Los principios descritos en el presente documento se aplicarían a otras formas de compensación, que los autores no tienen la intención de excluir.
12. Comisión de Derecho Internacional, Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Art. 31(1) (2001) ("el Estado responsable está bajo una obligación de hacer reparación completa para el perjuicio causado por el acto ilícito").
13. Ver, v.gr., *Inmaris Perestroika Vela Maritime Services GmbH y otros c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/08/8, Laudo con fecha 1 de marzo de 2012 ("*Inmaris*"), 386, 390-391 ("El Tribunal no ve ninguna base para la adjudicación de daños y perjuicios por las demandas que son ya sea disputadas o no verificadas. El Tribunal entiende el argumento de las Demandantes de que estas afirmaciones eventualmente pueden ser probados y aceptados por el administrador de la insolvencia. Sin embargo, el Tribunal no puede basar su decisión en la posibilidad incierta que esto vaya a suceder").
14. Ver, v.gr. *Metalclad c. Estados Unidos de México*, Caso CIADO No. ARB(AF)/97/1, Laudo de fecha 30 de agosto de 2000 ("*Metalclad*"), 115 ("Metalclad también solicita US\$20-US\$25 millones adicionales por las repercusiones negativas que presuntamente las circunstancias han tenido en otras de sus operaciones comerciales. El Tribunal desestima esta reclamación, puesto que diversos factores, no necesariamente vinculados a la explotación de La Pedrera, han incidido en precio de las acciones de Metalclad. La relación causal entre las medidas adoptadas de México y la reducción del valor de otras operaciones comerciales de Metalclad es demasiado remota e incierta para sustentar esta reclamación, de la cual, por lo tanto, se hará caso omiso").
15. Ver, v.gr. *Inmaris*, 424 ("En contraste con la metodología del experto de daños de las Demandantes, la metodología empleada por el experto de daños del Demandado es, al menos, una metodología objetiva en lugar de su mera opinión. El Tribunal, por lo tanto, aplica una tasa de descuento de 14,95 por ciento para calcular el valor actual neto de los beneficios esperados por los Demandantes a partir de abril de 2006").
16. Ver *The Rompetrol Group c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/06/3, Laudo con fecha 6 de mayo de 2013 ("*Rompetrol*"), 287.

los puntos alegados por los demandantes, pero esto no resolvió la cuestión. Luego de esta constatación, se volcó a analizar la evidencia sobre daños presentada por el demandante, lo que lo llevó a rechazar cualquier forma de reparación económica, en los siguientes términos: “[b]ajo las pruebas presentadas ante el Tribunal, el Demandante no ha sin embargo cumplido la responsabilidad que le cabía de él mismo probar que sufrió pérdidas económicas o daños resultantes del incumplimiento especificado [en el laudo]”.¹⁷ En otras palabras, el mero hecho de probar una violación de ley no alcanza para hacerse de una condena en daños.

Siguiendo el razonamiento expuesto por el Tribunal en *Rompetrol*, se hace evidente que la carga del demandante de establecer una causalidad que resulte en daños probados derivados de la violación legal sigue reglas precisas. En términos procesales, esa carga requiere probar los hechos, para lo que el demandante debe presentar testigos –incluidos, si lo considera necesario, expertos– y documentos creíbles, ya que el Tribunal no puede ir en busca de los hechos que prueben el caso de la demandante fuera de la prueba presentada. Si la causalidad requiere el testimonio de expertos, otro requisito es que la metodología debe ser capaz de encajar en los hechos que sirven de premisas subyacentes al caso valuatorio. Esto requiere, por su vez, que el experto sea creíble, y que presente una metodología que también sea creíble. Así, en ningún caso podría un Tribunal asumir la existencia de pérdidas económicas sólo en base a la existencia de una violación de la ley o contrato. Lo mismo puede decirse de otros remedios—debe haber causalidad para poder reclamar cualquier forma de compensación, ya sea que se el remedio buscado consista en una medida cautelar, de naturaleza declarativa, o algún tipo de reparación moral.

De hecho, los Tribunales no tienen la obligación de asignar daños económicos en virtud de la mera existencia de una violación legal. El derecho internacional, por ejemplo, conoce bien de otros remedios, que son muy típicos en materia de solución de controversias internacionales Estado-Estado. Un arbitraje puede resultar en un laudo de satisfacción moral, que es uno de los resultados más comunes en el derecho internacional. Un

Tribunal también puede otorgar una medida que puede ser crucial para determinar otras obligaciones, como el pago de una póliza de seguro. El Tribunal en el caso *Biwater Gauff v Tanzania* se refirió precisamente a esta cuestión, en el marco de un largo debate sobre la necesidad de probar la causalidad:

El Tribunal Arbitral considera que la expropiación puede tener lugar con motivo de una interferencia sustancial en los derechos, incluso si no hay pérdida económica causada como consecuencia de ello, o si ella no puede ser cuantificada. En tales casos, reparaciones no pecuniarias (por ejemplo cautelares, remedios de naturaleza declarativa o de restitución) todavía pueden ser apropiados.¹⁸

La compensación monetaria no es la única forma de remedio; hay otros tipos de resultados que pueden ser apropiados cuando están debidamente reclamados y probados. Pero en ningún caso puede el Tribunal gestar alquímicamente una suma en concepto de daños que no surja directamente de los hechos, el testimonio de los expertos, y el derecho presentados.

D. Observaciones a modo de conclusión

La misma precisión necesaria en la alegación sobre jurisdicción y responsabilidad es necesaria también para la reclamación de daños económicos. Si bien el arbitraje internacional es un excelente método para resolver los conflictos internacionales, sus limitaciones deben ser respetadas a fin de arribar al tipo de decisiones que justifican el costo y los gastos del proceso. La mejor manera de evitar la arbitrariedad en el proceso de arbitraje es adherirse a las limitaciones consagradas y establecidas en los conceptos fundamentales que subyacen en el arbitraje internacional.

Además, las recientes críticas del proceso de arbitraje han reforzado la necesidad de respetar las limitaciones de los tribunales arbitrales. Por ejemplo, diversos Estados e inversores han criticado –por varias razones valederas– el funcionamiento del sistema de arbitraje del CIADI y las decisiones dictadas.¹⁹ El resultado natural ha sido el estudio de los laudos, lo que desató refutaciones que

17. *Id.*, 299(d).

18. Ver *Biwater Gauff c. Tanzania*, 781.

19. Ver, por ejemplo, la publicación de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés) de 2013 denominada “*Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap*” (disponible en http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf), donde se discuten estas críticas y algunas propuestas para dar respuesta a ellas.

buscaban probar que las propias decisiones eran justas. Sin embargo, la respuesta apropiada a esa inquietud se basa de manera inevitable en la calidad de la decisión. Si la calidad de la decisión es precaria, independientemente de los mantras que rezan que el arbitraje resuelve la disputa de manera definitiva, las partes rechazarán el sistema. Esta reacción es especialmente cierta toda vez que el CIADI, como la mayoría de las instituciones arbitrales,²⁰ no contiene reglas que permitan el examen en apelación, sino sólo causales limitadas para anular la decisión, o para remediar ciertos errores fácticos u oscuridades. En la medida en que un error visible e imperdonable no pueda ser rápidamente enmendado, las dudas sobre la viabilidad y conveniencia del sistema, y su legitimidad, serán justificadas.

En otras palabras, aun si algunos errores pudieran, por hipótesis, ser técnicamente posibles y válidos, desde una perspectiva práctica, los Tribunales deben hacer algo más que garantizar un proceso justo y emitir un laudo; también tienen que decidir con razonamientos carentes de arbitrariedad. En efecto, esta obligación puede ser incluso mayor en los casos de arbitraje de inversión, donde los resultados pueden tener efectos dramáticos sobre el sistema financiero global, las políticas presupuestarias de un país, y la vida de millones de personas.

Dentro y fuera del campo del arbitraje de inversiones, una de las mejores maneras de asegurar la legitimidad de los laudos, y su respeto continuado por parte de los tribunales nacionales que deban darle reconocimiento o ejecución, es el respeto de las limitaciones inherentes al arbitraje internacional, especialmente en lo que hace a la adjudicación de condenas dinerarias que, con creciente recurrencia, superan las decenas o cientos de millones de dólares.

20. Una excepción –tan reciente como novedosa– la constituyen las reglas sobre apelación optativa sancionadas por la *American Arbitration Association* en 2013.