

**Arbitraje**  
**Revista de arbitraje**  
**comercial y de**  
**inversiones**

volumen IV

**2011 (1)**

***La prueba de daños en el arbitraje internacional:  
Un aspecto crucial, pero no muy glamuroso  
del proceso \****

Judd L. KESSLER \*\*

Porter Wright Morris & Arthur LLP (Washington)

**Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación**  
**Instituto Universitario de Estudios Europeos**  
**Universidad CEU San Pablo**  
**Madrid**

## ***La prueba de daños en el arbitraje internacional: Un aspecto crucial, pero no muy glamuroso del proceso \****

Judd L. KESSLER \*\*

Porter Wright Morris & Arthur LLP (Washington)

Cuando fui invitado a participar en este primer curso internacional de arbitraje comercial y de inversiones decidí, luego de reflexionarlo, que quizás mi aporte debería ir dirigido a compartir con ustedes mis ideas como experimentado árbitro con relación a un área en que ni los árbitros ni los litigantes se sienten demasiado cómodos: la llamada prueba de daños. En principio el tema parece simple –tal vez hasta aburrido– pero espero convencerlos de que es merecedor de su valiosa atención.

Hablemos con sinceridad. ¿Recuerdan por qué estudiaron Derecho en vez de obtener un título en Administración de Empresas o Economía? Ustedes no querían ser molestados con un montón de números, razones y coeficientes financieros. A ustedes no les interesan mucho esos asuntos y no son muy buenos para eso.

Esos temas son para geniecillos matemáticos, pensadores de la economía y para los consultores financieros. Nosotros los abogados –especialmente los interesados en arbitraje internacional– creemos que nuestros talentos principales están mejor empleados en entender el alcance de las últimas aplicaciones de los principios de tratamiento justo y equitativo o sobre expropiación indirecta, que en todos esos fastidiosos detalles financieros.

Si esta descripción les suena familiar a ustedes como litigantes, permítanme compartirles un secreto. La descripción también se ajusta a la gran mayoría de los árbitros internacionales. En uno de los primeros grandes casos de inversión en que participé como árbitro, los árbitros acordaron una vez finalizada la audiencia en dividir el trabajo de redactar un borrador del laudo. Yo me ofrecí de voluntario para encargarme del tema de los daños. Jamás había visto a un presidente tan ansioso por entregar una parte de su portafolio.

Al fin y al cabo, los litigantes son los responsables de aportar las pruebas de daños. A veces lo hacen bien pero en muchas ocasiones no lo hacen tan bien, y les corresponde a los pobres árbitros intentar verle la lógica y el sentido persuasivo de cualquier material que conste en el expediente. Vuelvo y repito, muchos árbitros, incluso si fueron buenos estudiantes en la facultad de Derecho, tienden a esquivar los temas relacionados con negocios y números.

Ya sea que el abogado haya tenido contacto o no con estos temas como parte de su educación jurídica, tengo la impresión de que los abogados de países del sistema del *common law* –al menos aquellos vinculados a los litigios o al arbitraje– se ven forzados a lidiar con los problemas de la prueba de daños muy a inicios de sus carreras. Esto es así dado, por ejemplo, que en el transcurso del proceso oral, el demandante tiene la carga de la prueba de daños y cualquier abogado del demandado que sea competente debe aprender algo sobre el análisis independiente de las pruebas producidas por el demandante, así como la habilidad para seleccionar un perito calificado para objetar la reclamación de daños del demandante. En contraste, bajo el sistema de *civil law*, es el juez quien tiene el papel preponderante en clasificar y determinar la relevancia de la prueba, como resultado el abogado no está tan involucrado en una confrontación directa con la contraparte en varios aspectos clave de un litigio, entre ellos la prueba de daños. Si bien esta situación podría darle una ligera ventaja a los abogados del *common law* en términos de experiencia, ellos tampoco tienen la fama, como colectivo, de tener un gran entusiasmo por lidiar con asuntos relacionados con números y conceptos matemáticos y estadísticos.

Pero seguramente ustedes dirán que todos nosotros somos personas muy inteligentes y capaces de convertirnos en participantes sofisticados en la prueba de daños. Después de todo, ¿qué tan serio puede ser un problema como este? Permítanme darles algunos ejemplos: Hace

---

\* Conferencia pronunciada en el Primer Curso Internacional de Arbitraje Comercial y de Inversiones- Panamá, 15 de octubre de 2010. El autor agradece sinceramente al Lic. Darío Sandoval del Estudio Jurídico Araúz de la Ciudad de Panamá por su valiosa asistencia en traducir mi presentación del inglés al español.

\*\* Partner in the Washington Office of Porter Wright Morris & Arthur LLP concentrating in international investment arbitration, complex international projects/contracts and export licensing matters.

poco participé en un tribunal de arbitraje internacional (bajo las reglas de Uncitral) en el que se alegaba la resolución ilegal de un contrato de concesión para la construcción y operación de un aeropuerto internacional. El abogado del demandante aportó el extenso testimonio de un perito en el que analizaba el flujo de caja estimado y a ser generado en el transcurso de los 20 años de vigencia del contrato de concesión. Inmediatamente, utilizando el famoso y aceptado método conocido como FCD –Flujo de Caja Descontado– el perito estimó los daños en alrededor de los 25 millones de dólares. El abogado del demandado no duró más de 10 minutos repreguntando a este perito, y en dicho tiempo, intentó principalmente sacar a relucir algunas pruebas estadísticas a su favor o demostrar que el perito no estaba al tanto de ciertos hechos puntuales relacionados con los contratos subyacentes. No hizo ningún intento por encarar los detalles del análisis FCD.

Cuando llegó el momento del abogado del demandado de presentar su versión del caso, aportó pruebas para determinar que el demandante había retrasado indebidamente su rendimiento; que el demandado había declarado la resolución contractual apropiadamente; que, por lo tanto, no había necesidad para el demandado de lidiar con los detalles del análisis FCD; y que, en realidad, era el demandante quien debía pagar los daños al demandado debido a la pérdida de ingresos proyectados de exportaciones y otras oportunidades de negocio para el país, que provinieron del alegado incumplimiento del contrato de concesión según el demandante. Los árbitros hicimos algunas preguntas, pero eran tendentes principalmente a aclarar ciertos puntos discutidos en vez de obtener nuevas pruebas.

Cuando los árbitros nos reunimos al finalizar la audiencia, todos coincidimos en que el gobierno en cuestión había rescindido indebidamente el contrato de concesión. También todos estuvimos de acuerdo, sin embargo, en considerar que aunque el demandante había continuado a conciencia sus esfuerzos por realizar la obra del aeropuerto, no había tenido éxito en firmar el contrato para el financiamiento bancario que necesitaba. Sí, hubo conversaciones alentadoras con instituciones financieras pero nunca se formalizaron los préstamos ni se desembolsaron los fondos. Como resultado, el proceso de construcción aún no había comenzado. Los árbitros concluimos, pues, que era inapropiado utilizar una metodología de daños que implicara la culminación exitosa de un aeropuerto operativo con todos los ingresos que generaría durante un período de 20 años. Así las cosas, no era posible para nosotros usar el análisis del FCD. Sin embargo, el demandado no sugirió nada en su reemplazo (a excepción de su propia contrademanda por los ingresos de exportaciones perdidos, contrademanda con la que los árbitros no nos vimos demasiado impresionados). ¿Y cómo el tribunal arbitral iba a determinar los daños de la resolución ilegal del contrato de concesión? Afortunadamente, y casi por accidente, los demandantes habían aportado al expediente alguna información relacionada a la cuantía en términos del nivel de esfuerzo y costo de planeación, ingeniería y otros servicios relacionados a las primeras etapas del proyecto y posteriores a la firma del contrato de concesión. El tribunal arbitral tomó esta información, hizo ciertas presunciones, usó un interés determinado para calcular el valor del dinero en el tiempo, y dio como resultado una cantidad a favor del demandante de entre cinco y diez millones de dólares.

Si tratamos de imaginar el proceso de pensamiento de cada parte, estoy seguro de que ambos quisieron ser muy cautelosos y ninguno quería prestar credibilidad a la postura de la contraparte sobre el problema de los daños. Sin embargo el abogado del demandante debió por lo menos haber considerado la posibilidad de que el tribunal arbitral buscaría pruebas de daños basados en el valor razonable de los servicios o *quantum meruit basis*.

Sin necesidad de admitir ante el demandado o el tribunal arbitral que consideraban algún aspecto de su caso como débil, aún así pudieron haber aportado al expediente más pruebas del nivel de esfuerzo que pusieron en el proyecto, junto con mayores detalles sobre el valor de los servicios suministrados. Entiendo que todo buen abogado sabe lo que quiere que el tribunal arbitral crea, pero, por supuesto, lo que piensa el tribunal nunca es conocido con seguridad hasta que se pronuncia el laudo, e incluso en ese momento las partes tendrán razones para especular. Por lo tanto para el abogado en un determinado caso, siempre vale la pena que piense en cubrir todos los posibles resultados, incluidos los que sean distintos del que más se desea. El abogado también debería tratar de incluir en el expediente suficientes datos adicionales en los que los árbitros puedan confiar, si es que el tribunal quisiera hacer uso de ellos. Una variación sobre el mismo tema se produjo en otro caso de mayor cuantía y de mucho mayor perfil, en el que estubo involucrado un gobierno soberano. El caso estaba relacionado con las consecuencias legales y económicas de una gran crisis económica. Los propietarios extranjeros de un gran sistema de energía eléctrica en dicho país se quejaron de que algunas medidas adoptadas por el gobierno habían violado acuerdos específicos celebrados en el momento en que se realizó la

inversión. Como resultado, alegaron, que hubo también violaciones al Tratado Bilateral de Protección de Inversiones. El gobierno involucrado alegó en su defensa, entre otras cosas, que las medidas aplicadas estaban justificadas por una urgencia nacional y por lo tanto el demandante no tenía derechos bajo el tratado bilateral de protección de inversiones y ciertamente no a ser indemnizado por daños y perjuicios. El demandante en este caso presentó un impresionante análisis de dos volúmenes proyectando el flujo de caja del sistema de transmisión y distribución de energía eléctrica desde la imposición de las medidas y comparándolo con el escenario más probable si no se hubieran tomado las medidas. La diferencia entre los dos era una suma considerable, que sobrepasaba los cien millones de dólares. En este caso, el demandado aportó el testimonio de peritos en otros aspectos de la economía del país, pero no presentó testimonios de peritos que criticaran directamente el estudio del perito del demandante o que presentaran una base alternativa para calcular cualquier daño que pudiera haber resultado.

Las repreguntas hechas por el abogado del demandado al perito se estancaron en intentos por indagarle sobre cuestiones de hecho. Esta es una técnica que generalmente no es permitida por los árbitros ya que se entiende que un experto en economía básicamente suministra su opinión experta sobre una materia en particular que él o ella ha estudiado. En general, por lo tanto, dichas repreguntas consisten en una serie de preguntas hipotéticas en vez de preguntas sobre los hechos reales. Por ejemplo: "Señor Perito, si los hechos que usted estudió fueran cambiados en esta u otra manera, ¿cuál sería entonces su opinión?"

Cuando la audiencia finalizó, este tribunal arbitral tenía un tipo de problema distinto del tribunal en el ejemplo anterior. Uno de los árbitros, que era un buen conocedor en materia de daños, aceptó redactar un borrador de la sección de daños del laudo. Sin embargo, dado que no se presentó un perito en oposición y la muy poca efectividad de las repreguntas, el tribunal arbitral sintió que necesitaba asesoría experta adicional para tener la seguridad de no desviarse del buen camino en base a ciertos aspectos del informe pericial del demandante. Así las cosas, el tribunal decidió contratar a su propio perito independiente para las preguntas sobre daños. En gran parte el tribunal tomó esta decisión con el motivo de hacer todo lo posible para mostrar que, en el tema de daños, el laudo no se fundó haciendo uso solamente de los cálculos del experto del reclamante. El tribunal presentó a las partes un proyecto de los términos de referencia preparado con mucho cuidado para usar en contratar al perito adicional y encontró un candidato que parecía tener considerable experiencia en la materia. Ambas partes estuvieron de acuerdo con este método y con el individuo seleccionado.

No los aburriré con los detalles del resto de la historia, pero les diré en primer lugar, que la participación de este perito adicional causó meses de retraso y gastos adicionales. También les diré que el informe que produjo estaba tan carente en su entendimiento sobre inversiones internacionales y sobre el contexto político del país involucrado que fue, en muchos aspectos de poca utilidad. En vez de usarlo, el tribunal tuvo que decantarse por su propio ingenio y encontrar una forma de valorar la empresa involucrada, no en base al análisis FCD, sino, más bien, a través del uso de ciertos precios alternativos basados en el valor de mercado de las acciones de la empresa.

#### *Algunas recomendaciones para los árbitros y abogados dedicados al arbitraje*

Espero que estos ejemplos específicos les den alguna idea de los problemas relacionados con la prueba de daños desde el punto de vista del árbitro. Mi recomendación, si desean tener éxito en el campo del arbitraje internacional, es hacer lo siguiente:

1) *Desarrollen su Pericia en el Cálculo de Daños:* El primer paso es reconocer la necesidad de prestarle atención a esta área. Sé que hay otras áreas del arbitraje internacional, incluyendo asuntos exóticos como la aplicabilidad de la ley extranjera e internacional, que son más interesantes. Pero ustedes y sus despachos no pueden darse el lujo de improvisar en aspectos claves de su caso relacionados con la prueba de daños, ya sea que representen al demandante o al demandado. Si usted es un joven socio en algún bufete, le invito a que se ofrezca voluntariamente a aprender este tema que quizás para otros sea poco atractivo. Como sucede con otros temas poco atrayentes, pero definitivamente valiosos en el ejercicio profesional, usted probablemente se convertirá en un activo indispensable para su bufete. Existen seminarios impartidos por varias instituciones arbitrales –la CCI, el Centro Internacional para la Resolución de Controversias de la AAA, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, el Instituto de Arbitraje Transnacional y otros–, que tratan sobre la materia de daños. Pero podría ser incluso más útil buscar un curso en alguna universidad local o escuela de negocios que

podría ayudarle a familiarizarse más no sólo con los conceptos, sino cómo estas variadas ideas sobre daños pueden ser manejadas por un potencial perito. Por cierto, mi amigo y colega árbitro, Mark Kantor, ha prestado un valioso servicio a la comunidad arbitral al escribir un libro que podrían considerar incluir en su biblioteca, que lleva como título "*Valuation for Arbitration: Compensation Standards. Valuation Methods and Expert Evidence*", que es publicado por Wolters Kluwer. Otra fuente de valiosa información es Iruretagoiena Agirrezabalaga, *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, Barcelona, Bosch, 2010, pp. 465-532, referido a la "indemnización". Por supuesto hay muchos más.

2) *Tengan un criterio cauteloso y razonable para contratar a los peritos.* Los abogados del sistema del *common law* tienen cierta ventaja en que están acostumbrados a contratar peritos. Existen muchos peligros que deben evitarse en el proceso. Se requiere la declaración de un perito que sea técnicamente competente, que también tenga una personalidad que sea persuasiva con el tribunal y que cortésmente defienda sus argumentos cuando sea repreguntado. Se debe ser extremadamente cuidadoso en examinar a tal experto en relación a potenciales conflictos de interés o sus publicaciones que puedan minar su credibilidad para su caso. También debe sospechar de los peritos que lucen excesivamente impresionados con sus propios conocimientos (y en algunas ocasiones también con su apariencia). Aunque estas personas suelen ser muy competentes, un abogado experimentado en repreguntar, y con ciertos conocimientos sobre personalidad, probablemente empezará sus repreguntas instando al perito a hablar sobre él mismo y sobre sus logros. Una vez que el sujeto se ha hecho "autobombo" y ha demostrado lo bien que valora sus propias opiniones, las próximas preguntas sacarán a relucir uno o dos puntos en los que el perito ha cometido errores. El cambio brusco y evidente en el comportamiento de tal perito es, en algunas ocasiones, suficiente para persuadir al tribunal arbitral de que no es tan experto como él o ella pueden creer. De más está decir, que habiéndose preparado aunque sea un poco en el tema del análisis de daños les ayudará a identificar y comunicarse con un potencial perito.

3) *Aprendan Cómo Repreguntar al Perito.* Usualmente el perito aportado por una de las partes es una pieza clave en su caso. Si el perito tiene credenciales impresionantes y ha hecho un informe verosímil, deberán pensar cuidadosamente sobre los objetivos de las repreguntas. Un conocido dicho en la comunidad de los abogados litigantes es: "Si vas a dispararle al rey, más vale que lo mates". Esta frase puede que no necesite explicación, pero lo que significa es que si van a hacer un ataque frontal a un testigo que tiene credibilidad, no es probable que impresionen al tribunal si no son capaces de minar la credibilidad o ecuanimidad de su posición. De hecho, podría fortalecer su credibilidad. Una opción podría ser simplemente estudiar sus actividades y publicaciones para verificar si pueden generar dudas sobre la falta de conceptos preconcebidos o de la autenticidad de sus opiniones en este caso particular, tratando de retratar al perito como un "pistolero contratado para la ocasión". Si tienen algún éxito, pueden entonces usar el testimonio de vuestro propio perito para concentrar los puntos de desacuerdo y tener la esperanza de persuadir al tribunal. En cualquier caso, a efectos de interrogar a un perito, deben consultar a fondo a su propio perito y estar cómodos con la teoría de daños aplicable y la forma en que ha sido aplicada por el perito que están interrogando.

#### *Acontecimientos recientes*

Como probablemente ya sepan, el duelo de testimonios de los peritos en arbitrajes internacionales representa un ejemplo en el que el arbitraje ha recogido un aspecto de la tradición del *common law* y ha intentado adaptarlo a las necesidades del políglota y multicultural arbitraje internacional. Los abogados del *common law* que están familiarizados con el uso de tales expertos generalmente defienden el sistema como razonable, pero no sé de nadie que lo defienda como su idea de perfección jurídica.

¿Cuáles son algunos de sus problemas? Desde mi punto de vista, las partes se equivocan al contratar peritos que intentan defender la interpretación más extrema de los problemas de daños en los casos. Estiman, me imagino, que si ambas partes hacen lo mismo, los árbitros tomarán una decisión alrededor de la mitad. Mi experiencia es todo lo contrario. Tan pronto como el tribunal deduce que la posición del perito es excesivamente favorable a la parte que le contrató, un importante nivel de credibilidad se ha perdido. Por otra parte, un perito que viene con un informe bien preparado que, debemos decir, da el beneficio de la duda a la parte que le contrató en una serie de asuntos clave, generalmente obtiene una apreciación respetuosa de parte de los árbitros y tiene una buena oportunidad de salir airoso con cierto grado de

exageración, esto es, si no son desacreditados en las repreguntas o en el informe del perito de la contraparte.

Seguramente debe haber mejores maneras de llegar a la verdad que tener un panel de árbitros, que no son expertos en asuntos de daños, tratando de determinar la verdad seleccionando de entre los informes de los testigos, que están, en cambio, intentando favorecer a cada una de las partes, y luego confiando en la ayuda de las repreguntas de los abogados, que pueden o no estar profundamente familiarizados con los principios o la metodología. Ha habido algunas propuestas para mejorar el sistema, pero les dejaré a ustedes decidir qué útiles realmente podrían ser:

*Careo de peritos:* Ciertos árbitros, entre los que me incluyo, que adoptan una postura activa en la dirección de los procedimientos, pueden indicar a las partes que el tribunal desea reservar parte de la audiencia, después de que ambos peritos han testificado, para invitar a éstos a comparecer ante el tribunal al mismo tiempo. Cuando así se hace, algunos árbitros simplemente hacen algunas preguntas y permiten a cada perito responderlas directamente y luego refutar las respuestas de los otros. Otro método puede implicar solicitarle a cada perito que prepare varias preguntas para el otro y luego permitir a quien pregunta comentar sobre las respuestas. Algunas veces las partes objetarán enérgicamente a uno de estos métodos, pero mi opinión personal es que si se presentan apropiadamente, generalmente los aceptan. Debidamente manejado, el careo de peritos puede ilustrar al tribunal sobre algunos aspectos técnicos/financieros controvertidos. Obviamente, cuando alguna información nueva y sorprendente sale a relucir, las partes tendrán la oportunidad de argumentar en profundidad sobre este careo en sus alegatos finales o en sus síntesis posteriores a la audiencia.

*El nuevo enfoque "Sachsy":* La más reciente muestra de creatividad en este tema ha venido de Dr. Klaus Sachs, un famoso y experimentado árbitro alemán. Él ha sugerido que la mejor manera de evitar informes periciales que rayan con el fanatismo es pedir a ambas partes que hagan una lista de varios expertos cualificados; por ejemplo, en un caso particular de daños. El tribunal entonces elegirá uno de cada lista y les pedirá que preparen informes separados actuando como peritos del tribunal, en vez de peritos de las partes. Las partes desde luego que sufragarán los gastos. Felicito al Doctor Sachs por su ingenio, pero también estoy convencido de que la idea merece ser analizada en profundidad y ensayada antes de estar preparado a recomendar que sea usada de forma habitual. Una razón por la que no estoy muy entusiasmado con este nuevo enfoque tiene que ver con la experiencia que mencioné hace un momento. En ese caso, el tribunal vio con buenos ojos la idea de contratar a un perito, pero al final, su informe empeoró las cosas, en vez de mejorarlas. Y una vez que el tribunal había contratado a su propio perito, luego ya no se sentía muy cómodo tratando de criticar elementos considerados en su informe. En el caso que había mencionado antes, el tribunal terminó tomando nota de las conclusiones del informe pero en realidad eligió valorar los daños causados al inversionista con un enfoque totalmente distinto.

Tal vez los expertos en economía o finanzas "contratados" por el tribunal (en vez de las partes) llegaran en sus informes a resultados muy similares, pero la mayoría de los grandes casos de arbitraje implican hechos complicados que pueden ser caldo de cultivo para puntos de vista divergentes. De esta manera el tribunal se podría encontrar de nuevo en la posición de decidir entre sus propios expertos, una situación que, a menos que sea manejada con mucho cuidado, podría llevar al laudo a recibir muchas críticas e incluso a su anulación.

Todo esto puede sonar muy complicado, pero si algo en mi presentación les ha dado la impresión de que no disfruto resolviendo problemas de este tipo, les aseguro que esa no fue mi intención. De todo el trabajo que he realizado como abogado durante muchos años, ninguno se compara con el desafío y la satisfacción de participar en arbitrajes internacionales con abogados, y especialmente otros árbitros, que son, en mi experiencia, no sólo destacados abogados, sino también excelentes e interesantes personas. Nosotros intentamos, sin preferencia por una parte o la otra, de impartir justicia en un contexto políglota y multicultural. Tal vez mi opinión sea subjetiva, pero en términos generales estoy orgulloso de los resultados.

Si ustedes están participando como abogados en vez de como árbitros en un procedimiento arbitral, nunca olviden que su principal obligación (dentro de los límites del apropiado comportamiento ético) es hacer el mejor trabajo que puedan de representar los intereses de sus clientes. Cuando escuchamos a los abogados, los árbitros casi nunca creemos que el testimonio o argumentación que están planteando representa una versión idealista o neutral de la verdad. Sabemos que están representando a clientes y que, cuando corresponde aplicar las reglas apropiadamente, somos, en gran medida, forzados a usar nuestra experiencia y conocimientos

para determinar dónde reposa la verdad. Pero en la prueba de daños, especialmente, les será beneficioso a ustedes y sus clientes si se familiarizan con los problemas con ella relacionados. Si presentan sus pruebas de daños bien, el tribunal les escuchará con mayor cuidado y comprensión lo que tal vez resulte en un laudo más satisfactorio para usted y su cliente. Por otra parte, si arman su caso sin considerar detalladamente cómo los árbitros decidirán sobre la cuantía del caso, ustedes tal vez dejen a los árbitros –como en otro caso reciente en el que participé– sin ninguna alternativa más que descubrir, incluso si usted está en lo correcto en cuanto a los asuntos de fondo de la disputa, que la carga de la prueba en cuanto a daños no ha sido satisfecha. La cuantía del laudo en este caso fue “cero”.

Gracias por su atención y estoy a su disposición para responder a sus preguntas.