

## ARBITRAJE Y PRINCIPIOS PARA LA RECUPERACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR LA VIOLACIÓN DE CONTRATOS A LARGO PLAZO

Herfried Wöss\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La violación de contratos a largo plazo.* III. *El principio de reparación integral.* IV. *Pacta sunt servanda.* V. *Los daños y perjuicios.* VI. *Causalidad.* VII. *Limitaciones al derecho de daños y perjuicios.* VIII. *Carga de la prueba.* IX. *Intereses.* X. *Costos.* XI. *Principios de valoración.* XII. *Conclusiones.*

### I. INTRODUCCIÓN

El tema de daños y perjuicios por la violación de contratos a largo plazo es de alta complejidad y de suma importancia económica. Mientras que la parte perjudicada en un reclamo por daños y perjuicios no solamente tiene que soportar el agravio sufrido, sino también la carga de prueba en lo que se refiere a los daños y perjuicios en el fondo y el quantum de los mismos (lo que se traduce en un largo camino de cuestiones legales, financieras, económicas y hasta técnicas), la parte demandada se puede limitar a confundir y distraer al tribunal arbitral.<sup>1</sup> A esto se agrega la necesidad de la parte actora de contar con habilidades de persuasión<sup>2</sup> y el arte de explicar cuestiones de alta sofisticación con palabras sencillas y contundentes.

Tal arte también se requiere de los peritos que además de contar con su indudable conocimiento y experiencia como expertos en finanzas, evaluación financiera o en materia técnica, también deben tener la habilidad de

\* Socio de Wöss & Partners, S.C., árbitro nacional e internacional, abogado litigante especializado en arbitrajes complejos, iniciador del Foro de Arbitraje en Materia de Inversión ([www.WhosWhoLegal.com](http://www.WhosWhoLegal.com)). El autor agradece a su socia Adriana San Román, abogada y analista financiera, por sus comentarios y sugerencias jurídico-financieros.

<sup>1</sup> Heilbron, Hilary, "Assessing Damages in International Arbitration: Practical Considerations", en Newman, Lawrence y Hill, Richard D., *The Leading Arbitrator's Guide to International Arbitration*, 2a. ed., Juris Publishing Inc., 2008, pp. 445 y ss.

<sup>2</sup> Los llamados "advocacy skills".

traducir sus conocimientos en un lenguaje claro y sencillo y con cierta elocuencia, sin perder su imparcialidad, así como contestar a argumentos que en ocasiones son tendenciosos, con agudeza y convencimiento.

Apenas en los últimos años ha surgido literatura de destacados autores analizando profundamente este tema desde el punto de vista doctrinal<sup>3</sup> y de la práctica jurídica-financiera.<sup>4</sup> Tal literatura se enriquece con el gran número de casos producidos por los arbitrajes en materia de inversión durante los últimos diez años que en su mayoría versan sobre reclamos de compensación por expropiación lícita y otros actos que no violan el derecho internacional público, o daños y perjuicios por violación del derecho internacional de inversiones, es decir, actos ilícitos. El acceso a casos sobre daños y perjuicios en arbitrajes comerciales sigue sumamente limitado por razones de confidencialidad. Sin embargo, hay una rica “jurisprudencia” sobre daños y perjuicios por la violación de contratos en el derecho internacional de inversiones por las llamadas cláusulas paraguas en los Acuerdos Internacionales de Inversión que permiten perseguir violaciones contractuales bajo esos Acuerdos.<sup>5</sup> Típicas interferencias en contratos entre inversionistas y Estados incluyen la terminación unilateral del contrato por un gobierno, falta de pago, cancelación de licencias y otros actos gubernamentales que resultan en la violación o alteración de un contrato.<sup>6</sup>

De acuerdo con un comentario al derecho civil alemán, la finalidad del derecho de daños y perjuicios es la (i) compensación, (ii) la prevención general, y (iii) principios de eficiencia, entendiéndose por un lado como un incentivo para cumplir con el contrato y por el otro, como salida de escape

<sup>3</sup> Irmgard, Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, Oxford University Press, 2009; Ripinsky, Sergey y Williams, Kevin, *Damages in International Investment Law*, British Institute of International and Comparative Law, 2008.

<sup>4</sup> Kantor, Mark, *Valuation for Arbitration, Compensation Standards, Valuation Methods and Expert Evidence*, Wolters Kluwer, 2008; Derains, Yves y Kreindler, Richard H., *Evaluation of Damages in International Arbitration*, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, 2006, en Ly, Filip de y Lévy, Laurent, *Interest, Auxiliary and Alternative Remedies in International Arbitration*, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, 2008.

<sup>5</sup> Sinclair, A. C., “The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection”, *Arbitration International* 20, 2004, 4, pp. 411-434; Waelde, Thomas, “The Umbrella Clause in Investment Arbitration. A Comment on Original Intentions and Recent Cases”, *The Journal of World Investment and Trade*, 2005, 6, pp. 183 y ss.; Faya Rodríguez, Alejandro, *Cláusula “paraguas”*, Santo Domingo, Programa de Formación para Negociadores de Acuerdos Internacionales de Inversión para Latinoamérica, 2010, [http://works.bepress.com/alejandro\\_faya\\_rodriguez/41/](http://works.bepress.com/alejandro_faya_rodriguez/41/).

<sup>6</sup> Ripinsky y Williams, *op. cit.*, pp. 101 y ss.

para evitar el cumplimiento de un contrato que se ha vuelto demasiado oneroso.<sup>7</sup>

A continuación se analizan los principios rectores que se aplican en materia de daños y perjuicios en arbitrajes internacionales en relación con la violación de contratos a largo plazo y que tienen que tomarse en cuenta al prepararse una demanda por daños y perjuicios, haciendo particular referencia al caso ICC 16835/JRF.<sup>8</sup>

## II. LA VIOLACIÓN DE CONTRATOS A LARGO PLAZO

En este artículo se analizan primordialmente los daños y perjuicios causados por la violación de contratos a largo plazo o de tracto sucesivo como son contratos de concesiones, asociaciones público-privadas, contratos para la construcción llave en mano de plantas hidroeléctricas y termoeléctricas, contratos de suministro de energía, contratos *joint venture* o de sociedad, por mencionar sólo algunos.

El caso ICC 16835 versa sobre la violación de una cláusula de exclusividad y no competencia en un contrato *joint venture*. Una empresa mexicana (M), proveedor de una empresa japonesa de automóviles (J) desde más de 30 años, fue invitado por una empresa francesa (F), proveedora de una empresa europea de automóviles (R), para entrar en un *joint venture* corporativo (JV) con una participación del 50% de cada uno de los socios con la finalidad de suministrar autopartes a la empresa japonesa en México con la tecnología de la empresa francesa. J y R habían celebrado una alianza estratégica poco antes y acordaron la globalización de su sistema de proveedores a través de una organización común de adquisiciones de autopartes (la OCA).

El contrato JV se firmó en 2000. M aportó capital social en efectivo, un préstamo para el capital de trabajo, una planta para producir autopartes a cambio de una renta por debajo del valor de mercado, de acuerdo con un

<sup>7</sup> Staudinger, Julius von *et al.*, *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz*, Schadensersatzrecht, C. Funktionen des Schadensersatzrechts, de Gruyter, 2005, p. 369 y ss.; Fabrizio Marrella and Irmgard Marboe, “‘Efficient Breach’ and Economic Analysis of International Investment Law”, en Marboe, Irmgard (ed.), *Compensation and Damages in International Investment Arbitration*, Transnational Dispute Management, vol. 4, issue 6, noviembre de 2007.

<sup>8</sup> El autor ha sido abogado de parte en ese caso. Cualquier comentario en este artículo es solamente para fines académicos y no puede ser interpretado como una declaración, acto u omisión, o representar cualquier opinión o posición del autor o de su cliente, en tal arbitraje o cualquier procedimiento relacionado.

contrato de arrendamiento entre M y la JV, así como quedar a cargo del manejo de la JV por una remuneración muy favorable, de acuerdo al contrato de servicios de administración entre M y la JV. Por su parte, F aportó máquinas en especie, y tecnología a través de un contrato de transferencia de tecnología entre F y la JV que incluía la preparación de cotizaciones, de planes de negocios y la parte de tecnología de producción, ésto a cambio de regalías sobre los ingresos generados.

Cuando se inició el *joint venture*, F ya estaba obligado a ejecutar un proyecto pequeño y otro mediano a través de la JV. Aunque no eran muy lucrativos fueron atendidos por la JV a partir de su inicio en 2000. Debido a la globalización de las compras a través de OCA era una cuestión de tiempo para que la JV obtuviera un proyecto grande que hubiera permitido a M recuperar su inversión y obtener una ganancia razonable.

En diciembre 2003, la OCA solicitó a JV cotizar para el suministro de autopartes para un nuevo proyecto. El proyecto no era tan grande como se esperaba, pero la JV administrada por M cotizó para tal proyecto y lo ganó a principios de 2004. En agosto de 2004 fue informado que el volumen de tal proyecto se había cuadruplicado y que tenía que cotizar el nuevo volumen. Tal cotización se presentó por parte de la JV a J en enero de 2005 basado en un plan de negocios preparado por F bajo el contrato de transferencia de tecnología y que fue autorizado en una asamblea de accionistas de la JV.

Dos meses después F informó a la JV y a M que el proyecto había sido ganado por una nueva *joint venture* que F tenía con otra empresa japonesa proveedora de J en Japón (X). A consecuencia, F ofreció a M la compra de sus acciones y el pago del préstamo de capital de trabajo otorgado por parte de M a la JV.

Sin embargo, después de largas negociaciones y dos auditorías por parte de F a la JV, F avisó a M que ya no quería comprar las acciones. En diciembre de 2009, M comenzó un arbitraje en contra de F por la violación de las cláusulas de exclusividad y no competencia así como de confidencialidad contenidas en el contrato JV, así también por la violación del Contrato de Transferencia de Tecnología, entre otros. En particular se demandó el pago del capital social existente al momento de violarse el contrato JV, el pago del préstamo que dio a la JV por concepto de capital de trabajo y que se volvió irrecuperable, los ingresos que hubiera tenido del nuevo proyecto que fue asignado a la nueva *joint venture* de F, la pérdida del ingreso de renta de la planta a valor de mercado del momento de la violación del contrato hasta el inicio del arbitraje y la pérdida del ingreso de los servicios de administración de la JV a valor de mercado. Al momento de la violación del contrato JV en

marzo de 2005, ya se había consumido el 60% del capital social aportado por M a la JV.

F alegó que era J quien quería que F se asociará con J y que había informado a M de la necesidad de tener a X como socio, por lo que se interrumpía la causalidad. Además, F alegó que había un desacuerdo sobre la necesidad de tener a X como socio, por lo que con base en dicho desacuerdo se aplicaba la cláusula de exención de la cláusula de no competencia y exclusividad del contrato JV que preveía que en el caso de un desacuerdo que afectaba la producción de un proyecto pendiente se permitiría la entrega por otra planta de F.

### III. EL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL

El principio fundamental para el otorgamiento de daños y perjuicios es la reparación plena o *restitutio in integrum*. Esta regla tiene tanta aceptación a nivel internacional que se puede considerar como un principio general de derecho.<sup>9</sup> Tal reparación plena puede consistir en la restitución,<sup>10</sup> o el pago de una compensación o de daños y perjuicios. Este principio se menciona en diversos documentos del derecho internacional público así como en el derecho privado. Lo anterior se debe al hecho que el o los derechos y obligaciones bajo el derecho internacional público se derivan de analogías con las normas del derecho privado.<sup>11</sup>

De acuerdo con el artículo 35 de los artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional, se entiende por restitución “la situación que existía antes de cometer el acto indebido”. Sin embargo, la obligación de restitución se sustituye por el pago de compensación o daños y perjuicios en caso de que la restitución no sea posible o tal pago no sea proporcional.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Cheng, B., *General Principles of Law as Applied by International Arbitral Tribunals*, Cambridge University Press, 1953, 2006, pp. 233 y ss.

<sup>10</sup> Véase *Antoine Goeth et al v Burundi*, laudo del 10 de febrero de 1999, 15 ICSID Rev.-FILJ, 2000, pp. 457, 516 y ss.

<sup>11</sup> Hersch Lauterpacht, *International Law*, Collected Papers edited by E. Lauterpacht, 2. The Law of Peace, Part I, International Law in General, Cambridge University Press, 1975, p. 173.

<sup>12</sup> “A State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to make restitution, that is, to re-establish the situation which existed before the wrongful act was committed, provided and to the extent that restitution: (a) is not materially impossible; (b) does not involve a burden out of all proportion to the benefit deriving from

El artículo 7.4.2. (“reparación integral”) de los principios UNIDROIT sobre Contratos Mercantiles Internacionales,<sup>13</sup> establece que:

(1) La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios.

A su vez el derecho mexicano establece en el artículo 2104 del Código Civil Federal que “El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios...”. Para las obligaciones de no hacer, el artículo 2028 señala que: “El que estuviere obligado a no hacer alguna cosa, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención...”.

Lo anterior se confirma en el artículo 2107 del Código Civil Federal, según el cual: “La responsabilidad de que se trata en este Título, además de importar la devolución de la cosa, o la de entrambos, en su caso, importará la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios”.

En el caso *Factory at Chorzów*, el tribunal señaló:

El principio esencial está contenido en la noción de un acto ilegal — un principio que parece ser establecido por la práctica internacional y, en particular, por decisiones de tribunales arbitrales — por lo que la reparación debe eliminar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que, con toda probabilidad, hubiera existido si el acto no hubiera sido cometido.<sup>14</sup>

En el caso *INA v. Irán*, el tribunal constató que “donde la conducta de una parte es ilegal, en los términos de las obligaciones contractuales, el concepto *restitutio in integrum* es probablemente apto para invocarse”.<sup>15</sup>

La aplicación del principio de “reparación integral” a casos de violación contractual, ha sido confirmada en el caso líder *Sapphire International v. NIOC*:

restitution instead of compensation”; [http://www.aloj.us.es/eulalia/derecho\\_internacional/materiales\\_dpto/proyecto\\_resp.htm](http://www.aloj.us.es/eulalia/derecho_internacional/materiales_dpto/proyecto_resp.htm).

<sup>13</sup> <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversion-principles2004-s.pdf>.

<sup>14</sup> Case Concerning the Factory at Chorzów, PCIL 1928 Ser A, núm. 17, p. 47, traducción del autor.

<sup>15</sup> *INA Corporation v Iran*, opinión disidente Ameli, 8 Iran-US CTR, 1985, p. 373, 411, traducción del autor.

“De acuerdo con la opinión general el objetivo de la indemnización es dejar a la parte a la cual se le pagarán en la misma posición financiera que hubiera estado si el contrato hubiera sido ejecutado de la manera prevista por las partes al momento de celebrarse el contrato”.<sup>16</sup>

Por lo tanto, el principio fundamental que rige el derecho de daños y perjuicios es el de reparación integral. Lo anterior es independiente de la carga de prueba de tales daños y perjuicios o los métodos aplicados para acreditarlos.

#### IV. PACTA SUNT SERVANDA

En contratos a largo plazo o de tracto sucesivo es normal que cambie la situación de riegos o las circunstancias por lo que muchas veces se incluyen cláusulas de estabilización o de ajuste, las cuales permiten mantener el equilibrio contractual. En contratos *joint venture* normalmente existen cláusulas de salida que prevén que una de las partes pueda adquirir las acciones de la otra en caso de empate en el Consejo de Administración o en la Asamblea de Accionistas. Normalmente es la parte que propone que se resuelva algún punto de la orden del día y cuya propuesta ha sido rechazada por la otra, que tiene el derecho de comprar las acciones de la otra.

En contratos *joint venture* hay diferentes mecanismos para determinar el precio de las acciones tales como la llamada cláusula de tiro de pistola (*shot-gun*) o la valoración de las acciones de acuerdo con su valor en libros o el método de flujo descontado sobre los ingresos generados por proyectos pendientes. En la primera, la parte compradora ofrece un precio por las acciones de la otra parte. Si a la otra parte le parece tal precio demasiado bajo puede voltear la oferta y a su vez comprar las acciones al mismo precio, aunque en el derecho mexicano hay que tomar en cuenta la prohibición del derecho de reventa al redactarse este tipo de cláusulas. En la segunda, se calcula el valor presente de los flujos proyectados a futuro, tomando en cuenta los diversos riesgos aplicables.

Sin embargo, no se permite en ningún caso que las partes violen un contrato a largo plazo por simple conveniencia o porque se le ofrecen otras oportunidades de negocio a alguna de las partes. *Jan Paulsson* en su artículo sobre el modelo de expectativa explica la importancia de que los contratos deben cumplirse, en particular, los de largo plazo o de tracto sucesivo:

<sup>16</sup> *Sapphire International Petroleum Ltd v. NIOC*, laudo del 15 de marzo de 1963; ILR 35, 1967, 135, p. 185, para. 11; <http://translex.uni-koeln.de/output.php?docid=261600&markid=946000>, traducción del autor.

Es demasiado conveniente para el que viola un contrato. Una vez que cambien las condiciones, el cumplimiento puede hacerse más oneroso, o puede ser más lucrativo al lograr un nuevo trato con un tercero. En ese punto, es inaceptable que una de las partes quiera evadir las limitaciones contractuales al pretender que el contrato se hubiera evaporado. ... el modelo de rescisión es intolerable porque su efecto es destruir el cumplimiento de promesas. ... El perder de vista esta proposición básica, causaría, uno lo puede decir sin peligro de exageración, gran perjuicio al fundamento básico de nuestras economías.<sup>17</sup>

La razón del sistema de daños y perjuicios no solamente radica en el interés individual, sino tiene una función económica de interés social de suma importancia, pues al no resarcirse los daños y perjuicios se crea un sistema que solapa la violación contractual y por ende, rompe los fundamentos contractuales de las relaciones comerciales y económicas.

Como lo establece el tribunal arbitral en el caso *Himpurna California vs. PLN*, las partes no entran a contratos que involucran riesgos para solamente recuperar sus costos.<sup>18</sup> Debido a que los contratos se concluyen normalmente para el propósito principal de obtener ganancias, es necesario incluir tales ganancias en el cálculo de los daños en caso de violación. Si la parte que viola el contrato solamente está obligado de repagar los costos perdidos, la otra parte será transformada en un prestador de dinero. Con eso se inducirá a las partes a violar contratos y de causar daños a la otra.<sup>19</sup>

Lo anterior tampoco se contrapone al análisis económico del derecho según el cual el requisito de pagar daños y perjuicios es un incentivo para cumplir con un contrato al beneficio de las partes y de la sociedad como tal. Si el cumplimiento del contrato se vuelve demasiado oneroso y costoso, el pago de daños y perjuicios constituye un escape para deslindarse de las obligaciones contractuales sin perjudicar a la otra parte.<sup>20</sup>

De acuerdo con el profesor Richard A. Posner,

<sup>17</sup> Paulsson, Jan, "The expectation model, in: Evaluation of Damages in International Arbitration", en Derains, Yves y Kreindler, Richard, *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, junio de 2006, p. 57, traducción del autor.

<sup>18</sup> *Himpurna California Energy Ltd v. PT (Persero) Perusahaan Listrik Negara (PLN)*, laudo final del 4 de mayo de 1999, 2000, 25 YCA 13, para. 291, citado en Marboe, Irmgard, *op. cit.*, p. 104, para. 3.188.

<sup>19</sup> *Himpurna*, para. 242.

<sup>20</sup> Marella, F., y Marboe, I., "'Efficient Breach' and Economic Analysis of International Investment Law, *cit.*, p. 6.

... [e]n algunos casos una parte [a un contrato] pudiera ser tentado de violar el contrato simplemente debido a que las ganancias resultando de la violación exceden los que se esperan del cumplimiento del contrato. Si sus ganancias de la violación también hubieran excedido las ganancias esperadas por la otra parte del cumplimiento del contrato, y si los daños son limitados a los daños y perjuicios de la otra parte, habrá un incentivo para violar al contrato. Así debería ser.<sup>21</sup>

Lo que no parece desprenderse de la teoría del análisis económico del derecho, es que en caso de inversiones que se han vuelto poco rentables, el tribunal arbitral puede apartarse del principio de reparación integral. Lo anterior debe resolverse con mecanismos contractuales como son cláusulas de estabilización.<sup>22</sup> En caso de que se le impone a una parte de condiciones demasiado onerosas debido a un desequilibrio económico o de poder durante las negociaciones, el tribunal arbitral puede tomar medidas correctivas de acuerdo con principios como el abuso de derecho,<sup>23</sup> enriquecimiento ilegítimo<sup>24</sup> o excesiva onerosidad.<sup>25</sup>

El modelo de expectativa de Jan Paulsson encuentra su fundamento legal en el principio de *pacta sunt servanda* a que se refiere el artículo 1.3 (Carácter vinculante de los contratos) de los Principios UNIDROIT y los artículos 1796 y 1797 del Código Civil Federal.

De acuerdo con el artículo 1.3 de los Principios UNIDROIT: “Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios”. El comentario 1 a tal artículo, señala que se trata de un principio fundamental del derecho contractual.

El derecho mexicano establece en su artículo 1796 del Código Civil Federal que:

<sup>21</sup> Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer, Aspen Publishers, 7a. ed., 2007, citado en Marrella y Marboe, *op. cit.*, p. 6.

<sup>22</sup> International Finance Corporation (IFC), *Stabilization Clauses and Human Rights*, a research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative to the Secretary General on Business and Human Rights, March 11. 2008.

<sup>23</sup> Wälde, T. W. y Sabahi, B., “Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law”, en *Compensation and Damages in International Investment Arbitration*, *cit.*, p. 34.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>25</sup> Véase artículos 6.2.2 (definición de la “excesiva onerosidad”) y 6.2.3 (efectos de la “excesiva onerosidad”).

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o la ley. [A su vez el artículo 1797 establece que:] La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

De acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación el principio *pacta sunt servanda* se interpreta de la siguiente manera:

CONTRATOS. De acuerdo al contenido de los artículos 1796 y 1797 del Código Civil para el Distrito Federal, que vienen a complementar el sistema de eficacia de los contratos a partir de su perfeccionamiento... el sistema seguido en el Código Civil referido adopta en forma genérica la tesis *pacta sunt servanda*, lo que significa que debe estarse a lo pactado entre las partes, es decir, que los contratos legalmente celebrados deben ser fielmente cumplidos...<sup>26</sup>

La tesis anterior excluye también la aplicación de la teoría de imprevisión o la cláusula *rebus sic stantibus* según lo dispuesto en la siguiente jurisprudencia:

CONTRATOS. LOS LEGALMENTE CELEBRADOS DEBEN SER FIELMENTE CUMPLIDOS, NO OBSTANTE QUE SOBREVENGAN ACONTECIMIENTOS FUTUROS IMPREVISIBLES QUE PUDIERAN ALTERAR EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN, DE ACUERDO A LAS CONDICIONES QUE PRIVABAN AL CONCERTARSE AQUÉLLA. De acuerdo al contenido de los artículos 1796 y 1797 del Código Civil para el Distrito Federal, que vienen a complementar el sistema de eficacia de los contratos a partir de su perfeccionamiento no adoptan la teoría de la imprevisión o cláusula *rebus sic stantibus* derivada de los acontecimientos imprevistos que pudieran modificar las condiciones originales en que se estableció un contrato sino, en todo caso, el sistema seguido en el Código Civil referido adopta en forma genérica la tesis *pacta sunt servanda*, lo que significa que debe estarse a lo pactado entre las partes, es decir, que los contratos legalmente celebrados deben ser fielmente cumplidos, no obstante que sobrevengan acontecimientos futuros imprevisibles que pudieran alterar el cumplimiento de la obligación de acuerdo a las condiciones que privaban al concertarse aquélla, sin que corresponda al juzgador modificar las condiciones de los contratos.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Tesis I: 8o. C.J/14, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, Novena Época, t. XV, mayo de 2002, Jurisprudencia 186972.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 951.

Por lo tanto, bajo el derecho mexicano no es admisible que una parte contratante se sustraiga de sus obligaciones contractuales. Permitirlo traería consigo la impunidad e irresponsabilidad.

## V. LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

Daños y perjuicios se derivan de la violación del derecho internacional público, la violación de contratos, y también de delitos. En caso de responsabilidad delictuosa debe analizarse el alcance de la cláusula arbitral o la jurisdicción del tribunal arbitral en arbitrajes en materia de inversión, para ver si la responsabilidad delictuosa es arbitrable o no. La violación del principio de buena fe es la violación de un principio contractual.

Para la determinación de daños y perjuicios se pueden aplicar diferentes criterios o conceptos como es el *damnum emergens* y *lucrum cessans*, el *interés positivo* o *negativo* o el *interés de confianza* y el *interés de expectativa*. Tales conceptos ayudan para conceptualizar y determinar los daños y perjuicios que están íntimamente relacionados con los métodos para calcularlos.

Se recomienda utilizar varios criterios y métodos en forma paralela para demostrar que los resultados son muy semejantes, lo que aumenta la veracidad de los mismos.

### 1. *Damnum emergens* y *lucrum cessans*

De acuerdo con el artículo 2108 del Código Civil Federal, “Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento con una obligación”. El artículo 2109 del Código Civil Federal señala que “se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debería haberse obtenida con el cumplimiento de la obligación”.

A su vez, el artículo 7.4.2 (Reparación integral) establece que: “Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios”.

De acuerdo con la nota 2 a ese artículo:

[I]a noción de pérdidas sufridas debe entenderse en un sentido amplio. Puede incluir una reducción del patrimonio de la parte perjudicada o un incremento de su responsabilidad cuando el acreedor al no recibir el pago del deudor, se ve obligado a pedir dinero en préstamo para hacer frente a sus obligaciones. El lucro cesante, o, como en ocasiones se le denomina, la pérdida consecuen- cial, consisten en el beneficio que podría haber percibido la parte perjudicada en el curso ordinario de las cosas si el contrato se hubiera cumplido adecua-

damente. Muchas veces este beneficio es incierto, de modo que con frecuencia adquiere la forma de la pérdida de una expectativa.

El concepto de *damnum emergens* y *lucrum cessans* ha sido utilizado en casos como *United States v Guatemala (Robert May)*,<sup>28</sup> *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v Liberia*,<sup>29</sup> *Amco Asia Corp v Indonesia*,<sup>30</sup> y *Himpurna California Energy Ltd. v PT (Persero) Perusahaan Listrik Negara (PLN)*,<sup>31</sup> *Autopista Concesionada de Venezuela C.A. (Aucoven) v Bolivarian Republic of Venezuela (Venezuela)*,<sup>32</sup> entre otros.

Tal distinción es relativamente sencilla cuando se trata de contratos de compraventa y de suministro. Una parte tiene gastos derivados del cumplimiento del contrato. Asimismo no obtiene las ganancias acordadas para la venta de un bien.

Sin embargo, en caso de contratos a mediano y largo plazo, la situación se vuelve complicada y la aplicación del concepto de *damnum emergens* y *lucrum cessans* muestra sus debilidades. En proyectos a largo plazo, el inversionista realiza sus inversiones al principio, mientras los ingresos se reciben años después. Tales ingresos no pueden considerarse como ganancias tanto que no rebasen el monto inicialmente invertido.<sup>33</sup> Adicionalmente hay que considerar el valor del dinero en el tiempo, que es un concepto financiero que consiste en traer a valor presente los ingresos futuros. El concepto de valor en el tiempo significa que el valor del dinero en el futuro es el mismo que en el presente. Justamente por eso, se descuentan los futuros ingresos para traerlos al valor presente. Aquí lo difícil es determinar la tasa de descuento.

El problema con el concepto de *damnum emergens* y *lucrum cessans* es que tribunales arbitrales muchas veces son renuentes a otorgar el *damnum emergens* junto con el *lucrum cessans* por el riesgo del doble conteo que ocurre cuando la inversión realizada para obtener ganancias se reclama como *damnum emergens* y los ingresos concebidos como *lucrum cessans*. Debido a que las inversiones se utilizan para obtener los ingresos, por lo que solamente deben

<sup>28</sup> Laudo del 16 de noviembre de 1900, in: Whiteman, *Damages in International Law*, vol III, 1943, p. 1704.

<sup>29</sup> Laudo del 31 de marzo de 1986, 2 ICSID Reports, 1994, p. 343, 371.

<sup>30</sup> Laudo del 5 de junio de 1990 (Amco II), 1 ICSID Reports, 1993, p. 569, para. 178.

<sup>31</sup> Laudo final del 4 de mayo de 1999, YCA 25, 2000, 13, para. 275.

<sup>32</sup> Laudo ICSID, 2003, BIILC, case summary, [http://www.biicl.org/files/3920\\_2003\\_autopista\\_v\\_venezuela.pdf](http://www.biicl.org/files/3920_2003_autopista_v_venezuela.pdf), <http://icsid.worldbank.org>

<sup>33</sup> Marboe, Irmgard, *op. cit.*, p. 101, para. 3.180.

tomarse en cuenta los ingresos. Por lo tanto, el método de *damnum emergens* y *lucrum cessans* si es mal aplicado puede llegar a un doble reclamo de lo mismo o el llamado doble conteo.

## 2. *Interés de expectativa e interés de confianza*

### A. *Interés de expectativa*

El *interés de expectativa* o el *interés positivo* representan la totalidad de la pérdida financiera sufrida por una parte como consecuencia de la violación del contrato por la otra parte. La pregunta o prueba que se hace es, “¿cómo hubiera estado la parte perjudicada si el contrato se hubiera cumplido?”. Lo anterior significa comprobar los escenarios que muy probablemente se hubieran realizado. De acuerdo con la profesora Irmgard Marboe, el interés de expectativa está de acuerdo con el principio de reparación integral<sup>34</sup> y puede explicar mejor los diferentes aspectos de daños y perjuicios en contratos a largo plazo que el concepto de *damnum emergens* y *lucrum cessans*.<sup>35</sup>

El cálculo de ingresos futuros requiere tomar en cuenta los riesgos potenciales relacionados con los futuros ingresos. Esto se realiza a través del método de flujo de efectivo descontado o “Discounted Cash Flow Method” (“DCF”),<sup>36</sup> que se menciona más adelante. Sin embargo, cuando el arbitraje se inicia años después de la violación al contrato y el proyecto ya se realizó parcial o totalmente se tiene que descartar cualquier riesgo que no se haya realizado desde la fecha de la violación del contrato hasta la fecha del laudo. Es decir, se tiene que tomar en cuenta la situación que ocurrió después de la violación hasta el inicio del arbitraje o aún hasta el cierre de la instrucción.<sup>37</sup> Lo anterior ocurrió en el caso ICC 16835 que inició en 2009 por una violación contractual ocurrida en marzo 2005. En tal caso la demandante alegó que no se deberían considerar riesgos que no estaban contemplados en el plan de negocio y que tampoco ocurrieron tal y como

<sup>34</sup> Marboe, Irmgard, *op.cit.*, p. 107, para. 3.198.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 108, para. 3.199.

<sup>36</sup> Wöss, Herfried, *Indemnización*, en: *Arbitraje en Materia de Inversiones, Memorias de las I Jornadas del Foro de Arbitraje en Materia de Inversiones*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 281-82.

<sup>37</sup> Abdala, M. A. *et al.*, “*Chorzów’s Compensation Standard As Applied in ADC v. Hungary*”, en Walck, Richard E. (ed.), *Energy Litigation and Arbitration-Expert Perspectives*, Transnational Dispute Management, vol. 4, issue 3, junio de 2007; Mark Kantor, *op. cit.*, pp. 60 y ss.; Irmgard Marboe, *op. cit.*, p. 141, para. 3.298.

el concurso de J cuyo riesgo fue alegado por F en el afán de incrementar la tasa de descuento.

### B. *El interés de confianza o interés negativo*

El *interés de confianza o interés negativo* es el perjuicio financiero sufrido en forma de la inversión y los gastos realizados confiando en un contrato que no se ejecutó. Se deberá poner a la parte perjudicada en la situación como si el contrato nunca se hubiera concluido. Tal inversión perdida o “sunk investment” es el límite inferior de daños. Como lo señaló el tribunal arbitral en el caso de *Himpurna California v PLN*,

las partes no concluyen contratos involucrando riesgos para recuperar solamente sus costos. Al limitar la recuperación a la víctima de la violación lo convertirá en un prestamista, lo que es comercialmente intolerable cuando tal parte tenía todos los riesgos por el momento de la inversión efectuada con base en un sólido contrato.<sup>38</sup>

Es importante señalar que el interés de expectativa y el interés de confianza son mutuamente excluyentes como lo confirmó el tribunal arbitral en el caso de *Sapphire International v NIOC*, al no admitir ciertos gastos incurridos durante la preparación de un contrato:

El reclamo [del interés positivo] debería poner a *Sapphire International* en la misma posición pecuniaria que hubieran estado si el contrato hubiera sido cumplido. Sin embargo, el repago de los costos incurridos durante la celebración del contrato les hubiera puesto en la misma posición como si el contrato nunca hubiera sido concluido (daños negativos)... Agregar los daños positivos con los daños negativos es una contradicción y no puede ser admitido.<sup>39</sup>

### 3. *El problema del doble conteo*

El problema del doble conteo ha sido severamente criticado por el profesor Louis T. Wells en su ensayo “Double Dipping in Arbitration Awards?”

<sup>38</sup> *Himpurna*, para. 291, traducción del autor.

<sup>39</sup> *Sapphire International Petroleum Ltd v NIOC*, laudo del 15 de marzo de 1963, ILR 35, 1967, 135, p. 186-187; <http://translex.uni-koeln.de/output.php?docid=261600&markid=946000>, traducción del autor.

An Economist Questions Damages Awarded Karaha Bodas Company in Indonesia”.<sup>40</sup>

Este arbitraje<sup>41</sup> resultó de una inversión en una planta geotermal en Indonesia para la producción de 400 MW de electricidad por parte de Caithness Energy (EUA) y Tomen (Japón), así como un socio local Karaha Bodas Company (“KBC”). KBC era el contratista bajo un contrato de suministro de energía con Pertamina, la empresa paraestatal de petróleo que tenía la autoridad sobre energía geotermal. Bajo el contrato de venta de energía, KBC debería vender la electricidad a PLN que se obligó de comprar la electricidad con base de toma o paga, con un precio de 8.64 (US) por KWh.

Debido a la crisis financiera en 1997, el proyecto fue suspendido el 10 de enero de 1998, y por lo tanto, la construcción de la planta nunca terminó. El 18 de diciembre de 2000, el tribunal arbitral condenó a Pertamina y PLN al pago de US\$111.1 millones por la pérdida de la inversión, y US\$150 millones en perjuicios tomando en cuenta una duración del contrato de 30 años. En este caso, los árbitros concedieron *damnum emergens* (costos sufridos) y *lucrum cessans* (pérdida de ganancias). De acuerdo con el profesor. Wells, los árbitros igualaron el *damnum emergens* con la inversión realizada por los demandantes. Mientras tal tratamiento hubiera sido correcto en un contrato de compraventa de un avión, no se puede aplicar tal tratamiento a una inversión al largo plazo. Se debería haber aplicado el método del valor justo de mercado. Al aplicar ese método sobre una base de un negocio en marcha, se hubiera calculado el valor neto presente de los futuros ingresos del proyecto. Si tal inversión hubiera tenido un valor residual para el inversionista al final del proyecto, hubiera sido descontado e incluido en el valor neto presente.<sup>42</sup>

Es problemático tomar todos los costos sufridos como *damnum emergens*. Tales costos sufridos constituyen la inversión por parte del inversionista. Sin embargo, la inversión perdida es más bien el *interés negativo o el interés de confianza*. El *damnum emergens* resulta deduciendo todos los costos que se han utilizado por el inversionista para lograr las ganancias que se están reclamando como *lucrum cessans* lo que no hizo el tribunal arbitral.

<sup>40</sup> [http://crgp.stanford.edu/events/presentations/gcr2/An\\_Economist\\_Questions.pdf](http://crgp.stanford.edu/events/presentations/gcr2/An_Economist_Questions.pdf), *Arbitration International*, 2003, 4.

<sup>41</sup> Karaha Bodas Company LLC v Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara and PT. PLN (Persero), arbitraje ad hoc bajo las reglas de la CNUDMI, laudo final del 18 de diciembre de 2000, [http://www.biicl.org/files/3931\\_2000\\_himpurna\\_and\\_karaha\\_bodas\\_arbitrations.pdf](http://www.biicl.org/files/3931_2000_himpurna_and_karaha_bodas_arbitrations.pdf)

<sup>42</sup> Louis T. Wells, *op. cit.*, pp. 3 y ss.

Mientras sí hubo doble conteo en el caso de Karaha Bodas, la razón no es por la fórmula de *damnum emergens* y *lucrum cessans*, sino por la errónea aplicación de tal método por el tribunal arbitral, y la confusión entre interés negativo o de confianza y el *damnum emergens* que son dos diferentes conceptos jurídicos. Independientemente de eso, el método de valor justo de mercado tiene también sus limitaciones en caso de violación contractual.<sup>43</sup>

Lo anterior significa que la renuencia por parte de tribunales arbitrales hacia el método de *damnum emergens* y *lucrum cessans* no es justificado. Sin embargo, se tiene que tener mucho cuidado de excluir cualquier gasto o inversión que sirvió para obtener las ganancias que se están reclamando como *lucrum cessans*.

Otros casos donde se allegó doble conteo son *LECTO v Liberia*<sup>44</sup> donde el tribunal arbitral agregó el valor neto de LECTO y LLIC al momento de la terminación de las operaciones con las futuras ganancias de la explotación forestal por LECTO y el molino de madera de LLIC durante el periodo de la concesión. Sin embargo, el tribunal arbitral dedujo ciertos costos e inversiones de la infraestructura, ya que eran necesarios para la generación de las ganancias.<sup>45</sup>

En el caso de *Himpurna California v PLN*,<sup>46</sup> el problema del riesgo de doble conteo ha sido explícitamente mencionado:

El perjuicio sufrido por su anterior dueño es simplemente el valor de la empresa como negocio en marcha. Este valor se cristaliza en un análisis que descuenta el flujo de los ingresos futuros de la empresa para establecer su valor presente... no hay una valoración de los costos perdidos, sean representados por activos físicos o no... Debido a que tales ingresos son plenamente tomados en cuenta para la valoración de los flujos descontados de una empresa en marcha, el otorgamiento adicional de la inversión perdida llevará como consecuencia un doble conteo que no es aceptable.<sup>47</sup>

En el caso de Himpurna el tribunal arbitral se refirió a los conceptos de *damnum emergens* y *lucrum cessans* debidamente reconocido por el derecho de

<sup>43</sup> Marboe, Irmgard, "Compensation and Damages in International Law, The Limits of "Fair Market Value" (citado: "The Limits of Fair Market Value")", en Marboe, Irmgard (ed.), *Compensation and Damages in International Investment Arbitration*, Transnational Dispute Management, vol. 4, Issue 6, noviembre de 2007.

<sup>44</sup> Laudo del 31 de marzo de 1986, 2 ICSID Reports, 1994, pp. 343-371.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 377.

<sup>46</sup> Himpurna, para. 240, traducción del autor.

<sup>47</sup> *Idem*.

Indonesia<sup>48</sup> y constató que “la demandante está legitimada a recuperar toda la inversión perdida que pueda probar”<sup>49</sup> lo que resultó en un monto de US\$254, 502,586.00.<sup>50</sup> En ese caso la referencia a “toda la inversión perdida” parece contemplar el interés negativo o de confianza. Sin embargo, cualquier inversión utilizada para obtener las ganancias respectivas deben descontarse del reclamo de *damnum emergens* para evitar el doble conteo. Por lo tanto, el *damnum emergens* no es lo mismo que el interés negativo o de confianza.

En el caso ICC 16835, la parte reclamante demandó como *damnum emergens* el capital social existente de la JV al momento de la violación del contrato de *joint venture* en marzo de 2005. Hasta ese momento se había perdido el 60% del capital social aportado por la demandante. Sin embargo, no se demandó la pérdida hasta ese momento ya que era parte de la inversión para lograr las debidas ganancias. Además, demandó como *lucrum cessans* su parte correspondiente sobre los ingresos basados en un plan de negocios para un nuevo proyecto que fue otorgado a otra *joint venture* de la parte demandada en violación de la cláusula de exclusividad y no competencia del contrato *joint venture*. Este plan de negocios no tomaba en cuenta la situación financiera de la primera *joint venture*, contemplaba su propio financiamiento diferente de aportaciones de capital, el cuál era independiente de los activos y el capital social de la JV. Por lo tanto, el capital social no iba a utilizarse para financiar el nuevo proyecto. Además, la demandante demandó como *damnum emergens* la pérdida de un préstamo para capital de trabajo que otorgó a la JV y que no pudo recuperar por la violación al contrato *joint venture* por la demandada. Al momento de violarse el contrato se pudo haber pagado no sólo tal préstamo, sino todas las deudas de la JV así como el capital social antes mencionado.

La inversión en un proyecto se amortiza por las ganancias recibidas. Por lo tanto, no se puede reclamar al mismo tiempo la inversión y las ganancias recibidas, sino se deben descontar todos los gastos que se utilizaron para obtener las ganancias.

<sup>48</sup> *Ibidem*, para, 43, traducción del autor.

<sup>49</sup> *Ibidem*, para. 257, traducción del autor.

<sup>50</sup> *Ibidem*, para. 286, traducción del autor.

Sin embargo, sí se puede reclamar dentro del *damnum emergens*, entre otros, los llamados activos no operativos,<sup>51</sup> no utilizados o subutilizados<sup>52</sup> para generar el flujo de un proyecto determinado, es decir activos que no se utilizaron para obtener las ganancias respectivas y que, sin embargo, se perdieron por la violación del contrato por la parte demandada.

## VI. CAUSALIDAD

La conducta ilegal debe ser *condictio sine qua non* de los daños y perjuicios, por lo tanto, la pregunta jurídica debe ser si el daño hubiese ocurrido en caso de ausencia de la conducta ilegal.

En México, el artículo 2010 del Código Civil Federal establece que: “Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea se hayan causado o que necesariamente deban causarse”. La referencia a “consecuencia inmediata y directa” se refiere justamente a la causalidad. Tal fórmula contempla dos situaciones, los daños que se han causado y los perjuicios que necesariamente deban causarse. En el derecho francés<sup>53</sup> se agrega el requisito de previsibilidad. Solamente los daños que han sido previstos al momento de celebrar el contrato son sujeto a indemnización. Tal requisito no se aplica en caso de dolo de acuerdo con el artículo 1150 del Código Civil Francés: “Le débiteur n’est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu’on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n’est point par son dol que l’obligation n’est point exécutée”.<sup>54</sup>

Al respecto es aplicable la siguiente tesis de los Tribunales Colegiados de Circuito:

DAÑO CAUSADO POR LA FALTA DE ENTREGA DE UN BIEN. SE ACREDITA CON LA SOLA RETENCIÓN. Del contenido de los artículos 2108 y 2109 del Código Civil para el Distrito Federal, en relación con el consenso existente sobre los bienes y

<sup>51</sup> Pinto, Jerald E. *et al.*, *Equity Asset Valuation*, 2a. ed., 2010, p. 194: “Free cash flow valuation focuses on the value of assets that generate or are needed to generate operating cash flows. If a company has significant non-operating assets, such as excess cash, excess marketable securities, or land held for investment, then analysts often calculate the value of the firm as the value of its operating assets (e.g. as estimated DCF valuation) plus the value of its non-operating assets”.

<sup>52</sup> Demodaran, Aswath, *Investment Valuation: Tools and Techniques for Determining the Value of Any Asset*, 2a. ed, 2002, p. 24.

<sup>53</sup> Gotanda, J. Y., *Recovering Lost Profits in International Disputes*, *Transnational Dispute Management* 2, 2005, 5, pp. 11 y 12.

<sup>54</sup> <http://www.legifrance.gouv.fr>.

derechos que conforman el patrimonio, se llega a la conclusión de que la prueba del daño consistente en la privación del uso y disfrute de un bien por el incumplimiento a la obligación de su entrega en el tiempo convenido, se obtiene con la misma prueba de tal incumplimiento, sin necesidad de alegar otros hechos o aportar otros medios de prueba, en correspondencia con lo establecido por alguna doctrina y jurisprudencias extranjeras. En efecto, conforme a dichos artículos, el daño es la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por el incumplimiento de una obligación, y perjuicio es la privación de cualquiera ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación; daño y perjuicio deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta del cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse. Asimismo en el campo de la postulación y la práctica judicial existe consenso, en el sentido de que en el patrimonio de una persona se encuentra el conjunto universal de todos los bienes y derechos que derivan de esa propiedad, entre los cuales están los de poseer el bien adquirido, usarlo y disfrutarlo, con los límites legales, como lo determine el propietario. En estas condiciones, si los daños son la pérdida o menoscabo del patrimonio que se causan con el incumplimiento de una obligación, y los derechos emanados de la propiedad son, entre otros, los de poseer, usar y disfrutar el bien obtenido, la conclusión lógica y jurídica necesaria que resulta de dichas premisas en una operación deductiva, consiste en la consideración de que si una persona transmite en propiedad una cosa a otra persona, con lo que el objeto de la venta se incorpora al patrimonio de la compradora, y luego la vendedora incurre en mora en la entrega material del bien enajenado, tal incumplimiento se constituye en la causa inmediata y directa de que el nuevo dueño no pueda tener la posesión del bien, y por tanto, quede impedido para usarlo y disfrutarlo, lo que indudablemente implica un menoscabo en su patrimonio, aunque sea de carácter temporal, mientras prevalezca el incumplimiento injustificado, que ya no podrá ser restituido jamás, por lo que queda comprendido en la definición legal de daños, y debe ser objeto de una indemnización.<sup>55</sup>

Al respecto cabe mencionar también la siguiente tesis:

DAÑOS Y PERJUICIOS. DEBEN SER CONSECUENCIA INMEDIATA Y DIRECTA DE LOS HECHOS IMPUTADOS AL DEMANDADO COMO CAUSA DE LA ACCIÓN. Los perjuicios al igual que los daños, para tener derecho a cobrarse, tendrán que ser, en materia de accidentes, como es sabido, consecuencia inmediata y directa del accidente; porque las consecuencias ulteriores derivadas de nuevas causas sobrevinidas, o sea, la presentación de nuevas causas originadoras o ampliado-

<sup>55</sup> Tesis aislada I.4o.C.226 C, materia civil, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, febrero de 2010, amparo directo 236/2009, unanimidad de votos, p. 2819.

ras del perjuicio, quitan ese nexo lógico de causa a efecto, que constituye la base de la responsabilidad. Refiriéndose Planiol y Ripert al daño, sus razones son igualmente aplicables al perjuicio; con toda justificación explican, en lo conducente: “DISTINCION ENTRE DAÑO DIRECTO E INDIRECTO. El artículo 1151 (se refieren los autores al Código Civil Francés), dispone que los daños en ningún caso deben comprender otra cosa que “Lo que sea consecuencia inmediata y directa del incumplimiento del contrato...” Esa disposición ha sido tomada de Pothier, quien ofrecía como ejemplo de ella el caso de un comerciante que ha vendido a sabiendas una vaca enferma; el contagio ha enfermado los bueyes del comprador impidiéndole labrar las tierras. El vendedor tendrá que indemnizar indiscutiblemente por el precio de las reses fallecidas por efecto del contagio, no así de los daños resultantes de la infección de las tierras, que solamente constituyen la consecuencia distante e indirecta del dolo de aquél; las tierras, al no ser labradas, dejan de proporcionar ganancias al comprador; no ha podido pagar a sus acreedores, los cuales le embargaron sus bienes... El deudor no tendrá que sufrir las consecuencias indefinidas de los sucesos que no se relacionen con el incumplimiento de la obligación... En caso contrario, no habrá límite alguno para la responsabilidad, y el deudor tendría que sufrir daños en los que su culpa sólo era un factor muy remoto y parcial... A partir del momento en que otras causas concurren con aquélla, la cadena causante queda interrumpida y las repercusiones nuevas, por no ser ya consecuencias inmediatas, sino indirectas e hipotéticas, del cumplimiento de la obligación, no se tomarán en consideración para calcular el importe de los daños y perjuicios... después de cometida la culpa (como pueden ser en un caso los hechos objetivos de donde nace la responsabilidad), las consecuencias debidas a intervención de sucesos posteriores quedarán fuera de toda indemnización ... hay que descartar la ampliación y la agravación impuestas a las consecuencias de la culpa por los factores nuevos producidos con posterioridad” (Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, edición cubana, tomo VII, página 170 y siguientes). De acuerdo, pues, con las explicaciones expuestas, los perjuicios no se probaron plenamente, en un caso, si la ampliación de los mismos aparece determinada o depende de la mayor o menor rapidez con que el Juez puede disponer la devolución, al actor, del bien dañado, así como de la mayor o menor rapidez con que un artesano practicara la reparación de los daños, de modo de dejar el bien como se encontraba y apto para el servicio; se advierte, entonces, que en la determinación de los aludidos perjuicios, concurren positivamente nuevas causas posteriores originadoras y ampliadoras de los mismos, ajenos al accidente, que quitan el nexo lógico necesario de causa a efecto, entre el propio accidente y los susodichos perjuicios.<sup>56</sup>

<sup>56</sup> Tribunales Colegiados de Circuito, *Seminario Judicial de la Federación*, 34 Sexta Parte, Séptima Época, amparo directo 532/68, 30 de octubre de 1971, registro núm. 256654, p. 27.

Sin embargo, la opinión del tribunal anteriormente citada de los años setenta no convence y no parece reflejar el estado actual del derecho francés. La razón de no otorgar los daños y perjuicios es una cuestión de falta de previsibilidad que de la cadena causal. Como se ha mencionado anteriormente, el derecho francés utiliza el criterio de previsibilidad al igual que los principios UNIDROIT. Al otro lado, juega un rol la obligación de atenuar el daño. El daño no es tanto la pérdida de la cosecha sino el valor de los bueyes, ya que para evitar la pérdida de la cosecha se deberían haber comprado nuevos bueyes. Aparte de eso, hay que tener cuidado en lo que se refiere a la terminología. Los perjuicios son *ex definitione* daños consecuenciales e indirectos, sin embargo, su recuperación está expresamente prevista en la ley. Por lo tanto, la relación directa debe ser entre la violación del contrato y el daño o los perjuicios. Sin embargo, no significa que los daños indirectos no son recuperables, siempre y cuando fueran causados por la violación.

Para la definición del concepto de causalidad bajo el derecho mexicano son relevantes también las siguientes tesis:

DAÑOS Y PERJUICIOS, PRUEBA DE LOS. Las palabras consecuencia inmediata y directa que usa el citado artículo, interpretadas correctamente, no sólo significan que el legislador quiso excluir del resarcimiento, todos aquellos daños y perjuicios que no se derivaron directa e inmediatamente del evento dañoso, sino que era necesario para que se produjeran, el concurso de nuevas causas *ex nova causa* como dicen los romanistas. La opinión generalmente admitida, sostiene que la nueva causa surge cuando entre el hecho dañoso o culposo y los daños y perjuicios que se reclaman, sobreviene una serie de actos o eventos que no son necesariamente originados por aquél y que fueron los que ocasionaron la disminución del patrimonio. El perjuicio debe ser una consecuencia inmediata y directa del evento dañoso, no quiere decir que el legislador pretendió que la prueba del perjuicio debiera ser siempre directa, rigurosamente matemática y que produjera una certeza absoluta. El perjuicio debe ser consecuencia del evento dañoso, es decir, una correcta inferencia debe poner de manifiesto la relación de antecedente a consecuente, y, además, esa consecuencia debe ser inmediata y directa y no indirecta y remota. Nada más exige el artículo 1466 del Código Civil, para que exista la obligación de resarcir el perjuicio.<sup>57</sup>

CAUSA DIRECTA E INMEDIATA. El artículo 2110 del Código Civil del Distrito y territorios federales dispone que los daños y perjuicios deban ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación.

<sup>57</sup> Tesis aislada, materia civil, registro núm. 352591, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. LXXII, p. 5877.

Este precepto es aplicable supletoriamente en materia mercantil. Ahora bien, por causa debe entenderse la causa eficiente, o sea, el factor determinante, de tal suerte que por el incumplimiento de la obligación se produzcan necesariamente los daños y perjuicios. Si el incumplimiento de la obligación es solamente un factor secundario que opera subordinado a otros factores, entonces no puede estimarse que sea la causa directa e inmediata de los daños y perjuicios.<sup>58</sup>

### De acuerdo con los Principios UNIDROIT:

Existe una clara vinculación entre la certeza y la naturaleza directa del daño. Aunque esta naturaleza directa del perjuicio causado no se encuentre regulada expresamente en los principios, queda implícito en el art. .4.2. (1), que se refiere al daño resarcible como aquél derivado del incumplimiento, lo que presupone un nexo causal suficiente entre el incumplimiento y el daño sufrido. Si el daño es demasiado indirecto, es muy probable que también sea incierto e imprevisible.

Igual que en el derecho francés, es requisito en los principios UNIDROIT que el daño sea previsible. El artículo 7.4.4 (Previsibilidad del daño) señala: “La parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto, o que razonablemente podría haber previsto, como consecuencia probable de su incumplimiento, al momento de celebrarse el contrato”. Según el comentario oficial a ese artículo:

Esta limitación se refiere a la naturaleza misma del contrato: no todos los perjuicios que deje de percibir la parte perjudicada se relacionan directamente con el contrato. La parte incumplidora no debe cargar con la reparación de perjuicios que no pudo prever al momento de celebrar el contrato, ni con los riesgos que, por esa razón, no pudo contemplar cubrir con un seguro.

Esa limitación también se encuentra en el artículo 74 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG, por sus siglas en inglés).

En su análisis de los principios del derecho internacional público, *Cheng* constató:

Se puede decir que el principio de reparación integral por responsabilidad debe entenderse junto con el de causalidad próxima o efectiva lo que es vá-

<sup>58</sup> Tesis aislada, materia civil, registro núm. 813305, Tercera Sala de la Suprema Corte de la Nación, Sexta Época, informe 1958, p. 28.

lido en el derecho municipal e internacional. Debido a lo anterior, la obligación de resarcir solamente se refiere a aquellos daños que son legalmente considerados como las consecuencias de un acto ilegal. Esos son los daños que normalmente fluyen de tal acto, o los cuales un hombre razonable en la posición del malhechor en aquél tiempo hubiera previsto como posible resultado, además de todos los daños intencionales.<sup>59</sup>

De acuerdo con Ripinsky Williams, *Cheng* establece tres criterios: 1) las consecuencias normales de un acto (criterio de normalidad); 2) solamente las pérdidas que un tercero pudiera haber previsto son resarcibles (criterio de previsibilidad), y 3) los criterios anteriores no aplican en caso de una causalización intencional del daño (criterio de intencionalidad).<sup>60</sup>

El párrafo 1 del artículo 31 (Reparación) de los artículos sobre la Responsabilidad del Estado de la CDI confirma el requisito del principio de causalidad. El párrafo 10 de los comentarios señala:

The allocation of injury or loss to a wrongful act is, in principle, a legal and not only a historical or causal process. Various terms are used to describe the link, which must exist between the wrongful act and the injury in order for the obligation of reparation to arise. For example, reference may be made to losses “attributable to [the wrongful] act as a proximate cause”, or to damage which is “too indirect, remote, and uncertain to be appraised” or to “any direct loss, damage including environmental damage and the depletion of natural resources or injury to foreign Governments, nationals and corporations as a result” of the wrongful act. Thus causality in fact is a necessary but not a sufficient condition for reparation. There is a further element, association with the exclusion of injury that is too “remote” or “consequential” to be the subject of reparation. In some cases, the criterion of “directness” may be used, in others “foreseeability” or “proximity”. But other factors may also be relevant: for example, whether State organs deliberately caused the harm in question, or whether the harm caused was within the ambit of the rule which was breached, having regard to the purpose of that rule. In other words, the requirement of a causal link is not necessarily the same in relation to every breach of an international obligation. In international as in national law, the question of remoteness of damage “is not part of the law which can be satisfactorily solved by search for a single verbal formula”. The notion of sufficient causal link which is not too remote is embodied in the general requi-

<sup>59</sup> Cheng, B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 1953, 2006, p. 253.

<sup>60</sup> Ripinsky y Williams, *op. cit.*, p. 137.

rement in article 31 that the injury should be in consequence of the wrongful act, but without the addition of any particular qualifying phrase.

Por lo tanto, la correcta cuestión jurídica es si el daño o perjuicio se hubiera causado en ausencia del acto ilícito. En este sentido es importante examinar si existen múltiples causas, causas intervinientes o culpa del perjudicado.<sup>61</sup>

La interrupción de la causalidad ha sido mencionado en la siguiente tesis:

DAÑOS Y PERJUICIOS. DEBEN SER REALES, NO HIPOTÉTICOS, Y SER CONSECUENCIA DIRECTA INMEDIATA DEL ACTO QUE LOS GENERE. La pérdida sufrida y la ganancia frustrada deben tener como causa directa y exclusiva el hecho causante del daño y a partir de que otras causas concurren con aquélla, la cadena causal debe quedar interrumpida y las repercusiones nuevas, por no ser ya consecuencia inmediata, sino indirectas e hipotéticas, no se deben tomar en consideración para calcular el importe de los daños y perjuicios, dado que es fácil advertir que si no se previera de ésta manera, la serie de consecuencias podría desarrollarse hasta el infinito...<sup>62</sup>

El tema de causalidad ha sido tratado en el caso *LG&E v Argentina*.<sup>63</sup> En tal caso el tribunal rechazó el valor justo de mercado a pesar de su aceptación por ambas partes, pero enfatizó la necesidad de determinar la “pérdida real” sufrida por el inversionista como resultado de “la conducta de Argentina”, lo que según el tribunal arbitral era la pérdida de dividendos durante un periodo determinado y no la disminución permanente de valor de mercado de la inversión.

En particular, el tribunal arbitral constató que el método de valor justo de mercado:

35. ... es apropiado en caso de expropiación en los cuales los inversionistas han perdido la propiedad de su inversión o cuando la inferencia con sus derechos de propiedad trae consigo la pérdida equivalente a la pérdida total de la inversión. Sin embargo, eso no ha sido el caso. El Tribunal Arbitral rechazó el reclamo de expropiación indirecta hecho valer por las demandadas...

<sup>61</sup> Kantor, Mark, *op. cit.*, p. 106.

<sup>62</sup> Tesis aislada, materia civil, registro núm. 250270, *Seminario Judicial de la Federación*, 157-162, Séptima Época, Sexta Parte, p. 57.

<sup>63</sup> *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International, Inc. v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, laudo del 25 de julio de 2007, paras. 35 y 36, 41 ss, [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC786\\_En&caseId=C208](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC786_En&caseId=C208), traducción del autor.

36. Para el Tribunal, la compensación en este caso no puede ser determinado por el impacto sobre el valor de los activos; no refleja el daño real ocurrido por los demandantes. La medida de compensación debe ser diferente.

Más adelante, el Tribunal menciona que debe haber una diferencia entre la “compensación” como consecuencia de un acto legalmente correcto y “daños” como consecuencia de cometer un acto ilegal.<sup>64</sup> De acuerdo con el Tribunal, “la cuestión es la de causalidad: qué es lo que el inversionista perdió debido a los actos ilegales”.<sup>65</sup> El Tribunal constató que el punto inicial del análisis es determinar los actos ilegales<sup>66</sup> y la pérdida sufrida por LG&E como resultado de tales medidas. De acuerdo con el Tribunal la “pesificación” de las tarifas, la suspensión de ajustes y revisiones de las tarifas y las renegociaciones forzadas de las licencias violaron, entre otros, el contrato de concesión. Sin embargo, tales violaciones no resultaron, en opinión del Tribunal en la destrucción de la inversión de LG&E y la pérdida del valor de capital.<sup>67</sup> Lo que sí causaron de acuerdo con el Tribunal es una reducción significativa de ingresos de la licenciataria, lo que resultó en una reducción de dividendos a pagar a los accionistas que no hubiera ocurrido si el marco regulatorio de gas hubiera sido mantenido. Así, “el Tribunal determina que el daño actual inflingido por la medida es el monto de dividendos que se hubiera recibido salvo por la adopción de tales medidas”<sup>68</sup> (énfasis añadido).

En el caso ICC 16835 F argumentó que tuvo que constituir una nueva empresa *joint venture* con la empresa japonesa X porque J así lo requería, por eso ganó el proyecto en contra de la JV. No es una cuestión de quién hubiera ganado en una competencia desleal, donde la nueva *joint venture* tenía toda la ventaja por la provisión de tecnología por parte de F, sino la cuestión correcta es qué hubiera pasado en ausencia de la nueva empresa *joint venture*, es decir, si F nunca hubiera entrado en un *joint venture* paralelo y constituido la nueva empresa *joint venture* con X, la nueva empresa *joint venture* nunca hubiera podido ganar el proyecto en violación de la cláusula de no competencia y exclusividad.

En el caso concreto, resultó que de cien proveedores que habían ganado la primera fase, todos habían ganado también la segunda fase con excep-

<sup>64</sup> LG&E, para. 38, traducción del autor.

<sup>65</sup> LG&E, para. 45, traducción del autor.

<sup>66</sup> LG&E, para. 46, traducción del autor.

<sup>67</sup> LG&E, para. 47, traducción del autor.

<sup>68</sup> LG&E, para. 48, traducción del autor.

ción de la JV, por lo que la probabilidad para la JV de ganar la segunda fase era 100% excluyendo la JV. Además, el producto era difícil de transportar por que era imposible traerlo de otros sitios de producción fuera de México. Por lo tanto, en ausencia de la violación del contrato JV por parte de E, y de haberse cumplido tal contrato y el contrato de transferencia de tecnología que se regía por la misma cláusula de exclusividad y no competencia, la JV hubiera ciertamente ganado el nuevo proyecto.

Se deduce que en casos de violación de una cláusula de no competencia la pregunta jurídica correcta es “¿qué hubiera pasado en ausencia de la violación del contrato?” y no “¿quién hubiera ganado en una situación de competencia desleal?”.

## VII. LIMITACIONES AL DERECHO DE DAÑOS Y PERJUICIOS

Al calcular el monto de la indemnización por un acto ilegal, es importante tomar en cuenta la situación financiera en la que hubiera estado la persona perjudicada si el acto ilegal no se hubiera cometido, lo que corresponde a la fórmula Chorzów. Al aplicarse el principio de reparación integral se debe tomar en cuenta cualquier responsabilidad de la parte perjudicada y la atenuación del daño.<sup>69</sup> Así, se evita cualquier enriquecimiento ilegítimo por la parte perjudicada.<sup>70</sup>

### 1. Responsabilidad de la parte perjudicada

La culpa propia de la parte perjudicada también es un tema de causalidad. El artículo 1910 del Código Civil Federal establece para la responsabilidad delictiva que: “El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima”.

Al respecto, la tercera sala de la Suprema Corte de la Nación señala:

RESPONSABILIDAD CIVIL, CULPA O NEGLIGENCIA EXCUSABLE DE LA VÍCTIMA, EN CASO DE. El artículo 2025 del Código Civil del Distrito Federal, determina el concepto “culpa”, al establecer que “hay culpa o negligencia, cuando el obligado ejecuta actos contrarios a la conservación de la cosa, o deja de ejecutar los que son necesarios para ella”. No es cierto que la culpa sea siempre

<sup>69</sup> Marboe, Irmgard, *op. cit.*, p. 38, para. 2.112.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 37, para. 2.107

inexcusable, ni apoya conclusión contraria, la circunstancia de que la Ley de Partida, al referirse a la culpa grave, establezca que de la misma, ninguno se puede excusar, pues esto no atañe a la culpa leve ni a la levisima. Negligencia significa “descuido”, en su primera aceptación; tal como la palabra culpa, en sus diversos grados, se explica también en funciones del descuido, y Valbuena traduce la culpa, por “negligencia y el daño que causa”. Con el mismo método proceden los autores, entre los que pueden citarse Planiol y Ripert. En su acepción restringida, esto es, prescindiendo del perjuicio causado de manera consciente y voluntaria, la culpa se da en lenguaje técnico jurídico, como equivalente de la imprudencia o la negligencia. Aparte de los artículos 1914 y 1934 del código citado, el enunciado del artículo 2025 antes transcrito disipa toda incertidumbre, supuesto que son exactamente los mismos actos los que determinan la culpa o la negligencia, sin matiz que las distinga. Es inadmisibles que el adjetivo “inexcusable” repetido en los artículos 1910, 1913 y 1936 de la L,C se refiera solamente a la negligencia, por ser “disculpable” y “culpa” términos repugnantes, pues es notorio que no habría razón para no admitir como excusable la culpa, siéndolo en cambio la negligencia cuando ambas se constituyen por los mismos elementos. La existencia de culpa por parte de la víctima se aprecia según los mismos principios por la culpa del autor del daño y puede ser o no, excusable, según las circunstancias del caso concreto, cuya estimativa corresponde a los tribunales de instancia.<sup>71</sup>

Este principio de la llamada culpa contribuidora se reconoce en el artículo 7.1.2 (Interferencia de la otra parte) de los principios UNIDROIT que señala:

Una parte no podrá ampararse en el incumplimiento de la otra parte en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de la primera o por cualquier otro acontecimiento por el que ésta haya asumido el riesgo.

De acuerdo con el comentario 1 a este artículo,

[c]uando este artículo es aplicable, la conducta pertinente no se convierte en un incumplimiento excusable, sino que pierde la condición de incumplimiento. De lo que sigue, por ejemplo, que la otra parte no estará facultada para resolver el contrato por incumplimiento.

<sup>71</sup> Amparo civil directo 380/42, Compañía de Tranvías de México, S.A., 3 de septiembre de 1945, unanimidad de cuatro votos, *Seminario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. LXXXV, tesis aislada, p. 1804.

El artículo 7.4.7 (daño parcialmente imputable a la parte perjudicada) de los principios UNIDROIT señala:

Cuando el daño se deba en parte a un acto u omisión de la parte perjudicada o a otro acontecimiento por el que esa parte asume el riesgo, la cuantía del resarcimiento se reducirá en la medida en que tales factores hayan contribuido al daño, tomando en consideración la conducta de cada una de las partes.

Este artículo limita el derecho al resarcimiento en la medida en que la parte perjudicada haya contribuido parcialmente al daño. Se le exonera a la parte incumplida de su responsabilidad en la medida en que la parte perjudicada haya contribuido al daño. Debido a la dificultad de aportar pruebas para determinar la contribución de cada una de las partes al daño sufrido, el comentario recomienda una cierta discreción judicial y tomar en cuenta el comportamiento de las partes, es decir, el grado de negligencia y el dolo al señalar: “Cuanto mayor sea la falta de una parte, mayor será su cuota de contribución al daño causado”. La culpabilidad, por lo tanto, es un factor que debe tomarse en cuenta.

El artículo 39 (“contribución al daño”) de los artículos sobre la responsabilidad de los Estados de la Comisión Internacional de Derecho establece: “Para la determinación de la reparación, debe tomarse en cuenta la contribución al perjuicio por la acción u omisión dolosa o negligente del estado perjudicado o cualquier persona o entidad en relación a la cual se busca la reparación”.

En el caso *CME v Czech Republic*, el tribunal concluyó que el inversionista comprobó la causalidad y refutó el argumento de la Czech Republic que CME haya contribuido a la destrucción de la participación de “CNTS en TV Nova” en seis aspectos, en particular, por el rol del doctor Zelezny:<sup>72</sup>

... The Tribunal has held that a State may be held responsible for injury to an alien investor where it is not the sole cause of the injury’...<sup>73</sup> The Tribunal’s findings in the Partial Award are that the Media Council collaborated with Dr. Zelezny and supported Dr. Zelezny’s unconcealed and expressly stated aim ‘to harm’ CNTS by removing CNTS as exclusive provider of broadcasting services for CET 21. That support of Dr. Zelezny was in breach of the Treaty. To what extent Dr. Zelezny breached his own duties or the law was

<sup>72</sup> *CME Czech Republic B.V. v The Czech Republic*, laudo final del 14 de marzo de 2003 (2006), 9 ICSID Reports 246, para. 300; [http://ita.law.uvic.ca/documents/CME-2003-Final\\_001.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/CME-2003-Final_001.pdf)

<sup>73</sup> *CME v Czech Republic*, para. 447.

not to be decided by this Tribunal...<sup>74</sup> The Tribunal's position is consistent with Art. 438 (1) Czech Civil Code, according to which tort-feasors are jointly and separately liable. Only for good reasons may a court decide that someone who caused the damage shall be liable only in respect to the damage caused by him personally (Art. 438 (2) Czech Civil Code). This does not apply here as the Media Council, according to the Tribunal's findings, by its actions in 1996 and 1999 undermined CNTS's exclusivity of the use of the broadcasting license, which exclusivity was the main protection for the Claimant's investment in the Czech Republic...<sup>75</sup>

En el caso paralelo *Lauder v. Czech Republic*, el tribunal arbitral concluyó con base en los mismos hechos que la conducta del socio local de CME, el doctor Zelezny, era la causa principal de las pérdidas de CNTS y que la conducta del doctor Zelezny no era atribuible a la República Checa:<sup>76</sup>

... Even if the breach therefore constitutes one of several "sine qua non" acts, this alone is not sufficient. In order to come to a finding of a compensable damage it is also necessary that there existed no intervening cause for the damage. In our case the Claimant therefore has to show that the last, direct act, the immediate cause, namely the termination by CET 21 on 5 August 1999... did not become a superseding cause and thereby the proximate cause. In other words, the Claimant has to show that the acts of CET 21 were not so unexpected and so substantial as to have to be held to have superseded the initial cause and therefore become the main cause of the ultimate harm...<sup>77</sup>

The arbitrary and discriminatory breach by the Respondent of its Treaty obligations constituted a violation of the Treaty. The alleged harm was, however, caused in 1999 by the acts of CET 21, controlled by Mr Zelezny. The 1993 breach of the Treaty was too remote to qualify as a relevant cause for the harm caused. A finding on damages due to the Claimant by the Respondent would therefore not be appropriate.

Finally, the Arbitral Tribunal notes that no sufficient evidence was offered that the damage claimed by Mr Lauder in the present arbitration proceedings, i.e. the termination of the contractual relationship between CET 21 and CNTS on 5 August 1999 on the initiative of the former, was caused by insistence of the Media Council on the respect of the Media law in 1996 and 1997. On the contrary, such damage was the direct result of Mr Zelezny's

<sup>74</sup> CME v Czech Republic, para. 449.

<sup>75</sup> CME v Czech Republic, para. 452.

<sup>76</sup> Ronald S. Lauder v The Czech Republic, laudo final en un arbitraje ad hoc CNUDMI, 3 de septiembre de 2001 <http://ita.law.uvic.ca/documents/LauderAward.pdf>.

<sup>77</sup> Lauder v Czech Republic, para. 234.

own behavior, which was not backed in 1996 or 1997 by the Media Council or any other organ of the Respondent...<sup>78</sup>

## 2. *La atenuación del daño*

Aunque no está expresamente previsto en el derecho mexicano, el principio de atenuación del daño puede considerarse como un principio general de derecho a que se refiere el artículo 19 del Código Civil Federal y el artículo 14 constitucional. Asimismo, se puede deducir de la responsabilidad de la parte perjudicada anteriormente mencionada. Tal principio se refiere a la conducta posterior a la causación del daño.

El artículo 7.4.8 (Atenuación del daño) de los Principios UNIDROIT señala que:

(1) La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables.

(2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente efectuado en un intento por reducir el daño.

En lo que se refiere a contratos a largo plazo, es relevante el comentario que [l]as medidas que debe adoptar la parte perjudicada pueden destinarse a limitar la amplitud del daño, sobre todo cuando este puede prolongarse durante mucho tiempo de no adoptarse alguna medida apropiada, tal como una operación de reemplazo conforme al Art. 7.4.5, o bien a evitar un incremento de un menoscabo inicial.

En el caso *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. v Argentine Republic*<sup>79</sup> el tribunal tomó en cuenta operaciones relacionadas con la participación de las demandantes en TGS, mismas que se ejecutaron para mitigar los daños.<sup>80</sup> Tal principio ha sido reconocido en muchos otros procedimientos arbitrales.<sup>81</sup>

## 3. *Enriquecimiento ilícito*

Lo que es importante es que la demandante no termine en una situación mejor que hubiera estado si el contrato se hubiera cumplido.<sup>82</sup> De acuerdo

<sup>78</sup> *Lauder v Czech Republic*, para. 274.

<sup>79</sup> *Enron Corporation y Ponderosa, L.P., ICSID Case No. ARB/01/3*, laudo del 22 de mayo de 2007, <http://ita.law.uvic.ca/documents/Enron-Award.pdf>.

<sup>80</sup> *Enron v Argentina*, para. 388.

<sup>81</sup> Kantor, Mark, *op. cit.*, p. 113, nota al pie 364.

<sup>82</sup> Fuller, L. y Perdue W., "The Reliance Interest in Contract Damages", *Yale Law Journal*, 46, 1936, p. 81.

con *Mark Kantor*, el objetivo de la restitución es evitar el enriquecimiento ilícito de la parte que viola el contrato.<sup>83</sup> A su vez el enriquecimiento de la otra parte constituye el límite del otorgamiento de daños y perjuicios.<sup>84</sup>

En el caso ICC 16835, la demandada se enriqueció de manera indebida al: *i*) ahorrarse la contribución del capital inicial de la parte demandante que era necesaria para financiar los proyectos iniciales de la JV; *ii*) ahorrarse el monto correspondiente a los préstamos de capital de trabajo otorgados por la parte demandante; *iii*) ahorrarse el costo y tiempo al tener la planta de la demandante para producir los proyectos iniciales a un precio subsidiado; *iv*) evitar los costos de la fase final de los proyectos iniciales que no se habían transferido a la nueva empresa joint venture, y *v*) obtener ganancias significativas adicionales al dejar la demandante fuera del nuevo proyecto. Tal enriquecimiento ilícito excedió en mucho los daños y perjuicios reclamados por la demandante y sirvió como prueba adicional para tales daños y perjuicios.

## VIII. CARGA DE LA PRUEBA

### 1. *Carga de prueba*

El estándar de la carga de prueba se rige por el principio *actori incumbit probatio*. Sin embargo, la carga de prueba en caso de daños es más estricta que en el caso de perjuicios como se desprende de la siguiente tesis:

DAÑOS Y PERJUICIOS, PRUEBA DE LOS. Las pruebas para demostrar la existencia del daño, tienen diferencias tan radicales de las que deben exigirse para que quede comprobado el perjuicio, que no pueden ser apreciadas con el mismo criterio, cuando se trata de probar un daño se está en presencia de hechos concretos que han tenido su realización en el pasado; se trata de comprobar cuánto ha disminuido un patrimonio por evento dañoso, y por lo mismo, la prueba exacta, matemática, de esa disminución, es posible. Cuando se quiere demostrar un perjuicio no tenemos como base de nuestra demostración, como acontece en el daño, dos hechos concretos y consumados que van a compararse para establecer diferencias, a saber: a cuánto ascendía el patrimonio antes de sufrir el daño, y a cuánto quedó reducido después de que lo sufrió. Cuando se trata de perjuicios, nos encontramos frente a hechos futuros que dejaron de realizarse (la ganancia lícita no obtenida a consecuencia de actos u omisiones imputables a una persona). *La experiencia y el buen sentido nos*

<sup>83</sup> Kantor, Mark, *op. cit.*, pp. 38-39.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 39, 115.

*enseñan que en la mayoría de los casos, no son susceptibles de demostrarse los perjuicios, con pruebas directas y rigurosas que produzcan la certeza absoluta de su existencia; y en el mayor número de los casos, hay que conformarse con la certeza relativa.* Es cierto que no basta una apreciación abstracta sobre la existencia del perjuicio, se necesita una prueba concreta sobre los hechos que, según todas las probabilidades, demuestran la realidad de la ganancia que ha dejado de obtenerse; pero si a pretexto de que el artículo 1466 del Código Civil del Distrito Federal, de 1884, ordena que el perjuicio debe ser consecuencia inmediata y directa del hecho dañoso, se exigiera la demostración absoluta, incontrovertible, de que no es posible que hubiera ocurrido algún otro evento, fuera del dañoso, que hubiera impedido obtener la ganancia lícita que se reclama, casi nunca prosperaría una reclamación por el pago de perjuicios, y habría que acusar de inconsecuencia al legislador, que por una parte concedía el derecho de exigir el pago de esos perjuicios, y por otra hacía nugatorio ese derecho, subordinándolo a una demostración casi imposible... Sin duda, los sueños de ganancia deben apartarse del verdadero concepto de perjuicio; la simple posibilidad y aun una exigua probabilidad de obtener una ganancia, no es bastante para que nazca el perjuicio; pero tampoco debe caerse en el extremo opuesto, exigiendo, para que el perjuicio sea resarcible, que se demuestre de una manera directa y con exactitud absoluta, que sólo la intromisión del hecho dañoso, con exclusión de cualquier otro posible evento, pudo impedir que se obtuviera una ganancia lícita. Los comentaristas, al explicar las disposiciones del Código Civil alemán, sobre el particular, manifiestan que no se puede exigir la absoluta seguridad de obtener una ganancia, que basta la posibilidad objetiva de obtener la que resulte del curso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto (énfasis añadido).<sup>85</sup>

En este tenor también es aplicable la siguiente tesis:

PERJUICIOS. El Código Civil del Distrito, vigente en Coahuila, define el perjuicio, como la privación de cualquiera ganancia lícita que debiera haberse obtenido por el cumplimiento de la obligación, y exige que esa privación sea una consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento. Lo esencial, pues, para acreditar la acción por perjuicios, es que se demuestre la relación de causa a efecto que exista entre la falta de cumplimiento de la obligación y la privación de la utilidad que dejó de percibirse, precisamente por la ejecución del hecho perjudicial, sin que medien entre la causa y el efecto, circunstancias de otro orden; pero ni los sistemas legales más exigentes requieren, para que se estime acreditada la acción por perjuicios, que exista la absoluta seguridad de que se habría obtenido el lucro, a no mediar la eje-

<sup>85</sup> Tesis aislada, materia civil, registro núm. 352591, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. LXXII, p. 5877, Primera Sala de la Suprema Corte de la Nación.

cución del hecho perjudicial. Lo único que la ley exige, es la demostración de que la ganancia se habría realizado en condiciones normales; de manera que si en un contrato de arrendamiento, se estipuló una renta fija, ésta debe tenerse como base, para determinar el monto de los perjuicios.<sup>86</sup>

Al respecto hay que mencionar que en la práctica del arbitraje internacional existe una diferencia entre la carga de prueba para acreditar los daños y perjuicios y la determinación del *quantum*. De acuerdo con *Mark Kantor*: “Abogados diligentes harían una distinción entre, primero, el nivel de certeza que debe comprobarse con respecto a si se hubieran generado ganancias en caso de que el negocio no hubiera sido perjudicado, y, segundo, el nivel de certeza que se requiere para el cálculo de tales ganancias”.<sup>87</sup>

Según Jan Paulsson, “la moral contractual requiere que la incertidumbre del monto de los perjuicios no recaiga sobre la víctima de la violación del contrato”.<sup>88</sup> Por lo tanto, una vez que hay la certeza del daño o la probabilidad de los perjuicios, existe una cierta discreción por parte del tribunal de establecer el *quantum* para someter a la parte perjudicada a una carga excesiva de prueba.

## 2. Pérdida de oportunidad

Debido a la dificultad de probar el monto en caso de la violación de contratos a largo plazo, el otorgamiento de un monto razonable por la pérdida de una oportunidad ha sido reconocido por algunas tribunales arbitrales. En el caso *Sapphire International v NIOC*, el tribunal arbitral otorgó un monto global de US\$2 millones a Sapphire por la pérdida de la oportunidad de encontrar petróleo en Irán debido a que Sapphire no pudo realizar la búsqueda de petróleo en el área de concesión.<sup>89</sup> El mismo principio se aplicó en el caso *Société Quest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v Senegal*<sup>90</sup> que se refiere a la violación de un contrato que se infringió antes del inicio del pro-

<sup>86</sup> Tesis aislada, materia común, registro núm. 363686, Semanario Judicial de la Federación, t. XXXII, p. 1222. Tercera Sala de la Suprema Corte de la Nación.

<sup>87</sup> Kantor, Mark, *op. cit.*, p. 72.

<sup>88</sup> Paulsson, Jan, *op. cit.*, p. 60.

<sup>89</sup> *Sapphire International Petroleum Ltd v NIOC*, laudo del 15 de marzo de 1963; ILR 35 (1967) 135, p. 190; <http://translex.uni-koeln.de/output.php?docid=261600&markid=946000>.

<sup>90</sup> *Société Quest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v Senegal*, laudo del 25 de febrero de 1988, (1994) 2 ICSID Reports 164, paras. 5.787 ss and 5.84 ss.

yecto, sin embargo ha sido rechazado en el caso *Auconven* ya que la obra no se había construido.<sup>91</sup>

La indemnización de la pérdida de una oportunidad es un asunto de la carga de prueba sobre la probabilidad de la ocurrencia de los daños y perjuicios para la cual hay que tomar en cuenta la legislación aplicable.

De acuerdo con el artículo 7.4.3 (Certeza del daño), párrafo 2, de los principios UNIDROIT, “*La compensación puede deberse por la pérdida de una expectativa en proporción a la probabilidad de que acontezca*”. Tal párrafo se refiere a la pérdida de una expectativa o “chance”.

### 3. *Inferencia adversa*

El efecto de la solicitud de inferencia negativa, es que se presume que las pruebas debidamente solicitadas a la otra parte pero no entregadas son adversos a los intereses de la parte que se negó entregarlos.<sup>92</sup>

Las nuevas reglas de la International Bar Association sobre la toma de evidencia en el Arbitraje Internacional señala: “If a party fails without satisfactory explanation to produce any Document requested in a Request to Produce to which it has not objected in due time or fails to produce any document ordered to be produced by the Arbitral Tribunal, the Arbitral Tribunal may infer that such document would be adverse to the interests of that Party”. Lo mismo se aplica a pruebas testimoniales y otra evidencia.<sup>93</sup>

Lo anterior es un instrumento útil para cumplir con la carga de prueba impuesta a la demandante en un reclamo de daños y perjuicios. En el caso de una objeción injustificada de cumplir con una orden para producir prueba, el tribunal puede hacer conclusiones negativas en contra de la parte intransigente y aún tomar como probados los hechos alegados por la parte demandante.<sup>94</sup>

<sup>91</sup> Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v Bolivarian Republic of Venezuela, laudo del 23 de septiembre de 2003, 10 ICSID Reports 314, para. 357.

<sup>92</sup> Houtte, Vera van, *Adverse Inferences in International Arbitration, Dossier of the ICC Institute of World Business Law, Written Evidence and Discovery in International Arbitration, New Issues and Tendencies*, 2009, p. 195.

<sup>93</sup> Artículo 9, párrafos 5 y 6 sobre la Admisibilidad y la Valoración de la Evidencia de los IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, International Bar Association, 29 de mayo de 2010, traducción del autor.

<sup>94</sup> Poudret, Jean-François y Besson, Sébastien, *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet & Maxwell Ltd., 2007, p. 544, para. 650.

## IX. INTERESES

De acuerdo con el profesor Gotanda, intereses son el monto de dinero que se paga como compensación por la retención temporal de dinero. Cuando tribunales otorgan intereses en arbitrajes internacionales deberán lograr la reparación integral de la parte agravada por la pérdida del uso de su dinero, por lo que deberían obtener intereses a la tasa de mercado y en ciertos casos de manera compuesta. Son tres las funciones de intereses: 1) reparación integral; 2) evitar el enriquecimiento ilícito, y 3) eficiencia. Con respecto a la última función, el interés tiene como efecto evitar litigios.

Se distingue entre intereses antes del laudo e intereses sobre los montos otorgados en el laudo. En lo que se refiere a la tasa, normalmente se aplican intereses simples, sin embargo, hay una cierta tendencia hacia intereses compuestos. Mientras intereses simples son normalmente otorgados en caso de violación de un contrato, intereses compuestos se observan en casos de compensación por expropiación.<sup>95</sup> Al respecto hay que mencionar que de acuerdo con una publicación reciente de la ICC, “intereses compuestos deberán preferirse a intereses simples” y que “la composición anual de intereses es una práctica estándar y conservadora”.<sup>96</sup>

De acuerdo con el artículo 362 del Código de Comercio, la tasa de interés es del 6% desde su vencimiento. El artículo 1153 del Código Civil francés obliga al pago de intereses en la tasa estatutaria, sin que se requiera prueba alguna.

El artículo 7.4.9 (intereses por falta de pago de dinero) de los principios UNIDROIT señala:

(1) Si una parte no paga una suma de dinero cuando es debido, la parte perjudicada tiene derecho a los intereses sobre dicha suma desde el vencimiento de la obligación hasta el momento del pago, sea o no excusable la falta de pago.

(2) El tipo de interés será el promedio del tipo de préstamos bancarios a corto plazo en favor de clientes calificados y predominante para la moneda de pago en el lugar donde éste ha de ser efectuado. Cuando no exista tal tipo en ese lugar, entonces se aplicará el mismo tipo en el estado de la moneda de

<sup>95</sup> Gotanda, John Y., *Interest, Auxiliary and Alternative Remedies in International Arbitration*, Filip De Ly y Laurent Lévy (eds.), Dossiers, ICC Institute of World Business Law, 2008, pp. 170-171, 180.

<sup>96</sup> Sénéchal, Thierry J., “Present-day valuation in international arbitration: a conceptual framework for awarding interest”, en Filip de Ly and Laurent Lévy (eds.), *Interest, Auxiliary and Alternative Remedies in International Arbitration*, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, 2008, p. 219, 229, 231.

pago. En ausencia de dicho tipo en esos lugares, el tipo de interés será el que sea apropiado conforme al derecho del Estado de la moneda de pago.

(3) La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización adicional si la falta de pago causa mayores daños.

De acuerdo con el comentario 1, intereses representan una suma global por dejar de pagar una suma de dinero, lo que se asemeja mucho a daños liquidados o a una pena convencional, por lo que no se requiere prueba alguna. La razón es el enriquecimiento del deudor que resulta de la falta de pago, “ya el deudor continúa recibiendo intereses sobre la suma cuyo pago se encuentra imposibilitado de efectuar”. Lo anterior significa que los intereses se deben pagar en cualquier caso, aún si el retraso de pago se debe a fuerza mayor o caso fortuito.

El comentario 2 establece que la tasa debe asegurar una adecuada reparación del daño sufrido. “El tipo en cuestión es aquél al que la parte perjudicada normalmente colocaría el dinero que ha dejado de percibir. Dicho tipo es el promedio que pagaría un banco por un préstamo a corto plazo a clientes calificados y que predominase para la moneda de pago en el lugar de pago”. Sin embargo, lo anterior no excluye el derecho de pedir el resarcimiento de cualquier daño adicional causado a la parte perjudicada por el retraso de pagar (comentario 3).

En cuanto a intereses poslaudo, la profesora Irmgard Marboe señala:

Desde el momento que una decisión obligatoria haya sido tomado, el monto y el plazo para el pago han sido definidos. La demandada se encuentra en demora si no cumple con su obligación de pago. Este tipo de demora puede penalizarse con una tasa de interés más alta, que no se encuentra limitada por el daño real ocurrido a la parte perjudicada. ... Esta tasa de interés más alta es, en principio, de acuerdo con la función específica de intereses poslaudo, es decir, servir como incentivo efectivo para cumplir con los términos de una sentencia o laudo lo antes posible. También servirá para asegurar la eficiencia de la jurisprudencia internacional y de incrementar la certeza legal.<sup>97</sup>

## X. Costos

Los costos del arbitraje incluyen los honorarios y gastos de los árbitros, así como los gastos administrativos de la institución administradora, en su caso, los honorarios y los gastos de los peritos nombrados por el tribunal arbitral, así como los gastos razonables incurridos por las partes para su de-

<sup>97</sup> Marboe, Irmgard, *op. cit.*, p. 378, paras. 6.245 y 6.246.

fensa en el arbitraje. No hay una práctica uniforme en lo que se refiere a la condena de gastos a la parte vencida.

Sin embargo, tales costos son también daños y perjuicios, por lo que su condena debe proceder de acuerdo con los mismos principios que se aplican para el otorgamiento de daños y perjuicios. En particular, tal condena debe proceder si se comprueba que la parte vencida ha actuado de mala fe o con la intención, al menos con *dolus eventualis* de causar daños y perjuicios, en un afán de enriquecerse a costa de la parte perjudicada. Por lo anterior, el grado de culpabilidad de la parte demandada debe tomarse en cuenta al fijar los costos. En los casos ICC 7453<sup>98</sup>, ICC 8486<sup>99</sup> y ICC 10049<sup>100</sup>, los tribunales han condenado a costas tomando en cuenta la mala fe de la parte demandada. En el último caso que se refiere a un contrato *joint venture*, el tribunal arbitral condenó a la parte demandada a pagar la totalidad de los costos a la parte demandante. En el caso ICC 7453, el tribunal arbitral ha penalizado la mala fe o comportamiento no cooperativo de una parte que ha tratado con todos los medios de retrasar o desvirtuar el procedimiento arbitral.<sup>101</sup>

## XI. PRINCIPIOS DE VALORACIÓN

Aunque ni el estándar de valor justo de mercado ni el principio de reparación integral implican un método de valuación específico, sin embargo, hay ciertas preferencias. Los métodos aplicados para determinar los daños y perjuicios en caso de violación de un contrato son más bien orientados a los activos o los ingresos generados por un contrato, incluyendo los perjuicios como la pérdida de oportunidades, la pérdida de condiciones de crédito o de otros beneficios, si eso se requiere para restituir a la persona perjudicada en la posición que hubiera sido si la violación no hubiera ocurrido.

En caso de expropiación se debe determinar el valor de mercado del bien expropiado utilizando una valoración abstracta, normalmente de acuerdo con el método de valor justo de mercado.<sup>102</sup> El valor justo de mercado es lo que un comprador hipotético pagaría a un vendedor hipotético no relacio-

<sup>98</sup> ICC Arbitral Awards, vol. IV, pp. 94-111.

<sup>99</sup> *Ibidem*, pp. 321-333.

<sup>100</sup> ICC International Court of Arbitration Bulletin 18 (2007) 1, junio de 2003, p. 89.

<sup>101</sup> Cit. en Bernard Hanatiau, "The parties' cost of arbitration", en *Evaluation of Damages in International Arbitration*, cit., p. 221.

<sup>102</sup> Marboe, Irmgard, *op. cit.*, p. 38, para. 2.115.

nado en un mercado abierto y no restringido, lo que muchas veces es menor a la reparación integral.<sup>103</sup>

La distinción entre el valor justo de mercado y el estándar de compensación integral mencionado en el caso Chorzów ha sido subrayado, entre otros, en los casos *Amco v Indonesia (Amco II)*<sup>104</sup>, *S.D. Myers v Canada*<sup>105</sup> y *MTD v Chile*.<sup>106</sup> El Iran US Claims Tribunal aplicó diferentes métodos de valoración, aunque ocurrieron en el mismo procedimiento, dependiendo si se trataba de una expropiación, una violación al derecho internacional público o una violación contractual.<sup>107</sup>

La jurisprudencia y doctrina mexicana trata el tema de la valoración de daños y perjuicios todavía en forma muy incipiente. La cuantificación ha sido mencionada en la siguiente tesis, dejando la responsabilidad simplemente al juicio de peritos:

DAÑOS Y PERJUICIOS. INCIDENTE PREVISTO EN EL ARTÍCULO 129 DE LA LEY DE AMPARO. LA PRUEBA PERICIAL ES LA IDÓNEA PARA CALCULAR EL MONTO ECONÓMICO QUE DEJÓ DE PERCIBIR EL INCIDENTISTA (TERCERO PERJUDICADO), AL PROLONGARSE LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO POR NO TENER LA POSESIÓN DEL INMUEBLE CONTROVERTIDO. Es inconcuso que durante el lapso que se prolongó la suspensión del acto reclamado, el incidentista (tercero perjudicado) se encontró imposibilitado para solicitar a la autoridad responsable su ejecución, de lo que se sigue que la medida cautelar le impidió que tuviera la posesión del inmueble controvertido, para en el mundo fáctico, usarlo para sí mismo, arrendarlo, venderlo, etcétera. Ahora tal circunstancia pone de manifiesto la relación de causaefecto entre la paralización del estado de cosas y los daños y perjuicios que el incidentista adujo haber resentido; justamente, la consecuencia directa e inmediata de la falta de desocupación de la casahabitación, motivo de la litis constitucional, se puede medir a través de la estimación en valor económico, determinado con la aportación de expertos en el área inmobiliaria sobre el precio que el inmueble afectado alcanzara en caso de arrendamiento, atendiendo a sus características específicas, ubicación y demás particularidades; por ende, la ganancia lícita que dejó de percibirse, se traduce en el interés económico que conlleva la posesión de un inmueble el cual se ve reflejado,

<sup>103</sup> Marboe, Irmgard, *The Limits of "Fair Market Value"*, cit., p. 731.

<sup>104</sup> *Amco Asia Corp. v Indonesia (Amco II)*, laudo del 5 de junio de 1990, 1 ICSID Reports (1993) 569, para. 183.

<sup>105</sup> *S.D. Myers, Inc. v Canada*, segundo laudo parcial del 21 de octubre de 2002, para. 174, <http://www.naftaclaims.com>.

<sup>106</sup> *MTD Equity Sdn Bhd. and MTD Chile S.A. v Chile*, laudo del 25 de mayo de 2004, para. 94 ss.; [http://ita.law.uvic.ca/documents/MTD-Award\\_000.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/MTD-Award_000.pdf).

<sup>107</sup> Marboe, Irmgard, *op. cit.*, p. 118, para. 3.230, citando diversos casos.

por regla general, en la obtención de frutos civiles por su uso, siendo ésta la pérdida o menoscabo ocasionada precisamente por no disponer del mismo, durante el tiempo que duró suspendido el acto de autoridad. Luego, no debe llegarse al extremo de exigir una prueba directa de la concertación de un diverso negocio jurídico (de que una persona distinta estaba interesada en el alquiler) pues basta que se demuestre con la pericial idónea, que con motivo de la suspensión dejó de percibir una ganancia lícita, por carecer el tercero perjudicado de la libre disposición del bien raíz, pues con tal prueba técnica —con intervención del perito designado por el quejoso—, puede probarse el monto económico a que ascendió, como consecuencia directa de la medida cautelar, el perjuicio ocasionado al tercero perjudicado.<sup>108</sup>

## 2. *El estándar subjetivo y concreto en caso de violación de contratos*

En caso de violación de contratos, el método adecuado para determinar los daños y perjuicios causados es el método subjetivo o concreto, es decir, se toman en cuenta las circunstancias concretas del contrato para lograr la reparación integral del daño.

La valoración de los daños y perjuicios causados por una violación de un contrato debería realizarse de acuerdo con la pérdida actual y concreta aplicando el principio de reparación integral y que depende de los factores y parámetros decisivos que se desprenden de la naturaleza de la obligación violada.<sup>109</sup> El perjudicado debe ser restituido en la posición en la que hubiera estado si el contrato no se hubiera violado, lo que corresponde a la fórmula establecida en el caso *Chorzów* anteriormente citado. Tal método diferencial ha sido desarrollado por un jurista alemán a la mitad del siglo XIX,<sup>110</sup> calculándose los daños desde la perspectiva del individuo afectado y no desde la perspectiva de un hipotético comprador.

Como lo explica el tribunal arbitral en el caso de *Bridas v Turkmenistan*:

Daños contractuales reflejan el contexto contractual de las partes. Eso puede o no reflejar el valor de mercado cuando se pierde el negocio — el activo contractual —, ya que los términos de un contrato pueden dar a una parte más o, menos, que el mercado pagaría. Adicionalmente, una parte podría decidir por razones propias persistir en un contrato que directamente no maximiza-

<sup>108</sup> Tesis aislada, IV.1o.C.97 C, materia civil, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXX, julio de 1999, p. 1909.

<sup>109</sup> Marbe, Irmgard, *The Limits of "Fair Market Value"*, cit., p. 743.

<sup>110</sup> Mommsen, Friedrich, *Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, Schwetschke, 1855, [http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/"174199](http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/), p. 11.

ría el retorno sobre la inversión disponible, un componente crucial del valor justo de mercado.<sup>111</sup>

En caso de valoración subjetiva o concreta de los daños y perjuicios que resulten de la violación de un contrato a largo plazo, los métodos preferenciales son métodos que se refieren a los ingresos o los activos.<sup>112</sup>

### 3. *El valor justo de mercado*

Muchos acuerdos bilaterales de inversión se refieren al valor justo de mercado, tal como el artículo 1110, párrafo 2, del Tratado de Libre Comercio de América del Norte para el caso de una *expropiación*. Los Lineamientos del Banco Mundial sobre el Tratamiento de Inversiones Extranjeras Directas<sup>113</sup> se refieren a una compensación apropiada, misma que debe ser adecuada, efectiva y pronta. Se entiende por indemnización “adecuada” la que se basa en el valor justo del mercado inmediatamente antes de la expropiación.<sup>114</sup> De acuerdo con el Banco Mundial:

El valor justo de mercado será aceptable si es determinado por el Estado de acuerdo con criterios relacionados con el valor de mercado de una inversión, i.e. en un monto que un comprador interesado pagaría normalmente a un vendedor interesado después de haberse tomado en cuenta la naturaleza de la inversión, las circunstancias en las cuales operaría en el futuro y sus características específicas, incluyendo el periodo en el cual ha sido en existencia, la proporción de los activos tangibles en la inversión total y otros factores relevantes pertinentes a las circunstancias específicas en cada caso.<sup>115</sup>

El término “compensación” es más amplio que el término daños y se utiliza en el contexto de expropiaciones o actos de estado que no son ilegales

<sup>111</sup> Bidas SAPIC v Turkmenistan, laudo parcial del 25 de junio de 1999, en: Bishop, D, et al. *Foreign Investment Disputes. Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, 2005, p. 1270-1271, (traducción del autor).

<sup>112</sup> Marboe, Irmgard, *op. cit.*, p. 39, para. 2.118, así como Capítulo 5, Secciones B y C.

<sup>113</sup> World Bank, *Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, ILM, vol. 31, 1992, p. 1366, <http://ita.law.uvic.ca/documents/WorldBank.pdf>.

<sup>114</sup> Wöss, Herfried, *Indemnización*, p. 280.

<sup>115</sup> Lineamientos del Banco Mundial sobre el Tratamiento de Inversiones Extranjeras Directa, Capítulo IV, para. 5.

en el contexto de arbitrajes en materia de inversión.<sup>116</sup> De acuerdo con Dolzer, las normas sobre compensación para la expropiación son diferentes de las normas legales sobre daños por delitos o la violación de contratos.<sup>117</sup> La inferencia en derechos privados a través de actos de soberanos tiene consecuencias sustancialmente diferentes a la de la violación de normas legales.<sup>118</sup>

#### 4. *Métodos de valoración*

En general, se distinguen los siguientes métodos de valoración, mismos que se aplican independientemente de la aplicación de la determinación del principio de reparación integral o el valor justo de mercado: 1) métodos basados en la comparación de mercados o ventas; 2) métodos basados en los ingresos; 3) métodos basados en los activos o costos tales como el valor en libros, el valor de sustitución o el valor de liquidación.<sup>119</sup> Una explicación detallada de tales métodos es fuera del alcance de este artículo.

Sin embargo, a continuación se da situación de un negocio en marcha que se destruye por la violación de un contrato a largo plazo, y el rol de planes de negocios.

#### 5. *Negocio en marcha (“going concern”) y el método de flujo de efectivo descontado*

Un negocio en marcha puede ser afectado o destruido por una expropiación, cuasi expropiación o una violación contractual. En caso de la destrucción de un negocio en marcha se aplica normalmente el método de flujo de efectivo descontado que forma parte de los métodos basados en los ingresos.<sup>120</sup> El problema de tal método es la dificultad de anticipar ingresos futuros, lo que requiere la colección extensiva de información sobre la situación pasada, actual y futura de la empresa. Un método muy común es el método de proyecciones de ventas o el método “salvo que” en el cual se crea un modelo del rendimiento de la compañía con estimaciones de cre-

<sup>116</sup> Marboe, Irmgard, *op. cit.*, pp. 12-14, paras. 2.22 a 2.25.

<sup>117</sup> Dolzer, R., *Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht*, Springer, 1985, p. 182, cit. en Marboe, Irmgard, *op. cit.*, p. 14, para. 2.25.

<sup>118</sup> Bowett, David, *State Contracts with Aliens: Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach*, BYIL 59 (1988) 49, p. 61; Amerasighe, C. F., *Issues of Compensation for the taking of Alien Property in the Light of Recent Cases and Practices*, ICLQ 41 (1992) 22, p. 37-38, ambos citados en Marboe, Irmgard, *op. cit.*, p. 14, para. 2.25.

<sup>119</sup> Kantor, Mark, *op. cit.*, pp. 8 y ss.

<sup>120</sup> Wöss, Herfried, *op. cit.*, pp. 281-285.

cimiento y rentabilidad durante el periodo de perjuicio, sin considerar los efectos perniciosos.

Una vez determinados tales flujos, se tienen que descontar para obtener su valor presente. Para establecer la tasa de descuento se toman en cuenta diversos factores que determinen el riesgo con respecto a la realización de los ingresos futuros. Tales factores son las tasas sobre inversiones alternativas disponibles para potenciales compradores o inversionistas. A eso se agrega un premio para el riesgo. Los riesgos de empresas normalmente se dividen en riesgos sistemáticos y no sistemáticos. Los primeros son condiciones económicas, riesgos ambientales, el ambiente político, es decir acontecimientos que son iguales para todas las industrias. Los riesgos no sistemáticos o subjetivos son específicos para la industria como son el riesgo financiero de la empresa en particular, el riesgo gerencial, el riesgo de producto, ventas de producto y negocio.

Hay dos procedimientos típicos para construir la tasa de descuento: el procedimiento *built up* antes descrito, o el “Weighted Average Cost of Capital (WACC)” que está íntimamente conectado al “Capital Asset Pricing Model” (CAPM).<sup>121</sup> El procedimiento *built-up* inicia con la tasa *riskfree* que está basada en la tasa de los bonos de tesoro de los Estados Unidos, a lo que se agrega el riesgo sistemático tomando en cuenta el premio general para inversiones en acciones (*equity premium*), lo que resulta en la llamada *base rate*. No se considera el “beta”, es decir, el coeficiente para la industria en cuestión de modificar el premio general para inversiones en acciones del método *builtup*. El riesgo subjetivo o no sistemático es el componente que se agrega en caso de una inversión en una compañía en particular.

El método WACC ayuda a calcular el costo futuro de la compañía de tomar nueva deuda, así como el costo futuro de obtener contribuciones de capital y el costo promedio entre ambos. Tal método también inicia al identificar la tasa libre de riesgos y el premio de inversión en acciones. Sin embargo, el CAPM no admite el uso de un componente subjetivo de riesgo, sino ajusta el premio de inversión en acciones de la compañía en cuestión comparándolo con el mercado de acciones. Con este método se trata de aislar el riesgo atribuible a un negocio en particular, comparándolo con el mercado de acciones en general. Debido a que el CAPM se basa en datos de empresas públicas, su aplicación a compañías privadas no es tan fácil.<sup>122</sup>

Finalmente, debe calcularse el valor residual de la compañía descontado al valor presente y agregarse a los ingresos obtenidos de acuerdo con el método de flujos descontados.

<sup>121</sup> Kantor, Mark, *op. cit.*, pp. 131 y ss.

<sup>122</sup> *Ibidem*, pp. 159 y ss.

En el caso ICC 16835 la creación de una nueva *joint venture* por la demandada trajo consigo la destrucción paulatina de la JV. Se calcularon los daños y perjuicios por diferentes criterios tales como *damnum emergens* y *lucrum cessans*, así como el interés de expectativa tomando en cuenta la situación financiera de la empresa *joint venture* al violarse el contrato *joint venture* por la demandada y se acumuló el plan de negocios para el proyecto que se le dio a la nueva *joint venture* por la violación de la cláusula de no competencia y exclusividad del contrato. Todo esto da el mismo resultado, ya que responde a la pregunta “¿cómo estaría el JV si la violación no hubiera ocurrido?”.

#### 6. Planes de negocios aprobados por las partes

En caso de planes de negocios acordados por las partes se presume que todos los riesgos están contemplados. En particular, un buen plan de negocios contiene una evaluación de riesgos y un plan de manejo de riesgos.<sup>123</sup> Los planes de negocios normalmente contemplan los siguiente riesgos: (a) riesgo de mercado, (b) riesgos financieros, (c) riesgos operativos, (d) riesgos de negocios, (e) riesgos de transacciones, y (f) riesgos de manejo.<sup>124</sup>

Tribunales arbitrales otorgan a planes de negocios acordados entre las partes un peso particular y los consideran como evidencia irrefutable y no los someten a métodos como el “Capital Asset Pricing Method (CAPM)” y el “Weighted Average Cost of Capital” (WACC)<sup>125</sup> y menos aún cuando el proyecto ya se ejecutó y no hubo ningún riesgo adicional. En ese caso, aplicar el CAPM implicaría duplicar la tasa de descuento. Como lo confirmó el tribunal arbitral en el caso *Amco Asia Corp v Indonesia* si a la luz de la información disponible los niveles de ganancia pueden proyectarse con una alta probabilidad y certeza, no será necesario descontar los ingresos ocurridos desde la fecha de la violación del contrato y la fecha del laudo, es decir por el periodo anterior a la violación contractual.<sup>126</sup>

En el caso *Phillips Petroleum v Iran* el tribunal arbitral se refirió a estimaciones que las partes habían acordado originalmente cuando establecieron una compañía *joint venture* para la exploración y explotación de petróleo. Con

<sup>123</sup> [file:///localhost/Wikipedia/http://en.wikipedia.org/wiki:Content\\_of\\_a\\_business\\_plan\\_section\\_6](file:///localhost/Wikipedia/http://en.wikipedia.org/wiki:Content_of_a_business_plan_section_6).

<sup>124</sup> Ford, Brian R. *et al.*, *The Ernst & Young Business Plan Guide*, 3a. ed., 2007, pp. 58 y ss.

<sup>125</sup> Kantor, Mark, *op. cit.*, p. 172.

<sup>126</sup> *Amco v. Indonesia II*, cit. en Ripinsky y Williams, *op. cit.*, p. 298; [http://www.biicl.org/files/3936\\_1990\\_amco\\_v\\_indonesia.pdf](http://www.biicl.org/files/3936_1990_amco_v_indonesia.pdf), p.13.

respecto a la prognosis de los precios del petróleo, el tribunal se refirió a las estimaciones al momento de la expropiación:

“La historia, a la fecha, nos ha enseñado que las expectativas de precios en 1979 han sido sumamente infladas, sin embargo eso no lo hace ni equivocado ni injusto usar los niveles de precio esperados en la determinación del valor de la propiedad en 1979”.<sup>127</sup>

En el caso *CME v Czech Republic* el tribunal basó sus proyecciones en negociaciones entre la demandante y la compañía escandinava de televisión en conexión con la adquisición planeada que estaba confirmada por el uso de estudios de análisis financieros independientes así como prognosis económicos generales y otra información públicamente disponible. Un factor importante fue que tales prognosis resultaron correctos o conservadores al momento de rendirse el laudo.<sup>128</sup>

En *ADC v Hungary* el tribunal arbitral basó su laudo en un plan interno de negocios de la empresa que había discutido detenidamente y eventualmente aceptado por los dueños unos días antes de la expropiación. El tribunal arbitral explicó que el plan de negocio “constituye la mejor evidencia ante el Tribunal de las expectativas de las partes al momento de la expropiación del flujo esperado de efectivo”. El tribunal arbitral señaló:

506. Una de los principales críticas de la demandada concierne la dependencia de LECG del plan de negocios 2002 de la compañía de proyecto (sujeto a ajustes menores) como base para los cálculos DFC, incorporado en sus propios modelos (“el modelo LECG 2002”, “el modelo LECG 2004” y “el modelo LECG 2005”) ya que no proveería una base confiable para las proyecciones relacionadas con el comportamiento futuro de la compañía de proyecto para la determinación de los daños.

507. El Tribunal no está de acuerdo ya que el plan de negocios 2002 ha sido por ATAA en una carta del 11 de diciembre de 2001, unos días antes del otorgamiento del decreto que resolvió la expropiación a después de que cinco borradores habían sido discutidos con las accionistas de cuota. El plan de negocios 2002, por lo tanto, constituye la mejor evidencia ante el Tribu-

<sup>127</sup> Phillips Petroleum Company Iran v The Islamic Republic of Iran, The National Iran Oil Company, Case No. 39. Award No. 425-39-2. Iran-United States Claims Tribunal, traducción del autor.

<sup>128</sup> *CME Czech Republic B.V. v The Czech Republic*, laudo final sobre daños del 14 de marzo de 2003 (2006), 9 ICSID Reports 246, paras. 131, 162 y 163; [http://ita.law.uvic.ca/documents/CME-2003-Final\\_001.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/CME-2003-Final_001.pdf), traducción del autor.

nal de las expectativas de las partes al momento de la expropiación del flujo esperado de efectivo.<sup>129</sup>

En el caso *Aucoven*, la empresa demandó el otorgamiento de perjuicios con base en el plan económico y financiero incluido en el acuerdo de concesión para la construcción y el aprovechamiento de un puente durante 30 años utilizando el método de flujo de efectivo descontado.<sup>130</sup> Sin embargo, el tribunal arbitral no otorgó tales perjuicios debido a que el puente nunca se había construido, pero sí el *interés negativo*, es decir, la inversión perdida por Aucoven en el proyecto.<sup>131</sup>

En este sentido en el caso ICC 16835 se tomó por la demandante la tasa libre de riesgos al aplicarse el método de flujo de efectivo descontado alegando que hasta el inicio del arbitraje no se verificó ningún riesgo y las ventas, bajo el nuevo proyecto, en realidad eran mayores que los contempladas en el plan de negocios. En particular, tal tasa era la misma que la calculada por las partes en su plan de negocios para el nuevo proyecto. En particular, era de tal importancia que el plan de negocios ya contemplaba el financiamiento del proyecto, por lo que no había necesidad por parte de los socios de aportar capital adicional; ni de tomar el capital existente al momento de la violación.

Por lo tanto, los planes de negocios juegan un rol importante para comprobar los flujos que un proyecto va a generar en un futuro.

## XII. CONCLUSIONES

El derecho de daños y perjuicios bien desarrollado es un pilar importante en cualquier estado de derecho. La falta de tal derecho fomenta el incumplimiento y, por ende, la irresponsabilidad, causando un inmesurable daño a la economía y al sistema social de un país.

Un reclamo por daños y perjuicios por la violación de un contrato debe planearse y ejecutarse cuidadosamente. En particular, requiere de la familiarización de los abogados y expertos financieros con los principios de estructuración de tales reclamos y los métodos comúnmente aplicados y reconocidos por tribunales arbitrales. No se puede delegar esa tarea a los expertos aunque sean altamente calificados.

<sup>129</sup> ADC v Hungary, laudo del 2 de octubre de 2005, <http://icsid.worldbank.org>, traducción del autor.

<sup>130</sup> Aucoven, para. 335.

<sup>131</sup> Aucoven, para. 362.

Para presentar un reclamo exitoso por daños y perjuicios es importante contar con las habilidades y técnicas de persuasión que incluyen el arte de expresar situaciones complejas en términos sencillos y convincentes.

Los casos arbitrales en materia de inversión proveen excelentes ejemplos de cómo se presentan tales reclamos en la práctica y cuáles son los elementos y argumentos tomados en cuenta por tribunales arbitrales, mismos que han sido ampliamente comentados en este artículo.

El sistema mexicano de daños y perjuicios se deriva del derecho romano y no es esencialmente diferentes de los sistemas de otros países con derecho civil y aún del derecho angloamericano, por lo que los antecedentes en el arbitraje internacional son de suma relevancia para el desarrollo y la necesaria profundización de tal derecho en México.