

# Notas sobre la cuantificación de los daños y sus intereses en el arbitraje

Jhoel Chipana Catalán\*  
Malgorzata Judkiewicz\*\*

Recibido/Received: 21/07/2020  
Aceptado/Accepted: 16/09/2020

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. El camino natural. 3. Una alternativa eficiente. 4. Sobre el contenido del laudo. 5. Sobre la prueba pericial. 6. Sobre cómo abordar los resultados (disímiles) de la pericia. 7. Sobre los intereses. 8. Reflexiones finales.

**RESUMEN:** El resarcimiento por daños y perjuicios es, probablemente, la pretensión más solicitada en un arbitraje, pero también la más difícil de plantear. Las partes y los árbitros deben tener claro qué daños se pueden solicitar y en qué pruebas se van a sustentar. En este artículo, desde una perspectiva práctica, apoyada en importante casuística y doctrina, los autores desarrollan algunos temas relacionados con los daños que pueden presentarse a lo largo de un arbitraje y que deben tenerse en cuenta también a la hora de laudar. Importante es notar que, en el arbitraje internacional, donde se encuentran diferentes culturas y tradiciones jurídicas,

---

\* Socio de Chipana & Moreno Abogados. Árbitro y fundador de Arbitration 360°. Profesor de Derecho Civil y Arbitraje en la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho por la Escuela de Posgrado de la USMP. Correo electrónico: j.chipana@pucp.pe

\*\* Asociada en Osterling Abogados. Fundadora de Arbitration 360°. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (mediante revalidación del diploma otorgado por la Universidad Cardenal Stefan Wyszyński, Varsovia). Magíster en Resolución de Controversias Internacionales por el Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales (IHEID) y la Universidad de Ginebra (MIDS LLM). Correo electrónico: malgorzata.judkiewicz@mids.ch

J. CHIPANA CATALÁN & M. JUDKIEWICZ, “Notas sobre la cuantificación de los daños y sus intereses en el arbitraje”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 11, 2020, pp. 365-385.



varía la manera de abarcar cuestiones como el tipo de daños o de intereses, dependiendo de la sede arbitral o del lugar de ejecución del laudo. En ese sentido, este trabajo aborda brevemente los retos que pueden enfrentar las partes y los árbitros, y se exponen posibles soluciones.

**PALABRAS CLAVE:** arbitraje, cuantificación, daños, intereses.

### *Notes on quantification of damages and interest in arbitration*

**ABSTRACT:** Damages are probably the most often requested relief in arbitration, but also the most difficult to tackle. The parties and the arbitrators need to be clear about what kind of damages can be requested and what evidence will prove them. In this paper, the authors offer a practical perspective based on case law and literature, commenting on various issues related to damages that can arise during arbitral proceedings and should also be considered when issuing an award. In international arbitration, where different cultures and legal traditions are intertwined, there may exist different ways in which issues such as the type of damages or interest are tackled, depending on the arbitral seat or the place of enforcing the award. In that regard, this paper briefly addresses the challenges that the parties and the arbitrators may have to face and possible ways to overcome them.

**KEYWORDS:** arbitration, quantification, damages, interests.

## 1. INTRODUCCIÓN

Una de las pretensiones más solicitadas en materia de arbitraje recae sobre la figura de los daños. Ello, debido a una serie de factores, entre los que destaca el hecho de que quien

los solicita los necesita para continuar con sus inversiones y negocios, o simplemente pretende recuperar lo perdido.

La cuantificación de daños no siempre es un asunto simple y, en casos más complejos, tanto los abogados de parte como los árbitros (quienes usualmente son también abogados) podrían necesitar la ayuda de expertos con los aspectos económicos, financieros o contables.

Ante esto es aconsejable abordar, desde el principio, la teoría de los daños interrelacionándola con la teoría del caso<sup>1</sup>. Así, en la etapa de planeamiento del caso, se puede analizar qué tipo de daños se van a reclamar y qué tipo de pruebas se deben aportar para probar tales daños.

No obstante, el problema es mucho más complejo que ello, por lo que, a continuación, vamos a esbozar algunas ideas que creemos que se pueden tomar en cuenta para abordar esta materia.

## **2. EL CAMINO NATURAL**

Debemos reconocer que el esquema de análisis más usual para abordar este tema podría plantearse en el siguiente orden (esto, únicamente para abordar el tema de los daños):

- (i) En primer lugar, las partes preparan su caso, es decir, antes del inicio del arbitraje, se realiza un estudio sobre si existe, o no, un caso de responsabilidad.
- (ii) Posteriormente, si la respuesta es positiva, el siguiente paso sería el de analizar la existencia, o no, de medios probatorios que sustenten el daño alegado. Si estamos ante daños patrimoniales y no existe medio probatorio,

---

1. Traducción libre. A. M. ANDERSON & M. VATS-FOURNIER, "Don't Delay: Addressing Damages Early in International Arbitration", *Yearbook on International Arbitration*, No. 5, 2017, pp. 29-37.

es posible que no tenga sentido continuar por dicho camino, en vista de que la regla general reza que los daños patrimoniales son, de por sí, de probanza directa. Por otro lado, en caso de daños personales (en sus distintas voces, como el daño a la persona, el daño moral, el daño al proyecto de vida, entre otros), habrá que verificar qué tipo de daño es, en vista de que, por ejemplo, en los casos de daño moral algunos tribunales han acogido la teoría de la presunción, por lo que no exigen medio probatorio alguno para sustentar esa pretensión; pero en otros casos, como el daño a la persona, se exige la probanza a través de documentos médicos, por ejemplo.

- (iii) En tercer lugar, y luego de la probanza, corresponde cuantificar el daño. A primera vista podría parecer que, en el caso del daño patrimonial, la cuantificación no será difícil (aunque reconocemos que, en ocasiones, podría serlo con el lucro cesante). En el supuesto de la responsabilidad no patrimonial surgen otros problemas, ya que la propia naturaleza del daño hace que estimarlo en términos pecuniarios resulte un acto complejo y sobre el que existen muchas posiciones.
- (iv) Finalmente, y luego de este análisis, corresponderá que, una vez iniciado el arbitraje, el tribunal arbitral se pronuncie sobre la base de los petitorios, argumentos y pruebas que ofrezcan las partes. Es claro que existe la posibilidad, en este punto, que las partes y los árbitros decidan si se van a necesitar peritos y, en caso de que sí, de qué especialidad<sup>2</sup>. Ello, al margen de que en la etapa postulatoria cada parte haya ofrecido una pericia. En el arbitraje la costumbre es presentar un informe pericial adjuntándolo a la demanda (o contestación) como medio probatorio.

---

2. International Institute For Conflict Prevention & Resolution, *CPR Protocol on Determination of Damages in Arbitration*, <<https://bit.ly/2TQjg5n>> (01/11/2019).

El esquema citado resulta ser el más común. Sin embargo, y por un tema de estrategia procesal, el análisis se podría plantear de distinta forma y los temas a considerar podrían ser variados como a continuación lo expondremos.

### 3. UNA ALTERNATIVA EFICIENTE

Sin perjuicio del camino natural que hemos mencionado, se puede establecer, con acuerdo de las partes, que el procedimiento de fondo en torno a los daños se pueda bifurcar:

- (i) En relación a la determinación de responsabilidad; y,
- (ii) En torno a la cuantificación del daño<sup>3</sup>.

Ante este proceder, en primer orden se tendría que emitir un laudo parcial en torno a la determinación de responsabilidad. De esta forma, si el laudo parcial declara fundada la pretensión sobre la existencia de responsabilidad, se podría motivar a las partes a llegar a un acuerdo<sup>4</sup> o continuar con las actuaciones arbitrales a efectos de entrar a analizar el tema de la cuantificación del daño. Queda claro que, si el laudo parcial declara infundada la demanda, no tendrá sentido entrar al análisis del punto (ii).

Por otro lado, si en el laudo parcial se niega o se limita la responsabilidad del demandado, las partes pueden ahorrar o limitar los gastos relacionados con la preparación de sus argumentos sobre el *quantum* (piénsese, por ejemplo, en el ahorro para las partes de los honorarios por las pericias que tendrían que mandar a elaborar).

Lo señalado, como se aprecia, tiene una doble ventaja: es eficiente en términos de horas/hombre y permite un

---

3. L. GREENWOOD, "Does Bifurcation Really Promote Efficiency?", *Journal of International Arbitration*, No. 28(2), 2011, pp. 105-111.

4. M. N. KINNEAR, A. K. BJORKLUND & J.F.G HANNAFORD, *Investment Disputes Under NAFTA: An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11*, Kluwer Law International, 2006, pp. 1135-1139.

ahorro (por lo menos al inicio del proceso) de algunos gastos relacionados a la defensa del *quantum* del daño.

#### 4. SOBRE EL CONTENIDO DEL LAUDO

Por otro lado, la problemática de la cuantificación del daño no se agota en la etapa postulatoria, ya que luego, cuando debe ser emitido el laudo que contiene la orden del pago de un resarcimiento, los árbitros deben cautelar y cuidar que el mismo sea válido (es decir, velar porque no sea objeto de algún recurso de anulación que pueda ser declarado fundado) y que se pueda ejecutar.

Para cumplir con el objetivo de la emisión de un laudo “blindado”, los árbitros deben poner énfasis en algunos puntos, entre los que destacan:

- (i) No ordenar más de lo pedido (o menos de lo pedido, si se llega a probar la cuantía reclamada)<sup>5</sup>.
- (ii) No ordenar un tipo de daños no reconocido en el lugar del arbitraje o en el país de ejecución, como puede ser el caso de los famosos *punitive damages*, que en los sistemas del *civil law* se pueden considerar contrarios al orden público. En concordancia con lo indicado, se debe tener mucho cuidado, pues los daños que se otorgan tienen que encontrarse en línea de lo permitido por la ley aplicable al fondo de la disputa, de lo acordado y/o pedido por las partes, de la ley del lugar de arbitraje y del lugar de ejecución del laudo. En este punto, resulta valioso analizar bien la ley aplicable al fondo, la misma que usualmente está determinada por las partes en el contrato, pues ella

---

5. “El deber de arbitrar se limita a las controversias que estén amparadas por el acuerdo arbitral. En caso que una controversia no esté dentro del ámbito de aplicación del acuerdo arbitral, las partes no tienen la obligación de someterla a arbitraje ni el tribunal arbitral tendrá competencia para conocer de ello. En caso de hacerlo está en presencia de lo que se conoce en el argot arbitral como un laudo *extra petita* o *ultra petita*”. En F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Arbitraje. 5a. Ed., Editorial Porrúa, 2018, p. 989.

establece qué daños se pueden pedir e, incluso, si se pueden reducir (por ejemplo, por la falta de mitigación por quien los ha sufrido).

- (iii) En cuanto a los intereses, los árbitros deberían analizar qué intereses se pueden otorgar en el lugar de arbitraje o en el país de ejecución del laudo. Por ejemplo, si el laudo va a ejecutarse en un país que se rige por la ley de sharía, se debe tener en cuenta que allí no se admiten los intereses<sup>6</sup>, por lo que estos no pueden ser parte del laudo. Ante esto, la solución que se ha esbozado pasa por emitir un laudo parcial sobre los intereses, sin llamarlos así, o añadir los intereses al monto principal del daño sin mencionar que se trata de intereses<sup>7</sup>. En esta línea, es importante considerar siempre el tipo de intereses que se pueden pedir y los que se pueden otorgar, así como qué tasa le será aplicable, o si son montos simples o compuestos<sup>8</sup>, entre otros.
- (iv) Para que el laudo no cree problemas a la hora de su ejecución, los árbitros deben especificar en detalle el monto a cobrar e, incluso, es recomendable que se señale cómo calcular los intereses.

Ahora bien, en relación a lo acordado por las partes, el tribunal arbitral debe tener en cuenta, al momento de ordenar el pago del resarcimiento por daños, no solo las pretensiones sometidas a su consideración, sino también qué es lo que acordaron las partes en su relación contractual. Ello, debido a que existe la posibilidad de que, si bien no haya limitación legal alguna, sí se presente una limitación convencional

---

6. P. TURNER, *Finding your path: Arbitration, Sharia, and the Modern Middle East*, <<https://bit.ly/3eryQy2>> (03/11/2019).

7. Reconocemos que esta última opción puede ser cuestionable.

8. La diferencia entre interés simple e interés compuesto radica en que el primero es constante a lo largo de todo un periodo, es decir, el capital que lo genera no se ve modificado, razón por la cual el monto del interés sigue siendo el mismo. Sin embargo, en el caso de los intereses compuestos, se tiene que estos varían debido a que el interés ganado en un periodo se suma al capital y ese nuevo capital es el que genera un nuevo interés para un nuevo periodo cuyo monto es, naturalmente, superior al del periodo anterior.

como las denominadas cláusulas de limitación convencional de responsabilidad o, incluso, la existencia de supuestos de exclusión de cierto tipo de daños (el típico supuesto es el referido a la existencia de una cláusula penal por la que las partes han excluido los daños). Asimismo, es posible que las partes también hayan excluido los intereses o hayan establecido una tasa diferente a la fijada por ley (esto, cuando dicha ley lo permita).

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que ciertas estipulaciones del derecho aplicable al fondo (o lo que establecieron las partes en su contrato) pueden ir en contra del orden público en el lugar del arbitraje o en el lugar de ejecución del laudo. Por ejemplo, en la Unión Europea, el punto 32 del Preámbulo del Reglamento relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) prevé expresamente que:

[e]n particular, la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento que condujera a la asignación de daños e intereses ejemplares o punitivos de naturaleza excesiva, puede, según las circunstancias del caso y el ordenamiento jurídico del Estado miembro del órgano jurisdiccional competente, considerarse contraria al orden público del foro<sup>9</sup>.

En Francia, Alemania, Italia o Polonia, las cortes no han reconocido sentencias judiciales estadounidenses en cuanto a este tipo de daños, por lo que es de suponer que lo mismo podría pasar con los laudos<sup>10</sup>.

---

9. Reglamento (CE) No. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), <<https://bit.ly/3oW-sU4X>> (06/11/2019).

10. B. ZIEMBLICKI, “Klauzula porzdku publicznego ze szczególnym uwzględnieniem instytucji punitive damages” (La cláusula del orden público con el especial énfasis en la figura de punitive damages), en A. BATOR, J. HELIOS & W. JEDLECKA (Eds.), *Rządy prawa i europejska kultura prawna* (Estado de derecho y la cultura jurídica europea), Uniwersytet Wrocławski (Universidad de Wrocław), 2014.

Mención aparte merece el tema de los daños morales, pues hoy en día no existe una fórmula única para poder determinarlos, más aún si se tiene en cuenta la naturaleza de los mismos que hace que la cuantificación sea un serio problema que afrontar, no solo por las partes, sino también por los árbitros.

En el derecho internacional existe el principio general que el Estado responsable por un hecho internacionalmente ilícito está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado, el mismo que comprende todo daño, tanto material, como moral, causado por dicho hecho<sup>11</sup>. Se califica como hecho internacionalmente ilícito todo comportamiento consistente en una acción u omisión que **(i)** tiene que ser atribuible al Estado según el derecho internacional, y que **(ii)** tiene que constituir una violación de una obligación internacional del Estado<sup>12</sup>. Tales obligaciones se encuentran, por ejemplo, en tratados bilaterales de inversión (TBIs).

En la práctica del arbitraje de inversiones basados en tratados existen diversos casos<sup>13</sup> relacionados con los daños morales que pueden servir de ejemplo:

- (i)** En el caso Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) *Desert Line c. Yemen*, el demandante basó su reclamo por indemnización por el daño moral en el derecho internacional, alegando que sus ejecutivos habían sufrido el estrés y la ansiedad por haber sido acosados, amenazados y detenidos por el demandado y por unas tribus armadas; además, sostuvo que las acciones del Estado le supusieron un daño

---

11. Artículo 31 “Reparación” de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2001, Vol. 2, Segunda parte, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Parte 2).

12. *Ibidem*, Artículo 2.

13. J. WONG, *Haciendo un embrollo de daños morales*, <<https://bit.ly/329X7n3>> (02/11/2019).

reputacional significativo. El demandado consideró que la cuantificación de este daño realizada por el demandante era especulativa y basada en alegaciones sin fundamento, que no se había probado ningún daño reputacional y que los hechos mencionados no eran atribuibles al Estado. Como se fijó el Tribunal Arbitral, el demandado no cuestionó la posibilidad de otorgar indemnización por daños morales en el arbitraje CIADI. Los árbitros confirmaron esta posibilidad, inclusive en relación con el daño de una persona jurídica, aunque esta última bajo circunstancias específicas. Dado que, según el Tribunal Arbitral, el gobierno yemení obligó al inversionista extranjero a suscribir un acuerdo desfavorable y sus empleados fueron físicamente amenazados, arrestados y detenidos en el proceso, los daños en ese caso eran precedentes. Su cuantía, no obstante, fue mucho menor de lo reclamado con el Tribunal Arbitral basándose en “la información disponible y los principios generales”<sup>14</sup>, sin dar muchos detalles de cómo se habían calculado.

- (ii) En el caso CIADI entre *Lemire c. Ucrania*, se señaló que los daños morales son precedentes solo bajo circunstancias excepcionales, cuando (i) las acciones del Estado anfitrión involucran una afectación física, una detención ilegal u otra situación similar en la que los malos tratos contravienen las normas de actuación de las naciones civilizadas, (ii) las acciones del Estado producen un sufrimiento mental o una pérdida de reputación, y (iii) tanto la causa como el efecto son graves<sup>15</sup>. En ese caso el Tribunal Arbitral concluyó que los aspectos morales de los daños del señor Lemire fueron reparados por la indemnización otorgada, mientras que no se cumplieron

---

14. *Desert Line Projects LLC c. la República de Yemen*, Caso CIADI No. ARB/05/17, 06/02/2008, párr. 290.

15. *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18, 28/03/2011, párr. 333.

los requisitos excepcionales para otorgarle una indemnización por daños morales<sup>16</sup>.

Los casos descritos sirven de referencia en otros arbitrajes. Para mencionar algunos, tanto en *Tza Yap Shum c. Perú*, como en *OI European Group B.V. c. Venezuela*, los árbitros confirmaron la facultad de otorgar indemnización por daño moral, siempre que medien situaciones excepcionales<sup>17</sup>. En ambos casos los daños morales fueron denegados justamente por la inexistencia de estas circunstancias excepcionales.

Por otra parte, también se ha analizado que en el arbitraje internacional se presentan reclamos relativos a una empresa o proyecto donde existe poco o ningún registro de ganancias pasadas, debido a que recién se iniciaron actividades, razón por la cual no se tiene claro a cuánto ascienden los daños. El principio fundamental que rige la recuperación de la pérdida de beneficios es si se pueden establecer con una certeza razonable. Como alternativa, en lugar de rechazar la pretensión, los tribunales a veces otorgan al demandante el monto de su inversión o sus costos “hundidos” o “desperdiciados”. Empero, en el caso de las empresas nuevas, en ausencia de un historial operativo claramente establecido, ¿qué otra evidencia confiable podría revisar un experto? ¿Cómo puede el experto ayudar al tribunal a garantizar que un empresario no sea tratado injustamente? Aquí algunas ideas<sup>18</sup>:

(i) Evaluar si el demandante tiene experiencia con proyectos similares. Por ejemplo, si como resultado de una expropiación se paraliza el desarrollo planificado, la falta de un registro comercial para ese proyecto en particular podría ser menos crítica si el inversor puede

---

16. *Ibidem*, párr. 344.

17. *Tza Yap Shum c. Perú*, Caso CIADI No. ARB/07/6, 07/07/2011, párr. 281. El Tribunal Arbitral hace referencia al caso *Lemire; OI European Group B.V. c. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/11/25, 10/03/2015, párr. 906-910, en los que los árbitros se refieren a los casos *Desert Line y Lemire*.

18. A. CHARLTON, *On quantifying known unknowns*, <<https://bit.ly/2TN6STT>> (04/11/2019).

señalar el éxito pasado de otros proyectos similares. En el laudo del caso *Vivendi c. Argentina*, el Tribunal observó que un “historial comprobado de rentabilidad de las concesiones que él (u otros) había operado en circunstancias similares” podría constituir una prueba suficiente para que un demandante pueda demostrar la probabilidad de rentabilidad de una nueva inversión.

- (ii) Analizar si el demandante tiene un historial de producción de pronósticos precisos. Cuando el inversionista busca confiar en sus propios planes de negocios, previsiones, presupuestos, entre otros, como guía de lo que habría sucedido, y ante un caso de incumplimiento, esta evidencia puede ser más persuasiva si las proyecciones financieras previas para otros proyectos pueden mostrarse retrospectivamente.
- (iii) Considerar quién más ha confiado en los planes de negocios, proyecciones, entre otros del demandante. Ello, debido a que, en ausencia de un historial comercial real, se puede obtener cierta seguridad sobre la razonabilidad de los planes de negocios, presupuestos, pronósticos, entre otros, del demandante, al determinar si otros se han basado en ellos.

## 5. SOBRE LA PRUEBA PERICIAL

Dependiendo del tipo del daño solicitado, en el arbitraje han tomado especial importancia las pericias que cuantifican, por ejemplo, lucros cesantes. Ello, en vista de que para acreditar otros tipos de daños (como el daño emergente) no existe mayor controversia en torno a los medios probatorios que se tienen que actuar, razón por la cual en los últimos años ha cobrado especial relevancia el estudio de la prueba pericial debido a los distintos problemas que su actuación trae consigo.

Así, en el caso de las pruebas periciales, hay un abanico de posibilidades. Puede haber expertos designados por las partes, un perito designado conjuntamente por ambas partes o un perito designado por el tribunal (como perito único, o como perito adicional distinto a los peritos de las partes), pero es claro que cada una de estas alternativas tiene sus pros y sus contras. Por ejemplo:

- (i) En caso de peritos designados por las partes, se puede intentar cuestionar su independencia, ya que económicamente dependen de esas partes; o, incluso, su imparcialidad, ya que preparan su informe según la necesidad del cliente. En general, la posición de los peritos designados por las partes se sitúa entre la posición de los testigos y la de los abogados de parte<sup>19</sup>. Además, puede ser problemática la falta de coordinación entre estos expertos, sobre todo si presentan sus informes de forma simultánea o no hay correspondencia entre ellos, o si es que cada experto tuvo en cuenta diferentes hechos o escenarios<sup>20</sup>.
- (ii) En caso de un experto designado por ambas partes, se tiene que esta alternativa es de difícil ocurrencia, pues no es muy usual que las partes en disputa lleguen a un acuerdo en cuanto a elegir conjuntamente a un experto.

Si el perito es designado por el tribunal de forma adicional a los peritos que ya han sido designados por las partes, se tiene la desventaja de que ese nombramiento va a aumentar los costos y el tiempo que va a durar el arbitraje. Lo mismo ocurre en caso de aplicar el llamado protocolo de Sachs (*Sachs Protocol*) donde el tribunal tiene un *expert team* como su consejero pericial<sup>21</sup>.

---

19. M. E. SCHNEIDER, "Technical experts in international arbitration, introductory comments to the materials from arbitration practice", *ASA Bulletin*, No. 11(3), 1993, p. 447.

20. K. SACHS & N. SCHMIDT-AHRENDTS, "Protocol on Expert Teaming: A New Approach to Expert Evidence", *ICCA Congress Series 15, Arbitration Advocacy in Changing Times*, Wolters Kluwer, 2011, pp. 135-148.

21. Es un método propuesto por KLAUS SACHS que consiste en que cada parte presenta una lista de peritos preseleccionados y el tribunal arbitral nombra a un experto de cada lista, siempre que no

(iii) Si el tribunal arbitral nombra a un perito de oficio, sin que ninguna de las partes lo haya elegido, se podría cuestionar ese activismo del colegiado que va a resolver el caso, pues es posible argumentar que ese actuar está direccionado a la creación de un medio probatorio que ninguna parte ha presentado al caso. Por ello, según las Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional, el tribunal arbitral debería designar a uno o más peritos después de consultar a las partes<sup>22</sup>.

Sin perjuicio de los aspectos positivos o negativos de cada una de estas alternativas, resulta claro que, en la mayoría de los casos, los involucrados en el proceso van a tener que elegir una de estas opciones, pues es difícil imaginar la valoración de daños en disputas complicadas sin la intervención de peritos.

## 6. SOBRE CÓMO ABORDAR LOS RESULTADOS (DISÍMILES) DE LA PERICIA

Debemos partir de una premisa: las pericias, usualmente, van a ofrecer cálculos y resultados diferentes. Ante este hecho, el tribunal arbitral tiene varias opciones que pasamos a comentar:

(i) Puede solicitar una nueva pericia a cada parte (es decir, cada parte presentaría dos pericias: la que presentaron al inicio y la ordenada por el tribunal), pidiendo a los peritos que partan de los mismos supuestos. Por ejemplo, en el análisis de un lucro cesante, el perito del demandante, en base a los supuestos "A", "B" y "C" (que podrían ser, por

---

haya conflicto entre el perito preseleccionado y la otra parte. Así, se forma un *expert team* que funciona como un consejero pericial del tribunal. El equipo de expertos junto con los árbitros y las partes se reúnen para la elaboración del protocolo que equivale al acta de misión del *expert team*. Su rol es preparar un informe preliminar para los comentarios de las partes y luego un informe final. En la audiencia el *expert team* responde las preguntas de las partes, los expertos de partes y el tribunal. Ver: K. SACHS & N. SCHMIDT-AHRENDTS, N. 20.

22. Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional, Artículo 6(1), 29/05/2010.

ejemplo, las variantes más auspiciosas del desarrollo del negocio), calculó que el valor de los daños debería ser por lo menos de 100; mientras que el perito del demandado, basándose en los supuestos "X", "Y" y "Z" (que podrían ser, a su turno, las variantes más pesimistas para el desarrollo del mismo negocio), valoró los daños en máximo 50. Ante estos supuestos y montos disímiles, el colegiado arbitral puede instruir a los peritos para calcular daños teniendo como base los supuestos "A", "B" y "Z", ya que estos le resultaron más convincentes. También podría ocurrir que el tribunal parta de algunos de los supuestos ya indicados por las partes escogiendo, por ejemplo, "C" (del demandante), y "X" e "Y" (del demandado).

Sin embargo, la pregunta que surge de manera inmediata y natural por una de las partes en el caso anterior es hasta qué punto el tribunal puede influir en la labor de los peritos. Ello, considerando que el tribunal arbitral tiene que resolver un conflicto que es de las propias partes y no del tribunal, y, además, se debe considerar el hecho que ese proceder puede verse como una actuación que rompe con los principios de independencia e imparcialidad con los que todo tribunal debe actuar, debido a que escoge las variables más favorables a la posición de una de las partes.

- (ii) Otra solución es que el tribunal arbitral solicite a ambos peritos que preparen un informe de manera conjunta. En este supuesto, el alcance de la pericia también dependería de las indicaciones que debería dar el tribunal.
- (iii) También se puede considerar la idea de realizar una audiencia, donde se realicen preguntas y los expertos se turnen respondiéndolas.
- (iv) Otra alternativa, que desde nuestro punto de vista debería ser la regla, es que los peritos responden las mismas preguntas del tribunal y de las partes, con la posibilidad de confrontarse entre ellos (*hot-tubbing*, en inglés). Ese

método es una manera muy eficiente de llegar a la verdad si los árbitros lo gestionan de manera adecuada, debido a que en el debate se podría entender de mejor manera por qué es que una pericia difiere de la otra y, además, podría haber respuesta inmediata a las interrogantes que realicen no solo las partes, sino también los árbitros.

Sin perjuicio de estas alternativas (que se presentan en la práctica), es claro que siempre existe la posibilidad de que los árbitros se sientan suficientemente capaces para formar su propio juicio y calcular los daños en base a las opiniones de los peritos de parte. Al final, uno elige a su árbitro por las competencias y especialidades que posee, de ahí que se deba tener mucho cuidado con su elección, pues si la controversia pondrá fin a alguna pretensión relacionada con el otorgamiento de un resarcimiento por daños, lo mínimo que una parte deberá realizar es elegir a un árbitro con experiencia en materia de cuantificación.

Con todo, es claro que la solución va a depender de cada caso concreto y por eso es que no existe una regla general que ponga fin a este tipo de controversias. Sin embargo, podríamos intentar una lista de aspectos determinantes en la discusión de esta materia:

- (i) El nivel de especialización de los árbitros en este tema;
- (ii) El nivel de experiencia y credibilidad de los peritos que elaboran los informes;
- (iii) El nivel de concordancia que existe entre las pericias y otras pruebas;
- (iv) El respeto y la observancia de los códigos de ética o de buenas prácticas que obligan a los peritos que son miembros de ciertas asociaciones profesionales;
- (v) El comportamiento de las partes a lo largo del proceso en torno a cómo confrontan las pericias de su contraparte;

- (vi) Es importante que el experto sepa de qué habla y tenga claro cómo explicar sus cálculos y la data en la que se ha basado; y,
- (vii) Es fundamental que el perito no adopte la posición de abogado de parte y se le vea más objetivo y veraz.

Como se aprecia, el análisis de los cálculos disímiles es una tarea compleja, que está influenciada por una serie de factores.

## **7. SOBRE LOS INTERESES**

En los arbitrajes comerciales los reclamos sobre el pago de intereses son una cuestión de mucha importancia.

Como se sabe, el rol de los intereses es múltiple, pero se podría considerar que tiene dos finalidades prioritarias: (i) compensa a la parte a la que se le reconoce el pago del resarcimiento por el daño sufrido y la demora en recibir lo que le debía la otra parte; y, (ii) evita que la parte que pierde la disputa se enriquezca de forma indebida por el uso del dinero que ha tenido durante todo el tiempo transcurrido hasta antes de la ejecución del laudo.

Debe indicarse que, en ocasiones, los intereses suponen un desafío para el tribunal arbitral. En ese entender, es recomendable analizar este tema desde el inicio del proceso para saber las posturas de las partes. Para ello, los árbitros pueden invitarlas a desarrollar este asunto en sus escritos o en una audiencia especial.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que en algunos países los intereses se rigen por el derecho aplicable al fondo, mientras que en otros casos son una cuestión del procedimiento (forma). En cualquier caso, los árbitros deberían tener en cuenta los mismos puntos de referencia que se aplican a los daños: la ley aplicable al fondo de la disputa, la ley del lugar

de arbitraje y de la ejecución del laudo, lo acordado entre las partes en el respectivo contrato y lo que han pedido las partes en el proceso arbitral.

Sin perjuicio de ello, debe tenerse en cuenta que existen distintas posibilidades en torno al tratamiento de los intereses, pues puede que estemos ante alguna de las siguientes posibilidades:

- (i) Que el contrato establezca una tasa de interés que pueda aplicarse a determinado monto (por ejemplo, a los daños liquidados);
- (ii) Que en el contrato existan cláusulas que prohíban el pago de intereses; o,
- (iii) Que el contrato no diga nada sobre el pago de intereses.

Tema aparte es el relativo al tipo y la tasa de los intereses. Como se sabe, existen intereses simples y compuestos. Los últimos se pueden otorgar si no están prohibidos en el acuerdo de las partes, en la ley aplicable al fondo o en la *lex arbitri*. Cabe anotar que los intereses compuestos son cada vez más otorgados en arbitrajes internacionales. En caso de los arbitrajes de inversión, los intereses compuestos son aceptados de manera general para todo tipo de daños reclamados<sup>23</sup>.

De otro lado, la tasa de interés también debe ser considerada por el tribunal arbitral, pues puede que este tema haya sido acordado en el contrato suscrito por las partes o, en su defecto, se tenga que aplicar lo establecido en la ley. En defecto de ambos casos, será el tribunal arbitral quien tenga que establecer la tasa y para ello, en algunos casos, ha ocurrido que el colegiado se ha guiado por las tasas de intereses aplicables a los préstamos en el país donde se realizará el pago.

---

23. *Bear Creek Mining Corporation c. Perú*, Caso CIADI No. ARB/14/21, 30/11/2017, párr. 715. El Tribunal Arbitral enumera casi 20 casos de arbitraje de inversiones para respaldar su opinión en cuanto a los intereses compuestos.

Es importante mencionar que otro aspecto a analizar es el tratamiento de los intereses en la etapa correspondiente a antes de la emisión del laudo (pre-laudo), es decir, aquellos liquidados desde la fecha de ocurrencia del daño hasta la emisión del laudo; y los intereses post-laudo, o sea, los que se aplican sobre los daños más los intereses pre-laudo y los costos de arbitraje desde la fecha de la emisión del laudo hasta el momento de pago.<sup>24</sup> Ante esta realidad, en la práctica se tiene que existe un “periodo de gracia”<sup>25</sup> después de la emisión del laudo, por ejemplo, de dos a cuatro semanas, para que se pueda conseguir el dinero necesario y pagar lo que el laudo ordenó. En línea de esta práctica, se puede estipular que los intereses se aplicarán al periodo de gracia en caso de que no haya pago antes de que este termine. Finalmente, es claro que las tasas de intereses pre-laudo y post-laudo pueden ser diferentes y ello dependerá, fundamentalmente, del acuerdo de las partes.

Sobre lo último, distintas han sido las posiciones en torno a cómo debe abordarse este tema. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo de la India<sup>26</sup>, en el caso *Vedanta Limited c. Shenzhen Shandong Nuclear Power Construction Company Ltd.*, analizó el laudo arbitral que incluyó una tasa de interés dual: el 9% sobre el monto del laudo siempre y cuando el pago se realice entre el momento que media entre la emisión del laudo y 120 días posteriores; y, una tasa del 15% si lo ordenado en el laudo se ejecuta pasados los 120 días. El Tribunal Supremo rechazó la segunda tasa, fijando la tasa de todos los intereses post-laudo en el 9%, e indicó que los tribunales arbitrales deberían hacer uso de su facultad discrecional sobre los intereses de manera razonable. A propósito de ese análisis, dicho Tribunal Supremo

---

24. Ver, por ejemplo: J. DOW, “Interest”, en J. A. TRENOR (Ed.), *The Guide to Damages in International Arbitration*, Law Business Research Ltd., 2016.

25. Chartered Institute of Arbitrators, *International Arbitration Practice Guide. Drafting Arbitral Awards. Part II – Interest*, <<https://bit.ly/3oWXcEo>> (05/11/2019).

26. S. KALER & K. GANDHI, *India: Supreme Court guidance on interest in international commercial arbitrations*, <<https://bit.ly/383rXBM>> (09/11/2019).

estableció algunos factores que deben tenerse en cuenta al momento de otorgar intereses en los arbitrajes comerciales internacionales:

- (i) La “pérdida de uso” de la suma principal;
- (ii) Los tipos de sumas a las que debe aplicarse el interés;
- (iii) El lapso durante el cual se deben otorgar intereses;
- (iv) Las tasas de interés prevalecientes internacionalmente;
- (v) Si se aplicará una tasa de interés simple o compuesta;
- (vi) Si la tasa de interés otorgada es comercialmente prudente desde un punto de vista económico;
- (vii) Las tasas de inflación; y,
- (viii) Proporcionalidad del recuento adjudicado como intereses a las sumas principales adjudicadas;

Además, el Tribunal Supremo señaló que la tasa de interés sí debe ser compensatoria, ya que es una forma de reparación otorgada al titular del laudo, pero no debe ser de naturaleza punitiva, irresponsable o usurera. Estas consideraciones del Tribunal Supremo de la India son una perfecta guía para todos los árbitros que enfrenten la cuestión de los intereses.

## **8. REFLEXIONES FINALES**

La cuantificación del daño es uno de los temas que genera mayores corrientes de opinión. Dada la naturaleza de lo que está en disputa, así como las diversas opiniones, métodos, doctrinas y tesis que existen para cuantificar el daño, resulta importante estar ante el caso concreto para poder elegir qué método se va a usar.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que los temas que se relacionan a la cuantificación del daño no son pocos, pues estamos hablando de una serie de asuntos que también deben ser planteados por las partes y resueltos por el tribunal

arbitral. Este trabajo solo ha tenido como fin mencionar algunos aspectos que se tienen que considerar, pues es claro que el debate es mucho más amplio y ese análisis excedería el objetivo que en esta oportunidad queremos alcanzar.



PÉREZ  
BUSTAMANTE  
& PONCE

# PBP

**Entendemos los negocios,  
pensamos en el país,  
ideamos soluciones.**

Conozca nuestra  
**práctica de Arbitraje**

Escanee este código con la cámara de su celular



[www.pbplaw.com](http://www.pbplaw.com)

 Pérez Bustamante & Ponce (PBP)

 @pbplaw

**Quito**

Av. República de El Salvador N36-140  
Edificio Mansión Blanca  
PBX: 02 400 7800  
+593 2 382 7640 al 48

**Guayaquil**

Av. Francisco de Orellana.  
Edificio Las Cámaras,  
Torre B, oficina 904.  
+593 4 370 7960

