



Asamblea General

Distr. limitada
5 de julio de 2022
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
**Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de
Solución de Controversias entre Inversionistas
y Estados)**
43^{er} período de sesiones
Viena, 5 a 16 de septiembre de 2022

Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE)

Determinación de los daños y perjuicios y la indemnización

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción	3
II. Cálculo de los daños y perjuicios y determinación de la indemnización en el sistema de SCIE.	5
A. Régimen actual	5
1. Expropiación legal	5
2. Expropiación ilegal	6
3. Incumplimiento de otras obligaciones convencionales	6
4. Limitación de la indemnización por daños y perjuicios	7
B. Cuestiones fundamentales	7
1. Método de valoración.	7
2. Causalidad: imputación de las pérdidas sufridas por un inversionista al incumplimiento de un Estado	10
3. Carga de la prueba y nivel de prueba exigido	10
4. Condena al pago de intereses y forma de calcularlos	11
5. Función de los peritos	13
6. Otros factores que limitan el monto de la indemnización	13
C. Asuntos que podrían examinarse y posible labor al respecto.	15
1. Complejidad e incertidumbre de la práctica actual	15



2.	Indemnizaciones por montos elevados y aumento de las sumas reclamadas	16
3.	Formas de subsanar las discrepancias entre las pérdidas reclamadas y los daños y perjuicios concedidos, en particular las reclamaciones por sumas excesivas	17
4.	Diferencias en los daños y perjuicios calculados por los distintos peritos	18
D.	Relación con otras opciones de reforma	18

I. Introducción

1. En su 34º período de sesiones, celebrado en 2017, el Grupo de Trabajo examinó cuestiones relacionadas con la coherencia y la uniformidad de las decisiones de los tribunales de SCIE y observó que se habían dictado decisiones divergentes con respecto a la aplicación de principios jurídicos a la determinación de los daños y perjuicios y la indemnización ([A/CN.9/930/Add.1/Rev.1](#), párr. 30).
2. En su 37º período de sesiones, celebrado en 2019, se mencionó como motivo de preocupación el monto elevado de las indemnizaciones concedidas por los tribunales de SCIE, que podía menoscabar la capacidad de regulación de los Estados ([A/CN.9/970](#), párrs. 36 a 38).
3. En su 38º período de sesiones, celebrado en 2019, el Grupo de Trabajo solicitó a la Secretaría que estudiara la forma de emprender una posible labor sobre daños y perjuicios e indemnización ([A/CN.9/1004*](#), párr. 104). Se observó que, como parte de cualquier labor que se llevara a cabo sobre ese tema, sería necesario examinar detenidamente la etapa en que los tribunales de SCIE calculaban los daños y perjuicios y determinaban la indemnización, los requisitos exigidos en materia de prueba, las normas contables y financieras aplicables y su relación con la asignación de las costas ([A/CN.9/1004*](#), párr. 102). También se mencionaron las repercusiones que tendría la financiación aportada por terceros en el monto de la indemnización reclamada ([A/CN.9/1004*](#), párr. 80).
4. En las comunicaciones recibidas de los Gobiernos (“comunicaciones”) se señaló que la cuestión de la determinación de los daños y perjuicios y la indemnización constituía un motivo de preocupación y se hizo hincapié en la imprevisibilidad y la falta de uniformidad de los laudos en lo que se refería a los daños y perjuicios¹.
5. En una de las comunicaciones se mencionaron “las extraordinarias diferencias entre las sumas invertidas y las sumas otorgadas en concepto de indemnización”; se observó que los tribunales de SCIE “no tienen en cuenta en general los factores contextuales” y se subrayó que, como consecuencia de las elevadas sumas concedidas, podía producirse una “parálisis normativa”². En otra comunicación se señaló que los demandantes solían reclamar indemnizaciones desmedidas, “con la esperanza de que una cantidad menos exagerada, pero aun así infundada, parezca razonable en comparación”³. En esa comunicación se hizo referencia además a la gran brecha que existía entre las valoraciones de los daños y perjuicios realizadas por los demandantes y los demandados, y se exhortó a que se determinara un método de valoración claro para limitar el riesgo de que se cometieran abusos.
6. En la misma comunicación se destacó que en las directrices sobre indemnización se debería incluir “un mecanismo de control que fuera aplicable a las demandas, un método establecido para la valuación de las empresas de conformidad con las normas reconocidas internacionalmente en materia de presentación de información financiera (...) y un mecanismo para desestimar demandas infundadas en una etapa temprana”⁴.
7. En otra comunicación se sugirió que se formularan criterios objetivos y transparentes para determinar la indemnización y se destacó que era importante que el monto de la indemnización fuera proporcional al daño real sufrido⁵.

¹ En las siguientes comunicaciones se hizo referencia a los daños y perjuicios: Indonesia ([A/CN.9/WG.III/WP.156](#)), Unión Europea (UE) y sus Estados miembros ([A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1](#)), Colombia ([A/CN.9/WG.III/WP.173](#)), Ecuador ([A/CN.9/WG.III/WP.175](#)), Sudáfrica ([A/CN.9/WG.III/WP.176](#)), Chile, Israel, Japón, México y Perú ([A/CN.9/WG.III/WP.182](#)), Burkina Faso ([A/CN.9/WG.III/WP.199](#)).

² [A/CN.9/WG.III/WP.199](#), párrs. 7, 9 y 10.

³ [A/CN.9/WG.III/WP.156](#), párrs. 8 y 9.

⁴ *Ibid.*; [A/CN.9/WG.III/WP.176](#), párr. 73.

⁵ [A/CN.9/WG.III/WP.161](#), párr. 14; [A/CN.9/WG.III/WP.199](#), párr. 11.

8. Por lo tanto, en la presente nota se exponen cuestiones fundamentales que son pertinentes para el cálculo de los daños y perjuicios y la determinación de la indemnización en el marco de los tratados de inversión⁶, entre ellas los principios jurídicos y las metodologías aplicables, para que sean examinadas por el Grupo de Trabajo⁷.

9. Al igual que otros documentos preparados por el Grupo de Trabajo, la presente nota se elaboró sobre la base de información publicada con respecto al tema⁸ y en ella

⁶ Los términos “daño” e “indemnización” se utilizan en la presente nota de acuerdo con la terminología utilizada en el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, de 2001, con sus comentarios (proyecto de artículos de la CDI con comentarios), que puede consultarse en el [informe de la CDI sobre la labor realizada en su 53^{er} período de sesiones](#), y generalmente se refieren al “daño” en el sentido de perjuicio o pérdida y a la “indemnización” como un término genérico que abarca las sumas de dinero que deben pagarse a la parte afectada por el perjuicio sufrido por esta. El proyecto de artículos de la CDI se redactó en 2001 y fue elogiado recientemente por la Asamblea General en una resolución de 2019 (véase la resolución A/RES/74/180 de la Asamblea General, de 27 de diciembre de 2019, publicada en <https://undocs.org/es/A/RES/74/180>). El proyecto de artículos de la CDI no es vinculante para los Estados, pero es muy reconocido y ampliamente aplicado por los tribunales de SCIE.

⁷ Aunque en la presente nota se utilizan diversos términos, como principio y normas, no se emite opinión sobre si en realidad deben considerarse tales.

⁸ Por ejemplo, se tuvieron en cuenta los siguientes estudios, informes y otros antecedentes: C. L. Beharry, ed., *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration* (Leiden, Países Bajos, Brill, 2018); C. L. Beharry y E. Méndez Bräutigam, “Damages and Valuation in International Investment Arbitration” (Beharry y Bräutigam), publicado en *Handbook of International Investment Law and Policy*, J. Chaisse, L. Choukroune, S. Jusoh (eds.), (Springer Singapore, 2021); J. Bonnitcha, M. Langford, J. M. Álvarez Zárate, Daniel Behn, “Damages and ISDS Reform: Between Procedure and Substance”, 2021, *Journal of International Dispute Settlement*, 2021, 00, 1 a 34, <https://doi.org/10.1093/jnlids/idab034> (documento del Foro Académico); M. Hodgson, Y. Kryvoi, D. Hrcka, *2021 Empirical Study: Costs, Damage and Duration in Investor-State Arbitration* (junio de 2021) (estudio del British Institute of International and Comparative Law (BIICL)); J. Y. Gotanda, “Compound Interest in International Disputes”, vol. 34 (2002-2003), *Law & Policy in International Business*, pág. 394 (Gotanda); T. H. Hart y R. Vélez, “Study of Damage Awards in Investor-State Cases”, *Transnational Dispute Management* (enero de 2021), publicado en: <https://www.transnational-dispute-management.com/journal-advance-publication-article.asp?key=1870> (estudio de Hart y Vélez); International Institute for Sustainable Development (IISD) (por J. Bonnitcha y S. Brewin), *Best Practices Series: Compensation under Investment Treaties*, publicado en: <https://www.iisd.org/publications/iisd-best-practices-series-compensation-under-investment-treaties> (“IISD”); J.E. Kalicki, A. Joubin-Bret, “Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System”, *Nijhoff International Investment Law Series*, Band: 4 (BRILL, 2015); Kantor, “The Impact of Contributory Investor Conduct: Only with Difficulty Commensurable”, en M. Kinnear, G. R. Fischer *et al.*, *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, 2015 (Kantor); M. Kantor, *Valuation for Arbitration: Compensation Standards, Valuation Methods and Expert Evidence* (Kluwer Law International, 2008); R. Knieper, *Rethinking Investment Arbitration* (Munich, SchiedsVZ, 2015), págs. 25 a 32; I. Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, 2^a ed. (Oxford University Press, 2017) (Marboe, *Calculation*); I. Marboe, *Damages in Investor-State Arbitration: Current Issues and Challenges* (Leiden, Países Bajos, Brill, 2018), págs. 39 a 86 (Marboe, *Damages*); P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer, eds., *Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford, Oxford University Press, 2008) (“Schreuer”); OECD Working Papers on International Investment 2012/03, “Investor-state dispute settlement”, D. Gaukrodger y K. Gordon, publicado en http://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2012_3.pdf (documento de trabajo de la OCDE); PriceWaterhouseCoopers LLP (PWC), “International Arbitration damages research, Closing the gap between claimants and respondents” (estudio de PWC de 2015), publicado en <https://www.pwc.com/sg/en/publications/assets/international-arbitration-damages-research-2015.pdf>; PWC, “Dispute perspectives, Tribunals' conflicts of interest” (estudio de PWC de 2016), publicado en <https://www.pwc.co.uk/tax/assets/tribunals-conflicts-on-interest-new.pdf>; PWC, “PwC International Arbitration damages research, 2017 update” (estudio de PWC de 2017), publicado en <https://www.pwc.co.uk/forensic-services/assets/pwc-international-arbitration-damages-research-2017.pdf>; S. H. Reisberg y K. M. Pauley, “An Arbitrator's Authority to Award Interest on an Award Until 'Date of Payment': Problems and Limitations”, *International Arbitration Law Review*, núm. 1 (2013), pág. 25, publicado en <https://www.willkie.com/-/media/files/publications/2013/04/an-arbitrators-authority-to-award-interest-on->

no se expresa opinión alguna sobre las posibles opciones de reforma, ya que esa es una cuestión que le corresponde examinar al Grupo de Trabajo.

II. Cálculo de los daños y perjuicios y determinación de la indemnización en el sistema de SCIE

A. Régimen actual

10. Con el fin de atraer inversiones y contribuir a la previsibilidad y estabilidad del entorno jurídico, los tratados de inversión ofrecen protección a los inversionistas extranjeros mediante garantías y normas sustantivas que prevén, por ejemplo, la protección contra la expropiación, el trato justo y equitativo, la protección y seguridad plenas, la libertad de transferencia de fondos y la no discriminación. Los tratados de inversión también permiten a los inversionistas reclamar una indemnización en caso de incumplimiento de esas obligaciones mediante procesos de SCIE.

11. Si bien los tratados de inversión contienen normas de indemnización en caso de expropiación legal, las indemnizaciones por expropiación ilegal y por incumplimiento de otras obligaciones sustantivas se han basado normalmente en el principio de reparación íntegra consagrado en el derecho internacional consuetudinario⁹.

1. Expropiación legal

12. Por lo general, los tratados de inversión prevén la indemnización como una condición para que una expropiación sea legal, además de exigir que la expropiación se lleve a cabo de conformidad con las normas del debido proceso, con un fin de interés público y de manera no discriminatoria¹⁰. Generalmente establecen también que el monto de la indemnización deberá ser equivalente al valor normal de mercado que tenía la inversión expropiada antes de la expropiación (o antes de que se tuviera conocimiento de ella) y que la indemnización incluirá intereses¹¹, se otorgará sin demora y se pagará en moneda convertible o de libre uso¹².

[an_/files/anarbitratorauthoritytoawardpdf/fileattachment/an_arbitrator_authority_to_award.pdf](#); B. Sabahi, *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration: Principles and Practice* (Nueva York, Oxford University Press, 2011); K. Sachs y N. Schmidt-Ahrendts, “Protocol on Expert Teaming: A New Approach to Expert Evidence”, en *Arbitration Advocacy in Changing Times, ICCA Congress Series*, vol. 15, A. J. Berg, ed. (Kluwer Law International, 2011); Ratner, “Compensation for Expropriations in a World of Investment Treaties: Beyond the Lawful/Unlawful Distinction”, 111 *American Journal of International Law* 1 (2017), publicado en <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/compensation-for-expropriations-in-a-world-of-investment-treaties-beyond-the-lawfulunlawful-distinction/2F9D90327EC113E12FB7EDD415BBC935>; S. W. Schill, “Enhancing International Investment Law’s Legitimacy: Conceptual and Methodical Foundations of a New Public Law Approach”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 52, núm. 57 (2011-2012); M. W. Swinehart, “Reliability of Expert Evidence in International Disputes”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 38, núm. 2 (2017), pág. 287; UNCTAD *Series on Issues in International Investment Agreements II, Expropriation: A Sequel* (2013) (UNCTAD); 2013-02-19 J. M. Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration* (Kluwer Law International, 2012); A. C. Weber, C. A. Pascuzzo S. *et al.*, “Challenging the ‘Splitting the Baby’ Myth in International Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, vol. 31, núm. 6 (2014), pág. 720; Grupo del Banco Mundial, *Legal framework for the treatment of foreign investment (Vol. 2): Guidelines* (Washington) (Banco Mundial, Vol. 2), publicado en <http://documents.worldbank.org/curated/en/955221468766167766/Guidelines>.

⁹ Véase también el documento de trabajo de la OCDE, pág. 29.

¹⁰ Véanse, por ejemplo, el Tratado Bilateral de Inversión (TBI) entre el Japón y Marruecos (2020), art. 9, y el TBI entre el Brasil y la India (2020), art. 6.

¹¹ Por ejemplo, a una “tasa comercial normal” (TBI entre el Pakistán y el Reino Unido (1994), art. 5, párr. 1), o a una “tasa razonable desde el punto de vista comercial” (TBI entre los Estados Unidos de América y la República Popular del Congo (1990), art. III, párr. 1), hasta la fecha de pago (TBI entre Chile y la RAE de Hong Kong (China) (2016), art. 10; Acuerdo de Asociación Transpacífico (2016) (TPP), art. 9.8; Tratado sobre la Carta de la Energía (1994), art. 13).

¹² UNCTAD, pág. 40.

13. En algunos tratados de inversión se mencionan otros elementos¹³, como una indemnización justa y adecuada y factores contextuales¹⁴.

2. Expropiación ilegal

14. Los tratados de inversión no suelen contener una norma de indemnización para la expropiación ilegal. Algunos aducen que debería aplicarse la misma norma que rige en el caso de expropiación legal. Otros sostienen que debería aplicarse el principio de reparación íntegra¹⁵.

a) Principio de reparación íntegra

15. El principio de “reparación íntegra” se utilizó y describió por primera vez en una sentencia de 1928 de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en la causa *Factory at Chorzów*. La Corte decidió que la indemnización debía “borrar” las consecuencias del hecho ilícito del Estado¹⁶. Posteriormente, el principio se recogió en el artículo 31 del proyecto de la CDI, que obliga al Estado responsable a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito.

b) Restitución o indemnización

16. Para “borrar” las consecuencias de un hecho ilícito: i) hay que comparar la situación actual, posterior al hecho ilícito, con la situación que hipotéticamente existiría de no haberse producido el hecho ilícito, y ii) es necesario ofrecer una reparación eficaz. En la causa *Factory at Chorzów* se hizo hincapié en la primacía de la restitución en lugar de la indemnización, siempre que la restitución fuera factible¹⁷. En el artículo 34 del proyecto de la CDI se prevén tres formas de reparación: la restitución, la indemnización y la satisfacción¹⁸, y en el artículo 35 del mismo proyecto se contempla la indemnización únicamente en el caso de que la restitución sea imposible o desproporcionada. No obstante, la gran mayoría de los tribunales de SCIE han condenado al pago de daños y perjuicios pecuniarios, en lugar de otorgar la restitución.

3. Incumplimiento de otras obligaciones convencionales

17. En el caso de incumplimiento de otras obligaciones sustantivas, como el trato justo y equitativo o la norma de protección y seguridad plenas, y cuando los tratados no ofrecen ninguna orientación con respecto a la indemnización, generalmente los tribunales de SCIE también han aplicado el principio de reparación íntegra expresado en la causa *Factory at Chorzów* y los artículos del proyecto de la CDI relacionados con la indemnización. De acuerdo con el principio de reparación íntegra, se debe indemnizar a la parte perjudicada por las pérdidas efectivamente sufridas. Por lo general, los tribunales de SCIE también han aplicado el criterio del valor normal de mercado a

¹³ Por ejemplo, la determinación del valor normal de mercado puede incluir el valor de la empresa como negocio en marcha, el valor de los bienes, incluido el valor fiscal declarado de los bienes corporales, y otros criterios según corresponda (véanse, p. ej., el TBI entre Indonesia y Suiza (2022), art. 7, párr. 4, y el Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la UE y Singapur, art. 2, párr. 6).

¹⁴ La indemnización tiene que reflejar “un equilibrio equitativo entre el interés público y el interés de los afectados, a la luz de todas las circunstancias del caso y teniendo en cuenta el uso actual y anterior del bien, los antecedentes de la adquisición, el valor normal de mercado del bien, la finalidad de la expropiación, la cuantía de las ganancias anteriores obtenidas por el inversionista extranjero mediante la inversión, y la duración de la inversión (véase, p. ej., el Modelo de Tratado Bilateral de Inversión de la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo (SADC) (2012), art. 6.2; véase también el Acuerdo de Inversión para la Zona Común de Inversión del Mercado Común para África Oriental y Meridional (COMESA) y el Código Panafricano de Inversiones).

¹⁵ Beharry y Bräutigam, págs. 11 y 12.

¹⁶ *Factory at Chorzów, Germany v. Poland*, CPJI 1928 (ser. A), núm. 17 (13 de septiembre).

¹⁷ *Ibid.*, párr. 118.

¹⁸ En el art. 34 del proyecto de la CDI se prevé la “satisfacción” como una forma de reparación que, según el art. 37, párr. 2, puede consistir en “un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada”.

las expropiaciones indirectas o a los hechos de un Estado que equivalen a una expropiación.

4. Limitación de la indemnización por daños y perjuicios

18. La aplicación del criterio del valor normal de mercado se ha cuestionado en los siguientes casos: i) cuando el inversionista no ha sido privado totalmente y de manera permanente de la titularidad y el valor del bien; ii) cuando el inversionista ha seguido explotando su inversión, aunque con una rentabilidad reducida, y iii) cuando la capacidad del inversionista de utilizar o controlar el bien de manera provechosa no se ha visto menoscabada¹⁹.

19. En algunos tratados de inversión celebrados recientemente y en modelos de tratados se ha aplicado un criterio más minucioso y restrictivo con respecto a la indemnización por daños y perjuicios. En ellos se han incluido disposiciones sobre daños y perjuicios: i) que excluyen determinados tipos de daños y perjuicios, como los de carácter punitivo²⁰; ii) que fijan límites a la indemnización que puede concederse (por ejemplo, la indemnización no puede ser superior a la pérdida sufrida por el inversionista y se debe descontar de ella cualquier indemnización anterior)²¹; iii) que exigen que el incumplimiento tenga un nexo suficientemente estrecho con el perjuicio²², o iv) que prevén factores atenuantes para el cálculo de la indemnización²³.

B. Cuestiones fundamentales

1. Método de valoración

20. Existen diversos métodos para calcular el monto de la indemnización²⁴. Ni el derecho internacional consuetudinario ni los tratados de inversión exigen que se

¹⁹ Beharry y Bräutigam, págs. 14 y 15.

²⁰ Acuerdo Económico y Comercial Global entre el Canadá y la UE (CETA) (2016), art. 8.39, párr. 4; Modelo de TBI de los Países Bajos (2019), art. 22, párr. 4; Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la UE y Singapur (2018), art. 3.18; Modelo de TBI de la SADC, art. 29.19.

²¹ Véanse los siguientes instrumentos: Modelo de TBI de los Países Bajos (2019), art. 22, párr. 3; Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la UE y Singapur (2018), art. 3.18; Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la UE y Viet Nam (2019), art. 3.53; CETA, arts. 8.12, párr. 3, y 8.39, párr. 3; Modelo de TBI de la India (2015), art. 26.3; TBI entre la India y Kirguistán (2019), art. 23, párr. 3; TBI entre la India y Belarús (2018), art. 26.3; Modelo de Acuerdo del Canadá sobre Promoción y Protección de la Inversión Extranjera (2021), art. 40, párr. 5.

²² TPP, art. 9.29, párr. 4: “(...) los únicos daños y perjuicios que podrán reconocerse son los que el demandante haya probado que se produjeron mientras se trataba de realizar la inversión, siempre y cuando demuestre también que el incumplimiento fue la causa inmediata de esos daños y perjuicios. (...)”; Modelo de Acuerdo del Canadá sobre Promoción y Protección de la Inversión Extranjera (2021), art. 40, párr. 5.

²³ Véanse el Modelo de TBI de la India (2015), art. 26.3, y el TBI entre la India y Belarús (2018), art. 26.3.

²⁴ El uso de diferentes métodos de valoración podría dar lugar a resultados muy diferentes. Por ejemplo, tanto el caso *Tethyan Copper Company PTY Limited v. Islamic Republic of Pakistan* (caso núm. ARB/12/1 del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), laudo de fecha 12 de julio de 2019) como el caso *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru* (caso núm. ARB/14/21 del CIADI, laudo de fecha 30 de noviembre de 2019) se referían a proyectos de minería que estaban en la etapa de exploración y aprobación. En el caso *Tethyan Copper*, el Estado no emitió un contrato de minería que estaba obligado a emitir y, en el caso *Bear Creek*, el Estado revocó el permiso concedido al inversionista para construir una mina. Las minas no se habían construido en ninguno de los dos casos, de modo que las inversiones no eran negocios en marcha. Ambos tribunales de SCIE consideraron que se había producido una expropiación indirecta y que los daños y perjuicios debían reflejar el valor normal de mercado. En el caso *Tethyan Copper*, el tribunal realizó un análisis DCF y calculó la cantidad de cobre y oro del yacimiento que el inversionista iba a explotar, estimó el precio de mercado de esas minas por toda la vida útil de la mina y descontó los gastos probables en que el inversionista habría incurrido en la explotación de la mina a lo largo de la vida útil de esta, incluida una suma por los riesgos de explotación de la mina. El Pakistán fue condenado al pago de unos 4.000 millones de dólares de los EE.UU, más intereses y costas (los gastos efectivamente realizados por el inversionista habían sido de aproximadamente 200 millones de dólares). En el caso *Bear Creek* el tribunal no utilizó el

aplique un método de valoración en particular, y los tribunales de SCIE tienen normalmente la facultad discrecional de elegir alguno de los métodos propuestos por las partes.

21. La metodología utilizada por los tribunales de SCIE para determinar los daños y perjuicios puede clasificarse de manera amplia en métodos retrospectivos y prospectivos.

a) Método retrospectivo

Método basado en los bienes

22. El método basado en los bienes utiliza el valor contable o el valor de reposición de los bienes de que se trate. El valor contable es un método de contabilidad que tiene en cuenta el valor neto total del activo, una vez descontados la depreciación, la disminución del activo agotable y la amortización acumulados, menos el total del pasivo, mientras que el valor de reposición es la cantidad que tendría que pagar el inversionista para reemplazar el bien en cuestión.

Método histórico

23. El método histórico tiene en cuenta la suma invertida inicialmente por el inversionista antes del incumplimiento (también denominada costo no recuperable).

b) Método prospectivo

24. El método prospectivo trata de reflejar el rendimiento esperado de la inversión y predecir cómo habría evolucionado la inversión en el futuro de no haberse producido el hecho ilícito del Estado. Este método reconoce que el valor de una empresa se basa en su capacidad de generar ganancias. Los métodos basados en el mercado y en los ingresos son ejemplos del método prospectivo.

Método basado en el mercado

25. El método basado en el mercado compara el negocio objeto de la controversia con el valor de negocios similares en el mercado y determina lo que un comprador hipotético habría estado dispuesto a pagar por la inversión respectiva antes del hecho cometido por el Estado. Para aplicar este método hay que disponer de datos comparables (operaciones comparables o empresas comparables que coticen en bolsa). Sin embargo, esto puede plantear dificultades, ya que estas inversiones suelen ser de características únicas y no se dispone de datos comparables.

Método basado en los ingresos

26. El método basado en los ingresos convierte los beneficios económicos esperados en un valor actual, utilizando el método de flujo de efectivo descontado (DCF por sus siglas en inglés). Este método es, con creces, el más utilizado para calcular el valor actual de los flujos de efectivo esperados en lo sucesivo a fin de reflejar las ganancias o el rendimiento futuros. Para ello, estima las corrientes futuras de flujos de efectivo y después descuenta la cantidad aplicando un coeficiente que tiene en cuenta los riesgos y el transcurso del tiempo.

c) Elección del método de valoración

27. Al elegir el método de valoración, los tribunales de SCIE generalmente tienen en cuenta la empresa de que se trata o el sector de la economía en el que esta opera. Por ejemplo, el método basado en los bienes se ha considerado apropiado cuando el valor de la empresa se deriva en gran medida de su valor subyacente y no de sus ingresos

análisis DCF, sino que tuvo en cuenta los gastos efectivamente realizados por el inversionista, que habían sido de alrededor de 18 millones de dólares. Véase también Bonnitcha y Brewin, informe de política del IISD, "Las indemnizaciones en el marco de los tratados de inversión: ¿qué problemas existen y qué se puede hacer al respecto?", pág. 4.

netos. Además, depende de la información y las pruebas que aporten las partes²⁵. En la práctica, los tribunales de SCIE han utilizado con frecuencia una combinación de métodos de valoración.

28. El método que se adopte también puede depender de los resultados anteriores de una empresa y de si los insumos pueden determinarse de manera fiable. Cuando una empresa puede demostrar, con sus resultados anteriores, que tiene probabilidades de obtener ganancias en el futuro, tal vez corresponda adoptar un método prospectivo. En otros casos en que las inversiones no tienen una capacidad de generación de ingresos firmemente establecida y no hay antecedentes que demuestren su rentabilidad anterior, el método retrospectivo tiene la ventaja de ofrecer una mayor certeza.

d) Aplicación adecuada del método de flujo de efectivo descontado (DCF)

29. Con el método DCF se trata de estimar el valor de una empresa en función de su capacidad de generar ganancias en el futuro, que después se descuenta teniendo en cuenta el valor temporal del dinero y los riesgos. Por lo tanto, este método depende de los supuestos y la información sobre los gastos, las condiciones del mercado (que incluyen la inflación, las tasas de interés y los precios de las materias primas), los riesgos políticos y financieros (incluidos los del mercado del Estado anfitrión), las fuerzas de la competencia y las perspectivas del sector. Se ha cuestionado la aplicación del método DCF a los bienes no utilizados en la explotación, a las empresas con un historial de operaciones limitado y en los casos en que la información generada por el mercado es escasa (especialmente cuando la inversión es de características únicas)²⁶.

30. Las diferencias en los supuestos y las proyecciones futuras suelen dar lugar a valoraciones muy distintas, y las tasas de descuento que deberían aplicarse para tener en cuenta la incertidumbre y los riesgos futuros son un motivo importante de desacuerdo²⁷. Para pronosticar el rendimiento futuro de las inversiones, los tribunales de SCIE deben calcular diversas variables durante todo el período por el que se esperaba que la inversión creara un flujo de efectivo, incluidos todos los ingresos y gastos futuros, los gastos de capital y de explotación, las necesidades de capital adicional y otros elementos. Cuanto más largo es el período por el que se hacen las proyecciones, mayor es la dificultad para estimar correctamente esos valores y el riesgo de especulación.

31. Por consiguiente, tanto en los comentarios del proyecto de artículos de la CDI²⁸ como en las Directrices del Banco Mundial²⁹ se adopta un criterio cauteloso con respecto al método DCF.

32. A pesar de esas expresiones de cautela, el método DCF es el método de valoración más utilizado por los tribunales de SCIE. Según un estudio en el que se analizaron 95 laudos de acceso público, los tribunales arbitrales han recurrido de manera creciente al método basado en los ingresos, en particular al método DCF. Entre 2011 y 2015, ese método se utilizó en el 69 % de los casos en que se determinó la indemnización, frente a solo el 17 % de los casos anteriores a 2000. Esto ha traído aparejado un aumento en el monto de las indemnizaciones³⁰, que puede superar ampliamente la suma invertida por el inversionista.

²⁵ Véase Beharry y Bräutigam, pág. 17.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Véase el estudio de PWC de 2015, pág. 3.

²⁸ Comentario del art. 36 del proyecto de la CDI, párrs. 26 y 27.

²⁹ Grupo del Banco Mundial, vol. 2, párr. 42.

³⁰ Estudio de PWC de 2015, pág. 3. Véase también el estudio de Hart y Vélez (2021), págs. 47, 50 y 51, en el que no se analiza el uso del método DCF a lo largo del tiempo, sino que se calcula un promedio general. En consecuencia, el método DCF ha sido el utilizado con mayor frecuencia para determinar el monto de las indemnizaciones otorgadas, ya que se usó en el 30,3 % de los casos (gastos de la inversión en el 23,0 % de los casos, valor de mercado en el 5,7 % de los casos y lucro cesante en el 4,9 % de los casos).

e) Fecha de valoración

33. La elección de la fecha de valoración también puede repercutir considerablemente en el monto de la indemnización. En los casos de expropiación legal, la fecha de valoración suele ser la fecha de la expropiación o el día anterior a la fecha en que se haga pública la expropiación prevista, ya que el conocimiento público ejerce una influencia inmediata en el valor. En los casos de expropiación ilegal u otras formas de incumplimiento de obligaciones convencionales, existen generalmente dos fechas posibles de valoración que el tribunal podría considerar en función de las circunstancias del caso: i) la fecha del incumplimiento, y ii) la fecha del laudo definitivo³¹.

2. Causalidad: imputación de las pérdidas sufridas por un inversionista al incumplimiento de un Estado

34. Las pérdidas reclamadas por un inversionista tienen que ser imputables al hecho ilícito de un Estado para que puedan indemnizarse. Por lo general, en los tratados de inversión no se incluyen normas o pruebas adecuadas para demostrar la causalidad. Solo en unos pocos tratados se menciona la causalidad y se establece, por ejemplo, que los inversionistas podrán obtener una indemnización solo por las pérdidas que se hayan producido “por razón” o “como consecuencia de una medida estatal”³². En algunos figuran disposiciones más precisas en las que se exige “que la inversión, o el inversionista con respecto a su inversión, haya sufrido pérdidas reales y no especulativas como resultado del incumplimiento (...) (y) que esas pérdidas hayan sido previsibles y causadas directamente por el incumplimiento”³³.

35. En el artículo 31 del proyecto de la CDI se establece que el perjuicio debe ser “causado por” el hecho internacionalmente ilícito. Según el comentario, el nexo causal entre el incumplimiento de un acuerdo y la pérdida reclamada no debe ser demasiado especulativo, remoto ni incierto. Se utilizan numerosos términos para describir el nexo que debe existir entre el hecho ilícito y el perjuicio para que surja la obligación de reparar³⁴. Los términos que se utilizan generalmente son el carácter remoto, la relación directa, la proximidad y la previsibilidad. En el proyecto de artículos de la CDI no se expresa preferencia por una prueba jurídica específica de la causalidad³⁵, aunque se señala que el requisito del nexo causal no es necesariamente el mismo en relación con todas las violaciones de una obligación internacional³⁶.

3. Carga de la prueba y nivel de prueba exigido

36. Como principio de derecho generalmente aceptado, la parte que invoca un hecho tiene el deber de probarlo³⁷. Por consiguiente, en relación con los daños y perjuicios, el inversionista tiene generalmente la carga de la prueba en lo que respecta a la cuantía de la pérdida y el nexo causal, mientras que el Estado demandado tiene la carga de la prueba respecto de lo que invoque en su defensa, como las circunstancias que limitan la causalidad o la cuantía de la pérdida³⁸.

37. La mayoría de los reglamentos de arbitraje nada dicen con respecto al nivel de prueba exigido y normalmente conceden a los tribunales arbitrales un amplio margen de discrecionalidad para la valoración de la prueba. Por ejemplo, tanto el artículo 27,

³¹ No es habitual que se aplique la fecha del laudo. Normalmente solo se utiliza esa fecha cuando el valor del bien ha aumentado desde la fecha del incumplimiento debido a las fuerzas del mercado (p. ej., alza de los precios de los productos básicos) o a la conducta del Estado.

³² TBI entre el Canadá y Costa Rica (1998), art. XII, párr. 2; TBI entre China y Corea (2007), art. 9, párr. 1; Modelo de TBI de los EE.UU. (2004), art. 24, párr. 1; Acuerdo de Inversión para la Zona Común de Inversión del COMESA (2007), art. 28, párr. 1; CETA, art. 8.18; Modelo de Acuerdo del Canadá sobre Promoción y Protección de la Inversión Extranjera (2021), art. 40, párr. 5.

³³ Véase el modelo de TBI de la India (2003), art. 23, párr. 2.

³⁴ Comentario del art. 31 del proyecto de la CDI, párr. 10.

³⁵ Marboe, *Damages*, págs. 39 a 86.

³⁶ Véase la nota 34 *supra*.

³⁷ Véanse el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, art. 27, párr. 1, y las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2022, regla 36, párr. 2.

³⁸ Beharry y Bräutigam, pág. 7.

párrafo 4, del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, como el artículo 9, párrafo 1, de las Reglas de la International Bar Association (IBA), disponen que el tribunal arbitral determinará la admisibilidad, la pertinencia, la importancia y el peso de las pruebas presentadas. En la regla 36, párrafo 1, de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2022 también se establece que “el Tribunal determinará la admisibilidad y el valor probatorio de los medios de prueba invocados”.

38. En el artículo 36, párrafo 2, del proyecto de la CDI se aclara que la indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera que sea comprobado. En cuanto al lucro cesante, en los comentarios del proyecto de artículos de la CDI se indica que con frecuencia se ha otorgado una indemnización por pérdida de beneficios futuros previstos en los casos en que estos habían adquirido tales características que podían considerarse un interés legítimo jurídicamente protegido con un grado de certeza suficiente. En los comentarios se indica, además, que la probabilidad de obtener esos beneficios futuros debe demostrarse con pruebas suficientes, documentales o de otra índole, que pueden dimanar de pactos contractuales o de una larga serie de antecedentes de tratos comerciales³⁹.

4. **Condena al pago de intereses y forma de calcularlos**

39. Los intereses forman parte de la indemnización. Debido a la duración de los procesos de SCIE, los intereses pueden constituir una parte considerable de la indemnización total y, por lo tanto, tienen una importancia económica innegable⁴⁰.

40. Con los intereses se indemniza al demandante por la pérdida del uso de su dinero; se indemniza íntegramente al demandante al volver a colocarlo en la situación en la que se habría encontrado de no haberse producido el incumplimiento.

41. Sin embargo, el principio general de reparación íntegra no define todos los elementos necesarios para calcular los intereses, en particular la tasa de interés y si el interés debe o no ser compuesto, elementos ambos que influyen en el monto de los intereses que se condenará a pagar.

42. En algunos tratados de inversión se mencionan los intereses en el contexto de la expropiación y se indica que se debe aplicar una tasa de interés “razonable desde el punto de vista comercial” u otras variantes muy similares⁴¹ y que los intereses se devengan desde la fecha de expropiación hasta la fecha de pago. En algunos tratados se prevén los intereses como forma de indemnizar los daños y perjuicios resultantes de hechos distintos de la expropiación⁴². Sin embargo, los tratados no suelen prever la cuestión del interés simple frente al interés compuesto ni la frecuencia de acumulación o capitalización de los intereses.

43. El artículo 38 del proyecto de la CDI prevé la cuestión de los intereses, pero tampoco va más allá de su norma según la cual “la tasa de interés y el modo de cálculo se fijarán de manera que se alcance ese resultado”. En cuanto al período durante el cual se devengan intereses, en el artículo 38 se establece que “los intereses se devengarán desde la fecha en que debería haberse pagado la suma principal hasta la fecha en que se haya cumplido la obligación de pago”.

³⁹ Comentario del art. 36 del proyecto de la CDI, párr. 27.

⁴⁰ Los intereses constituyen, en promedio, el 24 % del valor de la indemnización otorgada y, en varios casos, el monto de los intereses concedidos ha superado incluso la cuantía de los daños y perjuicios. Véase el estudio de PWC de 2016, pág. 1.

⁴¹ Esas variantes son, entre otras, “una tasa comercial normal” (CETA, art. 8.12, párr. 3) y “una tasa determinada conforme a los criterios del mercado” (TBI entre el Brasil y la India de 2020, art. 6.2). En otros casos, los tratados contienen disposiciones detalladas que van más allá de prever simplemente “una tasa razonable desde el punto de vista comercial” (TBI entre Cabo Verde y Hungría de 2019, art. 6.3.)

⁴² Véase, p. ej., el TBI entre Cabo Verde y Hungría de 2019, art. 5.2.

a) Tasa de interés anterior al laudo

44. Una vez decidida la fecha de valoración, los tribunales arbitrales determinan la tasa de interés anterior al laudo. Los tribunales suelen aplicar la tasa interbancaria, ya que por lo general permite obtener resultados más objetivos y predecibles que una tasa basada en la solvencia de un determinado inversionista. Con frecuencia, los tribunales también aplican una prima adicional a la tasa interbancaria para reflejar el valor de mercado del dinero en una moneda determinada. Otras opciones con respecto a la tasa de interés aplicable pueden ser la tasa de interés de los depósitos bancarios, la tasa “sin riesgos”, el costo medio ponderado del capital, la tasa de retorno de la inversión establecida en el marco regulatorio, la tasa de costo de la deuda, el valor absoluto (p. ej., la tasa de interés legal) y la tasa de interés contractual, algunos de los cuales se utilizan muy raramente.

b) Interés posterior al laudo: tasas posiblemente más altas

45. El interés posterior al laudo se determina principalmente en función de tres factores: i) la conservación del valor normal de mercado de la indemnización concedida en el laudo; ii) la indemnización por los riesgos inherentes al cobro de la suma otorgada, incluido el riesgo de falta de pago, y iii) el deseo de desalentar la demora en el pago y el uso del laudo arbitral como una fuente de financiación barata.

46. Al determinar la tasa de interés posterior al laudo, los tribunales de SCIE han adoptado distintos criterios con respecto a la fecha en la que comienzan a correr los intereses después de dictado el laudo, la tasa de interés que debe aplicarse y el método de cálculo. Si bien los intereses posteriores al laudo suelen correr a partir de la fecha en que este se dicta, algunos tribunales han optado por conceder un plazo de gracia para que las partes puedan tomar las medidas internas necesarias para efectuar el pago. Además, algunos tribunales han optado por aplicar una tasa de interés más alta en el período posterior al laudo con el fin de desalentar la demora en el pago. Siguiendo el mismo razonamiento, algunos tribunales han optado por aplicar una tasa de interés compuesto solamente a los intereses posteriores al laudo, o reducir la frecuencia de capitalización de los intereses devengados con posterioridad al laudo⁴³.

c) Interés simple o compuesto

47. Otro aspecto del cálculo de los intereses es la elección entre interés simple o compuesto, así como la determinación de la frecuencia con que habrán de capitalizarse los intereses.

48. Ha habido una tendencia creciente de los tribunales arbitrales a condenar al pago de intereses compuestos⁴⁴. Según un estudio, la proporción de tribunales de SCIE que aplicaron un interés compuesto fue de 50 % antes de 2005, pero entre 2011 y 2015 subió a 87 %⁴⁵. Es principalmente la aplicación de un interés compuesto lo que da lugar a que se condene al pago de sumas muy elevadas en concepto de intereses, que pueden incluso superar el monto del capital⁴⁶.

49. En muchos ordenamientos jurídicos nacionales no se permite aplicar un interés compuesto, y en el comentario del artículo 38 del proyecto de la CDI se da a entender que, a menos que exista una razón imperiosa para condenar al pago de intereses compuestos, es más apropiado aplicar un interés simple⁴⁷. Los defensores del interés compuesto sostienen que los laudos deben reflejar la complejidad de las empresas que

⁴³ Beharry y Bräutigam, pág. 30.

⁴⁴ *Ibid.*, págs. 29 y 30.

⁴⁵ Estudio de PWC de 2016, pág. 2.

⁴⁶ Véase, por ejemplo, el caso *Compañía Del Desarrollo De Santa Elena, S.A. v. Costa Rica*: 4,15 millones de dólares de los EE.UU. en daños y perjuicios en concepto de capital, y 11,85 millones de dólares en concepto de intereses, calculados a una tasa de interés compuesto capitalizado semestralmente (en lugar de 5,7 millones de dólares si el tribunal hubiera aplicado una tasa de interés simple); véanse los párrs. 85 y 107; caso publicado en http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C152/DC539_En.pdf.

⁴⁷ Comentario del art. 38 del proyecto de la CDI, párrs. 8 a 12.

se dedican al comercio transnacional en los tiempos modernos. Además, afirman que corresponde aplicar el interés compuesto cuando el demandado, por no cumplir sus obligaciones puntualmente, hace incurrir al demandante en gastos financieros que incluyen intereses compuestos o lo obliga a renunciar a oportunidades que habrían tenido un efecto compuesto en su inversión.

50. En lo que respecta a la frecuencia de capitalización, los tribunales de SCIE suelen considerar que el período durante el cual corren los intereses es una cuestión distinta de la frecuencia con que se capitalizan. Por ejemplo, los tribunales pueden decidir ordenar que los intereses se capitalicen anualmente y se devenguen por un período de seis meses o, a la inversa, que los intereses se capitalicen cada seis meses y se devenguen durante un año. Los tribunales de SCIE han reducido la frecuencia de capitalización cuando la suma absoluta de intereses resultante era demasiado alta⁴⁸, mientras que otros tribunales han aumentado la frecuencia de capitalización debido al tiempo durante el cual el demandante no había recibido ninguna indemnización⁴⁹.

5. Función de los peritos

51. Con respecto a la cuantificación de la indemnización, las partes suelen recurrir a la ayuda de peritos. A menudo se requieren conocimientos especializados y técnicos para elegir y aplicar una metodología, así como para calcular la indemnización, especialmente cuando, debido al método de valoración elegido, es necesario disponer de información detallada sobre el sector o la práctica.

52. En varios reglamentos de arbitraje se prevé la participación de uno o más peritos en el proceso arbitral y se reconoce a los peritos designados por las partes y a los designados por el tribunal. El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI prevé expresamente las dos clases de peritos⁵⁰. En las Reglas de Arbitraje del CIADI se prevé que las partes puedan invocar la prueba aportada por un perito y que el tribunal pueda nombrar uno o más peritos independientes⁵¹. Aunque los tribunales de SCIE tienen la facultad discrecional de nombrar a sus propios peritos, rara vez lo hacen⁵².

53. En las Reglas de la IBA también se prevé la cuestión de los peritos designados por las partes y por el tribunal. En el artículo 5, párrafo 2 e), se establece que el dictamen pericial deberá contener “una descripción de los métodos, pruebas e información utilizados para llegar a tales conclusiones”, a fin de que la otra parte y el tribunal puedan evaluar el dictamen con conocimiento de causa. Además, en el dictamen pericial debe figurar una declaración acerca de la independencia del perito. El artículo 5, párrafo 4, de las Reglas de la IBA permite que el tribunal ordene a los peritos designados por las partes que hayan presentado dictámenes periciales sobre asuntos similares que se reúnan y deliberen acerca de esos asuntos, a fin de determinar los puntos sobre los que estén de acuerdo y aquellos sobre los que exista desacuerdo. De esa manera se puede abaratar el procedimiento, ya que los peritos de una misma disciplina pueden determinar con relativa rapidez a qué se deben las divergencias en sus conclusiones y encontrar los aspectos sobre los que pueden llegar a un acuerdo⁵³.

6. Otros factores que limitan el monto de la indemnización

54. Los Estados pueden esgrimir defensas para que no se considere que han incumplido una obligación convencional. Por ejemplo, el estado de necesidad se refiere a una situación en que la única forma de proteger un interés público o nacional esencial

⁴⁸ Estudio de PWC de 2016, pág. 5.

⁴⁹ Véase Gotanda, pág. 394.

⁵⁰ Véanse el art. 27, párr. 2, y el art. 29.

⁵¹ Véanse las reglas 38 y 39.

⁵² Sin embargo, el CIADI observó recientemente que cada vez se recurre más a peritos nombrados por los tribunales arbitrales.

⁵³ Comentario sobre la revisión de las Reglas de la IBA de 2010 sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, pág. 20.

amenazado por un peligro grave e inminente es adoptar medidas incompatibles con las obligaciones contraídas por los Estados en los tratados de inversión⁵⁴.

55. Puede haber casos en que, al calcular el monto de la indemnización, sea necesario tener en cuenta un acto o una omisión del inversionista, como se indica a continuación. Uno de ellos sería cuando el inversionista estuviese en falta y otro sería cuando el inversionista no hubiera tomado las medidas adecuadas para mitigar las pérdidas. Es posible que haya otros factores que limiten el monto de la indemnización⁵⁵.

a) Culpa concurrente

56. Aunque por lo general los tratados de inversión no contemplan esta cuestión, el monto de la indemnización puede reducirse si la propia conducta del reclamante contribuyó a la pérdida que este sufrió. Ello está en consonancia con el principio de que la parte perjudicada debe recibir una reparación íntegra, pero no superior al daño causado por la otra parte.

57. El concepto de culpa concurrente se refleja en el artículo 39 del proyecto de la CDI, según el cual “la contribución al perjuicio resultante de la acción o la omisión, intencional o negligente” de la parte perjudicada se tendrá en cuenta para determinar la reparación. El mismo principio se expresa en otros ámbitos del derecho (p. ej., en el art. 80 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (“CIM”) y en el art. 7.4.7 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (“Principios UNIDROIT”).

58. Los tribunales de SCIE han reconocido el concepto de culpa concurrente cuando conceden indemnizaciones⁵⁶. Puede haber culpa concurrente cuando se infringen normas del derecho interno del Estado⁵⁷ o cuando aumentan las pérdidas del inversionista, por ejemplo como resultado del riesgo empresarial⁵⁸. Por lo general, los tribunales tienen la facultad discrecional de determinar en qué medida la culpa concurrente del inversionista repercutirá en el monto de la indemnización⁵⁹.

b) Omisión del deber de mitigar las pérdidas

59. El principio de mitigación es la expresión del deber de la parte perjudicada de tomar medidas razonables para reducir la pérdida causada por la parte incumplidora. Si la parte perjudicada no lo hace, no podrá recuperar la parte de la pérdida que pueda imputarse al hecho de que no trató de mitigar los daños.

60. El principio de mitigación está ampliamente reconocido en distintos ámbitos del derecho, como puede verse en el artículo 77 de la CIM y en el artículo 7.4.8 de los Principios UNIDROIT. En una decisión sobre la recuperación del lucro cesante, el Consejo de Administración de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas (CINU) reconoció el deber del reclamante de mitigar las pérdidas siempre que fuera

⁵⁴ Beharry y Bräutigam, pág. 25; de acuerdo con el art. 27 del proyecto de la CDI, aunque el estado de necesidad excluye la ilicitud de la conducta del Estado, es posible que se conceda una indemnización. En varios tratados de inversión se prevé la posibilidad de invocar como defensa el estado de necesidad con el fin de justificar un incumplimiento.

⁵⁵ Otros factores que limitan la indemnización son los daños y perjuicios o la indemnización que hubiera recibido anteriormente el reclamante por la misma pérdida, y la restitución del bien o la revocación o modificación de la medida que dio lugar al incumplimiento.

⁵⁶ Véase *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, caso núm. ARB/01/7 del CIADI (*MTD v. Chile*); *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, caso núm. ARB/06/11 del CIADI (*Occidental v. Ecuador*); *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, CNUDMI, caso núm. 2005-04/AA227 de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) (*Yukos v. Russia*).

⁵⁷ Véanse los casos *Occidental v. Ecuador*; *Yukos v. Russia*; *Copper Mesa v. Ecuador*, *Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*, caso núm. 2012-2 de la CPA.

⁵⁸ Kantor, pág. 535; *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, caso núm. ARB/97/7 del CIADI.

⁵⁹ *Occidental v. Ecuador*; Kantor, pág. 540.

posible⁶⁰. En consecuencia, el reclamante no solo está autorizado, sino también obligado a tomar las medidas necesarias para mitigar la pérdida.

61. En el comentario del artículo 31 del proyecto de la CDI también se examina la cuestión de la mitigación del daño y se aclara que no se trata de una obligación legal que dé lugar a responsabilidad, sino que es la circunstancia de que la parte lesionada no mitigue el daño lo que puede obstar a la indemnización de la parte no mitigada del daño⁶¹.

62. Los tribunales de SCIE han aceptado el deber de mitigar y su efecto limitador de los daños y perjuicios indemnizables como un principio del derecho internacional. En cuanto al alcance del deber de mitigar los daños y perjuicios, los tribunales han sostenido sistemáticamente que la parte perjudicada debe cumplir con el deber de actuar con la máxima diligencia posible y tomar medidas razonables y prudentes para minimizar la pérdida⁶².

C. Asuntos que podrían examinarse y posible labor al respecto

63. El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si convendría emprender una labor que consistiera, por ejemplo, en lo siguiente: i) formular disposiciones pertinentes, posiblemente con efecto vinculante, sobre cuestiones de procedimiento relacionadas con la determinación de los daños y perjuicios y la indemnización, para incluirlas en los tratados de inversión, en los reglamentos de arbitraje o en un instrumento multilateral sobre la reforma procesal, y ii) elaborar directrices y normas sobre el tema para ofrecerlas a los tribunales de SCIE.

1. Complejidad e incertidumbre de la práctica actual

64. Como se indica en la sección B, la práctica actual en lo que respecta a la determinación de la indemnización tiene un alto grado de complejidad, y ello puede deberse en parte a la falta de regulación de los principales parámetros de cálculo de los daños y perjuicios, así como a las diferentes circunstancias de hecho. Esa complejidad contribuye a aumentar el costo de los procesos de SCIDE y puede repercutir negativamente en la exactitud⁶³, la coherencia⁶⁴ y la previsibilidad de los laudos relacionados con el cálculo de la indemnización⁶⁵.

Aspectos en los que podría trabajarse

65. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de redactar proyectos de disposiciones para incluirlas en los tratados, o formular directrices, con respecto a las cuestiones siguientes:

- la norma de indemnización, en particular para los casos de expropiación ilegal y los incumplimientos que no sean de carácter expropiatorio;
- el método de valoración (con la indicación de si el método DCF es apropiado y una referencia al uso de análisis de sensibilidad o hipótesis alternativas, entre otras cosas);
- la fecha de valoración;
- la conducta del reclamante, en la medida en que limite el monto de la indemnización;
- el nexo causal entre el incumplimiento y la pérdida;

⁶⁰ Decisión 15 del Consejo de Administración de la CINU de fecha 18 de diciembre de 1992.

⁶¹ Comentario del art. 31 del proyecto de la CDI, párr. 11.

⁶² Beharry y Bräutigam, pág. 24.

⁶³ Véase el documento del Foro Académico, sección 4.2.

⁶⁴ *Ibid.*, sección 4.1.

⁶⁵ Véanse, por ejemplo, IISD, pág. 30, y el estudio del BIICL, págs. 26 y 29.

- requisitos probatorios, incluido el nivel de prueba exigido;
- intereses anteriores y posteriores al laudo (la tasa de interés, el método de cálculo y la posibilidad de capitalizar los intereses);
- la admisibilidad de las solicitudes de que se aumente la indemnización otorgada para que cubra los impuestos que supuestamente tendrá que pagar el reclamante sobre la suma respectiva;
- la posible función de los organismos nacionales y del derecho interno en el cálculo de los daños y perjuicios;
- la función de los peritos en la determinación de los daños y perjuicios, incluidos los medios de nombramiento y el régimen deontológico aplicable a los peritos, y
- asignación de las costas teniendo en cuenta diversos factores, como el resultado del proceso, la conducta de las partes, la razonabilidad⁶⁶.

2. Indemnizaciones por montos elevados y aumento de las sumas reclamadas

66. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de examinar la cuestión del monto elevado y cada vez mayor de las indemnizaciones que reclaman los inversionistas en los procesos de SCIE y de las que efectivamente se otorgan.

67. Hasta agosto de 2019 se tenía conocimiento de que se habían dictado 44 laudos por un valor de 100 millones de dólares de los Estados Unidos o más, y nueve laudos por más de mil millones de dólares⁶⁷. A partir del primer caso, dirimido en 1981, el monto acumulado de las indemnizaciones otorgadas por daños y perjuicios tardó 21 años en alcanzar los 10.000 millones de dólares. En 2006, el monto acumulado se había duplicado, al llegar a los 20.000 millones de dólares, y cuatro años más tarde, en 2010, el monto se había vuelto a duplicar, al alcanzar los 40.000 millones de dólares⁶⁸.

68. Además, algunos autores han señalado que las indemnizaciones otorgadas suelen superar ampliamente los gastos realizados por los inversionistas en la inversión, y que al calcular la indemnización no se tiene en cuenta el beneficio de la inversión para el Estado anfitrión ni si el inversionista incurrió en alguna conducta indebida, como la violación de derechos humanos⁶⁹.

⁶⁶ Véase también [A/CN.9/WG.III/WP.219](#), sección C.

⁶⁷ Véase también IISD, pág. 29.

⁶⁸ En el estudio de Hart y Vélez, pág. 13, se concluye que el monto de los daños y perjuicios reclamados en los últimos años parece haberse estabilizado, aunque a un nivel elevado. En el documento del Foro Académico se mencionan diferentes datos y estudios, y todos ellos muestran un aumento considerable en las últimas décadas. Por ejemplo, según datos de la UNCTAD e ITALAW, el valor mediano de las indemnizaciones otorgadas fue de 2 millones de dólares de los EE.UU. entre 1990 y 1999; de 16,7 millones de dólares entre 2000 y 2009 y de 32,9 millones de dólares entre 2010 y 2019; véase la sección 2.2. Según la Base de Datos sobre Arbitrajes en materia de Inversiones de PluriCourts (PITAD), el valor mediano de las indemnizaciones otorgadas ascendió a 4,2 millones de dólares entre 1980 y 1999; a 21,3 millones de dólares entre 2000 y 2009 y a 27,8 millones de dólares entre 2010 y 2019; véase la sección 2.3. La cifra mediana no es el promedio de todas las indemnizaciones otorgadas, sino un valor medio en el que no influyen las indemnizaciones otorgadas por montos muy bajos ni por sumas extremadamente altas.

⁶⁹ El Modelo de Acuerdo de Inversión de los Países Bajos (2019) establece en su artículo 23 que los tribunales arbitrales, al decidir el monto de la indemnización, pueden tener en cuenta si el inversionista no cumplió los compromisos asumidos por él de acuerdo con los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos y de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales; véase también C. Baltag (editor), "Human Rights and Environmental Disputes in International Arbitration", *Kluwer Arbitration Blog*, 24 de julio de 2018, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/07/24/humanrights-and-environmental-disputes-in-international-arbitration/>.

Aspectos en los que podría trabajarse

69. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de redactar proyectos de disposiciones para incluirlas en los tratados, o formular directrices que debieran seguir los tribunales de SCIE, con respecto a las cuestiones siguientes:

- el uso de métodos de valoración, en particular la tasa de descuento que correspondería aplicar a los cálculos realizados con el método DCF y al cálculo de intereses;
- la fijación de un límite máximo a la indemnización, por ejemplo, que no pueda superar la suma realmente invertida por el inversionista, y
- factores contextuales, como la capacidad del Estado anfitrión de pagar las indemnizaciones otorgadas, el posible “efecto paralizante” de un laudo para el Estado demandado y los beneficios de la inversión para el logro de los objetivos de desarrollo sostenible del Estado⁷⁰.

3. Formas de subsanar las discrepancias entre las pérdidas reclamadas y los daños y perjuicios concedidos, en particular las reclamaciones por sumas excesivas

70. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la cuestión de las diferencias considerables existentes entre la cuantía de las indemnizaciones reclamadas y la de las indemnizaciones efectivamente concedidas.

71. En un estudio se calculó que las reclamaciones ascendían en promedio a 910,6 millones de dólares de los Estados Unidos, mientras que el valor medio de las indemnizaciones concedidas era de 298,3 millones de dólares⁷¹. En consecuencia, los inversionistas reclaman, en promedio, el triple de la suma que efectivamente se les otorga. Según otro estudio, tras excluir tres casos atípicos, el monto medio reclamado fue de 275,3 millones de dólares, mientras que la indemnización media concedida fue de 55,2 millones de dólares⁷². De acuerdo con esos datos, los inversionistas reclaman, en promedio, cifras cinco veces superiores a las sumas que efectivamente se les concede.

Efecto de anclaje y asignación de las costas

72. Se discutió el llamado “efecto de anclaje” como causa posible del aumento de los laudos que otorgaban sumas muy elevadas en concepto de daños y perjuicios⁷³. Al respecto, se observó que los inversionistas solían presentar reclamaciones exageradas como táctica legal, con el fin de generar un posible sesgo cognitivo de los tribunales cuando se utilizaban reclamaciones exageradas como base para el cálculo de la indemnización⁷⁴.

73. El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la posibilidad de utilizar la asignación de las costas como forma de desalentar la práctica de exagerar la cuantía de los daños y perjuicios reclamados (véase A/CN.9/WG.III/WP.219). Por ejemplo, se podría condenar

⁷⁰ IISD, pág. 31. Véase también M. Paparinskis, “A Case Against Crippling Compensation in International Law of State Responsibility”, *The Modern Law Review*, vol. 83, núm. 6 (noviembre de 2020).

⁷¹ Estudio de Hart y Vélez, pág. 7. En el estudio del BIICL se llegó a la conclusión de que, cuando se comparaba la cuantía de los daños y perjuicios reclamados con el monto de la indemnización concedida, se observaba un leve aumento en el monto de esta última en relación con la suma reclamada, que había pasado de un porcentaje mediano del 29 % antes de junio de 2017 al 36 % en los últimos tres años; pág. 28.

⁷² Un estudio en el que se analizaron 241 laudos reveló que se habían otorgado indemnizaciones por daños y perjuicios por un total de casi 71.910 millones de dólares de los EE.UU. en respuesta a reclamaciones por más de 219.000 millones de dólares, lo que indica que la indemnización media concedida fue del 32,8 % del monto de la reclamación. Sin embargo, el monto medio de las indemnizaciones otorgadas fue de 298,3 millones de dólares, mientras que las sumas reclamadas ascendieron en promedio a 910,6 millones de dólares. Véase el estudio de Hart y Vélez, pág. 7.

⁷³ Véase Swinehart, pág. 310.

⁷⁴ A/CN.9/WG.III/WP.156, párrs. 8 y 9.

al demandante al pago de una porción mayor de las costas si los daños y perjuicios reclamados superaran la pérdida real en un porcentaje determinado⁷⁵.

4. Diferencias en los daños y perjuicios calculados por los distintos peritos

74. Otra causa de la discrepancia entre el cálculo de los daños y perjuicios reclamados y la indemnización concedida puede ser la amplia divergencia en la cuantía de las indemnizaciones presentadas por los peritos designados por las partes⁷⁶.

75. Un estudio reveló que esas divergencias en los resultados presentados por los peritos se debían en parte a que los peritos recibían instrucciones de los abogados y respondían a preguntas diferentes que posiblemente se basaban en distintos supuestos de hecho o de derecho, y a que trataban las cuestiones de hecho de manera diferente porque realmente tenían opiniones divergentes. La calidad no se mencionó como un motivo de preocupación frecuente⁷⁷.

Aspectos en los que podría trabajarse

76. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de emprender una labor de redacción de proyectos de disposiciones para incluirlas en los tratados, o de formulación de directrices⁷⁸, con respecto al nombramiento de peritos para que ayuden a los tribunales arbitrales a calcular los daños y perjuicios. Esa labor podría fomentar una mayor imparcialidad e independencia de los peritos en relación con los daños y perjuicios. También podría reducir el costo total de los procesos, que en parte se debe al costo cada vez más alto de los peritos.

77. Como alternativa, podrían elaborarse directrices para los peritos designados por las partes, con los fines siguientes:

- garantizar que los peritos trabajen conforme a un conjunto armonizado y claramente definido de instrucciones basadas en supuestos similares;
- exigir que se presenten otros cálculos en caso de desacuerdo sobre los hechos y los enfoques jurídicos;
- exigir que los peritos emitan una declaración conjunta en la que expliquen las diferencias cuando las conclusiones de los dictámenes periciales difieran, y
- instar a los peritos designados por las partes a trabajar en equipo para emitir un dictamen conjunto, y facultar a los tribunales para que dirijan a los peritos.

D. Relación con otras opciones de reforma

78. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar que el tema de los daños y perjuicios y la indemnización está estrechamente relacionado con las siguientes opciones de reforma:

- desestimación temprana de las demandas especulativas, infundadas y exageradas (A/CN.9/WG.III/WP.219);

⁷⁵ IISD, pág. 25; véase el Modelo Colombiano de Acuerdo Bilateral de Inversiones (2017), pág. 23, que establece que, si la cifra identificada por el demandante excede el monto probado en el proceso en un 50 % o más, el tribunal condenará en costas al demandante (a favor del demandado) por el 15 % de dicha diferencia.

⁷⁶ Estudio de PWC de 2015, pág. 2: el monto cuantificado por los peritos de los demandados fue, en promedio, un 13 % del monto cuantificado por los peritos de los demandantes; véase también Beharry, págs. 3 a 8.

⁷⁷ *Ibid.*, págs. 2 y 5.

⁷⁸ Podrían resultar de utilidad para esa labor algunos instrumentos ya existentes, como el protocolo sobre determinación de los daños y perjuicios en el arbitraje (Protocol on Determination of Damages in Arbitration) del International Committee on Arbitration del International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR).

- regulación de la financiación aportada por terceros para evitar que se reclamen indemnizaciones por montos elevados (A/CN.9/WG.III/WP.219);
 - creación de mecanismos de apelación y de un mecanismo multilateral permanente con el fin de garantizar que se dicten decisiones correctas desde el punto de vista procesal y sustantivo y se rectifiquen los errores que puedan haberse cometido en las decisiones de los tribunales de SCIE (A/CN.9/WG.III/WP.185);
 - medios de hacer frente a la parálisis normativa, y
 - formas de regular la cuestión de los procesos múltiples, en particular los que se refieran a reclamaciones de accionistas y pérdidas reflejas (A/CN.9/WG.III/WP.170 y A/CN.9/WG.III/WP.193).
-