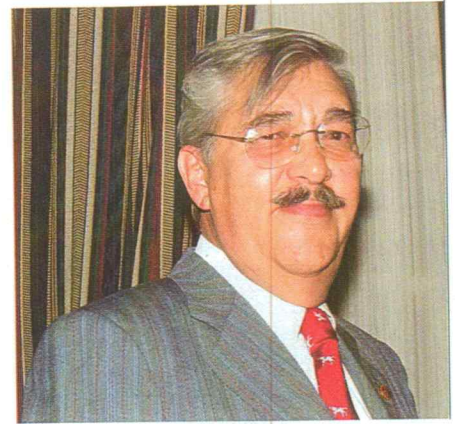


Montos de indemnizaciones en arbitraje inversionista v. Estado: ¿De qué color pinta el verde?

Por: Ignacio Gómez-Palacio



■ Sin tomar en cuenta los casos extremos, el promedio del monto por indemnizaciones es de poco más de 25 millones de dólares.

Este artículo se centra en los números, es decir, los montos que han sido otorgados por los tribunales arbitrales; sin embargo, vale la pena empezar con algunas reflexiones básicas sobre la indemnización para el inversionista o, lo que es lo mismo, la sanción impuesta al Estado, objetivo principal de la reclamación y lo que pone a prueba el sistema.

La primera reflexión consiste en observar que la determinación de los daños pasados, presentes y futuros que sufrió, sufre y sufrirá el inversionista extranjero toma su fundamento en valuaciones y estudios económicos, mismos que analizan y utilizan los juristas litigantes y árbitros, con limitaciones en materia económica. Independientemente de la experiencia que éstos tengan sobre el tema puede afirmarse que, en general, carecen de la preparación económica requerida.

Son muchos los temas de relevancia en la materia de daños e indemnización.¹ La experiencia arbitral –que se ha desarrollado de manera exponencial durante las dos últimas décadas–, refleja, por lo que toca al concepto básico de reparación del daño, fundamentalmente los siguientes tópicos: métodos de valuación, métodos de prueba, carga de la prueba, *damnum emergens*, *lucrum cessans*, expectativa legítima, elementos que reducen y elementos que incrementan el monto de la indemnización; así como el caso de incumplimiento de contrato y la causación.



¹ En la jerga del derecho internacional, en idioma inglés, los términos daños e indemnización se traducen como *damages* y *compensation*. Los términos mencionados en muchas ocasiones se utilizan como sinónimos, por lo que debe cuidarse el lector de habla hispana cuando utilice los términos "daños" e "indemnización" como conceptos diferentes.



Montos por concepto de indemnización

La gran mayoría de las indemnizaciones han sido otorgadas en dólares americanos, por lo que, salvo mención expresa -en general de nota de pie de página-, el análisis y comparación que aquí se realiza se hace en dicha moneda.²

El monto total al que han sido condenados los Estados, hasta febrero de 2007, suma la cantidad de US\$2,660 millones³, lo que da un promedio de US\$76 millones con respecto a los 35 casos en que tal condena se ha dado.

Exceptuando los cuatro casos de montos indemnizatorios excepcionalmente altos, el monto de condena arroja un promedio de US\$22.2 millones. Si se eliminan del promedio los cuatro casos de montos excepcionalmente bajos, el promedio es de: US\$85.7 millones. Descartando ambos; es decir, los cuatro más altos y los cuatro más bajos, el promedio es de US\$25.3 millones.

Mayores indemnizaciones otorgadas por los tribunales arbitralista v. Estado:

| | |
|--|-------------------|
| Ceskoslovenska Obchodni Banka, a.s. v. República de Eslovaquia | US\$1,050,000,000 |
| Himpurna California Energy, Ltd. v. Indonesia | US\$391,711,652 |
| CME Czech Republic B.V v. República Checa | US\$350,758,000 |
| Gobierno de Kuwait v. American Independent Oil Company | US\$179,750,764 |

¹ En la jerga del derecho internacional, en idioma inglés, los términos daños e indemnización se traducen como damages y compensation. Los términos mencionados en muchas ocasiones se utilizan como sinónimos, por lo que debe cuidarse el lector de habla hispana cuando utilice los términos "daños" e "indemnización" como conceptos diferentes.

² Fuente: Tabla preparada por Gus van Harten (abril de 2006), actualizada por Thomas Wälde y B. Sabahi en febrero de 2007. www.transnational-dispute-management.com

³ La cantidad exacta es: US\$2'660,776,739. Monto que no toma en consideración los siguientes casos: (i) Biedermann International v. Kazahastan, no publicado; (ii) Lemire v. Ucrania, transigido; (iii) Saar Papier Vertriebs GmbH v. Alemania con un laudo por 1,200,000; (iv) Vivendi v. Argentina, en el que esta última fue condenada a pagar US\$105,000,000, conforme laudo de 20 de agosto de 2007; y (v) Autopista Concesionada de Venezuela v. Venezuela, cantidad en bolívares, Benvenuti & Bonfant v. Congo en CFAs (francos congolese) y , debido a lo reducido de los montos y la dificultad de precisión cambiaria: Bogdanov v. Moldavia en leis rumanos. Las condenas en los casos de Maffezini v. España en pesetas 57,641,265 (convertidos en US\$322,504) y de Iurii Bogdanov v. Moldavia en 25,457 (convertidos en US\$31,681.23) fueron tomadas en cuenta.

Menores indemnizaciones otorgadas por los tribunales arbitrales inversionista v. Estado:

| | |
|--|----------------------------|
| Pope & Talbot Inc. v. Canadá | US\$462,000 |
| Asian Agricultural Products Ltd. v. República de Sri Lanka | US\$514,720 |
| Fedax N.V. v. República Bolivariana de Venezuela | US\$810,345 |
| Petrobart Limited v. República de Kirguiz | US\$1,414,000 ⁴ |

Cabe añadir que Estados Unidos no ha sido condenado, y que México ha sido condenado en tres ocasiones, por los siguientes montos: Metalclad Corp. 16,685,000; Marvin Roy Feldman Karpa 1,700,000; y Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A.⁴ 7,072,000;⁵ que juntos suman US\$25,457,000 (promedian: 8,485,666.67).

Por último, de los 35 casos de Estados condenados⁵, sólo dos (España y Canadá) no son países de economías emergentes. Entre estos procesos se encuentran varios Estados latinoamericanos (Argentina, Chile, Ecuador, Venezuela y México), europeos orientales (Hungría, Letonia, Moldavia, Polonia, República Checa), ex miembros de las URSS (Kazakhstan, Federación Rusa) y africanos (Congo).

Una vez aclarada la condena de pago de indemnizaciones el tema salta a cuánto es lo que efectivamente han pagado los Estados condenados a los inversionistas extranjeros demandantes, y los mecanismos y vías que se siguen para lograr el cobro; sin embargo, esto es materia para otro número. ■

⁴ Cabe hacer mención al caso de Benvenuti & Bonfant v. República del Congo en el que se condenó al Estado al pago de \$323,179,189 francos congolese y US\$15,000.

⁵ No se toma en cuenta el caso de Lemire v. Ucrania, que fue objeto de transacción.

