

Contribución The Brattle Group (José Antonio García)

Cálculo de intereses en el contexto de daños.

1. En términos generales, los Tribunales tienen la discreción para decidir la tasa de interés pre-laudo adecuada. Durante el período que transcurre desde que se produce un daño hasta que un tribunal decide sobre un laudo, la capacidad de pago de la parte demandada siempre puede haberse deteriorado. A la hora de determinar la tasa de interés pre-laudo es necesario determinar cuál de las dos partes implicadas debería soportar el riesgo de impago: la parte demandante, la parte demandada o ambas. En el extremo inferior del rango posible de tasas de interés pre-laudo, el tribunal puede considerar que la empresa demandante debe aceptar sin compensación todo el riesgo de insolvencia de la parte demandada durante el proceso legal. Bajo este supuesto legal la tasa de interés pre-laudo debería compensar a la empresa demandante solamente por el valor temporal del dinero. La tasa de interés pre-laudo vendría definida, por tanto, por la tasa de interés libre de riesgo a corto plazo, que los economistas habitualmente miden con referencia a la tasa de retorno sobre los bonos del gobierno de Estados Unidos a corto plazo.

2. Alternativamente, el Tribunal podría considerar que la empresa demandante debería ser compensada por soportar el riesgo de insolvencia de la demandada desde el momento de la infracción hasta la fecha del laudo. Este método de estimar la tasa de interés pre-laudo es comúnmente conocido como el modelo de “préstamo implícito” (o “coerced loan”, en terminología anglosajona), porque trata a la empresa demandante como una fuente involuntaria de financiación de la demandada. 1. En el caso que la parte demanda fuera un estado, el riesgo fundamental al que se enfrenta la demandante sería el riesgo de incumplimiento de pago por parte de dicho estado. El monto que los inversionistas requieren para compensar el riesgo de prestarle dinero a un estado puede medirse con base en la prima de riesgo que los prestamistas cobran sobre la deuda soberana de dicho estado.

2. Si la parte demanda fuera un empresa, los intereses pueden estimarse con referencia, si éste existiera, con base al coste de la deuda emitida por la empresa demanda.

Bajo ambas opciones, el tipo de interés de mercado sería claramente superior a la tasa de interés libre de riesgo.

3. Una tercera alternativa se basa en el coste de la deuda de la empresa demandante. Esta alternativa solo respetaría el principio de alinear riesgos y retornos si: 1) la demandante tuvo que obtener financiación adicional de un tercero para financiar los sobre-costos, o 2) tuvo que tomar prestado para reemplazar los ingresos no recibidos si estos eran necesarios para acometer una inversión rentable. Para utilizar este enfoque sería necesario aportar evidencia documental de que estas circunstancias aplican.

4. En el extremo superior del rango de posibles intereses pre-laudo está el enfoque basado en el coste de oportunidad del dinero de la empresa demandante (WACC). Según esta teoría

el tipo de interés pre-laudo sería equivalente a la rentabilidad “perdida” que la compañía perjudicada podría haber obtenido al invertir su dinero en un proyecto beneficioso, en ausencia de haberse producido la infracción. De acuerdo con esta teoría, la empresa INTERNA demandante podría reclamar rentabilidades muy superiores a las obtenidas por los tres modelos. De manera implícita este modelo asume que cualquier beneficio que la empresa demandante hubiera obtenido habría sido reinvertido para obtener un rendimiento comparable al negocio que estaba desarrollando asumiendo el riesgo de dicha actividad. En un caso de reclamación de daños, es evidente que estos fondos no se invirtieron en proyectos de riesgo y no estaban disponibles para ser invertidos en dichos proyectos, por lo que el interés aplicable a los daños tendría que estar de acuerdo al tipo de interés obtenido a través de cuentas de ahorros o de bonos.

El principal punto débil que se cita habitualmente de la teoría basada en los costes de oportunidad (WACC) para estimar los tipos de interés pre-laudo es que no tiene en cuenta que invertir conlleva un riesgo, y que la cantidad demandada nunca se ha invertido (por no tener acceso a los fondos), y por tanto no ha incurrido ningún riesgo. El universo de potenciales proyectos de inversión incluye proyectos potencialmente beneficiosos y proyectos que podrían generar pérdidas. Si se hubiese invertido la cantidad demandada, el inversionista hubiera podido perder dinero. El enfoque basado en los costes de oportunidad acaba premiando al demandante por un riesgo en que nunca ha incurrido. En este sentido, suponer un tipo de interés algo sobre flujos sin riesgo conduciría a un windfall (interés pre-laudo excesivo).

Algunos artículos que pueden resultar interesantes:

- <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-damages-in-international-arbitration/4th-edition/article/pre-award-interest>
- <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2706&context=ilj>
- https://www.brattle.com/wp-content/uploads/2017/10/7746_a_subject_of_interest_-_pre-award_interest_rates_in_international_arbitration.pdf