



Asamblea General

Distr. limitada
24 de junio de 2025
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)**
52º período de sesiones
Viena, 22 a 26 de septiembre de 2025

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

Proyecto de directrices sobre el cálculo de daños y perjuicios y la determinación de la indemnización en la solución de controversias entre inversionistas y Estados

Nota de la Secretaría

1. En sus deliberaciones anteriores, el Grupo de Trabajo señaló varios motivos de preocupación, como la falta de uniformidad y previsibilidad en los laudos sobre daños y perjuicios¹; las elevadas cuantías de la indemnización otorgada por los tribunales que entienden en la solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE) de modo que afectaban a la capacidad de los Estados de regular y proporcionar bienes y servicios públicos²; la complejidad en el cálculo de los daños y perjuicios, lo que contribuía a que aumentaran los costos y las demoras³, y las extraordinarias diferencias entre las sumas invertidas y las sumas otorgadas en concepto de indemnización⁴.

2. En el 38º período de sesiones, celebrado en octubre de 2019, se solicitó a la secretaría que considerara la forma en que podría emprenderse una labor sobre los daños y perjuicios y la indemnización⁵. Por consiguiente, la secretaría preparó una nota sobre la determinación de los daños y perjuicios y la indemnización⁶. En el 43^{er} período de sesiones, se expresó apoyo a que se siguiera trabajando sobre la determinación de los daños y perjuicios y la indemnización y se solicitó a la secretaría que redactara un texto con proyectos de disposiciones y directrices que pudieran dar respuesta a las inquietudes suscitadas por los daños y perjuicios y la indemnización en cuanto a la corrección y la concordancia de los laudos y los costos y la duración del proceso⁷.

¹ A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, párr. 30.

² A/CN.9/970, párrs. 36 a 38. A/CN.9/1160, párr. 99.

³ A/CN.9/1124, párr. 91.

⁴ A/CN.9/WG.III/WP.220, párr. 5.

⁵ A/CN.9/1004*, párr. 104.

⁶ A/CN.9/WG.III/WP.220, párr. 10.

⁷ A/CN.9/1124, párr. 100.



3. En su 49º período de sesiones, celebrado en septiembre de 2024, se reiteró que podrían prepararse orientaciones para ayudar a los tribunales a decidir sobre los daños y perjuicios y determinar las indemnizaciones, y se sugirió que esas orientaciones podrían elaborarse paralelamente al proyecto de disposición sobre la determinación de los daños y perjuicios y la indemnización⁸.

4. Por ello, en el anexo de la presente nota figura un proyecto de directrices sobre el cálculo de los daños y perjuicios y la determinación de la indemnización en la SCIE.

5. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el documento [A/CN.9/WG.III/WP.253](#) figura una versión revisada del proyecto de disposición sobre el cálculo de los daños y perjuicios y la determinación de la compensación (disposición 20). Hay otras disposiciones sobre cuestiones procesales y transversales que son pertinentes para calcular los daños y perjuicios, como las disposiciones sobre la prueba, la bifurcación, la garantía de pago de las costas, la asignación de las costas, las reconvenções, la financiación por terceros y las demandas de los accionistas.

⁸ [A/CN.9/1194](#), párr. 104.

Anexo

Proyecto de directrices sobre el cálculo de daños y perjuicios y la determinación de la indemnización en la solución de controversias entre inversionistas y Estados

1. La determinación y el cálculo de los daños y perjuicios y la indemnización tiene una vertiente procesal, otra legal y otra cuantitativa. Como ejercicio de carácter inherentemente económico, este proceso depende enormemente de los peritajes, por lo que es fundamental considerar las herramientas procesales que definen la función y la utilización de los peritos. Legalmente, los daños y perjuicios están sujetos a los principios y a la práctica arbitral que rigen el derecho a la reparación, las normas en materia probatoria y los límites a la indemnización. Desde una perspectiva de valuación, el cálculo de los daños y perjuicios, si bien se guía por las normas y la práctica del sector de que se trate, debe atenerse en cualquier caso al marco jurídico aplicable. Las directrices pretenden ayudar a los tribunales a tener en consideración estos elementos.

2. Las directrices comienzan haciendo un repaso del marco de análisis y las novedades jurídicas. Asimismo, las directrices ponen de relieve algunas cuestiones fundamentales que han de resolver los órganos decisores e indican las mejores prácticas que han aparecido a partir de varios casos arbitrales. En las directrices también se señalan ámbitos en los que se podrían introducir reformas y se examina qué forma podrían revestir esas reformas en la medida en que se aparten o excedan de los principios y la práctica arbitral aplicables.

3. Se está debatiendo este tema al mismo tiempo en otros foros internacionales. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) está al frente de una importante iniciativa. En septiembre de 2024, la UNCTAD publicó una nota temática en materia de acuerdos internacionales de inversión (AII) sobre las opciones de políticas para la indemnización y los daños y perjuicios en los AII⁹. La nota temática expone varias vías que los Estados pueden seguir para dar respuesta a las inquietudes por las elevadas sumas de daños y perjuicios otorgados en laudos y por las lagunas existentes en las normas sobre la indemnización en los AII, como aclarar la causalidad y los factores de mitigación, dar orientaciones sobre las técnicas de valuación y desalentar las demandas excesivas. Se está produciendo otra novedad en la Comisión de Derecho Internacional (CDI), que ha aprobado incluir en su programa de trabajo el tema de la indemnización por el daño causado por hechos internacionalmente ilícitos¹⁰. En el posible alcance del tema figuran cuestiones como las condiciones para indemnizar, los tipos de daños y perjuicios, la causalidad, la situación financiera del Estado responsable, la importancia de la equidad y los principios generales del derecho, los intereses, la culpa concurrente y las prácticas de diferentes cortes y tribunales a la hora de determinar la indemnización¹¹. Si se coordinaran estas iniciativas en curso, se podría evitar la fragmentación de las vías de trabajo.

4. A cada una de las secciones de las directrices le sigue un conjunto de recomendaciones que pretenden respaldar la conducción eficaz y eficiente de las actuaciones. Esas recomendaciones tienen como objetivo ayudar a los tribunales a gestionar el proceso con mayor eficiencia, simplificar el proceso cuando sea posible, dar a conocer a las partes las cuestiones que probablemente sean de especial interés para el tribunal y alentar el uso de las herramientas procesales disponibles. Están concebidas para promover claridad y previsibilidad estableciendo estándares procesales claros, que idealmente se han debatido y acordado con las partes, al tiempo que mejoran la economía judicial. En vista de la jurisprudencia arbitral imperante y las divergencias en la aplicación de determinadas opciones, también con respecto a los procedimientos de

⁹ UNCTAD, “IIA Issues Note: Compensation and Damages in Investor-State Dispute Settlement Proceedings”, que puede consultarse en https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2024d3_en.pdf.

¹⁰ A/80/10, párrs. 23 y 437.

¹¹ A/79/10, anexo I.

desembolso y al cálculo y otorgamiento de intereses, las recomendaciones también tratan de promover una mayor concordancia y armonización en la práctica a fin de fomentar unos resultados más coherentes y transparentes.

A. Organización de las actuaciones arbitrales

5. Tras determinar que existe responsabilidad, un tribunal suele centrarse en la causalidad y los daños y perjuicios. Si bien esto sucede en las etapas finales del proceso, existen determinadas medidas que las partes y el tribunal pueden adoptar en una etapa anterior con el fin de facilitar la determinación de esas cuestiones por parte del tribunal.

6. Reunión inicial de procedimiento y conferencias de gestión del caso: las partes suelen fijar las normas del proceso en la primera reunión de procedimiento. Incluso en esa coyuntura, las partes y el tribunal deberían estudiar cuáles serían los procedimientos más adecuados para obtener pruebas periciales sobre los daños y perjuicios, circunscribir las cuestiones controvertidas y resolver los asuntos preliminares. El International Institute for Conflict Prevention & Resolution sugiere que en esa reunión se podrían ver de antemano con las partes las cuestiones de hecho y de derecho pertinentes para los daños y perjuicios examinando las pruebas sobre la responsabilidad, el nexo con los daños y perjuicios y la teoría del daño¹². Este ejercicio podría contribuir a afinar y circunscribir las cuestiones y facilitar que el tribunal tuviera los conocimientos y la capacidad para administrar el caso. Sin embargo, podría resultar difícil en la práctica mantener debates de calado en una etapa tan inicial antes de que las partes definan por completo la naturaleza y el fondo de la demanda por daños y perjuicios. Por ello, esta reunión inicial podría complementarse con conferencias de gestión del caso posteriores una vez que estén claros los aspectos específicos del caso, de modo que el tribunal pueda tratar cuestiones controvertidas fundamentales, como la cuantificación de los daños y perjuicios. Las conferencias de gestión del caso podrían programarse en momentos clave, por ejemplo entre las fases escritas y antes de la audiencia.

7. Fase bifurcada de daños y perjuicios: en algunos casos, tal vez sea apropiado dividir las actuaciones, de modo que el tribunal pueda resolver en primer lugar las cuestiones que puedan ser dispositivas o que lo ayuden a pasar a la siguiente etapa. Si bien la bifurcación de las cuestiones de competencia ha sido más habitual en la práctica, algunos tribunales han bifurcado la evaluación de los daños y perjuicios¹³. Algunos reglamentos de arbitraje permiten bifurcar las actuaciones. Del mismo modo, las Reglas de la International Bar Association (IBA) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, en su artículo 2, párrafo 3 b), alientan a los tribunales a “identificar ante las partes, tan pronto como lo considere pertinente, cualquier cuestión para la cual pueda resultar apropiado un pronunciamiento previo”. Una de las principales ventajas de la bifurcación es la eficiencia. Al tratar la competencia o los asuntos de fondo en el momento inicial, las partes pueden ahorrar tiempo y costos al prescindirse de la etapa de presentación de argumentos sobre la cuantificación si la demanda no prospera¹⁴, limitarse el alcance de la controversia a la fase de cuantificación y permitir que se llegue a un acuerdo temprano.

8. Sin embargo, es posible que la bifurcación no logre siempre la eficacia que persigue. De hecho, es probable que la bifurcación sea menos adecuada en aquellos

¹² International Institute for Conflict Prevention & Resolution International Committee on Arbitration, “Protocol on Determination of Damages in Arbitration” (2010), que puede consultarse en inglés <https://static.cpradr.org/docs/CPR-Protocol-on-Determination-of-Damages-in-Arbitration-fnl.pdf>, pág. 3.

¹³ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. la República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/03/19, decisión sobre la responsabilidad, 30 de julio de 2010, párrs. 272 a 275; *Electrabel SA v. Hungary*, caso CIADI núm. ARB/07/19, resolución procesal núm. 3, 27 de marzo de 2009, párr. 3; *Glencore Finance (Bermuda) Ltd. c. el Estado Plurinacional de Bolivia*, caso CPA núm. 2016-39 (Glencore Finance c. el Estado Plurinacional de Bolivia), orden procesal núm. 2 (decisión sobre bifurcación), 31 de enero de 2018, párr. 56.

¹⁴ *Methanex Corporation v. United States of America*, CNUDMI, laudo final, 3 de agosto de 2005, párr. 32.

casos en que las cuestiones relativas a la responsabilidad se entremezclan con cuestiones como la causalidad, la mitigación o la existencia de un incumplimiento, por ejemplo, una expropiación. En esos casos, podría haber una duplicación de los análisis de las pruebas y los testimonios de los testigos, lo que iría en detrimento del ahorro en costos y tiempo. Asimismo, los inversionistas suelen contar con expertos en cuantificación y aspectos técnicos en una etapa temprana para que respalden sus pretensiones y la cuantía estimada a efectos de decidir si siguen adelante con su demanda u obtienen financiación. La decisión de bifurcar debería adoptarse caso por caso, dependiendo de factores como los siguientes: i) las consideraciones sobre plazos y costos, ii) la percepción del tribunal sobre la eficiencia de las actuaciones en adelante y iii) la utilidad del dictamen pericial sobre cuantificación una vez que el tribunal se haya pronunciado sobre la responsabilidad¹⁵. Si se aplaza la cuantificación de los daños y perjuicios, el tribunal tal vez desee dar un conjunto de parámetros no vinculantes a falta de un laudo parcial basado en las fases anteriores del caso. Sin embargo, ello no debería ser óbice para que una parte también esgrimiera todos sus posibles argumentos a fin de salvaguardar sus derechos procesales.

9. Exposiciones escritas: las partes pueden desempeñar un papel esencial para que el tribunal disponga de las pruebas y los conocimientos necesarios para resolver el caso, lo que incluye un pronunciamiento sobre la existencia y la cuantificación de los daños y perjuicios. Existen determinadas herramientas y técnicas que pueden ayudar al tribunal a identificar las principales cuestiones controvertidas, recabar las pruebas pertinentes y evaluar los efectos de las suposiciones de los peritos sobre la cuantía.

10. En primer lugar, puede utilizarse un documento de organización para señalar y concretar los daños y perjuicios que se reclaman por los incumplimientos alegados. Los abogados que intervienen en los arbitrajes relativos a inversiones están acostumbrados a utilizar tablas al presentar documentos. Por ejemplo, puede resultar útil usar la tabla denominada “Scott Schedule” para describir cada reclamación, el importe reclamado y la posición de las partes respecto de cada cuestión¹⁶. El uso de marcos estructurados puede hacer que se siga un razonamiento sistemático y estructurado con respecto a la cuantificación.

11. En segundo lugar, la presentación de documentos es el medio habitual por el que se obtiene información pertinente para el caso. Si bien el intercambio de documentos suele producirse tras la primera ronda de alegaciones escritas, algunas cuestiones tal vez solo se manifiesten en un momento posterior del proceso. Por ello, puede valer la pena que la primera orden procesal permita al tribunal reexaminar resoluciones sobre la petición de exhibición de documentos relativos a los daños y perjuicios o autorice una fase ulterior para recabar pruebas adicionales sobre la cuantificación. Las peticiones deberían estar debidamente justificadas a fin de evitar cargas indebidas y demoras innecesarias.

12. En tercer lugar, los dictámenes periciales conjuntos se emplean a menudo para limitar los ámbitos de controversia, si bien tal vez no resulten eficaces cuando los peritos tienen opiniones fundamentalmente opuestas. En lugar de recurrir a esos dictámenes, quizás sea más útil para el tribunal que los peritos den a conocer sus instrucciones y sus principales suposiciones (véase el art. 5, párr. 2 b) de las Reglas de la IBA) y preparen un análisis de sensibilidad en que se indiquen las repercusiones que esas instrucciones y suposiciones tienen en el resultado de la valuación¹⁷. Con frecuencia las diferencias en la valuación son fruto de las instrucciones y las suposiciones que los peritos reciben del abogado que imparte instrucciones y no tanto de una verdadera diferencia de opiniones. Sin embargo, si el tribunal decide que hay motivos para introducir cambios

¹⁵ *Coropi Holdings Limited, Kalemegdan Investments Limited and Erinn Bernard Broshkov v. Republic of Serbia*, caso CIADI núm. ARB/22/14, resolución procesal núm. 4, 21 de agosto de 2023, párr. 21.

¹⁶ ADR Institute of Canada, “Using a ‘Scott Schedule’ in Arbitration” (6 de diciembre de 2018), que puede consultarse en <https://adric.ca/using-a-scott-schedule-in-arbitration/>.

¹⁷ El art. 6, párr. 1 a), del protocolo del Chartered Institute of Arbitrators sobre el uso peritos nombrados por las partes en el arbitraje internacional (Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration) tiene un planteamiento diferente.

en el modelo financiero o considera más apropiada otra metodología de valuación, las partes deben tener la ocasión de presentar sendos escritos en que traten las cuestiones que todavía no se han expuesto a fin de evitar que se otorgue una reparación que las partes no han solicitado.

13. Organización de la audiencia: el tribunal, junto con las partes, puede establecer normas de procedimiento antes de que se celebre la audiencia a fin de aumentar al máximo el valor del peritaje. Una opción consiste en exigir a los peritos que se reúnan y deliberen antes de la audiencia. En algunos casos, los tribunales han dado instrucciones a los peritos de las partes para que elaboren conjuntamente un dictamen por escrito sobre los ámbitos de acuerdo y los ámbitos de discrepancia¹⁸. De esta manera se puede reducir el número de cuestiones que requieren un pronunciamiento del tribunal. Una segunda opción se centra en las normas que rigen la presentación de peritajes. Por ejemplo, las partes pueden, con la asistencia del tribunal, elaborar normas que rijan las exposiciones de los peritos, el alcance y la duración del turno de contrainterrogatorio, el orden en que se toma declaración a testigos y peritos, la toma de declaración de coperitos, el uso e intercambio previo de pruebas gráficas y elementos de apoyo visuales, el tratamiento de la información confidencial y la admisibilidad de nuevos elementos probatorios. Una tercera opción que el tribunal tal vez desee plantearse es el interrogatorio simultáneo o careo de testigos (también conocido en inglés como “hot-tubbing”; véase el art. 8, párr. 4 f), de las Reglas de la IBA). En esencia, este proceso permite que el tribunal interroga conjuntamente a los peritos de las partes opuestas, al tiempo que permite que las partes formulen algunas preguntas en un interrogatorio a continuación. El interrogatorio simultáneo o careo de testigos tiene como objetivo poner de manifiesto ámbitos de acuerdo y ámbitos de discrepancia, someter a juicio los elementos probatorios, aclarar cuestiones técnicas, contradecir argumentos débiles y estimular el debate. Es una buena práctica acordar antes de la audiencia el tiempo que se asignará a este procedimiento, el alcance de la participación de las partes y los temas que se tratarán para asegurar la igualdad de condiciones.

14. Con posterioridad a la audiencia: después de la audiencia, el tribunal puede necesitar más ayuda para examinar las cuestiones relacionadas con la cuantificación. El tribunal tal vez requiera asimismo información o análisis adicionales de las partes y sus peritos.

15. Alternativamente, el tribunal puede realizar su propio análisis de los modelos de las partes o nombrar a su propio perito. El tribunal puede contratar los servicios de un perito de conformidad con la mayoría de los reglamentos de arbitraje y algunos AII. Sin embargo, los tribunales deberían estudiar la posibilidad de nombrar a un perito en una etapa anterior del proceso (particularmente en los casos en que una de las partes no haya escogido a ningún perito) o en casos complejos a fin de comprender mejor las suposiciones o los métodos subyacentes¹⁹. Si bien los reglamentos de arbitraje difieren, es una buena práctica que el tribunal establezca con las partes el grado de participación de los peritos, la forma que revestirá su asistencia y el costo del procedimiento. Asimismo, las partes deberían tener la posibilidad de revisar el dictamen pericial y de formular observaciones al respecto, así como de interrogar al perito nombrado por el tribunal en una audiencia.

16. A pesar de estas medidas, a menudo se percibe el riesgo de que el perito nombrado por el tribunal pueda convertirse en un árbitro *de facto*. Para disipar esas preocupaciones, puede limitarse la función del perito a la de un asesor técnico (véase la cláusula modelo de la CNUDMI sobre asesores técnicos). Por ejemplo, puede circunscribirse la función del perito a la de prestar asesoramiento al tribunal respecto

¹⁸ *S.D. Myers Inc. v. Canada*, CNUDMI, orden procesal núm. 17, 26 de febrero de 2001, párr. 12; *Achemea BV v. Slovak Republic*, CNUDMI, caso CPA núm. 2008-12, laudo final, 7 de diciembre de 2012, párrs. 61 a 65; *Anatolie Stati et al. v. Kazakhstan*, caso SCC núm. V 116/2010 (Stati et al. v. Kazakhstan), laudo, 19 de diciembre de 2013, párr. 118.

¹⁹ *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/01/8 (CMS c. la Argentina), laudo, 12 de mayo de 2005, párr. 418.

de la conformidad del modelo con las conclusiones del tribunal²⁰ o a la de ejercer de facilitador ayudando al tribunal a comprender las fuerzas subyacentes que motivan las opiniones discrepantes de los peritos nombrados por las partes respecto a la cuantificación²¹.

17. Los tribunales tienen a su disposición un abanico de herramientas y técnicas para tratar las cuestiones relativas a la causalidad y la cuantificación. A lo largo de las actuaciones el tribunal puede, en consulta con las partes, diseñar un procedimiento que no solo fomente una mayor comprensión de los aspectos teóricos y metodológicos del caso, sino que también mejore la eficiencia del proceso, de modo que se reduzcan al mínimo las demoras y los costos. Los peritos ejercen una función esencial en la evaluación de los daños y perjuicios, y, por ello, se debería prestar especial atención a su empleo en las actuaciones. Asimismo, los tribunales tal vez deseen estudiar técnicas novedosas para reducir el sesgo de anclaje, por ejemplo el uso de evaluaciones ciegas de los daños y perjuicios. Se podría obligar a las partes a preparar e intercambiar sus análisis de los daños y perjuicios, incluidas la metodología, las suposiciones y la motivación subyacente, sin revelar al tribunal la cifra final de la cuantificación. De esta manera, el tribunal podría evaluar el razonamiento jurídico y económico que hay detrás de la pretensión sin verse influido por una cifra específica. Con las evaluaciones ciegas también podría haber un debate a fondo sobre la metodología subyacente y se reduciría al mismo tiempo el sesgo cognitivo en la evaluación de la cuantía por parte del tribunal.

Recomendaciones

Los tribunales deberían programar la reunión inicial de procedimiento y las conferencias de gestión del caso posteriores para hacer un análisis preliminar de la teoría del daño, examinar las pruebas y limitar las cuestiones relativas a los daños y perjuicios.

Los tribunales deberían considerar la posibilidad de bifurcar la fase de daños y perjuicios teniendo en cuenta los factores siguientes: i) las consideraciones sobre plazos y costos, ii) las consideraciones de eficiencia de las actuaciones y iii) la utilidad de los dictámenes periciales sobre cuantificación una vez que el tribunal se haya pronunciado sobre la responsabilidad.

Los tribunales deberían utilizar un marco estructurado para imponer un proceso de razonamiento sistemático sobre la cuantificación.

Los tribunales podrían estudiar la posibilidad de reexaminar las decisiones que resuelven las peticiones de exhibición de documentos en relación con los daños y perjuicios o de establecer otra fase separada de exhibición de documentos sobre la cuantificación.

Los tribunales deberían obligar a los peritos a revelar las instrucciones que hayan recibido y sus suposiciones fundamentales y a preparar un análisis de sensibilidad en que expongan los efectos de esas instrucciones y suposiciones en la valuación.

El tribunal debería adaptar las actuaciones para dar cabida al testimonio pericial, por ejemplo obligando a los peritos a señalar los ámbitos controvertidos, fijado normas específicas para presentar pruebas periciales en la audiencia y delimitando un procedimiento para el interrogatorio simultáneo o careo de testigos.

Los tribunales deberían estudiar la posibilidad de acudir a sus propios peritos o asesores técnicos en una etapa temprana de las actuaciones para comprender mejor los métodos subyacentes, los datos y las suposiciones en consonancia con el enfoque que se sigue en la cláusula modelo de la CNUDMI sobre asesores técnicos.

²⁰ J.A. Trenor, “Strategic Issues in Employing and Deploying Damages Experts”, en *The Guide to Damages in International Arbitration*, 3^a edición, Trenor (ed.) (2018), pág. 169.

²¹ A. Douglas, “Procedural Tools to Facilitate the Quantification of Damages in Investor-State Arbitration”, en *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, Beharry (ed.) (2018), pág. 20.

B. Carga de la prueba y requisito probatorio

18. En la solución de controversias internacionales, la parte que alega un hecho soporta la carga de la prueba para demostrarlo²². En algunos AII también se dispone expresamente que el demandante soporta la carga de demostrar la propiedad o el control de la inversión, la nacionalidad del inversionista, los incumplimientos del AII y los daños y perjuicios resultantes. Por consiguiente, el inversionista demandante soporta la carga de demostrar sus pretensiones, mientras que el Estado demandado debe probar toda defensa o reconvenCIÓN que oponga²³. En relación con los daños y perjuicios, el inversionista debe acreditar el hecho de su pérdida o daños, su cuantificación en términos pecuniarios y el necesario nexo causal entre la pérdida o los daños y el incumplimiento del tratado²⁴. En otras palabras, el inversionista debe poner de manifiesto lo siguiente: i) la existencia del perjuicio, ii) el nexo causal entre el daño sufrido y la conducta del Estado y iii) la cantidad de la pérdida. El Estado, por otra parte, soporta la carga de demostrar toda defensa que alegue, como las causas alternativas del perjuicio, o las circunstancias que aminoran la indemnización, o los defectos en la valuación realizada por el demandante²⁵. En los casos en que una de las partes no esté en condiciones de presentar pruebas, por ejemplo por falta de acceso a los documentos, el tribunal podrá invertir la carga de la prueba en función de las circunstancias del caso²⁶.

19. En cuanto al requisito probatorio, los tribunales no han adoptado un criterio uniforme. Al valorar las pruebas, los tribunales han seguido varios criterios, con expresiones como “equilibrio de probabilidades”²⁷, “suficiente certeza”²⁸, “grado razonable de certeza”²⁹, “con toda probabilidad”³⁰, “cierto grado de certeza”³¹ y “probable y no meramente posible”³². Si bien la variación terminológica puede generar un debate sobre el nivel de apoyo probatorio exigido, los criterios señalados indican que, como mínimo, los tribunales deberían determinar que es más probable que improbable que se haya producido un hecho determinado³³.

20. La jurisprudencia también difiere en cuanto a si se aplica un requisito probatorio distinto a la existencia de daños y a la cuantificación de esos daños³⁴. Incluso en los

²² D. Sandifer, *Evidence Before International Tribunals* (University Press of Virginia) (1939), págs. 92 y 93; *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, fallo (fondo), 15 de junio de 1962, pág. 16.

²³ *Glencore Finance c. el Estado Plurinacional de Bolivia*, laudo, 8 de septiembre de 2023, párr. 268.

²⁴ *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, caso CIADI núm. ARB/06/3, laudo, 6 de mayo de 2013, párr. 190.

²⁵ T. Wälde y B. Sabahi, “Compensation, Damages, and Valuation”, en *Oxford Handbook of International Investment Law*, Muchlinski et al. (eds.) (2008), pág. 1111.

²⁶ *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, caso CIADI núm. ARB/12/6, laudo, 4 de mayo de 2021, párr. 722.

²⁷ *Khan Resources Inc., Khan Resources B.V., and Cauc Holding Company Ltd. v. The Government of Mongolia*, caso CPA núm. 2011-09 (*Khan Resources v. Mongolia*), laudo, 2 de marzo de 2015, párr. 375; *Eco Oro Minerals Corp. c. la República de Colombia*, caso CIADI núm. ARB/16/41 (*Eco Oro c. Colombia*), laudo sobre daños, 15 de julio de 2024, párr. 292; *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, caso CIADI núm. ARB(AF)/09/1 (*Gold Reserve v. Bolivarian Republic of Venezuela*), laudo, 22 de septiembre de 2014, párr. 685.

²⁸ *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. la República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI núm. ARB/00/5, laudo, 23 de septiembre de 2003, párr. 351.

²⁹ *Rudloff Case*, Comisión Mixta de Reclamaciones, 9 U.N.R.I.A.A. 225 (United States v. Bolivarian Republic of Venezuela), decisión (fondo), 17 de febrero de 1903, pág. 258.

³⁰ *Bilcon of Delaware Inc. v. Canada*, caso CIADI núm. 2009-04, laudo sobre daños, 10 de enero de 2019, párr. 168; *Factory at Chorzów*, PCIJ Series A. No. 17 (Germany v. Poland), fallo (fondo), 13 de septiembre de 1928, pág. 47.

³¹ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. la República Argentina (I)*, caso CIADI núm. ARB/97/3 (Vivendi c. la Argentina I), laudo II, 20 de agosto de 2007, párr. 8.3.3.

³² *Asian Agricultural Products LTD (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, caso CIADI núm. ARB/87/3 (AAPL v. Sri Lanka), laudo final, 27 de junio de 1990, párr. 104.

³³ S. Ripinsky y K. Williams, *Damages in International Investment Law* (2008) (Ripinsky/Williams), pág. 165.

³⁴ *Watkins Holdings S.à r.l. and others v. Kingdom of Spain*, caso CIADI núm. ARB/15/44, laudo, 21 de enero de 2020, párrs. 684 y 685. Véase *Eco Oro Minerals Corp. c. la República de*

casos en que los tribunales han aplicado un requisito probatorio menos riguroso a la cuantificación de los daños y perjuicios, han sostenido que no debe basarse en una “conjetura o especulación”³⁵, sino en “probabilidades (...) razonables”³⁶ y “un fundamento fáctico persuasivo”³⁷. Las controversias sobre la suficiencia de las pruebas suelen plantearse en las demandas por lucro cesante. El comentario del proyecto de artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (comentario de la CDI) aclara que el lucro cesante se suele otorgar “en los casos en que una corriente de ingresos previstos había adquirido tales características que podía ser considerada un interés legítimo jurídicamente protegido con un grado suficiente de certeza para ser indemnizable”, por ejemplo “en virtud de pactos contractuales” o en los casos en que hay “una larga serie de antecedentes de tratos comerciales”³⁸. Dada la discrepancia de opiniones, los tribunales deberían actuar con cautela, reconociendo que no existe un único criterio y que el requisito probatorio puede variar en función de la naturaleza de la pretensión. A su vez, las partes deberían ser conscientes de estas incertezas en sus escritos.

21. En la práctica, los tribunales deberían velar por que, al evaluar las pruebas de una demanda, hubiera coherencia interna entre los elementos siguientes: la inversión definida a efectos jurisdiccionales, las violaciones que presuntamente se hayan cometido contra esa inversión y el perjuicio económico que presuntamente han causado esas violaciones cometidas contra la inversión. El caso *Pey Casado I* es un ejemplo en que la indemnización otorgada no estaba especialmente vinculada al incumplimiento establecido por el tribunal. El laudo fue anulado porque el tribunal había otorgado daños y perjuicios por vulneración del principio de trato justo y equitativo a partir de un cálculo que presuponía la expropiación³⁹. Un tribunal posteriormente reconstituido rechazó el mismo criterio de valuación y sostuvo que los demandantes no habían demostrado “el daño y perjuicio particular que podía probarse habían sufrido a causa del incumplimiento de la garantía de trato justo y equitativo”⁴⁰. Del mismo modo, el tribunal del caso *Eco Oro* rechazó la metodología de las transacciones comparables empleada por el demandante, que se basaba en la premisa de una pérdida total de valor, al sostener que no se trataba de un método apropiado para evaluar el perjuicio resultante de la violación por parte de Colombia del nivel mínimo de trato en relación con la oportunidad de solicitar licencias ambientales⁴¹.

22. En resumen, mientras que existe jurisprudencia sobre la carga de la prueba, la práctica sobre el requisito probatorio no es uniforme más allá del requisito de que los daños y perjuicios deben ser razonablemente determinados y no especulativos. La determinación de si esta cuantificación de los daños y perjuicios cumple esa norma dependerá de la naturaleza de la pretensión, la disponibilidad y suficiencia de las pruebas y la metodología de valuación empleada. Dada su pertinencia para las defensas del Estado y la valuación, este tema también se analiza en las secciones E y F.

Colombia, caso CIADI núm. ARB/16/41 (*Eco Oro c. Colombia*), laudo sobre daños, 5 de julio de 2024, párr. 292.

³⁵ *Mohammad Ammar Al-Bahloul v. The Republic of Tajikistan*, caso SCC núm. V064/2008 (*Al-Bahloul v. Tajikistan*), laudo final, 8 de junio de 2010, párr. 39.

³⁶ *Impregilo S.p.A. c. la República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/07/17, laudo, 21 de junio de 2011, párr. 371.

³⁷ *Al-Bahloul v. Tajikistan*, párr. 39.

³⁸ Comentario de la CDI, art. 36, comentario 27.

³⁹ *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. la República de Chile (I)*, caso CIADI núm. ARB/98/2 (*Pey Casado v. Chile*), decisión sobre la solicitud de anulación, 18 de diciembre de 2012, párrs. 261 y 285.

⁴⁰ *Pey Casado c. Chile*, laudo, 13 de septiembre de 2016, párr. 244.

⁴¹ *Eco Oro c. Colombia*, párrs. 292 y 302 a 305.

Recomendaciones

Los tribunales deberían exigir que los demandantes soportaran la carga de la prueba en relación con sus pretensiones, incluida la existencia de daños, su cuantificación y el nexo causal entre el incumplimiento y los daños.

Los tribunales deberían obligar a los demandantes a establecer con claridad los daños y perjuicios. Específicamente, deberían demostrar lo siguiente: i) la existencia de un perjuicio, ii) el nexo causal entre el perjuicio y la conducta del Estado y iii) la cuantía de la pérdida. Cuando correspondiera, los Estados deberían tener la obligación de demostrar las circunstancias mitigantes u otros factores que minoraran la indemnización.

Los tribunales deberían estudiar la posibilidad de fijar un umbral probatorio elevado cuando evaluará las demandas por daños y perjuicios. Al hacerlo, los tribunales deberían tener en cuenta las posibles implicaciones más amplias para el interés público y la necesidad de someter a un escrutinio riguroso las demandas presentadas.

Los tribunales deberían adoptar, como mínimo, un requisito probatorio de “equilibrio de probabilidades” al determinar la existencia de un perjuicio y la causalidad (es decir, debe determinarse que es más probable que improbable que se produjeran los hechos, con independencia de la terminología utilizada en los distintos casos).

Los tribunales deberían estudiar la posibilidad de aplicar el mismo requisito probatorio para la existencia de los daños y perjuicios y para su cuantificación. Aun cuando se aplique un requisito inferior para la cuantificación, los tribunales deberían velar por que las valuaciones no se basaran en especulaciones y exigir un fundamento fáctico persuasivo basado en probabilidades razonables.

Los tribunales únicamente deberían reconocer el lucro cesante cuando hubiera suficiente certeza de una corriente de ingresos que constituyera un interés jurídicamente protegido.

C. Causalidad

23. Un inversionista demandante debe demostrar un nexo causal entre sus pérdidas y el incumplimiento del Estado para que se puedan restituir los daños y perjuicios⁴². Existen opiniones discrepantes en cuanto a si la causalidad es una parte inherente del proceso de evaluar la responsabilidad, una consideración en el análisis de la cuantificación⁴³ o un paso analítico propio que vincula la responsabilidad y el perjuicio⁴⁴. Si bien esta distinción puede ser intrascendente en algunos casos, tratar la causalidad como un elemento separado ha resultado ser importante, en particular en los casos en que los tribunales han declarado que existe responsabilidad, pero han negado la indemnización porque el demandante no estableció un nexo causal entre el incumplimiento y los presuntos daños y perjuicios⁴⁵.

24. En esencia, el análisis de causalidad determina qué perjuicios son indemnizables identificando las pérdidas que son atribuibles al incumplimiento del Estado. Esto refleja un principio general del derecho⁴⁶ y está consagrado en los artículos sobre la

⁴² *Blusun S.A., et al. v. Italy*, caso CIADI núm. ARB/14/3, laudo, 27 de diciembre de 2016, párr. 394.

⁴³ *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, caso CIADI núm. ARB/05/22 (*Biwater v. Tanzania*), voto concurrente y disidente de Gary Born, párrs. 16 a 29; *Khan Resources v. Mongolia*, párrs. 376 a 378.

⁴⁴ P. Pearsall, “Causation and the Draft Articles on State Responsibility”, *ICSID Review*, volumen 37, número 1–2 (2022), págs. 193 y 194.

⁴⁵ *Nordzucker AG v. The Republic of Poland*, CNUDMI (Nordzucker v. Poland), tercer laudo parcial y final (daños y perjuicios y costas), 23 de noviembre de 2009, párr. 64; *Cervin Investissements S.A. y Rhone Investissements S.A. c. la República de Costa Rica*, caso CIADI núm. ARB/13/2, laudo, 7 de marzo de 2017, párrs. 664 y 703.

⁴⁶ B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (1953), págs. 241 y ss.

responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, que pide que los Estados reparen plenamente el perjuicio causado por su hecho ilícito⁴⁷. El “perjuicio” incluye los daños materiales o morales causados por el hecho ilícito del Estado. Sin embargo, tanto los artículos como el comentario de la CDI son limitados en sus orientaciones sobre la forma de aplicar el requisito del nexo causal, puesto que el estándar requerido “no es necesariamente el mismo en relación con todas las violaciones de una obligación internacional”⁴⁸. La causalidad tampoco se suele contemplar en los AII.

25. A fin de establecer la causalidad, el inversionista demandante debe demostrar una conexión tanto fáctica como jurídica entre el incumplimiento del Estado y sus pérdidas. La causalidad fáctica exige que el inversionista demuestre que no habría sufrido el perjuicio alegado *de no haber sido por* la presunta vulneración del tratado. En vistas de que la causalidad fáctica es una investigación inherentemente basada en los hechos, los tribunales la han examinado desde distintos prismas, atendiendo a si el hecho ilícito había causado “necesariamente” las pérdidas⁴⁹, había constituido un acto “*sine qua non*”⁵⁰ o había sido la causa “subyacente o dominante”⁵¹.

26. En cuanto a la causalidad jurídica, el inversionista demandante tan solo puede recuperar las pérdidas que sean “inmediatas”, “previsibles” o “directas” respecto del incumplimiento del Estado, de modo que quedan excluidas las pérdidas que estén demasiado “alejadas” o sean “indirectas”⁵². Estos criterios limitan la distancia que hay que recorrer en la cadena fáctica para rastrear una pérdida⁵³. En el comentario de la CDI se reconoce la pertinencia de la causalidad jurídica, pero no impone un criterio específico⁵⁴. En la práctica, los tribunales han seguido distintos planteamientos y han ejercido su margen de discrecionalidad para determinar el criterio apropiado. Algunos tribunales se han centrado en determinar si las acciones del Estado eran la causa inmediata de la pérdida⁵⁵, si la pérdida era una consecuencia previsible de esas acciones⁵⁶, si existe un vínculo directo entre el hecho ilícito y el presunto perjuicio⁵⁷ o han recurrido a una combinación de estos criterios⁵⁸. El tribunal del caso *S.D. Myers v. Canada* siguió un planteamiento ligeramente diferente y aplicó un paradigma basado en el derecho contractual y la responsabilidad extracontractual al evaluar los conceptos de previsibilidad y lejanía⁵⁹. Si bien estos criterios se emplean a menudo de manera indiscriminada, no deberían considerarse equivalentes porque un criterio basado en el carácter directo es más restrictivo que un criterio basado en la proximidad o la

⁴⁷ Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, art. 31, párr. 1, así como arts. 34, art. 36, párr. 1, y art. 37, párr. 1.

⁴⁸ Comentario de la CDI, art. 31, comentario 10.

⁴⁹ *Nordzucker v. Poland*, párr. 63.

⁵⁰ *Ronald S. Lauder v. Czech Republic*, CNUDMI (*Lauder v. Czech Republic*), laudo final, 3 de septiembre de 2001, párr. 234.

⁵¹ *Biwater v. Tanzania*, laudo, 24 de julio de 2008, párr. 786.

⁵² V. Lanovoy, “Causation in the Law of State Responsibility”, *The British Yearbook of International Law*, volumen 90 (2022) (Lanovoy), pág. 37.

⁵³ B. Sabahi *et al.*, “Principles Limiting the Amount of Compensation”, en *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, Beharry (ed.) (2018), pág. 329.

⁵⁴ I. Marboe, “Damages in Investor-State Arbitration: Current Issues and Challenges”, en *International Investment Law and Arbitration* (2018) (Marboe), pág. 39.

⁵⁵ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c. la República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/02/1 (LG&E c. la Argentina), laudo final, 25 de julio de 2007, párr. 50; *Pey Casado c. Chile*, laudo, 13 de septiembre de 2016, párr. 218.

⁵⁶ *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, caso CIADI núm. ARB/81/1 (Amco v. Indonesia), laudo en un caso nuevamente sometido, 31 de mayo de 1990, párr. 172; *Burlington Resources, Inc. c. la República del Ecuador*, caso CIADI núm. ARB/08/5 (Burlington c. el Ecuador), decisión sobre reconsideración y laudo, 7 de febrero de 2017, párr. 333.

⁵⁷ *Archer Daniels Midland y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI núm. ARB(AF)/04/5 (ADM c. México), laudo, 21 de noviembre de 2007, párr. 282.

⁵⁸ *Joseph Charles Lemire v. Ukraine (II)*, caso CIADI núm. ARB/06/18, laudo, 28 de marzo de 2011, párr. 170.

⁵⁹ *S.D. Myers v. Canada*, segundo laudo parcial, 21 de octubre de 2002, párrs. 154 y 159.

previsibilidad⁶⁰. En la práctica, la proximidad y la previsibilidad arrojará con frecuencia, si bien no siempre, los mismos resultados. Por ello, los tribunales deberían aplicar el criterio que estimaran más idóneo a partir de los hechos específicos del caso y la naturaleza del incumplimiento alegado. Si un Estado considera que debería aplicarse un criterio más estricto basado en el carácter directo, podría incluir en sus AII disposiciones en ese sentido o estudiar la posibilidad de emitir una interpretación conjunta con el otro Estado parte.

27. El perjuicio también puede ser el resultado de una combinación de factores (es decir, sobredeterminación causal). Los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos disponen que no existe reducción o atenuación de la reparación por causas concurrentes, salvo en casos de acción u omisión de la otra parte⁶¹. Sin embargo, una causa interpuesta puede interrumpir la cadena de causalidad⁶². Cuando esto sucede, el Estado demandado debe demostrar que ese factor (y no su incumplimiento) hizo que no prosperara la inversión. Algunos acontecimientos son tan trascendentales que rompen el vínculo causal, lo que hace que las acciones del Estado estén demasiado alejadas⁶³. La carga recae sobre el Estado, que ha de demostrar que el perjuicio del inversionista es atribuible a otras causas, como la culpa o negligencia concurrente del inversionista⁶⁴. Cuando se determina que hay culpa o negligencia concurrente, algunos tribunales han reducido el monto de la indemnización adeudada al demandante⁶⁵. Si un tribunal determina que procede la atenuación de los daños y perjuicios, podría recabar otras pruebas o escritos de las partes y la asistencia de peritos para la cuantificación a fin de fundamentar de un modo más objetivo y metódico la reducción en los daños y perjuicios. En la sección E *infra* sobre las defensas del Estado se ahonda en la cuestión de la culpa concurrente.

Recomendaciones

Los tribunales deberían distinguir entre causalidad fáctica (el inversionista no habría sufrido la pérdida de no haber sido por el incumplimiento) y causalidad jurídica (la pérdida indemnizable está suficientemente conectada con el incumplimiento).

Los tribunales deberían analizar cuidadosamente el nexo causal entre el incumplimiento que se ha establecido y el perjuicio alegado, velando por que el daño no esté demasiado alejado ni sea especulativo.

En la medida en que sea posible, los tribunales deberían proceder con cautela a la hora de admitir daños y perjuicios por las pérdidas indirectas y por las consecuencias indirectas o imprevisibles del incumplimiento.

Los tribunales deberían tener en cuenta toda culpa concurrente o la falta de mitigación por parte del inversionista al valorar la cuantía de los daños y perjuicios. Los tribunales podrían recabar más escritos o pruebas periciales para garantizar una reducción objetiva y metódica.

⁶⁰ Lanovoy, págs. 46 y 57.

⁶¹ Comentario de la CDI, art. 31, comentario 12.

⁶² *Ibid.*, párr. 13). Para consultar casos en que no se estableció la causalidad, véanse *Lauder v. Czech Republic*, párr. 234; *Biwater v. Tanzania*, párrs. 790 y 798.

⁶³ *Ioan Micula, et al. v. Romania*, caso CIADI núm. ARB/05/20, laudo, 11 de diciembre de 2013, párrs. 926 y 927.

⁶⁴ *Bear Creek Mining Corporation c. la República del Perú*, caso CIADI núm. ARB/14/21 (Bear Creek c. el Perú), laudo, 30 de noviembre de 2017, párr. 568; *Stati et al. v. Kazakhstan*, párr. 1332.

⁶⁵ *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. Chile*, caso CIADI núm. ARB/01/7 (MTD c. Chile), laudo, 25 de mayo de 2004, párrs. 242 y 243; *Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*, caso CPA núm. 2012-02 (Copper Mesa v. Ecuador), laudo, 15 de marzo de 2016, párrs. 6.100 a 6.102; *STEAG GmbH c. el Reino de España*, caso CIADI núm. ARB/15/4 (STEAG c. España), decisión sobre jurisdicción, responsabilidad e instrucciones sobre cuantificación de daños, 8 de octubre de 2020, párrs. 794 a 796.

En los casos en que el demandado alega que una causa interpuesta rompió la cadena causal, los tribunales deberían valorar si el factor interpuesto fue predominante o imprevisible de suerte que el incumplimiento del Estado esté demasiado alejado como para justificar la responsabilidad.

D. Criterio indemnizatorio

28. La cuantificación de los daños y perjuicios bebe del criterio indemnizatorio. El AII aplicable es el lugar donde lógicamente ha de comenzar este análisis, por cuanto fija las obligaciones del Estado. Sin embargo, la indemnización a menudo tan solo se trata en el contexto de la expropiación. Algunos tratados también circunscriben la indemnización al incumplimiento de determinadas obligaciones. Para el resto de los incumplimientos (incluida la expropiación ilícita), los tribunales acudirán a las normas del derecho internacional consuetudinario, tal y como se expone en el caso *Chorzów Factory* y se ha codificado en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Por tanto, el criterio indemnizatorio depende de la violación alegada.

29. La función de los daños y perjuicios es de carácter indemnizatoria, lo cual quiere decir que, al otorgar daños y perjuicios, no se pretende castigar al Estado⁶⁶. En lugar de ello, los tribunales deberían tratar de colocar a la parte lesionada en la posición en que estaría de no ser por el perjuicio.

30. Expropiación lícita: la mayoría de los AII fijan las condiciones para que una expropiación sea considerada lícita, que exigen que la acción del Estado: i) respete las garantías procesales; ii) no sea discriminatoria; iii) responda a un interés público, y iv) prevea el pago de una indemnización. Si no concurren estas condiciones, los tribunales han considerado ilícita la expropiación y han aplicado el principio de la reparación íntegra conforme al derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, algunos tribunales han considerado que una expropiación era lícita a pesar de que no se hubiera abonado una indemnización⁶⁷.

31. Los AII también suelen exigir una indemnización “rápida, suficiente y efectiva”, lo que se conoce como la “fórmula o la norma Hull”. Ese tipo de disposiciones orientan acerca de la magnitud de la indemnización (es decir, el valor justo de mercado), la fecha de valuación (es decir, la fecha anterior a la expropiación) y, en ocasiones, el tipo de interés aplicable. Aun cuando los tratados emplean términos imprecisos como “valor de mercado”, “valor genuino” o indemnización “suficiente”, suelen interpretarse en consonancia con el criterio del valor justo de mercado⁶⁸. Este criterio determina el valor mediante el precio al cual los bienes cambiarían de manos, de un hipotético vendedor dispuesto y capaz a un hipotético comprador dispuesto y capaz que actuaran en condiciones de plena competencia en un mercado abierto y sin restricciones, en ausencia de obligación de comprar o vender y cuando ambas partes tuvieran conocimientos razonables de los hechos pertinentes⁶⁹. Algunos tratados dan más orientaciones sobre la valuación, por ejemplo, haciendo referencia al valor del negocio en funcionamiento, al valor de los bienes, al valor tributario declarado u otros criterios. Este análisis suele traducirse en una indemnización equivalente al valor justo de mercado de los bienes expropiados inmediatamente antes de la expropiación, más los intereses que pudieran corresponder. En función de las cláusulas del tratado en cuestión, es posible que los

⁶⁶ Comentario de la CDI, art. 36, comentario 4.

⁶⁷ *Tidewater c. la República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI núm. ARB/10/5 (*Tidewater c. la República Bolivariana de Venezuela*), laudo, 13 de marzo de 2015, párr. 140; *Venezuela Holdings, B.V., et al c. la República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI núm. ARB/07/27, laudo, 9 de octubre de 2014, párrs. 301 y 306.

⁶⁸ Marboe, págs. 23 y 24; UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995–2006: Trends in Investment Rulemaking* (2007), pág. 48; Banco Mundial, *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment* (Directrices del Banco Mundial), directriz IV.3.

⁶⁹ American Society of Appraisers, *ASA Business Valuation Standards* (2008), pág. 23; Directrices del Banco Mundial, directriz IV.5.

tribunales tengan la obligación de tener presentes otros factores al determinar la indemnización.

32. Expropiación ilícita: en el caso de las expropiaciones contrarias a derecho, los tribunales aplicarán el principio de la reparación íntegra conforme al derecho internacional consuetudinario, tal y como refleja el artículo 31 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. El artículo 34 de este texto da más orientaciones, puesto que afirma que la reparación íntegra puede adoptar “la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción”. Si bien el estándar de la reparación íntegra se creó en el contexto de las controversias entre Estados, los tribunales que entienden en casos de inversiones han aplicado el principio por analogía para orientar su cálculo de los daños y perjuicios en las controversias entre inversionistas y Estados.

33. La Corte Permanente de Justicia Internacional dio más orientaciones sobre el principio de la reparación íntegra en el caso *Chorzów Factory* al afirmar lo siguiente:

La reparación debe eliminar, en la medida de lo posible, todas las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que habría existido con toda probabilidad de no haberse cometido ese acto. La restitución en especie o, si esta no fuere posible, el pago de una suma que corresponda al valor que habría representado la restitución en especie⁷⁰.

34. En el caso *Chorzów Factory* se establecieron dos consecuencias fundamentales del incumplimiento por un hecho internacionalmente ilícito. La primera es que la obligación principal del Estado es la restitución, ya sea material (p. ej., devolviendo los bienes ilícitamente incautados) o jurídica (p. ej., revirtiendo un acto de la administración pública). Si la restitución es imposible o excesivamente onerosa, el Estado puede pagar en su lugar los daños y perjuicios. Esto puede producirse, por ejemplo, cuando se han extraviado, destruido o modificado los bienes⁷¹. Algunos AII permiten que un tribunal otorgue daños y perjuicios o la restitución y, en los casos en que se ordena la restitución, un Estado puede optar por abonar los daños y perjuicios que representen el valor justo de mercado de los bienes expropiados. Sin embargo, rara vez los tribunales otorgan la restitución⁷², probablemente porque se percibe que se atenta contra la soberanía del Estado y por las dudas acerca de su ejecutabilidad.

35. La segunda consecuencia es que los daños y perjuicios deberían “eliminar, en la medida de lo posible, todas las consecuencias del hecho ilícito”⁷³. En la práctica, los tribunales calculan los daños y perjuicios comparando el valor justo de mercado en la hipótesis según la cual no se habría producido un perjuicio *de no haber sido por* el acto con el valor en la realidad, de modo que toman la diferencia como medida de la pérdida. Habida cuenta de que el valor en la realidad tras la expropiación suele ser nulo, los daños y perjuicios suelen ser equivalentes al valor justo de mercado en esa situación hipotética. Este planteamiento está en consonancia con el empleado para las expropiaciones lícitas salvo que también podría dar cuenta de los aumentos de valor tras el desposeimiento y los gastos incidentales⁷⁴. Sin embargo, solo un puñado de tribunales

⁷⁰ *Chorzów Factory*, pág. 47.

⁷¹ Comentario de la CDI, art. 35, comentario 4.

⁷² Para los casos en que se ha otorgado la restitución, véanse: *Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi*, caso CIADI núm. ARB/95/3, laudo, 10 de febrero de 1999, párrs. 135 y 136;

Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova, caso CIADI núm. ARB/11/23 (*Arif v. Republic of Moldova*), laudo, 8 de abril de 2013, párr. 571.

⁷³ *Chorzów Factory*, pág. 47; *CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic*, CNUDMI (CME v. Czech Republic), laudo parcial, 13 de septiembre de 2001, párr. 618; *Tenaris S.A. y Talta – Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. c. la República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI núm. ARB/12/23, laudo, 12 de diciembre de 2016, párr. 396.

⁷⁴ *Chorzów Factory*, pág. 50; véase la opinión disidente de Lord Finlay, págs. 70 y 71; *Hulley Enterprises Ltd. v. Russian Federation*, caso CPA núm. 2005-03/AA226, laudo final, 18 de julio de 2014, párr. 1769; *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary*, caso CIADI núm. ARB/03/16 (ADC v. Hungary), laudo, 2 de octubre de 2006, párrs. 496 y 497; *Siemens A.G. c. la República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/02/8 (Siemens c. la Argentina), laudo, 6 de febrero de 2007, párr. 352.

ha otorgado daños y perjuicios basándose en aumentos de valor posteriores al incumplimiento, probablemente porque esos incrementos son poco habituales⁷⁵. Así pues, en la mayoría de los casos, la indemnización con arreglo a los AII arroja un resultado similar en forma de indemnización calculada de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario⁷⁶.

36. También puede otorgarse la restitución junto con otras formas de reparación, incluida la indemnización por los daños y perjuicios no cubiertos por la restitución⁷⁷. Sin embargo, los tribunales deberían velar por que la reparación combinada no se tradujera en un resarcimiento por partida doble. La declaración reparatoria también es una medida de reparación extendida. Adopta la forma de declaración de responsabilidad cuando se declara que un Estado ha incumplido una obligación impuesta por el AII. Según el comentario de la CDI, ese tipo de declaración “puede considerarse una forma de satisfacción”, si bien “esas declaraciones no están asociadas intrínsecamente con el remedio de satisfacción”⁷⁸. En cambio, la declaración es una “parte necesaria del proceso que lleva a fallar” sobre la licitud de la conducta en cuestión.

37. Otros incumplimientos del tratado: otros componentes de los AII, como el trato justo y equitativo, el trato nacional, el trato de la nación más favorecida, las cláusulas paraguas y las obligaciones de rendimiento también activan la aplicación del principio de la reparación íntegra a falta de orientaciones específicas sobre la indemnización por incumplimientos de esos componentes⁷⁹. Cuando estos incumplimientos han tenido los mismos efectos que la expropiación (es decir, el inversionista se ha visto privado completa y permanentemente del dominio, el valor de los bienes o la capacidad de usar o controlar los bienes de manera efectiva), los tribunales han calculado los daños y perjuicios de un modo similar que en el caso de la expropiación ilícita⁸⁰. Sin embargo, de otorgarse daños y perjuicios por incumplimientos distintos de la expropiación utilizando la misma metodología que la aplicada a los casos de expropiación, se corre el riesgo de confundir perjuicios que difieren en lo conceptual. Por ejemplo, la vulneración del trato justo y equitativo que afecte a un negocio en funcionamiento puede exigir que se aplique un criterio indemnizatorio distinto del valor justo de mercado. De ello se desprende lógicamente que sería extraño que los tribunales declararan un incumplimiento distinto de la expropiación que causase una privación permanente de los bienes sin declarar asimismo una expropiación.

38. En el caso de incumplimientos que no tengan carácter expropiatorio, los tribunales deberían analizar el perjuicio específico causado por la violación del tratado para indemnizar al inversionista por las pérdidas efectivas sufridas⁸¹. Al difuminar esa

⁷⁵ *ADC v. Hungary*, párr. 497; *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. y ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. c. la República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI núm. ARB/07/30, decisión sobre jurisdicción y fondo, 3 de septiembre de 2013, párrs. 343 y 401; *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. el Estado Plurinacional de Bolivia*, caso CIADI núm. ARB/06/2, laudo, 16 de septiembre de 2015, párr. 422.

⁷⁶ Ripinsky/Williams, pág. 88.

⁷⁷ Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, art. 34.

⁷⁸ Comentario de la CDI, art. 37, comentario 6.

⁷⁹ *Glencore International A.G., C. I. Prodeco S.A. y Sociedad Portuaria Puerto Nuevo S.A. c. la República de Colombia (II)*, caso CIADI núm. ARB/19/22 (Glencore c. Colombia II), laudo, 19 de abril de 2024, párr. 325; *Greentech Energy Systems A/S, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, and NovEnergia II Italian Portfolio SA v. Italian Republic*, caso SCC núm. V 2015/095, laudo, 23 de diciembre de 2018, párr. 548.

⁸⁰ *Murphy Exploration & Production Company International v. Republic of Ecuador*, caso CPA núm. 2012-16, laudo final parcial, 6 de mayo de 2016, párr. 482; *Gemplus, S.A., SLP, S.A. y Gemplus Industrial S.A. de C.V. c. los Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI núm. ARB(AF)/04/3, laudo, 16 de junio de 2010, párrs. 12 a 26; *Talsud S.A. c. los Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI núm. ARB(AF)/04/4, laudo, 16 de junio de 2010, párrs. 12 a 52; *CMS c. la Argentina*, párr. 410.

⁸¹ Comentario de la CDI, art. 36, comentario 4; M. Kinnear, “Damages in Investment Treaty Arbitration”, en *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, K. Yannaca-Small (ed.) (2010), págs. 561 y 562; A. Cohen Smutny, “Some Observations on the Principles Relating to Compensation in the Investment Treaty Context”, *ICSID Review*, volumen 22 (2007), págs. 19 y 20.

distinción se corre el riesgo de aplicar un criterio de valuación que no es el adecuado porque un incumplimiento distinto de una expropiación tal vez no se traduzca directamente en una reducción del valor de la inversión, tal y como da a entender la comparación entre el valor justo de mercado de la inversión en la hipótesis según la cual no se habría producido un perjuicio *de no haber sido por el acto* y el valor en la realidad⁸². Para determinar el importe adecuado de los daños y perjuicios es necesario tener en consideración diversos factores como los intereses afectados (p. ej., acciones, deuda, derechos contractuales), el incumplimiento alegado y la naturaleza del perjuicio (p. ej., si la inversión se destruyó o se inutilizó temporalmente)⁸³. Esta valoración depende fundamentalmente de los hechos específicos del caso. Por ello, los tribunales deberían velar por que las pretensiones de indemnización se basen en análisis rigurosos obligando a las partes a presentar cálculos de perjuicios específicos directamente vinculados a la vulneración del tratado.

Recomendaciones

Los tribunales deberían identificar el criterio indemnizatorio aplicable, comenzando con las cláusulas del AII aplicable. En los casos en que el criterio indemnizatorio no esté expresamente contemplado para el presunto incumplimiento en el tratado correspondiente, los tribunales deberían remitirse al derecho internacional consuetudinario, los principios generales del derecho internacional, los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y el caso *Chorzów Factory* para establecer el criterio indemnizatorio.

Los tribunales deberían aplicar el principio de la reparación íntegra por las expropiaciones ilícitas, que incluye la restitución cuando sea posible o la indemnización equivalente al valor de la inversión perdida en la hipótesis según la cual no se habría producido tal pérdida *de no haber sido por el acto*.

Los tribunales deberían velar por que los laudos de daños tuvieran una función indemnizatoria y no punitiva. La indemnización debería tener como objetivo colocar al inversionista en la posición en la que se encontraría de no haber sido por el hecho internacionalmente ilícito y no necesariamente castigar al Estado por el acto.

Para las violaciones del trato justo y equitativo, el trato nacional, el trato de la nación más favorecida, las cláusulas paraguas o las obligaciones de rendimiento, los tribunales deberían evitar acudir sistemáticamente a los mismos niveles de indemnización que en el caso de la expropiación. Deberían evitar aplicar el valor justo de mercado de manera automática a menos que el incumplimiento hubiera causado una privación completa y permanente. En lugar de ello, los daños y perjuicios deberían reflejar el daño real sufrido, basado en la naturaleza del perjuicio y los intereses del inversionista afectados.

Los tribunales deberían obligar a las partes a presentar rigurosos análisis de los perjuicios basados en los hechos, de modo que se exigieran pruebas creíbles que vinculasen la vulneración del tratado con pérdidas específicas. Los tribunales deberían rechazar las demandas especulativas o infundadas y fomentar el uso de valuaciones periciales cuando correspondiera.

E. Defensas del Estado frente a los daños y perjuicios

39. Un Estado puede invocar diversas circunstancias para limitar el importe de la indemnización adeudada en respuesta a una reclamación de daños y perjuicios. Las defensas más habituales son las siguientes: i) la culpa concurrente del inversionista, ii) la falta de mitigación del perjuicio por parte del inversionista, iii) la excepción del

⁸² PSEG Global and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Turkey, caso CIADI núm. ARB/02/5 (PSEG v. Turkey), laudo, 19 de enero de 2007, párr. 308.

⁸³ Ripinsky/Williams, pág. 90.

estado de necesidad, iv) el incumplimiento del derecho nacional por parte del inversionista y v) la prohibición de otorgar daños y perjuicios especulativos.

40. Culpa concurrente: los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos establecen que la reparación debe tener en cuenta “la contribución al perjuicio resultante de la acción o la omisión, intencional o negligente, del Estado lesionado o de toda persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación”⁸⁴. Esto refleja la idea arraigada de que los AII no son pólizas de seguros que cubran decisiones empresariales insensatas de los inversionistas⁸⁵.

41. Una vez que el inversionista ha demostrado la existencia de un nexo causal entre la conducta ilícita del Estado y el daño sufrido, la carga pasa a recaer sobre el Estado, que ha de demostrar que el inversionista contribuyó sustancialmente a su propio perjuicio⁸⁶. Las conductas del inversionista deben haber sido “intencionales o negligentes” y deben “haber contribuido materialmente al perjuicio”⁸⁷. La culpa concurrente también comprende la evaluación inadecuada de los riesgos por parte del inversionista o su aceptación voluntaria⁸⁸. Una vez que se ha declarado que hubo culpa concurrente, los tribunales disponen de margen de discrecionalidad para determinar la magnitud de la reducción de la indemnización otorgada⁸⁹. Los peritos de las partes pueden guiar a los tribunales a la hora de pronunciarse sobre el monto de la reducción.

42. Falta de mitigación: como principio general del derecho internacional, la parte lesionada tiene la obligación de actuar de forma razonable para mitigar sus pérdidas⁹⁰, lo cual también resulta aplicable en el contexto del derecho de las inversiones⁹¹. El objetivo es evitar que la parte agraviada se quede de brazos cruzados y espere a ser indemnizada por el daño que podría haber evitado y reducido⁹². Esta obligación de mitigación nace en el momento en que el inversionista tiene conocimiento de las circunstancias que dan lugar al incumplimiento⁹³.

43. A fin de establecer que no se han mitigado los daños, el demandado debe demostrar que el demandante se mantuvo inactivo de manera irrazonable o que mantuvo una conducta irrazonable tras el incumplimiento⁹⁴. Así pues, el deber de mitigación puede

⁸⁴ Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, art. 39.

⁸⁵ *Emilio Agustín Maffezini c. el Reino de España*, caso CIADI núm. ARB/97/7 (Maffezini c. España), laudo, 13 de noviembre de 2000, párr. 64; *MTD c. Chile*, laudo, párr. 178; *El Paso Energy International Company c. la República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/03/15 (El Paso c. la Argentina), laudo, 31 de octubre de 2011, párr. 401.

⁸⁶ *LSF-KEB Holdings SCA and others v. Republic of Korea*, caso CIADI núm. ARB/12/37, laudo, 30 de agosto de 2022, párrs. 809 y 810; *Copper Mesa v. Ecuador*, párr. 6.88; *Stati et al. v. Kazakhstan*, párr. 1454.

⁸⁷ Comentario de la CDI, art. 39, comentarios 1 y 5; *Burlington c. el Ecuador*, párr. 576; (*DS*)2, S.A., *Peter de Sutter and Kristof De Sutter v. Republic of Madagascar (II)*, caso CIADI núm. ARB/17/18, 17 de abril de 2020, párr. 461; *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. la República del Ecuador*, caso CIADI núm. ARB/06/11 (Occidental c. el Ecuador II), laudo, 5 de octubre de 2012, párrs. 666 a 670.

⁸⁸ Ripinsky/Williams, pág. 315.

⁸⁹ *MTD c. Chile*, decisión sobre la anulación, 21 de marzo de 2007, párr. 101; *STEAG c. España*, párr. 795; *UAB E energija v. Republic of Latvia*, caso CIADI núm. ARB/12/33 (UAB v. Latvia), decisión sobre la anulación, 8 de abril de 2020, párr. 197; *Caratube International Oil Company LLP and Devincenzi Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan (II)*, caso CIADI núm. ARB/13/13 (Caratube v. Kazakhstan II), laudo, 27 de septiembre de 2017, párr. 1192; *Occidental c. el Ecuador II*, párr. 670; véase la secc. C supra.

⁹⁰ Comentario de la CDI, art. 31, comentario 11; *Hrvatska Elektroprivreda d.d. v. Republic of Slovenia*, caso CIADI núm. ARB/05/24, laudo, 17 de diciembre de 2015, párr. 215.

⁹¹ *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt*, caso CIADI núm. ARB/99/6, laudo, 12 de abril de 2002, párr. 167; *Bridgestone Licensing Services, Inc. y Bridgestone Americas, Inc. c. la República de Panamá*, caso CIADI núm. ARB/16/34, laudo, 14 de agosto de 2020, párr. 565.

⁹² *The Islamic Republic of Iran v. The United States of America*, laudo del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos núm. 604-A15 (II:A)/A26 (IV)/B43-FT (Islamic Republic of Iran v. United States), 10 de marzo de 2020, párr. 1797.

⁹³ *CME v. Czech Republic*, laudo final, 14 de marzo de 2003, párr. 303.

⁹⁴ *William Ralph Clayton, William Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, Inc. v. Government of Canada*, caso CPA núm. 2009-04, laudo sobre daños, 10 de enero de 2019,

obligar al inversionista a vender productos, detener la prestación de servicios, tratar de renegociar un contrato o abandonar un proyecto no rentable⁹⁵. Algunos tribunales se han mostrado cautos a la hora de aplicar este principio, alegando que tan solo es necesario que los esfuerzos de mitigación del inversionista sean razonables teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso⁹⁶. Por ejemplo, el tribunal en el caso *SPP* sostuvo que el demandante no tenía obligación alguna de aceptar una alternativa inadecuada⁹⁷ y el tribunal en el caso *AIG* señaló que el hecho de obligar a un inversionista a aceptar una solución más favorable para el Estado receptor permitiría de manera errónea que los Estados incumplieran sus obligaciones internacionales con impunidad⁹⁸. De ello se desprende que puedan reclamarse los costos soportados por un inversionista al mitigar las pérdidas siempre que hayan sido razonables y no excedan el daño evitado por medio de la mitigación⁹⁹. En principio, los daños y perjuicios otorgados deberían reflejar la pérdida total derivada del perjuicio, menos las pérdidas evitadas a través de la mitigación, más los costos asociados a los esfuerzos de mitigación. Los tribunales disponen de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de pronunciarse sobre la magnitud de esa reducción¹⁰⁰.

44. Estado de necesidad: el estado de necesidad es una circunstancia que excluye la ilicitud conforme al derecho internacional consuetudinario y puede invocarse cuando la medida del Estado haya sido el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente¹⁰¹. Esta defensa permite que no se cumpla con una obligación durante el tiempo que se mantenga el estado de necesidad. Este se ha interpretado de forma restrictiva de modo que comprende “casos excepcionales” y exige la concurrencia de varias condiciones, la más importante de las cuales es que el Estado no puede haber contribuido a que se produjera el estado de necesidad¹⁰². Los artículos de la CDI dejan abierta la posibilidad de que deba abonarse la indemnización por la “pérdida efectiva” aun cuando prospere la excepción del estado de necesidad¹⁰³, si bien sigue sin estar claro en qué condiciones sucedería¹⁰⁴.

45. Algunos AII incluyen la excepción del estado de necesidad en disposiciones sobre medidas no excluidas o en cláusulas sobre la excepción de los intereses esenciales de seguridad. Sigue debatiéndose si esas disposiciones tienen el mismo alcance y efectos que la excepción del estado de necesidad conforme al derecho internacional consuetudinario¹⁰⁵. Estas cláusulas y la excepción del estado de necesidad fueron objeto de extensos análisis en los casos de arbitraje relacionados con la Ley de Emergencia de la Argentina, aprobada en respuesta a la crisis financiera del país a principios de la década de los años 2000. Los tribunales se mostraron divididos en su interpretación: la

párr. 204; *Cairn Energy PLC and Cairn UK Holdings Limited v. The Republic of India*, caso CPA núm. 2016-07 (*Cairn Energy v. India*), laudo final, 21 de diciembre de 2020, párr. 1887.

⁹⁵ Marboe, pág. 55.

⁹⁶ *Iran v. United States*, párrs. 1797 y 1798.

⁹⁷ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, caso CIADI núm. ARB/84/3 (*SPP v. Egypt*), laudo, 20 de mayo de 1992, párr. 172.

⁹⁸ *AIG Capital Partners, Inc. and CJSC Tema Real Estate Company Ltd. v. The Republic of Kazakhstan*, caso CIADI núm. ARB/01/6, laudo, 7 de octubre de 2003, párr. 10.6.4(5).

⁹⁹ *Hydro Energy I S.à r.l. and Hydroxana Sweden AB v. Kingdom of Spain*, caso CIADI núm. ARB/15/42, laudo, 5 de agosto de 2020, párr. 117.

¹⁰⁰ *MTD c. Chile*, decisión sobre la anulación, 21 de marzo de 2007, párr. 101; *STEAG c. España*, párr. 795; *UAB v. Latvia*, párr. 197; *Caratube v. Kazakhstan II*, párr. 1192; *Occidental c. el Ecuador II*, párr. 670.

¹⁰¹ Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, art. 25, párr. 1; Ripinsky/Williams, pág. 339.

¹⁰² Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, art. 25, párr. 2.

¹⁰³ Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, art. 27 b); Comentario de la CDI, art. 27, comentarios 1 y 4.

¹⁰⁴ F. Paddeu, “Circumstances Precluding Wrongfulness”, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, párrs. 22 a 29.

¹⁰⁵ Ripinsky/Williams, pág. 340.

mayoría de ellos rechazó la defensa de la Argentina¹⁰⁶, y unos pocos consideraron que reunía los requisitos establecidos por el derecho internacional consuetudinario o las disposiciones del tratado en cuestión¹⁰⁷.

46. Dada su naturaleza, la excepción del estado de necesidad podría proteger una amplia gama de intereses que a menudo entran en juego en las controversias relativas a inversiones. De hecho, ya se ha invocado en casos relacionados con el ejército¹⁰⁸, así como la protección del medio ambiente y la salud pública¹⁰⁹. Sin embargo, la interpretación restrictiva que han hecho de ella los tribunales hasta la fecha ha limitado enormemente su aplicación.

47. Cumplimiento del derecho nacional: es habitual que los AII limiten la protección convencional a las inversiones establecidas cumpliendo con el derecho nacional. El cumplimiento del derecho nacional por parte del inversionista puede ser relevante en todas las etapas de las actuaciones, incluida la cuantificación. Por ejemplo, un tribunal puede carecer de competencia si el inversionista vulneró el derecho nacional en el momento de realizar la inversión¹¹⁰ o puede desestimar una demanda en cuanto al fondo si considera que la medida del Estado constituye una respuesta legítima a la conducta ilícita del inversionista¹¹¹. El incumplimiento del derecho nacional también podría ser pertinente a la hora de calcular los daños y perjuicios, por ejemplo, en el contexto de la culpa concurrente (véanse los párrs. 40 y 41 *supra*)¹¹².

48. Algunos AII de primera generación contienen disposiciones en las cuales se exige el cumplimiento del derecho nacional, que los tribunales han interpretado normalmente en el sentido de que excluyen únicamente las inversiones que *se establecieran* vulnerando el derecho nacional¹¹³. Incluso en los casos en que no existe un requisito explícito de legalidad, algunos tribunales han sostenido que la protección que brinda el AII en cuestión no debería hacerse extensiva a las inversiones realizadas ilegalmente¹¹⁴. Algunos AII que responden a un nuevo modelo van un paso más allá al alentar a los inversionistas a cumplir las normas internacionales y los estándares del sector, como los principios de responsabilidad social empresarial, gobernanza empresarial, los principios de derechos humanos y las normas ambientales. A fin de aclarar la aplicabilidad de esas normas y estándares a los inversionistas, algunos AII han optado por imponer directamente los requisitos a los inversionistas, mientras que en otros se los alienta a adoptarlos en sus prácticas y políticas internas o se les exige que cumplan las leyes y reglamentos nacionales, también en materia de derechos humanos, protección del medioambiente y normativa laboral.

¹⁰⁶ *El Paso c. la Argentina*, párr. 665; *CMS c. la Argentina*, párr. 331; *Sempra Energy International c. la República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/02/16, laudo, 28 de septiembre de 2007, párr. 346.

¹⁰⁷ *LG&E c. la Argentina*, párrs. 258 y 259; *Continental Casualty Company c. la República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/03/9, laudo, 5 de septiembre de 2008, párr. 265.

¹⁰⁸ *AAPL v. Sri Lanka*, párrs. 63 y 64.

¹⁰⁹ *Michael Anthony Lee-Chin c. la República Dominicana*, caso CIADI núm. UNCT/18/3, laudo final, 6 de octubre de 2023, párr. 265.

¹¹⁰ *Álvarez y Marín Corporación S.A c. la República de Panamá*, caso CIADI núm. ARB/15/14, laudo, 12 de octubre de 2018, párr. 135; *Cairn Energy v. India*, párr. 709.

¹¹¹ *Bear Creek c. el Perú*, párr. 335; *Worley International Services Inc. v. Republic of Ecuador*, caso CPA núm. 2019-15, laudo final, 22 de diciembre de 2023, párr. 314; *Hesham Talaat M. Al-Warraq v. The Republic of Indonesia*, laudo final, 15 de diciembre de 2014, párr. 645.

¹¹² *Copper Mesa v. Ecuador*, párrs. 6.99 a 6.102; *Occidental c. el Ecuador II*, párrs. 679, 680 y 687.

¹¹³ *Khan Resources v. Mongolia*, decisión sobre jurisdicción, 25 de julio de 2012, párrs. 383 y 384; *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. la República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/07/26, decisión sobre jurisdicción, 19 de diciembre de 2012, párr. 260; *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. la República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/09/1, decisión sobre jurisdicción, 21 de diciembre de 2012, párr. 257, en que se cita *Gustav F.W. Hamester GmbH & Co. KG v. Republic of Ghana*, caso CIADI núm. ARB/07/24, laudo, 18 de junio de 2010, párr. 96.

¹¹⁴ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines (II)*, caso CIADI núm. ARB/11/12, laudo, 10 de diciembre de 2014, párr. 332; *SAUR International S.A. c. la República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/04/4, decisión sobre jurisdicción y sobre

responsabilidad, 6 de junio de 2012, párr. 308.

49. Prohibición de otorgar daños y perjuicios especulativos: en consonancia con el requisito probatorio (véanse los párrs. 20 a 22 *supra*), existe un principio consolidado en el derecho internacional en virtud del cual no se puede ordenar a los Estados que abonen una indemnización por daños y perjuicios especulativos¹¹⁵. El rechazo de los daños y perjuicios especulativos por parte de los tribunales se ha manifestado de distintas maneras. En consonancia con el principio de la reparación íntegra, los tribunales solo han otorgado daños y perjuicios por las pérdidas efectivas, no por el daño hipotético¹¹⁶. Por ejemplo, el tribunal del caso *Mobil (I)* se negó a otorgar daños y perjuicios que no consideraba maduros, al llegar a la conclusión de que la pérdida proyectada por los inversionistas aún no se había materializado en el momento del arbitraje¹¹⁷. No obstante, el tribunal sostuvo que los inversionistas podían reclamar una indemnización en un nuevo arbitraje por esas pérdidas¹¹⁸. Del mismo modo, los tribunales se han mostrado reticentes a reconocer la pérdida de beneficios futuros a menos que se pudiera demostrar con certeza razonable una corriente de ingresos previstos. Esta situación se plantea en el contexto de las pretensiones de daños y perjuicios calculados a partir del modelo de flujo de efectivo descontado y podría llevar a su desestimación (véanse los párrs. 53 a 55 *infra*).

50. En resumen, existen varias defensas que los Estados pueden invocar en las controversias relativas a inversiones. Estas defensas no suelen estar contempladas en los AII, en particular en los denominados AII de primera generación, sino que suelen derivarse del derecho internacional consuetudinario, los principios generales del derecho internacional o la práctica arbitral. A ese respecto, los tribunales deberían recurrir en mayor medida a los peritos de las partes a la hora de calcular las reducciones de los daños y perjuicios a partir de la culpa concurrente o la falta de mitigación, con el fin de promover un mayor rigor y precisión económica en sus laudos.

Recomendaciones

Los tribunales deberían estudiar las defensas que pretenden limitar la indemnización. Cuando se establece que hay culpa concurrente o no se han hecho esfuerzos de mitigación, los tribunales deberían valorar los daños y perjuicios en consecuencia. Los tribunales también deberían velar por que los daños y perjuicios reflejaran el daño efectivo (no especulativo) y aplicar un elevado requisito probatorio para el lucro cesante y la pérdida de ingresos futuros.

Los tribunales deberían tener en consideración el cumplimiento del derecho nacional y las normas internacionales pertinentes por parte del inversionista, no solo en la etapa de análisis de la competencia del tribunal y del fondo del asunto, sino también en la etapa de cuantificación.

Los tribunales deberían tener presentes los principios de equidad y proporcionalidad a la hora de valorar los daños y perjuicios, teniendo en cuenta factores como la situación económica de los Estados demandados, la posición de los demandantes y otras circunstancias pertinentes.

¹¹⁵ *Amoco International Finance Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, núm. 310-56-3, laudo parcial, 14 de julio de 1987, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, párr. 238; M. Kantor, *Valuation for Arbitration: Compensation Standards, Valuation Methods and Expert Evidence* (2008), pág. 71.

¹¹⁶ Comentario de la CDI, art. 36, comentario 27; *Chorzów Factory*, en especial pág. 57.

¹¹⁷ *Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation v. Government of Canada (I)*, caso CIADI núm. ARB(AF)/07/4, decisión sobre responsabilidad y principios de la cuantificación, 22 de mayo de 2012, párrs. 469 a 473; *PJSC DTEK Krymenergo v. Russian Federation*, caso CPA núm. 2018-41, laudo, 1 de noviembre de 2023, párrs. 841 y 842.

¹¹⁸ De hecho, uno de los inversionistas ejerció esta opción. Después de que el tribunal desestimara las excepciones a la competencia alegadas por el Canadá basadas en la prescripción y el principio de cosa juzgada, las partes llegaron a un acuerdo para resolver el caso: *Mobil Investments Canada Inc. v. Canada (II)*, caso CIADI núm. ARB/15/6, laudo, 4 de febrero de 2020.

F. Métodos de valuación

51. Los tribunales han empleado diversos métodos de valuación prospectivos y retrospectivos para determinar el valor justo de mercado de una inversión¹¹⁹. Los métodos prospectivos se centran en el potencial generador de beneficios del bien y puede seguir un criterio basado en los ingresos o en el mercado¹²⁰. En cambio, los métodos retrospectivos aplican un criterio basado en los bienes y se centran en el valor histórico de los bienes.

52. La determinación del método de valuación apropiado atiende a los hechos en cada caso y suele depender de un conjunto de factores, incluido el sector o industria de la inversión, el tipo de bien, la etapa de desarrollo del proyecto y la cantidad y calidad de la información disponible. Cabe destacar que cada método de evaluación puede arrojar un resultado diferente, por lo que los tribunales tienen el cometido de seleccionar el que refleje con mayor precisión el valor justo de mercado de la inversión. El objetivo es situar al inversionista en una posición equivalente a la posición en la que se encontraba en el momento en que se cometió el acto ilícito¹²¹. Por ello, es una buena práctica que se den instrucciones a los peritos para que utilicen múltiples métodos de valuación a la hora de determinar los daños y perjuicios¹²². En el caso de que no se fundamentaran determinadas suposiciones, se podrían obtener grandes diferencias, lo que justificaría que las partes dieran una explicación al respecto.

1. Criterio basado en los ingresos

53. Un criterio basado en los ingresos valora un bien de acuerdo con su potencial generador de ingresos en el futuro. El criterio basado en los ingresos más habitual es el método de flujo de efectivo descontado, que calcula el valor actual de los flujos de efectivo previstos del negocio¹²³. En pocas palabras, el método de flujo de efectivo descontado predice los flujos de efectivo futuros del negocio, aplica una tasa de descuento para reflejar el valor temporal del dinero y tiene en cuenta el riesgo asociado al hecho de invertir en un Estado¹²⁴. La tasa de descuento suele ser un importante ámbito de discrepancia entre los peritos que calculan los daños y perjuicios y puede tener un efecto considerable en el resultado final¹²⁵. La tasa de descuento debería reflejar el grado real de riesgo al que estaba expuesto la inversión con anterioridad al hecho ilícito¹²⁶. A ese respecto, es discutible si la prima de riesgo del país debería incluirse como un riesgo general de expropiación. Por una parte, los inversionistas deberían estar protegidos frente a la propensión del Estado a expropiar, y este no debería poder beneficiarse de su propia ilicitud¹²⁷. Por otra parte, el valor justo de mercado debería reflejar lo que un comprador dispuesto en el mercado habría tenido en cuenta, incluido

¹¹⁹ Ripinsky/Williams, pág. 193; A/CN.9/WG.III/WP.220, párrs. 20 a 26.

¹²⁰ C.L. Beharry y E. Méndez Bräutigam, “Damages and Valuation in International Investment Arbitration” (Beharry/Bräutigam), en *Handbook of International Investment Law and Policy*, J. Chaisse, L. Choukroune, S. Jusoh (eds.) (2021), págs. 1438 y 1439.

¹²¹ Wälde/Sabahi, págs. 1064 y 1065.

¹²² *Crystalex International Corporation c. la República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI núm. ARB(AF)/11/2 (Crystalex c. la República Bolivariana de Venezuela), laudo, 4 de abril de 2016, párrs. 916 a 918; *Rusoro Mining v. Bolivarian Republic of Venezuela*, caso CIADI núm. ARB(AF)/12/5 (Rusoro v. Bolivarian Republic of Venezuela), laudo, 22 de agosto de 2016, párrs. 787 a 790; *Windstream Energy v. Canada*, caso CPA núm. 2013-22 (Windstream Energy v. Canada), laudo, 27 de septiembre de 2016, párr. 481; *Guris et al. v. Syrian Arab Republic*, caso ICC núm. 21845/ZF/AYZ, laudo final, 31 de agosto de 2020, párr. 338; *Mason Capital L.P. and Mason Management LLC v. Republic of Korea*, caso núm. 2018-55, laudo final, 11 de abril de 2024, párr. 1034; Marboe, págs. 50 y 51.

¹²³ Beharry/Bräutigam, pág. 1439.

¹²⁴ Marboe, pág. 47; Beharry/Bräutigam, pág. 1439.

¹²⁵ Beharry/Bräutigam, pág. 1439.

¹²⁶ Wälde/Sabahi, pág. 1077.

¹²⁷ *Gold Reserve v. Bolivarian Republic of Venezuela*, párr. 814.

el riesgo general de ser expropiado¹²⁸. Desde una perspectiva práctica, puede resultar empíricamente difícil aislar o calcular en qué medida este factor está reflejado en la prima de riesgo del país¹²⁹.

54. El método de flujo de efectivo descontado es una herramienta de valuación sumamente sensible, de modo que los pequeños cambios en los datos de entrada pueden afectar considerablemente el resultado¹³⁰. Por tanto, su fiabilidad varía en función de la cantidad y la calidad de la información disponible, por ejemplo, sobre el rendimiento de los bienes, los gastos de explotación, las condiciones del mercado, la financiación, las fuerzas competitivas y el panorama del sector¹³¹. Así pues, es importante que los parámetros estén respaldados por pruebas fiables y que las suposiciones sean razonables y realistas. Los tribunales se han mostrado reticentes a aplicar valuaciones basadas en el método de flujo de efectivo descontado en los casos en que los demandantes no demuestran la futura rentabilidad de sus bienes con un grado suficiente de certeza¹³², por ejemplo cuando la empresa no es un negocio en marcha o carece de un historial acreditado de rentabilidad¹³³. En el comentario de la CDI también se señala que normalmente se logra un grado suficiente de certeza “en virtud de pactos contractuales o, en algunos casos, una larga serie de antecedentes de tratos comerciales”¹³⁴.

55. A fin de garantizar que los daños y perjuicios pecuniarios se otorguen sobre la base de pruebas suficientes y no sean inherentemente especulativos, los tribunales deberían aplicar el método de flujo de efectivo descontado únicamente cuando concurren determinadas circunstancias. Los siguientes son algunos de los criterios que ayudan a determinar si ese método es apropiado: i) la existencia de un historial acreditado de rendimiento financiero, ii) la fiabilidad de los flujos de efectivo futuros previstos, iii) la presencia de un mercado establecido para la inversión, iv) la viabilidad de calcular un verdadero costo medio ponderado del capital y v) el hecho de que la inversión opere o no en un mercado regulado¹³⁵. Con el fin de reducir al mínimo las especulaciones a la hora de aplicar el modelo de flujo de efectivo descontado, los tribunales podrían exigir que los peritos nombrados por las partes señalaran y justificaran las suposiciones fundamentales en que se basen sus evaluaciones. Alternativamente, los tribunales podrían nombrar a sus propios peritos o asesores para que valorasen esas suposiciones y sus repercusiones en el cálculo de los daños y perjuicios.

2. Criterio basado en el mercado

56. Los métodos de valuación basados en el mercado deducen el valor de un bien a partir de información de acceso público sobre empresas cotizadas u operaciones similares¹³⁶. Se trata de un criterio prospectivo por cuanto refleja la percepción que tiene

¹²⁸ *Saint-Gobain Performance Plastics Europe c. la República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI núm. ARB/12/13, decisión sobre responsabilidad y principios de la cuantificación, 30 de diciembre de 2016, párrs. 717 a 723.

¹²⁹ J. Searby, “Measuring Country Risk in International Arbitration”, en *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, Beharry (ed.) (2018), págs. 255 y 256.

¹³⁰ *OI European Group B.V. (OIEG) c. la República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI núm. ARB/11/25, laudo, 10 de marzo de 2015, párr. 663; *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. c. el Reino de España*, caso CIADI núm. ARB/13/36 (Eiser c. España), laudo, 4 de mayo de 2017, párr. 465; Comentario de la CDI, art. 36, comentario 26.

¹³¹ Beharry/Bräutigam, pág. 1439.

¹³² *Vivendi c. la Argentina I*, párr. 8.3.5; *SPP v. Egypt*, párr. 188; *Metalclad Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI núm. ARB(AF)/97/1 (Metalclad c. México), laudo, 30 de agosto de 2000, párr. 120; *NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain*, caso CIADI núm. ARB/14/11, decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y principios de cuantificación, 12 de marzo de 2019, párr. 647.

¹³³ *Deutsche Telekom AG v. Republic of India*, caso CPA núm. 2014-10, laudo final, 27 de mayo de 2020, párrs. 200 y 209; *Rand Investments Ltd. and others v. Republic of Serbia*, caso CIADI núm. ARB/18/8, laudo [censurado], 29 de junio de 2023, párrs. 684 a 687.

¹³⁴ Comentario de la CDI, art. 36, comentario 27, en que se cita Washington D. C., Editorial del Gobierno de los Estados Unidos, *Damages in International Law*, volumen III (1943), pág. 1837.

¹³⁵ *Rusoro v. Bolivarian Republic of Venezuela*, párr. 759.

¹³⁶ Beharry/Bräutigam, pág. 1440; Beharry, pág. 205.

el mercado de las perspectivas generadoras de ingresos de la inversión¹³⁷. Los expertos en cuantificación utilizan diversas fuentes de información para deducir el valor de mercado de un bien y, en la mayoría de los casos, se utilizan empresas u operaciones comparables (método de comparaciones) o datos puntuales referidos a la inversión (indicadores de valuación en el bien).

57. Método de comparaciones: este método otorga un valor al bien en cuestión a partir del valor de empresas que tengan bienes similares o a partir de operaciones con bienes o empresas comparables en condiciones de independencia mutua en la fecha de valuación o en una fecha cercana e introduce ajustes para reflejar las diferencias que puedan ser razonables¹³⁸. En general, los tribunales han utilizado únicamente empresas comparables en los casos en que existe un número suficiente de empresas razonablemente similares en cuanto a su producto, tamaño, ámbito geográfico y perfil financiero¹³⁹. Sin embargo, las valuaciones basadas en operaciones comparables son menos habituales porque la información sobre las ventas no es de fácil acceso. Este método se ha utilizado históricamente en los casos en que es el método estándar para valuar un bien en el sector (p. ej., bienes inmuebles), refleja una operación en condiciones de independencia mutua, los bienes tienen características similares y el método constituye la prueba de valuación más fiable¹⁴⁰.

58. Si bien el método de comparaciones facilita un dato puntual rápido y sencillo, acaba reflejando el valor intrínseco de bienes comparables que tal vez no resulte aplicable a los bienes del inversionista. En consecuencia, el método de comparaciones es vulnerable ante el sesgo de supervivencia inherente al hecho de comparar el valor del bien con el valor de proyectos establecidos con un largo historial de beneficios. En particular, en los proyectos que se encuentran en una fase inicial, se corre el riesgo de que la inversión no logre los rendimientos de las empresas comparables que tuvieron éxito en el mercado. Con el fin de reflejar esa falta de certeza, los tribunales podrían aplicar un factor de descuento o comparar proyectos que se encuentren en etapas similares.

59. Asimismo, algunos tribunales se han mostrado escépticos respecto del método por el elevado grado de subjetividad que entra en juego a la hora de seleccionar las empresas o las operaciones comparables. En vista de esas dudas, los tribunales han tendido a utilizar las comparaciones como una comprobación secundaria en lugar de método primario de valuación¹⁴¹.

60. Indicadores de valuación en el bien: otro método basado en el mercado examina indicadores de valor de la inversión, como el precio bursátil, las operaciones anteriores o las ofertas de adquisición anteriores. Este método puede ser adecuado, por ejemplo, cuando la inversión sea el único bien de una empresa que cotiza en bolsa. En ese caso, puede inferirse el valor del bien examinando su capitalización bursátil en una fecha determinada. Sin embargo, este método puede resultar menos esclarecedor cuando las acciones de la empresa no cotizan en un volumen suficiente o con suficiente frecuencia. Del mismo modo, en los casos en que el supuesto de hecho no prevé una fecha de valuación “no condicionada”, como sucede a menudo con las expropiaciones indirectas y progresivas, este criterio tal vez no refleje las pérdidas efectivas del inversionista¹⁴².

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ Wälde/Sabahi, págs. 1062 y 1063.

¹³⁹ *Crystalex c. la República Bolivariana de Venezuela*, párr. 901; *CMS c. la Argentina*, párr. 412; *Khan Resources v. Mongolia*, párr. 399; S. P. Pratt y A. V. Niculita, *Valuing a business: the analysis and appraisal of closely held companies*, 5^a edición, (2008) (Pratt/Niculita), pág. 262; Wälde/Sabahi, págs. 1070 y 1071.

¹⁴⁰ Pratt/Niculita, pág. 310; *Vestey Group Ltd c. la República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI núm. ARB/06/4 (*Vestey c. la República Bolivariana de Venezuela*), laudo, 15 de abril de 2016, párrs. 352 a 354; *Windstream Energy v. Canada*, párr. 476; *Occidental c. el Ecuador*, párrs. 787 y 788; *Crystalex c. la República Bolivariana de Venezuela*, párr. 909; Wälde/Sabahi, pág. 1071.

¹⁴¹ *Gold Reserve v. Bolivarian Republic of Venezuela*, párr. 832; PwC, “International arbitration damages research: Closing the Gap between Claimants and Respondents”, *Journal of Damages in International Arbitration*, volumen 3, núm. 1 (PwC) (2015), pág. 8.

¹⁴² *Crystalex c. la República Bolivariana de Venezuela*, párrs. 889 a 895; *Rusoro v. Bolivarian Republic of Venezuela*, párrs. 767 a 769 y 789.

Las ofertas de compra o las operaciones coetáneas referidas al bien en condiciones de plena competencia pueden aportar pruebas efectivas del valor del bien, en particular cuando suceden cerca de la fecha de valuación. Por ejemplo, el tribunal del caso *Kahn Resources v. Mongolia* se basó en una oferta de compra coetánea, a la que introdujo ajustes para reflejar la acción ilícita del Estado¹⁴³.

3. Criterio basado en los bienes

61. El criterio basado en los bienes es un método de valuación retrospectivo que determina el valor de un negocio agregando sus bienes tangibles e intangibles. El criterio basado en los bienes más habitual calcula los gastos relacionados con la inversión soportados con anterioridad al hecho ilícito. Para que se le otorguen daños y perjuicios sobre esta base, el inversionista debe demostrar lo siguiente en relación con los gastos: i) estaban vinculados a la inversión; ii) fueron realizados por el inversionista; iii) no fueron manifestamente irrazonables, y iv) estaban respaldados con suficientes pruebas¹⁴⁴. Otros métodos basados en los bienes examinan el valor contable de la empresa (activo neto total menos pasivo neto total sin depreciación acumulada, disminución del activo agotable, amortización o menoscabo)¹⁴⁵, el valor de liquidación (precio estimado con arreglo a las condiciones de liquidación)¹⁴⁶ y el valor de reposición (cantidad necesaria para sustituir los bienes en su estado real con anterioridad a la fecha de valuación por bienes similares)¹⁴⁷.

62. Los criterios basados en los bienes, al igual que los costos de inversión, implican cálculos más sencillos que se basan en información a la que es más fácil acceder en comparación con los métodos de valuación prospectivos. Habida cuenta de que estas cifras se basan en datos generados con fines ajenos a los procesos contenciosos, son también menos susceptibles de caer en posibles sesgos¹⁴⁸. Así pues, los daños y perjuicios calculados de acuerdo con estos métodos pueden determinarse con un grado relativamente elevado de certeza. Aunque la simplicidad y el carácter inequívoco son ventajas fundamentales, los criterios basados en los bienes podrían indemnizar a la baja a un inversionista cuyo bien fuera sumamente rentable o indemnizar en exceso a un demandante cuyo bien tuviera un valor inferior a sus costes de inversión¹⁴⁹.

63. Es probable que los tribunales recurran a una valuación basada en los costos en los casos siguientes: i) cuando el proyecto no se encuentra todavía en fase de producción; ii) cuando no hay fundamento suficiente para hacer proyecciones de flujos de efectivo futuros sin que resulten especulativas; iii) cuando la empresa no es un negocio en marcha y hay incertidumbres respecto a ingresos y costos futuros, y iv) cuando existe una enorme diferencia entre las inversiones realizadas y la indemnización reclamada¹⁵⁰. Los costos de inversión también deberían calcularse netos de modo que reflejaran los importes que se hubieran cobrado.

64. Sigue debatiéndose si los daños y perjuicios deberían circunscribirse a la cantidad invertida por un demandante o si pueden calcularse a partir de los flujos de efectivo futuros que se anticipen. Este debate gira en torno a las inquietudes que generan las

¹⁴³ *Khan Resources v. Mongolia*, párrs. 419 y 420; *OAO “Tatneft” v. Ukraine*, caso CPA núm. 2008-8, laudo sobre el fondo, 29 de julio de 2014, párrs. 608 y 609 (que se refieren a operaciones con acciones).

¹⁴⁴ Ripinsky/Williams, págs. 266 y 271; Beharry/Bräutigam, pág. 1443.

¹⁴⁵ *Libyan American Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, arbitraje *ad hoc*, laudo, 12 de abril de 1977, párr. 320; *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. la República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/01/3, laudo, 22 de mayo de 2007, párr. 382; *Tidewater c. la República Bolivariana de Venezuela*, párr. 165.

¹⁴⁶ *CME v. Czech Republic*, laudo final, párr. 612.

¹⁴⁷ *Petrolane, Inc., et al. v. Islamic Republic of Iran et al.*, caso del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos núm. 131, laudo, 14 de agosto de 1991, párrs. 106 a 108; *Vestey c. la República Bolivariana de Venezuela*, párrs. 400 a 414 y 424 a 426; *Antoine Abou Lahoud and Leila Bounafeh-Abou Lahoud v. Congo*, caso CIADI núm. ARB/10/4, laudo, 7 de febrero de 2014, párr. 572.

¹⁴⁸ Wälde/Sabahí, pág. 1072.

¹⁴⁹ Wälde/Sabahí, pág. 1072; Beharry/Bräutigam, pág. 1443.

¹⁵⁰ *SAS c. el Estado Plurinacional de Bolivia*, párr. 859.

reclamaciones de daños y perjuicios excesivos y la necesidad de evitar los resultados especulativos. Si se tienen únicamente en cuenta los costos de inversión de un inversionista, puede suceder que no se atienda plenamente otro motivo de preocupación como son los laudos desorbitantes, puesto que este criterio podría llevar a que se presentaran demandas en que se reclamaran elevados daños y perjuicios particularmente en proyectos intensivos en capital que se encuentran en una etapa inicial, momento en que los costos iniciales pueden superar el valor de mercado del proyecto en el momento de la expropiación. En cambio, los tribunales deberían guiarse por los factores pertinentes para determinar el método de valuación más adecuado en cada caso. La elección de la metodología requiere estudiar la información disponible, la probabilidad de que la inversión sea rentable y la naturaleza del daño sufrido.

Recomendaciones

Los tribunales deberían invitar a las partes a centrar su valuación y documentos justificativos en un método que se corresponda con la naturaleza de la inversión, su historial de rendimiento, el estadio de desarrollo y la naturaleza del daño sufrido.

En los casos en que la inversión esté en curso y genere ingresos, los tribunales deberían invitar a las partes a justificar el uso del método de flujo de efectivo descontado demostrando que concurren las siguientes condiciones: i) un historial de rendimiento, ii) una proyección fiable de los flujos de efectivo futuros, iii) un mercado establecido para la inversión, iv) la viabilidad de calcular un verdadero costo medio ponderado del capital y v) el hecho de que la inversión opere en un mercado regulado. Los tribunales deberían dejar en claro que el método de flujo de efectivo descontado es apropiado únicamente cuando se han establecido fundamentos fácticos y financieros suficientemente sólidos.

Los tribunales deberían invitar a las partes a recurrir a métodos basados en el mercado en los casos en que la inversión es madura y tiene un historial acreditado como negocio en marcha, al tiempo que haga hincapié en la necesidad de transparencia y objetividad al seleccionar los datos y las suposiciones en que se base la valuación. Debería actuarse con cautela en cuanto a datos subjetivos o selectivos.

Los tribunales deberían aclarar que las valuaciones basadas en costos son más apropiadas cuando concurren las siguientes circunstancias: i) cuando el proyecto no se encuentra todavía en fase de producción; ii) cuando no hay fundamento suficiente para hacer proyecciones de flujos de efectivo futuros sin que resulten especulativas; iii) cuando la empresa no es un negocio en marcha y hay incertidumbres respecto a ingresos y costos futuros, y iv) cuando existe una enorme diferencia entre las inversiones realizadas y la indemnización reclamada.

G. Intereses

65. Se considera cada vez más que la determinación de los intereses es un componente fundamental a la hora de valorar los daños y perjuicios. Sin embargo, en la mayoría de los AII solo se mencionan los intereses en el contexto de la expropiación lícita. Del mismo modo, el artículo 38, párrafo 1, de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos otorga a los tribunales amplio margen de discrecionalidad al afirmar que se deben “pagar intereses (...) en la medida necesaria para asegurar la reparación íntegra”¹⁵¹. En consecuencia, se han seguido distintas prácticas en relación con la aplicación de los intereses. El principal motivo que explica esta divergencia radica en las opiniones discrepantes que tienen los tribunales en cuanto a la finalidad de los intereses. En términos jurídicos, los intereses otorgan una indemnización por la pérdida del uso de la suma principal durante un período en el cual

¹⁵¹ C.L. Beharry y J.P. Hugues, “Article 38: The Treatment of Interest in International Investment Arbitration”, *ICSID Review*, volumen 37, número 1–2 (2022), págs. 339 a 358.

se sigue reteniendo su abono¹⁵². En términos económicos, los intereses tienen la función de actualizar en el tiempo el valor del dinero.

66. Si bien se suele pensar en los intereses desde la perspectiva de los inversionistas, los intereses son igualmente importantes para los Estados, porque no son únicamente un componente de los daños y perjuicios que tal vez deban abonarse a un inversionista, sino que los Estados también podrían solicitar intereses sobre las costas del arbitraje y los honorarios de los abogados si las actuaciones se resuelven a su favor¹⁵³.

1. Intereses anteriores al laudo

67. Período comprendido: los intereses se devengan desde una fecha específica hasta la fecha del laudo (intereses anteriores al laudo) y desde esa fecha hasta el abono de la suma adeudada (intereses posteriores al laudo). Así queda reflejado en el artículo 38, párrafo 2, de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, que reza así: “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”. Los intereses anteriores al laudo indemnizan el abono con demora de las sumas adeudadas por el incumplimiento, mientras que los intereses posteriores al laudo alientan a que se pague oportunamente.

68. La fecha de inicio para calcular los daños y perjuicios puede variar. Los tribunales han recurrido a la fecha del incumplimiento¹⁵⁴, al inicio del arbitraje¹⁵⁵ o a la fecha del laudo¹⁵⁶. En la práctica, los intereses suelen devengarse a partir de la fecha del incumplimiento, lo que impide que haya lagunas entre ese momento y la fecha del laudo¹⁵⁷. Sin embargo, pueden surgir complicaciones cuando se alegan múltiples vulneraciones de un tratado con hechos diferentes. En esas circunstancias, un tribunal puede utilizar diferentes fechas de inicio para las diferentes medidas o perjuicios sufridos¹⁵⁸. En cuanto a la fecha final, suele tratarse de la fecha de abono de las sumas adeudadas.

69. Tipo de interés: a falta de orientaciones en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos¹⁵⁹ y los AII, los tribunales han seguido tres criterios fundamentales en cuanto a los tipos de interés. En primer lugar, los tribunales tienen en cuenta habitualmente los costos de endeudamiento del inversionista demandante¹⁶⁰ o del Estado demandado¹⁶¹. Alternativamente, los tribunales pueden aplicar las tasas interbancarias de referencia que se emplean habitualmente en los mercados financieros. Las tasas interbancarias se aplican en lugar de las tasas efectivas que ha de pagar un inversionista con el fin de evitar resultados que dependan de la solvencia del inversionista. Del mismo modo, algunos tribunales han rechazado el tipo

¹⁵² *Illinois Central Railroad Co. (U.S.A.) v. United Mexican States*, Comisión General de Reclamaciones, laudo, 6 de diciembre de 1926, párr. 5.

¹⁵³ *Gabriel Resources Ltd. and Gabriel Resources (Jersey) v. Romania (I)*, caso CIADI núm. ARB/15/31, laudo, 8 de marzo de 2024, párr. 1358(2)(b) y (c); *Peteris Pildegovics and SIA North Star v. Kingdom of Norway*, caso CIADI núm. ARB/20/11, laudo, 22 de diciembre de 2023, párr. 626(3) a (5); *Marko Mihaljevic v. Republic of Croatia*, caso CIADI núm. ARB/19/35 (*Mihaljevic v. Croatia*), laudo, 19 de mayo de 2023, párr. 152(b) y (c).

¹⁵⁴ *MTD c. Chile*, laudo, párr. 247; *AAPL v. Sri Lanka*, párr. 114; *Metalclad c. México*, párr. 128.

¹⁵⁵ *SwemBalt AB, Sweden v. The Republic of Latvia*, CNUDMI, decisión del Tribunal de Arbitraje, 23 de octubre de 2000, párr. 47; *Amco v. Indonesia*, laudo, 20 de noviembre de 1984, párr. 281.

¹⁵⁶ *Arif v. Moldova*, párr. 618; *ADC v. Hungary*, párrs. 520 y 522.

¹⁵⁷ M. Beeley, “Approaches to the Award of Interest”, en *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, Beharry, (ed.) (2018), pág. 393.

¹⁵⁸ *Strabag SE v. Libya*, caso CIADI núm. ARB(AF)/15/1, laudo, 29 de junio de 2020, párr. 964; *Siemens c. la Argentina*, párr. 397.

¹⁵⁹ Comentario de la CDI, art. 38, comentario 10.

¹⁶⁰ *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, caso CIADI núm. ARB/13/1, laudo, 22 de agosto de 2017, párrs. 990 y 998; *Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina y Mobil Argentina S.A. c. la República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/04/16, laudo, 25 de febrero de 2016, párr. 292.

¹⁶¹ *Eiser c. España*, párrs. 475 a 478; *Bear Creek c. el Perú*, párrs. 714 a 716.

de interés que ofrecía la deuda soberana¹⁶², partiendo de la premisa de la teoría del préstamo forzado, que trata al demandante como un acreedor reacio del Estado¹⁶³. Este criterio ha sido objeto de críticas por centrarse en el enriquecimiento injusto del Estado en lugar de la pérdida del inversionista, así como por el posible efecto que podría tener al penalizar indebidamente a los Estados en desarrollo.

70. En segundo lugar, las tasas basadas en el rendimiento de la inversión de un inversionista se fundamentan en la teoría de que el demandante habría invertido los fondos de los cuales se ve privado y habría obtenido un rendimiento. Este criterio puede dar pie a una gama amplia de tasas, en función de si la tasa se basa en inversiones de bajo riesgo, como letras del tesoro¹⁶⁴, en tasas interbancarias (a menudo con un recargo), o se fija por remisión al rendimiento previsto de la inversión del demandante¹⁶⁵. Dada la incertidumbre en torno al posible rendimiento que obtendría el inversionista de su inversión, algunos tribunales han optado por usar una tasa sin riesgos¹⁶⁶.

71. En tercer lugar, se han empleado tasas fijas sobre la base del derecho nacional, las cláusulas contractuales o las condiciones económicas imperantes, si bien con pocas explicaciones¹⁶⁷. De seguir este criterio, los tribunales deberían velar por que la tasa se basara en motivos sólidos desde el punto de vista tanto económico como jurídico.

72. Según un estudio, las tasas aplicadas con mayor frecuencia son las tasas interbancarias y las tasas sin riesgos¹⁶⁸. Los tribunales deberían explicar por qué seleccionan un tipo de interés determinado (y los recargos que apliquen) a fin de que fuera congruente con el principio de la reparación íntegra. La tasa aplicable también debería estar expresada en la misma moneda que el importe de los daños y perjuicios otorgados¹⁶⁹.

73. Modo de cálculo: tradicionalmente, los intereses se calculaban a partir de una base simple sobre la suma principal¹⁷⁰. Así se refleja en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos¹⁷¹, pero se trata de una práctica que ha ido en retroceso en los últimos 25 años, si bien algunos tribunales siguen usando el interés simple¹⁷². Se dice que el interés compuesto refleja con mayor precisión el valor temporal del dinero y refleja las operaciones financieras del mundo real¹⁷³. A pesar de su prevalencia en el arbitraje de inversiones, cabe destacar que esta práctica no es

¹⁶² *Tidewater c. la República Bolivariana de Venezuela*, párr. 205; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, caso CPA núm. 2005-04/AA227, (*Yukos Universal v. Russian Federation*), laudo, 18 de julio de 2014, párr. 1679.

¹⁶³ M.S. Knoll y J.M. Colon, “The Calculation of Prejudgment Interest”, en *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, documento de investigación núm. 06–21 (2005).

¹⁶⁴ *Siemens c. la Argentina*, párr. 396; *ADM c. México*, laudo, 21 de noviembre de 2007, párr. 300.

¹⁶⁵ *SAUR International c. la Argentina*, caso CIADI núm. ARB/04/4, laudo, 22 de mayo de 2014, pág. 430; *Vivendi c. la Argentina I*, párr. 9.2.8.

¹⁶⁶ *Sistem Mühendislik Insaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. v. Kyrgyz Republic*, caso CIADI núm. ARB(AF)/06/1, laudo, 9 de septiembre de 2009, párr. 194.

¹⁶⁷ *Sunlodges v. Tanzania*, párr. 502; *AAPL v. Sri Lanka*, párr. 115 (en que se aplica el 10 %); *Mr. Franz Sedelmayer v. The Russian Federation*, SCC, laudo arbitral, 7 de julio de 1998, párr. 466.

¹⁶⁸ PwC, International Arbitration Damages Study (2023), pág. 10.

¹⁶⁹ *ADM c. México*, párr. 300; *S.D. Myers v. Canada*, segundo laudo parcial, párr. 304; *Odyssey c. México*, decisión sobre la solicitud de interpretación del laudo, 16 de diciembre de 2024, párr. 57.

¹⁷⁰ Comentario de la CDI, art. 38, comentario 8; M.M. Whiteman, *3 Damages in International Law* (1943).

¹⁷¹ Comentario de la CDI, art. 38, comentario 9.

¹⁷² *Glencore c. Colombia II*, párr. 361(3); *Bank Mellí Iran and Bank Saderat Iran v. The Kingdom of Bahrain*, caso CPA núm. 2017-25, laudo final, 9 de noviembre de 2021, párr. 836(c); *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG c. el Reino de España*, caso CIADI núm. ARB/15/36 (OperaFund y Schwab Holding c. España), laudo, 6 de septiembre de 2019, párr. 746(5).

¹⁷³ F.A. Mann, “Compound Interest as an Item of Damage in International Law”, *UC Davis Law Review*, volumen 21 (1988), pág. 585.

prevalente en otros ámbitos de la solución de controversias internacionales, incluido el arbitraje comercial internacional¹⁷⁴.

74. Desde un punto de vista práctico, los tipos de interés comerciales se conciben a menudo teniendo en mente frecuencias para generar intereses compuestos (p. ej., anual, semestral, trimestral, mensual o diariamente) y el establecimiento de un período diferente en que generar intereses compuestos podría distorsionar la tasa perseguida. Por ello, de adoptarse una tasa determinada, los tribunales deberían velar por que se aplicara debidamente.

2. Intereses posteriores al laudo

75. El tratamiento de los intereses posteriores al laudo es similar al de los intereses anteriores al laudo¹⁷⁵. De hecho, algunos tribunales no hacen distinción alguna cuando ordenan el pago de intereses hasta la fecha en que se abone la suma principal. Otros distinguen entre ambos tipos de intereses, que varían no solo en cuanto a la fecha de inicio de devengo, sino también en el tipo de interés y el modo de cálculo. Normalmente, los intereses posteriores al laudo comienzan a devengarse en la fecha del laudo, si bien algunos tribunales permiten un período de gracia para que los Estados adopten medidas internas para organizar el pago de la suma principal¹⁷⁶. Esto refleja una buena práctica dada la realidad de que la mayoría de los Estados no pueden realizar el pago de manera inmediata. En cuanto a los tipos de interés, aunque los tribunales han aplicado la misma tasa que para los intereses anteriores al laudo, puede imponerse una tasa superior para los intereses posteriores al laudo¹⁷⁷. Del mismo modo, los métodos de cálculo difieren habida cuenta de que algunos tribunales optan por aplicar únicamente intereses compuestos posteriores al laudo¹⁷⁸ o establecer una frecuencia más breve para imponer intereses compuestos¹⁷⁹. Estas variaciones son un reconocimiento de la finalidad propia que persiguen los intereses posteriores al laudo: incentivar el pago sin demora.

76. Los intereses pueden tener una incidencia considerable en el total de los daños y perjuicios otorgados e incluso en ocasiones pueden ser equivalentes o superiores a la suma principal¹⁸⁰. La ausencia de reglas ha conferido a los tribunales un amplio margen de discrecionalidad en materia de intereses, lo que ha dado lugar a la falta de uniformidad en componentes fundamentales como la tasa, el período comprendido y el modo de cálculo. Asimismo, existen puntos de vista discrepantes en relación con estas cuestiones.

Recomendaciones

Los tribunales deberían entender y articular con claridad la finalidad y el fundamento jurídico del otorgamiento de intereses.

Los tribunales deberían definir y justificar la fecha en que comienzan a devengarse intereses y el período de devengo.

Los tribunales deberían seleccionar un tipo de interés que sea transparente, razonable y congruente con el principio de la reparación íntegra.

¹⁷⁴ PwC, *Damages awards in international commercial arbitration: A Study of ICC awards* (2020), pág. 20.

¹⁷⁵ *ADM c. México*, párr. 304(5); *PSEG v. Turkey*, párr. 354(3); *MTD c. Chile*, laudo, párr. 253(4).

¹⁷⁶ *Tenaris S.A. y Talta – Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. c. la República Bolivariana de Venezuela (I)*, caso CIADI núm. ARB/11/26, laudo, 29 de enero de 2016, párr. 595; *Yukos Universal v. Russian Federation*, párr. 1691; *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, caso CIADI núm. ARB/98/4 (*Wena Hotels v. Egypt*), laudo, 8 de diciembre de 2000, párr. 136.

¹⁷⁷ *Gold Reserve c. la República Bolivariana de Venezuela*, párr. 863(ii) y (iii); *Eiser c. España*, párr. 486(d); *Maffezini c. España*, párrs. 96 y 97.

¹⁷⁸ *OperaFund y Schwab Holding c. España*, párr. 746(5) y (6); *CMS c. la Argentina*, párr. 471.

¹⁷⁹ *Metalclad c. México*, párr. 131; *Maffezini c. España*, párrs. 96 y 97.

¹⁸⁰ *Wena Hotels v. Egypt*; *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, caso CIADI núm. ARB/96/1, laudo, 17 de febrero de 2000; *The American Independent Oil Company (AMINOIL) v. The Government of the State of Kuwait*, laudo final, 24 de marzo de 1982.

Los tribunales deberían precisar el modo de cálculo de los intereses y, en los casos en que resulte aplicable un interés compuesto, aclarar con qué frecuencia se devengan intereses compuestos.

Los tribunales deberían ser conscientes de los efectos considerables que pueden tener los intereses en el monto que acabe otorgándose en el laudo, que podrían igualar o superar la suma principal, así como del principio de proporcionalidad.

H. Asignación de las costas

77. Además de las reclamaciones pecuniarias por los daños y perjuicios, los tribunales deben decidir cómo repartir las costas de las partes entre ellas. Estas costas comprenden las costas del arbitraje, como las tasas administrativas de la institución arbitral y los honorarios y gastos del tribunal, así como las costas de las partes, lo que incluye los honorarios de abogados y peritos, los gastos de traducción y los gastos de viaje. Las costas pueden constituir una parte importante de un laudo, puesto que las costas de los inversionistas ascienden en promedio a los 6,4 millones de dólares y las de los Estados a los 4,7 millones de dólares¹⁸¹.

78. Por lo general, los reglamentos de arbitraje conceden amplio margen discrecional a los tribunales cuando se pronuncian sobre la asignación de las costas.

79. En términos generales, pueden señalarse dos criterios que se han seguido en la práctica arbitral: i) el criterio de que la parte vencida paga (“las costas siguen a los hechos”), con arreglo al cual la parte vencida reembolsa a la parte que prospera las costas soportadas, y ii) el criterio resumido en la frase “sufraga tus propias costas”, con arreglo al cual cada parte sufraga sus propias costas y la mitad de las costas del arbitraje. Tradicionalmente, en el arbitraje de inversiones el criterio preferido era que cada parte sufragara sus propias costas, en consonancia con las prácticas de los tribunales de justicia internacionales. Sin embargo, en los últimos años ha habido un cambio gradual en favor del criterio según el cual “las costas siguen a los hechos”¹⁸². Existe un criterio híbrido, que ha cosechado un éxito relativo, según el cual las costas se asignan en función del éxito relativo de los argumentos esgrimidos por cada parte en el arbitraje. Sin embargo, la asignación de las costas a partir de cuestiones o fases plantea dificultades en la práctica¹⁸³.

80. Si se dieran más orientaciones sobre la asignación de las costas, podría aumentar la transparencia, la congruencia y la previsibilidad¹⁸⁴. La asignación de las costas también podría ser una herramienta eficaz para controlar la conducta de las partes durante las actuaciones arbitrales y disuadir la presentación de demandas infundadas o reclamaciones por daños y perjuicios exagerados. A la hora de asignar las costas, los tribunales deberían considerar también en qué forma afectó a las costas el comportamiento de las partes, por ejemplo si el cálculo de los daños y perjuicios se basó en pruebas, si el análisis fue claro y comprensible en lugar de abstruso o excesivamente complicado y si el arbitraje avanzó con agilidad.

¹⁸¹ M. Hodgson *et al.*, “2021 Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration”, pág. 10; [A/CN.9/WG.III/WP.153](#), párrs. 17 a 21.

¹⁸² Hodgson *et al.*, pág. 16; *Georg Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia*, caso CIADI núm. ARB/12/39, laudo, 26 de julio de 2018, párr. 1316.

¹⁸³ M. Hodgson y A. Campbell, “The Allocation of Costs in Investment Treaty Arbitration”, en *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, Beharry (ed.) (2018), págs. 403 y 404.

¹⁸⁴ S.D. Franck, *Arbitration Costs: Myths and Realities in Investment Treaty Arbitration* (2019), pág. 187.

Recomendación

Los tribunales deberían asignar las costas a partir de las normas aplicables, aplicarlas de manera coherente y motivar la asignación que haga.

Al asignar las costas, los tribunales deberían considerar la desproporción entre los daños y perjuicios reclamados y otorgados, la claridad de los análisis de los peritos, la conducta de las partes y la fundamentación de las pretensiones.

Los tribunales pueden convenir con las partes en aplicar determinadas normas sobre las costas en la orden procesal. Se podría obligar a las partes a informar periódicamente de sus costas como medida de control temprana de las costas en una etapa temprana.