



Agencia Nacional de Defensa
Jurídica del Estado

DOCUMENTO

COSTOS EN EL ARBITRAJE INVERSIONISTA-ESTADO

www.defensajuridica.gov.co





Agencia Nacional de Defensa
Jurídica del Estado

COSTOS EN EL ARBITRAJE INVERSIONISTA-ESTADO

Martha Lucía Zamora

Directora General
Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Ana María Ordóñez

Directora de Defensa Jurídica Internacional

Elaborado por:

Yadira Castillo Meneses, PhD

Con el apoyo de:

Andrés Felipe Reina
César Leonardo Rodríguez Martínez
Egna Rocío Peña Rocha
Marcela María Silva

Equipo de trabajo de la Dirección de Defensa Jurídica Internacional

Tabla de Contenido

INTRODUCCIÓN.....	5
1. RESUMEN EJECUTIVO.....	6
1.1 Los costos en general	
1.2 Colombia en la región tiene costos inferiores al resto de países	
1.3. ¿Quién gana y quién pierde y cómo se distribuyen las costas?	
1.4. Los tratados y las costas	
2. METODOLOGÍA.....	8
3.REGLAS SOBRE COSTOS CIADI Y CNUDMI.....	11
3.1 CIADI	
3.2 CNUDMI	
4. LOS COSTOS DE UN ARBITRAJE.....	16
4.1 Costos de tribunal	
4.2 Costos de parte	
5.TENDENCIAS EN LA ADJUDICACIÓN DE COSTOS.....	22
5.1 ¿Quién gana más, el Estado o el inversionista?	
5.2 Lo que ocurre cuando el inversionista prevalece	
5.3 Lo que ocurre cuando el Estado prevalece	
6. COLOMBIA Y SUS CONTRASTES REGIONALES E INTERNACIONALES.....	30
7.¿LA VOLUNTAD DE LAS PARTES CONTRATANTES SOBRE COSTOS SE APLICA POR LOS ÁRBITROS?.....	35

INTRODUCCIÓN

En los dos últimos años Colombia ha acumulado varias decisiones a su favor en materia de arbitraje de inversión extranjera, que son el resultado de la suma de esfuerzos y de lecciones aprendidas a partir, en cierta parte, de las experiencias de sus vecinos y de la estrategia interna adoptada para enfrentar ese tipo de controversias internacionales. Los resultados que Colombia tiene para mostrar nos invitan a preguntarnos acerca del comportamiento de Colombia en temas de costos en un contexto global y regional pues, entre otras cosas, vale la pena analizar si hay o no diferencias significativas. Este informe tiene como fin mostrar la gestión de la Agencia en el arbitraje de inversión extranjera considerando distintas aristas.

Sumado al propósito de responder algunas preguntas básicas pero esenciales en materia de costos, como el costo promedio de costos de parte, de gastos de representación legal o de costos de expertos, el informe apuesta por analizar el comportamiento de costos de Colombia en un contexto latinoamericano e internacional. Para esos fines, el informe tiene como insumo principal una base de datos propia con 105 laudos públicos emitidos entre junio de 2017 y diciembre de 2021. Los datos arrojados por esas comparaciones son insumos valiosos para efectos de entender y explicar los gastos en los que Colombia incurre ante estos tribunales internacionales, y con ello marcar diferencias con otros estados en circunstancias similares o, en su defecto, servirán para hacer ajustes sobre el particular.

Las decisiones sobre costos suelen estar caracterizadas por un alto grado de incertidumbre.¹ Máxime, en muchos casos no es tan claro saber quién es la parte vencida o vencedora. En la práctica, no es fácil anticiparse a la decisión de los tribunales en materia de costos por el amplio margen de discrecionalidad con el que cuentan para valorar aspectos cuantitativos y cualitativos.² De esa manera, la decisión sobre costos está asociada a evaluar la existencia de éxitos parciales o compartidos, al porcentaje de daños concedidos en contraste con las pretensiones, la complejidad de la disputa, al carácter frívolo de la demanda, la existencia de provisiones en el tratado, entre otros. Considerando ese universo de variables, un objetivo adicional de este informe consiste en identificar las aproximaciones a los costos y los criterios aplicados por los tribunales para su adjudicación. Ello permitirá adquirir elementos de análisis a partir de datos cuantitativos y cualitativos con miras a reducir cierto margen de incertidumbre sobre costos, brindando la posibilidad de anticiparnos de manera razonable o al menos informada a ciertos escenarios.

¹ Franck, Susan D. *Arbitration costs: myths and realities in investment treaty arbitration*. Oxford University Press, 2019, p.189.

² “However, when it comes to the allocation of costs, the practice and reasoning of tribunals is diverse and often incoherent. This inconsistency is increased by different approaches taken in the CNUDMI and ICSID Rules.” Hodgson, Matthew. “32 Costs in Investment Treaty Arbitration: The Case for Reform.” In *Reshaping the investor-state dispute settlement system*, pp. 748-759. Brill Nijhoff, 2015, p. 748.

1. RESUMEN EJECUTIVO

Anticiparse a la distribución de costos sigue teniendo un alto grado de incertidumbre para las partes. En la asignación convergen varios criterios, cuya valoración y peso obedecen a la discrecionalidad del tribunal.

En general, este estudio confirma el desuso progresivo de la aproximación pay your own way (cada uno asume sus gastos y los gastos del tribunal son distribuidos por partes iguales). De una muestra de 105 casos, en 78 casos hubo desplazamiento de costas en contra de la parte vencida, bien sea parcial o total, lo cual implica que en todo o en algún porcentaje la parte derrotada tuvo que asumir los gastos de su contraparte, mientras que en 27 casos se asignaron costas con base en pay your own way, esto es, sin desplazamiento de costas.

1.1 Panorama General de los Costos

El promedio de costos totales que asume cada una de las partes en un arbitraje de inversión extranjera está alrededor de USD 6.241.367 (incluye costos de parte y de tribunal).

En el periodo estudiado (2017-2021), el promedio de costos de parte de los inversionistas es de USD 7.005.621 y del lado de los estados es de USD 4.296.517.

El promedio de los costos de parte, tanto de inversionistas como de estados, tiende a disminuir. En el caso de los inversionistas, de USD 8.179.039 en 2017 pasó a USD 6.722.656 en 2021. En el caso de los estados, de USD 6.309.098 en 2017 pasó a USD 3.784.156 en 2021.

En promedio, los costos de un tribunal corresponden a un 9% de los costos totales de un arbitraje.

El promedio de costos de representación legal del inversionista es de USD 5.683.442, mientras que el promedio de los estados es de USD 3.492.142.

El promedio de honorarios por expertos del lado de los demandantes es de USD 1.302.308 y por el lado del demandado es de USD 849.758.

El promedio por honorarios de árbitros en el periodo 2017-2021 equivale a USD 1.210.066.

No hay diferencias significativas entre costos administrativos en el Centro Internacional de Arreglo y Diferencias Relativas a Inversiones -CIADI- y la Corte Permanente de Arbitraje -CPA-. Los costos administrativos promedio de un arbitraje CIADI corresponden a USD 927.475, los costos administrativos de un arbitraje CPA asciende a USD 1.140.440.

1.2 Colombia en la región tiene costos inferiores al resto de países

El promedio de gastos de representación legal de América Latina (AL) corresponde a USD 5.626.881, mientras que el promedio de Colombia corresponde a USD 2.504.57. La diferencia es de USD 3.122.307.

El costo promedio por honorarios de expertos incurridos por Colombia es de USD 957.340. El promedio de América Latina es de USD 1.694.195.

En AL el promedio de daños reclamados es de USD 1.694.195, en el caso de Colombia, el promedio es de USD 1.003.935.873, para una diferencia de USD 659.342.914.

El promedio de daños otorgados en AL es de USD 341.583.873, en el caso de Colombia, el promedio es de USD 4.151.833.

1.3 ¿Quién gana y quién pierde y cómo se distribuyen las costas?

En el periodo investigado hubo más laudos a favor de los estados que condenas. En 62 casos los estados ganaron. En 43 laudos se declaró la responsabilidad del estado con o sin conceder daños.

Los tribunales CPA siguen liderando las decisiones con desplazamiento de costas. En casos bajo tribunales CPA hubo un 79,31% de desplazamiento de costas en comparación con casos CIADI, en los que hubo un desplazamiento de un 72,37%.

A partir de una muestra de 43 casos, se pudo establecer que cuando el inversionista prevalece, hay una tendencia del 79,07% en la aplicación del desplazamiento de costos, mientras que en un 20,93% de laudos no hubo desplazamiento de costas.

Con base en una muestra de 62 casos, se pudo concluir que cuando el estado prevalece se incrementan los laudos sin desplazamientos de costas en un 27,42%, mientras que el desplazamiento de costos es de un 72,58%.

1.4 Los tratados y las costas

Los tratados de primera generación tienen una regulación sobre costas que arroja todo el arbitraje y que suele recoger buena parte de los postulados del pay your own way.

Los tratados de segunda generación suelen regular las costas por asignar en cuestiones preliminares ante la presentación de demandas frívolas.

2. METODOLOGÍA

Este informe estadístico tuvo como objetivo inicial actualizar el informe “costos del arbitraje de inversión,” elaborado en 2018 para la Agencia por Diana Correa. Una vez se hizo la evaluación de ese informe, fue posible identificar la necesidad de crear una base de datos propia y la posibilidad de incorporar otras líneas de investigación, con el fin de ampliar el universo de preguntas orientadoras. Para esa finalidad este informe presenta como insumo principal una base de datos elaborada con 105 laudos públicos comprendidos entre el 1 de junio de 2017 y el 31 de diciembre de 2021.³ La primera fecha está en armonía con la fuente principal que alimenta el informe de 2018, cuyo sustento es el estudio de 2017 de Allen & Overy, que cubre desde finales de 2012 hasta el 31 de mayo de 2017.⁴

Este informe se concentra en el arbitraje inversionista- Estado basado en tratados y administrado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones -Centro CIADI- o la Corte Permanente de Arbitraje -CPA-. Si bien su eje es el arbitraje sustentado en tratados, ello no excluye aquellos promovidos con base en una ley de inversiones o en un contrato, pero administrados por los organismos mencionados. Como es explicado más adelante, las categorías de análisis como los costos de parte y los costos de representación legal se manejaron con estricto apego a la clasificación que en general las partes en un arbitraje hacen cuando presentan sus escritos sobre costos. Esto es importante, en cuanto hay estudios que incluyen en los gastos legales los costos de expertos o incluyen en los costos de parte los costos de tribunal. Para efectos de establecer promedios con valores mucho más cercanos al día a día del arbitraje, fue preciso excluir tres casos que alteraban la media, debido a los costos exorbitantes que superan los USD 30 millones, a saber: i) *ConocoPhillips c. Venezuela*, con un registro de USD 70.000.030 como costos de parte y USD 44.612.473 como gastos por representación legal; ii) *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán*, en el cual el inversionista reportó USD 64.611.652 de costos de parte y USD 53.286.403 de costos legales y iii) *Perenco Ecuador Ltd. c. Ecuador y Petroecuador*, con USD 57.923.332 por costos de parte reportados por el inversionista y USD 30.452.756 como costos de representación legal.

A su vez, este estudio pretende hacer un análisis mucho más profundo en relación con las aproximaciones y criterios usados por los tribunales para adjudicar costos.

³ Este análisis no comprende decisiones sobre anulación ni tampoco terminaciones anticipadas del procedimiento.

⁴ Hodgson, Matthew, y Alastair Campbell (Allen & Overy). “Damages and costs in investment treaty arbitration revisited.” *Global Arbitration Review* 14 (2017). p. 1.

Bajo esa finalidad, el objetivo es hacer una revisión del tratado aplicable a la controversia con miras a determinar si el instrumento regula o no la distribución de costas y si el tribunal tuvo o no en cuenta la voluntad de las partes contratantes. Igualmente, este análisis toma como base las aproximaciones usadas por los tribunales, pero también apuesta por documentar sus matices de la mano de la propia interpretación hecha por el tribunal. Con esa finalidad el estudio usa las aproximaciones generales y propias a costos, pero hace uso de variantes para entender los matices documentados en las decisiones:

Gráfica 1: Aproximaciones a la distribución de costos y sus variantes

Aproximación metodológica		Posibilidades de Aplicación -Variantes		Reflejo en la matriz
A	Cada parte asume sus gastos-Pay your own way-	Costos propios + 50% costos tribunal		1
B	Desplazamiento total de costos -complete cost shifting-	Costos propios + costos razonables contraparte + costos del tribunal		2.1
C	Desplazamiento parcial de costos-partial cost shifting-	C.1	2.2.1. Costos propios + costos razonables contraparte + 50% costos tribunal	2.2.1
		C.2	2.2.2. Costos propios + algunos costos razonables contraparte + algunos costos tribunal	2.2.2
		C.3	2.2.3. Costos propios + costos del procedimiento (100%)+ algunos costos contraparte	2.2.3
		C.4	2.2.4. Costos propios + 50% de costos de parte + todos los costos de arbitraje	2.2.4
		C.5	2.2.5. Cada uno asume sus gastos + costos del tribunal compartidos por partes iguales (50%)	2.2.5
		C.6	2.2.6. Cada uno asume sus costos + perdedor asume costos totales del tribunal o asume más del 50% de costos del tribunal	2.2.6
		C.7	2.2.7. Costos propios + costos del procedimiento (100%)+ algunos costos contraparte	2.2.7

Fuente: elaboración propia- ANDJE

En la aproximación Pay your own way (A) no hay desplazamiento de costos. Por tanto, cada parte asume sus costos y los costos de tribunal son distribuidos por partes iguales. A esa misma conclusión se llega bajo la variante C.5 solo que bajo una mirada diferente, pues aquí en muchas ocasiones los árbitros parten de su discrecionalidad para moverse en la regla de los costos siguen el evento -CFTE siglas en inglés-. Por ejemplo, en los casos bajo las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil -CNUDMI-, el artículo 40 del Reglamento CNUDMI (1976) dispone que el perdedor asume los costos del arbitraje a menos que el tribunal considere otra cosa.

Para evitar la confusión entre la opción A y la opción C.5, la clave está en seguir de manera fiel el criterio usado por el tribunal y en tener claro los matices entre cada uno. Esto implica que si bien en algunos casos una aplicación en estricto sentido podría hacer pensar que una adjudicación cabría como pay-your-own-way, por cuanto cada uno paga sus gastos y el 50% de gastos de tribunal, lo cierto es que el tribunal hace uso de argumentos como los éxitos compartidos para llegar a la misma conclusión, pero por la vía de la aproximación de los costos siguen el evento. Eso implica que llegar a tal conclusión no ocurre por defecto, o porque el tratado así lo dispone, o por una decisión basada en mantener vigente una tradición, que apunta a defender la aproximación de la regla del pay-your-own-way como propia del arbitraje de inversión extranjera.

Eso es lo que precisamente ocurrió en el caso *Eskosol S.P.A c. Italia*, bajo las reglas CIADI. La decisión del tribunal podría ser catalogada como una adjudicación bajo los parámetros de pay your own way, no obstante, el tribunal aplicó la tesis del FCTE y llegó a la misma conclusión por la vía de los éxitos compartidos. Así, aunque Italia prevaleció en cuanto a los méritos, el tribunal reconoció que el demandante prevaleció en relación con temas que no estaban relacionados con la fase de mérito, pero no por ello eran menos significativos, tales como la objeción de Italia con base en la Regla 41.5, la suspensión solicitada y las demás objeciones formuladas. De acuerdo con el tribunal, las aplicaciones en cabeza de Italia incrementaron los costos y alargaron el proceso de toma de decisiones. Por ello, decidió que cada uno debía asumir sus gastos y el 50% de los costos del tribunal.⁵

En las aproximaciones B y C suele haber un desplazamiento de costas ya sea parcial o total. En la opción B solo van aquellas decisiones en las que el tribunal de manera radical dispone que la parte vencida debe asumir todos los costos (de parte y de tribunal) de la contraparte. En el caso de los desplazamientos parciales, pueden haber desplazamientos significativos, pero no radicales que se mueven entre los costos de parte y los costos de tribunal.

Así, en el caso C.1, la parte vencida asume los costos propios, más algunos costos razonables de la contraparte, que pueden suponer un traslado o desplazamiento de los costos de la parte vencedora hasta en un 90%, más el 50% de los costos de tribunal a cargo de la contraparte. En la opción C.2, no hay un porcentaje específico de desplazamiento de costos de tribunal hacia la parte derrotada. Por eso, la parte vencida asume sus costos propios, más algunos costos de parte y algunos costos del tribunal.

En la posibilidad C.3, la parte derrotada asume sus costos propios, el 100% de los costos del procedimiento de la parte vencedora y algunos costos de parte de la contraparte.

⁵ Eskosol S.P.A c. Italia, caso CIADI No. ARB/15/50, Laudo, 4 septiembre 2020, párrafo 494.

En la opción C.4, tenemos que el tribunal sanciona al perdedor exigiéndole asumir sus costos propios, el 50% de los costos de parte y todos los costos de arbitraje.

En el caso de la variante C.6, cada parte asume sus costos propios, pero el desplazamiento se presenta en el hecho que el perdedor asume costos totales del tribunal o más del 50% de dichas costas.

Finalmente, en la C.7, el perdedor asume los costos propios, los costos del procedimiento en su totalidad y algunos costos de la contraparte.

Adicionalmente, este informe abre un capítulo sobre los costos promedio asumidos por Colombia en un arbitraje de inversión en contraste con los asumidos por otros estados en América Latina-AL-. El objetivo consiste en identificar cuál es el promedio de gastos de representación legal de Colombia con respecto a AL, el promedio de honorarios por experto, el promedio de daños reclamados y daños laudados contra Colombia en contraste con AL. Para el caso de Colombia, se toma como referente los cinco laudos proferidos que se registran en la ventana temporal investigada, a saber: América Móvil, Astrida Benita Carrizosa, los Hermanos Carrizosa, Gas Naturgy y Glencore I.

Con el punto de vista del manejo de la inflación y la fluctuación de monedas, este estudio plantea una misma unidad de medida que es el dólar, pero bajo un precio constante y no corriente (fecha de emisión de la decisión). Eso significa que todas las cifras han sido indexadas a los precios de cierre del dólar a diciembre de 2021. Tal indexación orientada bajo un precio constante permite presentar un análisis numérico mucho más consistente y coherente con la realidad, dado que las conclusiones se hacen con base en valores actualizados.

3. REGLAS SOBRE COSTOS CIADI Y CNUDMI

3.1 CIADI

La amplia discrecionalidad que concede el Convenio CIADI a los tribunales para determinar las costas y su distribución es regulada por las nuevas reglas sobre arbitraje, en vigor desde julio del 2022. El artículo 61.2 del Convenio CIADI otorga al tribunal amplia libertad para determinar los gastos en que las partes incurrieron, a menos que exista un acuerdo en contrario. De la misma manera, la disposición no fija límites sobre la libertad que el tribunal tiene para la distribución de los costos de las partes, su forma de pago y la distribución de los costos del tribunal.⁶

⁶ Convenio CIADI, Artículo 61.2: “(...) (2) En el caso de procedimiento de arbitraje el Tribunal determinará, salvo acuerdo contrario de las partes, los gastos en que estas hubieren incurrido en el procedimiento, y decidirá la for-

Pese a esa amplia discrecionalidad, en el arbitraje inversionista-Estado la aproximación a los costos que ha prevalecido en el tiempo es aquella en la que cada parte asume sus costos y los gastos del tribunal son compartidos por partes iguales.⁷ No obstante, en la reforma a las Reglas de Arbitraje del CIADI, los estados se inclinaron por seguir la aproximación de los costos siguen el evento y sus variables. Así, la nueva Regla 52.1 (decisión sobre costos) demanda que el Tribunal considere todas las circunstancias relevantes para efectos de distribuir los costos, incluyendo:

- a. el resultado del procedimiento o de una parte del mismo;
- b. la conducta de las partes durante el procedimiento, incluyendo la medida en la que hayan actuado de manera expedita y eficiente en materia de costos y en cumplimiento de estas Reglas y de las órdenes y decisiones del Tribunal;
- c. la complejidad de las cuestiones; y
- d. la razonabilidad de los costos reclamados.

Adicionalmente, el numeral 2 de la misma regla consagra de manera expresa la posibilidad de reconocer a la parte vencedora los costos razonables cuando se trate de un laudo en virtud de la Regla 41.3, esto es, de una excepción por manifiesta falta de mérito jurídico de una reclamación. Con todo, ese numeral consagra la posibilidad que por circunstancias especiales la distribución de costos sea diferente.⁸ Ese puede ser el caso de un laudo que parcialmente reconozca la excepción por manifiesta falta de mérito jurídico.

Sobre la valoración de los costos en los que incurren las partes, en la práctica y de acuerdo con la Regla de Arbitraje 28.2, cada parte después del cierre del procedimiento presenta su escrito de costos, que suele ser valorado por el tribunal bajo los criterios de razonabilidad. Con respecto de los costos del tribunal, el secretario del tribunal presenta una valoración que incluye los honorarios y gastos de los miembros del tribunal, los gastos del centro, los honorarios del secretario, los pagos ya hechos por las partes al centro, y los demás gastos administrativos a que haya lugar.⁹

Los costos de procedimiento en un caso CIADI no se basan en el monto de la disputa. Alrededor de esos costos no hay fluctuaciones significativas, en la medida que hay

ma de pago y la manera de distribución de tales gastos, de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y de los derechos devengados por la utilización del Centro. Tal fijación y distribución formarán parte del laudo.”

Por su parte, la anterior Regla 52 de Arbitraje disponía: “(1) Sin perjuicio de la decisión final sobre el pago de las costas procesales, el Tribunal podrá decidir, salvo que las partes convengan en otra cosa: (a) en cualquier etapa del procedimiento, que parte de los honorarios y gastos del Tribunal y de los derechos por el uso de los servicios del Centro pagará cada una, de conformidad con lo dispuesto por la Regla 14 del Reglamento Administrativo y Financiero.”

⁷ UAB E Energija c. República de Latvia, Caso CIADI No. ARB/12/33, Opinión Disidente sobre Costas del profesor August Reinisch, 22 de diciembre de, 2017, párrafo 9.

⁸ Reglas de Arbitraje CIADI, Regla 52: “Decisión Sobre costos (...) 2) Si el Tribunal emite un laudo en virtud de la Regla 41(3), otorgará a la parte que prevalezca los costos razonables, a menos que el Tribunal decida que existen circunstancias especiales que justifiquen una distribución de costos diferente.”

⁹ Reglas de Arbitraje CIADI, Regla 28.2.

unos costos que son fijos. La suma fijada por el Centro corresponde a los honorarios y los gastos razonables del tribunal, así como a los servicios y gastos del centro

CIADI (gastos administrativos).¹⁰ Para cubrir esos costos, el Centro de manera periódica requiere a las partes hacer unos pagos que son cubiertos por igual, sin perjuicio de la distribución que haga el tribunal al final sobre el pago de costas.¹¹ La estimación de esos pagos es consultado con el presidente del tribunal, tomando en cuenta que se cubran periodos por tres a seis meses. El primer pago se hace inmediatamente se constituye el tribunal y oscila entre USD 100.000-USD 150.000 por parte.¹² El costo total de los gastos del tribunal dependerá de la complejidad del caso, su duración, así como del número de audiencias orales y escritos.¹³

Los cargos anuales administrativos corresponden a USD 42.000 y los gastos por presentar una solicitud de arbitraje ascienden a USD 25.000.¹⁴ Estos últimos no son reembolsables.¹⁵ Con relación a los honorarios de los árbitros, cada árbitro recibirá un honorario por cada día de trabajo correspondiente a USD 3000 con el fin de atender las audiencias u otras actividades relacionadas con el procedimiento, que son adicionales a los gastos directos razonablemente incurridos y adicionales a los gastos por concepto de viáticos.¹⁶

3.2 CNUDMI

La regulación de los costos en los arbitrajes CNUDMI debe distinguir las reglas de 1976 y 2010. Ambas regulaciones se orientan por la aproximación de los costos siguen el evento. La diferencia está en que las primeras reglas distinguen en la adjudicación las costas de un arbitraje (art. 40.1) y los gastos de representación legal (art.40.2). Asimismo, con el punto de vista conceptual, el Reglamento de 1976 excluye de los elementos de costas del arbitraje los honorarios de los peritos (art. 38). Esa distinción hace que la distribución de costas cuente con puntos de partida diferentes para regular la discrecionalidad del tribunal, pero en todo caso no van en contravía de la misma. Con las segundas reglas (2010), no hay distinción en las facultades discrecionales para asignar costas, pues se establece que las costas del arbitraje (en general) serán a cargo de la parte vencida, no obstante, se concede al tribunal la posibilidad de prorratear los elementos de las costas entre las partes (art. 40.1). Adicionalmente, en las reglas del 2010 se incluyen los honorarios de expertos como elementos de las costas (art. 40.e).

¹⁰ CIADI, “Cost of proceedings”, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/services/content/cost-of-proceedings>, consultado en mayo de 2022.

¹¹ Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, Regla 14.3.d.

¹² CIADI, 10.

¹³ CIADI, 10.

¹⁴ Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, Reglas 14 y 16.

¹⁵ Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, Regla 16.

¹⁶ Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, Regla 14.1 (a)(b).

El artículo 40 de las Reglas CNUDMI de 1976 consagra que salvo lo dispuesto en el párrafo 2, en principio, las costas de un arbitraje estarán a cargo de la parte vencida. Sin embargo, la disposición permite que en el marco de esa aproximación el tribunal haga un prorratio de cada uno de los elementos de las costas entre las partes. Eso quiere decir que la regla no supone una aplicación radical de la aproximación -cost follow the event- en todos los casos, con lo cual el tribunal puede hacer uso de criterios como los éxitos compartidos, el comportamiento o profesionalismo de las partes, el carácter temerario de la demanda, etc.¹⁷

Ahora bien, el párrafo 2 del artículo 40, relacionado con los gastos de representación legal, que no incluyen costos de expertos, es la excepción a la aplicación de la aproximación de los costos siguen el evento. De acuerdo con los trabajos preparatorios, hubo un gran esfuerzo por conferirle mayor discrecionalidad a los árbitros, de tal manera que fue acordado que la decisión sobre quién debe asumir los gastos de representación legal y en qué monto o incluso si procede su prorratio, no estaría condicionada por la aplicación de una aproximación tradicional a los costos.¹⁸ El artículo 40 establece:

1. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2, en principio, las costas del arbitraje serán a cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorratear cada uno de los elementos de estas costas entre las partes si decide que el prorratio es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

El trato diferenciado con respecto a los costos de representación legal fue eliminado en la revisión de las Reglas CNUDMI 2010. Allí, el grupo de trabajo decidió amalgamar el párrafo uno y dos en el artículo 42 (artículo 40 en las Reglas de 1976).¹⁹ Esa fusión es preciso analizarla considerando además que en las Reglas de 2010 los costos de expertos también están incluidos en los costos del arbitraje.²⁰ Al final, los gastos de representación legal hacen parte del universo de costas y la práctica no muestra que sea inapropiado que bajo la aproximación de los costos siguen el evento se determine la distribución de los elementos que integran los costos de un arbitraje.

¹⁷ Mohamed Abdel Raouf Bahgat c. Egipto, Caso PCA No. 2017-07, Laudo del 23 de diciembre de 2019, párrafo 610.

¹⁸ 20. The CHAIRMAN noted that the majority preferred the secretariat version of paragraph 2 for all arbitration costs except legal assistance fees; for such fees, the majority preferred to leave the arbitrators free to decide if compensation should be made. Therefore paragraph 2 would remain unchanged and would relate to all costs except those specified in paragraph 1 (e); the arbitrators would be free to decide on the apportionment of the costs specified in paragraph 1 (e), and no principle of compensation would be laid down. United Nations Commission on International Trade Law, "Ninth Session Committee of the whole (II) summary record of the 13th meeting", A/CN.9/9/C.2/SR.13, (Nueva York, 22 de abril de 1976), párrafo 20; ver también: Bahgat c. Egipto, 18, párrafo 164.

¹⁹ 28. A proposal was made to amalgamate paragraphs (1) and (2), so as to make the apportionment of the costs of representation and assistance subject to the same principles as other costs currently governed by paragraph (1). While it was observed that the distinction between the different types of costs in paragraphs (1) and (2) reflected different legal traditions, it was considered by the Working Group that it was preferable to amalgamate both paragraphs as proposed. United Nations Commission on International Trade Law, Forty-first session, "Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation on the work of its forty-eighth session," A/CN.9/646, (Nueva York, Febrero 4-8 de 2008), párrafo 28.

²⁰ El artículo 40 de las Reglas de CNUDMI 2010 define las costas de un arbitraje.

La disposición en mención, mantiene la distribución de costas con base en la aproximación los costos siguen el evento, con la posibilidad de valorar los éxitos parciales u otros factores:

1. Las costas del arbitraje serán a cargo de la parte vencida o las partes vencidas. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorratear cada uno de los elementos de estas costas entre las partes si decide que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En cuanto a los honorarios del tribunal arbitral, las Reglas CNUDMI de 1976 y las de 2010 plantean²¹ que deben ser razonables,²² sujetos a criterios como: “el monto en disputa, la complejidad del tema, el tiempo dedicado por los árbitros y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso”.²³ Además, si las partes se han puesto de acuerdo sobre una autoridad nominadora y esa autoridad ha fijado un arancel de honorarios de árbitros, deberá ser considerado por el tribunal siempre que lo considere apropiado.²⁴ En un arbitraje bajo las reglas CNUDMI, una vez el tribunal se constituye, puede requerir a las partes que depositen una suma igual por concepto de anticipo para cubrir los honorarios del tribunal, los gastos de viaje y demás expensas de los árbitros y el costo de asesoramiento pericial o cualquier otra asistencia requerida por el tribunal.²⁵ Antes de hacer ese requerimiento, el tribunal deberá consultar con la autoridad nominadora, en caso que exista y si una de las partes le solicitó intervenir en la fijación del depósito.²⁶ En el transcurso del procedimiento, el tribunal podrá requerir depósitos adicionales.²⁷

21 Reglas de Arbitraje CNUDMI, 1976, Artículo 39.1: “1. Los honorarios del tribunal arbitral serán de un monto razonable, teniendo en cuenta el monto en disputa, la complejidad del tema, el tiempo dedicado por los árbitros y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso”.

22 Reglas de Arbitraje CNUDMI, 1976, Artículo 38: “e) El costo de representación y de asistencia de letrados de la parte vencedora si se hubiera reclamado dicho costo durante el procedimiento arbitral y solo en la medida en que el tribunal arbitral decida que el monto de ese costo es razonable”.

23 Reglas de Arbitraje CNUDMI, 1976, Artículo 39.2; Reglas de Arbitraje CNUDMI, 2010, Artículo 41.1.

24 Reglas de Arbitraje CNUDMI, 2010, Artículo 39.2.

A diferencia de lo que ocurre en las Reglas CNUDMI 1976, el artículo 41.3 y siguientes de las reglas revisadas del 2010 dispone que, el tribunal, una vez constituido, comunicara a las partes de qué manera se propone determinar sus honorarios y gastos. Las partes cuentan con 15 días para remitir esa propuesta a la autoridad nominadora si existe o al secretario general de la CPA. Ambos pueden hacer ajustes que deberán ser acatados por el tribunal.

25 Reglas de Arbitraje CNUDMI, 2010, Artículo 41.1.

26 Reglas de Arbitraje CNUDMI, 2010, Artículo 41.3 1976.

27 Reglas de Arbitraje CNUDMI, 2010, Artículo 41.2.

4. LOS COSTOS DE UN ARBITRAJE

Los costos de arbitraje son unas de las principales preocupaciones de las partes en un arbitraje.²⁸ Las estadísticas de este estudio a partir de 102 casos muestran que el promedio de costos totales que asume cada una de las partes en un arbitraje de inversión extranjera está alrededor de USD 6.241.367 (para cubrir los gastos de un tribunal y los costos de parte), sin que algunos ejemplos no dejen de salirse del promedio.²⁹ Los costos están comprendidos en dos grandes grupos: los costos del tribunal y los costos de las partes, siendo los gastos de representación legal pertenecientes a este último grupo, los que concentran la mayor atención.³⁰ Mientras que los primeros pueden mantener un cierto margen de estabilidad, en especial, si se trata de arbitrajes institucionales, los gastos de representación legal obedecen a la libre relación de oferta-demanda que se crea en el mercado.

Los costos de un arbitraje son influenciados por la manera como el arbitraje es conducido, para lo cual resulta importante pensar en la forma en qué es estructurado y en la gestión eficiente de los casos por las partes.³¹ La eficiencia se construye en doble vía. Del lado del tribunal, la selección de árbitros con altas capacidades para administrar un caso, es clave. Del lado de las partes, resulta importante la designación de los abogados, los peritos, del centro que administra el arbitraje, el acuerdo sobre un calendario procesal, la decisión sobre la bifurcación o no de un caso o de su desestimación temprana.³² En términos de costos, no es lo mismo un arbitraje con bifurcación en asuntos de jurisdicción y/o en fase de daños. Las firmas suelen planear sus honorarios considerando la posibilidad que el caso sea bifurcado en asuntos de jurisdicción, pero no siempre en daños. Sobre este último, puede propiciarse un nuevo cobro para la parte, no solo en gastos de representación legal sino también en honorarios de expertos, en el evento que la fase de daños así lo requiera.

28 Queen Mary University of London y White & Case LLP. “2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration.” *Queen Mary University of London* (2018), p. 7; Ver También Hodgson, 2, p. 748: “The costs of the investment arbitration process and how these costs are ultimately allocated between the disputing parties are therefore matters of considerable importance”.

29 Commission, Jeffrey. ‘How Much Does an ICSID Arbitration Cost? A Snapshot of the Last Five Years’, *Kluwer Arbitration Blog* (2016), Disponible en:

<http://kluwerarbitrationblog.com/2016/02/29/how-much-does-an-icsid-arbitration-cost-a-snapshot-of-the-last-five-years/>; Hodgson, 2, p. 748, 756.

En este análisis de datos, se identificaron tres casos que alteraban el promedio debido a los costos exorbitantes que superan los USD 30 millones: i) *ConocoPhillips c. Venezuela*, con un registro de USD 70.000.030 como costos de parte y USD 44.612.473 como gastos por representación legal; ii) *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán*, en el cual el inversionista reportó USD 64.611.652 de costos de parte y USD 53.286.403 de costos legales y iii) *Perenco Ecuador Ltd. c. Ecuador y Petroecuador*, con USD 57.923.332 por costos de parte reportados por el inversionista y USD 30.452.756 como costos de representación legal.

30 Gabriel Bottini, Julien Chaisse, Marko Jovanovic, Facundo Perez Aznar y Catherine Titi. “Excessive cost and recoverability of cost awards in investment arbitration”, *Academic Forum on ISDS, Concept Paper 2019/9*, (2019), p. 6.

31 Bottini, 30, p. 6; CNUDMI, Grupo de trabajo III, Documento A/CN.9/WG.III/WP.153, párrafo 100.

32 CNUDMI, Grupo de trabajo III, Documento A/CN.9/WG.III/WP.153, párrafo 100.

4.1 Costos de tribunal

Los costos de tribunal incluyen los honorarios y gastos de los árbitros, asistente de tribunal, secretario del tribunal y los costos administrativos del centro de arbitraje. Estos últimos no tendrán lugar si estamos hablando de un arbitraje ad-hoc.

Según Bottini, los costos de un tribunal corresponden a un 7.7% y 7.9% de los costos de un arbitraje.³³ Por su parte, la CPA ha indicado que los costos de un tribunal oscilan entre un 10-15% de los costos totales de un arbitraje.³⁴ En este estudio los datos muestran que esos gastos corresponden a un 9% de los costos totales de un arbitraje. Los gastos promedio de un tribunal (administrativos y honorarios de árbitros) en el periodo investigado corresponden a USD 992.486.

Gráfica 2: Evolución del promedio de gastos administrativos



Fuente: elaboración propia- ANDJE

Las cifras además permiten señalar que no hay diferencias significativas entre costos administrativos en CIADI y CPA. Los costos administrativos promedio de un arbitraje CIADI corresponden a USD 927.475, los costos administrativos de un arbitraje CPA asciende a USD 1.140.440.

³³ Bottini, 30, p. 11.

³⁴ CPA, “Costs in PCA Dispute Settlement”, Disponible en: <https://pca-cpa.org/en/costs/>, Consultado el 7 de abril de 2022.

COSTOS EN EL ARBITRAJE INVERSIONISTA-ESTADO

Con base en los 102 casos analizados se estableció que el promedio por honorarios de árbitros en el periodo 2017-2021 equivale a USD\$1.210.066. Eso permite corroborar que los honorarios de los árbitros constituyen el gasto más representativo en los costos de un tribunal. A diferencia de lo que ocurre con los gastos administrativos, en este concepto se registran contrastes significativos y distintos. Por ejemplo, para 2017 los costos promedio fueron de USD 723.141, mientras que para 2019 se registra un incremento en el promedio, situándose en USD 2.329.739, finalmente en 2021 decae, llegando a USD 685.453.

Gráfica 3: Evolución de los honorarios de árbitros



Fuente: elaboración propia- ANDJE

4.2 Costos de parte

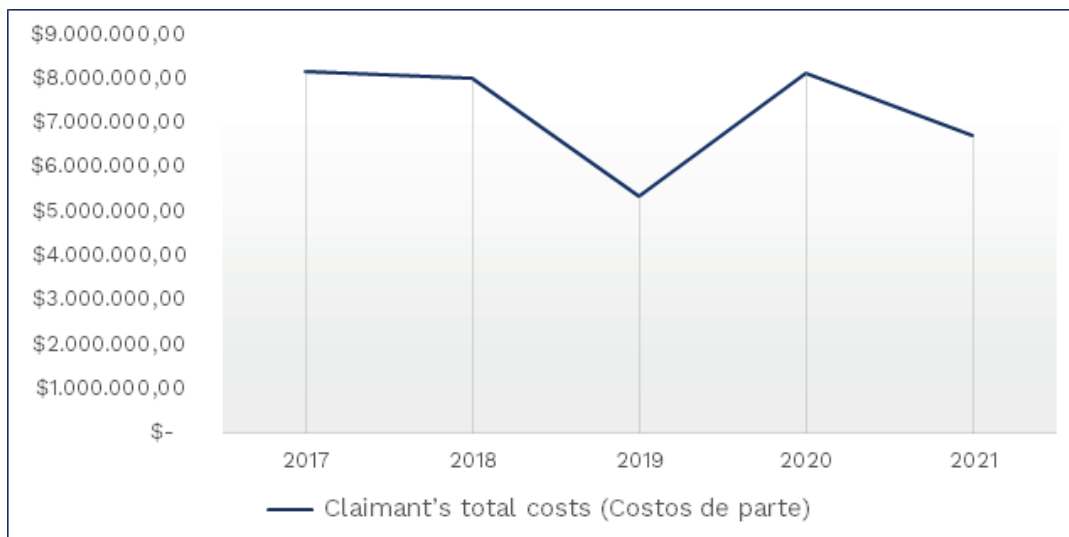
Los costos de parte comprenden los gastos de representación legal, los gastos de los expertos, los gastos de testigos, incluidos viáticos y aquellos gastos administrativos internos (impresiones, correos certificados). Según la CPA, los costos de parte constituyen alrededor del 85-90% del costo total de un arbitraje.³⁵ Los resultados arrojados por una muestra de 102 casos coinciden con esa aseveración. Aquí, se logró establecer que los costos de parte constituyen el 92% de los costos de un arbitraje.

En el periodo investigado en este informe se estableció que el promedio general de costos de parte de los inversionistas es de USD 7.005.621 y del lado de los estados es de USD 4.296.517.

³⁵ CPA, 35.

Allen & Overy en su último estudio establecen que los costos promedio de los inversionistas tienden a disminuir en el periodo 2017-2021. Ellos indican que, en los costos promedio la disminución es del 3% para el inversionista (de USD 7.4 millones en 2017 a USD 7.2 millones en 2020) y para el estado la disminución es de un 15% en los costos promedio (mean costs) (de USD 5.2 a USD 4.4 millones en el mismo periodo). La muestra de 102 casos elaborada para este estudio coincide y permite establecer que los costos de parte del inversionista y del estado tendieron a disminuir en el periodo investigado. En el caso de los inversionistas, se observa una reducción en los recursos que ellos invierten para defender sus casos. Así, para el 2017, se registra un promedio de USD 8.179.039 como costos de parte del inversionista, mientras que para 2021 se registra una media de USD 6.722.656. En el caso de los estados, la disminución es también significativa en la destinación de recursos para la defensa. Para el 2017, los costos totales promedio de parte se registran en USD 6.309.098 mientras que para 2021 el promedio se registra en USD 3.784.156. Las gráficas muestran lo señalado:

Gráfica 4: Evolución de los costos totales de los demandantes



Fuente: elaboración propia- ANDJE

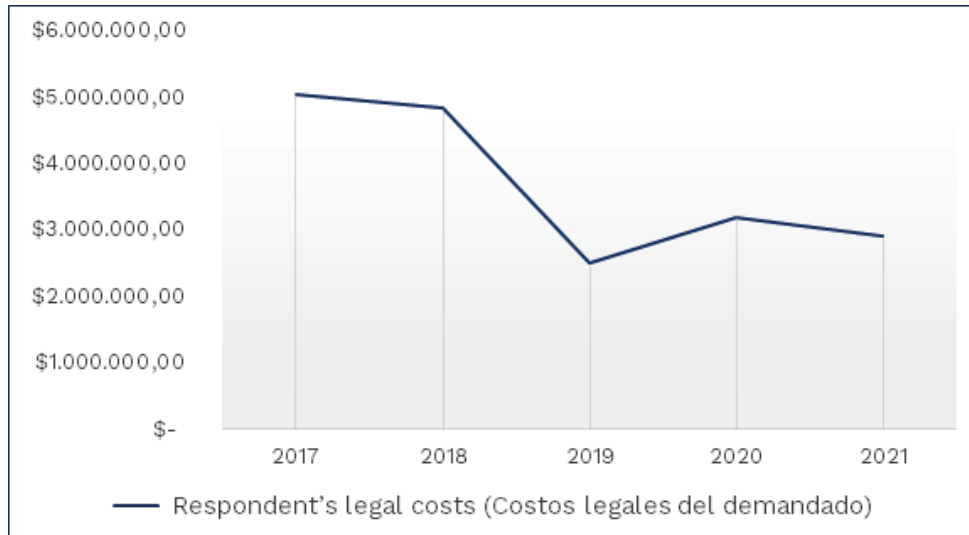
Gráfica 5: Evolución de los costos totales de los estados

Fuente: elaboración propia- ANDJE

Dentro del universo de costos de parte, los gastos de representación legal comportan los costos más significativos de un arbitraje.³⁶ Como ya se indicó, en este estudio los gastos de representación legal comprenden los gastos que asumen las partes por su defensa legal, excluyendo los honorarios de expertos o gastos de testigos. Los costos por representación legal en los que incurren los inversionistas suelen ser más altos que los gastos en los que incurre un Estado. Con base en la muestra estudiada, se logró establecer que el promedio de costos de representación legal del inversionista en el periodo 2017-2021 es USD 5.683.442, mientras que el promedio de los estados es de USD 3.492,142.

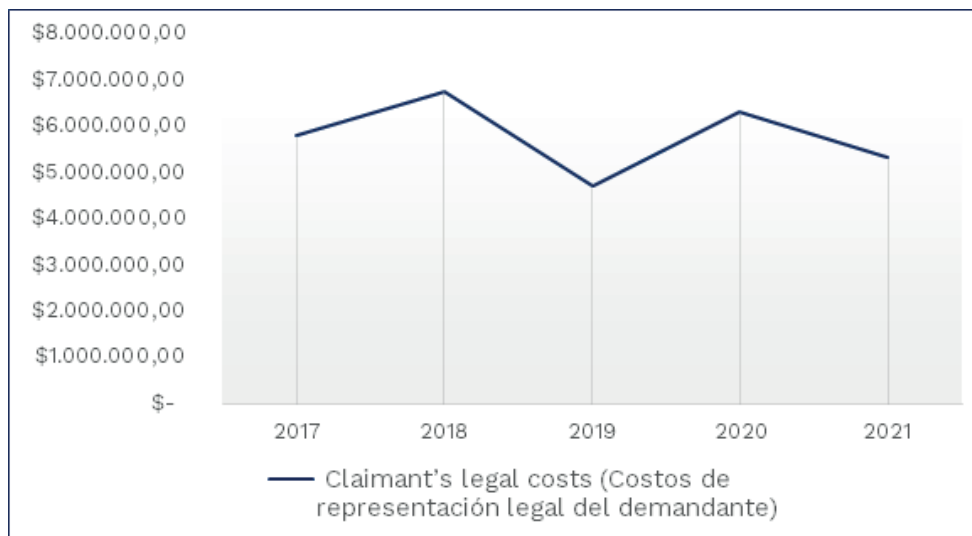
³⁶ Bottini, 30, p. 6; CNUDMI, Grupo de trabajo III, Documento A/CN.9/WG.III/WP.153, párrafo 19.

Gráfica 6: Evolución del promedio de costos legales de los estados



Fuente: elaboración propia- ANDJE

Gráfica 7: Evolución del promedio de costos legales de los demandantes



Fuente: elaboración propia- ANDJE

En el contexto estatal es posible encontrar al menos tres modelos de defensa. Así, algunas defensas son externas, lo cual implica que son hechas por firmas internacionales. En otros casos se hace bajo un modelo in house, como ocurre con Canadá, España y Estados Unidos. Finalmente, la representación puede ser híbrida, lo que

implica que hay una agencia estatal especializada que asume la defensa con apoyo en abogados externos, tal como ocurre con Colombia.

Existen casos en los cuales se ha reconocido los success fees o la cuota de éxito como parte de los costos que reclama una parte, tal como ocurrió en el caso *Bahgat c. Egipto*, bajo las Reglas CNUDMI 1976. El tribunal señaló que la expresión costos de representación legal está abierta a diferentes interpretaciones y que todo depende de si la cuota o los honorarios de éxito son prometidos en conexión con la representación legal. En ese sentido, el tribunal reconoció que el demandante no habría podido conseguir una adecuada representación legal de no ser por tal figura.³⁷ Asimismo, sobre los costos del third party funding, el tribunal asumió que se trataba de costos de representación legal y asistencia. Sin esgrimir razones, dispuso que debían ser asumidos por el demandante, quien prevaleció en sus reclamaciones.³⁸

Finalmente, tenemos los gastos por concepto de expertos como parte de los costos de parte. Los datos muestran que el promedio general de honorarios por expertos del lado de los demandantes es más alto en comparación con el de los estados. Así, para el inversionista el promedio general es de USD 1.302.308 y por el lado del demandado es de USD 849.758.

5. TENDENCIAS EN LA ADJUDICACIÓN DE COSTOS

Hay dos aproximaciones que se usan en el arbitraje internacional para distribuir los costos: pay your own way y cost follow the event. Hay una tercera aproximación que se orienta en hacer la distribución de los costos a partir de los “éxitos relativos” o de otros factores.³⁹ Sin embargo, esta última aproximación suele ser vista como una aplicación mucho más detallada de los costos siguen el evento.⁴⁰ En este estudio, los éxitos relativos y factores dependientes serán integrados en la aproximación cost follow the event.

Con la aproximación pay your own way cada parte asume sus gastos y el 50% de los costos del tribunal.⁴¹ La segunda aproximación cost follow the event, que es la más usada en el arbitraje comercial internacional,⁴² apunta a que la parte que prevalece

³⁷ Bahgat c. Egipto, 18, párrafo 588.

³⁸ Bahgat c. Egipto, 18, párrafos 590-591.

³⁹ Franck, 1, p. 191.

⁴⁰ CNUDMI, Grupo de trabajo III, Documento A/CN.9/WG.III/WP.153 párrafo 29; Hodgson, 4, p. 5.

⁴¹ Vasani, Baiju S., and Anastasiya Ugale. Cost allocation in investment arbitration: Back toward diversification. No. 100. Columbia FDI Perspectives, 2013, Disponible en: <https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/D85H7QNM>

La aproximación del pay your own way es de aplicación frecuente en Estados Unidos, China y Japón. Ver Hogson, 2, p. 750

⁴² Vasani, 41.

Esa aproximación a los costos es usada en varios países como Inglaterra y Gales, Francia, Alemania, Hong Kong,

recupere sus gastos como si no hubiese tenido que incurrir en ellos.⁴³ La aproximación puede manifestarse con varias posibilidades. Una de ellas supone un desplazamiento radical o total de los costos, -complete cost-shifting- o -fully adjusted cost order- lo que implica que la parte vencida debe cubrir todos los costos razonables de la parte vencedora y los costos del tribunal (loser pays).⁴⁴ Puede también suceder que el tribunal decida que el desplazamiento no será total sino parcial -partial-cost-shifting o partially adjusted cost order,⁴⁵ caso en el cual existen varias posibilidades para establecer el desplazamiento, esos matices han sido identificados en este estudio en la Gráfica 1, para facilitar la trazabilidad de las decisiones y el porqué de las mismas. Esas variantes suelen estar motivadas por aspectos como la existencia de éxitos parciales, el comportamiento de las partes, un resultado claro, la complejidad de la controversia, la identificación de demandas, defensas u objeciones frívolas, entre otros.⁴⁶

Tradicionalmente, en el arbitraje de inversión los tribunales han seguido la aproximación por defecto aplicable a los costos en el derecho internacional público y en las controversias interestatales, que consiste en la aproximación del pay your own way.⁴⁷ Susan Franck en su más reciente estudio concluye que la aproximación del pay your own way sigue siendo la de mayor aplicación. Bottini en una investigación con apoyo en el estudio elaborado por Susan Franck señala que el paradigma de que el perdedor es el que paga no es dominante y tampoco es una tendencia emergente en arbitraje de inversiones.⁴⁸ Franck con apoyo en una muestra de 161 laudos, indica que en el 57.4% (93) de los laudos se aplicó la aproximación del pay-your-own-way. En los casos restantes, en el 20.4% (33 casos) los tribunales desplazaron los costos a los inversionistas y en 22.2% (36 laudos) a los estados.⁴⁹

Los resultados arrojados por este estudio van en un sentido opuesto a lo afirmado por Susan Franck. A partir de una muestra de 105 casos en un periodo comprendido entre junio de 2017 y diciembre de 2021, se logró establecer que en 78 casos hubo un desplazamiento de costos. Con base en esa muestra, se determinó que en 57 casos hubo un desplazamiento parcial de costos, esto es, que se aplicaron las aproximaciones comprendidas entre (C.1 y C.7, excluyendo la C.5), y en 21 casos hubo un completo desplazamiento, esto significa que el perdedor tuvo que asumir todos los gastos de su contraparte (de parte y de tribunal). Finalmente, tan solo en 27 casos se

Italia, Holanda-países bajos, Polonia, Rusia, Singapur, España y Tailandia. Ver Hodgson, 2, p. 751.

43 UAB E Energija c. República de Latvia, 7, párrafo 10.

44 Vasani, 41.

45 Hodgson, 2, p. 749.

46 Franck, 1, p. 191.

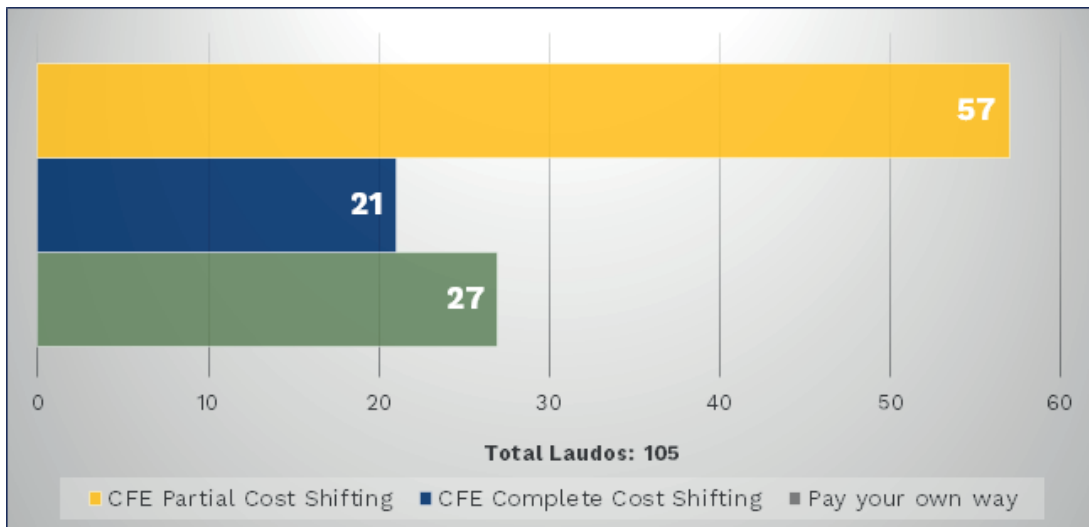
47 CNUDMI, Grupo de Trabajo III, Documento A/CN.9/930/Rev.1 - Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-fourth session - Part I, párrafo 53.

48 Bottini, 30, p. 8; Frank, 1, p. 217

49 Franck, 1, p. 215 El estudio de Susan Franck comprende tres etapas distribuidas por generaciones o etapas de investigación G1, G2 y G3. La etapa G1 va desde el primer BIT hasta el 1 de junio de 2006. La segunda cubre desde el 1 de junio de 2006 hasta el 1 de junio de 2009 y la G3 va de 1 de junio de 2009 hasta el 1 de enero de 2012. Ver P.342 (Appendix 1).

aplicó la aproximación que apunta a que cada uno asume sus costos y los gastos del tribunal son distribuidos equitativamente (pay your own way).

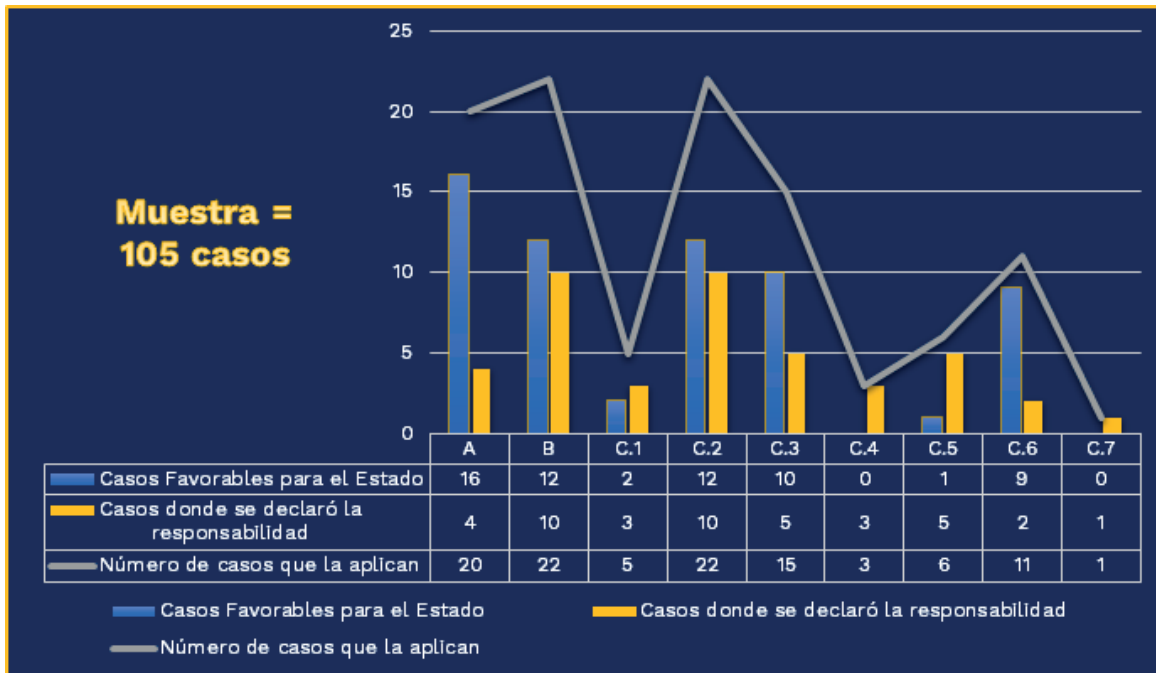
Gráfica 8: Tendencia en la distribución de costos



Fuente: elaboración propia- ANDJE

Con relación al desplazamiento parcial de costos, se evidencia que hubo una mayor aplicación de la variante C.2 con 22 casos, que supone que no hay un porcentaje específico de desplazamiento de costos a cargo del perdedor, por lo que la parte vencida asume sus costos propios, más algunos costos de parte y algunos costos del tribunal. En el orden le sigue la aproximación C.3 con 15 casos en la que sí se puede observar un desplazamiento específico. Así, la parte derrotada asume sus costos propios, el 100% de los costos del procedimiento de la parte vencedora y algunos costos de parte de la contraparte. En tercer lugar, encontramos la aproximación C.6 con 11 casos, caracterizada por que cada parte asume sus costos propios, pero el desplazamiento se presenta en el hecho que el perdedor asume costos totales del tribunal o más del 50% de los mismos. Finalmente, se encuentra la aproximación C.5 con 6 casos, mediante la cual cada uno asume sus gastos y los costos del tribunal son distribuidos en partes iguales, que sumados con los 20 casos de la mirada clásica del tradicional pay your own way, consigue 26 casos. Recordemos que la variante C.5 encaja en la tradicional pay your own way en cuanto a la distribución en sí misma, sin embargo, bajo la lógica de la C.5 aquí se llega a la misma conclusión, pero bajo apreciaciones diferentes. La siguiente gráfica muestra cómo ocurre el desplazamiento parcial de costas, según la clasificación hecha:

Gráfica 9: Relación de las aproximaciones para distribuir costas de acuerdo con el resultado del arbitraje



Fuente: elaboración propia- ANDJE

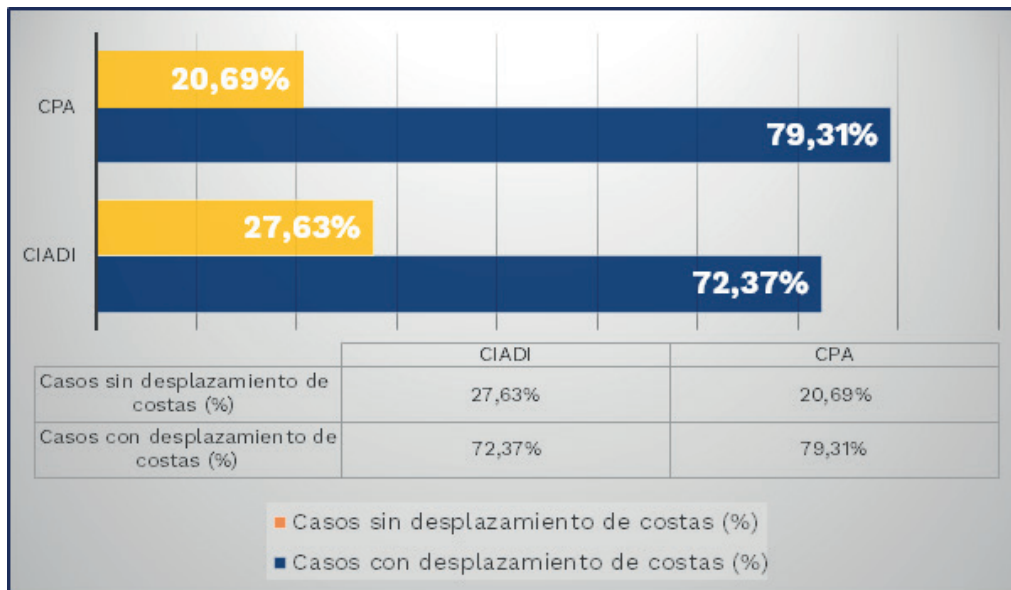
Los resultados arrojados por este estudio van de la mano con otras investigaciones que revelan un desplazamiento de la aproximación pay your own way. Allen & Overy en su reciente estudio de 2021 corrobora esa tendencia hacia la aplicación de la aproximación cost follow the event. Indica entonces que el 75% de las órdenes publicadas entre 2017 y 2020 son órdenes ajustadas, requiriendo a la parte vencida asumir al menos alguna porción de los costos de la parte vencedora.⁵⁰ Bajo la misma tendencia ascendente se orienta el estudio de Allen & Overy de 2013 y 2017. La muestra revela que antes de 2013 el 56% de los tribunales requirieron a las partes asumir sus propios costos y en un 44% de casos se ordenó un ajuste de costas (34% de casos con desplazamiento parcial y 10% con desplazamiento total).⁵¹ La muestra de casos entre 2013 y 2017 muestra una tendencia hacia el ajuste de costos mucho más contundente. Según ese estudio, desde el 2013, en el 64% de decisiones los tribunales ajustaron las órdenes sobre costas (57% parcialmente ajustadas y 7% totalmente ajustadas), mientras que en el 36% los tribunales optaron por asignarlas con base en la aproximación pay your own way. Asimismo, desde el 2013, el 61% de los tribunales CIADI han ordenado ajustar las órdenes sobre costas en comparación con la marcada tendencia que los tribunales CNUDMI han mantenido con respecto a ese tipo de órdenes

⁵⁰ Hodgson, Matthew, Yarik Kryvoi, and Daniel Hrcka. "Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration." BIICL and Allen & Overy, London (2021). p. 5.

⁵¹ Hodgson, 4, p. 6.

antes y después de 2013, con un 69%.⁵² En este estudio, la tendencia se mantiene. De hecho, en casos bajo tribunales CPA hubo un 79,31% de desplazamiento de costas en comparación con casos CIADI, en los que hubo un desplazamiento de un 72,37%. Veamos la gráfica:

Gráfica 10: Dinámica del desplazamiento de costas en relación con la institución arbitral



Fuente: elaboración propia- ANDJE

En línea con los hallazgos de este informe, en 2013, Vasani y Ugale señalaron que existía una tendencia en el arbitraje inversionista-Estado en favor de aplicar la aproximación de los cost follow the event.⁵³ En el mismo sentido, en la sesión No 34 del WG III en CNUDMI, el Centro CIADI reconoció que los costos habían sido distribuidos entre las partes en aproximadamente la mitad de los recientes casos lo que denotaba un distanciamiento de la variante pay your own way. De acuerdo con el centro CIADI, los tribunales habían optado porque la parte vencida asumiera las costas de arbitraje o los costos habían sido distribuidos entre las partes.⁵⁴

⁵² Hodgson, p. 6; CNUDMI, Grupo de Trabajo III, Documento A/CN.9/WG.III/WP.153, párrafo 62.

⁵³ Vasani, 41.

⁵⁴ CNUDMI, Grupo de Trabajo III, Documento A/CN.9/930/Rev.1 - Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-fourth session - Part I, párrafo 53.

Recientes tratados como el CETA y el Acuerdo de Libre Comercio EU-Singapur han adoptado la regla de los costos siguen el evento como una aproximación por defecto para distribuir costos. Ver CNUDMI, Grupo de Trabajo III, Documento A/CN.9/WG.III/WP.153 párrafo 32.

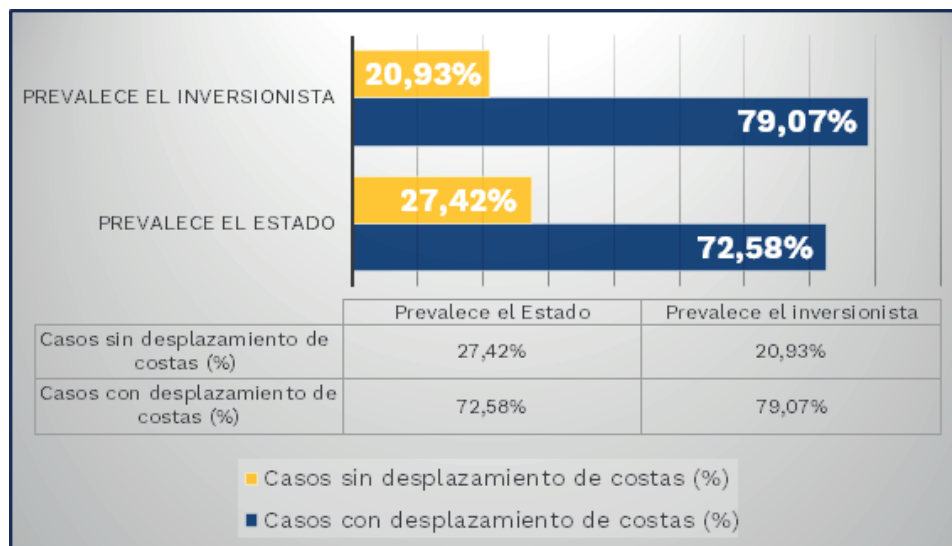
El párrafo 5 del artículo 8.39 del CETA establece: *"The Tribunal shall order that the costs of the proceedings be borne by the unsuccessful disputing party. In exceptional circumstances, the Tribunal may apportion costs between the disputing parties"*

5.1 ¿Quién gana más, el Estado o el inversionista?

Los estudios sobre costos también permiten identificar cómo son distribuidos los costos cuando los estados o inversionistas ganan o pierden. Ese análisis permite inferir cuantitativamente si hay un trato equitativo entre estados e inversionistas o si por el contrario la balanza en la adjudicación de costos se inclina hacia algún lado. Las conclusiones a las que se pueden llegar son bastante significativas.

A partir de una muestra de 105 casos, se pudo establecer que hubo más laudos a favor de los estados que condenas. En 62 casos los estados ganaron, esto es, ganaron en jurisdicción o no hubo una condena en daños o una declaratoria de responsabilidad por violar el derecho internacional sin reconocer daños. En contraste, en 43 laudos se declaró la responsabilidad del estado con o sin conceder daños. En términos globales, cuando el inversionista prevalece, hay una tendencia del 79,07% en la aplicación del desplazamiento de costos, mientras que en un 20,93% de laudos no hubo desplazamiento de costas. En otro sentido, cuando el estado prevalece se incrementan los laudos sin desplazamientos de costas en un 27,42%, mientras que el desplazamiento de costos es de un 72,58%:

Gráfica 11: Dinámica del desplazamiento de costas en relación con el resultado del arbitraje



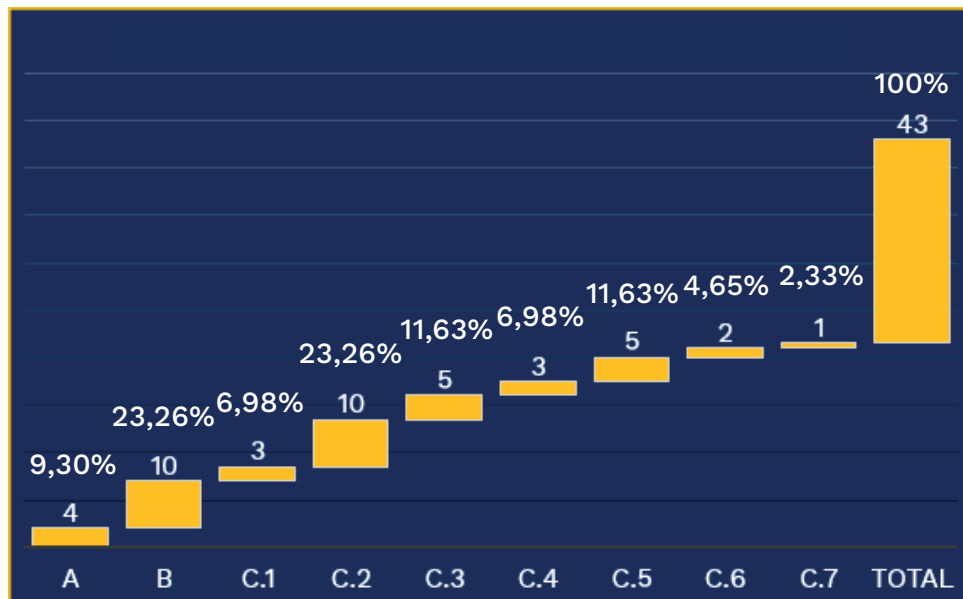
Fuente: elaboración propia- ANDJE

if it determines that apportionment is appropriate in the circumstances of the claim. Other reasonable costs, including costs of legal representation and assistance, shall be borne by the unsuccessful disputing party, unless the Tribunal determines that such apportionment is unreasonable in the circumstances of the claim. If only parts of the claims have been successful the costs shall be adjusted, proportionately, to the number or extent of the successful parts of the claims."

5.2 Lo que ocurre cuando el inversionista prevalece

Cuando el inversionista prevalece en sus pretensiones, los tribunales suelen inclinarse en desplazar costas que apuntan a favorecer al inversionista. Así, la gráfica muestra que en el 46,52% de una muestra de 43 casos ganados por los inversionistas los tribunales ordenaron desplazar costas. Dentro de ese universo, la aplicación del principio loser pays con un completo desplazamiento se registró en el 23,26% (10 casos). Con respecto a los desplazamientos parciales, ese mismo número de casos fue registrado para la variante C.2 – 10 casos (23,26%) en laudos a favor del inversionista, lo cual implica que el desplazamiento de costos en contra del estado no tiene cifras específicas. Sigue en el orden de aplicación la variante C.3 con 5 casos (11,63%), mediante la cual la parte vencida asume todos los costos de procedimiento y algunos costos de la contraparte. Ello sugiere que cuando el inversionista prevalece hay un mayor número de casos en los que se registra una tendencia a desplazar las costas a cargo del estado de manera parcial, esto es, sin un porcentaje fijo de desplazamiento.

Gráfica 12: ¿Qué pasa cuando los estados pierden?



Fuente: elaboración propia- ANDJE

Sobre la aproximación que no desplaza costas, la anterior gráfica revela que en una muestra de 43 casos en los que el estado fue vencido, en el 20,93% (9 casos) no hubo un desplazamiento de costos (5 casos por la variante C.5 y 4 por la aproximación A). Al revisar el por qué no hay un desplazamiento de costos, pese a que una parte salió vencida, se observan criterios como los éxitos parciales-compartidos, incluso el profesionalismo de las partes. En el caso *RREEF c. España*, el tribunal concluyó

que no se podía aplicar el aforismo de los costos siguen al perdedor, pues ninguno prevaleció del todo en cuestiones de mérito y jurisdiccionales. Luego, ninguno se pudo considerar como totalmente ganador o totalmente perdedor. Sumado a ello, el tribunal tuvo en cuenta el carácter novedoso de la controversia y la complejidad de los asuntos discutidos.⁵⁵

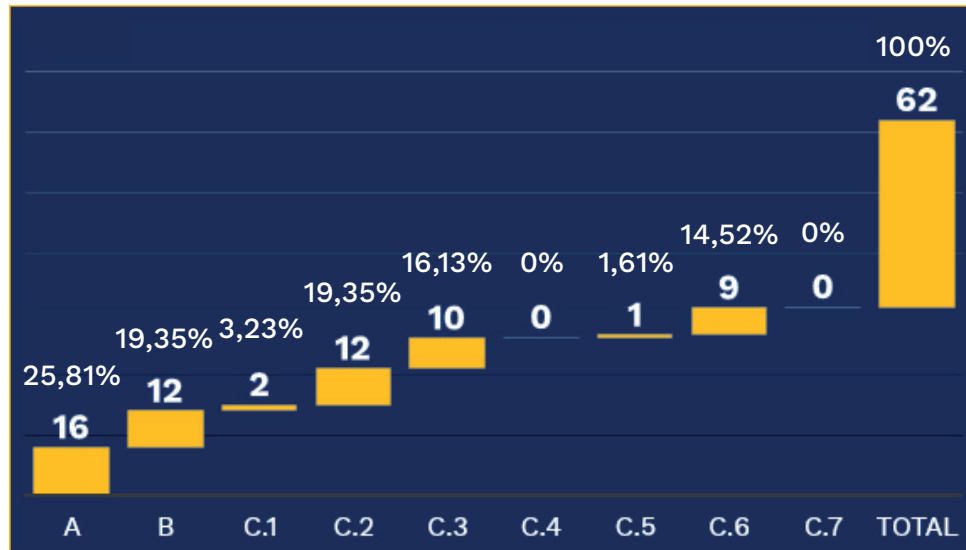
5.3 Lo que ocurre cuando el Estado prevalece

En la misma línea de lo que documentó Stephan Schill en el 2006,⁵⁶ cuando el inversionista es quien pierde los tribunales son un poco más renuentes en aplicar un desplazamiento de costas a favor del estado, pues los casos en los que no hay un desplazamiento ascienden a un 27,42%, esto es, 17 casos. En los casos en los que el estado prevaleció, pero el tribunal prefirió que cada uno asumiera sus costos y los costos del tribunal fuesen distribuidos por partes iguales, el tribunal apeló a criterios como los éxitos parciales - compartidos o el profesionalismo de las partes. En el análisis se pudo determinar que los éxitos compartidos pueden estar determinados por el hecho de que el inversionista prevalezca en jurisdicción, más no en méritos. En el caso *Silver Ridge Power c. Italia*, con laudo a favor del estado, el tribunal arguyó que si bien el demandado prevaleció en el fondo de la controversia, lo cierto es que el demandante prevaleció en cuatro objeciones jurisdiccionales y en cuestiones de admisibilidad, sumado a la audiencia de asuntos jurisdiccionales, por esas razones decidió que cada uno debía asumir sus costos y los gastos del tribunal serían distribuidos por partes iguales.⁵⁷

⁵⁵ RREEF Infrastructure (G.P.) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r. c. Reino de España, Caso CIADI No. ARB/13/20, Laudo del 11 de diciembre de 2019, párrafos 78 y 79.

⁵⁶ En 2006, Schill indicó que la aproximación de pay your own way tiene una mayor aplicación cuando el inversionista es vencido en el arbitraje. En esos casos solo hay desplazamiento de costas en contra del inversionista cuando existe de por medio una demanda frívola o el caso ha sido litigado de mala fe. Cuando el estado pierde, hay una tendencia a desplazar costos de parte y de tribunal a favor del inversionista. Schill, Stephan W. "Arbitration Risk and Effective Compliance: Cost-Shifting in Investment Treaty Arbitration." *The Journal of World Investment & Trade* 7, no. 5 (2006): p. 7.

⁵⁷ *Silver Ridge Power BV c. República Italiana*, Caso CIADI No. ARB/15/37, laudo del 26 de febrero de 2021, Párrafos 635 y 636.

Gráfica 13: ¿Qué pasa cuando los estados ganan?

Fuente: elaboración propia- ANDJE

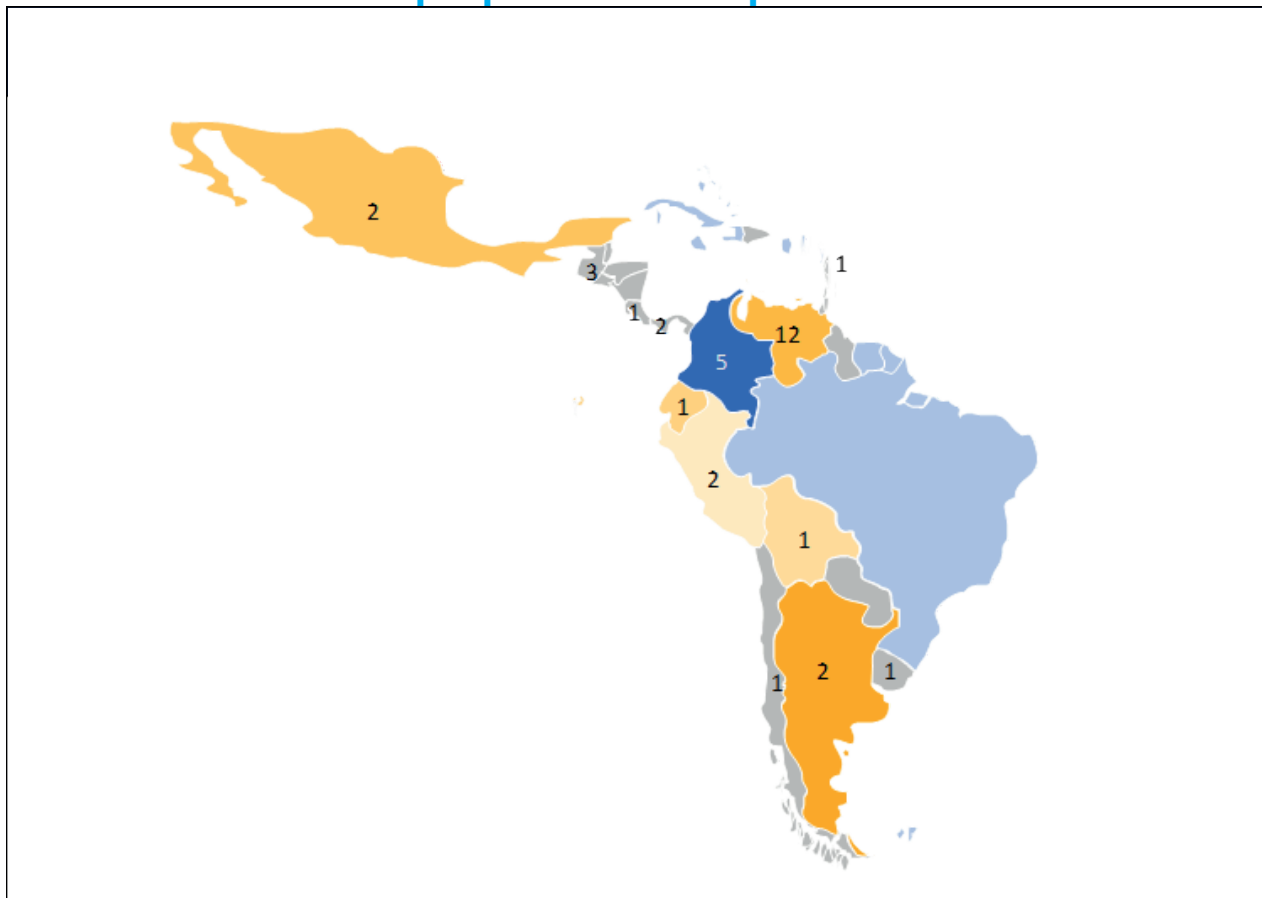
El análisis de datos que muestra la anterior gráfica permite concluir que, cuando los estados ganan, el completo desplazamiento de costas(B) junto con la opción C.2 son las que tienen mayor aplicación después de la variante que no desplaza los costos. En este estudio, en el 19,35% (12 casos) de una muestra de 62 ganados, se aplicó un completo desplazamiento de costos (B), que supone toda la carga para el inversionista. El mismo número de casos se registró para la variante C.2, caracterizada porque no hay un porcentaje específico de desplazamiento de costos de tribunal hacia la parte derrotada. Por eso, la parte vencida asume sus costos propios, más algunos costos de parte y algunos costos del tribunal. En cuarto lugar, está la variante C.3, con 16,13% a favor del estado (10 casos), que implica que la parte derrotada asume sus costos propios, el 100% de los costos del procedimiento de la parte vencedora y algunos costos de parte de la contraparte.

Al igual que lo ocurrido cuando el inversionista prevalece y hay desplazamiento de costas, cuando el estado prevalece y se aplica el desplazamiento de costas, hay un mayor número de casos en los que se registra una tendencia a desplazar las costas de manera parcial a cargo del inversionista, esto es, sin un porcentaje fijo de desplazamiento.

6. COLOMBIA Y SUS CONTRASTES REGIONALES E INTERNACIONALES

Uno de los objetivos perseguidos por este análisis de datos consiste en contrastar a Colombia con la región. En la muestra de 105 casos encontramos 34 casos concluidos con algún estado de América Latina-AL-. Como dato por destacar, Venezuela registra 12 casos concluidos en el periodo investigado. Le sigue Colombia, con cinco laudos. Seguidamente, encontramos a Guatemala con 3 casos concluidos.

Gráfica 14: Muestra del número de arbitrajes concluidos por país durante el periodo relevante

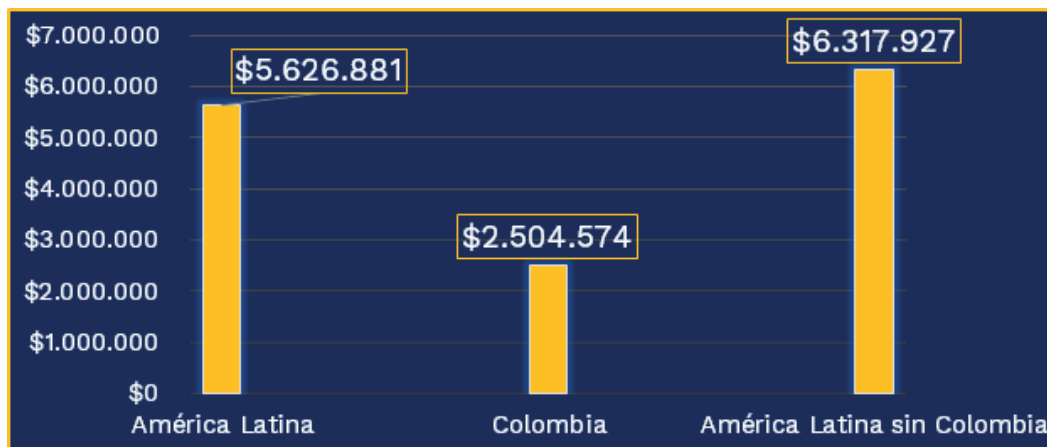


Fuente: elaboración propia- ANDJE

COSTOS EN EL ARBITRAJE INVERSIONISTA-ESTADO

A partir de esa muestra, se pudo establecer que el promedio de gastos de representación legal de los estados de AL corresponde a USD 5.626.881, mientras que el promedio de Colombia corresponde a USD 2.504.574. La diferencia es de USD 3.122.307. Igualmente, la diferencia se mantiene si consideramos que el promedio de gastos de representación legal de los estados en la muestra de 102 casos es de USD 3.492.142. Esas diferencias son importantes si se considera que los gastos de representación legal constituyen el gasto más significativo de un arbitraje internacional. Las diferencias pueden ser aún más altas si de la muestra de estados Latinoamericanos excluimos a Colombia, en este último caso el promedio de defensa de los estados de AL asciende a USD 6.317.927:

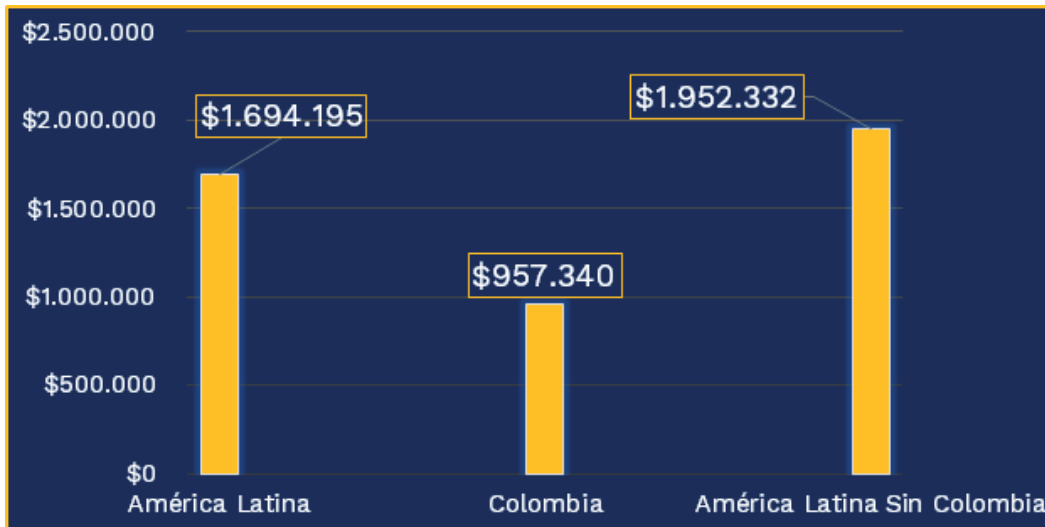
Gráfica 15: Promedio de gastos de representación legal de Colombia con respecto a América Latina



Fuente: elaboración propia- ANDJE

En cuanto a expertos legales, también hay diferencias importantes con AL y no así en un contexto global. Para el periodo 2017-2021, el costo promedio por honorarios de expertos incurridos por Colombia es de USD 957.340. En América Latina, en ese mismo periodo, los gastos promedios de los estados casi que se duplican, llegando a USD 1.694.195. En el contexto global, encontramos que Colombia está levemente por encima del promedio de lo que invierten los demás estados, correspondiente a USD 849.758. Ahora bien, la diferencia en el promedio de honorarios por expertos con respecto a América Latina se incrementa a favor de Colombia si la excluimos de la muestra de estados de AL, caso en el cual ya hablamos de USD 1.952.332:

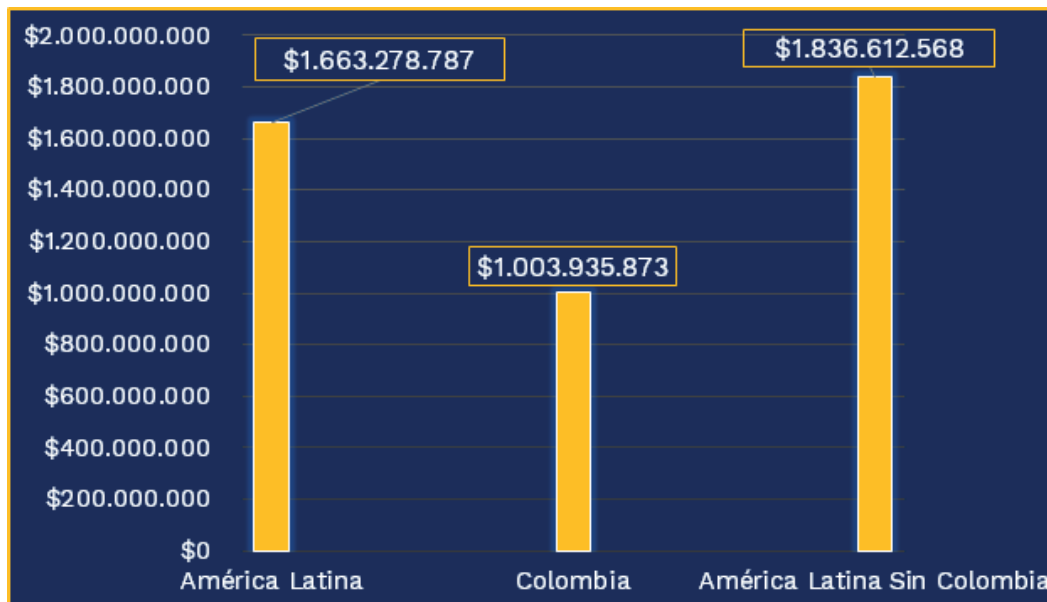
Gráfica 16: Promedio de costos por expertos pagados por Colombia en comparación con otros estados de América Latina



Fuente: elaboración propia- ANDJE

Con respecto a los daños reclamados, tenemos que el promedio en AL es de USD 1.663.278.787, en el caso de Colombia el promedio es de USD 1.003.935.873, para una diferencia de USD 659.342.914. La diferencia se incrementa un poco más si excluimos a Colombia de la muestra:

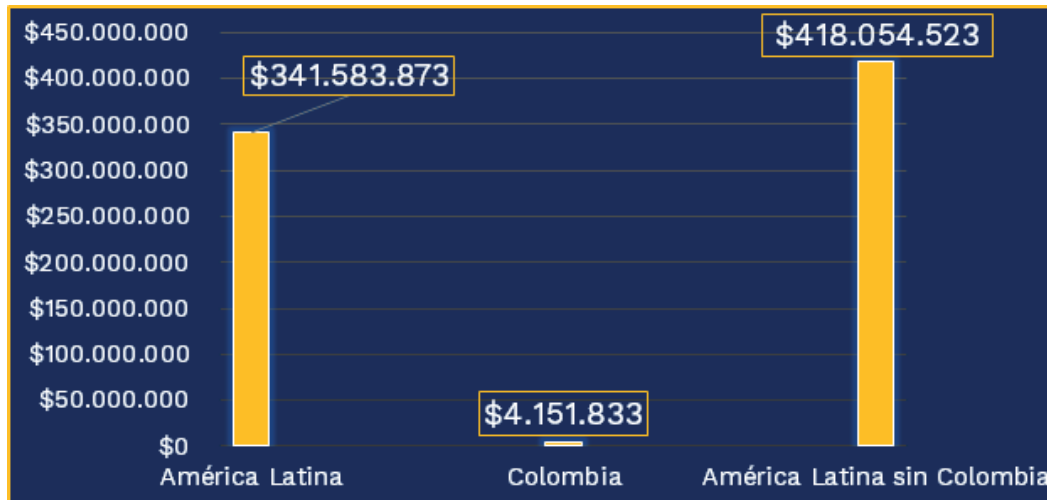
Gráfica 17: Promedio de daños reclamados contra Colombia respecto de América Latina



Fuente: elaboración propia- ANDJE

Finalmente, en lo que tiene que ver con los daños otorgados, encontramos que el promedio de AL es de USD 341.583.873, los de Colombia ascienden a USD 4.151.833, recordemos que Colombia únicamente ha perdido un caso y solo se reconocieron el 3% de las pretensiones reclamadas por el inversionista (USD19 millones), para llegar a una diferencia de USD 337.432.040. La cifra se incrementa si excluimos a Colombia de la muestra de estados de AL:

Gráfica 18: Promedio de daños otorgados contra Colombia respecto de América Latina



Fuente: elaboración propia- ANDJE

Las cifras nos permiten confirmar que los costos de representación legal y los de expertos en los que incurre Colombia en el arbitraje inversionista- Estado suelen estar por debajo de los promedios de los estados de América Latina y el resto. La excepción recae en los costos de expertos, caso en el cual el promedio general registrado en el mercado global es un poco menor al registrado por Colombia. Por último, los daños que han sido reconocidos a inversionistas en un contexto latinoamericano son exponencialmente mayores comparados con Colombia.

7. ¿LA VOLUNTAD DE LAS PARTES CONTRATANTES SOBRE COSTOS ES APLICADA POR LOS ÁRBITROS?

De los 105 casos revisados, 10 tratados tienen provisiones sobre costos. En cuatro controversias las provisiones fueron tenidas en cuenta por el tribunal. En el mismo número de controversias los tribunales no tuvieron en cuenta la voluntad de las partes contratantes en la distribución de costas, en dos no fue necesario aplicar la provisión. En general, hay una distinción marcada en la regulación de las costas entre los tratados de primera generación y de segunda generación, estos últimos analizados a partir de los tratados negociados por Colombia con provisiones sobre costas. La muestra con 105 casos reúne tratados de primera generación. En este tipo de

tratados en su mayoría, hay una intención más clara de las partes contratantes en fijar parámetros para distribuir costas.⁵⁸ Así mismo, se observa que esa intención va de la mano con darle mayor protagonismo a la aproximación que se acerca con *pay your own way*, sin que ello necesariamente constituya una camisa de fuerza para los árbitros, que excluya la posibilidad de desplazar costas.

Algunos de esos tratados establecen que cada parte en la controversia asume sus costos de representación y los costos de su co-árbitro, agregando que los costos de presidente del tribunal y los restantes del tribunal (gastos administrativos) deberán ser asumidos por partes iguales. Sin embargo, ese tipo de tratados dejan a la discrecionalidad del tribunal la posibilidad de distribuir de manera diferente los costos. Bajo esa redacción tenemos el Acuerdo para la Promoción Protección Recíproca de Inversiones -APPRI- entre India - Francia (1997), y entre Alemania e India (1995), cuyo artículo 9.7 dispone:

Each Party concerned shall bear the cost of its own arbitrator and its representation in the arbitral proceedings. The cost of the Chairman in discharging his arbitral function and the remaining costs of the tribunal shall be borne equally by the parties concerned. The tribunal may, however, in its decision direct that a higher proportion of costs shall be borne by one of the two Parties, and this award shall be binding on both parties.

Hay otros tratados de primera generación que no aluden a los costos de parte. En su lugar, se concentran en los gastos de tribunal y el carácter equitativo con respecto a los costos del presidente y administrativos, sin que ello excluya la discrecionalidad de los árbitros en ese aspecto. En ese tipo de provisiones debe inferirse que cada uno asume sus gastos de representación. El APPRI Suiza - República Checa (1990) en su artículo 9.2(d) es un buen ejemplo:

Each party to the dispute shall bear the costs of its own member of the tribunal and of the chairman and the remaining cost shall be borne in equal parts by both parties to the dispute. The tribunal may, however, in its award decide on a different proportion of costs to be borne by the parties and this award shall be binding on both parties.

Hay otros tratados que no distinguen entre gastos de tribunal de carácter administrativos o de co-árbitros o presidente o, en caso de enunciarlos, se hace con la intención de que sean asumidos por partes iguales. En ese tipo de tratados se aplica de manera clara la regla del *pay your own way*, pues debe entenderse que cada parte asume sus gastos de representación legal y los gastos de tribunal son distribuidos por partes iguales, dejando expresamente incluida la posibilidad de llegar a otra decisión sobre costas. Muestra de ellos son el APPRI Finlandia-Egipto (1980), Estados Unidos- Kazajstán (1992) y Libia-Austria (2002), cuyo artículo 21 dispone:

⁵⁸ La excepción más contundente a esa tendencia es el TLCAN (1990). En su artículo 1135 establece: *A tribunal may also award costs in accordance with the applicable arbitration rules.*

Each Contracting Party shall pay the cost of its representation in the proceedings. The cost of the tribunal shall be paid for equally by the Contracting Parties unless the tribunal directs that they be shared differently

Finalmente, es posible encontrar tratados, aunque esporádicos, que de manera mandatoria dispongan la variante del pay your own way sin brindarle alternativas al tribunal. El APPRI entre Finlandia y Egipto en su artículo 7.2.(d) es una muestra de ello:

“The costs of the arbitration shall be shared equally.”

En los tratados de segunda generación, que de acuerdo con UNCTAD son negociados a partir del año 2010,⁵⁹ no hay una clara intención de las partes contratantes por partir de una distribución de costas bajo la aproximación del pay your own way. Esto seguramente se debe al desuso progresivo que esta aplicación tiene en el arbitraje inversionista-Estado. Aquí se observa que en la mayoría de los tratados las partes contratantes delegan la asignación de costas en las reglas aplicables al arbitraje. Eso es lo que ocurre con buena parte de los tratados negociados por Colombia, incluso en aquellos que se acercan al umbral temporal fijado por UNCTAD para clasificarse como tratados de segunda generación. Sumado a ello, en algunos tratados negociados por Colombia se observa una tendencia en regular, como una cuestión preliminar, las costas a imponer al demandante en caso de una demanda frívola. Ante ese tipo de redacción, es posible concluir que la intención de las partes contratantes consiste en sancionar el uso abusivo del arbitraje por parte del inversionista, quien mediante una actitud torticera apunta a tergiversar de manera deliberada los hechos y el derecho para satisfacer intereses personales. Frente a ese tipo de demandas ya es mandatorio para el tribunal la imposición de costas a cargo del demandante. Por ejemplo, los tratados celebrados por Colombia con Francia (2014), India (2009), Triángulo Norte (2010) y con Corea son una manifestación de ello. Este último, en el Art. 8.22 dispone:

(...)“En el caso de una demanda u objeción frívola, el tribunal concederá a la parte contendiente vencedora las costas y honorarios de los abogados.”

El tratado con Francia, al igual que el celebrado con India, es mucho más imperativo. El artículo 15.14 del primer tratado señala:

(...) “si el tribunal determina que una demanda ha sido frívola, éste condenará al demandante en las costas que estime justificadas”.

⁵⁹ De acuerdo con la UNCTAD, “Los tratados de primera generación son abundantes. Antes de 2010 se celebraron más de 2.500 AII (el 95% de los tratados en vigor). Mientras tanto, hay unos 700 tratados que todavía no han entrado en vigor”. Unctad (2017). Reforma del régimen de acuerdos internacionales de inversión: fase 2, TD/B/C. II/MEM.4/14, p. 3.

Sobre el nivel de aplicación de las provisiones, en cuatro casos no hubo ni siquiera una referencia a la provisión. En sentido contrario, especial atención causan dos casos en los cuales las partes en la controversia acordaron derogar del tratado la provisión relacionada con los costos. Eso pasó en *Deutsche Telekom AG c. India*⁶⁰ y en *Mohamed Abdel Raouf Bahgat c. Egipto*.⁶¹ En el primer caso, los costos de parte debían en principio ser asumidos por cada parte y los costos relacionados con el presidente del tribunal y demás gastos del arbitraje deberían ser distribuidos por partes iguales, sin que ello excluyera la posibilidad de que el tribunal concluyera algo diferente. Para efectos de su derogación, el tribunal simplemente incluyó una nota al pie.⁶² En el segundo caso, las partes contratantes solo manifestaron que los costos de parte debían ser compartidos en partes iguales. En este caso, la demandante indicó que debía entenderse que por acuerdo de ambas partes acordaron renunciar al artículo 7.2.d del APPRI Finlandia-Egipto de 1980, y en su lugar aplicar las reglas CNUDMI, pues ambas las invocaron.⁶³ Ambos laudos fueron favorables al inversionista. En el primer caso hubo un completo desplazamiento de costas en contra del estado y en el segundo, hubo un desplazamiento parcial. Vale preguntarse si el arbitraje al caracterizarse por su consensualidad permite que las partes en la controversia, no las partes contratantes, excluyan la aplicación a la controversia de una disposición del tratado.

El caso *Manchester Securities Corporation c. Polonia*, es el único caso en donde los árbitros se acercaron a la voluntad general de las partes contratantes pese a que no la aplicaron en su decisión.⁶⁴ En este caso, los árbitros no estuvieron de acuerdo con el desplazamiento de costas en un laudo favorable al inversionista, por lo que cada parte asumió sus gastos de parte y los del tribunal fueron distribuidos por partes iguales. *Deutsche Telekom AG c. India*, es un caso en donde se evidencia un desplazamiento radical de costos, sin aplicación de la cláusula del tratado que exigía, en principio, la asignación de costas bajo la variante pay your own way. En este caso a favor del inversionista hubo un completo desplazamiento de costas en contra del estado.⁶⁵ En sentido similar, en el caso *A.M.F c.*

⁶⁰ APPRI Alemania-India, (1995), artículo 9 (vii): “Each party concerned shall bear tile cost of its own arbitrator and its representation in the arbitral proceedings, The cost of the Chairman in discharging his arbitral function all the remaining costs of the tribunal shall be borne equally by the parties concerned. The Tribunal may however, in its decision direct that a higher proportion of costs shall be borne by one of the two parties, and this award shall be binding on both parties.”

⁶¹ APPRI Finlandia-Egipto (1980), artículo 7.2.(d): “The costs of the arbitration shall be shared equally.”

⁶² Nota: 511: It is noted that the Parties agreed to derogate from part of Article 9(2)(b)(vii) of the BIT, which reads as follows: “Each party concerned shall bear the cost of its own arbitrator and its representation in the arbitral proceedings. The cost of the Chairman in discharging his arbitral function and the remaining costs of the tribunal shall be borne equally by the parties concerned”.

⁶³ Bahgat c. Egipto, 18, párrafo 545.

⁶⁴ APPRI Estados Unidos -Polonia (1990), artículo X.5: “Expenses incurred by the Chairman, the other arbitrators, and other costs of the proceedings shall be paid for equally by the Parties. The Tribunal may, however, at its discretion, direct that a high proportion of the costs be paid by one of the Parties. Each Party shall bear the expense of its representation in the proceedings before the arbitral tribunal.”

⁶⁵ APPRI Alemania-India, artículo 9 (vii): “Each party concerned shall bear tile cost of its own arbitrator and its representation in the arbitral proceedings, The cost of the Chairman in discharging his arbitral function all the remaining costs of the tribunal shall be borne equally by the parties concerned. The Tribunal may however, in its decision direct that a higher proportion of costs shall be borne by one of the two parties, and this award shall be binding on both parties.”

República Checa, favorable al estado, los árbitros aplicaron un completo desplazamiento en contra de inversionista, pero sí hicieron referencia a la cláusula para luego apartarse y aplicar un completo desplazamiento en contra del inversionista.⁶⁶

El hecho que algunos tribunales no tengan en cuenta en sus decisiones la voluntad manifestada por las partes contratantes sobre la distribución de costos, puede estar relacionada con la inaplicación progresiva que ha tenido la aproximación que dispone que cada parte asume sus costos y los del tribunal son compartidos. La revisión de los argumentos esgrimidos por los tribunales a lo largo de los laudos parte de la muestra revelan que hay una tendencia a distribuir los costos con base en la aproximación de los costos siguen el evento, precisamente porque los árbitros suelen valorar varios aspectos como: el resultado, los éxitos compartidos, la complejidad del caso, entre otros.

66 APPRI Reino Unido-República Checa (1990), artículo 9.6: “(6) *Each Contracting Party shall bear the cost of its own member of the tribunal and of its representation in the arbitral proceedings; the cost of the Chairman and the remaining costs shall be borne in equal parts by the Contracting Parties. The tribunal may, however, in its decision direct that a higher proportion of costs shall be borne by one of the two Contracting Parties, and this award shall be binding on both Contracting Parties.*”



Agencia Nacional de Defensa
Jurídica del Estado

**DOCUMENTO COSTOS EN EL
ARBITRAJE INVERSIONISTA-ESTADO**