GRUPO DE TRABAJO DE PERITOS

Lucro cesante y pérdida de oportunidad en arbitraje internacional

Octubre de 2026

CIIAM
MADRID · SANTIAGO

© Madrid (España), octubre de 2026

PRESIDENTES:

Juan Jesús Valderas
Alvarez & Marsal

Carmen Mencía
Matson Driscoll & Damico Spain SL

SECRETARIO:

Luis Cendoya Suñe
Matson Driscoll & Damico Spain SL

AUTORES:

Guillermo Sabbioni
Brattle

Marian Portero Collado
EconOne

Xavier Mas
Kroll

Amir Sarshar
Deloitte

Manuel Alejandro Vargas
BDO

Este documento es fruto del trabajo del Grupo de Trabajo de Peritos y no representa la posición de CIIAM. No constituye, tampoco, asesoramiento jurídico de ningún tipo respecto de una disputa específica.

TABLA DE CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN 3
2. CASOS REPRESENTATIVOS 4
2.1 Perenco vs. Ecuador (ICSID) No. ARB/08/6 5
2.2 Burlington vs. Ecuador (ICSID) N.° ARB/08/5 6
2.3 Gemplus & Talsud vs. México (ICSID AF) N° ARB(AF)/04/3 y ARB(AF)/04/4 ..7
2.4 Siag vs. Egipto (ICSID) Case No. ARB/05/15 8
3. CARACTERÍSTICAS DE LOS CASOS ANALIZADOS 10
4. CONCEPTOS DIFERENTES AJENOS A LA METODOLOGÍA EN LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO 13
5. CONCLUSIONES 15

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente documento es analizar y comentar, en el contexto de los Grupos de Trabajo de Peritos del CIIAM determinadas cuestiones y desafíos que surgen en la cuantificación de daños en los procedimientos arbitrales. Concretamente, los comentarios se centran en la distinción que algunos tribunales han realizado entre los términos "lucro cesante"[1] y "pérdida de oportunidad".

Algunos tribunales diferencian entre el lucro cesante y la pérdida de oportunidad como partes integrantes del potencial perjuicio económico del caso. Mientras que el lucro cesante se asocia a ganancias futuras no percibidas como consecuencia del hecho ilícito, el término pérdida de oportunidad (o "*loss of chance*") se refiere al valor económico de una potencial oportunidad de obtener un beneficio futuro, frustrado por el hecho ilícito, siempre y cuando dicha posibilidad sea real y medible.

En el caso de la pérdida de oportunidad, si dicha oportunidad era suficientemente probable, debe comprobarse además que se ha perdido y que no existían formas alternativas de acometerla. En ese escenario, la supuesta pérdida de oportunidad puede ser compensada. En estos casos, además, el importe compensado correspondiente a los posibles beneficios futuros "perdidos" se ajusta de forma proporcional a la posibilidad de éxito demostrada con evidencia verificable, aplicando un factor de probabilidad sobre los beneficios proyectados. Por ejemplo, este enfoque es adoptado en los Principios UNIDROIT, los cuales prevén indemnizar la pérdida de una oportunidad "*en proporción a la probabilidad de su ocurrencia.*"[2]

Desde el punto de vista legal y probatorio existen zonas grises que impiden delimitar perfectamente los conceptos de lucro cesante y pérdida de oportunidad. La combinación de aspectos específicos como la incertidumbre sobre la inversión, la viabilidad financiera del proyecto, el acceso a financiación, la capacidad operativa, o la volatilidad de la demanda y de los precios finales, podría determinar si la conducta disputada dará lugar a un reclamo por lucro cesante o por pérdida de oportunidad.

A continuación, para contextualizar el análisis, se describen algunos casos que se han considerado representativos para introducir la distinción en el mundo arbitral entre lucro cesante y pérdida de oportunidad.

[1] Nos referimos a Lucro Cesante por el término en inglés "Lost Profits"

[2] Principios UNIDROIT 2010, artículo 7.4.3 (2).

2. CASOS REPRESENTATIVOS

La Tabla 1 debajo muestra algunos casos representativos. El criterio de selección se basa en un muestreo intencional y comparado que incluye laudos arbitrales internacionales publicados.

Tabla 1: Casos seleccionados

Caso	Negocio	Lucro Cesante	Pérdida de Oportunidad
Perenco vs. Ecuador [CIADI ARB/08/6]	En marcha	☑ Reconocido parcialmente	☑ Reconocida parcialmente
Burlington vs. Ecuador [CIADI ARB/08/5]	En marcha	☑ Reconocido parcialmente	✗ Rechazada por falta de prueba
Gemplus & Talsud vs. México [CIADI ARB(AF)/04/3 ARB(AF)/04/4]	Nuevo	✗ Rechazado por falta de certeza	☑ Reconocida parcialmente
Siag vs. Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15	Pre-operativo	✗ No aplicable	☑ Reconocida parcialmente

Se han incluido casos que (i) distinguen lucro cesante y/o pérdida de oportunidad; (ii) aplican estándares probatorios de certeza o probabilidad, junto con la evidencia valorada (contratos, datos operativos, históricos y pericia); (iii) se basan en contextos diversos (proyectos en marcha, negocios no consolidados o expectativas frustradas); y (iv) aplican o descartan metodologías de cuantificación (incluido DCF), con ajustes por probabilidad, incorporando estimaciones tanto aceptadas como rechazadas para identificar criterios de admisión, reducción o denegación del daño.

Los casos seleccionados cubren un rango significativo de variedad jurisprudencial en el tratamiento de lucro cesante y la pérdida de oportunidad, siendo importante diferenciar la aplicación de certeza y probabilidades en ambos escenarios.

El daño indemnizable por lucro cesante debe probarse con una certeza razonable,[3] entendida como un juicio de probabilidad objetiva que evidencia que el beneficio era altamente probable en el contexto del caso. No se exige certeza absoluta, pero sí una base sólida y verosímil (*rule of evidence*),[4] suficiente para garantizar que la reparación es coherente con su propósito compensatorio.[5]

La pérdida de oportunidad se reconoce cuando existe una probabilidad significativa de éxito, aunque el beneficio no estuviera garantizado. El requisito de certeza también

[3] Lost Profits in Investment Arbitration (26.07.2020), Aceris Law, [4] ICSID Case No. ARB/00/5, Award 23 September 2003, párr. 352.

[4] McFarland, Brandon, How The Reasonable Certainty Standard Allows Courts to Award Lost Profits for *New Business Ventures*, J.S. Held (20.03.2024), p. 2; Recovery of Damages for Lost Profits, vol. 1, p. 376.

[5] Principios de UNIDROIT Artículo 7.4.3(1)

abarca la pérdida de oportunidad como daño reparable: si la oportunidad era suficientemente probable, su pérdida puede ser compensada.[6] En estos casos, la indemnización se ajusta de forma proporcional a la posibilidad real de éxito demostrada, aplicando un factor de probabilidad sobre los beneficios proyectados[7]. Este umbral sirve para prevenir la compensación por ganancias meramente especulativas o posibles.[8]

No debe confundirse la certeza del daño (la pérdida de beneficios) con la certeza respecto de la cuantía de los daños (la cuantía de los beneficios perdidos). La jurisprudencia internacional diferencia claramente entre la existencia del daño (requiere certeza razonable) y la cuantificación (permite estimaciones, incluso si son aproximadas o susceptibles de variabilidad).[9]

2.1 Perenco vs. Ecuador (ICSID) No. ARB/08/6

Perenco operaba los Bloques de petróleo 7 y 21 en Ecuador bajo contratos de participación en la industria de hidrocarburos. En 2006, el Estado ecuatoriano promulgó la Ley 42,[10] que imponía una participación estatal mínima del 50% sobre las ganancias extraordinarias generadas por las compañías petroleras, porcentaje que fue posteriormente incrementado al 99%.

Perenco presentó una demanda invocando la violación del estándar de trato justo y equitativo y una expropiación indirecta. En su reclamo, solicitó una indemnización tanto por el lucro cesante futuro derivado de la terminación anticipada de sus operaciones, como por la pérdida de oportunidad de extender el contrato del Bloque 7.

El tribunal determinó que Ecuador incurrió en una expropiación indirecta al asumir unilateralmente el control de los bloques 7 y 21, y que Perenco tenía derecho a percibir los beneficios netos que habría generado si hubiese seguido operando hasta la expiración natural de los contratos.

El tribunal se basó en un modelo financiero armonizado[11] para calcular el lucro cesante del negocio en marcha, considerando que: (i) Perenco había operado exitosamente durante varios años; (ii) existían datos suficientes sobre producción, reservas, precios y costos; y (iii) el entorno operativo era lo suficientemente conocido y documentado. En base a esta metodología, el tribunal estimó el lucro cesante en USD391.5 millones.[12]

Adicionalmente, el tribunal reconoció que, aun sin tener Perenco un "derecho legal totalmente cristalizado"[13] " a la prórroga, existía una oportunidad real de extensión, que fue frustrada por Ecuador.[14] Recordó que, según precedentes *en derecho internacional*,

---

[6] Ripinsky and Williams, pp. 291-293

[7] Principios UNIDROIT, artículo 7.4.3(1)

[8] ICSID Case No. ARB/02/1, Award, 25 July 2007, párrs. 88-90

[9] Principios UNIDROIT (art. 7.4.3)

[10] ICSID Case No. ARB/08/6 párr. 109

[11] Ibid párrs. 383-384. El término "armonizado" se refiere a que el Tribunal utilizó un modelo integrador, basado en los modelos presentados por las partes.

[12] Ibid párr. 420

[13] Ibid. párrs. 323 y 325

[14] Ibid. párr. 221

incluso una probabilidad baja o incierta puede tener valor monetario, y que sería injusto privar completamente al demandante de esa oportunidad, especialmente si la falta de certeza deriva de la propia infracción del Estado. Al mismo tiempo, el tribunal enfatizó que dicha oportunidad no equivalía al lucro cesante de un contrato extendido, pues cabía la posibilidad de no concretarse. Por lo tanto, la incertidumbre debía incorporarse en la valoración del daño, según concluyó el Tribunal.

El tribunal encontró pruebas sólidas de que: (i) el bloque petrolero tenía reservas valiosas y era rentable, (ii) Perenco deseaba continuar operando incluso aceptando términos económicos menos favorables, y (iii) Ecuador tendía a prorrogar las operaciones con contratistas existentes en condiciones similares. Esto llevó al Tribunal a concluir que había una alta probabilidad de extensión de no haber ocurrido la medida ilícita. No obstante, como las condiciones exactas de la extensión (plazo, régimen contractual, etc) eran indeterminadas, persistía un margen de incertidumbre que impedía estimar con precisión el flujo de caja descontado asociado.

El tribunal optó por una valoración discrecional de la oportunidad tomando en cuenta el valor reclamado por Perenco y también la incertidumbre, asignando USD25 millones por la pérdida de dicha oportunidad. Este monto representaba una porción reducida del beneficio proyectado acorde con el grado de probabilidad estimado de la extensión. El tribunal consideró que "dicho valor necesariamente debe ser significativamente menor que la suma reclamada"[15] y subrayó que las equidades del caso favorecían otorgar ese resarcimiento parcial en vez de nada.

2.2 Burlington vs. Ecuador (ICSID) N.° ARB/08/5

Este caso involucró a Burlington Resources frente a Ecuador, en relación con la misma imposición fiscal que en el caso Perenco (Ley 42). Burlington reclamó una compensación incluyendo: (i) lucro cesante, por las utilidades no percibidas desde la expropiación hasta el fin del plazo original de los contratos de participación, y (ii) adicionalmente, el valor de la oportunidad perdida de extender uno de esos contratos (Bloque 7) más allá de su vencimiento en 2010.

El tribunal distinguió entre el lucro cesante hasta la expiración contractual y la oportunidad de extensión del contrato. Para el periodo hasta 2010, consideró que la pérdida de beneficios fue causada por la conducta de Ecuador y constituía un daño cierto e indemnizable. Determinó que dicho lucro cesante representaba el valor del negocio expropiado hasta la expiración contractual, estimado en USD 840,9 millones.[16]

En cambio, la reclamación posterior por la pérdida de oportunidad de obtener una prórroga fue rechazada.[17] Según el tribunal, Burlington no tenía un derecho automático a extender el contrato, sino una posibilidad sujeta a la discrecionalidad del Estado.[18] La evidencia no permitió al tribunal asignar una probabilidad concreta a la prórroga, ya que Ecuador conservaba la facultad de negar extensiones por razones de interés público.

[15] ICSID N.° ARB/08/6 párrs. 325-326
[16] ICSID N.° ARB/08/5 párr. 228
[17] Ibid. párr. 283
[18] Ibid. párr. 278

Además, documentos internos de Burlington atribuían valor nulo a una posible prórroga, indicando que la propia empresa consideraba muy improbable continuar operando más allá de 2010.

El tribunal, siguiendo jurisprudencia previa, concluyó que esa posible segunda etapa de 10 años era *demasiado contingente, incierta y no probada* ("sería demasiado especulativo hacerlo en las circunstancias del caso y sobre la base de la prueba ante él"[19]) para ser compensada. A diferencia de *Perenco*, la reclamación de pérdida de oportunidad en *Burlington* no prosperó. El laudo reiteró que se otorga lucro cesante si hay "*certeza o razonable certidumbre*"[20] de que las ganancias se habrían materializado y confirmó que la pérdida de una oportunidad se indemniza sólo si representa una oportunidad seria y cuantificable. Burlington debía demostrar que, de no haber mediado la interferencia, probablemente habría obtenido la extensión y las utilidades asociadas. Esta carga no se cumplió. Los peritos del demandante, ante dicha falta de certidumbre, propusieron aplicar un factor de éxito del 60–70% sobre los flujos proyectados, pero el tribunal desestimó la reclamación por pérdida de oportunidad.[21]

Burlington obtuvo una indemnización por lucro cesante limitado al plazo contractual original,[22] pero ninguna compensación por los ingresos hipotéticos de la extensión, al considerarse que tal escenario era demasiado incierto y especulativo.[23]

2.3 Gemplus & Talsud vs. México (ICSID AF) N° ARB(AF)/04/3 y ARB(AF)/04/4

Gemplus y Talsud eran inversionistas en un proyecto de registro vehicular en México (concesión por 10 años otorgada en 1999). El Estado intervino en 2001 y revocó la concesión en 2002. En los laudos de 2010, se declaró "que las inversiones de los Demandantes fueron expropiadas ilegalmente por el Demandado, de forma indirecta mediante la requisa del 25 de junio de 2001 y de forma directa mediante la revocación del 13 de diciembre de 2002"[24] y se pasó a cuantificar la indemnización. Los reclamantes pidieron: (i) el lucro cesante por los aproximadamente 8 años restantes del periodo inicial (1999-2009), y (ii) el valor de la oportunidad perdida de una extensión automática de la concesión por otros 10 años (hasta 2019) que el contrato contemplaba *bajo discreción gubernamental*.

El tribunal decidió indemnizar solo por el período cierto (1999-2009) y excluir la extensión hipotética. Señaló que la cláusula de posible prórroga era discrecional; dado el fracaso temprano del proyecto, esa segunda etapa se volvió improbable.[25] Citó textualmente que la reclamación por 10 años adicionales resultaba "*demasiado contingente, incierta y no probada, sin base fáctica suficiente*"[26] bajo los Tratados Bilaterales de Inversión. Al momento de la expropiación (2001), la concesionaria no tenía

[19] ICSID N.° ARB/08/5 párr. 281
[20] Ibid párr. 278
[21] Ibid. párr. 283
[22] Ibid párr. 278
[23] Ibid.5 párr. 281
[24] ICSID N.° ARB (AF)/04/3 & ARB (AF)/04/4), Laudo 16 junio 2010, Parte VIII, párr. 8-27
[25] Ibid párrs. 13.70 y 13.96
[26] Ibid párr. 12.49

derecho legal a extender, según el tribunal. Y, de hecho, el tribunal determinó que el proyecto estaba tan deteriorado que difícilmente el gobierno hubiese concedido prolongarlo. Por tanto, el tribunal rechazó cualquier indemnización por el período post-2009, asumiendo que la concesión no habría continuado más allá de su término original.[27]

México argumentó (y el tribunal en parte aceptó) que, aun sin la revocación, el proyecto probablemente habría colapsado antes de 2009 por causas comerciales. Por ello, incluso para el periodo 2001-2009, las proyecciones de ganancias debían ajustarse a esa realidad deprimida. Se necesitaba evidencia convincente de que el registro habría generado rentabilidades *"suficientemente ciertas"*.[28] El laudo subraya que, para obtener una indemnización por lucro cesante, no basta con invocar una expectativa legítima, sino que es imprescindible demostrar que, de no mediar el hecho ilícito, el negocio habría generado ganancias concretas y verificables.[29]

En síntesis, los demandantes no pudieron probar que su inversión hubiera dado frutos sustanciales esperados[30] y, aunque demostraron haber perdido la oportunidad de retomar el proyecto, esa oportunidad se consideró muy debilitada.

El tribunal en *Gemplus/Talsud* reconoció doctrinalmente que una oportunidad remota puede tener valor indemnizable[31] y que en la práctica "No siempre es posible que un demandante demuestre que un evento futuro ocurriría o no con certeza; y un tribunal solo puede evaluar las probabilidades de que dicho evento futuro ocurra. Por lo tanto, no se trata de un ejercicio de certeza en sentido estricto, sino más bien, dadas las circunstancias, de un ejercicio de 'certeza suficiente'".[32]

El Tribunal decidió utilizar el valor razonable de mercado[33] para determinar la compensación y concluyó que "el valor perdido de las respectivas acciones en la concesionaria ascendía a USD 14.340.872, suma que representa la indemnización otorgada por la oportunidad de negocio frustrada".[34]

2.4 Siag vs. Egipto (ICSID) Case No. ARB/05/15

Los inversores (SIAG) habían adquirido un amplio terreno en Sinaí para construir un complejo hotelero. Los inversores alegaron que Egipto les expropió la propiedad, y el tribunal declaró la expropiación ilegal y enfrentó la cuantificación de daños en un escenario donde la inversión no estaba aún operativa.[35]

---

[27] ICSID N.° ARB (AF)/04/3 & ARB (AF)/04/4), Laudo 16 junio 2010, párr. 12.49

[28] Ibid. párrs. 13.82-13.83

[29] Ibid.

[30] Ibid. párr. 13.70

[31] Ibid. párrs. 13.98-13.99

[32] ICSID Case No. ARB(AF)/04/4 párrs. 13.90-13.91. Traducción propia de "It is not always possible for a claimant to prove that a future event could or could not happen with certainty; and a tribunal can only evaluate the chances of such a future event happening. That is not therefore an exercise in certainty, as such; but it is, in the circumstances, an exercise in "sufficient certainty",

[33] Ibid. párr. 13.93

[34] Ibid. párrs. 13.100 y 15.15

[35] ICSID CASE NO ARB/05/15 párrs. 540-543

Si bien el hotel no estaba construido, los demandantes presentaron evidencia detallada: estudios de mercado, proyecciones de ocupación y tarifas, antecedentes de turismo en la zona, e incluso ofertas de compra del proyecto por terceros[36]. Esta información permitió al tribunal concluir que la evidencia demostraba que el proyecto era económicamente viable y comercialmente prometedor, subrayando que el proyecto, "los estudios y aprobaciones obtenidos lo respaldaban como una inversión seria.[37]

En consecuencia, el Tribunal consideró que la oportunidad era tangible y prometedora pese al estadio inicial[38] y consideró la compensación por pérdida de oportunidad de inversión e intereses vinculados a la misma.[39] Se aplicó el razonamiento económico para capturar la pérdida de oportunidad, apoyado en un análisis de valoración por ventas comparables (la propiedad era comparable a las mejores propiedades de esa región[40]) para validar los resultados. El tribunal finalmente otorgó una suma total de casi USD 75 millones.[41]

Siag vs. Egipto demuestra que, con pruebas sólidas y comparables, los tribunales están dispuestos a valorar la pérdida de oportunidad que representa un negocio aún no operativo. El tribunal reconoció que la capacidad lucrativa esperada del proyecto formaba parte del valor indemnizable.

[36] Ibid. párr. 551
[37] Ibid. párr. 574
[38] Ibid. párrs. 540-543
[39] Ibid. párr. 596
[40] Ibid. párr. 574
[41] Ibid. párr. 631 (IV)(a)

3. CARACTERÍSTICAS DE LOS CASOS ANALIZADOS

La Tabla 2 resume los cuatro casos analizados, indicando el monto solicitado en concepto de lucro cesante y perdida de oportunidad, el estándar probatorio utilizado por el tribunal, y el resultado obtenido.

Tabla 2: Lucro Cesante y Perdida de Oportunidad en casos seleccionados

Caso	Lucro Cesante (USD mill)	Pérdida Oportunidad (USD mill)	Estándar Probatorio	Resultado
Perenco vs. Ecuador	$391.5	$25	Certeza razonable para lucro cesante, probabilidad aceptable para pérdida de oportunidad	Lucro cesante hasta fin del contrato, pérdida de oportunidad parcialmente reconocida
Burlington vs. Ecuador	$379	$0.0	Certeza razonable para lucro cesante; pérdida de oportunidad rechazada por ser especulativa	Lucro cesante hasta fin contrato; pérdida de oportunidad rechazada
Gemplus & Talsud vs. México	$0.0	$14.3	Lucro cesante rechazado por especulativo, pero se otorgó indemnización de probabilidad aceptable por pérdida de oportunidad	Oportunidad compensada en proporción a su probabilidad de ocurrencia.
Siag vs. Egipto	N/A	$74.55	Probabilidad y certeza suficientes para pérdida de oportunidad	Reconstitución del valor de mercado del activo en etapa de desarrollo incluyendo lucro futuro

Como se puede apreciar en los casos analizados previamente, algunos tribunales han diferenciado la figura del lucro cesante frente a la figura de la pérdida de oportunidad. Esto se pone de manifiesto en el tratamiento de la pérdida de oportunidad y en el reconocimiento de compensaciones, incluso en proyectos nuevos o en etapa preoperativa, siempre que se demuestre con certeza razonable una oportunidad seria y una probabilidad suficiente de éxito.

Los casos clasificados bajo la etiqueta de pérdida de oportunidad comparten las siguientes características:

a) <u>Oportunidad vinculada a derechos discrecionales indirectamente vinculados a expropiaciones o terminaciones:</u>

- En los casos Perenco, Burlington & Gemplus, la oportunidad de prórrogas o continuidad contractual no derivaba de un derecho firme, sino de decisiones futuras del Estado. La eventual materialización dependía de factores externos, como renovaciones administrativas o condiciones económicas inciertas, no controladas por el demandante.

- En el caso Siag v. Egipto, la pérdida de oportunidad se vinculó a la cancelación anticipada por parte del Estado del proyecto turístico en fase inicial. El tribunal reconoció que, aunque el éxito del proyecto no estaba garantizado, existía una oportunidad real y económicamente valiosa cuya materialización fue frustrada por la expropiación del Estado.

b) **Existencia de hitos pendientes e incertidumbre sobre el acceso al negocio**:

La realización del beneficio potencial estaba sujeta a contingencias como autorizaciones regulatorias, condiciones contractuales sin definir o actividades aun no consolidadas. Es decir, aún quedaban hitos por resolverse previos a la consecución de los flujos de caja potencialmente reclamados, y que no dependían únicamente de la voluntad del demandante:

- En el caso Perenco vs. Ecuador, el daño indemnizable bajo la etiqueta de pérdida de oportunidad se asoció a la posibilidad de prórrogas de ciertos contratos que, como consecuencia del hecho ilícito, finalmente se frustraron.
- El tribunal de este caso diferenció de manera explícita la reclamación asociada a contratos en vigor como lucro cesante, frente a la reclamación por la posibilidad frustrada de potenciales prórrogas no formalizadas de contratos, que se etiquetó como pérdida de oportunidad. El tribunal entendió que el demandante había perdido la oportunidad de prorrogar el vencimiento de ciertos contratos, y que esto tenía un determinado valor económico, si bien, reconoció que existía incertidumbre sobre la posibilidad de que dichas prórrogas llegaran a formalizarse.
- En el caso Burlington vs. Ecuador, el tribunal rechazó reclamaciones cuando la concreción se consideró demasiado incierta y especulativa. Se desestimó la pérdida de oportunidad por falta de prueba, al concluir que los demandantes no habían acreditado con evidencia una oportunidad seria, concreta y cuantificable de las prórrogas reclamadas. Se otorgó solo el lucro cesante probado con certeza, limitado al plazo contractual original.
- En el caso Siag vs. Egipto la intervención del Estado frustró una oportunidad que, debido a los avances concretos y al alto potencial del proyecto, era real y económicamente valiosa. El tribunal consideró que esa oportunidad debía ser compensada, aunque sujeta a la incertidumbre propia de proyectos en fase inicial, y ajustó la valoración del daño.[42]

c) Umbral probatorio de probabilidad significativa:

Los tribunales exigieron evidencia objetiva de que la oportunidad tenía una posibilidad real y medible de éxito. Cuando esta pudo demostrarse, como en los casos Perenco, Gemplus & Talsud o Siag— los tribunales otorgaron indemnización proporcional, incluso sin certeza plena.

[42] ICSID N.º ARB/05/15 parr. 576

d) Cuantificación proporcional:

La indemnización por pérdida de oportunidad no corresponde al 100 % del lucro proyectado, sino a una proporción ajustada según la probabilidad estimada de éxito, debidamente ponderada por los riesgos inherentes al negocio y los hitos mencionados en el punto 2. Este enfoque es consistente con los Principios UNIDROIT (art. 7.4.3) y con la práctica arbitral internacional.

e) Distinción explícita respecto al lucro cesante:

En todos los casos, los tribunales diferenciaron claramente entre el lucro cesante (ingresos asociados al negocio existente hasta el término contractual) y la pérdida de oportunidad contingente (cuya indemnización debe reflejar la incertidumbre, ya que se asocia a una posible extensión temporal o a actividades aun no consolidadas), manteniendo estándares distintos según la naturaleza del daño reclamado.

4. CONCEPTOS DIFERENTES AJENOS A LA METODOLOGÍA EN LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

En virtud de lo expuesto, los dos conceptos legales, "lucro cesante" y "pérdida de oportunidad", se refieren a la pérdida de un beneficio económico con un nexo causal que es consecuencia del hecho ilícito en cuestión, existiendo una diferencia conceptual en cuanto a la certidumbre (distinta a los riesgos implícitos a cualquier negocio) sobre la posible ejecución del negocio.

Esta distinción ha sido reconocida explícitamente por tribunales arbitrales en diversos casos (Perenco, Siag, Gemplus, Burlington), que han exigido distintos umbrales probatorios dependiendo del tipo de daño reclamado.

Entendemos que, en términos jurídicos, se utiliza el concepto "lucro cesante" en aquellas situaciones en las que el nexo causal de la frustración del negocio es el hecho ilícito en cuestión, y no existía ningún hito que impidiese al demandante explotar el negocio (sin perjuicio de la existencia de los riesgos inherentes a la explotación de cualquier negocio o contrato). Es decir, en el escenario contrafactual, donde el hecho ilícito no se produce, el daño otorgable en el lucro cesante corresponde al beneficio económico no percibido, debidamente ponderado por los riesgos inherentes al negocio.

En estos casos, como se observó en el laudo de Perenco y de Burlington, los beneficios reclamados correspondían a contratos vigentes y derechos adquiridos con certidumbre razonable de ejecución.

En el caso de la "pérdida de oportunidad", sin embargo, existiendo también el nexo causal del hecho ilícito como en el caso del lucro cesante, la realización del beneficio económico depende, además del hecho ilícito, de otros hitos o factores adicionales, que introducen un mayor grado de incertidumbre a la realización del beneficio económico, esto es, hitos que no dependen exclusivamente de la voluntad del demandante. En este caso, en el escenario contrafactual, el valor del beneficio económico atribuible al demandante debe considerar, además de los riesgos inherentes al negocio (como en el caso del lucro cesante), el impacto que estos otros hitos o factores, ajenos al hecho ilícito, tienen en el éxito de la actividad económica afectada.

Esto es lo que ocurrió en el caso Perenco, donde se reconoció la existencia de una oportunidad frustrada de prórroga contractual que dependía de la voluntad del Estado y de condiciones futuras inciertas

Estando de acuerdo en la existencia de una diferencia conceptual entre "lucro cesante" y "pérdida de oportunidad", desde el punto de vista técnico y metodológico, la base de la valoración del daño económico en relación con los dos conceptos es sustancialmente la misma.

En los dos casos, la valoración del daño requiere la estimación del beneficio económico que el demandante hubiese obtenido en el escenario contrafactual, sin el hecho ilícito.

En el caso del lucro cesante, el ejercicio de valoración de daño se centra en la estimación del valor por los beneficios económicos, cuando existe certeza que esta actividad se hubiese llevado a cabo en ausencia del hecho ilícito, ponderado debidamente por el riesgo inherente al negocio.

En el caso de la pérdida de oportunidad, sin embargo, el ejercicio de valoración del daño económico requiere un paso más. Esto responde a que el desarrollo de la actividad frustrada (y en consecuencia sus beneficios) no dependen únicamente del hecho ilícito en cuestión sino también de otros hitos o factores (distintos a los inherentes a la explotación del negocio) que introducen una mayor incertidumbre que debe ser capturada en la cuantificación.

Como se ha visto en algunos casos anteriores, esta mayor incertidumbre puede expresarse como un ajuste al valor presente esperado, aplicado como un factor de probabilidad sobre los flujos proyectados, práctica observada donde tribunales han aplicado ajustes proporcionales a las probabilidades estimadas, en línea con el artículo 7.4.3 de los Principios UNIDROIT, que permite indemnización proporcional a la probabilidad de ocurrencia.

5. CONCLUSIONES

Los casos analizados muestran que la pérdida de oportunidad ha sido progresivamente reconocida por los tribunales como una forma legítima de daño indemnizable en escenarios donde el éxito económico del proyecto dependía de hitos aún no consolidados, aprobaciones estatales, o condiciones de mercado futuras. Esta evolución es evidente en la diferenciación cada vez más clara entre el lucro cesante, vinculado a ingresos ciertos derivados de negocios en marcha, y la pérdida de oportunidad, asociada a beneficios potenciales no garantizados.

La distinción de la pérdida de oportunidad como una categoría de daño aparentemente diferente no debe condicionar la labor del perito. A nuestro entender, el perito debe elegir la metodología de valoración de daños con base en las características del activo a valorar (contrato, negocio, terreno, inmueble, marca, unidad productiva, etc) y, también, las circunstancias específicas del caso, contrato, mercado, etc.

Es decir, en nuestra opinión, independientemente de la etiqueta elegida para denominar el eventual perjuicio económico (lucro cesante o pérdida de oportunidad), esto no debe determinar la selección de una u otra metodología de valoración. Si el daño que el perito debe cuantificar se enmarca como la pérdida de una oportunidad, la metodología escogida para la cuantificación deberá además capturar de manera adecuada y explícita la incertidumbre asociada a la obtención de los beneficios reclamados, cumpliendo con las exigencias de mayor grado de rigor técnico requeridas por los Tribunales.

Para avanzar en la práctica arbitral y pericial en casos donde se discute lucro cesante y pérdida de oportunidad, es necesario adoptar enfoques flexibles y razonados que permitan mejorar la calidad del análisis y facilitar decisiones arbitrales consistentes y fundamentadas. En esta labor, los expertos/peritos pueden desempeñar un papel clave, contribuyendo a la elaboración de líneas orientativas o metodologías de referencia que ayuden a estructurar el análisis y la valoración de la pérdida de oportunidad por parte de los Tribunales Arbitrales, proporcionando criterios prácticos y claros.

Todos los derechos reservados © 2026 ASOCIACIÓN PARA EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE MADRID