

¿ENEMIGOS ÍNTIMOS? EL USO DEL ARBITRAJE DE EMERGENCIA EN LOS ARBITRAJES DE INVERSIÓN INICIADOS BAJO TRATADOS

PABLO MORI BREGANTE¹

Counsel en GST LLP, Washington DC., Estados Unidos. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y LL.M. por la Universidad de Chicago, Estados Unidos

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones
Enero-mayo 2021 (1)
Págs. 183-218

Resumen: Los Estados y el arbitraje de emergencia («AE») no son, ni deberían ser, enemigos. Los Estados tienen incentivos para utilizar el AE para proteger los intereses de aproximadamente 1,500 empresas estatales alrededor del mundo, de las acciones u omisiones de otros gobiernos extranjeros. Con eso en mente, este artículo explora la historia del uso del AE en arbitrajes de inversión iniciados bajo tratados ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo («CCE»), desde el primer arbitraje de emergencia conocido en dicho contexto, Tskinvest c. Moldavia, en 2014. Desde entonces, se han presentado al menos doce

Abstract: States and emergency arbitration («EA») proceedings are not-and should not-be enemies. Sovereigns have incentives to use EA proceedings to protect the interests of approximately 1,500 state-owned companies around the world from the actions or inactions of other foreign governments. With that in mind, this article explores the history of EA proceedings in treaty-based investment arbitration before the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce («SCC») since its first publicly known emergency arbitration case, Tskinvest v. Moldova, in 2014. Since then, at least twelve requests for EA have been

* Abogado especializado en arbitraje internacional, comercial y de inversiones, habiendo participado en procesos arbitrales con sedes en Europa, América Latina y Estados Unidos, administrados por distintos centros, como el CIADI, la CPA, la CCI, la LCIA, la LMAA, el ICC, entre otros.

1. El autor desea agradecer a José Angelo David su apoyo en parte de la investigación para la redacción de este artículo. Finalmente, el autor desea precisar que la posición sostenida en el presente artículo es absolutamente personal, y no corresponde ni puede ser extendida a los demás miembros de GST LLP, ni a sus clientes ni a los afiliados de estos.

solicitudes de AE ante la CCE, existiendo al menos cinco laudos de emergencia públicos, que nos permiten entender el razonamiento de los árbitros de emergencia. Estos laudos también resaltan la importancia de contar con un recurso rápido y adecuado para obtener medidas provisionales que de otro modo no estarían disponibles para los demandantes hasta que se constituya el tribunal arbitral, lo que en los hechos podría tomar hasta quince meses. Existen críticas y preocupaciones válidas respecto al uso del AE en disputas de inversión, entre otras cosas debido al temor de usurpación de los poderes soberanos de un Estado. Sin embargo, diversas solicitudes de emergencia, que buscaban evitar la aplicación de reformas tributarias o liberar a personas físicas que habían sido detenidas luego de un proceso penal local, han sido rechazadas, protegiendo así la soberanía de los Estados. También debe recordarse que las determinaciones jurisdiccionales que toman los árbitros de emergencia son solo *prima facie* y que los laudos de emergencia son, en el mejor de los casos, solo provisionales y susceptibles de ser revocados una vez constituido el tribunal arbitral. En general, el uso del AE en arbitrajes de inversión parece ser una herramienta útil tanto para inversionistas como para Estados. Por tanto, las partes deberían tener al menos la libertad de elegir si aceptan o no al AE, en lugar de que exista una prohibición general contra dicho tipo de procedimientos en las reglas aplicables.

Palabras clave: Arbitraje de emergencia – Arbitraje de inversiones – Test Broches – Cámara de Comercio de Estocolmo – Tratados de inversión.

initiated before the SCC, five of which have resulted in five publicly known emergency awards that give a preview into the mind of emergency arbitrators. These awards also highlight the importance of having a speedy and adequate remedy to obtain provisional measures that would not otherwise be available to investors until the arbitral tribunal is constituted, which, in practice, could take up to fifteen months. Criticisms are and will continue to be levelled against the availability and use of EA proceedings in investor-state disputes, among others, due to fears of encroachment on sovereign powers. Still, it cannot be discounted that requests for emergency measures have been denied to the extent that these requests sought to prevent the enforcement of tax reforms or to release natural persons who had been imprisoned after a local criminal proceeding. It should also be recalled that jurisdictional determinations of emergency arbitrators are only *prima facie* and EA awards are at best provisional, capable of being overturned once the arbitral tribunal is constituted. On balance, EA proceedings in treaty-based arbitration can be a useful tool for investors and States alike. Parties to a dispute should, thus, at least be free to choose whether to avail of EA instead of being straightjacketed by a blanket proscription against emergency proceedings.

Keywords: Emergency arbitration – Treaty-based investment arbitration – Broches test – Stockholm Chamber of Commerce – Investment treaties.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS ESTADOS Y EL ARBITRAJE DE EMERGENCIA NO SON ENEMIGOS. III. EL USO DEL ARBITRAJE DE EMERGENCIA EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES ES UNA REALIDAD QUE SE SIGUE EXTENDIENDO. IV. *TIME IS OF THE ESSENCE*: EL ARBITRAJE DE EMERGENCIA CUBRE UNA NECESIDAD APREMIANTE POR MEDIDAS CÉLERES. V. *COOLING-OFF PERIODS*: A VECES (Y SOLO A VECES) LA NEGOCIACIÓN PODRÍA RESULTAR FÚTIL. VI. LOS ÁRBITROS DE EMERGENCIA VIENEN PROTEGIENDO Y ABOGANDO POR LA DEFENSA DE LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS. VII. EL CONSENTIMIENTO DINÁMICO DE LOS ESTADOS A LAS REGLAS DE ARBITRAJE DE EMERGENCIA. VIII. LA JURISDICCIÓN DEL ÁRBITRO DE EMERGENCIA ES ÚNICAMENTE *PRIMA FACIE*. IX. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El uso del arbitraje de emergencia para disputas arbitrales bajo tratados de inversión (en adelante, «arbitrajes de inversión»)² parece ser todavía un tema tabú, a pesar de que en Europa se viene usando y testeando desde hace una década. Se han planteado diversas preocupaciones (válidas) que apuntan a que los Estados se opongan a su uso³. Sin embargo, el autor de este artículo considera que dichas preocupaciones –además de estar siendo confrontadas (correctamente en muchos de los casos) por los árbitros de emergencia– no toman en cuenta que los propios Estados también podrían beneficiarse de la figura en cuestión.

Teniendo en cuenta ello, el presente artículo se estructura de la siguiente manera. En la Sección II se identifican algunas circunstancias en que los Estados se podrían beneficiar del arbitraje de emergencia en arbitrajes de inversión. En la Sección III se hace un recuento breve de los doce arbitrajes de emergencia conocidos en el contexto del arbitraje de inversiones. En la Sección IV se describe la necesidad apremiante para obtener medidas céleres, debido al tiempo que puede tomar la constitución de un tribunal arbitral de inversiones. En la Sección V se hace un análisis de las decisiones tomadas res-

2. Para efectos de este artículo, por «arbitrajes de inversión» nos referiremos exclusivamente a los arbitrajes iniciados al amparo de un tratado bilateral o multilateral de inversiones. El presente artículo no se refiere a arbitrajes que se puedan haber iniciado al amparo de un contrato de inversiones o de una ley local de inversión.
3. Por ejemplo, ya desde la incorporación de la figura del árbitro de emergencia en los arbitrajes de inversiones al amparo del Reglamento de Arbitraje de 2010 del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, se advertía que los Estados podrían tener la siguiente preocupación: «*States and State entities that have consented to SCC [Stockholm Chamber of Commerce] arbitration under investor-State contracts or international investment treaties (...) may perceive this new mechanism for quick and effective interim relief as threatening a temporal and substantive expansion of the SCC [Stockholm Chamber of Commerce] jurisdiction in investment disputes through a procedure that makes provisional measures available significantly faster than do other arbitral rules in the investment context*» (Brower, Charles N.; Meyerstein, Ariel; y Schill, Stephan. «*The Power and Effectiveness of Pre-Arbitral Provisional Relief: The SCC Emergency Arbitrator in Investor-State Disputes*», en Hobér, Kaj y otros (eds), *Between East and West: Essays in honour of Ulf Franke*, Juris 2010, p. 64, disponible en: www.arbitrationlaw.com/library/power-and-effectiveness-pre-arbitral-provisional-relief-scc-emergency-arbitrator-investor. Ver, también, Dahlquist, J. «*Emergency Arbitrators in Investment Treaty Disputes*», Kluwer Arbitration Blog, 10 de marzo de 2015 («*The opportunity to obtain interim measure before the constitution of a full tribunal is naturally viewed by investors as an attractive feature. On the other hand, as outlined above, there are several aspects that may be perceived by states as problematic*»). Disponible en: arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/03/10/emergency-arbitrators-in-investment-treaty-disputes/. Ver, también, conversación al respecto entre el autor del presente artículo y Frutos-Peterson, C; Merizalde, J. F.; y Ribco, Y. Conferencia virtual: Perfectos desconocidos: mecanismos poco usados en arbitraje de inversiones, ARBANZA, 10 de noviembre de 2020, minutos 29:50 – 57:40, disponible en: www.facebook.com/watch/live/?v=389301935831998&ref=watch_permalink.

pecto a la consecuencia de no haber esperado la terminación del periodo de negociación establecido en algunos tratados de inversión antes de iniciar un arbitraje de emergencia. En la Sección VI se explican diversas circunstancias en que los árbitros de emergencia han protegido y abogado por la defensa de la soberanía de los Estados. En la Sección VII se analiza el denominado consentimiento dinámico de los Estados a las reglas de arbitraje de emergencia, tal como ha sido explicado por algunos árbitros de emergencia. En la Sección VIII se desarrollan las razones por las cuales la jurisdicción del árbitro de emergencia es únicamente *prima facie* y, por tanto, su actuación no impide la revisión de la jurisdicción del eventual tribunal arbitral. Finalmente, en la Sección IX se elaboran brevemente las conclusiones que se desprenden de todas las secciones anteriores.

II. LOS ESTADOS Y EL ARBITRAJE DE EMERGENCIA NO SON ENEMIGOS

A veces, las discusiones se centran en los potenciales riesgos que podría traer el uso de ciertas figuras, perdiendo de vista más bien los beneficios que las mismas podrían traer consigo. A criterio de este autor, ese es justamente el caso de las discusiones acerca del uso del arbitraje de emergencia en arbitrajes de inversiones, en particular desde la perspectiva del Estado. Mucho se comenta acerca de los posibles riesgos que le podría generar a los Estados su uso, pero poco se habla de los beneficios⁴. Sin embargo, si nos detenemos a reflexionar sobre el asunto, se podrá apreciar que los propios Estados también tienen incentivos para el uso de esta figura en arbitrajes de inversión. Los Estados y el arbitraje de emergencia no son enemigos, al contrario, podrían ser muy buenos amigos si se pone énfasis en el otro lado de la mesa, es decir en los casos en que los propios Estados podrían más bien hacer uso de la figura en cuestión.

Al respecto, en el 2017, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés), identificó alrededor de 1.500 empresas estatales (es decir, total o parcialmente propiedad de un gobierno nacional) con operaciones transnacionales alrededor del mundo⁵. Así las cosas, si el arbitraje de emergencia fuese abiertamente permitido en el arbitraje de inversiones, todas estas 1.500 empresas estatales podrían beneficiarse

4. Ibid.

5. World Investment Report 2017. Investment and the Digital Economy. United Nations Publication, 2017, p. xi («UNCTAD's new database on State-owned MDEs shows their growing role in the global economy. About 1,500 State-owned MNEs (1.5 per cent of all MNEs) own more than 86,000 foreign affiliates, or close to 10 per cent of all foreign affiliates. (...) Their headquarters are widely dispersed, with more than half in developing economies and almost a third in the European Union. China is the largest home economy»). Disponible en: unctad.org/system/files/official-document/wir2017_en.pdf.

de su uso, en caso sean afectadas por acciones u omisiones gubernamentales de cualquier país. Este es el mercado que debemos ver para entender que el arbitraje de emergencia también puede beneficiar incluso a los propios Estados en el contexto del arbitraje de inversión, cuando sus empresas estatales actúan como demandantes, situación que no es extraña ni ajena a la realidad.

El denominado test Broches (que debe su nombre a su autor, Aron Broches, el primer Secretario General del CIADI y uno de los principales redactores del Convenio CIADI) señala que «a los efectos del Convenio [CIADI], una empresa de economía mixta o una empresa estatal no debería ser descalificada como ‘nacional de otro Estado Contratante’, a menos que actúe como un agente gubernamental o esté desempeñando una función esencialmente gubernamental»⁶.

En otras palabras, cualquier empresa estatal que, actuando en su capacidad comercial en algún país distinto al de su nacionalidad, se vea afectada por alguna acción u omisión gubernamental del país donde esté realizando inversiones, podrá ser considerada como un inversionista extranjero y, por tanto, iniciar un arbitraje de inversiones demandando al país en cuestión. Si le estuviese permitido usar el mecanismo del arbitraje de emergencia, también podría hacer uso de dicha figura, como cualquier otro inversionista extranjero.

Si queremos pensar en ejemplos más concretos, considérese por ejemplo la denominada «*Compulsory Acquisition (Shares in Petrojam Limited) Act, 2019*» (en adelante, la «Ley de Adquisición Obligatoria») emitida por el Congreso de Jamaica en febrero de 2019⁷. Conforme a información pública, Petrojam Limited («Petrojam») es una empresa petrolera estatal controlada por el gobierno de Jamaica⁸ que, desde el 2006, suscribió un *Joint Venture Agreement* con PDV Caribe S.A. para la exploración y explotación compartida de recurso petroleros, concediendo así a PDV Caribe S.A. el 49% del control de la compañía⁹. PDV Caribe S.A., por su parte, es una

6. Traducción libre del siguiente texto: «*For the purposes of the Convention a mixed economy company or government-owned corporation should not be disqualified as a national of another Contracting State’ unless it is acting as an agent for the government or is discharging an essentially governmental function*». En: Schreuer, C; Malintoppi, L; Reinisch A; y Sinclair A. *The ICSID Convention: A Commentary*, 2da. Edición, 2009, p. 161.

7. «*The Compulsory Acquisition (Shares in Petrojam Limited) Act, 2019*» disponible en: [www.japarliament.gov.jm/attachments/article/339/The%20Compulsory%20Acquisition%20\(Shares%20in%20Petrojam%20Ltd\)%20Act,%202019.pdf](http://www.japarliament.gov.jm/attachments/article/339/The%20Compulsory%20Acquisition%20(Shares%20in%20Petrojam%20Ltd)%20Act,%202019.pdf).

8. www.petrojam.com/.

9. Ley de Adquisición Obligatoria, *op. cit.* (cita 6), art. 2: «2. *In this Act (...) joint venture agreement means the joint venture agreement dated August 14, 2006, between Petrojam Limited, the Petroleum Corporation of Jamaica, and PDV Caribe S.A. (a mercantile society formed under the laws of the Bolivarian Republic of Venezuela and having its principal offices in Caracas, Venezuela)*». Ver, también, Balford, H. «*Govt. tables bill for acquisition of Venezuela’s shares in Petrojam*», Jamaica Observer, 13 de febrero de 2019, disponible en:

subsidiaria de Petróleos de Venezuela (PDVSA), controlada a su vez por el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela¹⁰. En otras palabras, PDV Caribe (empresa estatal venezolana) tenía el 49% de participaciones en Petrojam (empresa estatal jamaicana), hasta que se emitió la Ley de Adquisición Obligatoria.

La emisión de dicha ley se discutió en el ambiente político de Jamaica por varias semanas y¹¹, como se puede apreciar de su texto, su objetivo fue la expropiación de todas las participaciones de PDV Caribe en Petrojam¹². De acuerdo con noticias públicas¹³, e incluso conforme al propio texto de la Ley de Adquisición Obligatoria¹⁴, las razones de dicha expropiación incluyeron razones políticas, relacionadas con las sanciones impuestas por el gobierno de los Estados Unidos al gobierno de Venezuela y a PDVSA en particular. Ello llevó al inicio de una serie de disputas¹⁵. Si existiese un tratado de inversiones entre Venezuela y Jamaica que admitiera no solo el arbitraje internacional sino también un arbitraje de emergencia durante la constitución del tribunal arbitral, PDV Caribe habría tenido la posibilidad de tomar dicha vía para demandar a Jamaica e intentar impedir la ejecución de la Ley de Adquisición

www.jamaicaobserver.com/news/govt-tables-bill-for-acquisition-of-venezuela-s-shares-in-petrojam_157070?profile=1373.

10. www.bnamericas.com/en/company-profile/pdv-caribe-sa-pdv-caribe.
11. Johnson Smith, K. «Press briefing on shares in Petrojam», Jamaica Observer, 9 de enero de 2019, disponible en: www.jamaicaobserver.com/business-observer/press-briefing-on-shares-in-petrojam_154131?profile=1056. Ver, también, «Kamina Johnson Smith. Petrojam Buyout was inevitable», The Cleaner, Jamaica WI, 10 de enero de 2019, disponible en: www.jamaica-gleaner.com/article/commentary/20190113/kamina-johnson-smith-petrojam-buyout-was-inevitable.
12. Ley de Adquisición Obligatoria, *op. cit.* (cita 6).
13. Linton, L. «House approves bill to retake ownership of Petrojam shares», Jamaica Information Service, 20 de febrero de 2019 («The Primer Minister also cited the United States Executive Order 13808 dated August 24, 2017, which essentially prohibits United States persons from entering into specified transactions with the Government of Venezuela and any political division, agency or instrumentality thereof, including PDVSA. “While Petrojam itself was not identified as a sanctioned entity’ under the Executive Order, the fact is that its banks and correspondent banks, which facilitate basic transactions with suppliers and service providers, are considered US persons, and were, therefore, at risk or at perceived risk of high fines for breaching such sanctions, and accordingly, they were hesitant to continue providing such services which were fundamental to the most basic operations of Petrojam”, he said»). Disponible en: www.jis.gov.jm/house-approves-bill-to-retake-ownership-of-petrojam-shares/.
14. Ley de Adquisición Obligatoria, *op. cit.* (cita 6), Memorandum of Objects and Reasons: «The existing ownership structure of PetroJam exposes it to serious risks, which threaten Jamaica’s energy security and economic stability. These risks have been exacerbated and made more imminent by sanctions imposed by third party countries. As a result, a decision has been taken to enact legislation to provide for the compulsory acquisition of the shares held in PetroJam Limited (“the applicable property”) by persons other than the Petroleum Corporation of Jamaica».
15. «PdV seeks compensation for Jamaica refinery stake», Argus Media, 4 de julio de 2019: www.argusmedia.com/en/news/1934120-pdv-seeks-compensation-for-jamaica-refinery-stake.

la República del Ecuador, invocando el Tratado Bilateral de Inversiones entre dichos países¹⁹.

Es en este tipo de circunstancias donde el arbitraje de emergencia en el arbitraje de inversiones podría ser muy útil también para los propios Estados, cuando sus empresas estatales inician arbitrajes de inversión y pueden tener incentivos para solicitar una o más medidas de emergencia. Sin embargo, actualmente las Reglas de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones («CIADI») –el centro de administración del mayor número de arbitrajes de inversión a nivel mundial– no admiten el uso de la figura en cuestión (como sí lo admite, por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, como se verá más adelante). Esta situación no solo impide a las empresas estatales a iniciar un arbitraje de emergencia, sino que las obliga a tener que esperar hasta quince meses para que un tribunal arbitral se constituya²⁰, para recién en ese momento poder solicitar alguna medida provisional.

Teniendo en cuenta lo anterior, en las siguientes secciones de este artículo se explicarán algunas de las ventajas del arbitraje de emergencia dentro del arbitraje de inversiones, sobre la base del análisis de casos reales. Ello permitirá entender por qué varios de los riesgos que se temen, por el uso de esta figura en el contexto del arbitraje de inversiones, ya vienen siendo resueltos por los distintos árbitros de emergencia, de manera interesante y con argumentos no muy distintos a los que cualquier parte, privada o estatal, presentaría en un arbitraje regular.

Sin embargo, antes de continuar, es necesario precisar que el presente artículo no pretende ser concluyente, sino únicamente aportar algunos argumentos, principalmente prácticos, respecto a las ventajas del arbitraje de emergencia en el arbitraje de inversiones en general. Tampoco busca profun-

19. Bohmer, L. «*Chilean state-owned mining company puts Ecuador on notice of treaty-based dispute*», Investment Arbitration Reporter, 24 de noviembre de 2020, disponible en: www.iareporter.com/articles/chilean-state-owned-mining-company-puts-ecuador-on-notice-of-treaty-based-dispute/.

20. Raviv, A. «*Achieving a faster ICSID*», en *Transnational Dispute Management*, Volumen n.º 11, Issue n.º 1, enero de 2014, p. 9 («*III. Constitution of the Tribunal. (...) Of thirty-four Convention cases registered in 2012 for which a tribunal was constituted, the average time between registration and constitution was 211 days, or nearly seven months. The fastest constitution was 91 days and the slowest took 470 days*»). Disponible en: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2066. Ver, también, Swee Yen, K. «*The Use of Emergency Arbitrators in Investment Treaty Arbitration*», en *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Volumen n.º 31, Issue n.º 3, octubre de 2016, p. 534 («*Of the 34 ICSID cases registered in 2012 for which a tribunal was constituted, the average time between registration and constitution was 211 days (nearly seven months), with the slowest taking up to 470 days (...). Investment arbitration is, indeed, not for the impatient!*»). Disponible en: www.academic.oup.com/icsidreview/article-abstract/31/3/534/2374454?redirectedFrom=fulltext.

dizar en argumentos de Derecho internacional o de interpretación de tratados de inversión, sino más bien contrastar algunas de las preocupaciones respecto a esta figura con las experiencias reales a la fecha. Finalmente, para evitar cualquier duda, este artículo tampoco pretende abogar por la concesión generalizada de medidas de emergencia solicitadas por inversionistas en contra de Estados demandados, ni hacer un análisis de los estándares aplicables para la concesión de dichas medidas, todo lo cual debe ser analizado en cada caso concreto. Únicamente, aboga por la posibilidad de que la figura sea aceptada abiertamente en –o al menos no excluida de– los reglamentos arbitrales aplicables, y sean los propios usuarios (inversionistas y Estados) quienes decidan su uso o no, pues su eficacia ya viene siendo testada en los hechos por varios años.

III. EL USO DEL ARBITRAJE DE EMERGENCIA EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES ES UNA REALIDAD QUE SE SIGUE EXTENDIENDO

Desde el Reglamento de Arbitraje de 2010 del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (la «Cámara de Comercio de Estocolmo»), dicho centro admite el uso del arbitraje de emergencia dentro de arbitrajes de inversiones²¹. El vigente Reglamento de Arbitraje de 2017 también mantiene el uso de esta figura²². A la fecha de redacción de este artículo, 61 tratados bilaterales o multilaterales de inversión (incluyendo el Tratado sobre la Carta de la Energía, con más de 50 países miembros)²³ aplican o hacen referencia al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo²⁴, posicionando a dicho centro como una institución importante para la administración de arbitrajes de inversión.

Conforme a reportes de la propia Cámara de Comercio de Estocolmo, hasta el año 2019 se habían emitido diez decisiones de árbitros de emergencia en el contexto de procesos arbitrales iniciados al amparo de tratados de inver-

21. Reglamento de Arbitraje de 2010 de la Cámara de Comercio de Estocolmo, Apéndice 2, disponible en: www.sccinstitute.com/media/40120/arbitrationrules_eng_webbversion.pdf.

22. Reglamento de Arbitraje de 2017 de la Cámara de Comercio de Estocolmo, Apéndice 2, disponible en: www.sccinstitute.com/media/1407444/arbitrationrules_eng_2020.pdf.

23. www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/.

24. Pirozhkin, A. *Emergency arbitrator's decisions in Investment Treaty Disputes at the SCC (2014-2019)*. Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, mayo de 2020, p. 3 («The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC) is known as a preferred forum for settlement of investor-state disputes. Sweden and the SCCE are mentioned for investor-state disputes in at least 120 BITs and under the Energy Charter Treaty (ECT). Out of 120 BITs, 61 agreements apply the SCC Arbitration Rules to disputes. The remaining 60 BITs assign the SCC to act as Appointing Authority under the UNCITRAL Arbitral Rules or Sweden as the legal seat of the dispute. In 1993-2019 the SCC registered in total 112 investment treaty disputes»). Disponible en: www.sccinstitute.com/media/1718853/emergency-arbitrators-decisions-in-investment-treaty-disputes-at-the-scc-2014-201.pdf.

sión bajo las reglas de dicho centro²⁵. A la fecha de redacción de este artículo (febrero de 2021), se conoce que durante el 2020 al menos dos árbitros de emergencia emitieron dos decisiones adicionales, aunque relacionadas a la misma controversia, al amparo de estas reglas²⁶.

Si bien la mayoría de los demás reglamentos arbitrales internacionales no permite el uso de esta figura en el arbitraje de inversiones²⁷, los doce casos

25. Pirozhkin, A. *Emergency arbitrator's decisions in Investment Treaty Disputes at the SCC (2014-2019)*, op. cit. (cita 23) p. 6 («Between 2014 and 2019, ten emergency arbitrator's decisions have been made in investment treaty disputes under the SCC Rules, in six of which the emergency relief claimed was granted (in full or in part). Eight of these disputes were based on bilateral investment treaties (BITs)»).
26. *Komaksavia Airport Invest Ltd. C. República de Moldavia (2)*, Caso SCC n.º EA 2020/130, Laudo de Emergencia, 2 de agosto de 2020, disponible en: www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11787.pdf. Ver, también, Djanic, V. «Billion-dollar airport arbitration against Moldova takes off quietly at the SCC; Emergency Arbitration Award has already been handed down», *Investment Arbitration Reporter*, 14 de julio de 2020, disponible en: www.iareporter.com/articles/billion-dollar-airport-arbitration-against-moldova-takes-off-quietly-at-the-scc-emergency-arbitration-award-has-already-been-handed-down/. Ver, también, Bohmer, L., y Djanic, V. «Chisinau Airport dispute gives rise to a second SCC Emergency Decision; three are in place to hear the main arbitration claim», *Investment Arbitration Reporter*, 4 de agosto de 2020, disponible en: www.iareporter.com/articles/chisinau-airport-dispute-gives-rise-to-a-second-scc-emergency-award-three-are-in-place-to-hear-the-main-arbitration-claim/.
27. A la fecha de redacción de este artículo (febrero de 2021), el autor no conoce que se haya permitido el uso del arbitraje de emergencia en ninguna otra institución que administre arbitraje de inversiones. Si bien en el Reglamento de Arbitraje de Inversiones del Centro Internacional de Arbitraje de Singapur de 2017 se admite su uso (*Schedule 1*), incluido en el arbitraje de inversiones, a la fecha no se conoce públicamente que el mismo haya sido utilizado en dicho contexto. A criterio del autor, probablemente ello es así porque el art. 27.4 del referido Reglamento establece que solo será posible utilizar dicha figura cuando las partes hayan acordado expresamente la aplicación de las provisiones sobre arbitraje de emergencia de dicho Reglamento, haciendo en realidad muy limitado su uso en el arbitraje de inversiones, pues el tratado aplicable deberá señalar expresamente la aplicación de dichas reglas de emergencia. Por su parte, el uso de dicha figura tampoco se encuentra permitido ni en las Reglas de Arbitraje del CIADI ni en el Reglamento de Arbitraje de la CNDUMI (las dos instituciones más usadas para la administración de arbitrajes de inversión a nivel internacional). Adicionalmente, se conoce que en el 2015 se solicitó el establecimiento de un árbitro de emergencia en un arbitraje de inversiones iniciado al amparo del Reglamento de Arbitraje de 2012 de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional («CCI»). Sin embargo, eventualmente, el Presidente de dicha Corte determinó que dicha figura no era aplicable (Ver, *ICC Commission Report. Emergency Arbitrator Proceedings*. Cámara de Comercio Internacional, 2019, p. 39, nota al pie # 190, disponible en: www.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/03/icc-arbitration-adr-commission-report-on-emergency-arbitrator-proceedings.pdf). Al respecto, el reciente Informe sobre Estados, Entidades Estatales y Arbitraje CCI de 2019 explicó que la intención del art. 29(5) del Reglamento de Arbitraje de 2012 de dicha institución fue justamente «excluir al arbitraje de inversión del alcance del procedimiento de árbitro de emergencia» (Ver, Informe sobre Estados, Entidades Estatales y Arbitraje CCI, 2019, p. 7, disponible en: www.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/08/icc-arbitration-adr-commission-report-on-states-state-entities-and-icc-arbitration-spanish-version.pdf). Ello, porque di-

mencionados demuestran que se trata de una figura que ya viene siendo usada y testada en Europa, y que seguro seguirá siendo usada en el futuro, al menos bajo las reglas de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

De dichas controversias, son públicos los laudos u órdenes de emergencia de, al menos, cinco casos: (i) en *Tskinvest c. Moldavia* (considerado como el primer arbitraje de emergencia bajo un tratado de inversión)²⁸, el 29 de abril de 2014, el árbitro de emergencia (Prof. Dr. Kaj Hobér) concedió la medida solicitada²⁹; (ii) en *Evrobalt c. Moldavia*, el 30 de mayo de 2016, el árbitro de emergencia (Sr. Georgios Petrochilos) rechazó la medida solicitada³⁰; (iii) en *Kompozit c. Moldavia*, el 14 de junio de 2016, el árbitro de emergencia (Sr. José Rossel) aceptó una medida y rechazó otras³¹; (iv) en *Munshi c. Mongolia*, el 5 de febrero de 2018, el árbitro de emergencia (Sr. Bernardo Cremades)

cho artículo señalaba que las Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia «se aplicarán solo a las partes que sean signatarias del acuerdo de arbitraje bajo el Reglamento que sirve de base a la solicitud o que sean sucesores de dichas signatarias». Como los inversionistas no son signatarios de los tratados de inversión aplicables (pues solo fueron suscritos por los Estados parte), el arbitraje de emergencia queda automáticamente excluido en el contexto de un arbitraje de inversiones ante la CCI. El art. 29(5) del Reglamento de Arbitraje de 2017 de la CCI mantuvo el mismo texto que el Reglamento de 2012. Recientemente, en el 2021, la CCI ha emitido un nuevo Reglamento de Arbitraje, dejando aún más clara la exclusión en cuestión, pues el art. 29(6)(c) señala expresamente: «6. *The Emergency Arbitrator Provisions shall not apply if: (...) c) the arbitration agreement upon which the application is based arises from a treaty*».

28. Dahlquist, J. «*The first known investment treaty emergency arbitration. TSKInvest LLCv The Republic of Moldova, SCC Emergency Arbitration No. EA 2014/053, 29 April 2011 (Kaj Hobér)*», en *Journal of World Investment and Trade*, 4 de mayo de 2016, pp. 261-271, disponible en: www.brill.com/view/journals/jwit/17/2/article-p261_3.xml?language=en.
29. *Tskinvest LLC c. República de Moldavia*, Decisión de Emergencia, Caso SCC n.º EA 2014/053, 29 de abril de 2014, disponible en: www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4219.pdf. Ver, también, Burova, Y. «*Interim relief against the host State: Analysis of Emergency Awards against Moldova*». CIS Arbitration Forum, 28 de julio de 2016, disponible en: www.cisarbitration.com/2016/07/28/interim-relief-against-the-host-state-analysis-of-emergency-awards-against-moldova/. Ver, también, Svetlicinii, A. «*Emergency Arbitration in the Investor-State dispute settlement cases: Challenges and perspectives for arbitration institutions*», en *KLRI Journal of Law and Legislation*, 2018, Vol. 8, n.º 1, 24 de junio de 2018, pp. 7-9, disponible en: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3192612).
30. *Evrobalt LLC c. República de Moldavia*, Laudo de Emergencia, Caso SCC n.º EA 2016/082, 30 de mayo de 2016, disponible en: www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7410.pdf. Ver, también, Burova, Y. «*Interim relief against the host State: Analysis of Emergency Awards against Moldova*», *op. cit.* (cita 28). Ver, también, Svetlicinii, A. «*Emergency Arbitration in the Investor-State dispute settlement cases: Challenges and perspectives for arbitration institution*», *op. cit.* (cita 28), pp. 9-12.
31. *Kompozit LLC c. República de Moldavia*, Laudo de Emergencia, Caso SCC n.º EA 2016/095, 14 de junio de 2016, disponible en: www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7421.pdf. Ver, también, Burova, Y. «*Interim relief against the host State: Analysis of Emergency Awards against Moldova*», *op. cit.* (cita 28). Ver, también, Svetlicinii, A. «*Emergency Arbitration in the Investor-State dispute settlement cases: Challenges and perspectives for arbitration institutions*», *op. cit.* (cita 28), pp. 12-15.

aceptó una medida y rechazó otras³²; y (v) en *Komaksavia c. Moldavia* (2) (en adelante, «Komaksavia 2»), el 2 de agosto de 2020, el árbitro de emergencia (Sr. Bernardo Cremades) aceptó una medida y rechazó otras³³.

Adicionalmente, se conoce también que: (i) en *Griffin c. Polonia*, el 1 de enero de 2015, el árbitro de emergencia (Sr. Georgios Petrochilos) rechazó las medidas solicitadas³⁴; (ii) en *JKX c. Ucrania*, el 14 de enero de 2015, el árbitro de emergencia (Sr. Rudolf Dolzer) aceptó una de las medidas solicitadas³⁵; (iii) en *Puma c. Benin*, el 8 de junio de 2017, el árbitro de emergencia (Sr. Christer Söderlund), admitió las medidas solicitadas³⁶; (iv) en *Okuashvili c. Georgia*, el 2 de abril de 2019, el árbitro de emergencia (identidad no

32. *Mohammed Munshi c. Estado de Mongolia*, Laudo de Emergencia, Caso SCC n.º EA 2018/007, 5 de febrero de 2018, disponible en: www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9756.pdf.

33. *Komaksavia 2*, Laudo de Emergencia, Caso SCC n.º EA 2020/130, 2 de agosto de 2020, disponible en: www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11787.pdf.

34. Ver, registro de las decisiones del arbitraje *Griffin Group c. Polonia* en Jus Mundi, disponible en: www.jusmundi.com/en/document/decision/en-gpf-gp-s-a-r-l-v-poland-emergency-award-thursday-1st-january-2015. Ver, también, Peterson, L. «Investigation: New details emerge about use of emergency arbitrators in investment treaty cases, including in *Griffin v. Poland Dispute*», *Investment Arbitration Reporter*, 8 de octubre de 2015, disponible en: www.iareporter.com/articles/investigation-new-details-emerge-about-use-of-emergency-arbitrators-in-investment-treaty-cases/. Ver, también, Swee Yen, K. «*The Use of Emergency Arbitrators in Investment Treaty Arbitration*», *op. cit.* (cita 19), pp. 543-544. Ver, también, Knapp, L. «*SCC Practice. Emergency Arbitrator Decisions rendered 2014*», p. 7, § 3 («3. SCC Emergency Arbitrations 2014/053 and 2014/183»). Disponible en: www.sccinstitute.com/media/62020/scc-practice-emergency-arbitrators-2014_final.pdf. Ver, también, Chung, K. *Emergency Arbitration in Investment Treaty Disputes*. LL.M. Program 2015-2016, Harvard Law School, 22 de abril de 2016, pp. 19-21, disponible en: hnmcp.law.harvard.edu/wp-content/uploads/2012/02/Kyongwha-Chung-Winnerpdf.pdf.

35. Peterson, L. «*Investor takes Emergency Arbitrator Award under Energy Charter Treaty to a Ukraine Court and obtains enforcement of tax-freeze holdings*», *Investment Arbitration Reporter*, 29 de junio de 2015, disponible en: www.iareporter.com/articles/investor-takes-emergency-arbitrator-award-under-energy-charter-treaty-to-a-ukraine-court-and-obtains-enforcement-of-tax-freeze-holdings/. Ver, también, Swee Yen, K. «*The Use of Emergency Arbitrators in Investment Treaty Arbitration*», *op. cit.* (cita 19) pp. 545-547. Ver, también, Perepelynska, O. «*Enforceability of Emergency Arbitrator Awards in Ukraine*», *CIS Arbitration Forum*, 7 de diciembre de 2015, disponible en: www.cisarbitration.com/2015/12/07/enforceability-of-emergency-arbitrator-awards-in-ukraine/. Ver, también, Chung, K. *Emergency Arbitration in Investment Treaty Disputes*, *op. cit.* (cita 33), pp. 21-26. Ver, también, Perepelynska, O. «*Arbitrations against Ukraine and its State bodies in Post-Revolution period*», *CIS Arbitration Forum*, 13 de mayo de 2015, disponible en: www.cisarbitration.com/2015/05/13/arbitrations-against-ukraine-and-its-state-bodies-in-post-revolution-period/.

36. Hepburn, J. «*Analysis: Stockholm Arbitrator finds emergency measures justified against Benin where entire investment faces extinguishment due to alleged denial of justice*», *Investment Arbitration Reporter*, 14 de junio de 2017, disponible en: www.iareporter.com/articles/analysis-stockholm-arbitrator-finds-emergency-measures-justified-against-benin-where-entire-investment-faces-extinguishment-due-to-alleged-denial-of-justice/.

revelada) aceptó las medidas solicitadas³⁷; y (v) finalmente, en *Komaksavia c. Moldavia (1)* (en adelante, «Komaksavia 1»), el 5 de mayo de 2020, el árbitro de emergencia (Sr. Klaus Reichert) rechazó las medidas solicitadas³⁸. Sin embargo, ninguno de estos cinco laudos de emergencia es público, hasta donde llega el conocimiento del autor.

Tanto de las estadísticas correspondientes, como de la lectura de los laudos de emergencia públicos, se aprecia que los árbitros de emergencia, tanto los que han aceptado como los que han rechazado las medidas solicitadas, han afrontado y resuelto una serie de cuestionamientos respecto al arbitraje de emergencia en este contexto. Se trata de una realidad de la cual tanto inversionistas como Estados pueden sacar lecciones para futuras controversias, como se verá a continuación.

IV. *TIME IS OF THE ESSENCE*: EL ARBITRAJE DE EMERGENCIA CUBRE UNA NECESIDAD APREMIANTE POR MEDIDAS CÉLERES

De acuerdo a un análisis realizado por Adam Raviv, por ejemplo, de los 34 casos registrados en el CIADI en el año 2012, el tiempo promedio transcurrido entre el registro de una controversia y la constitución del respectivo tribunal arbitral fue de 211 días, siendo que la constitución más lenta tomó hasta 470 días³⁹. Es decir, un demandante podría tener que esperar hasta quince meses solo para que su respectivo tribunal arbitral quede constituido y recién ahí poder solicitar una medida cautelar o provisional, conforme al Convenio (y a las Reglas del) CIADI⁴⁰.

Sin la posibilidad de solicitar una medida cautelar durante todo ese de tiempo, el demandante puede correr el riesgo alto de sufrir un daño desproporcionado⁴¹. El arbitraje de emergencia justamente permitiría completar ese

37. Dahlquist, J. «*SCC Emergency Arbitrator orders Republic of Georgia to refrain from seizing assets belonging to conglomerate owned by Georgian businessman*», *Investment Arbitration Reporter*, 11 de abril de 2019, disponible en: <https://www.iareporter.com/articles/scc-emergency-arbitrator-orders-republic-of-georgia-to-refrain-from-seizing-assets-belonging-to-conglomerate-owned-by-georgian-businessman/>.

38. Djanic, V. «*Billion-dollar airport arbitration against Moldova takes off quietly at the SCC; Emergency Arbitration Award has already been handed down*», o p. cit. (cita 25).

39. Raviv, A. «*Achieving a faster ICSID*», op. cit. (cita 19), p. 9

40. Convenio CIADI, art. 47: «*Artículo 47. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal, si considera que las circunstancias así lo requieren, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes*». Ver, también, Reglas de Arbitraje CIADI, Regla 39: «*Regla 39. Medidas provisionales. (1) En cualquier etapa una vez incoado el procedimiento, cualquiera de las partes puede solicitar que el Tribunal recomiende la adopción de medidas provisionales para la salvaguarda de sus derechos*».

41. Nótese el uso de la expresión «daño desproporcionado», mas no «daño irreparable», a fin de no entrar a la discusión respecto de cuál es el estándar que se debe seguir para la

vacío. Si bien dicho proceso de emergencia no se encuentra permitido en el CIADI, sí lo está en la Cámara de Comercio de Estocolmo, permitiendo obtener medidas rápidas, y probablemente algunas veces indispensables, para no perder por completo la inversión por medidas estatales controvertidas⁴². Ello, teniendo en cuenta además que el propósito de cualquier medida provisional es, por un lado, evitar la agravación de la disputa y, por el otro, preservar la integridad del proceso arbitral⁴³. Una medida de emergencia apunta justamente a proteger al menos al primero de dichos objetivos.

Conforme a lo establecido en el art. 4(1) del Apéndice 2 del Reglamento

concesión de medidas de emergencia o medidas cautelares en general, discusión que no forma parte del presente artículo. Sobre el particular cabe señalar que, si bien se podría argumentar que el demandante podría solicitar medidas cautelares en las cortes locales del Estado receptor, para intentar evitar el daño en cuestión, se debe recordar que dicho inversionista prefirió iniciar un arbitraje internacional y no litigar la controversia en cuestión en las cortes por una razón específica, por ejemplo, por falta de imparcialidad de las cortes locales, entre otras. Forzar a un inversionista a tener que solicitar medidas cautelares en las cortes locales mientras se constituye el tribunal arbitral, y sin darle la oportunidad de que pueda perseguir dichas medidas también en el plano internacional antes de dicha constitución, desvirtúa el sistema. Adicionalmente, debe recordarse que existen tratados bilaterales o multilaterales de inversión que justamente requieren que el inversionista que se siente afectado por una medida estatal renuncie a cualquier proceso judicial local antes de iniciar el arbitraje internacional bajo el tratado correspondiente, dejando así desprotegido al inversionista mientras dura el procedimiento de constitución del tribunal arbitral (aunque dicha obligación de renuncia depende del texto e interpretación del tratado aplicable). Solo por mencionar un ejemplo para efectos gráficos, no exhaustivos, el artículo 823(1)(e) del Tratado de Libre Comercio Canadá-Perú señala lo siguiente: «Artículo 823: Condiciones previas al sometimiento de una reclamación a arbitraje. 1. Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación a arbitraje bajo el Artículo 819 sólo si: (...) (e) el inversionista contendiente y (...) la empresa renuncian a su derecho de iniciar o continuar ante cualquier tribunal administrativo o corteo judicial bajo la ley de cualquier Parte, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier procedimiento con respecto a la medida de la Parte contendiente que se alega ser una violación referida en el Artículo 819 (...)». Ver, Tratado de Libre Comercio Canadá-Perú, Capítulo 8, art. 823, disponible en: www.sice.oas.org/trade/can_per/can_per_s/can_per_index_s.asp#FullDoc.

42. Si bien se ha argumentado que la Regla 39(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, que permite presentar una solicitud de medidas provisionales antes de la constitución del tribunal arbitral, podría servir para llenar el vacío existente en dichas Reglas y en el Convenio CIADI para el uso del arbitraje de emergencia (Ver, Frutos-Peterson, C; Merizalde, J. F.; y Ribco, Y. Conferencia virtual: Perfectos desconocidos: mecanismos poco usados en arbitraje de inversiones, *op. cit.* (cita 2), minutos 52:42-55:07), lo cierto es que la misma Regla establece que la solicitud de medidas cautelares deberá ser considerada recién por el tribunal arbitral una vez constituido. En ese sentido, el demandante sigue obligado a tener que esperar hasta quince meses para que se constituya su tribunal arbitral para recién ahí poder tener una decisión sobre las medidas provisionales que solicitó. Indudablemente, durante el paso de todos estos meses, el demandante se encuentra expuesto a sufrir daños desproporcionados que, talvez, las medidas provisionales que quince meses después dicte el eventual arbitral no permitan compensar adecuadamente. En ese sentido, a criterio del autor, la Regla 39(5) mencionada no soluciona el problema ocasionado por la ausencia del arbitraje de emergencia en los procedimientos seguidos ante el CIADI.

43. Malintoppi, L. «Provisional Measures in Recent ICSID Proceedings: What parties request and

de Arbitraje de 2017 de la Cámara de Comercio de Estocolmo, el Consejo de dicha institución «intentará nombrar un Árbitro de Emergencia dentro de las 24 horas siguientes al recibo de la petición»⁴⁴. Por su parte, el art. 8(1) del mismo Apéndice 2 señala que «toda decisión de emergencia sobre medidas provisionales deberá tomarse a más tardar dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que se remitió la solicitud al Árbitro de Emergencia (...)», agregando que «el Consejo puede prorrogar este plazo a solicitud motivada del Árbitro de Emergencia, o si el Consejo lo estima necesario»⁴⁵. En la práctica, dichos plazos han sido generalmente cumplidos, con extensiones muy breves en algunos casos.

Según las estadísticas de dicha institución, en los 10 arbitrajes de emergencia, en arbitrajes de inversiones, concluidos hasta el 2019, el árbitro de emergencia fue designado efectivamente dentro de las 24 horas desde la recepción de la aplicación del demandante⁴⁶. Asimismo, la duración promedio del procedimiento de emergencia fue de cinco días y medio, siendo que el más largo tomó nueve días y el más corto tan solo tres días desde el momento que el árbitro de emergencia recibió el caso⁴⁷.

Dicha información se puede corroborar en los laudos o decisiones de emergencia públicos. Por ejemplo, en el primer caso, en *Tskinvest c. Moldavia*, el demandante presentó su aplicación el 23 de abril de 2014⁴⁸, el árbitro de emergencia fue designado al día siguiente, esto es el 24 de abril del mismo año⁴⁹ y, finalmente, la decisión fue emitida solo cinco días después, el 29 de abril de 2014⁵⁰. En los siguientes casos públicos, incluido el caso resuelto en el 2020, los tiempos fueron los siguientes: (i) en *Evrobalt c. Moldavia*, el procedimiento duró cinco días⁵¹; (ii) en *Kompozit c. Moldavia*, el procedimiento duró 4 días⁵²; (iii) en *Munshi c. Mongolia*, el procedimiento duró 5 días⁵³; y (iv) en *Komaksavia 2*, el procedimiento duró 6 días⁵⁴.

what tribunals order», en Binder, C. y otros (eds.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in honor of Christoph Schreuer*, 2009, pp. 157-158.

44. Reglamento de Arbitraje de 2017 de la Cámara de Comercio de Estocolmo, *op. cit.* (cita 20), Apéndice 2.

45. *Ibid.*

46. Pirozhkin, A. «Emergency arbitrator's decisions in Investment Treaty Disputes at the SCC (2014-2019)», *op. cit.* (cita 23), p. 7.

47. *Ibid.*

48. *Tskinvest c. Moldavia*, *op. cit.* (cita 28), 1.

49. *Ibid.*, 4.

50. *Ibid.*, p. 1.

51. *Evrobalt c. Moldavia*, *op. cit.* (cita 29). El árbitro de emergencia fue designado el 25 de mayo de 2016 (3) y el laudo de emergencia fue emitido el 30 de mayo de 2016.

52. *Kompozit c. Moldavia*, *op. cit.* (cita 30). El árbitro de emergencia fue designado el 10 de junio de 2016 (9) el laudo de emergencia fue emitido el 14 de junio de 2016.

53. *Munshi c. Mongolia*, *op. cit.* (cita 31). El árbitro de emergencia fue designado el 31 de enero de 2018 (2) y el laudo de emergencia fue emitido el 5 de febrero de 2018.

54. *Komaksavia 2*, *op. cit.* (cita 32). El árbitro de emergencia fue designado el 27 de julio de

Como se aprecia, se trata de una medida que, en principio, debe ser –y viene siendo– decidida muy rápido. De esa forma, en caso la medida sea aceptada por el árbitro de emergencia, la misma permitiría al demandante proteger su alegada inversión de un posible daño desproporcionado. Por ejemplo, en *Komaksavia 2*, el demandante logró que un árbitro de emergencia dictara rápidamente una medida que permitió que el gobierno demandado supuestamente no se apropiara de sus bienes (bajo la teoría del demandante), mientras se iniciaba el proceso arbitral, como se explica a continuación.

La empresa *Komaksavia Airport Invest Ltd.* (en adelante, «*Komaksavia*») alegaba ser una empresa de la República de Chipre y tener el 95% de las acciones de la compañía *Avia Invest Limited Liability Company* («*Avia Invest*»)⁵⁵. Esta última, *Avia Invest*, es a su vez una compañía incorporada en Moldavia que, en agosto de 2013, suscribió el Contrato de Concesión (el «Contrato de Concesión») para el manejo y administración del Aeropuerto Internacional de Chisinau (Moldavia), con la Agencia de Propiedad Pública (APP) de Moldavia (una subdivisión del Ministerio de Economía e Infraestructura de Moldavia)⁵⁶. Desde esa fecha, *Avia Investment* habría ejecutado el Contrato de Concesión supuestamente cumpliendo con sus obligaciones, habiendo logrado una certificación de cumplimiento por parte de la propia APP⁵⁷.

Sin embargo, entre agosto de 2019 y mayo de 2020, el Consejo de Seguridad del Estado de Moldavia sostuvo hasta cinco reuniones para discutir la situación del Contrato de Concesión. Luego de ellas, el presidente de la República de Moldavia, y otras autoridades, hicieron anuncios oficiales donde daban a conocer que el gobierno había tomado la decisión de terminar el Contrato de Concesión y de expropiar los bienes que se encontraban en el Aeropuerto Internacional de Chisinau (el «Aeropuerto»), a fin de que el mismo regresara al control estatal, por supuestos incumplimientos contractuales y supuestas amenazas a la seguridad del Estado. *Komaksavia* negó dichas causales⁵⁸.

En ese contexto, según el demandante, distintas entidades estatales habrían tomado acciones contra *Avia Invest*, incluyendo el inicio de una serie de procesos judiciales, administrativos y penales, hasta la emisión de la denominada Notificación de Terminación contractual, el 8 de julio de 2020. A través de dicha Notificación, la APP terminó unilateralmente el Contrato

2020 (2) y el laudo de emergencia fue emitido el 2 de agosto de 2020.

55. *Komaksavia 2*, *op. cit.* (cita 32), 24. Cabe señalar que, a la fecha de redacción del presente artículo (febrero de 2021), el arbitraje «regular» de esta controversia aún se encuentra en trámite ante la Cámara de Comercio de Estocolmo.

56. *Komaksavia 2*, *op. cit.* (cita 32), 20-21.

57. *Komaksavia 2*, *op. cit.* (cita 32), 22-23.

58. *Komaksavia 2*, *op. cit.* (cita 32), 27-34.

de Concesión y ordenó a Avia Invest la devolución de todos los bienes de la concesión, incluyendo todas las mejoras que esta última empresa había construido e implementado en el Aeropuerto⁵⁹. Luego de que Avia Invest rechazó las causales de dicha terminación, el 17 de julio de 2020 la APP reiteró que el Contrato estaba terminado e informó que formaría una comisión para asegurarse de que Avia Invest transferiría correctamente todos los activos de la concesión, incluyendo aquellos derivados de las inversiones hechas por Avia Invest⁶⁰.

En paralelo, en abril de 2020, el Gobierno de Moldavia emitió la denominada Resolución n.º 213, introduciendo un nuevo impuesto aeroportuario para Avia Invest (en adelante, el «Nuevo Impuesto Especial»), según el cual el 50% de la tarifa recuperable por modernización del aeropuerto que Avia Invest había venido cobrando a los usuarios, ahora debía ser transferido a la Agencia Estatal de Asistencia Social⁶¹.

Por esas razones, el 20 de mayo de 2020⁶², Komaksavia inició un arbitraje contra Moldavia bajo el Tratado Bilateral de Inversiones («TBI») entre Chipre y Moldavia⁶³, alegando la supuesta violación de las provisiones contenidas en los arts. 2 (promoción y protección de las inversiones extranjeras) y 4 (expropiación) del referido TBI⁶⁴. Sin embargo, a pesar del inicio del arbitraje en cuestión, Moldavia emitió (el 8 de julio de 2020) y reiteró (el 17 de julio de 2020) la Notificación de Terminación. Por ello, Komaksavia solicitó la designación de un árbitro de emergencia el 24 de julio de 2020, mientras se constituía el tribunal arbitral⁶⁵.

En dicho proceso de emergencia, Komaksavia solicitó una serie de medidas destinadas, entre otras cosas a: (i) detener el proceso de terminación contractual iniciado con la Notificación de Terminación, a fin de que el árbitro de emergencia preservara el *statu quo*, ordenando a Moldavia detener dicho proceso de terminación contractual; y (ii) la inaplicación del Nuevo Impuesto Especial⁶⁶.

59. Komaksavia 2, *op. cit.* (cita 32), 38-40; 49.

60. Komaksavia 2, *op. cit.* (cita 32), 50-53.

61. Komaksavia 2, *op. cit.* (cita 32), 37.

62. Ver, anuncio del concurso público para la contratación de abogados por parte de Moldavia para la presente controversia, disponible en: www.justice.gov.md/libview.php?l=ro&id-c=688&id=4912.

63. «Agreement between the Government of the Republic of Cyprus and the Government of the Republic of Moldova for the reciprocal promotion and protection of investments», disponible en: www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw11786.pdf.

64. Ver, anuncio del concurso público para la contratación de abogados por parte de Moldavia para la presente controversia, *op. cit.* (cita 61).

65. Komaksavia 2, *op. cit.* (cita 32), 1.

66. Komaksavia 2, *op. cit.* (cita 32), 68-73.

Después de su respectivo análisis de los estándares aplicables para la concesión de medidas cautelares (análisis que no forma parte de este artículo), el árbitro de emergencia aceptó el primer tipo de medidas, ordenando a Moldavia que detuviera el proceso de terminación contractual y se abstuviera de tomar cualquier medida que persiguiera dicha terminación⁶⁷ (aunque rechazó la medida relacionada al Nuevo Impuesto Especial, que será materia de análisis en la siguiente sección)⁶⁸.

En otras palabras, Komaksavia estaba (alegadamente) expuesta a perder el Contrato de Concesión y los bienes de su propiedad que se encontraban en el Aeropuerto, ante una controversia –relacionada con los supuestos incumplimientos contractuales de Avia Invest– que aún no había sido resuelta y que, al contrario, recién comenzaba.

Este caso permite graficar la importancia de poder contar con un mecanismo rápido para obtener medidas provisionales, mientras un demandante espera hasta quince meses para que su tribunal arbitral quede conformado. De hecho, como se comentó al inicio, las empresas estatales que actúen como demandantes también podrían aprovechar, y muy probablemente aprovecharían, el arbitraje de emergencia en cuestión para obtener medidas rápidas cuando se vean afectadas por medidas gubernamentales similares en países extranjeros.

Sin perjuicio de ello, se ha argumentado que cuando el Estado actúa como demandado «es probable que esté menos apto para defender sus intereses de forma tan rápida como la mayoría de actores comerciales. Se debe considerar, por ejemplo, que los oficiales de muchos gobiernos pequeños no tienen un nivel avanzado de inglés. Podrían pasar días antes de que la solicitud [de emergencia] llegue al funcionario adecuado. Además, probablemente muchos Estados no tienen la capacidad para manejar una disputa de este tipo internamente. Todos los que alguna vez han participado en un procedimiento de licitación pública son conscientes de las dificultades que implica la contratación de un abogado externo, sin mencionar la posibilidad de presentar una defensa con éxito, pocos días después de haber sido notificado del inicio de un arbitraje de emergencia en su contra. Por tanto, el asunto plantea algunas cuestiones fundamentales de equidad procesal⁶⁹».

67. Komaksavia 2, *op. cit.* (cita 32), 93-119.

68. Komaksavia 2, *op. cit.* (cita 32), 81-92.

69. Traducción libre del siguiente texto: «*The respondent is likely to be less suited to defend its interest in such a swift manner than is the case for most commercial actors. Consider, for example, the fact that many smaller governments do not have proficient English speakers among their legal staff. It may take days before the notice ends up before the relevant official. Many states are furthermore unlikely to have internal competence to handle such a dispute on its own. Everyone who has ever been involved in a public tender procedure realizes the difficulties involved in procuring external counsel – not to mention able to successfully raise a defense – within days after being notified of the initiation of an emergency arbitration against*

La preocupación es totalmente entendible. Sin embargo, existen argumentos para responderla. Primero, dependiendo del caso concreto, puede suceder que no sea cierto (o que sea solo relativo) que la controversia sea tan reciente como para hacer que el Estado no pueda «defender sus intereses de forma tan rápida».

Pensemos por ejemplo nuevamente en *Komaksavia 2*, donde la controversia, al parecer, habría comenzado en realidad desde agosto del año 2019 (con la primera reunión del Consejo de Seguridad del Estado, luego de la cual el propio presidente de la República de Moldavia anunció públicamente la decisión de expropiar el Aeropuerto y sus bienes). Incluso las noticias públicas de agosto y septiembre de 2019 ya anunciaban el inicio de un posible arbitraje internacional al amparo de los tratados bilaterales de inversión suscritos por Moldavia⁷⁰. Sin embargo, recién once meses después, el 24 de julio de 2020, Komaksavia inició el arbitraje de emergencia. Entonces, podría argumentarse que el gobierno de Moldavia, al parecer, habría tenido casi un año para contratar a sus abogados, desde que el gobierno diera luces del inicio de una controversia.

De otro lado, si bien es cierto que algunos gobiernos no tienen equipos tan especializados para atender controversias de este tipo internamente, también existen otros gobiernos con equipos que, por el contrario, se vienen especializando en este tipo de arbitrajes desde hace mucho tiempo. Solo por mencionar un ejemplo, el Reino de España se defiende de manera exitosa en muchos arbitrajes de inversión, únicamente con abogados internos de la denominada Abogacía General del Estado, una rama gubernamental del Ministerio de Justicia⁷¹. Entonces, podría argumentarse que la preocupación

it. The matter thus raises some fundamental questions of procedural fairness». En: Dahlquist, J. «Emergency Arbitrators in Investment Treaty Disputes», *op. cit.* (cita 2). Ver, también, Fiegerlová, M. «Emergency measures of protection in International Arbitration», ICLR, 2018, Vol. 18 n.º 1, pp. 172-173 («From a practical perspective, it is indisputable that for a State apparatus it can be challenging to meet one-day deadlines and to properly defend its rights. Special expertise is needed for this type of disputes and States often hire external counsels. The reality of public tender procedures, which is not present in respect of commercial actors, cannot be omitted lightly. This circumstance might call into question the general basis of procedural fairness»).

70. Ernst, I. «Moldova's president says transfer of Chisinau airport to Rothschild fund was halted», BNE Intellinews, 26 de agosto de 2019 («The termination of the contract might pass the test of international arbitration») Disponible en: www.intellinews.com/moldova-s-president-says-transfer-of-chisinau-airport-to-rothschild-fund-was-halted-166673/. Ver, también, Karantzavelou, V. «NR Investments Ltd highlights plans for Chisinau International Airport». Travel Daily News, 19 de septiembre de 2019 («Moldova is also a signatory to multiple bilateral investment protection treaties which protect legitimate investors' property rights»). Disponible en: www.traveldailynews.com/post/nr-investments-ltd-highlights-plans-for-chisinau-international-airport/.

71. Ver, base de datos del CIADI respecto a los casos del Reino de España: icsid.worldbank.org.

por falta de capacidad para defenderse internamente se desvanece cuando estamos ante gobiernos similares actuando como demandados.

En todo caso, si bien las reglas aplicables establecen tiempos limitados para la realización de los arbitrajes de emergencia, las mismas reglas también admiten prórrogas. Recordemos, por ejemplo, que si bien el art. 8(1) del Apéndice 2 del Reglamento de 2017 de la Cámara de Comercio de Estocolmo señala que «toda decisión de emergencia sobre medidas provisionales deberá tomarse a más tardar dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que se remitió la solicitud al Árbitro de Emergencia», también agrega que «el Consejo puede prorrogar este plazo a solicitud motivada del Árbitro de Emergencia, o si el Consejo lo estima necesario⁷²».

Así las cosas, los Estados siempre tienen la posibilidad de presentarse ante el árbitro de emergencia y solicitar una prórroga, sustentada justamente en la necesidad de contar con tiempo adicional para completar su equipo de defensa o para elaborar su estrategia de respuesta. Es normal que los árbitros concedan prórrogas razonables ante este tipo de circunstancias. Mejor aún si, en este tipo de casos, dicha solicitud de prórroga viene acompañada, por ejemplo, de un compromiso del Estado demandado de no ejecutar las medidas que se cuestionan mientras transcurre la prórroga solicitada. De cualquier manera, siempre es mejor que el Estado intente defenderse, en vez de no presentarse en absoluto en el arbitraje de emergencia correspondiente⁷³.

En cualquier escenario, es importante recordar que las medidas tomadas por los árbitros de emergencia tienen naturaleza provisional y, por tanto, pueden ser modificadas o revocadas total o parcialmente por el eventual tribunal arbitral, el cual no se encuentra vinculado por la decisión ni por las razones del árbitro de emergencia⁷⁴. Por ello, podría argumentarse que el Estado de-

org/cases/case-database. Asimismo, a manera de ejemplo, puede revisarse el reciente laudo del caso *Freif c. España*, donde el Reino de España –defendido justamente por la Abogacía General del Estado– obtuvo una victoria completa, incluso recuperando casi €3 millones por costos legales y costos del arbitraje (*Freif Eurowind Holdings Ltd. c. Reino de España*, Caso SCC V 2017/060, Laudo Final, 8 de marzo de 2021, disponible en: files.lbr.cloud/public/2021-03/FREIF%20Eurowind%20Holdings%20Ltd%20v%20Kingdom%20of%20Spain%20award_0.pdf?IkK_Bt1A46YVtc515ALICjDipjqwa6Wp=).

72. Reglamento de Arbitraje de 2017 de la Cámara de Comercio de Estocolmo, *op. cit.* (cita 21), Apéndice 2.

73. Por ejemplo, en 6 de los 10 arbitrajes de emergencia en arbitrajes de inversión seguidos en la Cámara de Comercio de Estocolmo hasta el 2019, el Estado no participó en lo absoluto de los mismos, a pesar de haber sido correctamente notificado. Ver, Pirozhkin, A. «*Emergency arbitrator's decisions in Investment Treaty Disputes at the SCC (2014-2019)*», *op. cit.* (cita 23), p. 6 («*State participation. In six out of ten cases the respondent State did not participate in the EA proceedings. The State was duly notified in all cases*»). La falta de participación de los Estados resta una posibilidad de poder defenderse y plantear argumentos que podrían resultar ganadores.

74. Reglamento de Arbitraje de 2017 de la Cámara de Comercio de Estocolmo, *op. cit.* (cita

mandado no ve desprotegido su derecho de defensa en caso se le imponga una medida de este tipo en un procedimiento rápido, pues siempre puede solicitar su revocación ante el tribunal arbitral, donde podrá presentar todos los argumentos de defensa que podría no haber presentado frente al árbitro de emergencia.

V. COOLING-OFF PERIODS: A VECES (Y SOLO A VECES) LA NEGOCIACIÓN PODRÍA RESULTAR FÚTIL

De acuerdo a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos («OCDE»), casi el 90% de los tratados de inversión, que tienen una cláusula de resolución de disputas bajo arbitraje inversionista-Estado, contienen también una provisión según la cual el inversionista debe seguir un periodo de negociación (*cooling-off period*) antes de iniciar un arbitraje. Dichos periodos van desde 3 hasta 18 meses⁷⁵. Sin embargo, al menos en cuatro de los arbitrajes de emergencia iniciados hasta el 2019, los demandantes iniciaron dichos arbitrajes antes del vencimiento de dicho periodo de negociación, y en todos esos casos los árbitros de emergencia coincidieron en que el arbitraje de emergencia efectivamente podía iniciarse antes del vencimiento de tal periodo⁷⁶. Ello fue así, incluso en los casos en que los árbitros de emergencia rechazaron las medidas solicitadas.

Solo por mencionar un ejemplo, en *Evrobalt c. Moldavia*, el árbitro de emergencia rechazó las medidas solicitadas por el demandante, que consistían en la suspensión de una serie de decisiones tomadas por el Banco Nacional de Moldavia. Sin embargo, a pesar de estar en desacuerdo con el fondo de las medidas, el árbitro de emergencia aceptó que el requisito de cumplir con el periodo de negociación mínimo de seis meses (establecido en el TBI

21), Apéndice 2, art. 9: «Artículo 9. Efecto vinculante de las decisiones de emergencia. (...) (4) La decisión de emergencia deja de ser vinculante si: (i) el Árbitro de Emergencia o un Tribunal Arbitral así lo decidieren; (...). (5) Un Tribunal Arbitral no está vinculado a la decisión o decisiones, ni a las razones del Árbitro de Emergencia».

75. OECD. Dispute settlement provisions in International Investment agreements: A large sample survey, 2012, 38-39 («38. Almost 90% of the treaties with ISDS provisions require that the investor respect a cooling-off period before bringing a claim. (...) 39. The length of the cooling-off period varies. Most often, it is set to 6 months, but many treaties set a shorter period of 3, 4 or 5 months. Other periods, such as 7, 12 and 18 months, occur occasionally»). Disponible en: www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/50291678.pdf.

76. Pirozhkin, A. «Emergency arbitrator's decisions in Investment Treaty Disputes at the SCC (2014-2019)», op. cit. (cita 23), p. 8 («The effect of a cooling off clause on the jurisdiction of the emergency arbitrator was addressed in four decisions. All four emergency arbitrators came to the conclusion that an application for the appointment of an emergency arbitrator could be made before the expiry of the cooling off period»).

Rusia-Moldavia en este caso)⁷⁷ no podía ser exigido cuando fuese manifiestamente fútil. En esa línea, el árbitro hizo hincapié en el hecho que Moldavia había confirmado expresamente que no tenía intención de suspender las decisiones cuestionadas. Debido a su importancia, a continuación, se cita el extracto pertinente del laudo de emergencia respectivo, donde el árbitro de emergencia sostuvo:

«22. El Árbitro de Emergencia está de acuerdo con el Demandante en que si bien el plazo de negociación (*'cooling-off period'*) aún no ha vencido, ello no le impide presentar su solicitud de emergencia. Ya sea que el requisito de intentar resolver la controversia de manera amistosa se caracterice como uno de procedimiento o uno de admisibilidad, *ese requisito no puede ser exigido cuando hacerlo sería manifiestamente fútil*. Para estos efectos, la cuestión es si sería inútil insistir en el agotamiento del periodo de seis meses de negociación con respecto a la disputa que está pendiente ante el Árbitro de Emergencia, es decir, las medidas de emergencia solicitadas por la Demandante.

23. Aquí se cumple la excepción de futilidad. El Estado Demandado ha optado por implementar la Decisión 43 dentro de los tres meses posteriores a su adopción. Y, como se explicó anteriormente, El Demandado ha confirmado además que no tiene la intención de suspender la Decisión 43 o el Decreto 15 / 2. (...)»⁷⁸.

Es decir, el árbitro de emergencia comprobó que, en este caso en particular, obligar al demandante a cumplir el periodo de negociación en cuestión era inútil, porque el propio Estado ya había confirmado que no iba a negociar y que, por el contrario, seguiría adelante con las decisiones cues-

77. «*Agreement between the Government of the Russian Federation and the Government of the Republic of Moldova on the Promotion and Mutual Protection of Investments*», art. 10(2), disponible en: www.edit.wti.org/document/show/05f525e5-d9dc-4eab-8064-c4fe24eb9435.

78. Traducción libre del siguiente texto: «22. *The Emergency Arbitrator agrees with the Claimant that the pendency of the Cooling-off Period does not bar its Application. Whether the requirement for an attempt to resolve the dispute amicably be characterized as procedural or as one of admissibility, that requirement cannot be held to where to do so would be manifestly futile. For present purposes, the question is whether it would be futile to insist on the exhaustion of the six-month Cooling-off Period in respect of the dispute that is pending before the Emergency Arbitrator – namely the injunctions sought by the Claimant.* 23. *The futility exception is met here. The Respondent has elected to implement Decision 43 within three months of its adoption. 25 And, as noted above, Respondent has further confirmed that it does not intend to suspend Decision 43 or Decree 15/2.26 This was confirmed by letter issued on the day on which proof of delivery of the Claimant's Application to the Ministry of Justice and the Ministry of Foreign Affairs of Moldova was obtained by the SCC*». En: *Evrobalt c Moldavia*, op. cit. (cita 29), 22-23 (énfasis agregado).

tionadas. En otras palabras, el árbitro de emergencia concluyó que había que interpretar la obligación en cuestión teniendo en cuenta los hechos del caso concreto. Si ya no hay espacio para negociar, no tendría sentido esperar los seis meses indicados en el tratado aplicable^{79/80}.

Lo anterior parece estar en línea con el carácter provisional y *prima facie* de las medidas de emergencia. Como sostiene Chung, teniendo en cuenta que la decisión del árbitro de emergencia respecto a su jurisdicción y a la arbitrabilidad de la controversia es solo *prima facie*, el incumplimiento del periodo de negociación mantendría su impacto en la decisión final de jurisdicción del eventual tribunal arbitral. Es decir, el efecto de dicho incumplimiento será decidido por el tribunal arbitral en un momento posterior. Por tanto, la concesión de medidas de emergencia, aún si no se ha cumplido el periodo de negociación en cuestión, no deja desprotegido al Estado demandado de las consecuencias que pueda tener el incumplimiento de dicho periodo, las mismas que serán determinadas posteriormente por el tribunal arbitral⁸¹. En otras

79. Sobre el particular, también resulta relevante hacer referencia a la decisión en *Tskinvest c. Moldavia*, donde el árbitro de emergencia determinó que forzar al demandante a cumplir con el periodo de negociación del tratado aplicable, a la luz del riesgo inminente al que se enfrentaba, privaría de todo efecto y propósito a la posibilidad misma del arbitraje de emergencia. Ver, *Tskinvest c. Moldavia*, *op. cit.* (cita 28), 66: «*The Emergency Arbitrator further concludes that the Cooling-Off Period of six months set forth in Article 10 of the Treaty does not prevent Claimant from making the present Application. One of the reasons for this conclusion is that it would be procedurally unfair to Claimant and contrary to the purpose of the Emergency Arbitrator procedure to apply the Cooling-Off Period to the appointment of an Emergency Arbitrator or to an emergency decision on interim measures to be made by the Emergency Arbitrator, not least since Claimant seems to be facing a serious risk of suffering irreparable harm before the expiry of the Cooling-Off Period if interim measures are not granted*».

80. De menor controversia resulta la decisión del árbitro de emergencia en *Kompozit c. Moldavia* al respecto, quien puso énfasis en el lenguaje del tratado aplicable (art. 10(1) del TBI Rusia-Moldavia), que señala que la negociación se debe llevar a cabo únicamente en la medida de lo posible («*as far as posible*»). Por tanto, si –a pesar del intento del demandante– las partes no logran negociar, el inversionista tiene el derecho de someter la disputa a arbitraje sin esperar que transcurra el periodo de negociación en cuestión. Ver, *Kompozit c. Moldavia*, *op. cit.* (cita 30), 55.

81. Chung, K. *Emergency Arbitration in Investment Treaty Disputes*, *op. cit.* (cita 33), p. 47 («*Non-compliance with a cooling-off period does not impact the filing of emergency arbitration because the requirement to comply with the cooling-off period only impacts the final determination of the jurisdiction of a case. The concern of opposing commentators might be that applicants undermine the requirement of a cooling-off period by filing for emergency relief without first abiding by the clause. However, this view is mistaken because the effect of non-compliance with a cooling-off period would be decided by the arbitral tribunal at a later stage, and the consequence of not complying with a cooling-off period would have an impact on the entire case, regardless of the filing for emergency arbitration. Considering the urgent nature and the purpose of emergency arbitration, an applicant should be allowed to file for emergency relief regardless of its compliance with a cooling-off period*»).

palabras, el demandante asume el riesgo de su incumplimiento del periodo de negociación⁸².

En cualquier caso, es importante mencionar que el razonamiento del árbitro de emergencia de *Evrobalt* no es exclusivo de este tipo de procesos de emergencia. Al contrario, en una serie de arbitrajes de inversión *regulares*, distintos tribunales arbitrales han desestimado la necesidad de hacer cumplir el periodo de negociación, incluso para el inicio de un arbitraje *regular*, ya sea porque sería fútil o porque haría prevalecer un enfoque excesivamente formalista que no protegería el interés de ninguna de las partes⁸³.

Lo anterior no pretende emitir una opinión respecto a si el razonamiento de cada árbitro de emergencia o tribunal arbitral al respecto es correcto o no. Al contrario, la respuesta dependerá siempre de un análisis particular de la interpretación de cada tratado aplicable⁸⁴. Sin embargo, los Estados pueden tomar este caso como un aprendizaje también. En vez de negarse a negociar, podrían justamente estar abiertos a intentar una negociación. Así, tal vez, el resultado del análisis que haga un potencial árbitro de emergencia podría ser distinto.

VI. LOS ÁRBITROS DE EMERGENCIA VIENEN PROTEGIENDO Y ABOGANDO POR LA DEFENSA DE LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS

También se ha cuestionado que las medidas de emergencia de este tipo, impuestas a partes estatales, podrían afectar la soberanía de los Estados⁸⁵. Sin

82. Cabe señalar que no en todos los casos conocidos el arbitraje de emergencia se inició antes del vencimiento del periodo de negociación. Solo por mencionar un ejemplo, se sabe que en *Griffin c. Polonia*, el demandante esperó el periodo de negociación para iniciar el arbitraje «regular» y solo después de ello solicitó la designación de un árbitro de emergencia, mientras esperaba la constitución del tribunal arbitral. Ver, Peterson, L. «*Investigation: New details emerge about use of emergency arbitrators in investment treaty cases, including in Griffin v. Poland Dispute*», *Investment Arbitration Reporter*, *op. cit.* (cita 33). Ver, también, Chung, K. *Emergency Arbitration in Investment Treaty Disputes*, *op. cit.* (cita 33), pp. 19-20.

83. Solo por mencionar algunos ejemplos, ver: (i) *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*, Caso CIADI n.º ARB/06/11, Decisión de Jurisdicción 9 de septiembre de 2008, 92-94; (ii) *Ronald S. Lauder c. República Checa*, Caso UNCITRAL, Laudo Final, 3 de septiembre de 2001, 190-191; (iii) *Franz J. Sedelmayer c. La Federación Rusa*, Caso SSC, Laudo, 7 de julio de 2008, p. 82; y (iv) *Ethyl Corporation c. Canadá*, Arbitraje CNUDMI, Laudo de jurisdicción, 24 de junio de 1998, 84-85.

84. Dahlquist, J. «*Emergency Arbitrators in Investment Treaty Disputes*», *op. cit.* (cita 2) («*The problem will likely arise again, in equally hectic cases where the possibility to thoroughly discuss the matter will be equally restrained by time and circumstance. It is however a fundamental question of treaty interpretation: when the state has agreed to arbitrate under rules that include emergency arbitration and in the same treaty conditioned access to arbitration on a cooling off period, which provision trumps the other? A more detailed analysis would doubtless require a thorough interpretation of the individual treaty in question*»).

85. Chung, K. *Emergency Arbitration in Investment Treaty Disputes*, *op. cit.* (cita 33), p. 36

embargo, los propios árbitros de emergencia se vienen encargando de proteger, y abogar por la protección de los derechos soberanos de los Estados, por ejemplo, protegiendo su derecho a determinar la aplicación de sus impuestos o a la conducción de procesos penales dentro de su jurisdicción.

Recordemos que en *Komaksavia 2*, el segundo tipo de medidas solicitadas por el demandante fue la suspensión e inaplicación del denominado Nuevo Impuesto Especial, según el cual Avia Invest debía empezar a transferir a la Agencia Estatal de Asistencia Social el 50% de la tarifa por modernización del aeropuerto que dicha compañía cobraba a los usuarios⁸⁶. Al rechazar dicha medida, el árbitro de emergencia recalcó que el derecho de recaudación de impuestos es un derecho soberano de los Estados, que no puede ser socavado por medidas cautelares como las solicitadas, pues lo contrario afectaría de manera inapropiada dicha autoridad soberana. Debido a la importancia de dicha decisión, a continuación, se cita el extracto pertinente del laudo de emergencia respectivo, donde el árbitro de emergencia sostuvo:

«91. La solicitud de inaplicación del impuesto aeroportuario especial tiene relación con el *ejercicio legítimo de un Estado soberano para regular su proceso de recaudación de impuestos*. Un Árbitro de Emergencia debería dudar bastante en ejercer su autoridad con respecto a tales poderes soberanos. Al hacerlo, *un Árbitro de Emergencia corre el riesgo de traspasar los límites razonables de dichos procedimientos de arbitraje y socavar de manera inapropiada dicha autoridad soberana*. Este Árbitro de Emergencia considera que dicha valla se levanta cuando se trata de solicitudes de emergencia relacionadas justamente con esa autoridad gubernamental fundamental.

92. Aquí, el Demandante no ha demostrado que la medida solicitada con respecto al impuesto especial aeroportuario justificaría vulnerar tal derecho soberano fundamental⁸⁷».

En igual sentido, el árbitro de emergencia de *Munshi c. Mongolia* se enfrentó a la solicitud de diversas medidas dirigidas a que el Sr. Mohammed

(«*Injunctive relief against a state party could pose a challenge to its sovereign nature*»).

86. *Komaksavia 2*, op. cit. (cita 32), 37.

87. Traducción libre del siguiente texto: «91. *The requested special airport tax relief concerns a sovereign State's legitimate exercise of its tax collection process. An Emergency Arbitrator should be quite hesitant in exercising its authority with respect to such sovereign powers. In doing so, an Emergency Arbitrator risks overstepping the reasonable boundaries of such arbitration proceedings and inappropriately undermining such sovereign authority. The Emergency Arbitrator is of the opinion that the bar is raised when dealing with emergency actions sought in relation to such fundamental government authority. 92. Here, Claimant has failed to demonstrate that the relief requested with respect to the special airport tax would justify infringing on such a fundamental sovereign right*». En: *Komaksavia 2*, op. cit. (cita 32), 91-92 (énfasis agregado).

Munshi fuera liberado de la prisión en la que permanecía detenido en Mongolia⁸⁸, por la supuesta comisión del delito de defraudación, lo que había llevado a la emisión de una sentencia de once años de prisión⁸⁹.

A decir del Sr. Munshi, él fue sentenciado por la comisión de un delito que ni siquiera era considerado como tal cuando fue arrestado inicialmente, lo que sería una violación del principio internacional de *nullum crimen sine lege*⁹⁰. Además, sostenía que desde que fue encarcelado se le negó el acceso a una serie de derechos básicos, como el acceso a un tratamiento médico por problemas lumbares y vrices graves que sufría desde antes de su detención, habiéndose deteriorado mucho su salud, lo que infringiría estándares internacionales de salud en la prisión⁹¹. Finalmente, señaló que desde la prisión se le había negado también acceso a su abogado internacional, no permitiéndosele seguir adelante con el arbitraje de inversiones que previamente había anunciado que iniciaría contra Mongolia al amparo del Tratado de la Carta de la Energía⁹².

En su laudo de emergencia, el árbitro de emergencia manifestó su preocupación por las condiciones en las que el Sr. Munshi permanecía detenido⁹³. Sin embargo, incluso sin que Mongolia haya participado ni presentado ningún argumento de defensa⁹⁴, el árbitro de emergencia señaló que conceder una medida como la solicitada (la liberación del Sr. Munshi) iría mucho más allá de lo estrictamente necesario para que el Sr. Munshi pudiera iniciar su arbitraje y presentar sus reclamos en contra de Mongolia, teniendo en cuenta que ello significaría interferir con el sistema de justicia de un Estado soberano. El árbitro de emergencia destacó que, si bien Mongolia había sacrificado parte de su soberanía al dar su consentimiento al arbitraje internacional, no sería proporcional ordenarle que renunciara a la ejecución de sus decisiones judiciales en sede penal. Nuevamente, por la importancia de esta decisión, a continuación, se cita el extracto pertinente:

«47. (...) El Árbitro de Emergencia reconoce la fragilidad del Demandante y que sus condiciones de salud lo ponen en riesgo, por lo que el Árbitro de Emergencia simpatiza profundamente con el Demandante en este aspecto. Sin embargo, este Árbitro de Emergencia no está satisfecho con que los derechos fundamentales del Demandante en el desa-

88. *Munshi c. Mongolia*, op. cit. (cita 31), 34.

89. *Ibid.*, 19.

90. *Ibid.*

91. *Ibid.*, 22-23.

92. *Ibid.*, 21; 25-26.

93. *Ibid.*, 44.

94. *Ibid.*, 11.

rollo procesal del arbitraje se extiendan hasta *interferir con el sistema de justicia de un Estado soberano* (...).

56. (...) La detención del Demandante se ha producido mediante la aplicación de la ley de Mongolia y mediante el proceso de procedimiento penal vigente en Mongolia. Si bien el Demandante puede tener problemas legítimos con este sistema, *el Árbitro de Emergencia aún debe aceptar que estas son acciones que han sido tomadas por un estado soberano.* (...) Mongolia, como la mayoría de los otros estados, *ha sacrificado parte de su soberanía al firmar acuerdos internacionales y dar su consentimiento al arbitraje internacional, pero el Árbitro de Emergencia no cree que sea proporcional* (...) *ordenar a Mongolia que renuncie al control de una persona que ha sido juzgada y condenada por cometer un delito según la ley de Mongolia.*

57. (...) El Árbitro de Emergencia no se encuentra persuadido de que el comienzo de un arbitraje bajo el Tratado de la Carta de la Energía es suficiente razón para interferir con los poderes de un estado soberano y ordenar la liberación del Demandante^{95/96}».

En conclusión, los árbitros de emergencia vienen protegiendo expresamente los derechos soberanos más fundamentales de los Estados. No parece haber una tendencia a que los árbitros de emergencia pretendan inaplicar decisiones tributarias o sentencias penales de los Estados, que han sido emitidas en uso de su soberanía.

95. Traducción libre del siguiente texto: «47. (...) *The Emergency Arbitrator recognizes the Claimant's frailty and his health conditions that put him at risk, and the Emergency Arbitrator is deeply sympathetic to the Claimant in this regard, however, this Emergency Arbitrator is not satisfied that the Claimant's fundamental rights in the procedural running of the arbitration extend so far as to interfere with the justice system of a sovereign state.* (...) 56. (...) *The Claimant's current detention has come about by application of Mongolian law and through the criminal procedure process in place in Mongolia. While the Claimant may have legitimate issues with this system, the Emergency Arbitrator must still accept that these are actions that have been taken by a sovereign state. To therefore seek to interfere with Mongolia's justice system and police power would place a considerable burden on Mongolia. The Emergency Arbitrator accepts that Mongolia, like most other states, has sacrificed part of their sovereignty by signing international agreements and consenting to international arbitration, but the Emergency Arbitrator does not believe that it would be proportional* (...) *to order Mongolia to relinquish its control of a person that has been tried and convicted of committing a crime under Mongolian law.* 57. (...) *The Emergency Arbitrator is not persuaded that the commencement of an arbitration under the ECT is sufficient reason to interfere with the powers of a sovereign state and to order the release of the Claimant.* (...)» En: *Munshi c. Mongolia*, op. cit. (cita 31), 47; 56.

96. Cabe señalar que, a pesar de rechazar las medidas de emergencia solicitadas por el demandante, el árbitro de emergencia ordenó a Mongolia que le permita al Sr. Munshi tener acceso razonable a abogados locales e internacionales, garantizándole la confidencialidad de sus comunicaciones y sin interferencia ni vigilancia alguna de las autoridades de Mongolia, a fin de que el Sr. Munshi pueda presentar el arbitraje internacional contra Mongolia que había indicado previamente. Ver, *Munshi c. Mongolia*, op. cit. (cita 31), 63.1.

En cualquier caso, y teniendo en cuenta que sí se han concedido otro tipo de medidas dirigidas a detener la aplicación de ciertas decisiones gubernamentales (por ejemplo, ordenando a Moldavia detener el proceso de terminación contractual en *Komaksavia 2*)⁹⁷, los Estados siempre pueden prohibir expresamente este tipo de medidas en los tratados de inversión que suscriban.

Por ejemplo, el Capítulo de Inversiones del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos y Perú establece que, si bien un tribunal arbitral puede ordenar una medida provisional para preservar los derechos de una parte contendiente, no puede impedir la aplicación de una medida que se considere violatoria del Capítulo de Inversión⁹⁸. Encontramos la misma regla en el recientemente aprobado Acuerdo Multilateral entre los Estados Unidos, México y Canadá⁹⁹.

En otras palabras, si el tratado aplicable tuviese una regla como la descrita, un árbitro de emergencia no podría emitir una medida que busque inaplicar una decisión estatal que se considere violatoria del referido Tratado (por ejemplo, no se podría impedir a un país ejecutar una medida de terminación contractual, si se cuestionase la misma como expropiatoria). Es decir, los Estados tienen libertad para limitar el alcance de los árbitros de emergencia, prohibiéndolos totalmente si así lo quisieran. Si los Estados tienen preocupaciones acerca de la protección de su soberanía, podrían suscribir o modificar sus tratados de inversión para que incluyan reglas como las indicadas.

En cualquier caso, como se mencionó anteriormente en la Sección II, este artículo propone que sean los propios usuarios del sistema de arbitraje de inversiones, incluyendo a los propios Estados, quienes decidan si el arbitraje de emergencia se continúa usando y expandiendo, o no. Este autor no considera

97. *Komaksavia 2*, *op. cit.* (cita 32), 93-119.

98. Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos, Capítulo 10, art. 10.20 («Artículo 10.20: Realización del Arbitraje. (...) 8. El tribunal arbitral puede ordenar una medida provisional de protección para preservar los derechos de una parte contendiente, o con el objeto de garantizar el pleno ejercicio de la competencia del tribunal, incluida una orden para preservar las pruebas que se encuentren en poder o bajo el control de una parte contendiente o para proteger la competencia del tribunal. El tribunal no puede ordenar el embargo o impedir la aplicación de una medida que se considere una violación mencionada en el Artículo 10.16. Para efectos de este párrafo, una orden incluye una recomendación»). Disponible en: www.acuerdoscomerciales.gob.pe/images/stories/eeuu/espanol/Inversion_limpio.pdf.

99. «Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada». Capítulo 14 («Investment»), art. 14.D.7 («Article 14.D.7: Conduct of the Arbitration. (...) 9. A tribunal may order an interim measure of protection to preserve the rights of a disputing party, or to ensure that the tribunal's jurisdiction is made fully effective, including an order to preserve evidence in the possession or control of a disputing party or to protect the tribunal's jurisdiction. A tribunal may not order attachment or enjoin the application of a measure alleged to constitute a breach referred to in Article 14.D.3 (Submission of a Claim to Arbitration). For the purposes of this paragraph, an order includes a recommendation»). Disponible en: www.ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/14-Investment.pdf.

que la solución generalizada, según la cual dicho mecanismo se encuentra totalmente excluido de los reglamentos aplicables, sea la solución más eficiente. Como también se indicó en dicha Sección II, los Estados mismos podrían beneficiarse del arbitraje de emergencia y, por ello, podrían existir incentivos para expandir su uso.

VII. EL CONSENTIMIENTO DINÁMICO DE LOS ESTADOS A LAS REGLAS DE ARBITRAJE DE EMERGENCIA

Este es probablemente el aspecto más controvertido del uso del arbitraje de emergencia en disputas bajo tratados de inversión. Se trata de determinar si, el consentimiento dado por los Estados en los tratados aplicables, cuya suscripción o entrada en vigor fue previa a la entrada en vigor del Reglamento de Arbitraje de 2010 de la Cámara de Comercio de Estocolmo (que incorporó la figura del árbitro de emergencia), permite entender que también consintieron a las reglas arbitrales que incluyeron la posibilidad de hacer uso del arbitraje de emergencia.

Esta discusión se presentó al menos en cuatro casos, tanto en *Evrobalt c. Moldavia*¹⁰⁰, como en *Kompozit c. Moldavia*¹⁰¹, en *Griffin c. Polonia*¹⁰² y en *JKX c. Ucrania*¹⁰³, en todos los cuales la respuesta fue positiva. Dado que los Estados no congelaron el Reglamento Arbitral vigente al momento de suscripción o entrada en vigencia de los tratados aplicables, los árbitros de emergencia indicaron que se entiende –o debe entender– que tales Estados consintieron que dichas reglas podían cambiar con el transcurso del tiempo y, por tanto, se sometían a dichos cambios.

En particular, el árbitro de emergencia de *Komposit c. Moldavia* se refirió a este asunto de manera relativamente extensa¹⁰⁴. El art. 10(2)(b) del tratado aplicable (esto es, el TBI Rusia-Moldavia) señala que, en caso de que una controversia no pueda resolverse amistosamente, será sometida a consideración de la Cámara de Comercio de Estocolmo¹⁰⁵. Dicho TBI no hace ninguna precisión respecto a que será aplicable únicamente el Reglamento de Arbitraje

100. *Evrobalt c. Moldavia*, op. cit. (cita 29), 30.

101. *Kompozit c. Moldavia*, op. cit. (cita 30), 37-47.

102. Swee Yen, K. «*The use of Emergency Arbitrators in Investment Treaty Arbitration*», op. cit. (cita 19), pp. 543-545.

103. Chung, K. *Emergency Arbitration in Investment Treaty Disputes*, op. cit. (cita 33), p. 50.

104. *Komposit c. Moldavia*, op. cit. (cita 30), 37-47.

105. «*Agreement between the Government of the Russian Federation and the Government of the Republic of Moldova on the Promotion and Mutual Protection of Investments*», op. cit. (cita 76), art. 10(2)(b) («*Article 10. Settlement of disputes between a contracting party and an investor of the other contracting party. (...) 2. If so the dispute is not resolved within six months from the date of written notification referred to in paragraph 1 of this article, it will be forwarded for consideration to: (...) b) The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber*»).

vigente a la fecha de suscripción o entrada en vigencia del tratado en cuestión. En esa medida, el 9 de junio de 2016, Komposit presentó su solicitud de arbitraje de emergencia al amparo del Reglamento de Arbitraje de 2010, vigente al momento del inicio de la controversia en cuestión.

Teniendo en cuenta lo anterior, el árbitro de emergencia resaltó que el TBI aplicable fue suscrito el 17 de marzo de 1998. Además, fue ratificado por Moldavia el 9 de julio de 1998, y por Rusia el 28 de mayo de 2001. A la fecha de suscripción del TBI, se encontraba vigente el Reglamento de Arbitraje de 1988 de la Cámara de Comercio de Estocolmo. Durante el periodo de tiempo transcurrido entre la firma y la ratificación del TBI por parte de Rusia, entró en vigencia el Reglamento de Arbitraje de 1999 de dicho centro. Es decir, los Estados contratantes eran conscientes de que, durante dicho periodo, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo fue modificado y, a pesar de ello, no hicieron ninguna mención respecto a qué versión de dicho Reglamento sería el aplicable en caso de que surgiera una controversia¹⁰⁶.

En ese sentido, el árbitro de *Komposit* concluyó señalando que «si las partes contratantes deseaban quedar vinculadas por una versión específica del Reglamento de Arbitraje de la CCE [Cámara de Comercio de Estocolmo], podían haber llegado a un acuerdo en ese sentido¹⁰⁷», agregando que esta interpretación, además, es consistente con el art. 31 de la Convención de Viena¹⁰⁸, que señala que la interpretación de un tratado debe tener en cuenta también su contexto¹⁰⁹.

El árbitro de emergencia de *Evrobalt* (caso iniciado al amparo del mismo TBI Rusia-Moldavia) fue incluso más categórico, al señalar que «la referencia al arbitraje CCE [Cámara de Comercio de Estocolmo] debe interpretarse como una referencia dinámica a la versión del Reglamento de la CCE vigente al momento del inicio del arbitraje. En el momento en que firmaron el tratado en 1998, y cuando lo ratificaron posteriormente, las Partes Contratantes habrían sabido que el Reglamento de la CCE había sido relanzado varias veces en

106. *Komposit c. Moldavia*, *op. cit.* (cita 30), 38.

107. Traducción libre del siguiente texto: «*If, the contracting parties wished to be bound by a specific version of the SCC Arbitration Rules, they were free to make an agreement in this regard.*» En: *Komposit c. Moldavia*, *op. cit.* (cita 30), 38.

108. *Komposit c. Moldavia*, *op. cit.* (cita 30), 40.

109. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, art. 31 («31. Regla general de interpretación. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado»). Disponible en: www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf.

el pasado. Si así lo hubieran deseado, hubiese sido sencillo congelar la versión aplicable del Reglamento de la CCE, insertando unas pocas palabras en el art. 10(2)(b) [del TBI Rusia-Moldavia]. [Sin embargo], no lo hicieron así¹¹⁰».

Finalmente, el árbitro de emergencia de *Kompozit* también hizo notar que el preámbulo del Reglamento de Arbitraje de 2010 de la Cámara de Comercio de Estocolmo (reglamento vigente al inicio de la controversia en cuestión), señalaba que ante cualquier acuerdo arbitral que haga referencia al Reglamento de Arbitraje de dicho centro, se considerará que las partes han acordado aplicar el reglamento vigente al momento del inicio del arbitraje, o vigente al momento de la presentación de la solicitud de arbitraje de emergencia, salvo acuerdo en contrario¹¹¹. El Reglamento de Arbitraje de 2017 de dicho centro también mantiene el mismo preámbulo¹¹². Siendo que en ninguno de los casos descritos anteriormente los Estados contratantes pactaron la aplicación o congelamiento de un Reglamento específico, se entiende que aplicará por tanto el vigente al momento de la solicitud de arbitraje de emergencia.

De hecho, no se conoce que en los arbitrajes de inversión *regulares*, seguidos bajo los Reglamentos de Arbitraje de 2010 o de 2017 de la Cámara de Comercio de Estocolmo, se haya cuestionado que dichos Reglamentos no serían los aplicables porque no existían a la fecha de firma o ratificación del tratado aplicable.

Solo por mencionar un ejemplo, en *Energorynok c. Moldavia*, la empresa Energorynok (empresa estatal propiedad de Ucrania), inició en diciembre de 2012 un arbitraje administrado por la Cámara de Comercio de Estocolmo, en contra de Moldavia, al amparo del Tratado de la Carta de la Energía («TCE»), bajo el Reglamento de Arbitraje de 2010. El TCE entró en vigor en Moldavia en abril de 1998 y en Ucrania en enero de 1999¹¹³. Sin embargo, ni la empresa

110. Traducción libre del siguiente texto: «(...) *The reference to SCC arbitration therein should be construed as a dynamic reference³⁵ to the version of the SCC Rules in effect at the time of the commencement of the arbitration. At the time they signed the Treaty in 1998, and when they came to ratify it thereafter, the Contracting Parties would have known that the SCC Rules had been reissued several times in the past. If they so wished, it would have been straightforward to freeze the applicable version of the SCC Rules by inserting a few words in Article 10(2)(b). This they did not do*». En: *Evrobalt c. Moldavia*, *op. cit.* (cita 29), 30.

111. *Kompozit c. Moldavia*, *op. cit.* (cita 30), 43-44. Ver, también, preámbulo del Reglamento de Arbitraje de 2010 de la Cámara de Comercio de Estocolmo, *op. cit.* (cita 20).

112. Ver, preámbulo del Reglamento de Arbitraje de 2017 de la Cámara de Comercio de Estocolmo, *op. cit.* (cita 21).

113. *State Enterprise «Energorynok» (Ukraine) c. La República de Moldavia*, Caso SCC V (2012/175), Laudo Final, 29 de enero de 2015, 4 («4. On 20 December 2012 the Claimant filed a Request for Arbitration with the Stockholm Chamber of Commerce (“SCC”) under Article 2 of the 2010 Arbitration Rules of the SCC (hereinafter the “SCC Rules”) and under Article 26(4)(c) of the Energy Charter Treaty (hereinafter the “ECT”). The ECT entered into force for Moldova on 16 April 1998 and for Ukraine on 27 January 1999»). Disponible en: www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6299.pdf.

estatal de Ucrania (Energorynok), ni Moldavia (países que sí cuestionaron el Reglamento aplicable en diversos arbitrajes de emergencia)¹¹⁴ alegaron que debía aplicarse el Reglamento de Arbitraje de 1999 o de 1988, vigentes a la fecha en que el TCE entró en vigor en dichos países. Al contrario, siguieron adelante con la aplicación del Reglamento de Arbitraje de 2010, vigente a la fecha de inicio del arbitraje (diciembre de 2012).

En cualquier caso, es importante mencionar que sí existen ejemplos de tratados de inversión que efectivamente congelaron las reglas arbitrales específicas aplicables. Solo por mencionar uno de ellos, el Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre la República Popular China y el Gobierno de los Emiratos Árabes establece expresamente que, si una disputa no se puede resolver amistosamente, será resuelta en arbitraje bajo cualquiera de las siguientes formas: (i) Por un tribunal arbitral, de conformidad con las Reglas de Arbitraje de 2010 de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); (b) Por arbitraje administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de 2012 de dicha Cámara; o (c) Por arbitraje administrado por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de 2010 de dicho Instituto¹¹⁵.

Es decir, el razonamiento de los árbitros de emergencia descrito anteriormente no proviene del vacío. Sí existen tratados que han congelado las reglas arbitrales aplicables. Esto confirma una vez más que lo más recomendable es que sean los propios usuarios del arbitraje de inversión (en este caso, los Estados) quienes definan (claramente) qué reglas arbitrales serán las aplicables a sus controversias.

Finalmente, autores como Brower, Meyerstein y Schill han sostenido que

114. Chung, K. *Emergency Arbitration in Investment Treaty Disputes*, op. cit. (cita 33), p. 50.

115. «Agreement between the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China and the Government of the United Arab Emirates for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments», art. 8(5) («Article 8. Settlement of Disputes between a Contracting Party and an Investor of the other Contracting Party. (...) (5) If the dispute cannot be settled amicably within six months from the date of receipt of the written notice or from the start of the conciliation referred to in paragraph (3) of this Article, the dispute shall upon the request of the investor be settled by arbitration by submitting the dispute to: (a) an arbitral tribunal in accordance with the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law, as revised in 2010; or (b) the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce for settlement by an arbitral tribunal in accordance with the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce as in force as of 1 January 2012; or (c) the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce for settlement by an arbitral tribunal in accordance with the Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce as in force as of 1 January 2010»). Disponible en: investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5865/download.

la introducción del procedimiento de emergencia en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo no genera siquiera un cuestionamiento a la jurisdicción del árbitro de emergencia, pues la introducción de dicha figura produce un cambio meramente en el procedimiento y no tiene efecto en la jurisdicción de dicho árbitro, la cual estaría abarcada por el consentimiento previo del Estado a un arbitraje frente al Instituto en cuestión¹¹⁶.

De cualquier manera, siempre debe recordarse el carácter temporal de la medida que dicte el árbitro de emergencia, que podrá ser revocada total o parcialmente por el eventual tribunal arbitral, corrigiendo cualquier error que se haya podido cometer durante la tramitación del arbitraje de emergencia e, incluso, imponiendo los costos del proceso en contra de la parte que el tribunal considere que debe cargar con el peso total o parcial de los mismos, como se verá a continuación.

VIII. LA JURISDICCIÓN DEL ÁRBITRO DE EMERGENCIA ES ÚNICAMENTE *PRIMA FACIE*

Finalmente, se ha cuestionado que el árbitro de emergencia podría poner en peligro el análisis de jurisdicción que se debe hacer en este tipo de arbitrajes¹¹⁷. Sin embargo, este cuestionamiento olvida que la jurisdicción que el árbitro de emergencia asume es, por naturaleza, únicamente *prima facie*.

Por un lado, al art. 4(2) del Apéndice II del Reglamento de Arbitraje de 2017 de la Cámara de Comercio de Estocolmo establece que dicho centro no designará un árbitro de emergencia si considera que el centro carece de jurisdicción¹¹⁸. Por hacer un símil, regla similar encontramos también en el art. 36(3) del Convenio CIADI, que señala que el Secretario General de dicho Centro «registrará la solicitud [de arbitraje] salvo que, de la información con-

116. Brower, Ch. N.; Meyerstein, A.; y Schill, S. W. *The Power and Effectiveness of Pre-Arbitral Provisional Relief: The SCC Emergency Arbitrator in Investor-State Disputes*, op. cit. (cita 2), p. 71 («(...) *The introduction of the emergency arbitration procedure merely constitutes a change in procedure rather than an extension of jurisdiction, which consequently is encompassed by a State's earlier consent to SCC arbitration in an investment treaty or investor-State contract*»).

117. Wu, Q. «*Jurisdiction of Emergency Arbitrator in Investment Treaty Arbitration*», Kluwer Arbitration Blog, 28 de junio de 2019 («*This post submits that the urgency of an EA application should not override the fundamental requirement that the EA must have jurisdiction. This requirement is far from a moot point given that the interpretation of state consent is at stake, and the impact of the EA decision might be significant*»). Disponible en: arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/06/28/jurisdiction-of-emergency-arbitrator-in-investment-treaty-arbitration/.

118. Reglamento de Arbitraje de 2017 de la Cámara de Comercio de Estocolmo, op. cit. (cita 21), art. 4(2): «*Article 4. Appointment of the Emergency Arbitrator. (...) (2) An Emergency Arbitrator shall not be appointed if the SCC manifestly lacks jurisdiction over the dispute*».

tenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro».

Teniendo en cuenta que dichas reglas parecen referirse únicamente a la jurisdicción de los centros o institutos arbitrales, mas no a la jurisdicción de los árbitros (interpretación que compartimos), es común que se requiera que los tribunales arbitrales –y, por tanto, los árbitros de emergencia– analicen si tienen jurisdicción (únicamente) *prima facie* para revisar la controversia en cuestión, al momento de emitir medidas cautelares durante el proceso arbitral o medidas de emergencia antes de iniciado dicho proceso, independientemente del análisis preliminar realizado por el centro arbitral¹¹⁹.

Efectivamente, este es el criterio frecuente en los arbitrajes de inversión *regulares*. Por mencionar un ejemplo, en *Perenco c. Ecuador*, el tribunal determinó que para emitir una medida provisional durante el proceso debía analizar si tenía jurisdicción *prima facie*, más allá del análisis preliminar que hizo el CIADI para registrar la controversia¹²⁰.

119. Brower, Ch. N.; Meyerstein, A; y Schill, S. W. *The power and effectiveness of pre-arbitral provisional relief: The SCC Emergency Arbitrator in Investor-State Disputes*, *op. cit.* (cita 2), pp. 66-67 («At first glance, perhaps, the language of Article 4(2) of Appendix II of the SCC Rules (...) might suggest that an emergency arbitrator could simply rely on his or her appointment by the Board pursuant to Article 4(1) without dealing with any objections to jurisdiction. On closer inspection, however, it appears that Article 4(2) does not refer to the jurisdiction of the emergency arbitrator, but to the “jurisdiction of the SCC” to appoint the emergency arbitrator and to administer the case. (...) Under the ICSID Convention, the ICSID Secretary General exercises a screening function comparable to that of the SCC Board relating to emergency arbitrators: each is required to refuse to register a request for arbitration if jurisdiction is found to be “manifestly lacking”. Some ICSID tribunals have understood this screening function to exempt a tribunal from independently determining its jurisdiction before ordering provisional measures (...). Nevertheless, it is also clear that the ICSID Secretary General’s decision to register the case (...) in no ways binds an arbitral tribunal or preempts its power to determine its own jurisdiction, in due course, should it be challenged. The majority of ICSID tribunals, therefor, have opted to apply, following the jurisprudence of the International Court of Justice (ICJ), a *prima facie* test of jurisdiction before ordering provisional measures»).

120. *Perenco Ecuador Ltd. c. República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI n.º ARB/08/6. Decisión sobre medidas provisionales, 8 de mayo de 2009, 39 («39. Si bien el Tribunal no requiere estar satisfecho de que tiene jurisdicción para pronunciarse sobre el fondo de esta diferencia para resolver la solicitud de medidas provisionales, no ordenará dichas medidas salvo que exista, a lo menos, una base *prima facie* sobre la cual su jurisdicción pueda establecerse (...). No es suficiente para el Tribunal que el Secretario General haya concluido que la controversia no se encuentra manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro y por consiguiente haya registrado la Solicitud de Arbitraje de conformidad con el Artículo 36(3) del Convenio del CIADI y la Regla 6(1)(b) de las Reglas de Iniciación. El Tribunal debe estar satisfecho de que existe una base *prima facie* para su jurisdicción»). Disponible en: www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0624.pdf. Ver, también, *Burlington Resources Inc. y otros c. República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI n.º ARB/08/5. Resolución Procesal n.º 1, 29 de junio de 2009, 53, disponible en: www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0105.pdf. Ver, también, *Occidental Petroleum*

De hecho, los árbitros de emergencia en arbitrajes de inversión también suelen hacer un análisis *prima facie* de su jurisdicción. Por ejemplo, el árbitro de *Evrobalt c. Moldavia* señaló que, «en el presente procedimiento, el Árbitro de Emergencia debe quedar satisfecho –aunque de forma preliminar– que hay buenas perspectivas de que el Tribunal determine que (a) el Demandante es un “inversionista” y tiene una “inversión” protegida por el Tratado¹²¹».

Así las cosas, no parece que las decisiones de los árbitros de emergencia pongan en peligro el análisis jurisdiccional que posteriormente los tribunales arbitrales deberán hacer. La jurisdicción que los árbitros de emergencia asumen –al igual que la que asumen los tribunales arbitrales regulares durante la conducción del proceso para emitir medidas provisionales– es simplemente *prima facie* y podrá (y deberá) ser revisada eventualmente por el tribunal arbitral correspondiente.

De hecho, eso sucedió justamente en *Kompozit c. Moldavia*, caso en el que, si bien inicialmente un árbitro de emergencia concedió las medidas solicitadas¹²², eventualmente el tribunal arbitral rechazó los reclamos, al establecer que el inversionista no había hecho una inversión válida en Moldavia bajo los términos del TBI aplicable (TBI Rusia-Moldavia), e imponiendo al demandante el pago de aproximadamente €1 millón de los costos legales de Moldavia¹²³. Es decir, a pesar de que inicialmente el árbitro de emergencia decidió a favor del inversionista, posteriormente el tribunal determinó que carecía de jurisdicción *ratione materiae*, desechando así todos los reclamos en cuestión e imponiendo al inversionista incluso parte de los costos del Estado demandado.

Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador, Caso CIADI n.º ARB/06/11, Decisión sobre medidas provisionales, 17 de agosto de 2007, 55, disponible en: www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0105.pdf). Ver, también, *City Oriente Ltd. c. República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI n.º ARB/06/21, Decisión sobre medidas provisionales, 19 de noviembre de 2007, 50, disponible en: www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7988_0.pdf). Ver, también, *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile*, Caso CIADI n.º ARB/98/2, 25 de septiembre de 2001, 1-12, disponible en: www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0629.pdf.

121. Traducción libre del siguiente texto: «18. *In the present proceedings, the Emergency Arbitrator must be satisfied – albeit on a preliminary basis – that there is a good prospect for a finding (by the Tribunal) that (a) the Claimant is an “investor” and has an “investment” protected by the Treaty*». En: *Evrobalt c. Moldavia*, *op. cit.* (cita 29), 18. Ver, también, en esa misma línea, *Komaksavia 2*, *op. cit.* (cita 32), 64-67; *Tskinvest c. Moldavia*, *op. cit.* (cita 28), 61; y *Kompozit c. Moldavia*, *op. cit.* (cita 30), 48-50.

122. *Kompozit c. Moldavia*, *op. cit.* (cita 30).

123. Thomson, D. «*Russian investors lose SCC claim against Moldova*», *Global Arbitration Review*, 15 de diciembre de 2017 («*The award has yet to be made public but GAR understands the tribunal rejected the claim, ruling the banks had not made a valid investment in Moldova under the terms of the BIT*»). Disponible en: www.globalarbitrationreview.com/russian-investors-lose-scc-claim-against-moldova.

Situaciones similares se pueden encontrar también en casos en que el tribunal arbitral concedió una medida provisional dentro y durante el proceso arbitral, pero eventualmente declinó jurisdicción. Solo por mencionar un ejemplo, en *Vacuum c. Ghana*, después de haber ordenado inicialmente ciertas medidas provisionales¹²⁴, eventualmente el tribunal determinó que carecía justamente de jurisdicción *ratione personae*¹²⁵.

Por tanto, el hecho que los árbitros de emergencia asuman jurisdicción *prima facie* para analizar las controversias que son sometidas ante ellos no debilita necesariamente la posibilidad de que el Estado demandado eventualmente alegue y pruebe falta de jurisdicción del eventual tribunal arbitral, e incluso gane la imposición de los costos legales del proceso.

IX. CONCLUSIÓN

Como se ha visto, el uso del arbitraje de emergencia en los arbitrajes inversionista-Estado viene ganando cada vez más espacio en Europa, en particular en la Cámara de Comercio de Estocolmo. Los árbitros de emergencia designados por dicho centro han venido afrontando una serie de cuestionamientos respecto al uso de esta figura, mostrando respuestas no muy distintas a las que emiten los tribunales arbitrales *regulares* en muchas de las circunstancias. Estemos de acuerdo o no con dichas decisiones, lo cierto es que la figura viene extendiendo su uso, por lo que inversionistas y Estados deben estar preparados para enfrentar nuevos argumentos, a favor y en contra. Más aún si los propios Estados también pueden tener incentivos para mantener el uso de dicha figura en el arbitraje de inversiones, a fin de proteger a sus empresas estatales de cualquier acción o inacción de cualquier gobierno extranjero. El arbitraje de emergencia y los Estados no son enemigos; al contrario, podrían ser muy buenos amigos, si más centros arbitrales permitieran el uso de esta figura en los arbitrajes de inversión.

124. *Vacuum Salt Products Limited c. Gobierno de la República de Ghana*, Caso n.º ARB/92/1, Laudo, 16 de febrero de 1994, 16 («16. At its first sesión the Tribunal issued on 3 December 1992 its Decision No. 1 on Request for Recommendation of Provisional Measures (...)»). Disponible en: www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6309.pdf.

125. *Ibid.*, 55 («55. For the reasons set forth above, the Tribunal finds that it lacks jurisdiction and, accordingly, the Request for Arbitration herein must be dismissed»).