

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A
INVERSIONES**

IBT Group, LLC e IBT, LLC

c.

República de Panamá

Caso CIADI No. ARB/20/31

DECISIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE MEDIDA PROVISIONALÍSIMA

Miembros del Tribunal

Deva Villanúa, Presidente del Tribunal
Prof. Guido S. Tawil, Árbitro
Prof. Mónica Pinto, Árbitro

Secretaria del Tribunal

Sra. Marisa Planells-Valero

En representación de las Demandantes

Sr. Luis O’Naghten
Hughes Hubbard & Reed LLP
201 S. Biscayne Blvd.
Suite 2500
Miami, Florida 33131

Sra. Eleanor Erney
Sr. Alexander Bedrosyan
Hughes Hubbard & Reed LLP
1775 I St NW Suite 600
Washington, DC 20006

En representación de la Demandada

Sra. Claudia Frutos-Peterson
Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP
1717 Pennsylvania Avenue, N.W.
Washington D.C. 20006

Sr. Eloy Barbará de Parres
Sra. Gabriela Álvarez Ávila
Sra. Dori Yoldi
Sr. Ricardo Mier y Terán
Sra. Natalia Linares
Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP
Rubén Darío 281, Piso 9 Col. Bosque de Chapultepec
Ciudad de México, 11580

Fecha: 22 de diciembre de 2020

Decisión sobre la Solicitud de Medida Provisionalísima

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. El 24 de julio de 2020 IBT Group, LLC e IBT, LLC [las “**Demandantes**” o conjuntamente “**IBT**”] presentaron ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones [el “**CIADI**”] una solicitud de arbitraje, posteriormente suplementada el 11 de agosto de 2020 [la “**Solicitud de Arbitraje Enmendada**”] contra la República de Panamá [la “**Demandada**” o “**Panamá**”], con base en el Tratado de Promoción Comercial entre la República de Panamá y los Estados Unidos de América, firmado el 28 de junio de 2007 y que entró en vigor el 31 de octubre de 2012 [el “**Tratado**” o “**TPC**”].
2. El Tribunal se referirá a las Demandantes y a la Demandada de forma conjunta como las **Partes**.
3. El 26 de agosto de 2020 la Secretaria General del CIADI notificó a las Partes el registro de la Solicitud de Arbitraje Enmendada de conformidad con las Reglas 6 y 7 de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje CIADI, quedando así instituido este procedimiento.
4. El 22 de octubre de 2020 las Demandantes presentaron una solicitud de medidas provisionales [la “**Solicitud de Medidas Provisionales**”] en virtud del art. 47 del Convenio CIADI y la Regla 39 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimiento de Arbitraje CIADI [las “**Reglas de Arbitraje**”].
5. El 27 de octubre de 2020, de conformidad con la Regla 39(5) de las Reglas de Arbitraje, la Secretaria General fijó un calendario para que las Partes presentaran sus observaciones, que fue modificado posteriormente a petición de la Demandada.
6. Conforme a dicho calendario, el 24 de noviembre de 2020 la Demandada presentó su respuesta a la solicitud de medidas provisionales [la “**Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales**”]. El 8 de diciembre de 2020 las Demandantes presentaron su réplica [la “**Réplica a la Solicitud de Medidas Provisionales**”]. La Demandada está invitada a presentar su **Dúplica a la Solicitud de Medidas Provisionales** el 22 de diciembre de 2020.
7. El 11 de diciembre de 2020, de conformidad con la Regla 6 de las Reglas de Arbitraje, la Secretaria General notificó a las Partes la constitución del Tribunal Arbitral y designó a la Sra. Marisa Planells-Valero, Consejera Jurídica del CIADI, como Secretaria del Tribunal.
8. A raíz de un nuevo acontecimiento que será relatado en el para. 22 *infra*, el 16 de diciembre de 2020 las Demandantes presentaron un escrito adicional solicitando al Tribunal que adoptase de forma inmediata una medida provisional temporal [la “**Solicitud de Medida Provisionalísima**”], en tanto penda la decisión del Tribunal con respecto a la Solicitud de Medidas Provisionales.

Decisión sobre la Solicitud de Medida Provisionalísima

9. Ese mismo día el Tribunal Arbitral dio plazo a la Demandada para contestar a la Solicitud de Medida Provisionalísima antes del 17 de diciembre de 2020; y a su vez, convocó a las Partes a una videoconferencia para tratar esta solicitud.
10. El 17 de diciembre de 2020 la Demandada dio contestación a la Solicitud de Medida Provisionalísima [la “**Respuesta a la Solicitud de Medida Provisionalísima**”].
11. El 21 de diciembre de 2020 el Tribunal y las Partes celebraron una videoconferencia para tratar la Solicitud de Medida Provisionalísima.

II. ANTECEDENTES FÁCTICOS

12. Las Demandantes se consorciaron, dando lugar al Consorcio CEFERE, para licitar a un contrato público de construcción [el “**Contrato**”]¹. El 29 de marzo de 2017 resultaron adjudicatarias. Como parte de las obligaciones asumidas en el Contrato, el Consorcio CEFERE debía presentar una fianza de cumplimiento [la “**Fianza**”]².
13. A través de la Fianza, la aseguradora panameña Compañía Internacional de Seguros [la “**Fiadora**”] se comprometía a que, en caso de resolución del Contrato por incumplimiento de IBT, pagaría a Panamá B/. 13.813.012 o, alternativamente, sustituiría al Consorcio CEFERE en sus derechos y obligaciones derivadas del Contrato³.
14. Sin embargo, aunque la Fianza fue emitida el 11 de mayo de 2017 por la Fiadora, quien realmente asumía el riesgo de la operación era otra aseguradora.
15. Efectivamente, un año antes, concretamente el 1 de junio de 2016, el Grupo IBT había firmado con la aseguradora Westport Insurance Corporation⁴ [“**Westport**” o la “**Reaseguradora**”] un *General Indemnity Agreement*⁵ por el cual Westport se comprometía a conseguir la emisión de aquellas fianzas o garantías (*bonds*) que IBT pudiese requerir y a cubrir su riesgo⁶. A cambio, IBT se comprometía a pagar las primas y a mantener a Westport indemne de cualquier reclamación relacionada con dichas fianzas o garantías⁷. La mera reclamación accionaría el derecho de Westport a exigirle a IBT la aportación de una garantía adicional (*collateral security*) equivalente al importe reclamado⁸.
16. Por lo tanto, tal y como estaba previsto en el *General Indemnity Agreement*, Westport reaseguró a la Fiadora local. La operación de reaseguramiento tomó la forma de un *facultative reinsurance agreement*⁹.
17. El 16 de enero de 2020 el Ministerio de Gobierno [“**Mingob**”] emitió una resolución administrativa¹⁰ [la “**Resolución Administrativa**”] por la que, invocando incumplimientos contractuales atribuibles al Consorcio CEFERE:
 - resolvía el Contrato [la “**Resolución Contractual**”];

¹ CE-4

² Anexo 2.

³ Anexo 2.

⁴ Perteneciente a Swiss Re Corporate Solutions.

⁵ Anexo 24, p. 77.

⁶ Anexo 24, p. 77: “The undersigned have requested and do request that [Westport] execute or procure the execution of surety bonds (“Bond” or “Bonds”). This General Indemnity Agreement [...] shall cover all Bonds that have been and as may hereafter be applied for or executed on behalf of [IBT Group]”.

⁷ Anexo 24, p. 77, Cláusula 2.

⁸ Anexo 24, p. 77, Cláusula 3.

⁹ Ver Anexo 64.

¹⁰ Anexo 5.

Decisión sobre la Solicitud de Medida Provisionalísima

- inhabilitaba por tres años al Consorcio CEFERE y a las empresas consorciadas para celebrar contratos con Panamá; y
 - notificaba a la Fiadora los efectos de la Resolución Contractual para así asegurar el cumplimiento del Contrato¹¹.
18. Como respuesta a la Resolución Administrativa, el Consorcio CEFERE presentó distintos recursos ante varias instancias judiciales. Hasta el momento, los recursos resueltos han sido rechazados¹².
 19. El 10 de julio de 2020 el Mingob se dirigió a la Fiadora para reclamar formalmente la garantía contenida en la Fianza; a partir de ese momento, la Fiadora tenía 30 días para subrogarse en la posición del Consorcio CEFERE, o pagar los más de B/. 13,8 millones¹³.
 20. El 14 de agosto de 2020 la Fiadora comunicó la aceptación del reclamo, su opción por la subrogación y sometió el nombre de cinco posibles contratistas que podían retomar la obra¹⁴.
 21. Sabedoras de que la reclamación de la garantía contenida en la Fianza podía colocar a IBT en posición de incumplimiento del *General Indemnity Agreement*, el 22 de octubre de 2020 las Demandantes presentaron su Solicitud de Medidas Provisionales, pretendiendo (entre otras medidas) paralizar la ejecución de la Fianza.
 22. En medio de la tramitación procesal de la Solicitud de Medidas Provisionales, ocurrió lo anticipado por IBT: el 9 de diciembre de 2020 Westport presentó ante IBT un requerimiento de pago bajo el *General Indemnity Agreement*¹⁵, invocando una supuesta reclamación formulada por el Mingob el 16 de enero de 2020, cifrada en USD 13.813.012,2¹⁶; y recordando la obligación de IBT de proveer garantías adicionales en caso de surgir reclamaciones. Westport concedía a IBT 10 días para ingresar el monto de USD 13.813.012,2. Según las Demandantes, este plazo vence el próximo 23 de diciembre de 2020¹⁷.

¹¹ Anexo 5, p. 56.

¹² El 7 de abril de 2020 el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas [“TACP”] rechazó en primera instancia el recurso administrativo y confirmó la resolución contractual (Solicitud de Medidas Provisionales, para. 33). El Consorcio intentó atacar esta decisión por vía del amparo constitucional, que fue inadmitido por la Corte Suprema de Justicia de Panamá (Solicitud de Medidas Provisionales, para. 41.). Por último, el 5 de junio de 2020 IBT presentó un recurso administrativo contra la decisión del TACP ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema; éste último se encuentra aún pendiente de resolución (Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 20).

¹³ Anexo 7.

¹⁴ R-1.

¹⁵ Anexo 64.

¹⁶ La reclamación del Mingob estaba cifrada en B/; en todo caso, el valor en USD es idéntico.

¹⁷ Solicitud de Medida Provisionalísima, p. 2.

III. LA SOLICITUD DE MEDIDA PROVISIONALÍSIMA

1. POSICIÓN Y PRETENSIÓN DE LAS DEMANDANTES

23. Las Demandantes solicitan las Medidas Provisionales y esta Medida Provisionalísima, para mantener el *status quo* y evitar el agravamiento de la disputa entre las Partes, lo cual causaría aún más daño a las Demandantes¹⁸.
24. Las Demandantes aseveran que la única forma posible de evitar que Westport ejecute su derecho a requerir garantías adicionales es que Panamá retire su pretensión de ejecución de la Fianza¹⁹ – el desistimiento de esa reclamación desactivaría la obligación de prestar garantías adicionales²⁰. Según asevera IBT, la propia Reaseguradora le habría manifestado su compromiso de paralizar la reclamación de garantías adicionales, siempre y cuando el Tribunal Arbitral le ordene a Panamá, a su vez, la paralización de la ejecución de la Fianza²¹.
25. Para evitar el desembolso de USD 13,8 millones, las Demandantes han presentado una Solicitud de Medidas Provisionales ante este Tribunal Arbitral, en la que le piden, entre otras medidas, que le ordene a la Demandada la suspensión y el desistimiento de toda acción encaminada a la ejecución de la Fianza²².
26. A la vista de que el calendario de la Solicitud de Medidas Provisionales aún prevé un escrito de la Demandada para el 22 de diciembre de 2020²³, las Demandantes consideran que no es posible que el Tribunal Arbitral pueda ordenar la medida provisional pretendida antes del 23 de diciembre de 2020 – la fecha máxima otorgada para que las Demandantes efectúen el pago exigido como garantía adicional²⁴.
27. Por ello, en su Solicitud de Medida Provisionalísima, las Demandantes reiteran su pretensión de Medidas Provisionales, esta vez como medida cautelarísima, señalando que, si el Tribunal Arbitral espera a la recepción del último escrito para pronunciarse, sería demasiado tarde para evitar el pago exigido a IBT y la Solicitud de Medidas Provisionales quedaría vacía de contenido²⁵. Además, las Demandantes recuerdan otros casos de inversión en los que los tribunales decidieron, en situaciones similares, emitir medidas provisionalísimas²⁶.

¹⁸ Solicitud de Medidas Provisionales, para. 6.

¹⁹ Solicitud de Medida Provisionalísima, p. 2.

²⁰ Solicitud de Medida Provisionalísima, p. 3.

²¹ Audiencia sobre Solicitud de Medida Provisionalísima.

²² Solicitud de Medida Provisionalísima, p. 2.

²³ Solicitud de Medida Provisionalísima, p. 2.

²⁴ Solicitud de Medida Provisionalísima, p. 3.

²⁵ Solicitud de Medida Provisionalísima, p. 3.

²⁶ Solicitud de Medida Provisionalísima, p. 3.

Decisión sobre la Solicitud de Medida Provisionalísima

28. En conclusión, las Demandantes solicitan²⁷:

“[...] que el Tribunal dicte inmediatamente, con carácter estrictamente provisional, una orden decretando que la ejecución de la Fianza sea suspendida, mientras pende la decisión del Tribunal respecto de la Solicitud de las Demandantes [de Medidas Provisionales]”.

2. POSICIÓN Y PRETENSIÓN DE LA DEMANDADA

29. En su escrito de 17 de diciembre de 2020, la Demandada reitera la objeción jurisdiccional ya planteada en su Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales: el art. 10.20(8) del Tratado le impide al Tribunal la emisión de medidas provisionales relacionadas con los actos gubernamentales supuestamente violatorios del Tratado²⁸.

30. La Demandada sostiene que, en todo caso, la petición de las Demandantes llevaría al Tribunal a prejuzgar el fondo de las Medidas Provisionales, sin haber escuchado de forma completa la posición de la Demandada²⁹. Subraya que esto es inadmisibles, máxime cuando IBT ni siquiera ha demostrado la existencia de una urgencia extrema que justificara la emisión de una medida provisionalísima³⁰.

31. La Demandada también argumenta que la ejecución de la Fianza es un hecho consumado y que las consecuencias que esta ejecución pueda traer sobre las relaciones entre la Fiadora y la Reaseguradora o entre IBT y la Reaseguradora, involucran a terceros ajenos a esta disputa. Panamá no alcanza a entender cómo una orden de paralización de la ejecución de la Fianza pueda producir el efecto pretendido por IBT sobre esas relaciones con terceros³¹.

32. Finalmente, Panamá llama la atención sobre el hecho de que las Demandantes pretendan obtener de este Tribunal una orden, cuando en ninguno de los casos de inversión citados por IBT hubo una orden dirigida al Estado – aquellos casos no pasaron de recomendaciones o directrices³².

33. En vista de lo anterior, la Demandada requiere del Tribunal que³³:

“(i) se permita a la Demandada concluir con el procedimiento de substanciación de la Solicitud de Medidas Provisionales original de acuerdo con el calendario que para ese efecto se fijó antes de emitir cualquier medida o recomendación, (ii) la solicitud de las Demandantes del 16 de diciembre de 2020 sea sumariamente desechada, y (iii) el Tribunal emita su decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales de las Demandantes en el momento procesal oportuno”.

²⁷ Solicitud de Medida Provisionalísima, p. 3 [Traducción del Tribunal].

²⁸ Respuesta a la Solicitud de Medida Provisionalísima, p. 2.

²⁹ Respuesta a la Solicitud de Medida Provisionalísima, p. 2.

³⁰ Respuesta a la Solicitud de Medida Provisionalísima, p. 1.

³¹ Audiencia sobre Solicitud de Medida Provisionalísima.

³² Respuesta a la Solicitud de Medida Provisionalísima, p. 1.

³³ Respuesta a la Solicitud de Medida Provisionalísima, p. 2.

Decisión sobre la Solicitud de Medida Provisionalísima

34. Durante la Audiencia sobre Solicitud de Medida Provisionalísima, la Demandada también solicitó una condena en costas.

3. DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

35. El Tribunal Arbitral se pronunciará, en primer lugar, sobre la conveniencia de dictar la Medida Provisionalísima solicitada (**A.**), después comprobará si tiene jurisdicción para ello (**B.**) y, finalmente, tomará una decisión sobre la Medida Provisionalísima a adoptar (**C.**).

A. Conveniencia de dictar la Medida Provisionalísima

36. La situación ante el Tribunal es la siguiente: las Demandantes pidieron en su Solicitud de Medidas Provisionales que, entre otras cuestiones, el Tribunal requiera a Panamá realizar una serie de actos, con la expectativa de que así, la Reaseguradora paralizará el requerimiento de pago contra IBT. Puesto que el plazo para pagar vence el 23 de diciembre de 2020, las Demandantes solicitan al Tribunal que anticipe su decisión, pues de lo contrario y de producirse el pago, parte de la Solicitud de Medidas Provisionales quedaría vacía de contenido.

37. Las Demandantes sostienen que la sola urgencia amerita la emisión de una Medida Provisionalísima. La Demandada, sin embargo, niega tal urgencia (**i.**). Panamá, además, sostiene que, de aceptarse la Medida Provisionalísima, el Tribunal Arbitral estaría prejuzgando la Solicitud de Medidas Provisionales sin haber oído completamente la posición de la Demandada (**ii.**). Y, finalmente, la Demandada niega la efectividad de la medida para la finalidad pretendida (**iii.**).

38. El Tribunal Arbitral no está de acuerdo con Panamá:

39. (i) El Tribunal Arbitral percibe nítidamente una situación de imperiosa urgencia: si no accede a la pretensión cautelarísima de las Demandantes, el interés a proteger a través de la Solicitud de Medidas Provisionales desaparecerá antes de que el Tribunal Arbitral pueda siquiera pronunciarse sobre si merece o no ser tutelado.

40. (ii) El Tribunal Arbitral considera que la decisión sobre la Solicitud de la Medida Provisionalísima y la futura decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales son dos decisiones independientes entre sí y el pronunciamiento sobre una no prejuzga la resolución sobre la otra. En contra de lo que sugiere Panamá, en la Medida Provisionalísima el Tribunal Arbitral no está llamado a pronunciarse sobre el fondo de la petición – tan sólo se le pide que asegure la supervivencia del interés cuya protección cautelar se pretende, hasta que el Tribunal pueda escuchar completamente a ambas Partes y tomar una decisión versada. Es más, si el Tribunal Arbitral aceptara la alternativa defendida por Panamá, rechazando la Medida Provisionalísima, entonces sí estaría entrando en la valoración de fondo de la Solicitud de Medidas Provisionales, pues la abocaría, irremediablemente, a su frustración.

41. (iii) El Tribunal Arbitral está razonablemente satisfecho de la potencial existencia de una relación causal entre la ejecución de la Fianza y la reclamación de garantía

Decisión sobre la Solicitud de Medida Provisionalísima

adicional que Westport cursó a IBT, la cual le permitiría a Westport paralizar la segunda en caso de suspensión de la primera: la reclamación de garantía adicional³⁴ se refiere al requerimiento de pago hecho en la Resolución Administrativa de 26 de enero de 2020 como el hecho que dio lugar a la aplicación de las cláusulas 3 y 4 del *General Indemnity Agreement* y a la reclamación de la garantía adicional. El Tribunal Arbitral acepta, por tanto, que la paralización temporal de la ejecución pueda causar la paralización concatenada de la exigencia de pago a IBT.

Equilibrio en las posiciones de las Partes

42. El Tribunal Arbitral debe asegurarse de que la Medida Provisionalísima, que causará la suspensión temporal de la ejecución de la Fianza, tenga efectos equilibrados sobre las Partes:
43. De un lado, la suspensión pretende evitar la inminencia de un desembolso de USD 13,8 millones por parte de IBT y, lo que resulta más importante aún, permite que el interés que pretende sea tutelado mediante la Solicitud de Medidas Provisionales subsista, para que el Tribunal Arbitral pueda pronunciarse en su debido momento sobre si acoge o no la cautelar solicitada.
44. De otro lado, de acogerse la Medida Provisionalísima, el único efecto adverso – reconocido por Panamá – es que verá paralizado el proceso de sustitución de contratista que siguió a la ejecución de la Fianza³⁵. A pregunta específica del Tribunal, la Demandada admitió que esta suspensión no perjudicaría en modo alguno su posición bajo la Fianza, pues su derecho a que la Fiadora acabe la obra es un derecho adquirido³⁶. Dado que el Tribunal Arbitral estima que en el curso de las próximas semanas habrá emitido su decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales, aquella paralización está acotada temporalmente. Además, el Tribunal Arbitral constata que, desde agosto de 2020, momento en que la Fiadora presentó distintos candidatos a fungir como contratista³⁷, el proceso de selección de contratista sustituto no parece haber avanzado sustancialmente. Panamá asegura que aún está evaluando a los posibles candidatos y no prevé haber finalizado la evaluación antes de febrero de 2021³⁸. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral estima que la paralización de la ejecución de la Fianza por unas semanas adicionales, en pleno período navideño (caracterizado por la ralentización de la actividad general) no le supondrá a Panamá un daño significativo.
45. Por tanto, el Tribunal Arbitral, ponderando los efectos positivos para una Parte y negativos para la otra, considera que la Medida Provisionalísima es equilibrada. Y que, ante la falta de apreciación de daños significativos para Panamá, no cree necesario exigirle a IBT la aportación de contracautela.

³⁴ Anexo 64.

³⁵ Audiencia sobre Medida Provisionalísima.

³⁶ Audiencia sobre Medida Provisionalísima.

³⁷ R-1.

³⁸ Audiencia sobre Medida Provisionalísima.

Decisión sobre la Solicitud de Medida Provisionalísima

B. Jurisdicción del Tribunal Arbitral

46. Las Demandantes han presentado la Solicitud de Medida Provisionalísima al amparo del art. 47 del Convenio CIADI y de la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje:

“Artículo 47 – Medidas Provisionales

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”.

“Regla 39(1) – Medidas Provisionales

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 salvaguardia de sus derechos. La solicitud deberá especificar los derechos que se salvaguardarán, las medidas cuya recomendación se pide, y las circunstancias que hacen necesario el dictado de tales medidas”.

47. El Tribunal Arbitral constata que otros tribunales arbitrales en arbitrajes de inversión, llamados a decidir sobre peticiones provisionalísimas en el seno de procedimientos CIADI, han accedido a ellas:
- En *City Oriente*, el tribunal arbitral le ordenó a Ecuador abstenerse (*shall refrain from*) de comenzar acciones judiciales o reclamaciones monetarias contra City Oriente relacionadas con el contrato o con la ley 2006-42, así como de cualquier acción que agravara la situación jurídica bajo el contrato³⁹;
 - El tribunal arbitral de *Perenco*, mediante carta de fecha 24 de febrero de 2009, solicitó a las partes (*request the parties*) rehusarse de iniciar o continuar acciones o la adopción de cualquier medida que modificara el *status quo* imperante, hasta que no tuviera la oportunidad de escuchar a las partes sobre la medida cautelar solicitada⁴⁰;
 - En *Burlington*, un caso fácticamente similar al anterior, el 6 de marzo de 2009, el tribunal recomendó a Ecuador y a PetroEcuador no alterar el *status quo* hasta que el tribunal no hubiera podido decidir sobre la solicitud de medida cautelar⁴¹;
 - En *Bernhard von Pezold*, dada la urgencia de la medida cautelar solicitada, no le había sido posible al tribunal arbitral deliberar sobre ella y, por eso, el presidente decidió el 13 de junio de 2012 emitir unas directrices a Zimbabwe impidiéndole realizar ciertas acciones potencialmente dañinas y contrarias a acuerdos entre las partes⁴².

³⁹ *City Oriente*, p. 21. Anexo 17.

⁴⁰ *Perenco*, para. 28. Anexo 15.

⁴¹ *Burlington*, para. 24. Anexo 33.

⁴² *Bernhard*, para. 8.

Decisión sobre la Solicitud de Medida Provisionalísima

48. La situación de los anteriores casos es similar a la que ahora nos ocupa pues, si los tribunales arbitrales no ordenaban una medida provisionalísima, existía el riesgo de que el Estado ejecutara las acciones que el inversor pretendía evitar mediante una medida cautelar. Es decir, los tribunales emitieron medidas provisionalísimas para asegurarse de que el objeto a ser protegido mediante la medida provisional sobreviviera lo justo para que el tribunal tuviera tiempo de poder pronunciarse sobre la pretendida medida provisional.
49. Las Demandantes aseveran que el Tratado del que trae origen este arbitraje también permite la adopción de medidas cautelares, según consta en su art. 10.20(8):
- “El tribunal podrá 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 jurisdicción del tribunal, incluida una orden para preservar la evidencia que se encuentre en poder o bajo el control de una parte contendiente o para proteger la jurisdicción del tribunal. El tribunal no podrá 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”.
50. IBT se centra en destacar que la primera parte del artículo permite al Tribunal adoptar decisiones provisionales para preservar los derechos del inversor, en línea con el art. 47 del Convenio CIADI y la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje. La Demandada, sin embargo, se centra en la última frase, que parece excluir de la jurisdicción del Tribunal la potestad para impedir la aplicación de una medida supuestamente violatoria del Tratado. Basándose en esta exclusión, Panamá niega la jurisdicción del Tribunal Arbitral para adoptar la Medida Provisionalísima solicitada. Como contraargumento, las Demandantes sostienen que la Solicitud de Medidas Provisionales (y por extensión de la Medida Provisionalísima) no tienen como objeto impedir la aplicación de los actos violatorios, sino de acciones posteriores que han agravado considerablemente la disputa entre las Partes⁴³.
51. El Tribunal Arbitral constata que la objeción jurisdiccional de Panamá es compleja y requiere un análisis en profundidad del art. 10.20(8) del Tratado que la premura de esta Medida Provisionalísima no permite realizar. La objeción sigue, por tanto, pendiente de decisión, y la aceptación de esta Medida Provisionalísima no prejuzga la decisión que el Tribunal Arbitral pueda tomar en su día al aceptar o rechazar la Solicitud de Medidas Provisionales.

¿Recomendación u Orden?

52. La Demandada niega la existencia de fundamento legal para que el Tribunal Arbitral dicte una “orden”, como solicitan las Demandantes. El art. 47 del Convenio CIADI sólo permite la emisión de recomendaciones y, consecuentemente, argumenta Panamá, en tres de los casos citados por IBT, los tribunales meramente emitieron “recomendaciones”, y en el cuarto, fue una directriz⁴⁴.

⁴³ Réplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 56.

⁴⁴ Respuesta a la Solicitud de Medida Provisionalísima, p. 1.

Decisión sobre la Solicitud de Medida Provisionalísima

53. La regulación del art. 47 del Convenio CIADI sobre medidas provisionales, permite el acuerdo en contrario de las Partes. En este caso, la propia Panamá ha reconocido que el Tratado constituye un tal acuerdo⁴⁵.
54. El art. 10.20(8) del TPC establece la facultad del Tribunal de “ordenar” una medida provisional. Y, además, aclara que, “[p]ara efectos de este párrafo, una orden incluye una recomendación”. Parece *prima facie*, por tanto, que el TPC permite a los tribunales arbitrales dictar órdenes, con carácter general, que podrán tomar la forma de recomendación, u otra forma.
55. En cuanto a si otros tribunales CIADI han emitido órdenes o se han limitado a lanzar recomendaciones, el Tribunal Arbitral constata que en *City Oriente* el tribunal dirigió una orden (*shall refrain*) a Ecuador; y en *Perenco*, el tribunal exigió a Ecuador (*request*) el acatamiento de su decisión cautelarísima, además, *Perenco* se pronuncia claramente sobre el carácter vinculante de las decisiones cautelares independientemente de la terminología utilizada⁴⁶. No hay, por tanto, una línea única de actuación de tribunales anteriores sobre la forma adoptada. Además, la elección de forma puede verse afectada por el texto del acuerdo aplicable.

C. Medida Provisionalísima

56. Las Demandantes piden al Tribunal Arbitral que ordene a Panamá la suspensión de la ejecución de la Fianza mientras pende la decisión del Tribunal Arbitral sobre la Solicitud de Medidas Provisionales.
57. El art. 47 del Convenio CIADI y el art. 10.20(8) del Tratado le confieren al Tribunal Arbitral amplia libertad para emitir las medidas cautelares necesarias para salvaguardar los derechos a tutelar.
58. En vista de esta facultad, y para mejor salvaguarda de derechos, el Tribunal Arbitral considera que la Medida Provisionalísima a adoptar incluya (i) una orden dirigida a Panamá para que informe a la Fiadora de la suspensión temporal en la ejecución de la Fianza y al hacerlo, ponga en copia a las Demandantes y al Tribunal Arbitral y (ii) una autorización a IBT para que exhiba la presente Medida Provisionalísima ante la Reaseguradora.

⁴⁵ Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 22.

⁴⁶ *Perenco*, paras. 66 – 76. Anexo 15.

IV. DECISIÓN

59. Por las razones expuestas, el Tribunal Arbitral:

1. Ordena a Panamá la suspensión de la ejecución de la Fianza mientras pende la decisión del Tribunal Arbitral sobre la Solicitud de Medidas Provisionales.
2. Ordena a Panamá que informe a la Fiadora de la suspensión temporal de la ejecución de la Fianza y al hacerlo, ponga en copia a las Demandantes y al Tribunal Arbitral.
3. Autoriza a IBT a que exhiba la presente Medida Provisionalísima ante la Reaseguradora.
4. Rechaza cualesquiera otras pretensiones planteadas en la tramitación de esta Medida Provisionalísima.
5. Postpone la decisión sobre las costas irrogadas por la tramitación de la Medida Provisionalísima.

Decisión sobre la Solicitud de Medida Provisionalísima

[firmado]

Deva Villanúa

Presidente del Tribunal

[firmado]

Prof. Guido S. Tawil

Co-árbitro

[firmado]

Prof. Mónica Pinto

Co-árbitro