

**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 MEDIDAS PROVISIONALES**

***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: 5 de febrero de 2021

**Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales**

**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**”].
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, 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 pendiera la decisión del Tribunal con respecto a la Solicitud de Medidas Provisionales.
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.

**Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales**

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.
12. Y al día siguiente el Tribunal emitió su decisión sobre la Solicitud de Medida Provisionalísima [la “**Decisión sobre Solicitud de Medida Provisionalísima**”], con validez hasta que el Tribunal resolviera la Solicitud de Medidas Provisionales.
13. El 22 de diciembre de 2020 la Demandada presentó su **Dúplica a la Solicitud de Medidas Provisionales**.
14. El 23 de diciembre de 2020 la Demandada presentó un escrito adicional señalando que no compartía la Decisión sobre Solicitud de Medida Provisionalísima, si bien, en aras de colaborar con el procedimiento arbitral, se disponía a dar cumplimiento a su contenido.
15. El 14 de enero de 2021 el Tribunal y las Partes celebraron una videoconferencia para tratar las Medidas Provisionales solicitadas [“**Audiencia de Medidas Provisionales**”].

## II. ANTECEDENTES FÁCTICOS

16. El relato fáctico que sigue a continuación está basado en los hechos alegados en la Solicitud de Arbitraje Enmendada y demás hechos discutidos por las Partes en sus escritos sobre la Solicitud de Medidas Provisionales. Este resumen se realiza exclusivamente a los efectos de la Solicitud de Medidas Provisionales y no tiene como propósito definir los hechos que subyacen a la disputa principal.
17. Las Demandantes se consorciaron, dando lugar al Consorcio CEFERE, para licitar a un contrato público para la construcción de un nuevo centro penitenciario en Panamá [el “**Contrato**”]<sup>1</sup>. 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**”]<sup>2</sup>.
18. 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 Contrato<sup>3</sup>.
19. 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.
20. Efectivamente, un año antes, concretamente el 1 de junio de 2016, el Grupo IBT había firmado con la aseguradora Westport Insurance Corporation<sup>4</sup> [“**Westport**” o la “**Reaseguradora**”] un *General Indemnity Agreement*<sup>5</sup> por el cual Westport se comprometía a conseguir la emisión de aquellas fianzas o garantías (*bonds*) que IBT pudiese requerir y a cubrir su riesgo<sup>6</sup>. A cambio, IBT se comprometía a pagar las primas y a mantener a Westport indemne de cualquier reclamación relacionada con dichas fianzas o garantías<sup>7</sup>. La mera reclamación accionaría el derecho de Westport a exigirle a IBT la aportación de una garantía adicional (*collateral security*) equivalente al importe reclamado<sup>8</sup>.
21. 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*<sup>9</sup>.

---

<sup>1</sup> CE-4

<sup>2</sup> Anexo 2.

<sup>3</sup> Anexo 2.

<sup>4</sup> Perteneciente a Swiss Re Corporate Solutions.

<sup>5</sup> Anexo 24, p. 77.

<sup>6</sup> 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]”.

<sup>7</sup> Anexo 24, p. 77, Cláusula 2.

<sup>8</sup> Anexo 24, p. 77, Cláusula 3.

<sup>9</sup> Ver Anexo 64.

**Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales**

22. El 16 de enero de 2020 el Ministerio de Gobierno panameño [“**Mingob**”] emitió una resolución administrativa<sup>10</sup> [la “**Resolución Administrativa**”] por la que, invocando incumplimientos contractuales atribuibles al Consorcio CEFERE:
- Resolvía el Contrato [la “**Resolución Contractual**”];
  - Inhabilitaba por tres años al Consorcio CEFERE y a las empresas consorciadas para celebrar contratos con Panamá y notificaba la inhabilitación a los efectos de que fuera publicada; y
  - Notificaba a la Fiadora los efectos de la Resolución Contractual para así asegurar el cumplimiento del Contrato<sup>11</sup>.
23. Como respuesta a la Resolución Administrativa, el Consorcio CEFERE presentó distintos recursos ante varias instancias administrativas y judiciales. Hasta el momento, los recursos resueltos han sido rechazados<sup>12</sup>. Entre los anteriores recursos, cabe destacar el recurso de apelación presentado frente la Resolución Administrativa ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas: el 7 de abril de 2020 el tribunal decidió confirmar en todos sus extremos la Resolución Administrativa [la “**Decisión TACP**”].
24. Desde el 27 de mayo de 2020 la web PanamaCompra<sup>13</sup> (el sistema electrónico de contrataciones públicas de Panamá) muestra a las Demandantes y al Consorcio CEFERE como inhabilitados para licitar a contrataciones públicas en Panamá por un período de tres años<sup>14</sup>.
25. 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 millones<sup>15</sup>.
26. 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 obra<sup>16</sup>.
27. 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

---

<sup>10</sup> Anexo 5.

<sup>11</sup> Anexo 5, p. 56.

<sup>12</sup> 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).

<sup>13</sup> Panamacompra.gob.pa

<sup>14</sup> Anexo 6.

<sup>15</sup> Anexo 7.

<sup>16</sup> R-1.

**Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales**

octubre de 2020 las Demandantes presentaron la presente Solicitud de Medidas Provisionales, pretendiendo (entre otras medidas) paralizar la ejecución de la Fianza.

28. 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*<sup>17</sup>, invocando una supuesta reclamación formulada por el Mingob el 16 de enero de 2020, cifrada en USD 13.813.012,2<sup>18</sup>; 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 vencía el 23 de diciembre de 2020<sup>19</sup>. La urgencia de la situación motivó la Solicitud de Medida Provisionalísima.
29. En su Decisión sobre la Solicitud de Medida Provisionalísima el Tribunal ordenó a Panamá que suspendiera la ejecución de la Fianza en tanto el Tribunal Arbitral no adoptara la presente decisión resolviendo sobre la Solicitud de Medidas Provisionales.
30. Las Demandantes confirmaron que, a raíz de la Decisión sobre la Solicitud de Medida Provisionalísima, la Reaseguradora había suspendido la reclamación a IBT para la aportación de garantía adicional<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Anexo 64.

<sup>18</sup> La reclamación del Mingob estaba cifrada en B/; en todo caso, el valor en USD es idéntico.

<sup>19</sup> Solicitud de Medida Provisionalísima, p. 2.

<sup>20</sup> Presentación Audiencia Demandantes, p. 10.

### **III. LA SOLICITUD DE MEDIDAS PROVISIONALES**

#### **1. POSICIÓN Y PRETENSIÓN DE LAS DEMANDANTES**

31. En esencia, las Demandantes solicitan Medidas Provisionales para lograr que Panamá:

- Paralice y desista de la ejecución de la Fianza; y
- Suspenda la orden de inhabilitación de las Demandantes y elimine su publicación en el portal PanamaCompra.

32. Las Demandantes aseveran que las Medidas Provisionales solicitadas cumplen todos los requisitos para ser otorgadas: el Tribunal Arbitral tiene competencia (A.), existe un derecho en peligro, que debe ser protegido (B.), las Medidas Provisionales no exigen adoptar un pronunciamiento sobre el fondo de la disputa (C.) y las Medidas Provisionales son equilibradas (D.).

#### **A. Competencia del Tribunal Arbitral**

33. De acuerdo con el art. 47 del Convenio CIADI y de la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje, el Tribunal Arbitral tiene potestad para emitir medidas provisionales:

“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”.

34. Y el art. 10.20(8) del Tratado también lo permite:

“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”.

**Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales**

35. Las Demandantes son conscientes de que la última frase del art. 10.20(8) del Tratado impone ciertas limitaciones a las medidas provisionales otorgables bajo el Tratado: el tribunal no podrá impedir la aplicación de la medida supuestamente violatoria. Según IBT, el Tribunal no podrá paralizar la ejecución de la medida en sí, pero sí podrá ordenar que no se tomen medidas adicionales que agraven más la disputa<sup>21</sup>. Es decir, el Tratado prohíbe impedir la aplicación de la medida, pero no sus posteriores consecuencias causadas por imperativo legal<sup>22</sup>.
36. Así, la limitación impediría que el Tribunal ordenara la restitución de IBT a la situación imperante antes de la adopción de la medida supuestamente violatoria – en este caso supone que el Tribunal no podría ordenar el cumplimiento del Contrato y la restitución del Consorcio CEFERE en su papel de contratista<sup>23</sup>; pero no impediría que el Tribunal paralizara la ejecución de la Fianza ni la publicación de la inhabilitación, por ser éstos actos adicionales y posteriores a la violación del Tratado<sup>24</sup>, que traen causa en dicha violación<sup>25</sup>.
37. IBT sostiene que cualquier interpretación contraria dejaría vacío de contenido el art. 10.20(8) del Tratado, pues toda medida violatoria acarrea necesariamente un buen número de consecuencias<sup>26</sup>.
38. Las Demandantes recuerdan que los actos supuestamente violatorios del Tratado los conforman<sup>27</sup>:
  - “La frustración de la ejecución del Contrato desde el comienzo”;
  - “La resolución administrativa del Contrato de 16 de enero de 2020”;
  - “La denegación de justicia al Consorcio por parte de los órganos judiciales en los procedimientos que finalizaron el 7 de abril de 2020”.
39. De lo anterior resulta que IBT nunca ha alegado que la ejecución de la Fianza e inhabilitación de IBT sean por sí mismos actos contrarios al Tratado<sup>28</sup>; no habría, por tanto, óbice para que el Tribunal ordenara como medida provisional la paralización de estos actos. Y de esta forma, el Tribunal evitaría que se perpetuaran actos creados bajo la asunción de que la resolución administrativa del Contrato fue legal, cuando realmente no lo fue<sup>29</sup>.
40. En cuanto a si el Tribunal puede ordenar medidas que afecten a terceros, como lo son la Fiadora y la Reaseguradora, IBT sostiene que sí, toda vez que los derechos de los terceros han surgido, precisamente, como consecuencia directa o indirecta de

---

<sup>21</sup> Réplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 56.

<sup>22</sup> Presentación Audiencia Demandantes, p. 17.

<sup>23</sup> Réplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 51.

<sup>24</sup> Réplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 56.

<sup>25</sup> Réplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 98.

<sup>26</sup> Réplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 60.

<sup>27</sup> Réplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 55. La traducción es del Tribunal.

<sup>28</sup> Réplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 57.

<sup>29</sup> Réplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 98.

**Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales**

los actos soberanos que se impugnan<sup>30</sup>. Y, en este caso, la Reaseguradora le ha comunicado a IBT la suficiencia de las Medidas Provisionales para suspender la exigencia de garantía adicional bajo el *General Indemnity Agreement*<sup>31</sup>.

41. Además, en opinión de IBT, ha quedado acreditada la competencia *prima facie* del Tribunal y la jurisdicción del Centro, de acuerdo con el art. 25 del Convenio CIADI<sup>32</sup>: Panamá es parte en el Tratado y las Demandantes son empresas constituidas en los EE.UU., que es la otra parte signataria del Tratado; las Demandantes aseveran tener inversiones en Panamá consistentes en una empresa local, el Contrato, licencias, autorizaciones, permisos, bienes muebles e inmuebles, etc.<sup>33</sup>.

**B. Derechos a ser tutelados**

42. Las Demandantes alegan que las medidas que solicitan tienen por objeto preservar toda una serie de derechos: el mantenimiento del *status quo* y la no agravación de la controversia (a.); la viabilidad comercial de las Demandantes para operar en América Latina y sus intereses financieros (b.); y la integridad y exclusividad del procedimiento arbitral CIADI (c.).

**a. *Status quo* y agravación de la disputa**

43. Las Demandantes alegan que las Medidas Provisionales pretenden preservar el *status quo* y evitar el agravamiento de la disputa<sup>34</sup>, ante la posibilidad inminente de que los derechos de IBT se vean perjudicados antes de que el tribunal haya podido emitir su laudo<sup>35</sup>:
44. Desde el momento en que Panamá ejecutó la Fianza, la Reaseguradora ha tenido derecho a reclamarle el importe de USD 13,8 millones como garantía adicional de acuerdo con las cláusulas 3 y 4 del *General Indemnity Agreement*<sup>36</sup>. La única forma de evitar la exigencia de pago bajo el *General Indemnity Agreement*, es que Panamá suspenda lo que resta del procedimiento de subrogación que siguió a la ejecución de la Fianza<sup>37</sup>.

---

<sup>30</sup> Réplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 102, citando Anexo 61 - *Chevron Corp. & Texaco Petroleum Co. v. Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-23, Order for Interim Measures, 9 February 2011, pp. 3-4; Anexo 62 - *Chevron Corp. & Texaco Petroleum Co. v. Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-23, First Interim Award on Interim Measures, 25 January 2012, pp. 12-13; Anexo 63 - *Chevron Corp. & Texaco Petroleum Co. v. Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-23, Second Interim Award on Interim Measures, 16 February 2012, pp. 3-4; Anexo 52 - *Chevron Corp. & Texaco Petroleum Co. v. Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-23, Fourth Interim Award on Interim Measures, 7 February 2013, para. 80; Anexo 51 - *Merck Sharpe & Dohme (I.A.) LLC v. Ecuador*, Decision on Interim Measures, 7 March 2016, para. 26.

<sup>31</sup> Ver para. 28 *supra*.

<sup>32</sup> Solicitud de Medidas Provisionales, para. 41.

<sup>33</sup> Solicitud de Medidas Provisionales, para. 41.

<sup>34</sup> Solicitud de Medidas Provisionales, para. 52.

<sup>35</sup> Solicitud de Medidas Provisionales, paras. 64-66.

<sup>36</sup> Réplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 39.

<sup>37</sup> Réplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 78.

**Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales**

45. La medida pretendida es, por otra parte, habitual en arbitrajes; ya otros tribunales han ordenado la paralización de la ejecución de garantías de anticipo o de cumplimiento en el seno de contratos de construcción, precisamente para evitar que la disputa se vea agravada a raíz del daño financiero que le acarrearía al contratista<sup>38</sup>.
46. En lo que respecta a la inhabilitación, IBT reconoce que la medida cautelar, estrictamente considerada, no busca mantener el *status quo*, pues las Demandantes pretenden suspender la orden de inhabilitación ya emitida y su actual publicación en el portal online PanamaCompra<sup>39</sup>. Pero para las Demandantes es innegable que la inhabilitación afecta a su capacidad para invertir y desarrollar obras públicas en otros países y, por tanto, agrava la disputa<sup>40</sup>. Además, este daño reputacional no puede ser compensado con una indemnización monetaria<sup>41</sup>.
47. Las Demandantes niegan que la ejecución de la Fianza<sup>42</sup> y la publicación de la inhabilitación<sup>43</sup> sean hechos consumados – en su opinión, ambas acciones son actos continuos y resaltan que el proceso de subrogación a que dio lugar la ejecución de la Fianza tomará varios años en finalizarse<sup>44</sup>; por tanto, no habría impedimento alguno para que el Tribunal le ordenara a Panamá que modifique la forma en la que ha de continuar ejecutando en el futuro esos actos<sup>45</sup>.

**b. Viabilidad comercial e intereses financieros**

48. IBT sostiene que la ejecución de la Fianza causa un grave y serio perjuicio a sus intereses comerciales y financieros que, si bien no llegan a constituir un daño irreparable, ameritan protección mediante medidas cautelares<sup>46</sup>.
49. La ejecución de la Fianza conllevaría el aumento de las tasas de interés exigidas al grupo IBT para obtener financiación y dificultaría la obtención de avales futuros para otros proyectos<sup>47</sup>.
50. Además, este daño se vería amplificado como consecuencia de las cláusulas cruzadas de indemnización que IBT tiene en sus *indemnification agreements*. A raíz de estas cláusulas, una situación de incumplimiento conlleva el incumplimiento cruzado en otros contratos<sup>48</sup>. De hecho, ya hay otra reaseguradora vinculada a otro proyecto en Panamá que, a la vista de la ejecución de la Fianza, parece haberle exigido a IBT la aportación de garantías adicionales<sup>49</sup>.

<sup>38</sup> Réplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, paras. 76 y 77.

<sup>39</sup> Solicitud de Medidas Provisionales, para. 56.

<sup>40</sup> Solicitud de Medidas Provisionales, para. 57.

<sup>41</sup> Solicitud de Medidas Provisionales, para. 61.

<sup>42</sup> Réplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 85.

<sup>43</sup> Réplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 88.

<sup>44</sup> Presentación Audiencia Demandantes, p. 29.

<sup>45</sup> Réplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 88.

<sup>46</sup> Réplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 72.

<sup>47</sup> Solicitud de Medidas Provisionales, para. 30.

<sup>48</sup> Réplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 45.

<sup>49</sup> Anexo 24 - Declaración Jurada Sr. Daniel Toledano, para. 20.

**Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales**

51. La inhabilitación de IBT también es causante de daños considerables, pues es común que los Estados exijan a los licitadores que declaren no estar inhabilitados en otros países<sup>50</sup>. Las posibilidades de IBT para licitar a contrataciones públicas fuera de Panamá se ven, por tanto, minoradas<sup>51</sup>.
52. De continuar los actos de Panamá, IBT sufriría un daño irreversible en la reputación del Grupo IBT<sup>52</sup>. De hecho, el daño ya existe a día de hoy, pero si no se paralizan los actos de Panamá, el perjuicio se vería magnificado<sup>53</sup>.
53. Por último, IBT alega que la merma de su capacidad financiera pone en peligro la continuidad del arbitraje<sup>54</sup>.

**c. Integridad y exclusividad del arbitraje**

54. Por último, las Demandantes sostienen que las medidas solicitadas tienen como objeto proteger la integridad y exclusividad de este arbitraje.
55. El art. 26 del Convenio CIADI preserva la exclusividad del procedimiento arbitral “con exclusión de cualquier otro recurso”.
56. IBT sostiene que el cobro del monto de la Fianza por parte de Panamá constituye “otro recurso” a través del cual Panamá sustraería USD 13,8 millones del patrimonio de las Demandantes antes de que el Tribunal llegara a pronunciarse sobre el fondo de la controversia<sup>55</sup>, que consiste en determinar si las Demandantes cumplieron o no el Contrato<sup>56</sup>.

**C. Las medidas solicitadas no requieren prejuzgar el fondo**

57. Las Demandantes solicitan la suspensión de medidas adicionales a aquéllas violatorias del Tratado, emitidas bajo la asunción de la legalidad de las medidas violatorias. Invocan decisiones de varios tribunales de inversión que han llegado a la conclusión de que la suspensión provisional de medidas adicionales que se derivan de las medidas impugnadas no implica prejuzgar el fondo<sup>57</sup>.
58. Por último, las Demandantes niegan que las Medidas Provisionales pretendan la adjudicación de una parte de la disputa, pues el reclamo de las Demandantes en este arbitraje consiste en una condena en daños – nada que ver con las Medidas Provisionales solicitadas<sup>58</sup>.

---

<sup>50</sup> Anexo 24 - Declaración Jurada Sr. Daniel Toledano, para. 7.

<sup>51</sup> Réplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 91; Anexo 24 - Declaración Jurada Sr. Daniel Toledano, para. 4.

<sup>52</sup> Solicitud de Medidas Provisionales, para. 30.

<sup>53</sup> Réplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 83.

<sup>54</sup> Solicitud de Medidas Provisionales, para. 62.

<sup>55</sup> Solicitud de Medidas Provisionales, para. 53.

<sup>56</sup> Solicitud de Medidas Provisionales, para. 54.

<sup>57</sup> Réplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 94.

<sup>58</sup> Réplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 99.

**Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales**

**D. Las Medidas Provisionales son equilibradas**

59. Las Demandantes aseguran que las Medidas Provisionales son equilibradas:
60. Aunque las medidas cautelares frenan la aplicación de la ley panameña<sup>59</sup>, la libertad de acción de Panamá se verá mínimamente afectada, ya que IBT no pretende ni ser recontratada como contratista, ni evitar que Panamá pueda completar el proyecto con otro contratista, iniciando un nuevo proceso de licitación<sup>60</sup>. En opinión de IBT, la Fianza continuará vigente y será apta para ser ejecutada, tan pronto termine el arbitraje<sup>61</sup>.
61. Las Demandantes simplemente quieren que se impida la pérdida de más de USD 13 millones, junto con un daño a su reputación<sup>62</sup> – perjuicios que podrían llegar a adquirir enormes dimensiones<sup>63</sup>.
62. Además, las Demandantes están dispuestas a abstenerse de participar en las licitaciones de contratos públicos en Panamá durante la pendencia del arbitraje<sup>64</sup>; de este modo la inhabilitación de IBT en Panamá surtirá efectos, pero protegiendo al mismo tiempo los derechos de IBT de cara a licitaciones fuera del país<sup>65</sup>.

\* \* \*

63. En conclusión, las Demandantes solicitan del Tribunal Arbitral<sup>66</sup>:

“(a) Ordenar a la Demandada que suspenda inmediatamente toda ejecución de la Fianza, incluyendo pero no limitándose a los procedimientos de subrogación en curso, notificando formalmente a [la Fiadora] la orden del Tribunal y desistiendo de la ejecución formal, modificando la publicación en PanamaCompra para que refleje la orden del Tribunal y cesando todo esfuerzo de subrogación del Contrato;

(b) Emitir una orden que ordene a la Demandada abstenerse, hasta que se dicte un laudo definitivo en el presente procedimiento arbitral, de reanudar o continuar los esfuerzos para ejecutar cualquier garantía emitida por el Consorcio CEFERE; y

(c) Ordenar a la Demandada que suspenda formalmente su orden de inhabilitar a los Demandantes para contratar en Panamá por la pendencia de este arbitraje, y que retire la publicación de la misma de PanamaCompra, al tiempo que

<sup>59</sup> Réplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 105.

<sup>60</sup> Presentación de las Demandantes en la Audiencia, p. 38.

<sup>61</sup> Grabación de Audiencia de Medidas Provisionales, 2h:50m.

<sup>62</sup> Réplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 106.

<sup>63</sup> Réplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, paras. 79 y 83; Ver también CE-10-Notificación de Intención, p. 12.

<sup>64</sup> Solicitud de Medidas Provisionales, para. 56.

<sup>65</sup> Solicitud de Medidas Provisionales, paras. 56 y 57.

<sup>66</sup> Ver Réplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 108 (versión en inglés) y Presentación de las Demandantes en la Audiencia, p. 3 (versión en castellano). Durante la Audiencia de Medidas Provisionales las Demandantes aclararon que la traducción del término “*withdrawing*” en su Réplica debía traducirse como “desistiendo de” (Ver Grabación de Audiencia de Medidas Provisionales, 2h:32m).

**Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales**

ordene a las Demandantes que no liciten ni concurran a ningún contrato público con Panamá por el mismo período”.

**2. POSICIÓN Y PRETENSIÓN DE LA DEMANDADA**

64. La Demandada niega que las Medidas Provisionales solicitadas cumplan los requisitos para ser otorgadas: el Tribunal Arbitral carece de competencia (**A.**), no existe un derecho en peligro a ser protegido (**B.**), las Medidas Provisionales exigen adoptar un pronunciamiento sobre el fondo de la disputa (**C.**) y las Medidas Provisionales no son equilibradas (**D.**).

**A. Ausencia de competencia**

65. El art. 10.20(8) del Tratado incluye en su última frase una clara limitación a la potestad de los tribunales arbitrales para emitir medidas cautelares: “[e]l tribunal no podrá ordenar el embargo o impedir la aplicación de una medida que se considere una violación mencionada en el Artículo 10.16 [del Tratado]”. A través del art. 10.20(8), los Estados decidieron proteger su facultad soberana de implementar sus decisiones, independientemente de que pudieran ser violatorias del Tratado<sup>67</sup>.

66. La Demandada no tiene ninguna duda de que las Medidas Provisionales solicitadas por las Demandantes caen de lleno en aquella prohibición: IBT pretende la suspensión de la ejecución de la Fianza y de la orden de inhabilitar a las Demandantes, pero tanto la ejecución de la Fianza como la inhabilitación son consecuencias de la Resolución Contractual, previstas expresamente en la Resolución Administrativa y confirmadas por la Decisión del TACP<sup>68</sup>. No cabe separar la Resolución Contractual de sus otras dos consecuencias: la ejecución de la Fianza y la orden de inhabilitación<sup>69</sup>.

67. Puesto que la aplicación de la Resolución Contractual y de la Decisión del TACP necesariamente conlleva la ejecución de la Fianza y de la orden de inhabilitación<sup>70</sup>, en la medida en que la Resolución Contractual y la Decisión del TACP sean actos violatorios del Tratado (como sostienen las Demandantes), la paralización de la ejecución de la Fianza y de la inhabilitación impediría su aplicación – algo prohibido por el Tratado<sup>71</sup>.

68. Además, el propósito de las medidas ahora cuestionadas era la subrogación de la Fiadora en la posición del contratista, para asegurar la pronta construcción del Centro. Si se concediera la solicitud, se estaría violando el art. 10.20(8) del Tratado porque la Medida Provisional impediría que Panamá lograra el objetivo perseguido con la medida supuestamente violatoria<sup>72</sup>.

69. Las propias Demandantes reconocen que este Tribunal carece de competencia para restablecerlas en su posición contractual, pero Panamá considera que, por las

<sup>67</sup> Dúplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 22.

<sup>68</sup> Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales, paras. 26-28.

<sup>69</sup> Dúplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 18.

<sup>70</sup> Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 29.

<sup>71</sup> Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 26.

<sup>72</sup> Dúplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 21.

**Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales**

mismas razones, el Tribunal tampoco tiene competencia para paralizar la ejecución de la Fianza o la inhabilitación<sup>73</sup>.

70. Es más, si el Tribunal Arbitral asumiera competencia para paralizar la ejecución de la Fianza y la inhabilitación, estaría reconociendo que ninguno de estos actos es por sí mismo una violación del Tratado y, consecuentemente, el Tribunal no podría conceder daños asociados a estos actos<sup>74</sup>.
71. En todo caso, las Medidas Provisionales pretenden paralizar actos ya consumados que escapan de las relaciones entre las Partes y afectan a los derechos de terceros, ajenos al arbitraje y, por tanto, a la jurisdicción del tribunal<sup>75</sup>. Efectivamente, desde el momento en que la Fiadora optó por subrogarse en todos los derechos y obligaciones del Consorcio CEFERE bajo el Contrato<sup>76</sup>, cualquier pago debido por Contrato se realizará directamente a la Fiadora<sup>77</sup> porque será titular del Contrato<sup>78</sup>. El que esa ejecución de la Fianza haya dado lugar a derechos de repetición contra las Demandantes, debería ser irrelevante a los efectos de esta controversia, pues se refiere a otras relaciones jurídicas independientes<sup>79</sup>.
72. Además, las Demandantes tampoco han demostrado la competencia *prima facie* del Tribunal: resulta confuso cómo el Contrato ha de fungir simultáneamente como una inversión, un acuerdo de inversión y una autorización de inversión<sup>80</sup>; no está acreditado el cumplimiento del requisito de jurisdicción *ratione voluntatis*, ni la ausencia de procedimientos locales decidiendo sobre la cuestión<sup>81</sup>.

**B. Inexistencia de derechos a ser protegidos**

73. Las Medidas Provisionales interfieren claramente con las facultades soberanas de Panamá<sup>82</sup>, y por ello exigen como justificación reforzada la necesidad absoluta<sup>83</sup> de evitar un daño irreparable a los derechos que son objeto de la disputa<sup>84</sup>.
74. En este caso, Panamá considera que no hay tal daño irreparable, pues el perjuicio asociado a la ejecución de la Fianza y a la publicación de la inhabilitación es susceptible de ser compensado económicamente<sup>85</sup>.
75. Y aunque no se exigiera que el daño fuera irreparable, las Demandantes aún tendrían que demostrar que existe un riesgo real de daño significativo, pues no caben medidas cautelares para impedir actos carentes de certeza o para proteger

<sup>73</sup> Dúplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 19.

<sup>74</sup> Grabación de Audiencia de Medidas Provisionales, 2h:59m.

<sup>75</sup> Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales, paras. 49 y 59.

<sup>76</sup> Dúplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 31.

<sup>77</sup> Dúplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 32.

<sup>78</sup> Dúplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 35.

<sup>79</sup> Dúplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 33.

<sup>80</sup> Dúplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 96.

<sup>81</sup> Dúplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 97.

<sup>82</sup> Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 74.

<sup>83</sup> Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 33.

<sup>84</sup> Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 34.

<sup>85</sup> Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 45.

**Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales**

derechos inexistentes<sup>86</sup>; a juicio de la Demandada, las Demandantes no han demostrado la existencia de un perjuicio significativo ni certero, ya que:

- El Contrato no es más que una pequeña parte del negocio de las Demandantes, que son una compañía global que opera en cuatro continentes<sup>87</sup>; no hay prueba de que el pago de USD 13,8 millones vaya a colocarlas en un estado de destrucción financiera<sup>88</sup>;
- El supuesto daño reputacional por la ejecución de la Fianza no ha sido demostrado<sup>89</sup>;
- La imposibilidad de celebrar otros contratos en Latinoamérica por causa de la inhabilitación en Panamá es pura especulación<sup>90</sup>; a pesar de que la inhabilitación es pública desde finales de mayo, las Demandantes no han probado la existencia de daño alguno<sup>91</sup>.

76. Las Demandantes dicen plantear las Medidas Provisionales para asegurar el mantenimiento del *status quo* pero, en realidad, pretenden todo lo contrario: quieren modificar el *status quo*<sup>92</sup> para retrotraer los efectos de hechos ya consumados<sup>93</sup>; es más, las Medidas Provisionales agravarían seriamente la disputa, pues impedirían que Panamá continuara con la construcción del centro penitenciario, objeto del Contrato<sup>94</sup>.

**C. Las Medidas Provisionales exigen un pronunciamiento sobre el fondo**

77. La ejecución de la Fianza y la inhabilitación de las Demandantes son resultado (y forman parte) de la aplicación de la Resolución Administrativa y de la Decisión del TACP, que son a su vez las medidas que las Demandantes impugnan bajo el Tratado.

78. Panamá sostiene que, si el Tribunal accediera a otorgar las Medidas Provisionales, estaría prejuzgando el fondo de la reclamación de las Demandantes<sup>95</sup>.

---

<sup>86</sup> Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 56, citando RL-7 - *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v. La República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Decisión sobre Medidas Provisionales de fecha 17 de agosto de 2007 [*“Occidental”*], para. 89.

<sup>87</sup> Dúplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 71.

<sup>88</sup> Dúplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 72.

<sup>89</sup> Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 50.

<sup>90</sup> Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 56.

<sup>91</sup> Dúplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 80.

<sup>92</sup> Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 58.

<sup>93</sup> Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 59.

<sup>94</sup> Dúplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 38.

<sup>95</sup> Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 68; Dúplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, paras. 84 y 85.

**Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales**

**D. Desequilibrio de efectos**

79. Panamá no considera que las Medidas Provisionales respondan a un equilibrio de los intereses en juego. De concederse, implicarían:
80. *Primero*, que Panamá vería paralizada la construcción del centro penitenciario durante la totalidad del arbitraje<sup>96</sup>. Este estancamiento pondría la obra completada hasta el momento en serio riesgo de degradación, pues se encuentra en fase de obra gris, con los muros levantados y tuberías instaladas<sup>97</sup>, pero a la intemperie y expuesta a las inclemencias climáticas<sup>98</sup>. Además, frustraría el interés público de máxima prioridad en Panamá<sup>99</sup> consistente en sustituir el actual centro penitenciario, que data de los años 60 y se encuentra en condiciones poco adecuadas para las reclusas<sup>100</sup>, por uno nuevo.
81. *Segundo*, la Fiadora tiene derecho a subrogarse en la posición de IBT y a construir la obra en un plazo determinado; la paralización de ese plazo podría llevar a Panamá a perder sus derechos bajo la Fianza<sup>101</sup>.
82. *Tercero*, la inhabilitación es consecuencia de la Ley<sup>102</sup>: confirmado el incumplimiento contractual resulta imperativo que la inhabilitación sea decretada y publicada<sup>103</sup>. No se ha de colocar a Panamá en la tesitura de tener que elegir entre cumplir con la Ley o con las Medidas Provisionales<sup>104</sup>.
83. En definitiva, las Medidas Provisionales son altamente perjudiciales para Panamá y le causarían a Panamá un daño irreparable; en una situación así, no deben ser otorgadas<sup>105</sup>.

\* \* \*

84. En vista de lo anterior, Panamá solicita que:

“El Tribunal rechace la Solicitud de Medidas Provisionales de las Demandantes”<sup>106</sup> y “ordene a las Demandantes que asuman todos los costos de la Demandada en relación con la fase de medidas provisionales, incluyendo la solicitud y tramitación de la medida provisionalísima de las Demandantes”<sup>107</sup>.

<sup>96</sup> Dúplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 88.

<sup>97</sup> Dúplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 89.

<sup>98</sup> Dúplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 90.

<sup>99</sup> Dúplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 20.

<sup>100</sup> Dúplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 87.

<sup>101</sup> Dúplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 91.

<sup>102</sup> Art. 129 de la Ley 22 (RL-1).

<sup>103</sup> Dúplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 92, citando RL-1-Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública.

<sup>104</sup> Dúplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 93.

<sup>105</sup> Dúplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 86.

<sup>106</sup> Dúplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 99.

<sup>107</sup> Dúplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 100.

**Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales**

**3. DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

85. Las dos cuestiones principales a decidir por el Tribunal Arbitral son si tiene competencia para conceder las Medidas Provisionales solicitadas (**A.**) y si cada una de las Medidas Provisionales cumplen los requisitos tradicionalmente exigidos para ser otorgadas (**B.** y **C.**).

**A. Competencia del Tribunal Arbitral**

86. El Tribunal Arbitral se inclina por no otorgar las Medidas Provisionales solicitadas. Y lo hace porque no considera que tenga competencia para ello.
87. Las Demandantes han presentado la Solicitud de Medidas Provisionales 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”.

88. Ninguna Parte cuestiona la potestad del Tribunal Arbitral para conceder medidas cautelares bajo esos dos cuerpos normativos. La verdadera disputa se centra en el alcance de la limitación a esa facultad, contenida en la última frase del art. 10.20(8) del Tratado [la “**Limitación**”]<sup>108</sup>:

“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”.

89. Las Demandantes aseveran que las Medidas Provisionales pretendidas escapan de la Limitación, porque las únicas medidas violatorias alegadas en este caso son la frustración de la obra por parte de Panamá, la Resolución Contractual a través de la Resolución Administrativa, y la Decisión del TCAP confirmando la Resolución

---

<sup>108</sup> La negrilla es del Tribunal.

**Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales**

Administrativa en todas sus partes<sup>109</sup>. La ejecución de la Fianza y la inhabilitación serían meras consecuencias de aquellas medidas violatorias, pero no comportarían por sí mismas un incumplimiento del Tratado y, por tanto, el Tribunal tiene competencia para impedir su aplicación. Panamá no lo ve así: la ejecución de la Fianza y la inhabilitación van intrínsecamente unidas a la Resolución Contractual, de forma que la paralización de las primeras inexorablemente implicaría la paralización de la segunda, la cual es supuestamente violatoria – algo explícitamente prohibido por el Tratado.

90. El Tribunal Arbitral acepta *pro tem*, en el ámbito de esta discusión, que la ejecución de la Fianza y la inhabilitación sean examinadas como consecuencias separadas de la Resolución Contractual.
91. Así las cosas, el debate en este caso gira en torno a si las consecuencias de una medida (supuestamente) violatoria del Tratado han de considerarse o no “aplicación de la medida violatoria” en el sentido del art. 10.20(8) del Tratado – de ser así, el Tribunal carecería de competencia para impedir su aplicación.
92. Las Demandantes optan por una interpretación restrictiva del término “aplicación de la medida violatoria” – circunscrito únicamente a la medida y no a sus consecuencias; mientras que la Demandada entiende la expresión de forma extensiva, incluyendo también las consecuencias. El Tribunal Arbitral, como se verá a continuación, considera que, aun aplicando una interpretación restrictiva, en este caso, las Medidas Provisionales caen dentro de la Limitación.
93. El art. 1.2(2) del Tratado prevé que éste sea interpretado a la luz de los objetivos establecidos en el art. 1.2(1) (a.) y de conformidad con las normas aplicables del Derecho Internacional (b.).

**a. Interpretación a la luz del objeto y fin del Tratado**

94. El art. 1.2(1) fija los objetivos del Tratado de la siguiente forma:

- “(a) estimular la expansión y diversificación del comercio entre las Partes;
- (b) eliminar los obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de mercancías y servicios entre los territorios de las Partes;
- (c) promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio;
- (d) aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes;
- (e) proteger en forma adecuada y eficaz y hacer valer los derechos de propiedad intelectual en el territorio de cada Parte;

---

<sup>109</sup> Réplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 55; Ver también Grabación de Audiencia de Medidas Provisionales, 2h:33m – 2h:44m.

**Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales**

(f) crear procedimientos eficaces para la aplicación y el cumplimiento de este Tratado, para su administración conjunta, y para la solución de controversias;  
y

(g) establecer lineamientos para la cooperación bilateral, regional y multilateral dirigida a ampliar y mejorar los beneficios de este Tratado”.

95. En esencia (y a lo que a este arbitraje interesa), los objetivos del Tratado se centran en facilitar el comercio y la inversión. Pero, según reconocen las propias Demandantes, la inversión de IBT es “en el proyecto de la construcción del centro de rehabilitación”<sup>110</sup>; “la Fianza no es la inversión”<sup>111</sup> y “la inhabilitación de contratos futuros, obviamente eso no puede ser expropiación de la inversión”<sup>112</sup>. Por tanto, el criterio finalista – consistente en potenciar la inversión – aporta poca luz sobre la interpretación de la Limitación, a los efectos de determinar si la paralización de la ejecución de la Fianza y la suspensión de la inhabilitación se hallan dentro o fuera de ella.
96. En esta situación, el Tribunal Arbitral debe acudir a las reglas hermenéuticas del Derecho Internacional para hallar el sentido correcto de la Limitación.

**b. Interpretación de conformidad con las normas de Derecho Internacional**

97. Las reglas de interpretación de tratados están contenidas en el art. 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados:

“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 éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

98. El art. 31 establece como primer criterio interpretativo el sentido corriente de los términos en su contexto y a la luz de su objeto y fin.
99. ¿Cuál es el sentido corriente de la expresión “aplicación de una medida”?
100. De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española<sup>113</sup>, “aplicación” es el efecto de “aplicar”<sup>114</sup>, que a su vez es “emplear, administrar o poner en práctica un[a] ... medida ... a fin de obtener un determinado efecto ... en alguien o algo”<sup>115</sup>.
101. Por lo tanto, según el sentido corriente, la aplicación de una medida significa la puesta en práctica de la medida para obtener un determinado efecto. Es decir, un tribunal arbitral llamado a decidir una solicitud de medidas provisionales bajo el

<sup>110</sup> Grabación de Audiencia de Medidas Provisionales, 29m:49s

<sup>111</sup> Grabación de Audiencia de Medidas Provisionales, 29m:45s

<sup>112</sup> Grabación de Audiencia de Medidas Provisionales, 30m:38s.

<sup>113</sup> Nótese que, de acuerdo con el art. 22.6 del Tratado, tanto la versión en inglés como la española son auténticas. Consultado en:

[http://www.sice.oas.org/Trade/PAN\\_USA\\_TPA\\_Text0607\\_s/Agreement\\_Text\\_TPA\\_s.asp](http://www.sice.oas.org/Trade/PAN_USA_TPA_Text0607_s/Agreement_Text_TPA_s.asp)

<sup>114</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.4 en línea]: <https://dle.rae.es/aplicaci%C3%B3n>

<sup>115</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.4 en línea]: <https://dle.rae.es/aplicar>

**Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales**

art. 10.20(8) del Tratado debe examinar, para cada caso concreto, si lo que se solicita cautelarmente impide o suspende la puesta en práctica de la medida que se considere violatoria, mediante la cual el Estado pretende obtener un determinado efecto. Para cada caso se deberá analizar si existe un nexo causa-efecto lo suficientemente mediato entre los actos que se pretenden afectar con la medida provisional y los actos que constituyen la medida violatoria.

102. La cuestión a determinar en este caso es si la ejecución de la Fianza y la orden de inhabilitación hacen parte de la puesta en práctica de la medida violatoria (esto es, de la Resolución Contractual). El Tribunal Arbitral lo cree así:
103. *En primer lugar*, las Demandantes aceptan abiertamente que tanto la ejecución de la Fianza como la orden de inhabilitación son ambas consecuencias de la Resolución Contractual, que sería una medida supuestamente violatoria<sup>116</sup>.
104. *Pero en todo caso*, la Resolución Administrativa establece que el Consorcio CEFERE abandonó las obras constituyendo ello un incumplimiento<sup>117</sup> y (i) que este incumplimiento obliga al Mingob a resolver el Contrato<sup>118</sup>; (ii) las entidades administrativas tienen capacidad para imponer sanciones de inhabilitación al contratista incumplidor<sup>119</sup>; y (iii) la resolución debe ser notificada a la Fiadora, toda vez que la Fianza fue emitida para asegurar el cumplimiento del Contrato<sup>120</sup>.
105. La Resolución Administrativa, en un acto administrativo único: (i) resuelve el Contrato<sup>121</sup>; (ii) inhabilita a las Demandantes por un periodo de tres años<sup>122</sup> y ordena notificar la resolución a la Dirección General de Contrataciones Públicas a los efectos de publicar la inhabilitación en el portal PanamaCompra<sup>123</sup>; y (iii) ordena notificar la resolución a la Fiadora<sup>124</sup>. Además, la Resolución Administrativa establece con claridad que la inhabilitación y la notificación a la Fiadora se producen como consecuencia de la Resolución Contractual.
106. *Es más*, cuando el Consorcio CEFERE presentó recurso ante el TACP, lo hizo frente a la Resolución Administrativa en todos sus efectos, sin distinguir entre Resolución Contractual, por un lado, y, por el otro, la inhabilitación y notificación a la Fiadora como consecuencias de la primera. Es en esta Solicitud de Medidas Provisionales donde IBT, por primera vez, pretende escindir dentro de la Resolución Administrativa, la Resolución Contractual de la ejecución de la Fianza y de la inhabilitación.
107. Por tanto, en este caso particular, en el que:

---

<sup>116</sup> Solicitud de Medidas Provisionales, paras. 4 y 18.

<sup>117</sup> Anexo 005, p. 51.

<sup>118</sup> Anexo 005, p. 54.

<sup>119</sup> Anexo 005, p. 52.

<sup>120</sup> Anexo 005, p. 55.

<sup>121</sup> Anexo 005, p.55, Dispositivo Primero.

<sup>122</sup> Anexo 005, p.55, Dispositivo Segundo.

<sup>123</sup> Anexo 005, p. 55, Dispositivo Tercero.

<sup>124</sup> Anexo 005, p. 55, Dispositivo Cuarto.

**Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales**

- La medida supuestamente violatoria (Resolución Contractual) ha dado lugar a dos consecuencias (la ejecución de la Fianza y la inhabilitación), y
- El acto administrativo que genera la medida supuestamente violatoria ordena esas dos consecuencias como efecto inmediato de la medida supuestamente violatoria,

el Tribunal Arbitral no tiene duda alguna de que tanto la ejecución de la Fianza como la inhabilitación son ambas efectos de la aplicación de la Resolución Contractual y, por tanto, suspender las primeras implica, necesariamente, paralizar la aplicación de la segunda.

108. En conclusión, las Medidas Provisionales solicitadas quedan dentro del ámbito de la Limitación y, por tanto, el Tribunal Arbitral carece de competencia para ordenarlas.

Contra-argumentos de las Demandantes

109. *En primer lugar*, las Demandantes alegan que, puesto que toda medida violatoria da lugar a un buen número de consecuencias, si el Tribunal careciera de potestad para impedir su aplicación, entonces la facultad atribuida para dictar medidas cautelares quedaría vacía de contenido.
110. El Tribunal Arbitral no lo ve así. El art. 10.20(8) del Tratado permite ordenar medidas provisionales de protección para preservar los derechos de una parte contendiente, siempre que no impidan o suspendan la puesta en práctica de la medida violatoria mediante la que el Estado pretende obtener un determinado efecto. Esa determinación dependerá de los hechos concretos de cada caso: de lo solicitado cautelarmente, de la medida violatoria en sí, y de cuán cercana o remota sea la cadena causal entre la medida violatoria y el acto que se pretende paralizar. Lo único que no cabe es, como regla general, que bajo pretexto de otorgar una protección cautelar, el tribunal impida la aplicación de la medida supuestamente violatoria.
111. Además, el art. 10.20(8) también permite explícitamente la concesión de medidas provisionales con el objeto de garantizar el pleno ejercicio de la jurisdicción del tribunal. Y el artículo continúa dando ejemplos que ameritan protección cautelar, como son las órdenes para preservar la evidencia que se encuentre en poder o bajo el control de una parte contendiente o para proteger la jurisdicción del tribunal.
112. En este caso, el Tribunal Arbitral ha concluido que las Medidas Provisionales solicitadas sí quedan dentro del alcance de la Limitación por ser consecuencia inmediata, efectuada en el mismo acto administrativo que dio lugar a la medida supuestamente violatoria.
113. *En segundo lugar*, IBT sostiene que las Medidas Cautelares pretenden, precisamente, garantizar el pleno ejercicio de la jurisdicción del Tribunal, tal y como le permite el art. 10.20(8) del Tratado. Según las Demandantes, este Tribunal debería tener competencia exclusiva para determinar si las Demandantes

**Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales**

cumplieron o no con el Contrato y no debería permitirse a Panamá “sustraer más de 13,8 millones de dólares del patrimonio de las Demandantes, sin que el Tribunal se llegue a pronunciar sobre el fondo de la controversia”<sup>125</sup>. IBT considera que la ejecución de la Fianza es “otro recurso” a los efectos del art. 26 del Convenio CIADI que le permite a Panamá sustraer de la competencia del Tribunal parte de la controversia.

114. El art. 26 del Convenio CIADI establece que:

“Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso”.

115. Este artículo pretende asegurar que, una vez las Partes optan por un arbitraje ante el CIADI, ninguna de ellas pueda iniciar o continuar procedimientos alternativos para la adjudicación de la disputa<sup>126</sup>.

116. El Tribunal no considera que la competencia exclusiva del Tribunal esté en peligro.

117. Por un lado, es discutible que la ejecución de la Fianza por parte de Panamá sea equiparable a un procedimiento de adjudicación de disputas.

118. Pero, en todo caso, aun si lo fuera, el Mingob ejecutó formalmente la Fianza el 10 de julio de 2020 y el 14 de agosto de 2020 la Fiadora aceptó el reclamo – la ejecución quedó, por tanto, consumada tiempo antes de que el consentimiento a arbitrar esta disputa ante el CIADI quedara trabado. En su Solicitud de Arbitraje de 24 de julio de 2020 las Demandantes manifiestan que, “prestan por la presente su consentimiento escrito para someter esta disputa a arbitraje bajo el Convenio CIADI”<sup>127</sup> y la Demandada, reconoce que el consentimiento a arbitrar se habría materializado el 27 de julio de 2020, con la recepción por parte de CIADI de la Solicitud de Arbitraje<sup>128</sup>. Si la ejecución de la Fianza se produjo antes del perfeccionamiento del consentimiento a arbitrar, tal ejecución no puede constituir un recurso alternativo que socave la exclusividad del arbitraje CIADI.

Argumento a fortiori

119. La limitación contenida en la última frase del art. 10.20(8) del Tratado no es única entre los tratados de protección de inversiones; el art. 1134 del TLCAN presenta una regulación idéntica<sup>129</sup>:

“Un tribunal podrá ordenar una medida provisional de protección para preservar los derechos de la parte contendiente o para asegurar que la jurisdicción del tribunal surta plenos efectos, incluso una orden para preservar

<sup>125</sup> Solicitud de Medidas Provisionales, para. 53 (subrayado omitido).

<sup>126</sup> Schreuer, C., Malintoppi, L., Reinisch, A., & Sinclair, A. (2009). *The ICSID Convention: A Commentary* (2nd ed.), Cambridge University Press, p. 380: “Art. 26 creates the presumption that the parties intended to resort to ICSID arbitration to the exclusion of all other means of dispute settlement”.

<sup>127</sup> Solicitud de Arbitraje, para. 74.

<sup>128</sup> Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 66.

<sup>129</sup> La negrilla es del Tribunal.

**Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales**

las pruebas que estén en posesión o control de una Parte contendiente, u órdenes para proteger la jurisdicción del tribunal. **Un tribunal no podrá ordenar el embargo, ni la suspensión de la aplicación de la medida presuntamente violatoria** a la que se refiere el Artículo 1116 ó 1117. Para efectos de este párrafo, orden incluye una recomendación”.

120. Las Demandantes han invocado dos casos, llevados al amparo del TLCAN, en sustento de su posición: *Feldman*<sup>130</sup> y *Pope & Talbot*<sup>131</sup>. Sin embargo, ninguno de los dos casos ayuda realmente a IBT, pues aquellos tribunales (igual que éste) rechazaron las medidas cautelares solicitadas por incurrir en la limitación final del art. 1134 del TLCAN; por lo tanto, no crean precedente de medidas cautelares otorgadas a pesar de la restricción existente – que es, precisamente, lo pretendido por las Demandantes.
121. Y los únicos tres casos traídos a colación por IBT en que tribunales arbitrales sí han ordenado la paralización de la ejecución de una garantía – una medida cautelar semejante, que no idéntica, a la aquí pedida – tampoco guardan relación con este arbitraje y, por tanto, resultan irrelevantes a los efectos de determinar si la medida solicitada escapa o no de la Limitación:
- Dos de los casos<sup>132</sup> eran arbitrajes comerciales en los que ni siquiera consta que la parte perjudicada por la medida fuera estatal; y
  - El tercer caso<sup>133</sup>, que sí era un arbitraje de inversión, surgía de un tratado que no contenía restricciones en las medidas cautelares admisibles (el Tribunal Arbitral se pronunciará en mayor abundamiento sobre la relevancia de este caso *infra*).

\* \* \*

122. En conclusión, el Tribunal Arbitral considera que, debidamente interpretado, el art. 10.20(8) del Tratado le impide ordenar la paralización de la ejecución de la Fianza y de la inhabilitación, por ser ambas una consecuencia inmediata de una medida supuestamente violatoria y, por tanto, conformar su aplicación.
123. Rechazada su competencia para dictar las Medidas Provisionales solicitadas, no resulta ya necesario que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre su competencia *prima facie* respecto a la disputa.
124. No obstante las anteriores conclusiones, y en aras de la exhaustividad, el Tribunal Arbitral dedicará las siguientes secciones a explicar por qué, aun sin la Limitación, tampoco habría concedido la medida cautelar concerniente a la ejecución de la

<sup>130</sup> RL-3 - *Marvin Roy Feldman Karpa v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Orden Procesal No. 2 de fecha 3 de mayo de 2000.

<sup>131</sup> RL-4 - *Pope & Talbot Inc v. Gobierno de Canadá*, Decisión del Tribunal sobre la Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandante.

<sup>132</sup> Anexo 47 - *ICC Case No. 21909/ASM (EA)*, Order (unpublished) y Anexo 48 - *ICC 24643/JPA (AE)*, Order (unpublished).

<sup>133</sup> Anexo 18 - *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21 March 2007.

**Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales**

Fianza (B.) y a plasmar sus reflexiones respecto a la medida cautelar que afecta la inhabilitación de las Demandantes (C.).

**B. La paralización de la ejecución de la Fianza**

125. El Tribunal Arbitral, tras escuchar las posiciones de ambas Partes, establece los siguientes puntos de partida para su análisis de la Medida Provisional de paralización de la Fianza:
126. *Primero*, en un Estado de derecho, todo acto emanado del Estado se presupone ejecutado al amparo de una ley; por tanto, todo acto administrativo se presume válido. Pero, contrario a lo que sostiene Panamá, el hecho de que los actos del Estado se presumen válidos no es óbice para que un tribunal arbitral ordene su paralización a través de una medida cautelar<sup>134</sup>.
127. *Segundo*, Panamá está en lo cierto cuando sostiene que la soberanía de los Estados es un principio fundamental que debe ser respetado y, por tanto, el Tribunal no debe interferir con esos actos estatales, salvo en casos excepcionales.
128. *Tercero*, ambas Partes coinciden en que, entre esos casos excepcionales, se incluyen el mantenimiento del *status quo* y la no agravación de la disputa para evitar un daño sustancial (la Demandada añade que sea irreparable en términos económicos);
129. *Finalmente*, no hay discusión respecto a que la medida cautelar otorgada ha de ser idónea y equilibrada, ponderando los efectos que acarreará para cada una de las Partes, tanto los positivos como los negativos.
130. Las Demandantes aseveran que la Medida Provisional de paralización de la Fianza pretende mantener el *status quo* (a.) y la no agravación de la disputa (b.), con la finalidad de evitar un daño sustancial (c.), a través de una medida idónea (d.). La Demandada lo niega. El Tribunal Arbitral se inclina hacia la posición de Panamá:

**a. Mantenimiento del *status quo***

131. El mantenimiento del *status quo* expresa el principio de que, durante el proceso arbitral, las partes deben abstenerse de llevar a cabo actos que puedan afectar a los intereses de la contraparte, que conforman el objeto de la disputa<sup>135</sup>.
132. Panamá sostiene que la medida cautelar solicitada, lejos de pretender mantener el *status quo*, contribuye, precisamente, a modificarlo.
133. El Tribunal Arbitral ve cierta razón en la posición de la Demandada.

<sup>134</sup> Ver Anexo 15 - *Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/6, Decision on Provisional Measures, 8 May 2009 [“*Perenco*”], para. 50; Anexo 17 – *City Oriente Limited c. la República del Ecuador y la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador) I*, Caso CIADI N° ARB/06/21, Decisión sobre Medidas Provisionales, 19 de noviembre de 200 [“*City Oriente*”], paras. 62-63.

<sup>135</sup> Schreuer, C., Malintoppi, L., Reinisch, A., & Sinclair, A. (2009). *The ICSID Convention: A Commentary* (2nd ed.), Cambridge University Press, p. 797-798.

**Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales**

134. Panamá notificó formalmente la ejecución de la Fianza el 10 de julio de 2020.<sup>136</sup> La Fiadora aceptó su ejecución el 14 de agosto de 2020 y, al hacerlo, optó por subrogarse en la posición de IBT<sup>137</sup>. Actualmente, fruto de esa subrogación, Panamá y Fiadora se encuentran inmersas en el proceso de elección de la empresa constructora que ha de continuar la construcción del centro penitenciario.
135. De forma resumida, IBT solicita ahora que el Tribunal le ordene a Panamá suspender todo procedimiento encaminado a ejecutar la Fianza, incluyendo el proceso de sustitución de contratista y a desistir formalmente de la ejecución de la Fianza.
136. En términos de mantenimiento del *status quo*, el Tribunal Arbitral considera que Panamá ya ha ejecutado la Fianza y la Fiadora ha aceptado tal ejecución, por tanto, la ejecución de la Fianza es un acto consumado. IBT sostiene lo contrario, apuntando a que dicha ejecución desplegó efectos que aún perduran, pues dio lugar a un proceso de subrogación. El Tribunal Arbitral considera que el mero hecho de que un acto despliegue sus efectos a lo largo del tiempo no le confiere al acto un carácter continuado<sup>138</sup>. Por lo tanto, la ejecución de la Fianza es un acto perfeccionado, y las Demandantes no pueden ahora pretender revertirlo.
137. Además, el Tribunal Arbitral constata que en todos los casos citados por las Demandantes en los que tribunales han dictado una medida tendente al mantenimiento del *status quo*, se trataba de impedir un acto futuro del Estado, no de deshacer los efectos de un acto ya perfeccionado tiempo atrás, que además afecta a los derechos de terceros<sup>139</sup>. Más concretamente, en los casos en los que los tribunales impidieron a una parte ejecutar una garantía a primer requerimiento en pro del *status quo*, estaba en manos de esa parte el ejecutar tal garantía y embolsarse el dinero; aquí, la Fianza ya ha sido ejecutada y aceptada por la Fiadora, y el reclamo monetario a IBT que efectúa un tercero en el seno de un *General Indemnity Agreement* está (como reconoce la propia IBT) correctamente formulado<sup>140</sup>. Ninguno de los casos invocados guarda parecido, pues, con el que ocupa a este Tribunal.

**b. No agravación de la disputa**

138. Las partes tienen derecho a solicitar que un tribunal tome medidas para evitar la agravación de la disputa legal que ha de resolver el tribunal<sup>141</sup>. No hay discusión

---

<sup>136</sup> Anexo 7.

<sup>137</sup> R-1.

<sup>138</sup> Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (2001), p. 60: “an act does not have a continuing character merely because its effects or consequences extend in time”.

<sup>139</sup> Ver *City Oriente*, paras. 55-57, *Perenco*, para. 62.

<sup>140</sup> Réplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 39.

<sup>141</sup> Anexo 36 - *Amco Asia Corp. and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Request for Provisional Measures, 9 December 1983, p. 2.

**Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales**

respecto a que el tribunal ha de poder tomar las acciones necesarias para asegurarse de que el litigio pueda solucionarse<sup>142</sup> y que el laudo sea ejecutable<sup>143</sup>.

139. La disputa principal planteada ante el Tribunal Arbitral se limita a si hubo “una frustración de la ejecución del Contrato imputable a Panamá”, y si tal frustración (de haberla), así como la resolución administrativa del Contrato de 16 de enero de 2020 y el proceso que desembocó en la Decisión del TACP<sup>144</sup> incumplen las obligaciones adquiridas por Panamá en el Tratado, en la autorización de inversión y/o en el acuerdo de inversión con las Demandantes<sup>145</sup>.
140. Los hechos que conforman la litis ya han ocurrido – no hay forma de que los actos que IBT pretende paralizar agraven la disputa a resolver por el Tribunal, de tal forma que frustren la posibilidad de hallar una solución.
141. El Tribunal Arbitral destaca, especialmente, que las Demandantes no están pidiendo la nulidad de la Resolución Contractual, ni que el Consorcio CEFERE sea restaurado en su posición de contratista; el Tribunal no alcanza a entender entonces por qué la paralización del proceso de sustitución de contratista haya de tener influjo alguno en la litis.
142. El Tribunal tampoco percibe el mínimo riesgo en lo que respecta a la ejecutabilidad del laudo, toda vez que la propia IBT reconoce que sólo está reclamando una compensación económica<sup>146</sup> y en ningún momento ha cuestionado la solvencia financiera del Estado panameño.

**c. Evitar un daño sustancial**

143. Las Partes discuten si las medidas cautelares deben ir encaminadas a evitar un daño sustancial o si debe tratarse, además, de un daño irreparable, en términos económicos. El Tribunal Arbitral no ve necesidad de tomar partido en tal debate, por las razones siguientes:
144. El Tribunal Arbitral acredita que, en caso de no dictarse la Medida Provisional, Westport insistirá en exigirle a IBT el pago de USD 13,8 millones. Se trata de un perjuicio para IBT – no hay duda al respecto – pero no hay prueba de que este daño sea significativo, más allá de una declaración genérica de la empresa auditora de las cuentas de IBT, LLC<sup>147</sup>. Pero IBT no ha aportado información contable y cuantitativa que pruebe la afectación crítica a la solvencia financiera de IBT. Tampoco han demostrado las Demandantes que la supuesta afectación a sus finanzas sea de tal calibre que le impida continuar financiando este arbitraje.

<sup>142</sup> Anexo 16 – *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on Provisional Measures, 26 February 2010, para. 135.

<sup>143</sup> RL-5 - ICSID, History of the ICSID Convention: Documents concerning the origin and the formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Vol. II, Part 1 (ICSID 2006), p. 515.

<sup>144</sup> Réplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 55.

<sup>145</sup> Solicitud de Arbitraje Enmendada, para. 84.

<sup>146</sup> Réplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 99.

<sup>147</sup> Anexo 24 - Declaración Jurada Sr. Daniel Toledano, Apéndice 4.

**Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales**

145. Por otra parte, el Tribunal constata que IBT es una empresa global dedicada a la ejecución de obras<sup>148</sup> y, por tanto, en los diversos mercados en que actúa, se enfrenta a la emisión de garantías y al riesgo de su cobro, como parte de sus operaciones rutinarias.
146. El Tribunal Arbitral es consciente de que las Demandantes sustentan su posición en la decisión en el caso *Saipem* – un arbitraje de inversión, en el cual el tribunal ordenó al Estado no ejecutar una garantía de primer requerimiento contra el inversor. La Demandada le ha restado relevancia a esa decisión pues en aquel caso el Estado se había apropiado de unas cantidades retenidas y, además, pretendía ejecutar la garantía que había de cubrir el importe de las retenciones – estando el Estado, por tanto, doblemente cubierto. Panamá considera pues, que la decisión de aquel tribunal fue acertada<sup>149</sup>. Al margen de consideraciones sobre si aquella decisión fue apropiada o no, a este Tribunal Arbitral le parece relevante destacar que en *Saipem* la demandada nunca refutó que el inversor fuera a sufrir un daño irreparable<sup>150</sup>; aquí, sin embargo, Panamá sí lo ha cuestionado. Por lo tanto, *Saipem* no es un caso adecuado para esclarecer si el pago de la garantía adicional reclamada causaría un daño en IBT de entidad suficiente como para ameritar su paralización.
147. Adicionalmente, las Demandantes sostienen que el daño que sufrirán es, en todo caso, mucho mayor que los USD 13,8 millones reclamados, pues el incumplimiento bajo un *General Indemnity Agreement*:
- Da lugar a incumplimientos cruzados en otros contratos de reaseguro; como prueba aportan la declaración del Sr. Toledano (Director General del grupo IBT) aseverando que su corredor de seguros los ha informado de que, a raíz del incumplimiento del *General Indemnity Agreement*, otra reaseguradora (Liberty Mutual) solicitará garantías adicionales en otro proyecto en Panamá<sup>151</sup>;
  - Es posible que las compañías de seguro aumenten las primas en futuras fianzas, según declaración del Sr. Toledano<sup>152</sup>.
148. El Tribunal Arbitral considera que la declaración del Sr. Toledano, a lo sumo, hace prueba de la existencia de un riesgo – pero no prueba de su inminente materialización.
149. En lo que respecta al riesgo que suponen los incumplimientos cruzados, ambas Partes han destacado el caso *Rizzani*<sup>153</sup>: la demandante solicitaba una medida paralizadora del cobro de una garantía, argumentando que su presentación al cobro conllevaría el vencimiento anticipado de otras garantías (nótese que la línea

<sup>148</sup> Anexo 24 - Declaración Jurada Sr. Daniel. Toledano, para. 3.

<sup>149</sup> Dúplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 65.

<sup>150</sup> Anexo 18 - *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21 March 2007 [“*Saipem*”], para 182.

<sup>151</sup> Anexo 24 - Declaración Jurada Sr. Daniel Toledano, para. 20.

<sup>152</sup> Anexo 24 - Declaración Jurada Sr. Daniel Toledano, para. 22.

<sup>153</sup> Anexo 43 - *Rizzani de Eccher S.p.A., Obrascón Huarte Lain S.A., and Trevi S.p.A. v. State of Kuwait*, ICSID Case No. ARB/17/8, Decision on Provisional Measures, 23 November 2017 [“*Rizzani*”].

**Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales**

argumentativa es idéntica a la traída por las Demandantes); aquel tribunal decidió que la medida cautelar no lograría eliminar el riesgo que esta pudiera generar en otras garantías<sup>154</sup>. Este Tribunal Arbitral coincide en esta apreciación, máxime cuando en este caso, la Fianza ya ha sido ejecutada y la Fiadora ha aceptado su ejecución – el efecto cruzado que pueda tener sobre otras garantías cobra rumbo propio. En el caso de Westport, la propia Reaseguradora confirmó que la Medida Provisional sería suficiente para paralizar la exigencia de garantía adicional, pero el Tribunal desconoce si la Medida Provisional será suficiente para paralizar la ejecución de otras garantías ajenas a Westport.

**d. Idoneidad de la medida**

150. Toda medida cautelar debe estar equilibrada<sup>155</sup> – los efectos positivos que conlleve han de pesar más que los negativos. Por tanto, el Tribunal está llamado a ponderar los efectos que la medida cautelar tendrá sobre cada Parte.
151. La razón principal – más allá de las limitaciones jurisdiccionales – para denegar la Medida Provisional solicitada, radica en que el Tribunal Arbitral no considera que sus efectos positivos pesen más que los negativos:
152. El único *efecto positivo* es que si (y sólo si) la Reaseguradora aceptara que la orden del Tribunal fuera suficiente para suspender los efectos del incumplimiento de IBT bajo el *General Indemnity Agreement*, entonces IBT vería paralizada la exigencia de garantía adicional, concretada en el pago de USD 13,8 millones.
153. Entre los *efectos negativos*, el Tribunal Arbitral cuenta, al menos cinco:
  - Panamá sufriría la paralización de la construcción del nuevo centro penitenciario durante toda la pendencia del arbitraje;
  - El valor de la construcción del centro penitenciario duplica el importe reclamado a IBT<sup>156</sup>;
  - El interés público que *prima facie* parece subyacer a la obra se vería frustrado durante la pendencia del arbitraje;
  - Panamá habría de esperar a la resolución de este arbitraje para poder retomar la obra, a pesar de que el derecho de Panamá a sustituir contratista y a finalizar la construcción no se vería afectado por el resultado de este arbitraje; y
  - Panamá correría el riesgo de que sus derechos bajo la Fianza se vieran perjudicados por no permitir a la Fiadora acabar la ejecución de la obra dentro del plazo previsto y por haber desistido formalmente de la ejecución de la Fianza.

---

<sup>154</sup> Rizzani, para. 127.

<sup>155</sup> Saipem, paras. 183-184.

<sup>156</sup> *Pro memoria*: el importe de la Fianza es la mitad del precio del Contrato.

**Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales**

154. Además, el Tribunal Arbitral trae a colación aquí otro de los casos citados por las Demandantes: en aquel caso, el árbitro de emergencia debía resolver una serie de medidas cautelares, entre las cuales estaba impedirle a la propietaria que contratara a otro contratista para finalizar la obra. El Tribunal ve claras similitudes con la Medida Provisional aquí pretendida, pues la paralización de la ejecución de la Fianza sólo implica ya, *de facto*, la suspensión de la sustitución del constructor. En aquel caso el árbitro decidió que no se podía privar (ni siquiera temporalmente) al propietario de su derecho a la sustitución de contratista<sup>157</sup>. El Tribunal Arbitral coincide en que Panamá no debe ver coartado su derecho a continuar las obras.
155. Finalmente, el Tribunal Arbitral constata que en este arbitraje las Demandantes únicamente están reclamando una compensación por daños<sup>158</sup> y que IBT pretende incluir dentro de esa reclamación los daños asociados a la ejecución de la Fianza, si ésta no se paraliza<sup>159</sup>. Si IBT resultara vencedora en sus pretensiones recibiría una compensación por los perjuicios sufridos para mantenerle indemne, y la ejecución de la Fianza (que se pretende paralizar lo que dure el arbitraje) seguirá su curso.
156. En vista de lo anterior, la ponderación de intereses en este caso muestra que los efectos negativos de conceder la Medida Provisional son mayores que el escaso efecto positivo.

Contra-argumento de las Demandantes

157. Consciente de que la paralización de la obra coloca a Panamá en una posición desfavorable, IBT le sugiere a Panamá que desista del proceso de subrogación ya comenzado y opte por ofertar un nuevo contrato de construcción en licitación pública.
158. El Tribunal Arbitral rechaza el argumento *a limine*. El Tribunal Arbitral coincide con *Occidental*<sup>160</sup> en que la medida provisional debe desestimarse si provoca una carga excesiva en la parte contra la cual se dirige. El Tribunal considera que forzar a Panamá a renunciar al derecho – actualmente consolidado – de retomar la obra con la Fiadora e imponerle la convocatoria de un nuevo proceso de licitación pública con toda la carga administrativa que esto implica, es un gravamen excesivo e inexigible.

**C. La suspensión de la inhabilitación**

159. IBT y el Consorcio CEFERE se encuentran inhabilitados para poder licitar a contratos públicos en Panamá y permanecerán en esa situación por tres años. Esta inhabilitación es notoria, pues aparece publicitada en el portal *online* PanamaCompra. Las Demandantes solicitan cautelarmente que Panamá suspenda la orden de inhabilitación y que retire la publicación; a cambio IBT se compromete

<sup>157</sup> Anexo 47 - ICC Case No. 21909/ASM (EA), Order of 18 May 2016.

<sup>158</sup> Réplica a la Solicitud de Medidas Provisionales, para. 99.

<sup>159</sup> Grabación de Audiencia de Medidas Provisionales, 3h:11m.

<sup>160</sup> *Occidental*, para. 82.

**Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales**

a no presentarse a licitaciones públicas en Panamá durante ese mismo período de tiempo.

**a. y b. Mantenimiento del *status quo* y no agravación de la disputa**

160. Las Demandantes reconocen abiertamente que no se trata de una medida para mantener el *status quo* e impedir la agravación de la disputa (la orden de inhabilitación fue dictada cinco meses antes de la Solicitud de Medidas Provisionales<sup>161</sup> y refrendada por el TACP<sup>162</sup>), sino fundamentalmente, para evitarle a IBT un daño reputacional.
161. El Tribunal estima que la medida solicitada no sólo no mantiene el *status quo* sino que pretende revertirlo. Al igual que en la Medida Provisional anterior, también aquí IBT requiere que se eliminen las consecuencias de un hecho consumado como lo es la inhabilitación.

**c. Evitar un daño sustancial**

162. Es discutible si el riesgo de daño reputacional hipotético apuntado por las Demandantes es suficiente para ameritar la emisión de una medida provisional. La Demandada ha invocado las decisiones en *Occidental*<sup>163</sup> y en *Rizzani*<sup>164</sup>, en las que dichos tribunales arbitrales exigieron la existencia de un riesgo real de daño inminente y argumenta que aquí no hay prueba de tal daño. El Tribunal Arbitral entiende la posición de la Demandada, pero también comprende que el daño reputacional resulte difícil de probar – la ausencia de prueba real no descarta la existencia de un riesgo de daño.

**d. Idoneidad de la medida**

163. En todo caso, aun si el Tribunal Arbitral tuviera por acreditada la existencia de un riesgo inmediato de daño reputacional severo e hipotéticamente otorgara la Medida Provisional solicitada ella no evitaría la ocurrencia del daño que pretende evitarse. En efecto, aun en el supuesto de que las Demandantes resultaran ganadoras en este arbitraje, dado que las pretensiones de IBT (según afirma ésta) únicamente son monetarias, se podrá intentar compensar los daños por la inhabilitación, pero la inhabilitación nunca será revertida.

---

<sup>161</sup> La inhabilitación en PanamaCompra se publicó el 27 de mayo de 2020 y las Demandantes presentaron su Solicitud de Medidas Provisionales el 22 de octubre de 2020.

<sup>162</sup> CLA-02.

<sup>163</sup> *Occidental*, para. 89.

<sup>164</sup> *Rizzani*, para. 104.

**Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales**

**IV. DECISIÓN**

164. Por las razones expuestas, el Tribunal Arbitral decide rechazar la Solicitud de Medidas Provisionales.
165. Tomada una decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales, de acuerdo con el para. 59 de la Decisión sobre Medidas Provisionales, ésta queda sin efecto.
166. El Tribunal Arbitral autoriza a Panamá a que exhiba la presente Decisión ante la Fiadora, a los efectos del párrafo anterior.
167. El Tribunal Arbitral es consciente de que ambas Partes han solicitado una condena en costas. El Tribunal no considera que sea el momento oportuno para pronunciarse sobre las costas generadas por este incidente y decide unir esta cuestión al resto de disputas a resolver en el arbitraje.

**Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales**

[firmado]

---

Deva Villanúa

Presidente del Tribunal

[firmado]

---

Prof. Guido S. Tawil

Co-árbitro

[firmado]

---

Prof. Mónica Pinto

Co-árbitro