

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

Caso No. ARB/20/31

IBT GROUP, LLC
IBT, LLC

Demandantes

v.

LA REPÚBLICA DE PANAMÁ

Demandada

**DÚPLICA DE LA DEMANDADA A LA SOLICITUD DE MEDIDAS
PROVISIONALES DE LAS DEMANDANTES**

22 de diciembre de 2020

Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP

ÍNDICE

Página #

I.	INTRODUCCIÓN	1
II.	EL TRIBUNAL NO TIENE EL PODER PARA DICTAR LAS MEDIDAS PROVISIONALES SOLICITADAS POR LAS DEMANDANTES	6
III.	LA EJECUCIÓN DE LA FIANZA Y LA INHABILITACIÓN DE LAS DEMANDANTES SON ACTOS CONSUMADOS, POR LO QUE DE SER OBJETO DE UNA MEDIDA PROVISIONAL SE AFECTARÍA EL <i>STATU QUO</i> DE LA DISPUTA Y DERECHOS DE TERCEROS AJENOS A ELLA	13
IV.	LAS DEMANDANTES NO CUMPLEN CON EL ESTÁNDAR DE IRREPARABILIDAD EXIGIDO PARA EMITIR MEDIDAS PROVISIONALES	26
V.	LAS MEDIDAS PROVISIONALES SOLICITADAS POR LAS DEMANDANTES REQUIEREN QUE EL TRIBUNAL PREJUZGUE SOBRE EL FONDO DE LA CONTROVERSI A	47
VI.	LAS MEDIDAS PROVISIONALES SOLICITADAS POR LAS DEMANDANTES SERÍAN PERJUDICIALES PARA LA DEMANDADA.....	48
VII.	LAS DEMANDANTES SIGUEN SIN ACREDITAR QUE EL TRIBUNAL TIENE JURISDICCIÓN <i>PRIMA FACIE</i> PARA RESOLVER LA CONTROVERSI A	53
VIII.	CONCLUSIÓN.....	55
IX.	COSTOS.....	55
X.	RESERVA DE DERECHOS	55

I. INTRODUCCIÓN

1. De conformidad con la correspondencia del CIADI del 6 de noviembre de 2020, la República de Panamá (la “Demandada” o “Panamá”) presenta esta Dúplica en respuesta a la Réplica de las Demandantes (la “Réplica”) a la Respuesta de la Demandada (la “Respuesta”) a la Solicitud de Medidas Provisionales presentada por IBT Group, LLC e IBT, LLC (en conjunto las “Demandantes”) el 8 de diciembre de 2020 (la “Solicitud”).¹

2. En su Respuesta, la Demandada señaló que la Solicitud era claramente infundada e improcedente porque (i) conforme al Tratado de Promoción Comercial entre la República de Panamá y los Estados Unidos de América (“TPC”), el Tribunal no puede dictar medidas provisionales que tengan por objeto impedir la aplicación de las medidas gubernamentales que estén siendo reclamadas en el presente Arbitraje como violatorias del TPC, como es indudablemente el caso de la ejecución de la Fianza y la inhabilitación de las Demandantes para contratar con entidades públicas en Panamá,² (ii) tanto la ejecución de la Fianza como la inhabilitación de las Demandantes para contratar con entidades públicas en Panamá son hechos ya consumados, por lo que la Solicitud no sólo carece de materia, sino que además, si el Tribunal intentara ordenar que se retrotraigan dichos hechos ya consumados, estaría sin duda afectando el *statu quo* de la controversia entre las Partes al momento de la presentación de la Solicitud, e

¹ Los términos que se utilicen con mayúscula inicial en esta Dúplica y no se definan en ella, tendrán el significado que les fue asignado en la Respuesta. Salvo indicación en contrario, las referencias que se hagan aquí en la forma de “Ap. R-” y “Ap. RL-” son a los apéndices fácticos y fuentes jurídicas, respectivamente, presentados por la Demandada en este Arbitraje. Las referencias en la forma de “Ap. CE-” y “Ap. CLA-” son a los apéndices fácticos y fuentes jurídicas presentados por las Demandantes junto con su Solicitud de Arbitraje. Las referencias en la forma de “Anexo” son a los documentos presentados por las Demandantes junto con su Solicitud de Medidas Provisionales.

² Respuesta, ¶¶ 21-31, 58-66.

incluso antes del inicio del Arbitraje,³ (iii) las Demandantes no articularon ningún riesgo de perjuicio o daño irreparable como resultado de la ejecución de la Fianza y la inhabilitación de las Demandantes para contratar con entidades públicas en Panamá,⁴ (iv) otorgar las medidas provisionales solicitadas por las Demandantes significaría que el Tribunal estaría prejuzgando la controversia,⁵ y (v) otorgar las medidas provisionales solicitadas por las Demandantes significaría afectar derechos de terceros que ya han aceptado responsabilidad frente a la Demandada y atentaría contra el proceso normal de la justicia administrativa y civil en Panamá.⁶

3. En esta segunda ronda de presentaciones, se brindó a las Demandantes una oportunidad adicional para articular por qué (i) el Tribunal puede ordenar una medida provisional relacionada con la ejecución de la Fianza y la inhabilitación de las Demandantes, cuando dichos actos ya consumados son precisamente parte fundamental de las medidas gubernamentales que las Demandantes alegan constituyen violaciones al TPC; (ii) el otorgamiento de las medidas provisionales de hecho no afectaría el *statu quo* de la controversia entre las Partes y no afectaría los derechos ya adquiridos tanto de la Aseguradora como, ahora sabemos, de Siwss Re, la reaseguradora de las Demandantes (la “Reaseguradora”), a raíz de la ya perfeccionada subrogación de los derechos y obligaciones por parte de la Aseguradora en el Contrato; (iii) la ya consumada ejecución de la Fianza e inhabilitación de las Demandantes causa un daño realmente irreparable a las Demandantes, cuando ambos actos claramente

³ Respuesta, ¶¶ 46-57.

⁴ Respuesta, ¶¶ 41-45.

⁵ Respuesta, ¶¶ 67-70.

⁶ Respuesta, ¶¶ 71-74.

pueden ser objeto de una compensación monetaria en caso de que este Tribunal resolviera que Panamá infringió sus obligaciones bajo el TPC y las Demandantes probaran que efectivamente sufrieron un daño.

4. Respecto a la ausencia de una facultad de este Tribunal para ordenar las medidas provisionales solicitadas, las Demandantes simplemente toman la posición de que la ejecución de la Fianza y su inhabilitación son medidas “adicionales”, no parte intrínseca de las mismas medidas gubernamentales que a decir de las Demandantes violan el TPC. Esa posición es insostenible, según la descripción de la Resolución Administrativa que las propias Demandantes han venido atacando desde el principio, tanto en Panamá como en este Arbitraje. Sólo por esta razón, la Solicitud debe ser rechazada.

5. Respecto al hecho de que tanto la ejecución de la Fianza como la inhabilitación de las Demandantes constituyen actos ya consumados que de ser objeto de medidas provisionales afectarían el *statu quo* de la controversia y los derechos y obligaciones de terceros, aplicando incorrectamente disposiciones de regulaciones que ni siquiera son aplicables a la Fianza emitida con motivo del Contrato, las Demandantes se aferran a la noción de que la Fianza todavía no ha sido ejecutada y de que la Demandada y/o el Tribunal pueden intervenir en el derecho ya adquirido de la Aseguradora y Reaseguradora de repetir contra las Demandantes a raíz de su subrogación en el Contrato, conforme a los términos acordados por ellas mismas con esas instituciones. Pues bien, como se describe a continuación en esta Dúplica, la Fianza quedó ejecutada desde el 14 de agosto de 2020, casi 70 días antes de la presentación de la Solicitud, con la subrogación de la Aseguradora en el Contrato, y ni la Demandada ni este Tribunal tienen ningún derecho, legitimidad o facultad para

inmiscuirse en la decisión de la Aseguradora y Reaseguradora de repetir contra las Demandantes conforme a sus acuerdos.

6. Respecto al requisito de irreparabilidad ampliamente reconocido para que procedan medidas provisionales, las Demandantes aseguran que dicho requisito no significa realmente que una solicitud de medidas provisionales sea improcedente si el Estado demandado puede reparar el daño que se cause en ausencia de las medidas provisionales simplemente mediante el pago posterior de una compensación económica, de encontrarse una violación al tratado relevante.⁷ Como se explica en la Respuesta,⁸ esta posición jurídica es contraria a la posición adoptada por un gran número de tribunales CIADI y también por la Corte Internacional de Justicia, en cuyo estatuto se inspiró el artículo 47 del Convenio CIADI.⁹ Simplemente, las Demandantes no pueden sufrir un daño irreparable en la medida en que puedan ser plenamente compensadas con el pago de los daños, que es la única reparación que buscan en este Arbitraje.¹⁰ Sólo por esta razón, la Solicitud también debe ser rechazada.

7. Finalmente, la queja de las Demandantes de que con la repetición que la Aseguradora y Reaseguradora hagan contra ellas a raíz de la subrogación de la Aseguradora en el Contrato o de que con la “continuación” de su inhabilitación para contratar con entidades públicas en Panamá por un plazo de tres años, se alteraría de algún modo el *statu quo* o se agravaría la disputa es simplemente incomprensible.

⁷ Réplica, ¶¶ 71-72.

⁸ Respuesta, ¶¶ 33-36.

⁹ **Ap. 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) (“HISTORY OF THE ICSID CONVENTION, VOL. II, PART 1”), pp. 516, 523.

¹⁰ Réplica, ¶ 99 (“La única protección buscada por las Demandantes en este Arbitraje es un laudo de daños”).

Tanto la ejecución de la Fianza como la inhabilitación de las Demandantes ocurrieron antes de la presentación de la Solicitud. De hecho, la Demandada solicitó la ejecución de la Fianza e inhabilitó a las Demandantes antes del inicio de este Arbitraje.¹¹ Son, más bien, las medidas provisionales solicitadas lo que alteraría el *statu quo* y agravarían la controversia, pues se estaría pidiendo a la Demandada y a la Aseguradora que se retrotraigan en decisiones que ya han creado derechos y obligaciones.¹²

8. El Tribunal también debe comprender el perjuicio irreparable e injustificable que ocasionaría a la Demandada otorgar la Solicitud. La construcción del Centro Femenino de Rehabilitación (el “Centro”) es un proyecto de interés público y de máxima prioridad en Panamá.¹³ La medida que solicitan las Demandantes en el sentido de que Panamá y la Aseguradora, como nueva titular del Contrato, suspendan el proceso de selección del constructor que terminará la construcción del Centro, a cuenta y riesgo de la Aseguradora, obligaría a Panamá a asumir un retraso aún mayor en la terminación del Centro. Además, colocaría a Panamá en la inaceptable situación de poner en riesgo su derecho de exigirle a un tercero que aceptó garantizar el cumplimiento del Contrato que termine la construcción del Centro conforme al Contrato y la Fianza, derecho que por cierto fue ratificado por las autoridades que las propias

¹¹ La Demandada solicitó la ejecución de la fianza el 10 de julio de 2020, mientras que la primera solicitud de arbitraje de las Demandantes no fue sino hasta el 24 de julio de 2020. Por otra parte, la fianza quedó ejecutada mediante subrogación el 14 de agosto de 2020 y la Solicitud de Medidas Provisionales de las Demandantes fue de fecha 22 de octubre de 2020.

¹² Las Demandantes reconocen que las medidas provisionales que han solicitado tendrían el efecto de alterar, en vez de mantener, el *statu quo* de la Disputa. Véase Réplica, ¶¶ 56, 93.

¹³ Véase *infra* ¶¶ 20-22.

Demandantes estuvieron de acuerdo serían las competentes para resolver cualquier disputa entre las Partes relacionada con el Contrato.¹⁴

9. Además, sin perjuicio de las objeciones que la Demandada pudiera tener a la jurisdicción de este Tribunal, la ejecución de la Fianza y la inhabilitación de las Demandantes para contratar con entidades públicas en Panamá de ninguna manera interfieren con el derecho procesal de las Demandantes de continuar este Arbitraje, o con la capacidad de este Tribunal para escuchar y decidir las reclamaciones de las Demandantes en virtud del TPC. A reserva de que se ventilen y resuelvan las objeciones a la jurisdicción de este Tribunal, nada impide que el Tribunal proceda a tomar su propia decisión con respecto a cualquier compensación monetaria que pudiera corresponderle a las Demandantes conforme al TPC.

10. El efecto combinado, o por separado, de estos factores es que no puede haber ninguna justificación para acceder a la Solicitud de Medidas Provisionales de las Demandantes, y por lo tanto debe ser prontamente rechazada.

II. EL TRIBUNAL NO TIENE EL PODER PARA DICTAR LAS MEDIDAS PROVISIONALES SOLICITADAS POR LAS DEMANDANTES

11. En la Respuesta, la Demandada señaló que el TPC contiene un acuerdo específico entre la República de Panamá y los Estados Unidos de América que limita el poder del Tribunal para dictar medidas provisionales que tengan por objeto “impedir la aplicación de una medida” que ha sido reclamada en arbitraje por el inversionista como violatoria del TPC. El artículo 10.20(8) del TPC dispone que:

¹⁴ **Ap. CE-4**, Contrato, cláusula vigésima quinta.

El tribunal no podrá ordenar el embargo o impedir la aplicación de una medida que se considere una violación mencionada en el Artículo 10.16.¹⁵

12. No cabe duda de que las Demandantes arguyen como supuestas violaciones al TPC (i) la emisión por parte del MINGOB de la Resolución Administrativa, mediante la cual, entre otras cosas, se rescindió administrativamente el Contrato¹⁶ y (ii) la emisión de la Decisión del TACP, que resolvió el recurso de apelación de las Demandantes en contra de la Resolución Administrativa.¹⁷ Los resolutiveos primero a cuarto de la Resolución Administrativa señalan:

PRIMERO: RESOLVER ADMINISTRATIVAMENTE el Contrato No.11-DAJTL-2017 de 11 de mayo de 2017, para el PROYECTO DE ESTUDIO DISEÑO, CONSTRUCCIÓN Y EQUIPAMIENTO DEL NUEVO CENTRO FEMENINO DE REHABILITACIÓN. . . .

SEGUNDO: INHABILITAR a las empresas **INTERNATIONAL BUSINESS AND TRADE, LLC.**, y a la empresa **IBT GROUP, LLC.**, que integraron el Consorcio CEFERE Panamá, en consecuencia no podrán participar en ningún Acto de Selección de Contratista, ni celebrar contratos con el Estado, mientras dure la inhabilitación que será por el término de tres (3) años. . . .

TERCERO: NOTIFICAR a la DIRECCIÓN GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS (DGCP), del contenido de

¹⁵ **Ap. CLA-1**, Tratado de Promoción Comercial entre la República de Panamá y los Estados Unidos de América de fecha 31 de octubre de 2012 (“TPC”), artículo 10.20(8) (énfasis añadido). En su Solicitud de Medidas Provisionales, las Demandantes citan de forma incompleta y tendenciosa el artículo 10.20(8) del TPC y omiten mencionar la limitante expresamente contenida en dicha disposición. Véase Solicitud de Medidas Provisionales, ¶ 36.

¹⁶ Réplica, ¶ 51 (“[E]n casos en los que el supuesto incumplimiento es la rescisión indebida de un contrato (tal como es el caso en esta controversia)”); ¶ 55 (“En este caso, las Demandantes alegan que la Demandada violó el TPC ... al ... resolver administrativamente el Contrato el 16 de enero de 2020”); ¶ 93 (“[L]a medida que es objeto de la controversia, a saber la terminación del contrato”); ¶ 98 (“En este caso. . . la terminación legal del contrato era un requisito previo para que la Demandada ejecute la fianza e inhabilite a las Demandantes para participar en contrataciones públicas.”); ¶ 103 (“[L]as Demandantes sostienen [que la terminación del Contrato por parte de la Demandada] fue un incumplimiento de las obligaciones internacionales de la Demandada.”) (traducción del inglés). Véase también Solicitud de Arbitraje, ¶¶ 5, 27.

¹⁷ Solicitud de Arbitraje, ¶¶ 28-42. Réplica, ¶ 55.

la presente Resolución, para que proceda a inscribir en el Registro de Inhabilitados a las empresas **INTERNATIONAL BUSINESS AND TRADE, LLC.**, a la empresa **IBT GROUP, LLC.**, y en consecuencia inclusive al Consorcio CEFERE Panamá registrado en el portal electrónico Panamá Compra.

CUARTO: NOTIFICAR los efectos de esa Resolución Administrativa de Contrato, a la empresa Cía., Internacional de Seguros, S.A., que emitió la Fianza de Cumplimiento N°070-001-000016556-000000. . . para asegurar el cumplimiento del objeto contractual del Contrato No.11-DAJTL-2017 suscrito por el Consorcio CEFERE Panamá, conforme lo demostrado en esta Resolución.¹⁸

13. Por su parte, la Decisión del TACP resolvió “**CONFIRMAR** en todas sus partes, la Resolución N° 011-R-006 de 16 de enero de 2020.”¹⁹ Como si lo anterior no fuere suficiente, en la Decisión del TACP el tribunal expresamente reiteró que se “inhabilita a [las Demandantes] por el término de tres años, de conformidad a la parte motiva de la presente decisión administrativa.”²⁰

14. La descripción de la Resolución Administrativa que las propias Demandantes hacen en su Solicitud de Arbitraje claramente confirma que las Demandantes no solamente alegan la rescisión del Contrato como supuesta violación al TPC, sino también la ejecución de la fianza y su inhabilitación por tres años:

[E]l 16 de enero de 2020, mientras el Consorcio CEFERE seguía esperando una respuesta, el Ministerio de Gobierno emitió la [Resolución Administrativa] por la que se resolvió administrativamente el contrato, se ordenó ejecutar la garantía de cumplimiento y se inhabilitó a ambas Demandantes de otras licitaciones gubernamentales por un

¹⁸ **Anexo 5**, Resolución No. 011-R-006 de fecha 16 de enero de 2020 (“Resolución Administrativa”), resolutive cuarto, p. 55.

¹⁹ **Ap. CLA-2**, Decisión del TACP del 7 de abril de 2020, resolutive primero, p. 14 (énfasis en el original).

²⁰ **Ap. CLA-2**, Decisión del TACP del 7 de abril de 2020, resolutive primero, p. 14.

período de tres años por presuntos incumplimientos del contrato.²¹

15. De hecho, desde su Solicitud de Arbitraje, las Demandantes apuntan como parte de las supuestas violaciones sufridas por ellas que “[l]a terminación del contrato resultó en la inhabilitación de IBT por tres años para celebrar nuevos contratos con Panamá,”²² llegando incluso a afirmar que:

[L]a terminación del contrato de CEFERE y la consiguiente inhabilitación por tres años en la contratación con IBT Group y sus filiales son claros clavos en el ataúd del trabajo de las Demandantes en Panamá.²³

16. También como parte de las supuestas violaciones, las Demandantes argumentaron en su Solicitud de Arbitraje que “Mingob ahora trata de ejecutar la garantía de cumplimiento que ya afirmaba que había expirado.”²⁴ Y acto seguido, las Demandantes categóricamente afirman:

Los hechos aquí mencionados, demuestran violaciones al debido proceso de las Demandantes y denegación de justicia.²⁵

17. En un transparente intento de darle la vuelta a la prohibición de que este Tribunal impida la aplicación de una medida gubernamental que se considere violatoria del TPC, como en este caso lo son la Resolución Administrativa y la Decisión del TACP, las Demandantes ahora dicen que su posición no es que la ejecución de la Fianza y la inhabilitación de las Demandantes (medidas expresamente contempladas

²¹ Solicitud de Arbitraje, ¶ 27 (énfasis añadido). La misma descripción fue incluida por las Demandantes en su solicitud de arbitraje original de fecha 24 de julio de 2020. Solicitud de Arbitraje Original, ¶ 27.

²² Solicitud de Arbitraje, ¶ 5 (énfasis añadido).

²³ Solicitud de Arbitraje, ¶ 47.

²⁴ Solicitud de Arbitraje, ¶ 41 (énfasis añadido). La misma descripción fue incluida por las Demandantes en su solicitud de arbitraje original de fecha 24 de julio de 2020. Solicitud de Arbitraje Original, ¶ 41.

²⁵ Solicitud de Arbitraje, ¶ 42. La misma descripción fue incluida por las Demandantes en su solicitud de arbitraje original de fecha 24 de julio de 2020. Solicitud de Arbitraje Original, ¶ 42.

por la Resolución Administrativa y confirmadas por la Decisión del TACP), sean en sí mismas violaciones al TPC, sino que lo que es violatorio es la rescisión indebida del Contrato, y que la Fianza y la inhabilitación de las Demandantes deben considerarse actos “adicionales.”²⁶ Sin embargo, es evidente que el objeto de la Solicitud no versa sobre ningún acto “adicional,” sino sobre los mismos actos contemplados por la Resolución Administrativa y la Decisión del TACP que las Demandantes han argumentado desde un principio constituyen las medidas violatorias del TPC.²⁷

18. La Resolución Administrativa y la Decisión del TACP, que las Demandantes argumentan son violatorias del TPC, no solamente rescinden el Contrato (como ahora lo pretenden hacer creer las Demandantes) sino que también ordenan la ejecución de la Fianza y decretan la inhabilitación de las Demandantes para celebrar contratos públicos con Panamá por tres años. No se pueden separar los tres resolutivos. Las Demandantes no pueden argumentar que la Resolución Administrativa y la Decisión del TACP son violatorias del TPC y al mismo tiempo escoger a su conveniencia los resolutivos y efectos de la Resolución Administrativa y de la Decisión del TACP que les convienen para fines de su argumento respecto a la aplicación del artículo 10.20(8) del TPC.²⁸

²⁶ Réplica, ¶¶ 3, 56, 94, 106.

²⁷ Réplica, ¶ 55. Véase también n. 16.

²⁸ Las Demandantes intentan hacer el argumento de que de alguna manera los casos TLCAN *Feldman v. México* y *Pope & Talbot v. Canadá* favorecen su posición (Réplica, ¶¶ 53-54), pero fracasan en el intento. Las mismas Demandantes reconocen que la razón por la que los tribunales TLCAN rechazaron la medida provisional solicitada por las demandantes en esos casos fue porque adoptarla significaría que tanto México como Canadá dejaran de aplicar las medidas que se argumentaban como violatorias del TLCAN. Aquí no cabe ninguna duda que estamos ante una situación equivalente, pues las Demandantes pretenden que Panamá deje de aplicar la Resolución Administrativa y la Decisión del TACP, que están en vigor, y que requieren la ejecución de la fianza y la inhabilitación de las Demandantes.

19. Es incuestionable que la Resolución Administrativa y la Decisión del TACP están en vigor y su aplicación requieren la ejecución de la Fianza y la inhabilitación de las Demandantes para celebrar contratos públicos con Panamá por tres años. Por otro lado, como ha quedado claro, la Resolución Administrativa y la Decisión del TACP son los actos que las propias Demandantes argumentan constituyen violaciones al TPC.²⁹ Por lo tanto, del mismo modo que este Tribunal no puede ordenar ninguna medida provisional cuyo objeto fuera restablecer a las Demandantes en la titularidad del Contrato (uno de los efectos de la Resolución Administrativa y de la Decisión del TACP),³⁰ el Tribunal tampoco puede ordenar ninguna medida precautoria que tenga por objeto cancelar la ejecución de la Fianza o la inhabilitación de las Demandantes por tres años para contratar con entidades públicas en Panamá (los otros dos efectos inseparables de la Resolución Administrativa y de la Decisión del TACP).

20. La construcción del Centro es una cuestión de interés público y de máxima prioridad en Panamá. Dadas las condiciones del actual centro de rehabilitación femenino, que ya tiene varios años de haber sido construido y cuenta con una importante sobrepoblación penitenciaria,³¹ Panamá necesita contar con el nuevo Centro lo antes posible, pues el bienestar de las reclusas así lo requiere. Como se describe a mayor detalle más adelante, si el Tribunal suspende la selección del

²⁹ Réplica, ¶ 55; Solicitud de Arbitraje, ¶¶ 14-42.

³⁰ Réplica, ¶ 55.

³¹ Véase *infra* ¶ 91. Véase también **Ap. R-4**, LA ESTRELLA DE PANAMÁ, *Habilitan auditorio en Centro Femenino para visitas tras desprendimiento de losa* de fecha 2 de agosto de 2019; **Ap. R-5**, LA PRENSA, *Internas del Cefere serán enviadas a la Nueva Joya* de fecha 30 de noviembre de 2019; **Ap. R-6**, LA ESTRELLA DE PANAMÁ, *Panamá tiene una sobrepoblación carcelaria de 3,304 detenidos* de fecha 15 de noviembre de 2020.

constructor sustituto que se hará cargo de la construcción del Centro, a cuenta y riesgo de la Aseguradora, el Tribunal estaría *de facto* suspendiendo la construcción del Centro durante todo el tiempo que lleve la tramitación del Arbitraje y pondría a MINGOB en un riesgo substancial de perder los beneficios de la Fianza.³²

21. Claramente, la medida provisional solicitada por las Demandantes tendría el efecto de suspender la construcción del Centro durante la tramitación del Arbitraje. El MINGOB resolvió administrativamente el Contrato debido a que las Demandantes habían abandonado la obra y no habían cumplido con su obligación de construir el Centro en tiempo y forma.³³ El MINGOB resolvió el Contrato y aceptó la subrogación de la Aseguradora en él con el propósito de lograr la pronta construcción del Centro, que es necesaria y urgente para fines de interés público en Panamá. Si el Tribunal dicta la medida provisional solicitada por las Demandantes y evita que Panamá logre continuar y completar la construcción del Centro durante la tramitación del Arbitraje, el Tribunal estará en efecto – y en violación del artículo 10.20(8) del TPC – dictando una medida provisional que impedirá que el MINGOB logre el objetivo que está persiguiendo mediante la Resolución Administrativa del Contrato.

22. Éste es precisamente el efecto que buscaban evitar los Estados contratantes del TPC cuando incluyeron la disposición 10.20(8) del Tratado. Al excluir la facultad de los tribunales arbitrales de dictar medidas provisionales para “impedir la aplicación de una medida que se considere una violación” del TPC,³⁴ los Estados contratantes estaban protegiendo su facultad soberana de implementar sus decisiones

³² Véase *Infra* ¶¶ 23, 38, 89-88, 92.

³³ **Anexo 5**, Resolución Administrativa.

³⁴ **Ap. CLA-1**, TPC, artículo 10.20(8).

y medidas de política pública, independientemente de que algún inversionista considerara que dichas decisiones y/o medidas pudieran ser violatorias del TPC.

23. Como lo anterior pone de manifiesto, la ejecución de la Fianza y la inhabilitación de las Demandantes forman parte y son el resultado de la aplicación de la Resolución Administrativa y de la Decisión del TACP, por lo que están fuera del ámbito de facultades del Tribunal para dictar medidas provisionales conforme al artículo 10.20(8) del TPC. Aunado a ello, la suspensión del proceso de selección del constructor sustituto solicitada por las Demandantes tendría el efecto de suspender, durante toda la tramitación de este Arbitraje, la construcción del Centro, en detrimento del interés público de Panamá, y en contradicción con el objeto y propósito detrás de la Resolución Administrativa del Contrato, en violación del artículo 10.20(8) del TPC.

III. LA EJECUCIÓN DE LA FIANZA Y LA INHABILITACIÓN DE LAS DEMANDANTES SON ACTOS CONSUMADOS, POR LO QUE DE SER OBJETO DE UNA MEDIDA PROVISIONAL SE AFECTARÍA EL *STATU QUO* DE LA DISPUTA Y DERECHOS DE TERCEROS AJENOS A ELLA

24. En la Respuesta, la Demandada señaló que tanto la ejecución de la Fianza como la inhabilitación de las Demandantes son hechos consumados cuyos efectos no pueden ser retrotraídos por el Tribunal sin que ello implique alterar materialmente el *statu quo* de la controversia antes de la presentación de la Solicitud, afectar derechos adquiridos de terceros y agravar la controversia entre las Partes.

25. En la Réplica, las Demandantes parecen reconocer que la inhabilitación es un hecho consumado (aunque hacen énfasis en que es continuo)³⁵ y afirman que la ejecución de la Fianza no es *fait accompli* porque (i) las Demandantes continúan siendo

³⁵ Réplica, ¶¶ 84-89.

responsables frente a la Aseguradora y Reaseguradora por la ejecución de la Fianza realizada en Panamá mediante subrogación,³⁶ (ii) la Aseguradora y Reaseguradora no habían repetido en contra de las Demandantes al momento en que fue enviada la Réplica al CIADI,³⁷ lo cual al parecer ya ocurrió según comunicaciones subsecuentes de las Demandantes,³⁸ y (iii) la Aseguradora y la Demandada no han acordado todavía quien será el constructor sustituto que la Aseguradora utilizará para cumplir con las obligaciones que ya adquirió al amparo del Contrato, incluyendo la obligación de terminar la construcción del Centro.³⁹ Es difícil entender cuál es la relevancia de estas circunstancias para fines de determinar si la Fianza ya fue ejecutada conforme a sus propios términos y, por lo tanto, es un hecho consumado.

26. En su Réplica, las Demandantes sugieren que la ley aplicable al Contrato y la Fianza es la Ley 22 del 27 de junio de 2006 ordenada por la Ley 61 de 2017.⁴⁰ Eso no es correcto. La ley aplicable al Contrato es la Ley 22 del 27 de junio de 2006 ordenada por la Ley 48 de 2011.⁴¹ De hecho, en el marco de la Resolución Administrativa, las Demandantes exigieron que la ley aplicable al Contrato fuera la Ley

³⁶ Réplica, ¶¶ 4-5.

³⁷ Réplica, ¶¶ 5, 11.

³⁸ Carta de las Demandantes al Tribunal de fecha 9 de diciembre de 2020; Carta de las Demandantes al Tribunal de fecha 16 de diciembre de 2020.

³⁹ Réplica, ¶¶ 11, 14, 17, 19.

⁴⁰ Réplica, ¶ 20.

⁴¹ Conforme a lo previsto en el artículo 375 del Decreto Ejecutivo No. 366 por el cual se reglamenta la Ley 22 de 27 de junio de 2006 que regula la contratación pública, “los contratos válidamente celebrados a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 22 de 27 de junio de 2006 y su reglamentación, se registrarán por la Ley vigente al tiempo de su celebración.” **Ap. RL-23**, Decreto Ejecutivo No. 366 por el cual se reglamenta la Ley 22 de 27 de junio de 2006 que regula la contratación pública, artículo 375. Al 6 de julio de 2017, fecha de celebración del Contrato, la ley vigente era la Ley 22 ordenada por la Ley 48 de 2011. La Ley 22 ordenada por la Ley 61 de 2017 fue promulgada hasta el 27 de septiembre de 2017 y entró en vigor a los seis meses siguientes de su promulgación. **Anexo 25**, Texto Único de la Ley 22 de 2006 ordenado por la Ley 61 de 2017 que regula la contratación pública, p. 87 del pdf.

22 del 27 de junio de 2006 ordenada por la Ley 48 de 2011 y explícitamente reconocieron que las modificaciones introducidas mediante la Ley 61 de 2017 no le eran aplicables.⁴²

27. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 106 de la Ley 22 del 27 de junio de 2006 ordenada por la Ley 48 de 2011:

En caso de incumplimiento del contrato por el contratista, este perderá, en todos los casos, la fianza de cumplimiento de contrato otorgada, la que ingresará al Tesoro Nacional. Si la fianza fuera otorgada por una institución bancaria o de seguros, la fiadora tendrá, dentro de los treinta días calendario siguientes a la notificación de incumplimiento, la opción de pagar el importe de la fianza o de sustituir al contratista en todos los derechos y las obligaciones del contrato, siempre que quien vaya a continuarlo, por cuenta y riesgo de la fiadora, tenga la capacidad técnica y financiera, a juicio de la entidad pública contratante.⁴³

28. Por su parte, el artículo 33 del Decreto Núm. 317-Leg del 12 de diciembre de 2006 que contiene el reglamento de fianzas para garantizar las obligaciones contractuales a favor del Estado, que también le es aplicable a la fianza que se emitió en virtud del Contrato establece que:

Cuando el contratista incumpla con las obligaciones pactadas, la entidad contratante correspondiente notificará a LA FIADORA, para que ésta ejerza la opción de pagar el importe de la fianza o sustituya al contratista en todos sus derechos y obligaciones, siempre que quien vaya a continuarlo, por cuenta de LA FIADORA y a cuenta y riesgo de ésta, tenga la capacidad técnica y financiera, a juicio de la entidad pública contratante; además, siempre lo comunicará a la Contraloría General de la República para

⁴² **Anexo 5**, Resolución Administrativa, p. 6 (“Antes de iniciar con nuestros descargos, debemos primero dejar claro que cada vez que hagamos alusión en la presente nota a un artículo del Texto Único de la Ley 22 de 2006, se citará el articulado del Texto Único sin las modificaciones introducidas por la Ley 61 de 2017, ya que la misma entró a regir con posterioridad al perfeccionamiento de este Contrato.”).

⁴³ **Ap. RL-1**, Texto único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006 que regula la contratación pública, ordenado por la Ley 48 de 2011 (“Ley 22 de Panamá ordenada en 2011”), artículo 106 (énfasis añadido).

los fines de coordinar las medidas que sean pertinentes adoptar para salvaguardar los intereses del Estado.⁴⁴

29. Como puede observarse, una vez que la Aseguradora recibió de la entidad contratante la notificación de incumplimiento, la Aseguradora contaba con tan sólo 30 días para ejecutar la Fianza. Esa ejecución podía ser de dos formas, a opción de la Aseguradora: liquidar el monto de la Fianza o subrogarse en todos los derechos y obligaciones del Contratista bajo el Contrato; debiendo, además, tomar una u otra opción a más tardar dentro de los 30 días siguientes de que recibió la notificación de incumplimiento.

30. En este caso, como la Demandada describió en la Respuesta, el 10 de julio de 2020 – catorce (14) días antes de la presentación de la primera versión de Solicitud de Arbitraje de las Demandantes – el MINGOB, mediante la Nota No. OAL-MG-001053-2, presentó formalmente su reclamo de la Fianza a la Aseguradora.⁴⁵ El 14 de agosto de 2020, la aseguradora acogió el reclamo presentado por el MINGOB y ejerció su derecho de:

SUSTITUIR al contratista **CONSORCIO CEFERE** (integrado por las empresas INTERNATIONAL BUSINESS AND

⁴⁴ **Anexo 26**, Decreto No. 317-Leg de fecha 12 de diciembre de 2006, artículo 33 (énfasis añadido). Las Demandantes también refieren al No. 21-Leg del 28 de marzo de 2018 (**Anexo 27**). Véase Réplica, ¶ 26. Sin embargo, dicho decreto no le es aplicable a la Fianza y las Demandantes reconocen que ese es el caso. Tal y como las propias Demandantes lo afirman, la Fianza se emitió con base en el Decreto No. 317-Leg de 2006. Véase Réplica, ¶ 24. Por las mismas razones explicadas con anterioridad respecto de la aplicación de la Ley 22 de 2006 ordenada por la Ley 48 de 2011, el decreto aplicable a la Fianza es el Decreto No. 317-Leg del 12 de diciembre de 2006, pues es el que estaba en vigor a la fecha de emisión de la Fianza. El hecho de que se hayan emitido endosos posteriores a la fianza postergando su plazo de vigencia es irrelevante para determinar qué regulación le es aplicable, pues los endosos no emiten una nueva fianza, la fianza sigue siendo la misma pero con un plazo de vigencia mayor.

⁴⁵ **Anexo 7**, Nota No. OAL-MG-001053-20 enviada por el MINGOB a la Cía. Internacional de Seguros, S.A. el 10 de julio de 2020, p. 2. El 22 de julio de 2020, el MINGOB envió una comunicación a la Aseguradora en la que precisó que la ejecución de la Fianza se hacía de conformidad con la extensión de la Fianza otorgada por la Asegurada debido a la extensión que el Contratista solicitó del plazo de ejecución del Contrato. Véase **Anexo 8**, Nota No. MG-OAL-2004-2020 enviada por el MINGOB a la Cía. Internacional de Seguros, S.A. el 22 de julio de 2020.

TRADE, LLC y la empresa IBT GROUP, LLC), **en todos sus derechos y obligaciones. . .**⁴⁶

31. Por tanto, no cabe ninguna duda que la ejecución de la Fianza ocurrió el 14 de agosto de 2020 cuando la Aseguradora optó por subrogarse en todos los derechos y obligaciones bajo el Contrato. Tan se perfeccionó en esa fecha la subrogación, que la misma comunicación de la aseguradora señala:

En atención a la **SUBROGACIÓN** que por este medio asume Cía. INTERNACIONAL DE SEGUROS, S.A., y por así disponerlo la Fianza de Cumplimiento de Contrato, le solicitamos al MINGOB que, a partir del recibo de la presente respuesta aceptando su reclamo se abstenga de realizar pagos al contratista CONSORCIO CEFERE, derivados del contrato afianzado y que los mismos sean emitidos, a partir de la fecha, a nombre de Cía. INTERNACIONAL de SEGUROS, S.A., quien se subroga en todos los derechos y pertenencias dimanantes de dicho contrato, incluyendo todos los valores e indemnizaciones, pagos diferidos, porcentajes retenidos y créditos que la ENTIDAD OFICIAL le debiere a EL CONTRATISTA al tiempo en que tuvo lugar la falta o que debieran pagársele después, según las estipulaciones del contrato.⁴⁷

32. No sólo la comunicación de la Aseguradora dice expresamente que la subrogación se perfecciona “por este medio,” es decir, mediante la comunicación del 14 de agosto de 2020, sino que además al haberse ya perfeccionado dicha subrogación, la Aseguradora no pierde tiempo en ejercer su derecho a exigir que a partir de ese momento cualquier pago debido en virtud del Contrato se le realice directamente a la Aseguradora, lo cual obviamente no podría exigir de no haberse ya perfeccionado la subrogación, y con ello ejecutado la Fianza.⁴⁸

⁴⁶ **Ap. R-1**, Carta de Cía. Internacional de Seguros, S.A. al MINGOB de fecha 14 de agosto de 2020, p. 2 (énfasis en el original).

⁴⁷ **Ap. R-1**, Carta de Cía. Internacional de Seguros, S.A. al MINGOB de fecha 14 de agosto de 2020, p. 2 (énfasis en el original, subrayado añadido).

⁴⁸ El testigo de las Demandantes, el Sr. Daniel Toledano, reconoce que la aseguradora no tiene derecho a recibir pagos bajo el Contrato si no hay antes el perfeccionamiento de la subrogación.

33. El hecho de que las Demandantes continúen siendo responsables frente a la Aseguradora y la Reaseguradora por la ya ejecutada Fianza, mediante subrogación, o el hecho de que tanto la Aseguradora como la Reaseguradora tengan latente el derecho de repetir contra las Demandantes por la ejecución de la Fianza, conforme a los términos y condiciones que las propias Demandantes acordaron con su Aseguradora y Reaseguradora, son relaciones jurídicas, independientes e irrelevantes para esta controversia y sobre las cuales este Tribunal no tiene jurisdicción. Lo cierto es que la subrogación ya se perfeccionó, y con ello se ejecutó la Fianza. El que ahora las Demandantes tengan que responderle a su Aseguradora y Reaseguradora es una cuestión lógica y normal que ocurre siempre después de la ejecución de una fianza, y es el riesgo que las Demandantes asumieron ante su propio incumplimiento bajo el Contrato.⁴⁹

34. Tampoco el hecho de que la Demandada y la Aseguradora tengan pendiente concluir el proceso de sustitución de la constructora que, a cuenta y riesgo de la Aseguradora, llevará a cabo los trabajos de construcción del Centro que quedan pendientes por realizar (que deberá tener, a juicio del MINGOB, la capacidad técnica y financiera para concluir la construcción del Centro), afecta de ninguna manera la conclusión de que la Fianza ya fue ejecutada. Las Demandantes alegan que el

Anexo 24, Declaración Jurada de Daniel Toledano, ¶ 15 (“En mi experiencia, en la mayoría de las situaciones que implican la ejecución de una fianza cuando la subrogación es una opción, la compañía de seguros opta por subrogar el contrato. Esto permite a la compañía de seguros ejercer los derechos de "step-in" y tener derecho a pagos en virtud del contrato que de otro modo se habrían pagado al contratista. Esto permite a la compañía de seguros compensar los riesgos.”).

⁴⁹ Recuérdese que la autoridad con jurisdicción y competencia para resolver controversias entre las partes del Contrato, según lo aceptado por las Demandantes en el Contrato, ya resolvió que las Demandantes efectivamente incumplieron el Contrato y el MINGOB tenía derecho a proceder con la ejecución de la fianza y la inhabilitación de las Demandantes.

Decreto No. 21-Leg de 2018 impone una “plethora of subsequent conditions” para la subrogación, incluyendo la celebración de un acuerdo de sustitución.⁵⁰ Sin embargo, como ya se indicó, y las propias Demandantes reconocen, el Decreto No. 21-Leg de 2018 no le aplica a la Fianza,⁵¹ que se emitió el 11 de mayo de 2017.⁵²

35. El Decreto No. 317-Leg de 2006, que es el aplicable a la Fianza, no impone los requisitos referidos por las Demandantes. La Aseguradora ya es titular del Contrato, que continuará rigiendo los términos y condiciones para la construcción del Centro. La subrogación se llevó a cabo conforme a los propios términos de la Fianza, que replican lo previsto en el Decreto No. 317-Leg de 2006:

SUBROGACIÓN: En caso de que LA FIADORA le diere cumplimiento a las obligaciones asumidas por ella conforme a esta fianza, ya fuere mediante el pago de los perjuicios pecuniarios o mediante la ejecución de las obligaciones garantizadas, subrogará a EL CONTRATISTA en todos los derechos y pertenencias dimanantes de dicho CONTRATO, incluyendo todos los valores e indemnizaciones, pagos diferidos, porcentajes retenidos y créditos que LA ENTIDAD OFICIAL le debiere a EL CONTRATISTA al tiempo en que tuvo lugar la falta o que debieran pagársele después, según las estipulaciones de EL CONTRATO. En consecuencia, a partir del momento en que la ENTIDAD OFICIAL presente una reclamación a LA FIADORA, quedarán sin efecto cualesquiera cesiones de pago de dinero derivadas de EL CONTRATO y LA ENTIDAD OFICIAL cesará todo pago a EL CONTRATISTA, acreedores o cesionarios, los cuales a partir de ese momento aprovecharán exclusivamente a LA FIADORA. De igual manera, LA FIADORA se subrogará en cualesquiera otros derechos y acciones que LA ENTIDAD OFICIAL tuviere en contra de EL CONTRATISTA.⁵³

⁵⁰ Réplica, ¶ 28.

⁵¹ *Supra* n. 44.

⁵² **Anexo 2**, Fianza de Cumplimiento, Póliza No. 070-001-000016556-000000, emitida en beneficio del MINGOB por Cía. Internacional de Seguros a petición del Consorcio Cefere Panamá, de fecha 11 de mayo de 2017 (“Fianza”), p. 3 del pdf.

⁵³ **Anexo 2**, Fianza, p. 3 del pdf.

36. La Aseguradora, al no ser constructora, designará a un especialista para la construcción del Centro. Dicha selección no implica la celebración de un contrato nuevo para la construcción del Centro, como las Demandantes sugieren. La designación de la constructora sustituta se hará mediante la celebración de un acta o enmienda al Contrato, que no es más que el acto en el que se formaliza una situación de hecho y derecho ya existente de la Aseguradora.⁵⁴ Aunque en ocasiones, la negociación con una aseguradora y un constructor de reemplazo implica ciertas complicaciones técnicas, pues es necesario que se llegue a un acuerdo sobre las condiciones y el valor de las obras efectivamente realizadas por el contratista original, eso no cambia la circunstancia de que ya se perfeccionó la subrogación, lo que creó derechos y obligaciones a cargo de la Aseguradora y el MINGOB.⁵⁵ Por lo pronto, el MINGOB anticipa que el constructor sustituto para la construcción del Centro no sea formalmente designado antes del mes de febrero de 2021.⁵⁶

⁵⁴ Aun el Decreto No. 21-Leg de fecha 28 de marzo de 2018 utilizado incorrectamente por las Demandantes, pues no es aplicable a la Fianza, deja claro en su artículo 36 que el acuerdo suplementario no hace más que formalizar la sustitución del constructor. **Anexo 27**, Decreto No. 21-Leg de fecha 28 de marzo de 2018, artículo 36 (“El acuerdo suplementario de ejecución de la fianza de cumplimiento a que se refiere el Artículo 119 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017, no constituye un (sic) nueva relación contractual, sino el acto por medio del cual se formaliza la sustitución de la fiadora en todos los derechos y las obligaciones del contratista, dimanantes del contrato, y esta designa a un tercero ejecutor que tenga la capacidad técnica y financiera, a juicio de la entidad contratante, para que continúe la ejecución del contrato por cuenta y riesgo de la fiadora. El acuerdo suplementario de ejecución de la fianza de cumplimiento deberá contar con el refrendo de la Contraloría General de la República.”) (énfasis añadido).

⁵⁵ Las negociaciones para la selección de un constructor sustituto no duran “varios años,” como las Demandantes tendenciosamente señalan con base en un caso atípico y particularmente complejo. Réplica, ¶¶ 15-16. Cabe señalar que si las Demandantes tuvieran razón y la subrogación se perfeccionara hasta después de la celebración del acuerdo de sustitución del constructor y dicho proceso tuviera una duración promedio de cuatro años, no habría ninguna necesidad ni urgencia para decretar la medida provisional solicitada por las Demandantes.

⁵⁶ Durante la audiencia sobre la solicitud de medida provisionalísima de las Demandantes, las Demandantes pusieron en duda que la selección del constructor sustituto efectivamente se lleve a cabo en febrero de 2021. De acuerdo con las Demandantes, dicha sustitución tomará mucho más tiempo, pues según ellas requiere de distintos pasos y varias aprobaciones internas en Panamá. La postura de las Demandantes es que la ejecución de la Fianza se materializará con la celebración del acto que

37. Las Demandantes recurren a la distinción en derecho internacional entre actos continuos y actos completados, pero esa distinción no les ayuda en nada. La ejecución de la Fianza no es un acto continuo, sino un acto ya consumado que generó ciertos derechos y obligaciones a favor y a cargo de la Aseguradora y Reaseguradora, así como del MINGOB, algunas de las cuales están en proceso de realización.⁵⁷ En cuanto a la inhabilitación de las Demandantes, que se decretó e inició antes de la Solicitud, inclusive antes de este Arbitraje, cualquier medida provisional cuyo objeto fuera alterar dicha inhabilitación irremediabilmente estaría afectando el *statu quo* de la controversia,⁵⁸ lo que no está permitido por el estándar legal aplicable. Que la inhabilitación de las Demandantes sea por definición un acto continuo, pues tiene una duración de tres años, no altera el hecho de que dicha inhabilitación está en vigor

confirme la designación del nuevo constructor. Según las Demandantes, dicho proceso durará varios meses y se extenderá mucho más allá de febrero del año siguiente. Incluso si las Demandantes tuvieran razón y la ejecución de la Fianza se materializará con la designación del nuevo constructor, *quod non*, las Demandantes reconocen – y alegan – que dicho acto no es inminente. Las Demandantes, por tanto, reconocen que la medida provisional que han solicitado no es urgente.

⁵⁷ La Reaseguradora ya presentó un requerimiento de pago a las Demandantes. Véase **Anexo 64**, Carta de la Reaseguradora a las Demandantes de fecha 9 de diciembre de 2020. El MINGOB ya está negociando con la Aseguradora al constructor que actuará como constructor sustituto y quien será quien actúe por cuenta y riesgo de la Aseguradora bajo el Contrato subrogado.

⁵⁸ Como se señaló en la Respuesta, las Demandantes abiertamente reconocen que su Solicitud relacionada con la inhabilitación altera el *statu quo* de la controversia. Solicitud de Medidas Provisionales, ¶ 56 (“Reconociendo, sin embargo, que ordenar la suspensión de los efectos de un fallo de la justicia administrativa en Panamá **altera el *statu quo* a partir de la presentación de este arbitraje, cuando la inhabilitación estaba vigente**, las Demandantes están dispuestas a abstenerse de participar en las licitaciones de contratos públicos en Panamá durante la pendencia del arbitraje (es decir, durante el mismo período de tiempo en que la suspensión de la inhabilitación esté vigente”)) (énfasis añadido). Ninguno de los casos citados en la nota al pie de página 84 de la Réplica, ni el citado en el párrafo 96 de la Réplica, apoyan la posición de las Demandantes respecto al *statu quo*. Por el contrario, todos esos casos apoyan la posición de la Demandada porque no cabe duda que las medidas provisionales solicitadas en la Solicitud modificarían el *statu quo* de la controversia antes de la Solicitud, inclusive antes del inicio del Arbitraje, y agravarían la controversia al afectar el derecho de la Demandada de que la Aseguradora termine la construcción del Centro, conforme a lo dispuesto en la Fianza, y pondría en riesgo el derecho de la Demandada de exigir el cumplimiento de la Fianza a la Aseguradora.

desde antes del inicio de este Arbitraje y, por ende, no puede ser modificada mediante una orden de medidas provisionales.

38. Aunado a lo anterior, la orden solicitada por las Demandantes para suspender el proceso de selección del constructor sustituto para la construcción del Centro, que no es la ejecución de la Fianza sino una consecuencia directa de dicha ejecución, agravaría materialmente la disputa, pues le impediría a Panamá continuar con la construcción del Centro durante el Arbitraje y deterioraría, aún más, el poco avance logrado por las Demandantes en la construcción del Centro, una obra de interés público para Panamá. Dicha orden, así como cualquier otra medida dirigida a suspender los esfuerzos de cobro de la Aseguradora y Reaseguradora frente a las Demandantes, también tendría el efecto de afectar indebidamente el derecho y obligación contractuales que ya tiene la Aseguradora de terminar con la construcción del Centro, así como el derecho de la Aseguradora y Reaseguradora de repetir en contra de las Demandantes por la ejecución de la Fianza, que ya fue realizada.

39. En efecto, cualquier medida provisional relacionada con la ejecución de la Fianza sin duda podría interferir con los derechos y obligaciones de la Aseguradora y la Reaseguradora que las propias Demandantes describieron en su Réplica. De hecho, como sabemos, la Reaseguradora ya inició su derecho de repetir en contra de las Demandantes,⁵⁹ y las Demandantes ahora pretenden con un efecto carambola (esto es, a través de la renuncia de la Demandada de su derecho de que la Aseguradora termine la construcción del Centro o de la intervención de la Demandada o del Tribunal en la relación entre la Reaseguradora y las Demandantes) impedir que la

⁵⁹ Carta de las Demandantes al Tribunal de fecha 9 de diciembre de 2020; Carta de las Demandantes al Tribunal de fecha 16 de diciembre de 2020.

Reaseguradora ejerza sus derechos contractuales frente a las Demandantes. Pues bien, el Tribunal no puede y no debe afectar los derechos de terceros ajenos a esta controversia sobre quienes el Tribunal no tiene jurisdicción.⁶⁰

40. Las Demandantes dicen que los tribunales han dictado medidas provisionales que afectan derechos de terceros “cuando los terceros [obtuvieron] sus derechos como una consecuencia directa o indirecta de la supuesta violación.”⁶¹ Sostienen que ello quedó claro en el caso de *Chevron v. Ecuador* en donde se acusó a Ecuador de apoyar un “litigio abusivo por parte de terceros.”⁶² Concluyen entonces que dado que en este caso “la Aseguradora no habría adquirido ningún derecho respecto al proyecto si no fuera por la rescisión del Contrato,”⁶³ este Tribunal puede dictar medidas que afecten los derechos adquiridos de la Aseguradora y Reaseguradora. Este argumento es una admisión que las medidas provisionales buscan impedir las consecuencias de la medida que se alega es violatoria del TPC, en violación del artículo 10.20(8) del TPC. El argumento de las Demandantes también es una admisión de que para dictar las medidas solicitadas, el Tribunal necesita prejuzgar el fondo de la reclamación. Tan sólo por estas razones, el Tribunal debe desechar la Solicitud.

41. En todo caso, la decisión en *Chevron v. Ecuador* es inaplicable en este Arbitraje. En primer lugar, la decisión se dictó bajo las reglas de la CNUDMI, que es un marco jurídico materialmente distinto al impuesto por el Convenio CIADI.⁶⁴ En segundo

⁶⁰ Panamá reitera que se reserva su derecho de objetar a la jurisdicción de este Tribunal y nada de lo manifestado en esta Dúplica podrá ni deberá ser interpretado como un reconocimiento de Panamá a la jurisdicción del Tribunal.

⁶¹ Réplica, ¶ 101 (traducción del inglés).

⁶² Réplica, ¶ 102 (traducción del inglés).

⁶³ Réplica, ¶ 103 (traducción del inglés).

⁶⁴ Véase *infra* ¶¶ 59-67.

lugar, la decisión se dictó para preservar el fondo de la controversia e incluyó medidas relacionadas con los actos reclamados en el arbitraje, lo que el Tribunal no puede hacer en virtud del artículo 10.20(8) del TPC. En *Chevron v. Ecuador*, las demandantes alegaron que la actuación de Ecuador en el marco de ciertos procedimientos judiciales por responsabilidades ambientales era violatoria del tratado de inversión entre Estados Unidos y Ecuador.⁶⁵ En su solicitud de medidas provisionales, las demandantes le pidieron al tribunal suspender la ejecución de las sentencias dictadas en el marco del procedimiento judicial por responsabilidades ambientales iniciado en su contra en Ecuador.⁶⁶ Es decir, las demandantes solicitaron la suspensión de la aplicación del acto de Ecuador que reclamaban como violatorio del tratado aplicable.⁶⁷

42. Como ha quedado de manifiesto en los escritos de la Demandada en este Arbitraje, de conformidad con el artículo 10.20(8) del TPC, el Tribunal no puede dictar

⁶⁵ **Ap. RL-24**, *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company v. República de Ecuador*, Caso PCA No. 2009-23, Notificación del Arbitraje de los Demandantes de fecha 23 de septiembre de 2009, ¶¶ 66-69.

⁶⁶ **Ap. RL-26**, *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company v. República de Ecuador*, Caso PCA No. 2009-23, Solicitud de Medidas Provisionales de los Demandantes de fecha 1 de abril de 2010, ¶14.

⁶⁷ Además de ello, las medidas provisionales estaban dirigidas a suspender la aplicación del acto reclamado en el arbitraje. En su solicitud de arbitraje las demandantes solicitaron que, como parte del alivio a serles otorgado en el fondo de sus reclamaciones, el tribunal arbitral le ordenara a Ecuador informarle a las autoridades judiciales relevantes en el marco del juicio ambiental que “Ecuador y Petroecuador son responsables por toda tarea de remediación futura o que quede pendiente.” El tribunal otorgó la medida provisional solicitada por las demandantes precisamente para preservar la habilidad del tribunal de otorgar el alivio solicitado por las demandantes en su solicitud de arbitraje. Véase **Ap. RL-24**, *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company v. República de Ecuador*, Caso PCA No. 2009-23, Notificación del Arbitraje de los Demandantes de fecha 23 de septiembre de 2009, ¶ 76(3); **Anexo 61**, *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company v. República del Ecuador*, CNUDMI, Caso PCA No. 2009-23, Orden de Medidas Provisionales de fecha 9 de febrero de 2011, ¶ 14; **Anexo 62**, *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company v. República del Ecuador*, CNUDMI, Caso PCA No. 2009-23, Primer Laudo Provisional sobre Medidas Provisionales de fecha 25 de enero de 2012, ¶ 16; **Anexo 63**, *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company v. República del Ecuador*, CNUDMI, Caso PCA No. 2009-23, Segundo Laudo Provisional sobre Medidas Provisionales de fecha 16 de febrero de 2012, ¶ 3.

medidas provisionales que tengan por efecto suspender la aplicación del acto reclamado en el Arbitraje,⁶⁸ que fue lo que hizo el tribunal en *Chevron v. Ecuador*. Por esa sola razón, la decisión en *Chevron v. Ecuador* es inaplicable a este caso. Las constantes referencias, incluyendo durante la audiencia para la medida provisionalísima, hechas por las Demandantes a la decisión en *Chevron v. Ecuador*, que ordenó la suspensión del acto reclamado y de sus efectos durante la tramitación del arbitraje, confirman que las Demandantes están tratando de inducir al Tribunal a dictar una medida provisional que suspenderá los actos que las Demandantes reclaman en este Arbitraje y sus efectos, en violación del artículo 10.20(8) del TPC.

43. Además, las Demandantes omiten considerar que, en atención a las atípicas circunstancias del caso que habían orillado al tribunal a ordenar la suspensión de la ejecución de una sentencia judicial, el tribunal decidió que “Claimants shall be legally responsible, jointly and severally, to the Respondent for any costs or losses which the Respondent may suffer in performing its obligations under this order.”⁶⁹ No sólo eso, sino que el tribunal ordenó que “as security for such contingent responsibility,” las demandantes debían “deposit within thirty days of the date of this Second Interim Award the amount of US\$ 50,000,000.00 (United States Dollars Fifty Million.”⁷⁰ La decisión en *Chevron v. Ecuador* no puede servir de guía para el Tribunal por las razones antes expuestas. En el caso que lo fuere, *quod non*, las Demandantes

⁶⁸ Respuesta, ¶¶ 24, 31; *supra* ¶¶ 2, 11, 22.

⁶⁹ **Anexo 61**, *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company v. República del Ecuador*, CNUDMI, Caso PCA No. 2009-23, Orden de Medidas Provisionales de fecha 9 de febrero de 2011, ¶ 17.

⁷⁰ **Anexo 63**, *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company v. República del Ecuador*, CNUDMI, Caso PCA No. 2009-23, Segundo Laudo Provisional sobre Medidas Provisionales de fecha 16 de febrero de 2012, ¶ 4.

tendrían que asumir la responsabilidad por los daños que las medidas provisionales le ocasionarían a Panamá y garantizar la indemnización de dichos daños.

44. En resumen, es claro que las medidas solicitadas por las Demandantes buscan alterar materialmente el *statu quo* de la controversia y modificar actos que ya surtieron efectos y, en el caso de la Fianza, ya generaron derechos y obligaciones en terceros ajenos al Arbitraje que están fuera del alcance de la jurisdicción del Tribunal y que ya están siendo ejercidos. Además, las medidas provisionales solicitadas por las Demandantes agravarían la disputa al poner en riesgo el derecho ya adquirido de la Demandada de que la Aseguradora termine el Centro, de acuerdo con el Contrato subrogado. Por lo tanto, la Solicitud debe ser desechada.

IV. LAS DEMANDANTES NO CUMPLEN CON EL ESTÁNDAR DE IRREPARABILIDAD EXIGIDO PARA EMITIR MEDIDAS PROVISIONALES

A. Las Demandantes Expresan Incorrectamente el Estándar Legal Aplicable

45. En términos generales, las Demandantes coinciden con el estándar legal que la Demandada describió como aplicable en su Respuesta. En particular, las Demandantes están de acuerdo en que el Tribunal sólo puede dictar medidas provisionales (i) que sean urgentes y absolutamente necesarias para evitar un daño (que, de acuerdo con las Demandantes, no tiene que ser irreparable); (ii) si el Tribunal tiene jurisdicción *prima facie* sobre la disputa; (iii) que no prejuzguen sobre el fondo de la controversia.⁷¹ Las Demandantes tampoco disputan que recaea en ellas la carga de probar que todos y cada uno de dichos requisitos se ha cumplido.⁷² Las Demandantes

⁷¹ Respuesta, ¶¶ 34, 37, 41; Réplica, ¶¶ 66-73.

⁷² Respuesta, ¶ 38-39, 75, 77. En tan sólo una nota al pie y mediante vagas referencias a las reglas CNUDMI, las Demandantes alegan que las medidas provisionales pueden dictarse incluso si le generan un daño a la contraparte. Réplica, n. 96. Las Demandantes se equivocan. Las autoridades legales

centran sus argumentos en la naturaleza del daño que puede ser evitado mediante medidas provisionales y alegan que dicho daño no tiene que ser necesariamente irreparable.⁷³ Las Demandantes se equivocan.

46. En la Respuesta, la Demandada explicó que, para otorgar una medida provisional, los tribunales del CIADI han requerido uniformemente a la parte requirente que demuestre que las medidas solicitadas son urgentes y necesarias para proteger contra daños irreparables a un derecho específico, y que la medida solicitada sea proporcional. Señaló que el requisito de daño irreparable no se cumple cuando el presunto daño puede ser compensado monetariamente.

47. En efecto, desde que se discutió la inclusión del actual artículo 41 en el Convenio CIADI, los negociadores del tratado manifestaron que la capacidad de los tribunales CIADI para otorgar medidas provisionales quedaría limitada a aquellos supuestos en los que las medidas fueran necesarias para evitar daños irreparables, que son aquéllos que no pueden ser enmendados mediante compensación económica.⁷⁴ Múltiples tribunales CIADI han confirmado que éste es el caso y que las

citadas por ambas partes confirmar que los tribunales arbitrales no deben dictar medidas provisionales si éstas causaran un daño a la contraparte, particularmente si dicho daño es desproporcional a aquél que se busca prevenir mediante las medidas. Véase por ejemplo **Ap. 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*"), ¶ 93; **Ap. RL-10**, *Burimi SRL y Eagle Games SH.A v. República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/11/18, Orden Procesal No. 2 de fecha 3 de mayo de 2012 ("*Burimi*"), ¶ 35; **Ap. RL-11**, *United Utilities*, ¶ 78; **Ap. RL-13**, C. Mouawad and E. Silbert, *A Guide to Interim Measures in Investor-State Arbitration*, p. 381; **Anexo 33**, *Burlington Resources Inc. y otros v. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Orden Procesal No. 1, ¶ 81.

⁷³ Cabe resaltar que las Demandantes han abandonado su argumento de que la ejecución de la Fianza constituye una violación a la exclusividad del arbitraje CIADI prevista en el artículo 26 del Convenio CIADI. Solicitud, ¶ 54. Véase también Respuesta, ¶¶ 64-66.

⁷⁴ Respuesta, citando a **Ap. RL-5**, HISTORY OF THE ICSID CONVENTION, VOL. II, PART 1, p. 516.

medidas provisionales sólo deben ser otorgadas cuando son necesarias y urgentes para evitar un daño irreparable.⁷⁵

48. En su Réplica, las Demandantes ignoran los trabajos preparatorios del Convenio CIADI y a los múltiples tribunales que les han dado efecto y, en cambio, alegan que es posible que tribunales CIADI dicten medidas provisionales para prevenir daños que son reparables mediante compensación económica.⁷⁶ En particular, las Demandantes alegan que la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”), en cuyo estatuto se basó el artículo 41 del Convenio CIADI,⁷⁷ “en varias ocasiones ha otorgado medidas provisionales para evitar un daño irreparable, a pesar de que se podía otorgar una indemnización para compensar por el supuesto perjuicio.”⁷⁸ En sustento de esta afirmación, las Demandantes refieren a la decisión del tribunal en *Cemex v. Venezuela*. Sin embargo, las Demandantes realizan una lectura parcial y errónea de la decisión en *Cemex v. Venezuela*.

49. En *Cemex v. Venezuela*, las demandantes solicitaron al tribunal que le impidiera a Venezuela continuar con determinados procedimientos judiciales

⁷⁵ **Ap. RL-8**, *Phoenix Action, Ltd. v. La República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Decisión sobre Medidas Provisionales de fecha 6 de abril de 2007, ¶¶ 32-33; **Ap. RL-7**, *Occidental*, ¶ 59; **Anexo 1**, *Emilio Agustín Maffezini v. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/97/7, Orden Procesal No. 2 de fecha 28 de octubre de 1999, ¶ 10; **Anexo 14**, *Tokios Tokelés v. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/02/18, Orden Procesal No. 3 de fecha 18 de enero de 2005, ¶ 8; **Ap. RL-9**, *RSM Production Corporation y otros v. Gobierno de Granada*, Caso CIADI No. ARB/10/6, Decisión del Tribunal sobre la Solicitud de Garantía por Costos de la Demandada de fecha 14 de octubre de 2010, ¶ 5.17; **Anexo 15**, *Perenco Ecuador Ltd. v. La República del Ecuador y la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre Medidas Provisionales de fecha 8 de mayo de 2009, ¶ 43; **Ap. RL-10**, *Burimi*, ¶ 34.

⁷⁶ Réplica, ¶ 71.

⁷⁷ Las Partes están de acuerdo en que éste es efectivamente el caso. Véase Solicitud, ¶ 40, Respuesta, ¶ 34, Réplica, ¶ 71.

⁷⁸ Réplica, ¶ 71, citando **Anexo 38**, *CEMEX Caracas Investment B.V. y CEMEX Caracas II Investments B.V. v. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/08/15, Decisión sobre la Solicitud de los Demandantes de Medidas Provisionales de fecha 3 de marzo de 2010 (“*CEMEX v. Venezuela*”), ¶ 47.

encaminados al embargo de ciertas embarcaciones propiedad o bajo el control de las demandantes y sus afiliadas.⁷⁹ Cemex formuló un argumento materialmente similar al de las Demandantes y alegó que el embargo de sus embarcaciones “incrementa[ba] los daños de la Demandante y por tanto agrava[ba la] disputa.”⁸⁰ Por su parte, Venezuela argumentó que la solicitud de Cemex debía ser rechazada, pues se basaba en un daño puramente económico y, por tanto, reparable.⁸¹

50. Al decidir la solicitud de Cemex, el tribunal recalcó que la CIJ otorga medidas provisionales únicamente cuando son necesarias y urgentes para evitar daños irreparables.⁸² El tribunal, además, resaltó que los tribunales CIADI han seguido ese mismo estándar.⁸³ El tribunal, sin embargo, también señaló que “the International Court of Justice often granted provisional measures to avoid irreparable harm, although damages could be awarded in order to compensate the alleged prejudice.”⁸⁴ Ésta es la frase en la que las Demandantes se basan para argumentar que el daño que se busca evitar mediante medidas provisionales no tiene que ser irreparable.⁸⁵ Las Demandantes, sin embargo, descontextualizan y malinterpretan la decisión del tribunal en *Cemex*. Inmediatamente después de la frase que citan las Demandantes, el tribunal sostuvo que:

This has been done in particular when the health or life of people and sometimes their properties were in jeopardy. Thus, in the *Nuclear Tests* cases opposing Australia and

⁷⁹ **Anexo 38**, *CEMEX v. Venezuela* ¶ 23.

⁸⁰ **Anexo 38**, *CEMEX v. Venezuela*, ¶ 20 (traducción del inglés). Réplica, ¶ 70.

⁸¹ **Anexo 38**, *CEMEX v. Venezuela*, ¶¶ 26, 29.

⁸² **Anexo 38**, *CEMEX v. Venezuela*, ¶ 40.

⁸³ **Anexo 38**, *CEMEX v. Venezuela* ¶¶ 41, 44.

⁸⁴ **Anexo 38**, *CEMEX v. Venezuela*, ¶ 47 (énfasis añadido).

⁸⁵ Réplica, ¶¶ 71-72.

New Zealand to France, it was contended that the population of the Claimant States would suffer from the radioactive fall out of the French atmospheric tests. The Court considered that, if established, the effects of the tests could not be reversed by any monetary compensation and ordered provisional measures. Similarly, in the case of the *United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran*, the Court stated that “continuation of the situation the subject of the present request exposes the human beings concerned to privation, hardship, anguish and even danger to life and health and thus a serious possibility of irreparable harm.” Provisional measures were indicated on that ground. For comparable reasons, provisional measures were granted in cases of armed conflicts creating risks of irreparable prejudice to persons or properties, as well as in cases of imminent execution of individuals condemned to death.⁸⁶

51. Una lectura correcta de la decisión del tribunal *Cemex* en su totalidad, y no sólo del fragmento descontextualizado citado por las Demandantes, pone de manifiesto que el tribunal estaba haciendo referencia a daños que son irreparables, como aquéllos a la salud o la vida de los individuos, pero respecto de los cuales es posible otorgar una indemnización monetaria como una forma de reparación pero no de restitución. De hecho, el tribunal en *Cemex* continuó su análisis con una distinción entre daños irreparables respecto de los cuales no se puede otorgar una indemnización monetaria y daños plenamente reparables mediante una indemnización monetaria:

Thus the International Court of Justice, when applying the test of “irreparable prejudice,” makes in fact a distinction between:

(a) Actions which should be restrained, because their effects, though capable of financial compensation, are such that compensation cannot fully remedy the damage suffered;

(b) and actions which may well prove to have infringed a right and caused harm, but in respect to which it will be

⁸⁶ **Anexo 38**, *CEMEX v. Venezuela*, ¶ 47 (citas internas omitidas).

sufficient to award damages, without taking provisional measures.⁸⁷

52. Después de precisar la distinción entre hechos irreparables pero compensables y daños perfectamente reparables con dinero en el contexto del derecho internacional en general y de la CIJ, el tribunal en *Cemex* confirmó que “[t]he same distinction can be drawn from an analysis of ICSID case law.”⁸⁸ El tribunal agregó que en el marco del Convenio CIADI en “situations where the alleged prejudice can be readily compensated by awarding damages. . . provisional measures were denied because of the absence of an ‘irreparable harm.’”⁸⁹ Con base en esta importante distinción, que las Demandantes ignoran, el tribunal rechazó la solicitud de medidas provisionales de las demandantes, pues la única consecuencia que resultaría del embargo de las embarcaciones de Cemex era una pérdida económica que, por definición, era plenamente reparable mediante una compensación económica.⁹⁰

53. Las Demandantes intentan fundamentar su postura acerca de que es posible otorgar medidas provisionales por daños reparables con dinero en un puñado de decisiones CIADI. Sin embargo, el intento de las Demandantes es fallido. Respecto de la decisión en *Perenco v. Ecuador*,⁹¹ las Demandantes omiten señalar que el tribunal expresamente sostuvo que “las medidas no serán necesarias cuando una parte pueda ser indemnizada adecuadamente mediante un laudo de daños pecuniarios si logra prevalecer en sus derechos al momento en que el caso se decida.”⁹² Las

⁸⁷ **Anexo 38**, *CEMEX v. Venezuela*, ¶ 49 (énfasis añadido).

⁸⁸ **Anexo 38**, *CEMEX v. Venezuela*, ¶ 50.

⁸⁹ **Anexo 38**, *CEMEX v. Venezuela*, ¶ 55.

⁹⁰ **Anexo 38**, *CEMEX v. Venezuela*, ¶¶ 56, 58.

⁹¹ Réplica, ¶ 71.

⁹² **Ap. RL-25**, *Perenco Ecuador Ltd. v. La República del Ecuador y la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre Medidas Provisionales de fecha 8 de

Demandantes también ignoran que al momento de resolver la solicitud específica de medidas provisionales, el tribunal basó su decisión en que las medidas buscaban evitar un inminente riesgo de destrucción del negocio de Perenco.⁹³ Es decir, el tribunal empleó un estándar basado en la naturaleza irreparable del daño.

54. Por las mismas razones, la referencia que hacen las Demandantes a la decisión en *Rizzani v. Kuwait* es infructuosa. Si bien el tribunal refirió a un “daño serio o grave” y no necesariamente irreparable,⁹⁴ en realidad el tribunal aplicó un estándar sustancialmente alto que estaba centrado en la imposibilidad de reparar el daño con una compensación meramente económica. En ese caso, las demandantes solicitaron que el tribunal decretara, *inter alia*, la suspensión de la construcción de un proyecto de infraestructura carretera, ya que dicha construcción implicaba importantes pérdidas económicas diarias para las demandantes.⁹⁵ Más allá de la pérdida económica diaria, que es un daño perfectamente reparable mediante compensación monetaria, el tribunal centró su análisis en si las pérdidas económicas de las demandantes atentaban contra la continuidad de las demandantes y creaban un inminente riesgo de que cayeran en bancarrota.⁹⁶

55. El tribunal resolvió que las demandantes no habían demostrado la existencia de un riesgo material e inminente de que la continuidad del proyecto

mayo de 2009 (“Perenco”), ¶ 43. En contrapartida, el tribunal también sostuvo que “[c]uando las acciones de una parte pueden causar pérdidas a la otra que no puedan subsanarse con un eventual laudo de daños pecuniarios, es probable que se cumpla la condición del Artículo [47].” *Id.*

⁹³ **Ap. RL-25**, *Perenco*, ¶ 53.

⁹⁴ **Anexo 43**, *Rizzani de Eccher S.p.A., Obrascón Huerte Lain S.A., y Trevi S.p.A. v. Estado de Kuwait*, Caso CIADI No. ARB/17/8, Decisión sobre Medidas Provisionales de fecha 23 de noviembre de 2017 (“*Rizzani v. Kuwait*”) ¶ 103.

⁹⁵ **Anexo 43**, *Rizzani v. Kuwait*, ¶¶ 115-116.

⁹⁶ **Anexo 43**, *Rizzani v. Kuwait*, ¶¶ 120-130.

resultara en la insolvencia de las demandantes.⁹⁷ Por lo tanto, el tribunal denegó la medida provisional solicitada por las demandantes, a pesar de que éstas podrían sufrir daños económicos por la continuidad del proyecto, que en todo caso hubieren sido compensables con una indemnización monetaria. De especial relevancia para este caso, el tribunal sostuvo que la mera referencia hecha por las demandantes a las pérdidas económicas que sufrirían por continuar con la construcción del proyecto eran insuficientes para acreditar la existencia de un riesgo que justificara el otorgamiento de medidas provisionales, ya que “the loss asserted was not compared in any meaningful way to the financial state of the [claimants].”⁹⁸ Es decir, una supuesta pérdida económica por sí misma, e independiente de su cuantía, es insuficiente para justificar que un tribunal CIADI otorgue medidas provisionales.

56. En el mismo sentido, la decisión en *PNG v. Papúa Nueva Guinea* tampoco sustenta la teoría de las Demandantes de que se pueden otorgar medidas provisionales por daños que son perfectamente reparables mediante una indemnización monetaria.⁹⁹ En ese caso, el tribunal dictó dos medidas provisionales. La primera, le impedía a la demandada tomar el control corporativo de la demandante y hacer cambios materiales a su estructura orgánica.¹⁰⁰ La segunda, le impedía a la

⁹⁷ **Anexo 43**, *Rizzani v. Kuwait*, ¶ 127.

⁹⁸ **Anexo 43**, *Rizzani v. Kuwait*, ¶ 119.

⁹⁹ Réplica, n. 91 (refiriendo a **Anexo 44**, *PNG Sustainable Development Program Ltd. v. Estado Independiente de Papúa Nueva Guinea*, Caso CIADI No. ARB/13/33, Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales de las Demandantes de fecha 21 de enero de 2015 (“*PNG v. Papúa Nueva Guinea*”), ¶ 109 (“In the Tribunal’s view, the term ‘irreparable’ harm is properly understood as requiring a showing of a material risk of serious or grave damage to the requesting party, and not harm that is literally ‘irreparable’ in what is sometimes regarded as the narrow common law sense of the term.”).

¹⁰⁰ **Anexo 44**, *PNG v. Papúa Nueva Guinea*, ¶ 131.

demandada vender ciertas acciones propiedad de la demandante y cuya restitución íntegra había sido solicitada por la demandante en el fondo del procedimiento.¹⁰¹

57. En ambos casos, las medidas estaban dirigidas a prevenir daños que no podían ser plenamente reparados mediante una compensación económica. Por un lado, el tribunal decidió que permitir que la demandada tomara el control corporativo de la demandante ponía en peligro la existencia misma de la demandante y su habilidad para continuar con su participación en el arbitraje.¹⁰² Por el otro, prevenir la venta de las acciones propiedad de la demandante preservaba el derecho de la demandante de obtener la restitución íntegra de sus acciones, que era la forma de reparación que la demandante solicitó del tribunal. Por lo tanto, contrario a lo que las Demandantes sugieren, la decisión del tribunal en *PNG v. Papúa Nueva Guinea* es un ejemplo más de que los tribunales CIADI sólo pueden decretar medidas provisionales cuando están relacionadas con daños que no pueden ser reparados mediante compensación económica.

58. Los trabajos preparatorios del Convenio CIADI, las decisiones de la CIJ, en cuyo estatuto se basó el artículo 47 del Convenio CIADI, y las decisiones de múltiples tribunales CIADI confirman que en el marco del arbitraje CIADI sólo se pueden dictar medidas provisionales respecto de daños que no pueden ser reparados

¹⁰¹ **Anexo 44**, *PNG v. Papúa Nueva Guinea*, ¶¶ 158-162. La demandante había solicitado el “reinstatement and return of its shares.” *Id.*, ¶ 162.

¹⁰² **Anexo 44**, *PNG v. Papúa Nueva Guinea*, ¶ 131 (“Such a restructuring of the corporate management of the Claimant would likely cause serious damage to the Claimant, including by endangering its very existence and affecting its ability to participate as a party in this arbitration. Among other things, a restructured management could abandon (or alter) the Claimant’s position in these proceedings or the Singapore court proceedings, or could dispose of or encumber the Claimant’s assets, or conclude agreements with the Respondent or other parties that would be potentially adverse to the Claimant’s interests as asserted in this arbitration.”).

mediante una indemnización económica, y siempre que se cumplan los demás requisitos impuestos por el estándar legal aplicable.¹⁰³ Las Demandantes parecen estar conscientes de que éste es el caso. Más allá de las pocas e inaplicables decisiones CIADI recién analizadas, las Demandantes fundan su postura sobre el estándar legal aplicable en autoridades legales descontextualizadas¹⁰⁴ y en precedentes de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”), que fueron dictados dentro de un régimen legal materialmente distinto al del arbitraje CIADI.

59. En particular, las Demandantes hacen referencia a las decisiones dictadas en *Behring v. Irán* y en *Paushok v. Mongolia*.¹⁰⁵ Ambas decisiones se emitieron al amparo del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976, que tenía un marco normativo sustancialmente distinto al previsto por el Convenio CIADI en materia de medidas provisionales.¹⁰⁶ De hecho, en *Paushok v. Mongolia*, la demandada

¹⁰³ *Supra* ¶¶ 45-48; Respuesta, ¶¶ 41-45.

¹⁰⁴ Por ejemplo, las Demandantes hacen referencia a una publicación cuya coautora es Meg Kinnear, la Secretaria General del CIADI. Véase Réplica, n. 90. Las Demandantes omiten señalar que el fragmento que citan de dicha publicación está acompañada por una nota a pie de página con la siguiente aclaración: “although the authors note that there is no irreparable prejudice where the injury can be made whole by monetary relief.” **Anexo 39**, Meg N. Kinnear, Andrea K. Bjorklund and John F. G. Hannaford, INVESTMENT DISPUTES UNDER NAFTA: AN ANNOTATED GUIDE TO NAFTA CHAPTER 11 (Kluwer Law International 2006) n. 61. Las Demandantes también sugieren que el profesor Berger es de la opinión que la ejecución de una fianza siempre genera un daño irreparable debido al efecto disruptivo que tiene en las operaciones de una empresa. Véase Réplica, n. 90. El profesor Berger, sin embargo, nunca aborda el tema de la ejecución de una fianza, sino que se refiere a la pérdida de bienes perecederos. La opinión del profesor Berger, además, esta circunscrita a medidas provisionales dentro del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y no aplica al Convenio CIADI. **Anexo 45**, Klaus Peter Berger, INTERNATIONAL ECONOMIC ARBITRATION (Kluwer Law and Taxation Publishers 1993) p. 336.

¹⁰⁵ Réplica, n. 90.

¹⁰⁶ **Anexo 40**, *Behring International, Inc. v. República Islámica Fuerza Aérea de Irán*, Caso IUSCT No. 382, Laudo Interino e Interlocutorio (Laudo No. ITM/ITL 52-382-3) de fecha 21 de junio de 1985 ¶ 125; **Anexo 41**, *Sergei Paushok y otros v. Gobierno de Mongolia*, CNUDMI, Orden sobre Medidas Provisionales de fecha 2 de Septiembre de 2008 (“*Sergei Paushokv*”) ¶ 34. Como se desprende de ambas decisiones, la disposición relevante en materia de medidas provisionales que fue aplicada por ambos tribunales disponía: “At the request of either party, the arbitral tribunal may take any interim measures it deems necessary in respect of the subject-matter of the dispute, including measures for the

propuso la aplicación de un estándar legal similar al requerido por el Convenio CIADI y basado en precedentes CIADI.¹⁰⁷ El tribunal rechazó la propuesta de la demandada y dictó su decisión específicamente para el marco legal aplicable al Reglamento CNUDMI. Al hacerlo, el tribunal enfatizó que:

Whatever the situation under the ICSID Convention, the Tribunal does not support the contention that such measures can only be issued, under the UNCITRAL Rules, when specific performance is requested in connection with a contractual relationship. No such restriction is implied under the broad language of Article 26(1) of the UNCITRAL Rules.¹⁰⁸

60. Así como las decisiones CIADI no fueron relevantes para la interpretación del marco normativo aplicable en materia de medidas provisionales bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, las decisiones dictadas al amparo de dicho reglamento no pueden ser y no son relevantes para la interpretación del estándar legal aplicable bajo el Convenio CIADI. Igualmente, la referencia de las Demandantes a casos en los que se adoptaron medidas provisionales para prevenir “significant human hardship and serious risk to life and health” como resultado de la privación de libertad de individuos no guardan ninguna relación con este procedimiento y no son aplicables a él.¹⁰⁹

61. Conscientes de las deficiencias de su argumento acerca de la naturaleza irreparable del daño, las Demandantes alegan “[i]nternational commercial arbitration tribunals ... typically grant a contractor’s request for a provisional measure enjoining the respondent from collecting or executing on any advance payment or performance

conservation of the goods forming the subject-matter in dispute, such as ordering their deposit with a third person or the sale of perishable goods.”

¹⁰⁷ **Anexo 41**, *Sergei Paushokv*, ¶¶ 64-65.

¹⁰⁸ **Anexo 41**, *Sergei Paushokv*, ¶ 70 (énfasis añadido).

¹⁰⁹ Réplica, ¶ 87.

bond.”¹¹⁰ La referencia de las Demandantes a la práctica comercial internacional es completamente irrelevante, pues dichos procedimientos están sujetos a un régimen jurídico sustancialmente distinto a este Arbitraje CIADI. Como Panamá lo ha indicado reiteradamente, el Convenio CIADI impone importantes restricciones a la facultad de los tribunales de dictar medidas provisionales. La práctica de arbitraje comercial no ayuda en lo más mínimo a las Demandantes.

62. A diferencia de la práctica de arbitraje comercial, las Demandantes no pueden afirmar que hay una práctica en arbitraje CIADI por conceder medidas provisionales similares a la solicitada por las Demandantes. Eso es porque no la hay. La Demandada conoce de sólo un caso, *Saipem v. Bangladesh*, en el que un tribunal CIADI dictó medidas provisionales en relación con la ejecución de una fianza de cumplimiento en el marco de un contrato de construcción.¹¹¹ Las Demandantes hacen múltiples referencias a dicho caso en un intento de crear paralelismos con la decisión dictada en él.¹¹² Los intentos de las Demandantes, sin embargo, fracasan a la luz de las muy especiales circunstancias en las que el tribunal en *Saipem* decidió dictar medidas provisionales.

63. En ese caso, Saipem y Petrobanlga, una empresa estatal de Bangladesh, habían celebrado un contrato para la construcción de un gasoducto.¹¹³ Conforme a los términos de dicho contrato, Petrobangla tenía el derecho de retener, a título de garantía

¹¹⁰ Réplica, ¶ 76.

¹¹¹ **Anexo 18**, *Saipem S.p.A. v. la República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/07, Decisión sobre Jurisdicción y Recomendación sobre Medidas Provisionales de fecha 21 de marzo de 2007 (“*Saipem v. Bangladesh*”).

¹¹² Solicitud, ¶¶ 60; Réplica, ¶¶ 77, 85.

¹¹³ **Anexo 18**, *Saipem v. Bangladesh*, ¶ 7.

de cumplimiento, 10% de los pagos hechos a Saipem por avances en la obra.¹¹⁴ Las cantidades retenidas en garantía por Petrobangla tenían que ser liberadas y entregadas a Saipem en dos parcialidades equivalentes a 5% del monto del contrato cada una, en dos hitos distintos previstos en el contrato.¹¹⁵ Después de la liberación de la primera porción de las cantidades retenidas en garantía, Petrobangla tenía la opción de liberar la segunda porción equivalente a 5% del precio del contrato antes de la fecha contractualmente pactada para ello, siempre y cuando Saipem le entregara una fianza de cumplimiento.¹¹⁶

64. Durante la ejecución del contrato y conforme a lo previsto en él, Petrobangla liberó la primera parcialidad de las cantidades retenidas en garantía en la fecha pactada.¹¹⁷ Después de ello, con base en los términos del contrato, Saipem le entregó a Petrobangla una fianza de cumplimiento por el 5% del valor del contrato.¹¹⁸ Contra la entrega de dicha fianza de cumplimiento, Petrobangla debía liberar el remanente de las cantidades retenidas en garantía, pero nunca lo hizo. Es decir, en violación del contrato, las obligaciones de Saipem quedaron doblemente garantizadas con dos mecanismos distintos: las cantidades retenidas en garantía equivalentes a 5% del monto del contrato y una fianza de cumplimiento por el mismo monto.¹¹⁹

65. En ese contexto específico, la decisión del tribunal en *Saipem* estuvo basada en dos consideraciones principales. Primero, en que Bangladesh reconoció

¹¹⁴ **Anexo 18**, *Saipem v. Bangladesh*, ¶ 8.

¹¹⁵ **Anexo 18**, *Saipem v. Bangladesh*, ¶ 8.

¹¹⁶ **Anexo 18**, *Saipem v. Bangladesh*, ¶ 9.

¹¹⁷ **Anexo 18**, *Saipem v. Bangladesh*, ¶ 12.

¹¹⁸ **Anexo 18**, *Saipem v. Bangladesh*, ¶ 14.

¹¹⁹ **Anexo 18**, *Saipem v. Bangladesh*, ¶ 16.

que, después de haber recibido la fianza de cumplimiento, Petrobangla había indebidamente mantenido las cantidades retenidas en garantía.¹²⁰ Es decir, en palabras del tribunal, Bangladesh reconoció que “Petrobangla podía ejecutar la Fianza de Cumplimiento y al mismo tiempo quedarse con la Retención de Garantía.”¹²¹ Segundo, en esas circunstancias, Bangladesh no controvertió que Saipem estuviera expuesta a sufrir un daño irreparable.¹²² Esas dos circunstancias son diametralmente distintas a los hechos de este caso, donde el MINGOB no está indebidamente aumentando sus garantías, sino que simple y sencillamente ejecutó la Fianza que le fue entregada al amparo del Contrato, en el ejercicio de sus derechos contractuales y en cumplimiento con la legislación panameña.

66. Notablemente, si bien el tribunal en *Saipem* concedió la medida provisional solicitada por la demandante para que Petrobangla no ejecutara la fianza de cumplimiento, el tribunal denegó la medida provisional solicitada por Saipem para que Petrobangla también liberara las cantidades retenidas en garantía.¹²³ Es decir, el tribunal preservó las garantías originalmente pactadas en el contrato.

67. Por todo lo anterior, es incuestionable que en el marco del arbitraje CIADI los tribunales sólo pueden dictar medidas provisionales que son urgentes y necesarias para prevenir un daño que es incapaz de ser remediado mediante una compensación económica a ser decretada al final del procedimiento arbitral. Este requisito es indispensable en el contexto del arbitraje de inversión, en donde los tribunales no sólo

¹²⁰ **Anexo 18**, *Saipem v. Bangladesh*, ¶¶ 165, 183.

¹²¹ **Anexo 18**, *Saipem v. Bangladesh*, ¶ 183 (traducción del inglés).

¹²² **Anexo 18**, *Saipem v. Bangladesh*, ¶ 182 (“Bangladesh does not contest Saipem’s contentions and that there is a risk of irreparable harm if Saipem has to pay the amount of the Warranty Bond.”)

¹²³ **Anexo 18**, *Saipem v. Bangladesh*, ¶¶ 183, 185.

tienen que balancear intereses comerciales, sino que además tienen que sopesar el riesgo de interferir con facultades soberanas de los estados.

B. Las Demandantes no pueden identificar ningún daño irreparable que se derive de la ejecución de la fianza o su inhabilitación.

68. Las Demandantes son incapaces de responder la pregunta fundamental de ¿cuál es el daño que no es susceptible de ser reparado plenamente mediante el pago de una compensación monetaria?

69. Como lo expresó el tribunal en *Plama*:

Cualquiera que sea el resultado de los procedimientos [locales] ..., el derecho del Demandante a presentar sus reclamos por daños en este arbitraje y la capacidad del Tribunal Arbitral para decidir estos reclamos no se verán afectados. El Tribunal acepta el argumento de la Demandada de que el daño no es irreparable si puede ser compensado por daños, que es el caso en el presente arbitraje y que, además, es el único recurso que busca la Demandante.¹²⁴

70. En relación con la ejecución de la Fianza, las Demandantes simplemente alegan que el cobro que la Reaseguradora les ha hecho como consecuencia de la ejecución de la Fianza “afecta materialmente los intereses financieros de las Demandantes.”¹²⁵ El pago que las Demandantes tendrán que hacer a su Aseguradora y/o Reaseguradora como consecuencia de la ejecución de la Fianza excede el alcance de este Arbitraje y de la Solicitud de las Demandantes. En todo caso, la vaga referencia hecha por las Demandantes al efecto que dicho pago a la Reaseguradora tendrá sobre su situación económica es materialmente insuficiente para acreditar un

¹²⁴ **Ap. RL-19**, *Plama Consortium Limited v. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Orden de fecha 6 de septiembre de 2005, ¶ 46 (énfasis añadido; traducción del inglés).

¹²⁵ Réplica, ¶ 78 (traducción del inglés).

daño irreparable que justifique que el Tribunal dicte medidas provisionales. Como el tribunal en *Rizzani* sostuvo, una simple referencia a una pérdida económica, sin una comparación significativa sobre el impacto que dicha pérdida tendrá en las operaciones o situación económica de las partes, es insuficiente para acreditar un daño que amerite protección mediante medidas provisionales.¹²⁶

71. Las Demandantes no han presentado evidencia alguna que sugiera que la ejecución de la Fianza y/o el pago que la Reaseguradora le ha requerido a las Demandantes con base en sus propios acuerdos comerciales tendrá un serio, significativo e irreparable daño en las operaciones de las Demandantes. Como lo indica en su declaración testimonial el Sr. Daniel Toledano, Director General de IBT Group, LLC:

IBT Group es una compañía global, que opera y ha hecho proyectos en África, América del Norte y del Sur, y Europa.



En América, el IBT Group mantiene operaciones en Florida, Georgia, Puerto Rico, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Panamá, y Perú. El IBT Group también ha

¹²⁶ **Anexo 43**, *Rizzani v. Kuwait*, ¶ 119.

ejecutado proyectos en más países como Argentina, Haití y Brasil.¹²⁷

72. Conforme a las declaraciones de su propio Director General, la construcción del Centro en Panamá no era más que una pequeña parte del negocio de las Demandantes, por lo que no hay ninguna base para pensar que el pago que Reaseguradora le ha requerido a las Demandantes tendrá un efecto material en sus operaciones y, mucho menos, que las pondrá en un estado de “destrucción.”

73. En un último intento fallido por demostrar que la ejecución de la Fianza tendrá un impacto en sus operaciones, las Demandantes refieren a una carta emitida por sus auditores externos.¹²⁸ Dejando a un lado el poco valor probatorio que tiene una comunicación generada *ex profeso* para este Arbitraje que está plasmada de lenguaje genérico,¹²⁹ la carta de los auditores de las Demandantes no prueba ningún daño a las Demandantes. En dicha carta, se afirma que “[w]ithout the ability to obtain a performance and payment bond from their Surety company, Contractors throughout the Americas are severely hampered in their ability to pursue public construction contracts.”¹³⁰ Los auditores de las Demandantes, sin embargo, nunca explican por qué la ejecución de la Fianza y el cobro que la Reaseguradora ha hecho ponen a las Demandantes en una imposibilidad de obtener fianzas o garantías adicionales para otros proyectos. Notablemente, los auditores no alegan en ningún momento que la

¹²⁷ **Anexo 24**, Declaración Jurada de Daniel Toledano, ¶¶ 3-4.

¹²⁸ **Anexo 24**, Declaración Jurada de Daniel Toledano, apéndice 4.

¹²⁹ La carta de los contadores no hace una sola referencia específica a la situación financiera de las Demandantes o a cualquier métrica, ya sea capital social, capital de trabajo, utilidades, ingresos, etc., que permita analizar el impacto que tendría sobre las Demandantes realizar el pago que su Reaseguradora les ha solicitado.

¹³⁰ **Anexo 24**, Declaración Jurada de Daniel Toledano, apéndice 4, p. 88 del pdf.

ejecución de la Fianza pondrá a las Demandantes a punto de la quiebra o siquiera que tendrá un impacto significativo en su situación financiera.

74. El caso de las Demandantes está primordialmente basado en el efecto que tendrá sobre su situación financiera el pago de US\$13,813,012.20 que tienen que hacer a su Reaseguradora antes del 23 de diciembre de 2020.¹³¹ De acuerdo con las

Demandantes:

The only way to revoke the right of Swiss Re to demand additional collateral or reimbursement under the indemnification agreement is to, as the Claimants request, order that the Respondent withdraw its formal execution of the Bond. That action would remove the triggering event for IBT's obligations under the indemnification agreement.¹³²

75. Las Demandantes se equivocan y distorsionan los términos de su propia relación comercial con la Reaseguradora. Conforme a los términos del contrato de reaseguro que las Demandantes celebraron con su Reaseguradora, la Reaseguradora tiene derecho de solicitarle a las Demandantes que entreguen garantías adicionales o que realicen el pago de la cantidad garantizada por la Reaseguradora en los siguientes supuestos:

The Surety's right to demand collateral security shall be triggered by any one of the following: (a) if it receives any notice of default, claim, or lawsuit asserting liability; (b) if it sets up a reserve to cover any investigation, demand, liability, claim asserted, suit or judgment under any of the Bonds; or (c) in the event there is a material change in the financial condition of any of the Indemnitors. . .

The Indemnitors shall be in default of this Agreement in the event of any of the following: (a) the Surety receives notice of a claim, breach or default under a Bonded contract; (b)

¹³¹ Réplica, ¶ 32-41; Carta de las Demandantes al Tribunal de fecha 9 de Diciembre de 2020; **Anexo 24**, Declaración Jurada de Daniel Toledano.

¹³² Réplica, ¶ 40.

the Surety receives a declaration of default or termination under a Bonded contract; (c) any breach or default in the performance of any Bonded contract; (d) abandonment, cessation or suspension of work under any Bonded contract; (e) the failure to diligently prosecute the work under any Bonded contract . . .¹³³

76. En su comunicación del 9 de diciembre de 2020 por medio de la cual solicitó a las Demandantes que hicieran el pago del monto garantizado por la Fianza, la Reaseguradora hizo referencia explícita a estas dos disposiciones del contrato de reaseguro.¹³⁴ Tal y como queda de manifiesto en los distintos supuestos subrayados en la cita textual anterior, la Reaseguradora tiene el derecho de exigirle a las Demandantes la entrega de garantías adicionales o el pago del monto garantizado por la Fianza en una serie de eventos que exceden y anteceden a la ejecución de la Fianza, que se materializó el pasado 14 de agosto de 2020.

77. Por ejemplo, la Reaseguradora tiene derecho de demandarle el pago a las Demandantes, tal y como ya lo hizo, en caso de que: (i) el MINGOB emita una notificación de incumplimiento bajo el Contrato, lo que ocurrió el 6 de agosto de 2019;¹³⁵ (ii) el Contrato sea rescindido administrativamente por incumplimiento, lo que ocurrió el 16 de enero de 2020 mediante la Resolución Administrativa;¹³⁶ (iii) exista un incumplimiento bajo el Contrato, lo cual ocurrió mucho antes de su terminación y, por lo menos, el 6 de agosto de 2019 cuando el MINGOB manifestó por primera vez su intención de resolver administrativamente el Contrato;¹³⁷ o (iv) las Demandantes

¹³³ **Anexo 24**, Declaración Jurada de Daniel Toledano, apéndice 4, p. 77 del pdf.

¹³⁴ **Anexo 64**, Carta de Swiss Re Corporate Solutions para IBT Group de fecha 9 de diciembre de 2020.

¹³⁵ Solicitud de Arbitraje, ¶¶ 25, 70. Véase también, **Ap. CE-7**, Nota No. 201-2019-CEFERE-MINOGB enviada por el Consorcio CEFERE Panamá a el MINGOB el 14 de agosto de 2019.

¹³⁶ **Anexo 5**, Resolución Administrativa.

¹³⁷ Solicitud de Arbitraje, ¶¶ 25, 70. Véase también, **Ap. CE-7**, Nota No. 201-2019-CEFERE-MINOGB enviada por el Consorcio CEFERE Panamá a el MINGOB el 14 de agosto de 2019.

abandonen la construcción del Centro o existan deficiencias en la prestación de los servicios bajo el Contrato, lo que ya ocurrió y resultó en la resolución administrativa del Contrato, que se basó en el abandono de las obras objeto del Contrato por parte de las Demandantes.¹³⁸

78. Todos y cada uno de los supuestos anteriores, que anteceden al inicio del Arbitraje y la presentación de la Solicitud, facultan a la Reaseguradora a exigir el pago que ya le ha solicitado a las Demandantes. De hecho, en su solicitud de pago, la Reaseguradora refirió a la Resolución Administrativa como el fundamento de su reclamación y no a la carta del 14 de agosto de 2020 por medio de la cual la Aseguradora ejecutó la Fianza y se subrogó en los derechos y obligaciones del Contrato.¹³⁹ Por lo tanto, la aseveración de las Demandantes en el sentido de que suspender “la ejecución formal” de la Fianza eliminará el derecho de la Reaseguradora de exigirle el pago a las Demandantes es patentemente incorrecta. La Reaseguradora tiene y tendrá dicho derecho de reclamar un pago de las Demandantes independientemente de que Panamá ya haya ejecutado la Fianza y continúe, o no, con el proceso de selección del contratista sustituto. Dicho de otra forma, la Reaseguradora tiene y tendrá el derecho de exigirle el pago a las Demandantes independientemente de lo que este Tribunal decida.

79. Las Demandantes, por lo tanto, no han demostrado que la ejecución de la Fianza, que ya se llevó a cabo, y los actos que resultan de dicha ejecución les generen un daño, ya sea irreparable o significativo y material, que justifique que el Tribunal dicte

¹³⁸ Respuesta, ¶ 10; **Anexo 5**, Resolución Administrativa.

¹³⁹ **Anexo 64**, Carta de Swiss Re Corporate Solutions para IBT Group de fecha 9 de diciembre de 2020.

medidas provisionales. Incluso si sufrieren un daño por la ejecución de la Fianza y las Demandantes tuvieran razón en el fondo de este Arbitraje, que no la tienen, el daño causado por la ejecución de la Fianza sería clara y plenamente reparable mediante una compensación económica.¹⁴⁰

80. Las Demandantes tampoco han demostrado que su inhabilitación para celebrar contratos públicos con entidades estatales panameñas les genere un daño irreparable. El argumento de las Demandantes se centra en que la inhabilitación de las Demandantes en Panamá supuestamente las inhabilitará, además, para celebrar contratos en otras partes del mundo. La aseveración de las Demandantes es meramente especulativa, pues no han sido capaces de probar que en los cuatro meses que lleva en vigor su inhabilitación en Panamá, dicha inhabilitación les ha causado daño alguno. De hecho, las Demandantes no han demostrado que tengan, o planeen tener, proyectos de construcción en otras partes del mundo. En este punto, vale la pena señalar que la información pública del grupo corporativo de las Demandantes sugiere que las actividades del grupo y sus proyectos de construcción por lo menos en Perú, y potencialmente en otras partes de América Latina, son desarrollados y administrados por IBT Group Peru, una afiliada a las Demandantes.¹⁴¹ El grupo también “cuenta con filiales en París, Londres y Madrid.”¹⁴² El contrato de reaseguro proporcionado por las Demandantes también refleja que hay distintas empresas del

¹⁴⁰ De cualquier forma, “[l]a única protección buscada por las Demandantes en este Arbitraje es un laudo de daños.” Réplica, ¶ 99.

¹⁴¹ **Ap. R-3**, Comunicado de Prensa de IBT Group Perú.

¹⁴² **Ap. R-3**, Comunicado de Prensa de IBT Group Perú.

grupo corporativo que llevan a cabo proyectos de construcción, incluyendo IBT Group USA, LLC; Ceinsa USA, LLC; IBT Health, LCC e IBT Construction, LCC.¹⁴³

81. Las Demandantes simple y sencillamente no han demostrado que tengan operaciones en otras partes del mundo e, incluso si las tuvieran, que dichas operaciones se verían materialmente afectadas por la inhabilitación que se les ha impuesto en Panamá desde hace cuatro meses. El daño alegado por las Demandantes es, por tanto, altamente hipotético y especulativo y excede, por ende, el alcance de las medidas provisionales que puede dictar el Tribunal.¹⁴⁴

82. Bajo esas circunstancias, las Demandantes no han demostrado que las medidas que solicitan son urgentes y necesarias para evitar un riesgo material o inminente de sufrir un daño irreparable. Por lo tanto, la Solicitud debe ser rechazada.

83. Cabe señalar además que, sin perjuicio a las objeciones a la jurisdicción de este Tribunal que pudiera presentar la Demandada, este Tribunal permanece perfectamente libre para determinar el monto de cualquier compensación que, en su caso, fuera adeudada por la Demandada a las Demandantes, de conformidad con el TPC.

V. LAS MEDIDAS PROVISIONALES SOLICITADAS POR LAS DEMANDANTES REQUIEREN QUE EL TRIBUNAL PREJUZGUE SOBRE EL FONDO DE LA CONTROVERSI

84. Como quedó demostrado anteriormente,¹⁴⁵ la ejecución de la Fianza y la inhabilitación de las Demandantes para celebrar contratos públicos con Panamá son el

¹⁴³ **Anexo 24**, Declaración Jurada de Daniel Toledano, apéndice 4, pp. 80-83 del pdf.

¹⁴⁴ Incluso si las Demandantes sufrieran un daño por la inhabilitación que se les ha impuesto en Panamá, las Demandantes no han demostrado que dicho daño no puede ser plenamente reparado mediante una indemnización monetaria.

¹⁴⁵ *Supra*, ¶¶ 11-18.

resultado y forman parte de la aplicación de la Resolución Administrativa y de la Decisión del TACP. Es decir, la ejecución de la Fianza y la inhabilitación impuesta a las Demandantes son parte inseparable de las supuestas violaciones reclamadas por las Demandantes bajo el TPC.

85. Por lo tanto, si el Tribunal decidiera otorgar las medidas provisionales solicitadas por las Demandantes, que están encaminadas a suspender los efectos directos de los actos que las Demandantes reclaman en este Arbitraje (esto es, la Resolución Administrativa y la Decisión del TACP), el Tribunal estaría prejuzgando sobre el fondo de la reclamación de las Demandantes.

VI. LAS MEDIDAS PROVISIONALES SOLICITADAS POR LAS DEMANDANTES SERÍAN PERJUDICIALES PARA LA DEMANDADA

86. La Demandada considera importante resaltar cuál sería el efecto de otorgar las medidas provisionales solicitadas por las Demandantes. El tribunal en *Occidental* recordó:

[N]o pueden disponerse medidas provisionales para la protección de los derechos de una parte si ellas han de causar perjuicios irreparables para los derechos de la otra parte; en este caso para los derechos de un Estado soberano.¹⁴⁶

87. Como se explica a continuación, el otorgamiento de las medidas provisionales solicitadas por las Demandantes sería altamente perjudicial a la Demandada. En primer lugar, la terminación del Centro es un proyecto de interés público y máxima urgencia en Panamá. El Centro está diseñado para sustituir al actual centro de rehabilitación femenino Cecilia Orillac de Chiari (el “Centro Orillac”), que fue

¹⁴⁶ Ap. RL-7, *Occidental*, ¶ 93.

construido en 1964 y ya no se encuentra en las condiciones adecuadas para albergar a las reclusas que actualmente ahí viven.¹⁴⁷ Dada su notable antigüedad, en noviembre de 2019 una parte del techo del Centro Orillac colapsó y lastimó, al grado de hospitalización, a algunas de las reclusas.¹⁴⁸ Otras áreas y estructuras del Centro Orillac tienen daños importantes y representan un riesgo para las reclusas.¹⁴⁹ Además, el Centro Orillac cuenta con una importante sobrepoblación penitenciaria.¹⁵⁰ Si el Tribunal le impidiera a la Demandada y a la Aseguradora (que ya se subrogó en los derechos y obligaciones bajo el Contrato) que se designara al constructor sustituto para la continuación con la construcción del nuevo Centro de conformidad con los términos y condiciones del mismo Contrato, el proyecto sufriría un importante retraso, en detrimento de las condiciones en las que habitan las reclusas del Centro Orillac y del interés público panameño en general.

88. En su Réplica, las Demandantes alegan, sin sustento, que las medidas que han solicitado “would minimally restrict Respondent’s freedom to act.”¹⁵¹ Esto es falso. Si el Tribunal otorgara la medida solicitada por las Demandantes y le impidiera a Panamá concluir el proceso de selección del constructor sustituto que llevará a cabo la construcción del Centro a cuenta y riesgo de la Aseguradora, el Tribunal estaría de

¹⁴⁷ **Ap. R-4**, LA ESTRELLA DE PANAMÁ, *Habilitan auditorio en Centro Femenino para visitas tras desprendimiento de losa* de fecha 2 de agosto de 2019; **Ap. R-5**, LA PRENSA, *Internas del Cefere serán enviadas a la Nueva Joya* de fecha 30 de noviembre de 2019.

¹⁴⁸ **Ap. R-4**, LA ESTRELLA DE PANAMÁ, *Habilitan auditorio en Centro Femenino para visitas tras desprendimiento de losa* de fecha 2 de agosto de 2019.

¹⁴⁹ **Ap. R-4**, LA ESTRELLA DE PANAMÁ, *Habilitan auditorio en Centro Femenino para visitas tras desprendimiento de losa* de fecha 2 de agosto de 2019.

¹⁵⁰ **Ap. R-6**, LA ESTRELLA DE PANAMÁ, *Panamá tiene una sobrepoblación carcelaria de 3,304 detenidos* de fecha 15 de noviembre de 2020; **Ap. R-5**, LA PRENSA, *Internas del Cefere serán enviadas a la Nueva Joya* de fecha 30 de noviembre de 2019

¹⁵¹ Réplica, ¶ 106.

facto suspendiendo la construcción del Centro durante la tramitación del Arbitraje. A raíz de la subrogación, el MINGOB cuenta con un Contrato válido que obliga a la Aseguradora a construir el Centro y al MINGOB a pagar los trabajos realizados por la Aseguradora. Conforme a derecho panameño, el MINGOB no puede celebrar otro contrato con un contratista distinto a la Aseguradora para llevar a cabo la construcción del Centro, pues para fines de derecho panameño el MINGOB ya tiene un contrato celebrado para esos fines, incluyendo la asignación presupuestal requerida. La medida provisional solicitada por las Demandantes, por tanto, le impediría a Panamá continuar con la construcción del Centro, una obra de interés público nacional, durante la totalidad del Arbitraje.

89. En segundo lugar, la medida provisional solicitada por las Demandantes en relación con la ejecución de la Fianza también agravaría materialmente la disputa entre las Partes. Como la Demandada lo explicó en la audiencia ante el Tribunal acerca de la medida extraordinaria solicitada por las Demandantes, el proceso de selección del constructor sustituto requiere la realización de un dictamen técnico en el que se cuantifique el valor de las obras efectivamente realizadas por las Demandantes al amparo del Contrato, el estado en el que se encuentran y el costo que tendrá completar dichas obras para la construcción del Centro. Las obras realizadas por las Demandantes bajo el Contrato se encuentran en lo que en la industria de la construcción se conoce como obra gris; es decir, se han levantado algunos muros y se han instalado algunas tuberías, pero las obras siguen expuestas en su totalidad a la

intemperie. En la Resolución Administrativa, el MINGOB incluyó algunas fotos de cómo se veían, en enero de 2020, las obras hechas por las Demandantes.¹⁵²

90. Dado que los trabajos hechos por las Demandantes están a la intemperie, están completamente expuestos a las inclemencias del tiempo, incluyendo la lluvia y la salinidad, que son importantes fuentes de desgaste de materiales en Panamá. Por ejemplo, las tuberías que las Demandantes lograron instalar en las obras del Centro se han vuelto inutilizables y tendrán que ser reemplazadas en su totalidad, pues la lluvia, el polvo y otros elementos al aire libre han tapado las tuberías por completo. Cada día que pasa sin que un nuevo constructor retome los trabajos hechos por las Demandantes, los trabajos efectivamente realizados por las Demandantes se deterioran, pierden valor y agravan la controversia entre las Partes a raíz de la Resolución Administrativa del Contrato.

91. En tercer lugar, la medida provisional solicitada por las Demandantes para que se suspenda el proceso de selección del constructor sustituto pondría en riesgo el derecho de la Demandada de exigir a la Aseguradora el cumplimiento de la Fianza. La Aseguradora, como titular del Contrato, tiene la obligación de construir el Centro, pero también el derecho a hacerlo dentro de cierto plazo determinado. Panamá no puede forzar a la Aseguradora a esperar un par de años en lo que se resuelve este Arbitraje para construir el Centro. Si el Tribunal suspende el proceso de selección del constructor sustituto y, por ende, la construcción de Centro durante la tramitación de este Arbitraje, el MINGOB quedaría expuesto a un riesgo material de perder el derecho de exigirle a la Aseguradora el cumplimiento de sus obligaciones

¹⁵² **Anexo 5**, Resolución Administrativa, p. 49.

bajo el Contrato, que son el resultado de la ejecución de la Fianza. Dicho de otra forma, el MINOGB perdería la Fianza que las Demandantes entregaron al amparo del Contrato. Todo ello, en circunstancias en las que los tribunales panameños, la autoridad competente y cuya jurisdicción las Demandantes aceptaron expresamente someterse, ya resolvió que las Demandantes efectivamente incumplieron el Contrato y el MINGOB tenía derecho a ejecutar la Fianza.

92. En cuarto lugar, es importante señalar que de acuerdo con el artículo 117 de la Ley 22 del 27 de junio de 2006 (ordenada por la Ley 48 de 2011), que rige al Contrato, procede la inhabilitación de contratistas que hayan incumplido contratos con entidades públicas.¹⁵³ Dicha inhabilitación va de tres meses a tres años, dependiendo de la reincidencia, de la cuantía del contrato y de la gravedad o el daño ocasionado al Estado por su incumplimiento. Una vez decretada la sanción, de conformidad con el artículo 129 de dicha Ley, las entidades públicas están obligadas a publicar en PanamaCompra dicha inhabilitación.¹⁵⁴

93. Si el Tribunal emitiera una medida provisional que ordenara que la Aseguradora no continuara con la construcción del nuevo Centro como lo requiere la Fianza y su subrogación del Contrato, o que ordenara bajar la publicación relativa a la inhabilitación de las Demandantes del sistema PanamaCompra, se estaría obstruyendo el derecho de Panamá de llevar a cabo proyectos de interés público conforme a su regulación de contrataciones, y la Demandada y sus funcionarios quedarían en la

¹⁵³ **Ap. RL-1**, Ley 22 de Panamá ordenada en 2011, artículo 117 (“La sanción de inhabilitación se decretará en el mismo acto en que se declara la resolución administrativa del contrato.”).

¹⁵⁴ **Ap. RL-1**, Ley 22 de Panamá ordenada en 2011, artículo 129 (“las [resoluciones] que emitan las instituciones del Estado ordenando la inhabilitación de un contratista deberán publicarse en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas ‘PanamaCompra’.”).

insostenible situación de no cumplir con los trámites exigidos por dichas regulaciones. Colocar a Panamá y sus funcionarios en la posición de no cumplir con la regulación de contrataciones en Panamá, y de no cumplir con la Decisión del TACP, son una carga y un perjuicio extraordinarios. Sería un precedente muy lamentable que sentaría, y obligaría a la Demandada a optar entre seguir cumpliendo con sus regulaciones, o cumplir con una orden de medidas provisionales. Un escenario tan difícil no es deseable bajo ninguna circunstancia. En el presente caso en particular, por todas las razones expuestas anteriormente, no hay absolutamente ninguna justificación para colocar a Panamá en una situación tan insostenible.

VII. LAS DEMANDANTES SIGUEN SIN ACREDITAR QUE EL TRIBUNAL TIENE JURISDICCIÓN *PRIMA FACIE* PARA RESOLVER LA CONTROVERSIA

94. Tal y como las Demandantes lo reconocen en su Solicitud, el Tribunal sólo puede emitir medidas provisionales si el Tribunal está convencido de que tiene, por lo menos, jurisdicción *prima facie* para resolver la disputa ante sí. Como se señaló en la Respuesta, “no es suficiente que una parte inicie un procedimiento para establecer la jurisdicción del Tribunal Arbitral ante el cual se ha formulado la solicitud de medidas provisionales”.¹⁵⁵ Esto es, las Demandantes tienen que demostrar que el Tribunal tiene jurisdicción *prima facie* sobre la disputa.¹⁵⁶

95. En la Réplica, las Demandantes afirman que “la Demandada simplemente esconde la cabeza en la arena” y tergiversan la posición de la Demandada señalando

¹⁵⁵ **Anexo 10**, *Millicom International Operations B.V. y Sentel GSM SA v. La República de Senegal*, Caso CIADI No. ARB/08/20, Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales presentada por las Demandantes el 24 de agosto de 2009, de fecha 9 de diciembre de 2009, ¶ 42 (traducción del inglés).

¹⁵⁶ Véase *supra* 45.

que ésta se reduce a que las Demandantes no elaboraron sus argumentos jurisdiccionales en la Solicitud, cuando ellas ya habían elaborado dichos argumentos en la Solicitud de Arbitraje.¹⁵⁷ Las Demandantes se equivocan. La posición de la Demandada es que las Demandantes no han cumplido en ningún lado con su carga probatoria de que este Tribunal tiene jurisdicción, aunque sea *prima facie*, para emitir medidas provisionales.

96. Por ejemplo, en relación con la jurisdicción *ratione materiae*, las Demandantes no han explicado cómo el Contrato puede simultáneamente considerarse una inversión, un acuerdo de inversión y una autorización de inversión conforme al TPC. Eso no es posible. Además, tampoco han demostrado los requisitos impuestos por el TPC y el derecho internacional para cada uno de esos conceptos.

97. Por otro lado, en relación con la jurisdicción *ratione voluntatis*, las Demandantes tampoco han demostrado que se cumplieron las condicionantes que necesariamente deberían de cumplirse para que se perfeccionara el consentimiento de la República al arbitraje internacional. Abiertamente reconocen que la notificación de intención de reclamación a arbitraje que presentaron no ha sido entregada oportuna o correctamente al jefe de negociaciones comerciales, según lo requerido por el TPC. Tampoco han explicado cómo pudieron haber transcurrido los seis meses del período requerido por el artículo 10.16(3) del TPC, cuando la decisión del TACP se pronunció el 7 de abril de 2020 y las Demandantes presentaron su primera solicitud de arbitraje el 24 de julio de 2020 y la segunda el 11 de agosto de 2020. Importantemente, para que se perfeccione el consentimiento al arbitraje de parte de Panamá es indispensable, de

¹⁵⁷ Réplica, ¶ 64.

conformidad con artículo 10.18(4) del TPC, que no se haya sometido la controversia a un tribunal administrativo o judicial en Panamá, y como se sabe, eso fue precisamente lo que las Demandantes hicieron en este caso aunque no les haya convencido, convenido o gustado la decisión que tomó el tribunal administrativo competente en Panamá para resolver dicha controversia, según lo acordado por las propias Demandantes en el Contrato.

98. Por lo tanto, es claro que las Demandantes no han cumplido con la carga de la prueba de demostrar que este Tribunal tiene jurisdicción *prima facie* para emitir una medida provisional.

VIII. CONCLUSIÓN

99. Por las razones expuestas anteriormente, la Demandada solicita respetuosamente que el Tribunal rechace la Solicitud de Medidas Provisionales de las Demandantes.

IX. COSTOS

100. La Demandada solicita respetuosamente que este Tribunal 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.

X. RESERVA DE DERECHOS

101. La Demandada se reserva el derecho de presentar defensas, pruebas y argumentos adicionales que considere apropiados en este Arbitraje, incluyendo, sin limitación, el derecho a presentar objeciones a la jurisdicción de este Tribunal. En particular, ante la disrupción que la Demandada sufrió en el proceso de elaboración de

esta Dúplica,¹⁵⁸ la Demandada se reserva el derecho a desarrollar sus argumentos con mayor detalle antes o durante de la celebración de la audiencia sobre medidas provisionales propuesta por el Tribunal.

22 de diciembre de 2020

Respetuosamente,

CURTIS, MALLET-PREVOST,
COLT & MOSLE LLP

Por:  _____
Abogados de la República de Panamá

¹⁵⁸ La Demandada tenía un plazo de 14 días para elaborar y presentar su Dúplica (del 9 al 22 de diciembre de 2020), el cual se vio interrumpido a partir del 16 de diciembre de 2020, cuando las Demandantes presentaron su solicitud de medida provisionalísima.