

Horacio A. Grigera Naón

Doctor en Derecho

Opinión Disidente

Ref. Alvarez y Marín Corporación SA y otros c/ República de Panamá (Caso CIADI /ARB/15/14)

1. Luego de haber meditado largamente sobre el Laudo Mayoritario (el “Laudo”) a la luz de las constancias de estas actuaciones, no puedo compartir aspectos centrales del razonamiento en que se basa y de las conclusiones a las que arriba, motivo por el cual debo disentir como sigue.
2. Este arbitraje gira en torno a dos cuestiones principales: a) los efectos jurídicos de la sentencias de junio/julio de 2010 en los juicios de usucapión (los “Juicios”), dichas sentencias (las “Sentencias”); y b) el respeto del Artículo 10 de la Ley del 11 de marzo de 1997 (la “Ley de la Comarca”) referente al derecho de opción a favor de la Comarca en caso de venta de las fincas usucapidas a un tercero.
3. Las pretensiones en juego se encuentran regidas por el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y la República de Panamá del 6 de marzo de 2002 (el “TLC”), el Convenio para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre la República de Panamá y el Reino de los Países Bajos firmado el 28 de Agosto de 2000 (el “TBI”) (en adelante, el TLC y el TBI colectivamente designados “Tratados”) y el derecho internacional. Aunque el Laudo se ocupa de tales pretensiones desde una perspectiva en principio exclusivamente jurisdiccional, las cuestiones concernientes a la titularidad de las fincas (como lo trasluce el mismo Laudo) también constituyen el eje de las pretensiones relativas al fondo de las disputas entre las Partes y es por ello difícil desligarlas del fondo o mérito del asunto.
4. Es principio aceptado en derecho internacional que temas relativos a la titularidad del dominio sobre inmuebles es cuestión a ser dilucidada y determinada de conformidad con el derecho de la jurisdicción nacional bajo el cual se invoca tal titularidad (es decir, la *lex*

rei sitae), sin perjuicio de derivar las consecuencias bajo el derecho internacional que resulten de tal determinación. Este principio ha sido expresado como sigue:

“Any dispute concerning the existence or extent of the rights in rem alleged to constitute an investment that arises in an investment treaty arbitration must be decided in accordance with the municipal law of the host state for this is not a dispute about evidence (facts) but a dispute about legal entitlements”¹.

5. Uno de los corolarios necesarios de este principio es que no corresponde detenerse de forma aislada en disposiciones legales específicas del derecho nacional de que se trate, sino examinarlas a la luz del ordenamiento jurídico nacional en las que aquéllas se insertan; es decir, no se trata de aplicar una “regla de derecho” haciendo abstracción del “Derecho” a la que pertenece, sino de verificar como aquélla se integra dentro del marco de reglas y principios que configuran tal “Derecho” y los límites que éste impone en cuanto a sus alcances y efectividad.
6. Tratándose de la primera cuestión identificada en el parágrafo 2 más arriba, es indiscutido que las Sentencias revisten fuerza de cosa juzgada bajo el derecho de Panamá y que no han sido objeto, desde la fecha de su emisión hace ya varios años hasta ahora, de sentencia firme de nulidad alguna por parte de la justicia panameña. Bajo el derecho panameño, la cosa juzgada surte efectos no sólo en relación con las partes en el proceso de que se trate, sino también despliega su eficacia respecto a terceros que deseen invocarla en relación con sus derechos conexos². Por otra parte, los derechos emergentes de la cosa juzgada son bienes intangibles que integran el patrimonio de sus beneficiarios y se encuentran por tanto amparados por la garantía constitucional de la propiedad brindada por el derecho nacional³.
7. Por consiguiente, como antecedente inmediato y constitutivo de su titularidad sobre las fincas objeto de las Sentencias, las Demandantes tienen derecho, bajo el ordenamiento jurídico panameño, a invocar los beneficios de la cosa juzgada de las Sentencias, que consagran la titularidad sobre dichas fincas de quienes las vendieron a DECSA, sin que un tribunal internacional como el que entiende en estas actuaciones pueda desconocer los efectos de la cosa juzgada bajo el derecho panameño en cuanto a la titularidad de las fincas y los derechos del inversor que se derivan de dicha titularidad. Tampoco incumbe al Tribunal Arbitral arrogarse, directa o indirectamente, sin exceder su jurisdicción, la prerrogativa de reexaminar lo comprobado y decidido en dichos Juicios con el efecto de

¹ Z. Douglas *“The International Law of Investment Claims”*, pág. 70 (2009).

² Jorge Fábrega Ponce *Instituciones de Derecho Procesal Civil* pág. 794 (Editora Jurídica Panamá, 1998).

³ Artículo 47, Constitución Política de Panamá.

poner en duda derechos adquiridos y consagrados en las Sentencias bajo el derecho nacional aplicable.

8. Sin embargo, el Laudo incursiona abundantemente en cuestiones decididas en los Juicios, incluidas, entre otras, relacionadas con la calidad y fuerza de convicción de la prueba pericial recibida en tales actuaciones que – dado el marco legal dentro del cual el Tribunal Arbitral se desempeña – es difícil concebir que se trate de un proceder comprendido dentro de los alcances de sus atribuciones, que no incluyen las instructorias, sólo quizás aceptables si hubiesen mediado acusaciones concretas y verosímiles de corrupción (violatoria del derecho internacional) vinculadas a las reclamaciones deducidas en estas actuaciones.
9. Aunque el Laudo se refiere también a múltiples otras circunstancias que sugieren comportamientos ilícitos o fraudulentos en torno a la adquisición de las fincas o de su venta ulterior a DECSA (presuntamente en violación del derecho panameño), lo cierto es que no hay prueba concluyente de que tales conductas sean imputables a las Demandantes o constituyan un obrar fraudulento que les sea atribuible (la buena fe debe presumirse salvo la prueba contraria) y menos aún – pese al largo tiempo transcurrido - de la existencia de sentencias judiciales de tribunales panameños que así lo consagren de manera firme y definitiva en relación con aquéllos⁴, por lo cual no es posible acordar a tales referencias envergadura tal que perjudique los derechos de las Demandantes en su calidad de inversores amparados por los Tratados o el derecho internacional.
10. Por otra parte, ante las Sentencias firmes y con fuerza de cosa juzgada recaídas en los Juicios, toda consideración de falta de diligencia debida por parte de los inversores al momento de invertir en relación con hechos y derechos objeto de las Sentencias queda desprovista de andamio (los inversores no pueden ser más diligentes que los propios tribunales y autoridades del país receptor de la inversión en relación con hechos respecto de los cuales se alega falta de diligencia y que no fueron objeto de negación o cuestionamiento por la justicia local que entendió en ellos).

⁴ El Laudo pone particular énfasis en la diferencia entre el precio escriturado de ventas a DECSA por los titulares de las fincas usucapidas, el precio real pagado en la operación, y el precio en definitiva pagado a los vendedores (quiénes – se sugiere – habrían sido engañados en su buena fé). Lo cierto es que no hay prueba de que alguno de esos hechos haya sido objeto de acciones para anular la venta de las fincas a DECSA bajo el derecho panameño, ni por los vendedores, ni por la Demandada, quién debió haberlos conocido por lo menos a partir de la iniciación de este arbitraje en marzo de 2015 o cuando presentó objeciones preliminares en octubre de 2015. Durante el arbitraje la Demandada puso especial acento en que la diferencia entre el precio escriturado y el precio realmente pagado en las compraventas constituyó un fraude fiscal. Aún asumiendo que dicho fraude fuese imputable a las Demandantes (quiénes no son parte en dichas compraventas), lo cierto es que no hay constancias de que la Demandada, a través de sus autoridades judiciales o fiscales, haya efectuado movimiento alguno para anularlas, o si ello no fuese posible por ese motivo bajo el derecho panameño, por imponer sanción pecuniaria alguna (por ejemplo, multas) por la infracción fiscal cometida.

11. Sin bien el Laudo no parece en definitiva centrarse en las circunstancias arriba apuntadas para hacer lugar a la defensa de falta de jurisdicción impetrada por la Demandada, no huelga destacar, en virtud de las consideraciones de hecho y de derecho precedentemente expuestas, de que no hay elementos de juicio suficientes relacionados con la primera cuestión que autoricen hacer lugar a las objeciones jurisdiccionales planteadas por la Demandada.
12. Tratándose de la segunda cuestión mencionada en el párrafo 2 de esta disidencia – el incumplimiento de la Ley de la Comarca respecto de la opción de compra a favor de la Comarca a serle conferida por los beneficiarios de las Sentencias - sobre la cual se centra el Laudo al hacer lugar a la defensa de falta de jurisdicción de la Demandada – la prueba demuestra claramente que el Alcalde de Kusapin manifestó carecer de fondos para adquirir las fincas usucapidas, sin que haya razón para creer que los hubiese tenido aún si le hubiesen sido ofrecidas por un precio inferior.
13. En todo caso, tal como se ha señalado más arriba, la presunta violación de una norma jurídica nacional no puede juzarse *in vacuo*, es decir, haciendo abstracción de su significado y efectos dentro del contexto del ordenamiento jurídico al cual pertenece. Al respecto, corresponde destacar que el Código Civil Panameño (“CC”) dispone que:

Artículo 1143. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede igualmente pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por la prescripción extraordinaria.
14. El Laudo enfatiza correctamente el carácter de orden público de la Ley de la Comarca y la importancia vital de respetar sus disposiciones dado los bienes que ésta protege. Sin embargo, la dimensión, fuerza y alcances de ese interés y de la importancia de protegerlo deben juzgarse a la luz del ordenamiento jurídico al que dicha Ley pertenece y del accionar de las autoridades encargadas de tutelar tales intereses, y no haciendo abstracción de dicho marco legal o de tal accionar. El Tribunal Arbitral carece de potestades o atribuciones para declarar una nulidad absoluta bajo dicho Artículo, para asignarle efectos cuando no ha sido declarada por juez competente, o para investigar si se han configurado las circunstancias de hecho y derecho que conduzcan a tal declaración.
15. No hay constancia en estas actuaciones de decisión judicial alguna de conformidad con la norma precitada que haya decretado la nulidad absoluta de la oferta a la Comarca o de la ulterior venta de las fincas a DECSA por la infracción de lo dispuesto en relación con la opción de venta en el Artículo 10 de la Ley de la Comarca ni de accionar alguno del

Ministerio Público o de la justicia panameña – habida cuenta del carácter grave y flagrante de la violación de la Ley de la Comarca según se afirma en el Laudo - en cumplimiento de sus atribuciones y obligaciones bajo dicho Artículo 1143 CC - para obtener- y menos aún lograr - la declaración de dicha nulidad absoluta. En todo caso, si accionar o investigación hipotéticamente hubo, tal declaración de nulidad no ha ocurrido. También en relación con esta cuestión – como ya se ha dicho - no puede exigirse del inversor mayor diligencia que la que incumbe a las propias autoridades y jueces del país receptor de la inversión en la tutela de derechos en los que el interés público se encuentra directamente comprometido.

16. Además, ninguna de las actuaciones referidas en el Laudo – de naturaleza penal, emprendidas contra ciertas personas que no son las Demandantes y que esencialmente investigan si se han cometido delitos o no – está encaminada a declarar una nulidad absoluta bajo el Artículo 10 de la Ley de la Comarca por iniciativa del Ministerio Público o de un juez panameño, cuestión ésta que – a fuer de los antecedentes mencionados en el Laudo – en todo caso no requiere pronunciamiento penal previo alguno.
17. Ante estas circunstancias, excede las atribuciones de este Tribunal Arbitral bajo el derecho internacional dar por configurada tal nulidad, y aún si así no fuese, asignar *sua sponte* efectos (que en la práctica importan negar a las Demandantes derechos sobre las fincas que les corresponden según el derecho panameño y privar a las Demandantes de la protección que les es debida bajo los Tratados y el derecho internacional) a dicho Artículo de la Ley de la Comarca sin que haya mediado su aplicación por declaración de la jurisdicción nacional competente.
18. Por otra parte, el hecho de que no hay constancias de que el Ministerio Público o la justicia panameña haya iniciado procedimiento alguno bajo el Artículo 1143 CC-, ni antes ni después de iniciado este arbitraje - permite suponer que si hubo infracción del Artículo 10 de la Ley de la Comarca, ésta no fue de envergadura suficiente para impulsar el accionar del Ministerio Público o de la justicia panameña encaminado a declarar una nulidad que, a la larga, hubiese alcanzado también al título de propiedad de los inversores sobre las fincas. Si así no fuese, habría que entender que dichos funcionarios o autoridades faltaron a deberes que les son propios, cuestión ésta en relación con la cual no corresponde a este Tribunal Arbitral aventurar juicio. En todo caso, no hay prueba alguna de que las ventas de las fincas a DECSA hayan sido anuladas por la justicia panameña a las resultas de una infracción del Artículo 10 de la Ley de la Comarca o por alguna otra razón.
19. Por los motivos antedichos, procede rechazar la excepción jurisdiccional interpuesta por la Demandada en relación con la segunda cuestión, y atento a lo ya decidido en relación

con la primera, el Tribunal Arbitral deberá entender en el fondo de las pretensiones y defensas planteadas por las Partes en este arbitraje.

Fecha: SEP 20 de 2018.



Horacio A Grigera Naón