

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

**Álvarez y Marín Corporación S.A. y Otros
c.
República de Panamá**

(Caso CIADI No. ARB/15/14)

**MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN SOBRE LAS EXCEPCIONES
PRELIMINARES DE LA DEMANDADA EN VIRTUD DE LA REGLA 41(5) DE
LAS REGLAS DE ARBITRAJE DEL CIADI DEL 27 DE ENERO DE 2016**

Miembros del Tribunal

Juan Fernández-Armesto, Presidente del Tribunal
Horacio A. Grigera Naón, Árbitro
Henri C. Álvarez, Árbitro

Secretaria del Tribunal

Luisa Fernanda Torres

Asistente del Tribunal

Mélanie Riofrio Piché

Fecha de envío a las Partes: 4 de abril de 2016

I CONTENIDO

| | | |
|-------------|---|-----------|
| I | Contenido | 2 |
| II | Abreviaturas | 3 |
| III | Lista de casos citados | 5 |
| IV | Las Partes | 6 |
| V | Historia procesal | 7 |
| | 1. La Solicitud de Arbitraje | 7 |
| | 2. La constitución del Tribunal | 7 |
| | 3. Las Excepciones de la Demandada y la Primera Sesión | 8 |
| VI | Breve resumen de la disputa | 10 |
| VII | La introducción de nuevos hechos | 13 |
| VIII | Posición de las Partes | 16 |
| | 1. Posición de la Demandada | 16 |
| | A. El estándar de la Regla 41(5)..... | 16 |
| | B. Las reclamaciones carecen manifiestamente de mérito jurídico..... | 16 |
| | 2. Posición de las Demandantes | 18 |
| | A. El estándar de la Regla 41(5)..... | 18 |
| | B. Las reclamaciones no carecen manifiestamente de mérito jurídico..... | 20 |
| IX | Análisis del Tribunal | 23 |
| | 1. Ámbito de la Regla 41(5) | 23 |
| | 2. La supuesta ilegalidad de la inversión | 25 |
| | 3. La supuesta falta de efectos jurídicos del Informe | 28 |
| | 4. Costas | 29 |
| X | Decisión del Tribunal | 30 |

Motivación de la decisión sobre las excepciones preliminares de la Demandada en virtud de la regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI del 27 de enero de 2016

II ABREVIATURAS

| | |
|--------------------------------------|--|
| AMCSA | Álvarez y Marín Corporación S.A. |
| AM-1 o Solicitud de Arbitraje | Solicitud de arbitraje enviada por las Demandantes el 18 de marzo de 2015 |
| AM-2 | Escrito de Contestación a las Excepciones Preliminares al amparo de la Regla 41(5) presentado por las Demandantes |
| AM-3 | Dúplica sobre las Excepciones Preliminares al amparo de la Regla 41(5) presentada por las Demandantes |
| ANATI | Autoridad Nacional de Administración de Tierras |
| CIADI o Centro | Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones |
| Comarca | Comarca Ngöbe-Buglé |
| Convenio CIADI | Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados |
| DECSA | Desarrollo Ecoturístico Cañaveral S.A. |
| Demandada | República de Panamá |
| Demandantes | Sr. Cornelis Willem van Noordenne, Sr. Bartus van Noordenne, Stichting Administratiekantoor Anbadi, Estudios Tributarios AP S.A. (en su propio nombre y en representación de DECSA) y AMCSA (en su propio nombre y en representación de DECSA) |
| Excepciones Preliminares | Excepciones preliminares presentadas al amparo de la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje |
| Fincas | Las fincas N° 86, 443, 788 y 949 |
| Fincas Excluidas | Las fincas N° 443 y 949 |
| Informe | Informe de la ANATI emitido el 9 de julio de 2013 |
| Ley de la Comarca | Ley 10/1997 creadora de la Comarca Ngöbe-Buglé |
| LPA | Ley 38/2000 que regula el Procedimiento Administrativo General en Panamá |
| Primera Excepción | Excepción preliminar presentada por la Demandada relativa a la supuesta ilegalidad de la inversión |
| Proyecto Cañaveral | Proyecto ecoturístico de lujo en la Comarca desarrollado por las Demandantes |
| P-1 | Escrito de Excepciones Preliminares al amparo de la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje presentado por la Demandada |
| P-2 | Réplica sobre las Excepciones Preliminares al amparo de la Regla 41(5) presentada por la Demandada |
| Reglas de Arbitraje | Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI |
| Reglas de Iniciación | Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje de CIADI |
| Regla 41(5) | Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje |
| Segunda Excepción | Excepción preliminar presentada por la Demandada relativa a la supuesta falta de efectos jurídicos del Informe |

Motivación de la decisión sobre las excepciones preliminares de la Demandada en virtud de la regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI del 27 de enero de 2016

| | |
|-------------------|---|
| Six Senses | Six Senses Resorts and Spas Group |
| TBI | Convenio para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones entre la República de Panamá y el Reino de los Países Bajos de 28 de agosto de 2000 |
| TLC | Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Panamá de 6 de marzo de 2002 |
| Tratados | El TBI y el TLC conjuntamente |

III LISTA DE CASOS CITADOS

| | |
|--------------------------------------|--|
| <i>Brandes</i> | <i>Brandes Investment Partners, LP c. República Bolivariana de Venezuela</i> , Caso CIADI No. ARB/08/3, Decisión sobre las objeciones al amparo de la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje CIADI de 2 de febrero de 2009. |
| <i>Elsamex</i> | <i>Elsamex, S.A. v. República de Honduras</i> , Caso CIADI No. ARB/09/04, Decisión sobre la excepción preliminar contra la solicitud de anulación del Laudo de 7 de enero de 2014. |
| <i>Emmis International</i> | <i>Emmis International Holding, B.V., Emmis Radio Operating, B.V, MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi és Szolgáltató Kft. V. c. Hungría</i> , Caso CIADI No. ARB/12/2, Decisión sobre las objeciones al amparo de la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje CIADI de 11 de marzo de 2013. |
| <i>Global Trading</i> | <i>Global Trading Resource Corp. y Globex International, Inc., c. Ucrania</i> , Caso CIADI No. ARB/09/11, Laudo de 1 de Diciembre de 2010. |
| <i>MOL Hungarian Oil</i> | <i>MOL Hungarian Oil and Gas Company PLC c. Croacia</i> , Caso CIADI No. ARB/13/32, Decisión sobre las objeciones al amparo de la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje CIADI de 2 de diciembre 2014. |
| <i>PNG</i> | <i>PNG Sustainable Development Program Ltd. c. Estado Independiente de Papúa Nueva Guinea</i> , Decisión sobre las objeciones al amparo de la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje CIADI de 28 de octubre de 2014. |
| <i>RSM</i> | <i>Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg, y RSM Production Corporation Grynberg y RSM Production Corporation c. Granada</i> , Caso CIADI No. ARB/10/6, Laudo de 10 diciembre de 2010. |
| <i>Trans-Global Petroleum</i> | <i>Trans-Global Petroleum Inc. c. Hashemite Kingdom of Jordan</i> , Caso CIADI No. ARB/07/25, Decisión sobre las objeciones al amparo de la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje CIADI de 12 mayo de 2008. |

IV LAS PARTES

1. La Parte Demandante en este caso está conformada por el Sr. Cornelis Willem van Noordenne, el Sr. Bartus van Noordenne, Stichting Administratiekantoor Anbadi, Estudios Tributarios AP S.A. (en su propio nombre y en representación de Desarrollo Ecoturístico Cañaveral S.A. [**“DECSA”**]), y Álvarez y Marín Corporación S.A. [**“AMCSA”**] (en su propio nombre y en representación de DECSA) [conjuntamente, las **“Demandantes”**]. Las Demandantes están representadas por Eduardo Silva Romero, José Manuel García Represa, Antonio Gordillo, Mónica Garay y Erica Stein de DECHERT LLP.
2. La Parte Demandada es la República de Panamá [la **“Demandada”** o la **“República de Panamá”**]. La Demandada está representada por Daniel E. González, Richard C. Lorenzo, María Eugenia Ramírez y Hans H. Hertell de HOGAN LOVELLS US LLP, y por S.E. Ministro Dulcidio De La Guardia, Aristides Valdonedo y Mariel Núñez del Ministerio de Economía y Finanzas de la República de Panamá.
3. Las Demandantes y la Demandada se denominan conjuntamente las **Partes**.

V HISTORIA PROCESAL

1. LA SOLICITUD DE ARBITRAJE

4. El 18 de marzo de 2015 el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones [**“CIADI”** o **“Centro”**] recibió una solicitud de arbitraje [**“Solicitud de Arbitraje”** o **“AM-1”**] presentada por las Demandantes en contra de la República de Panamá. La Solicitud de Arbitraje fue presentada bajo el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados [**“Convenio CIADI”**], invocando el art. 9 del Convenio para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones entre la República de Panamá y el Reino de los Países Bajos de 28 de agosto de 2000 [**“TBI”**], y el art. 10.21 del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Panamá de 6 de marzo de 2002 [**“TLC”**] [conjuntamente los **“Tratados”**].
5. El 8 de abril de 2015 el CIADI solicitó a las Demandantes información adicional en relación con la Solicitud de Arbitraje.
6. El 15 de abril de 2015 las Demandantes presentaron su respuesta a la solicitud de información del CIADI.
7. El 20 de abril de 2015 la Secretaria-General del CIADI registró la Solicitud de Arbitraje de conformidad con el art. 36(3) del Convenio CIADI, y notificó a las Partes de su registro. En la Notificación del Acto de Registro, de conformidad con la Regla 7(d) de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje [**“Reglas de Iniciación”**], la Secretaria-General invitó a las Partes a proceder a la constitución del tribunal tan pronto como fuese posible.

2. LA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL

8. Mediante comunicaciones de fecha 28, 30 y 31 de julio de 2015 las Partes confirmaron al CIADI que habían logrado un acuerdo sobre el número de árbitros y el método de su nombramiento. Conforme al acuerdo de las Partes, el Tribunal se conformaría por tres árbitros, un árbitro nombrado por cada Parte y el Presidente del Tribunal nombrado por acuerdo entre las Partes. Las Partes notificaron al CIADI acuerdos adicionales sobre el método para el nombramiento del Presidente del Tribunal mediante comunicaciones de 14 y 29 de agosto de 2015, y 3, 4, 14 y 16 de septiembre de 2015.
9. De conformidad con lo anterior, el Tribunal fue constituido de acuerdo con el art. 37(2)(a) del Convenio CIADI, quedando compuesto por Juan Fernández-Armesto, un nacional del Reino de España, Presidente del Tribunal nombrado por acuerdo entre las Partes; Horacio A. Grigera Naón, un nacional de la República de Argentina, nombrado por las Demandantes, y Henri C. Álvarez, un nacional de Canadá, nombrado por la Demandada.

Motivación de la decisión sobre las excepciones preliminares de la Demandada en virtud de la regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI del 27 de enero de 2016

10. El 29 de septiembre de 2015 la Secretaria-General notificó a las Partes, de conformidad con la Regla 6(1) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI [**“Reglas de Arbitraje”**], que todos los árbitros habían aceptado sus nombramientos y que el Tribunal se entendía constituido y se daba inicio al procedimiento ese día. Luisa Fernanda Torres, consejera jurídica del CIADI, fue designada como Secretaria del Tribunal.
11. El 23 de octubre de 2015 el Tribunal propuso a las Partes el nombramiento de Mélanie Riofrio Piché como asistente del Tribunal, y el 11 de noviembre de 2015 las dos Partes dieron su aprobación.

3. LAS EXCEPCIONES DE LA DEMANDADA Y LA PRIMERA SESIÓN

12. El 29 de octubre de 2015 la Demandada presentó en su Escrito de Excepciones Preliminares [**“P-1”**] [**Excepciones Preliminares**] al amparo de la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje [**“Regla 41(5)”**].
13. El 3 de noviembre de 2015, habiendo consultado a las Partes, el Tribunal estableció el calendario para la presentación de escritos sobre las Excepciones Preliminares de la Demandada. El Tribunal manifestó que informaría a las Partes posteriormente de resultar necesaria una audiencia sobre este trámite.
14. El 18 de noviembre de 2015 el Tribunal celebró su primera sesión con las Partes por conferencia telefónica, de conformidad con la Regla 13(1) de las Reglas de Arbitraje.
15. El 30 de noviembre de 2015 el Presidente del Tribunal expidió la Resolución Procesal No. 1 reflejando los acuerdos de las Partes sobre asuntos procesales y las decisiones del Tribunal sobre los puntos en disputa. La Resolución Procesal No. 1 establece, entre otras cosas, que las Reglas de Arbitraje aplicables son las reglas en vigor desde el 10 de abril de 2006, que el idioma del procedimiento será el español, y que el lugar del procedimiento es Washington, DC. Adicionalmente, las Partes confirmaron que el Tribunal está válidamente constituido sin que exista objeción alguna con respecto a de ninguno de los miembros del Tribunal. La Resolución Procesal No. 1 también confirmó el calendario procesal para la fase escrita de las Excepciones Preliminares y estableció el calendario para ciertas etapas subsiguientes en caso de desestimación total o parcial de dichas Excepciones.
16. De conformidad con el calendario procesal establecido, las Partes presentaron los siguientes escritos:
 - El 30 de noviembre de 2015 las Demandantes presentaron su Escrito de Contestación a las Excepciones Preliminares [**“AM-2”**].
 - El 18 de diciembre de 2015 la Demandada presentó su Réplica sobre las Excepciones Preliminares [**“P-2”**].

Motivación de la decisión sobre las excepciones preliminares de la Demandada en virtud de la regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI del 27 de enero de 2016

- El 11 de enero de 2016 las Demandantes presentaron su Dúplica sobre las Excepciones Preliminares [“**AM-3**”].
17. Mediante comunicación de 11 de enero de 2016, las Demandantes solicitaron al Tribunal invitar a la Demandada a dar respuesta a la siguiente interrogante: “¿Dónde están ubicadas las fincas?” Y el 12 de enero de 2016 el Tribunal invitó a la Demandada a hacer las observaciones que considerase pertinentes en relación con dicha solicitud, lo que la Demandada hizo el 18 de enero de 2016.
 18. El 20 de enero de 2016 el Tribunal informó a las Partes que no sería necesaria la realización de una audiencia en relación con las Excepciones Preliminares.
 19. El 27 de enero de 2016 el Tribunal notificó a las Partes la parte resolutive de su decisión rechazando las Excepciones Preliminares, informando a las Partes que proporcionaría su razonamiento a la brevedad posible. El Tribunal ordenó adicionalmente la continuación del procedimiento conforme al calendario procesal establecido en la Resolución Procesal No. 1.
 20. El presente documento incorpora la decisión del Tribunal sobre las Excepciones Preliminares del 27 de enero de 2016 y plasma su motivación.

VI BREVE RESUMEN DE LA DISPUTA

Solicitud de Arbitraje

21. El Tribunal relata a continuación los hechos más importantes alegados por las Demandantes en su Solicitud de Arbitraje.
22. El 7 de marzo de 1997 la República de Panamá promulgó la Ley 10/1997 creadora de la Comarca Ngöbe-Buglé [la “**Ley de la Comarca**” y la “**Comarca**”, respectivamente]¹ como una división política especial en el territorio de Panamá. Su objetivo era promover el bienestar de las comunidades indígenas que habitan la costa del Distrito de Kusapín y para ello dispuso (entre otras medidas) la creación de una zona de desarrollo turístico sostenible, y otorgó a empresas privadas la posibilidad de invertir en la región².
23. El 30 de julio de 2010 la sociedad panameña DECSA adquirió cuatro fincas [las “**Fincas**”] (a saber, las fincas N° 86, 443, 788 y 949) que suman 685 hectáreas³. En la presente litis se discute si algunas de las Fincas están situadas dentro o fuera de la Comarca.
24. Las Demandantes son personas físicas y sociedades familiares que, a su vez, compraron el 100% del capital de DECSA entre julio y agosto de 2010⁴, y que proyectaban desarrollar un proyecto ecoturístico de lujo en la Comarca [el “**Proyecto Cañaverál**”]⁵.

¹ Ley 10/1997, Anexo 17 a la Solicitud de Arbitraje.

² Ley 10/1997, art. 49, Anexo 17 a la Solicitud de Arbitraje.

³ Escrituras de compra de la Fincas: N° 443, Anexo 18 a la Solicitud de Arbitraje; N° 788, Anexo 19; N° 86, Anexo 20 a la Solicitud de Arbitraje, y N° 949, Anexo 21 a la Solicitud de Arbitraje.

⁴ Las Demandantes tienen directa o indirectamente acciones en DECSA repartidas como sigue:

- El Sr. Cornelis Willem van Noordenne es titular de 40% de las acciones a través de la sociedad Inversiones Demafe del Sur, ver Anexo 64 a la Solicitud de Arbitraje;
- El Sr. Bartus van Noordenne posee 2,9% de las acciones, ver Registro de acciones y certificados de titularidad de acciones de Desarrollo Ecoturístico Cañaverál S.A., ver Anexo 8 de la Solicitud de Arbitraje;
- Stichting Administratiekantoor Anbadi posee el 5,1% de las acciones, ver Anexo 8 de la Solicitud de Arbitraje;
- Estudios Tributarios AP S.A. posee 4% de las acciones, ver Anexo 8 de la Solicitud de Arbitraje;
- AMCSA, a través de la sociedad Álvarez y Marín Overseas, Inc. posee 48% de las acciones, ver Contrato de cesión de acciones de 29 de julio de 2010, Anexo 28 de la Solicitud de Arbitraje.

⁵ Proyecto de Desarrollo Rural Sostenible de la Comarca Ngöbe Buglé y Corregimientos Rurales Pobres Aledaños FIS FID-CAF 580 PA del 17 de febrero de 2012, Anexo 16 a la Solicitud de Arbitraje.

Motivación de la decisión sobre las excepciones preliminares de la Demandada en virtud de la regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI del 27 de enero de 2016

25. La cadena hotelera Six Senses Resorts and Spas Group [“**Six Senses**”] mostró su interés en participar en el Proyecto Cañaveral⁶ y, el 20 de marzo de 2013, celebró con una subsidiaria de DECSA⁷:
 - (i) un *License Agreement* para el uso de la marca Six Senses⁸,
 - (ii) un *Management Agreement* para que Six Senses actuara como operadora del hotel Six Senses⁹, y
 - (iii) un *Sales and Marketing Agreement* por el que Six Senses se encargaría de promocionar el hotel y garantizar las reservas¹⁰.
26. Tres meses más tarde, el 9 de julio de 2013, la Autoridad Nacional de Administración de Tierras [“**ANATI**”] emitió un informe [el “**Informe**”] ubicando dos de las Fincas, en concreto las fincas N°443 y 949 [las “**Fincas Excluidas**”] fuera de la Comarca¹¹.
27. Las Demandantes cuestionan la legalidad de este Informe y alegan que desencadenó una serie de efectos nocivos, como la invasión de las Fincas por algunos indígenas y la solicitud de Six Senses de poner fin al *Management Agreement*¹². Según las Demandantes, el Proyecto Cañaveral quedó frustrado y vacío de valor como consecuencia de la “reubicación ilegal” de las Fincas fuera de la Comarca¹³.
28. En opinión de las Demandantes, la Demandada¹⁴:
 - Expropió la inversión de las Demandantes sin compensación, sin causa de utilidad pública y sin respetar el debido proceso;
 - No otorgó a las Demandantes un trato justo y equitativo;
 - No concedió a la inversión de las Demandantes protección y seguridad plenas.
29. En su Solicitud de Arbitraje las Demandantes solicitan al Tribunal que declare que Panamá incumplió sus obligaciones internacionales contraídas al amparo del TBI,

⁶ *Letter of Intent* de Six Senses a DECSA, Anexo 31 a la Solicitud de Arbitraje; *Memorandum of Understanding*, Anexo 32 a la Solicitud de Arbitraje.

⁷ AM-1, para. 34. Según las Demandantes Desarrollo Hotelero Cañaveral es una sociedad constituida por DECSA para ser propietaria de las hectáreas correspondientes a la zona del hotel Six Senses, ver AM-1, pie de página No. 31.

⁸ *License Agreement* de 20 de marzo de 2013, Anexo 34 a la Solicitud de Arbitraje.

⁹ *Management Agreement* de 20 de marzo de 2013, Anexo 35 a la Solicitud de Arbitraje.

¹⁰ *Sales and Marketing Agreement* de 20 de marzo de 2013, Anexo 36 a la Solicitud de Arbitraje.

¹¹ Informe de ANATI de 9 de julio de 2013, Anexo 52 a la Solicitud de Arbitraje.

¹² *Termination Agreement Proposal*, Anexo 59 a la Solicitud de Arbitraje.

¹³ Solicitud de Arbitraje, paras. 11 y 60.

¹⁴ Solicitud de Arbitraje, paras. 62-82.

Motivación de la decisión sobre las excepciones preliminares de la Demandada en virtud de la regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI del 27 de enero de 2016

el TLC y el Derecho internacional; y que condene a la Demandada por todos los daños y perjuicios causados¹⁵.

Excepciones Preliminares

30. Interpuesta la Solicitud de Arbitraje por las Demandantes, la República reaccionó presentando en tiempo y forma un escrito con dos Excepciones Preliminares, al amparo de la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje:
- Las Fincas no estarían amparadas en los Tratados por haber sido adquiridas en claro incumplimiento de la Ley panameña, y por tanto, la supuesta inversión sería ilegal¹⁶ [**Primera Excepción**]; y
 - En cualquier caso, aun si se considerara que las Fincas fueron legalmente adquiridas, el Informe carecería de efectos jurídicos y no podría infringir el TBI ni el TLC [**Segunda Excepción**]¹⁷.
31. Y por ello, según la Demandada, este arbitraje no debe continuar.

¹⁵ Solicitud de Arbitraje, para. 120.

¹⁶ P-1, paras. 25 *et seq*; P-2, paras. 9 y 46.

¹⁷ P-1, paras. 41 *et seq*; P-2, paras. 10 y 47.

VII LA INTRODUCCIÓN DE NUEVOS HECHOS

32. Antes de entrar en el fondo de esta decisión, es preciso resolver una cuestión preliminar. Ambas Partes se recriminan recíprocamente haber introducido nuevos hechos en momento procesal inadecuado:

- Las Demandantes arguyen que la República menciona por primera vez en su escrito P-1 que el precio de venta de las Fincas fue inferior al precio ofrecido a la Comarca¹⁸; esta alegación, dicen las Demandantes, es totalmente novedosa y su inclusión extemporánea es motivo suficiente para rechazar la Primera Excepción de plano¹⁹. La Demandada por su parte defiende que el hecho no es novedoso, sino resulta de la narración fáctica hecha por las propias Demandantes en la Solicitud de Arbitraje y del contenido de los anexos que la acompañan²⁰.
- En su escrito AM-2, posterior al escrito P-1, las Demandantes cuestionan el argumento de contrario, negando que el precio de compra fuera inferior al ofertado a la Comarca²¹. Como prueba de ello aportan tres cheques, que aunque fueran emitidos con fechas posteriores a la compraventa de las Fincas, forman parte, según las Demandantes, del precio de compra de tres de las fincas en cuestión²². La República ha reaccionado frente a esta iniciativa, arguyendo que es extemporánea y solo sirve para provocar una controversia fáctica “artificial”, que realmente no existe²³; por ello considera que los nuevos hechos resultan irrelevantes para resolver la Primera Excepción²⁴. Las Demandantes, a su vez, responden reconociendo que el hecho y prueba efectivamente son nuevos, pero justificando que son necesarios para contestar al propio argumento de la Demandada²⁵.

33. El Tribunal está llamado a decidir si:

- Rechaza la Primera Excepción, por haber incluido la Demandada hechos supuestamente nuevos en el escrito P-1²⁶ (i);
- Considera como irrelevantes los argumentos y la prueba presentados por las Demandantes en su escrito AM-2²⁷ (ii).

¹⁸ P-1, para. 11.

¹⁹ AM-3, para. 30.

²⁰ P-2, para. 5, 17-20.

²¹ AM-2, para. 48.

²² Docs. C2 y C3.

²³ P-2, para. 6.

²⁴ P-2, para. 36.

²⁵ AM-2, paras. 5, 29.

²⁶ AM-3, para. 30.

²⁷ P-2, para. 36.

(i) Supuestos nuevos hechos en el escrito P-1

34. El Tribunal Arbitral no comparte el argumento de las Demandantes.
35. La prueba adjuntada a la Solicitud de Arbitraje se refiere de forma amplia al supuesto precio pagado al adquirir las Fincas²⁸; y en el escrito P-1 la Demandada se limita a cuestionar que el precio sea efectivamente superior al ofertado a la Comarca y de ahí deriva su Primera Excepción por ilegalidad de la inversión. El Tribunal Arbitral no aprecia nuevos hechos que pudieran motivar el rechazo de la Primera Excepción, como pretenden las Demandantes.

(ii) Supuestos nuevos alegatos y prueba en el escrito AM-2

36. El Tribunal considera que la posición de la Demandada es comprensible, dado que antes de la presentación del escrito AM-2 le era difícil, si no imposible, conocer los pagos realizados y los cheques emitidos por las Demandantes.
37. No se discute que las Demandantes introdujeron nuevos argumentos y prueba en su escrito AM-2. Pero el Tribunal Arbitral no extrae la consecuencia alegada por la Demandada: la prueba y los argumentos no son ni extemporáneos ni irrelevantes.
38. Los hechos en los que un demandante pretenda fundamentar sus pretensiones no se pueden limitar a los consignados en su solicitud de arbitraje²⁹; si la demandada presenta objeciones preliminares al amparo de la Regla 41(5), el demandante tiene que tener la posibilidad de complementar los hechos inicialmente aducidos en su escrito de contestación. Esta conclusión, confirmada por otros tribunales³⁰, se fundamenta en el principio de contradicción, piedra angular del debido proceso: toda parte tiene derecho a defenderse, alegando y presentando prueba, (al menos) en la primera ocasión en la que reacciona frente a hechos o pruebas aducidos de contrario. En un procedimiento como el presente, un demandante desconoce las excepciones preliminares de la demandada, hasta que recibe el escrito en que se interponen. El principio de contradicción se vería conculcado si el tribunal resolviera la excepción sin antes dar al demandante la posibilidad de contradecir.
39. En consecuencia, los argumentos y prueba presentados por las Demandantes no merecen ser ignorados por el simple hecho de haber sido presentados con posterioridad a la Solicitud de Arbitraje. Y, en cuanto a si son relevantes para decidir esta litis, el Tribunal estima que sí lo son: la Demandada ha sugerido que el precio pagado por las Fincas era inferior al ofertado a la Comarca y las

²⁸ Proyecto de desarrollo rural sostenible de la Comarca y corregimientos rurales pobres aledaños, Anexo 16 a la Solicitud de Arbitraje, pp. 17-18; Notas de prensa de 17 de junio de 2013, Anexo 43 a la Solicitud de Arbitraje, p. 5; Escritura de compra de la Finca 443 del 30 de julio de 2010, Anexo 18 a la Solicitud de Arbitraje, p. 2; Escritura de compra de la Finca 788 del 30 de julio de 2010, Anexo 19 a la Solicitud de Arbitraje, p. 1; Escritura de compra de la Finca 86 del 30 de julio de 2010, Anexo 20 a la Solicitud de Arbitraje, p. 2; Escritura de compra de la Finca 949 del 30 de julio de 2010, Anexo 21 a la Solicitud de Arbitraje, p. 2.

²⁹ *Trans-Global Petroleum*, para. 44.

³⁰ *RSM*, para. 6.1.4.

Motivación de la decisión sobre las excepciones preliminares de la Demandada en virtud de la regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI del 27 de enero de 2016

Demandantes lo han negado, aportando nueva prueba. *Prima facie*, este contra-argumento y la prueba que lo pretende soportar pueden ser relevantes.

Motivación de la decisión sobre las excepciones preliminares de la Demandada en virtud de la regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI del 27 de enero de 2016

VIII POSICIÓN DE LAS PARTES

1. POSICIÓN DE LA DEMANDADA

40. La República argumenta que la Solicitud de Arbitraje carece manifiestamente de mérito jurídico y pretende que el Tribunal, de acuerdo con la Regla 41(5), la desestime en su totalidad con efecto de cosa juzgada, e imponga las costas a las Demandantes³¹.

A. El estándar de la Regla 41(5)

41. La República explica que una excepción preliminar de la Regla 41(5) solo puede prosperar si la demanda carece manifiestamente de mérito jurídico.

Carecer de mérito jurídico

42. El calificativo “jurídico” indica, por oposición, lo “no fáctico”. Así, según la Demandada, el Tribunal no debe revisar los hechos, sino limitarse al análisis de los argumentos jurídicos alegados³². La excepción preliminar de la Regla 41(5) debe ser concedida si, presuponiendo los hechos alegados por la demandante como ciertos, la reclamación careciera de fundamento legal³³.

43. La expresión “mérito jurídico” contenida en la Regla comprende argumentos tanto de jurisdicción como de fondo³⁴. En opinión de Panamá, la Regla 41(5) permite el examen de la jurisdicción del Centro y de la competencia del Tribunal³⁵.

Manifiestamente

44. La Demandada coincide con lo decidido por el tribunal en el caso *Trans-Global*³⁶:

“the ordinary meaning of the word [manifest] requires the respondent to establish its objection clearly and obviously, with relative ease and despatch”.

B. Las reclamaciones carecen manifiestamente de mérito jurídico

45. La Demandada arguye que las reclamaciones de las Demandantes carecen manifiestamente de mérito jurídico y deben desestimarse por dos motivos: porque la inversión de las Demandantes es ilegal (**a.**), y porque el Informe no produce efectos jurídicos (**b.**).

³¹ P-1 para. 58; P-2, paras. 45, 48.

³² P-1, para. 19.

³³ P-1, para. 20.

³⁴ P-2, paras. 11-12.

³⁵ P-2, para. 11 *et seq.* La Demandada apoya su posición en los casos *Brandes*, *Global Trading*, *RSM*, *Emmis International*, *Elsamex* y *PNG*.

³⁶ *Trans-Global Petroleum*, para. 88, citado en P-1, para. 22.

Motivación de la decisión sobre las excepciones preliminares de la Demandada en virtud de la regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI del 27 de enero de 2016

a. La inversión de las Demandantes es ilegal

46. La Demandada alega que la inversión de las Demandantes es ilegal y, por lo tanto, no es merecedora de protección al amparo del Derecho internacional³⁷.
47. Primero, para que la adquisición de las Fincas por parte de DECSA fuese válida, ésta debía haber pagado un precio superior a aquél al que los vendedores se las hubieran ofrecido previamente a la Comarca. Esto no fue así, como evidencia la prueba presentada con la Solicitud de Arbitraje y sus anexos. DECSA pagó por las Fincas un precio inferior al ofertado a la Comarca, incumpliendo así el art. 10 de la Ley de la Comarca. Este incumplimiento legal acarrea la nulidad de los títulos de las Demandantes sobre las Fincas³⁸.
48. De acuerdo con los arts. 2 y 10.12 del TBI y del TLC, respectivamente, las inversiones realizadas en violación de las leyes de Panamá pierden su protección al amparo del sistema CIADI³⁹.
49. La Demandada concluye que las reclamaciones de las Demandantes carecen de todo mérito jurídico.
50. Segundo, esta falta de mérito jurídico es manifiesta, por ser clara y evidente: solo requiere el contraste de los precios de oferta y de venta de las Fincas⁴⁰.

b. El Informe no produce efectos jurídicos

51. Primero, aun si se considerara que las Fincas fueron adquiridas en cumplimiento de la Ley de la Comarca, las reclamaciones de las Demandantes seguirían careciendo manifiestamente de mérito jurídico, porque el Informe (núcleo de las reclamaciones de las Demandantes) nunca podría infringir ni el TBI ni el TLC⁴¹ por carecer de efectos jurídicos⁴².
52. Según los arts. 201(1) y (90) de la Ley que regula el Procedimiento Administrativo General en Panamá [la “LPA”]⁴³, para que un acto administrativo produzca efectos jurídicos debe presentar los siguientes elementos esenciales⁴⁴:

³⁷ P-1, paras. 26-27.

³⁸ P-1, paras. 5, 56. Ley de la Comarca, art. 10: “La venta de fincas privadas, así como de las mejoras existentes dentro de la Comarca, podrá realizarse siempre que se ofrezca en primera opción a la comarca Ngöbe-Buglé...De no hacerse uso de este derecho de opción y perfeccionarse la transacción, el oferente estará facultado para vender a terceros, pero por un precio no inferior al ofrecido a la Comarca... Cualquier título o derecho posesorio obtenido en contra de las disposiciones de esta Ley, será nulo”, ver Anexo 17 a la Solicitud de Arbitraje.

³⁹ P-2, paras. 25-26.

⁴⁰ P-1, para. 38, 40.

⁴¹ P-1, para. 57.

⁴² P-2, paras. 40 y 43

⁴³ Ley 38/2000 que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales, Doc. RL-10.

⁴⁴ P-1, para. 44; P-2, para. 39.

Motivación de la decisión sobre las excepciones preliminares de la Demandada en virtud de la regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI del 27 de enero de 2016

- motivación,
- descripción del procedimiento y
- parte resolutive.

Dado que el Informe carece de todos ellos, no puede serle imputado el efecto de expropiar la supuesta inversión de las Demandantes, ni de infringir la obligación de Panamá de otorgar a las inversiones de las Demandantes un trato justo y equitativo o una protección y seguridad plena.

53. Segundo, esta falta de mérito jurídico de las reclamaciones de las Demandantes es manifiesta, ya que es clara, evidente y se explica con facilidad y celeridad⁴⁵. Al contrario de lo que sostienen las Demandantes, la determinación de los efectos jurídicos del Informe no es una controversia compleja, que requiera la presentación de dictámenes de peritos y de su interrogatorio: puede ser resuelta con una simple lectura del Informe y de la LPA⁴⁶.
54. En conclusión, la Solicitud de Arbitraje de las Demandantes carece manifiestamente de mérito jurídico y debe desestimarse⁴⁷.

2. POSICIÓN DE LAS DEMANDANTES

55. Las Demandantes consideran que el Tribunal debe rechazar las Excepciones Preliminares por existir un desacuerdo fáctico y jurídico entre las Partes sobre la ubicación de las Fincas, sobre la supuesta ilegalidad de su adquisición y sobre los efectos del Informe⁴⁸, desacuerdo que requiere de atención detallada y que no puede ser despachado de forma expedita.
56. Por ello, las Demandantes solicitan al Tribunal que⁴⁹:
- Rechace las Excepciones Preliminares;
 - Ordene a las Partes proseguir con la fase de fondo de este arbitraje; y
 - Condene a la Demandada a asumir todas las costas y gastos incurridos en este incidente procesal.

A. El estándar de la Regla 41(5)

57. Las Demandantes están de acuerdo con su contraparte en que una excepción preliminar al amparo de la Regla 41(5) solo puede prosperar cuando la demanda

⁴⁵ P-1, para. 50.

⁴⁶ Doc. RL-10 citado por la Demandada en P-2, paras. 37-38.

⁴⁷ P-1, para. 53.

⁴⁸ AM-2, paras. 26 y 37.

⁴⁹ AM-2, para. 75; AM-3, para. 59.

carezca manifiestamente de mérito jurídico. Las Demandantes, sin embargo, añaden ciertos matices:

58. Primero, si bien es cierto que el calificativo “jurídico” implica en principio que el Tribunal debe asumir como ciertos los hechos, tal como hayan sido relatados por las Demandantes⁵⁰, esta regla no es aplicable cuando las Partes mantienen posturas enfrentadas en cuanto a los hechos mismos. En este caso, la Regla 41(5) ya no es aplicable, pues el Tribunal Arbitral necesariamente debe entrar a valorar los hechos y el fondo de la cuestión, para poder resolver la disputa⁵¹.
59. Segundo, las Demandantes también alegan que la Regla 41(5) no está ideada para resolver puntos jurídicos novedosos, difíciles o controvertidos, sino para situaciones en las que no haya dudas de cuál es el Derecho a aplicar, ni sobre cuáles son los hechos probados; si no hay acuerdo en cuanto a las normas jurídicas a aplicar o los hechos subyacentes, es necesario dar trámite a una fase de fondo⁵².
60. Tercero, las Demandantes niegan categóricamente la aplicabilidad de la Regla 41(5) a cuestiones jurisdiccionales, como pretende la Demandada:
 - La aplicación de la Regla 41(5) a temas jurisdiccionales crearía un doble control de la falta manifiesta de jurisdicción – primero por el Secretario General del Centro de acuerdo con el art. 36(3) del Convenio CIADI⁵³, y luego por el tribunal, al amparo de la Regla 41(5) – lo que restaría eficacia al arbitraje de inversión⁵⁴;
 - La aplicación de la Regla 41(5) a cuestiones jurisdiccionales restaría sentido práctico a la Regla 41(6)⁵⁵: la distinción que hace la Regla 41(6) entre falta de jurisdicción del Centro, falta de competencia del tribunal, y falta manifiesta de “mérito jurídico” no tendría *effet utile*⁵⁶;
 - La expresión “*without legal merit*” contenida en la Regla 41(5) se refiere a la frivolidad de las pretensiones de fondo de la demandante, y no a la jurisdicción invocada⁵⁷;

⁵⁰ AM-2, para. 25.

⁵¹ AM-2, para. 24.

⁵² AM-2, paras. 6 y 32. AM-3, para. 19.

⁵³ Art. 36(3) del Convenio: “El Secretario General registrará la solicitud salvo que, de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro. Notificará inmediatamente a las partes el acto de registro de la solicitud, o su denegación”.

⁵⁴ AM-2, para. 19; AM-3, para. 18.

⁵⁵ Regla 41(6) de las Reglas del CIADI: “Si el tribunal decidiera que la diferencia no cae dentro de la jurisdicción del Centro, o que no es de su competencia, o que todas las reclamaciones carecen manifiestamente de mérito jurídico, dictará un laudo a tal efecto”.

⁵⁶ AM-2, para. 21.

⁵⁷ AM-2, para. 18; AM-3, para. 18.

Motivación de la decisión sobre las excepciones preliminares de la Demandada en virtud de la regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI del 27 de enero de 2016

- Los pocos casos citados por la Demandada en apoyo a su teoría de que la Regla 41(5) es aplicable a cuestiones jurisdiccionales, carecen de toda relevancia, pues tratan supuestos totalmente distintos al de este arbitraje⁵⁸.

B. Las reclamaciones no carecen manifiestamente de mérito jurídico

a. La supuesta ilegalidad de las inversiones de las Demandantes

61. Las Demandantes afirman que su inversión es legal y que es merecedora de plena protección *iusinternacional*⁵⁹. En su opinión, la Primera Excepción debe ser rechazada⁶⁰.
62. Primero, las Demandantes sostienen que DECSA pagó por las Fincas sumas mayores a las ofrecidas a la Comarca⁶¹, cumpliendo así con la Ley de la Comarca, como evidencian los cheques aportados como prueba documental⁶².
63. Pero, aun si existiera alguna ilegalidad en la adquisición de las Fincas:
 - la Administración no podría prevalecerse de ella por el principio *venire contra factum proprium*: (i) por no haber impugnado los títulos de propiedad, y por (ii) haber registrado las Fincas como propiedad de DECSA en el Registro de la Propiedad de Panamá⁶³; y
 - las Demandantes serían terceros de buena fe: no estuvieron involucradas en la operación e hicieron una *due diligence* pertinente para determinar que DECSA era la legítima propietaria de las Fincas⁶⁴.
64. Segundo, aun aceptando que hubiera falta de mérito jurídico, ésta es todo menos manifiesta; las cuestiones debatidas son complejas y requieren un análisis más profundo para asegurar su correcta resolución⁶⁵.

⁵⁸ AM-3, para. 13. De los seis casos citados por Panamá, los tribunales concluyeron que los reclamos de la demandante carecía manifiestamente de mérito jurídico en únicamente tres. En dichos casos se trató (i) de una ausencia manifiesta de inversión, (ii) de la aplicación del principio de cosa juzgada, y (iii) de la exclusión en el tratado aplicable de reclamaciones distintas a la de expropiación. En el presente caso, en cambio, la Demandada alega (i) la supuesta ilegalidad de la inversión y (ii) la supuesta ineffectividad jurídica del Informe.

⁵⁹ AM-2, para. 39.

⁶⁰ AM-2, sección 3.1.

⁶¹ AM-2, paras. 48 y 59.

⁶² AM-2, p. 19.

⁶³ AM-3, para. 36; AM-2, para. 58.

⁶⁴ AM-3, para. 38

⁶⁵ En apoyo a su posición, las Demandantes afirman que existen controversias fácticas sobre las sumas pagadas por la adquisición de las Fincas; y controversias jurídicas sobre si los Tratados, o el Convenio exigen como requisito jurisdiccional la “legalidad de la inversión”, y sobre el grado de gravedad de la supuesta “ilegalidad de la inversión” requerida por el Derecho internacional de las inversiones para determinar si dicha inversión puede o no ser protegida, AM-2, paras. 41-45, 59; AM-3, paras. 32, 42.

65. Tercero, la Regla 41(5) no es aplicable a cuestiones jurisdiccionales y, dado que la Demandada acepta expresamente que esta excepción preliminar es de esa naturaleza jurídica, ésta debe ser rechazada *a limine* por el Tribunal⁶⁶.

b. Los efectos jurídicos del Informe

66. Las Demandantes aseveran que la cuestión de si el Informe tiene o no efectos jurídicos es compleja y, por lo tanto, la reclamación no puede calificarse como carente de mérito de forma manifiesta.

67. Primero, la determinación de la naturaleza y los efectos jurídicos del Informe así como su calificación como “acto administrativo” supone una controversia jurídica entre las Partes, que solo puede ser resuelta en una etapa de fondo de este arbitraje⁶⁷.

68. Y, aun aceptando que el Informe no fuera un acto administrativo en sí, es innegable que ha sido la causa de los considerables daños económicos sufridos por las Demandantes⁶⁸: al tornarse imposible la realización del Proyecto Cañaverál, la inversión de las Demandantes perdió todo su valor⁶⁹.

69. Segundo, las Demandantes niegan la afirmación de la Demandada de que el Informe, al no ser un acto administrativo, no pueda violar los Tratados⁷⁰: no es necesario que un acto produzca efectos jurídicos al amparo de un derecho municipal para violar los Tratados y los principios del Derecho internacional⁷¹.

70. Tercero, las Demandantes también argumentan que el proceso que culminó en el Informe mostró ciertas irregularidades: según su relato, no se permitió a DECSA participar en el procedimiento⁷², no han tenido la oportunidad de formular recurso contra el Informe⁷³ y tampoco han podido conocer la base utilizada por el Informe para concluir que las Fincas se situaban fuera de la Comarca, puesto que la ANATI se ha negado a entregar los planos madre utilizados⁷⁴.

71. Cuarto, la alegada falta de mérito jurídico no es manifiesta; Panamá plantea controversias jurídicas y fácticas que no pueden resolverse correctamente en una

⁶⁶ AM-3, para. 10 citando P-1, para. 40. AM-2, para. 23.

⁶⁷ Las Demandantes ejemplifican su punto con ciertos tratados de derecho francés que disponen que “toda manifestación de voluntad de la Administración puede constituir un acto administrativo”; AM-2, para. 64.

⁶⁸ AM-2, para. 71; AM-3, para. 48.

⁶⁹ AM-3, para. 51.

⁷⁰ AM-3, para. 49 citando P-2, para. 43.

⁷¹ Las Demandantes citan el art. 3 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad internacional del Estado: “La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno”, CL-3, ver AM-3, para. 50.

⁷² Solicitud de Arbitraje, para. 52.

⁷³ AM-2, para. 67.

⁷⁴ AM-2, para. 68.

fase preliminar del proceso; éstas requieren de un “*full hearing*” para su correcta resolución⁷⁵.

72. En conclusión, existe un desacuerdo entre las Partes de orden fáctico en cuanto a la ubicación de las Fincas, y otro de naturaleza jurídica sobre la supuesta ilegalidad de su adquisición y sobre el impacto del Informe. Estos desacuerdos requieren para su correcta resolución que se desarrolle la fase de fondo de este arbitraje⁷⁶. Por consiguiente, el Tribunal debe rechazar las Excepciones Preliminares presentadas por la Demandada⁷⁷.

⁷⁵ AM-2, para. 37.

⁷⁶ AM-2, para. 26.

⁷⁷ AM-2, para. 31.

IX ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

73. La Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje CIADI reza así:

“Salvo que las partes hayan acordado otro procedimiento expedito para presentar excepciones preliminares, una parte podrá, a más tardar 30 días después de la constitución del Tribunal, y en cualquier caso antes de la primera sesión del Tribunal, oponer una excepción relativa a la manifiesta falta de mérito jurídico de una reclamación. La parte deberá especificar, tan precisamente como sea posible, el fundamento de su excepción. El Tribunal, después de dar a las partes la oportunidad de presentar sus observaciones sobre la excepción, deberá, en su primera sesión o prontamente después, notificar a las partes su decisión sobre la excepción [...]”.

74. Al amparo de esta norma, la Demandada solicita al Tribunal que desestime la Solicitud de Arbitraje en su totalidad, con efectos de cosa juzgada, por carecer manifiestamente de mérito jurídico⁷⁸.

75. Es indiscutido que:

- Las Partes no han acordado otro procedimiento expedito para presentar excepciones preliminares y, por lo tanto, el Tribunal debe aplicar el procedimiento previsto en la Regla 41(5);
- La Demandada presentó sus Excepciones Preliminares el 29 de octubre de 2015, es decir 30 después de la constitución del Tribunal y, por lo tanto, dentro del plazo exigido por la Regla 41(5).

76. Antes de analizar las dos Excepciones Preliminares presentadas por la Demandada (2. y 3.), el Tribunal analizará brevemente el ámbito de la Regla 41(5) (1.). Y al final, se pronunciará sobre la petición de costas (4.).

1. ÁMBITO DE LA REGLA 41(5)

77. La Regla 41(5) permite al Estado demandado presentar al inicio del procedimiento excepciones preliminares cuando, a su modo de ver, alguna de las reclamaciones de la demandante carezca manifiestamente de mérito jurídico, y por ende deba ser rechazada *a limine*. Planteada la excepción, el tribunal, después de escuchar a las partes, debe adoptar con prontitud una de las siguientes decisiones:

- Rechazar parcial o totalmente las reclamaciones de la demandante, por aceptar una o más de las excepciones del demandado;
- Ordenar la continuación del procedimiento respecto de las reclamaciones para las que el Tribunal no haya aceptado las excepciones invocadas.

⁷⁸ P-1, para. 58.

Motivación de la decisión sobre las excepciones preliminares de la Demandada en virtud de la regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI del 27 de enero de 2016

78. Para que una excepción prevalezca, el demandado debe probar que la reclamación carece “manifiestamente de mérito jurídico”. Si este estándar no se cumple, la excepción será rechazada *pro tem*, sin perjuicio del derecho del demandado a volver a plantearla como una defensa en el procedimiento ordinario.

“Manifiesta”

79. Ambas Partes aceptan que el alcance del término “manifiesta” es aquél recogido en la decisión del caso *Trans-Global Petroleum*, y posteriormente reproducido en las decisiones de *Global Trading*⁷⁹, *RSM*⁸⁰ y *Brandes*⁸¹:

*“[...] the ordinary meaning of the word requires the respondent to establish its objection clearly and obviously, with relative ease and despatch. The standard is thus set high [...]. The exercise may thus be complicated; but it should never be difficult”*⁸².

80. El Tribunal adopta la misma posición.

“Falta de mérito jurídico”

81. Para que una excepción prospere al amparo de la Regla 41(5) debe referirse a una cuestión “jurídica”.
82. Las Partes de nuevo⁸³ aceptan que en su decisión el Tribunal debe dar por bueno el relato fáctico propuesto por las Demandantes.
83. En *Trans-Global Petroleum*, el tribunal llegó a la misma conclusión:

*“The tribunal considers that the adjective ‘legal’ in Rule 41(5) is clearly used in contradistinction to ‘factual’ given the drafting genesis of Rule 41(5) [...]. Accordingly, it would seem that the tribunal is not concerned, per se, with the factual merits of the Claimant’s three claims. At this early stage of these proceedings, without any sufficient evidence, the Tribunal is in no position to decide disputed facts alleged by either side in a summary procedure”*⁸⁴.

* * *

84. Sentados estos principios generales, el Tribunal Arbitral analizará cada Excepción Preliminar para determinar si reúne o no los requisitos exigidos por la Regla 41(5).

⁷⁹ *Global Trading*, para. 35.

⁸⁰ *RSM*, para. 6.1.3.

⁸¹ *Brandes*, para. 62.

⁸² *Trans-Global Petroleum*, para. 88.

⁸³ AM-2, para. 25; P-1, para. 19.

⁸⁴ *Trans-Global Petroleum*, para. 97.

2. LA SUPUESTA ILEGALIDAD DE LA INVERSIÓN

85. La Demandada sostiene que DECSA adquirió las Fincas a un precio inferior a aquél que el vendedor previamente había ofrecido a la Comarca, lo que supondría una violación del art. 10 de la Ley de la Comarca⁸⁵, y por ende, redundaría en la ilegalidad de la inversión y la pérdida de toda protección ofrecida por el Derecho internacional a inversiones legítimas⁸⁶.
86. Las Demandantes, además de cuestionar que la legalidad de la inversión constituya un requisito jurisdiccional⁸⁷, niegan la mayor: alegan que el precio pagado por las Fincas excedió al ofrecido a la Comarca, respetándose así el art. 10 de la Ley de la Comarca. Añaden las Demandantes que resolver la controversia en este punto requerirá de un análisis fáctico muy detallado, pues el Tribunal deberá determinar cuál es el verdadero precio pagado por las Fincas, lo que sería imposible en el estrecho margen procesal que permite la Regla 41(5) (con independencia de que, aun resolviéndose esta cuestión jurídica, la exigencia de legalidad de una inversión para merecer la protección del Derecho internacional, es cuestión compleja que requiere de un análisis detallado).
87. A continuación el Tribunal Arbitral detalla el relato de las Partes y la prueba aportada sobre los precios pagados y ofertados:

La República de Panamá

88. Según la Demandada los precios de venta de las Fincas y los precios ofrecidos a la Comarca son los siguientes⁸⁸:

| FINCA | VALOR EN OFERTA A LA COMARCA | VALOR DE VENTA A DECSA |
|-------|------------------------------|------------------------|
| 86 | B/. 75.000 | B/. 70.000 |
| 443 | B/. 70.000 | B/. 55.000 |
| 788 | B/. 15.000 | B/. 12.000 |
| 949 | B/. 65.000 | B/. 60.000 |

89. Estas cifras las obtiene la República panameña a partir de la siguiente prueba:
- Proyecto de desarrollo rural sostenible de la Comarca y corregimientos rurales pobres aledaños, Anexo 16 de la Solicitud de Arbitraje, pp. 17-18;
 - Notas de prensa en las cuales se indica que “Baker pedía a la comarca 65 mil dólares [por la Finca 949], precio superior al que luego la vendió” y

⁸⁵ P-1, para. 26.

⁸⁶ P-2, paras. 24-25.

⁸⁷ AM-2, paras. 41-45, 59; AM-3, paras 32, 42.

⁸⁸ P-1, p. 13.

Motivación de la decisión sobre las excepciones preliminares de la Demandada en virtud de la regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI del 27 de enero de 2016

“Compran tierras en centavos para venderlas en millones” de 17 de junio de 2013, Anexo 43 de la Solicitud de Arbitraje, p. 5;

- Escritura de Compra de la Finca 443 de 30 de julio de 2010, Anexo 18 de la Solicitud de Arbitraje, p. 2;
- Escritura de compra de la Finca 788 de 30 de julio de 2010, Anexo 19 de la Solicitud de Arbitraje, p. 1;
- Escritura de compra de la Finca 86 de 30 de julio de 2010, Anexo 20 de la Solicitud de Arbitraje, p. 2;
- Escritura de compra de la Finca 949 de 30 de julio de 2010, Anexo 21 de la Solicitud de Arbitraje, p. 2.

Las Demandantes

90. El cuadro elaborado por las Demandantes, donde recogen los precios ofertados y los pagados por la adquisición de las Fincas, es el siguiente⁸⁹:

| Finca N° | Valor en oferta a la Comarca | Precio pagado por DECSA |
|----------|------------------------------|-----------------------------|
| 86 | B/. 75.000 | Monto superior a B/. 75.000 |
| 443 | B/. 70.000 | B/. 225.000 |
| 788 | B/. 15.000 | B/. 46.875 |
| 949 | B/. 65.000 | B/. 203.125 |

91. Como prueba de los anteriores montos, las Demandantes han aportado los siguientes cheques⁹⁰:
- Cheque de 5 de agosto de 2010 a la orden del Sr. Feliciano Beker por B/250,000, Doc. C3;
 - Cheque de 29 de noviembre de 2010 a la orden del Sr. Roberto Beker por B/55,000, Doc. C2;
 - Cheque de 26 de enero de 2011 a la orden del Sr. Roberto Beker por B/170,000, Doc. C2.

⁸⁹ AM-2, p. 19.

⁹⁰ Docs. C2 y C3.

El Tribunal Arbitral

92. El art. 10 de la Ley de la Comarca reza así⁹¹:

“La venta de fincas privadas, así como de las mejoras existentes dentro de la Comarca, podrá realizarse siempre que se ofrezca en primera opción a la Comarca Ngöbe-Buglé. Para tales efectos, la oferta deberá dirigirse por escrito al alcalde comarcal que corresponda, quien tendrá hasta noventa días para aceptarla o rechazarla, y noventa días adicionales para formalizar la transacción. De no hacerse uso de este derecho de opción y perfeccionarse la transacción, el oferente estará facultado para vender a terceros, pero por un precio no inferior al ofrecido a la Comarca. En caso de que la propiedad privada sea adquirida por un tercero, este nuevo propietario se comprometerá a cumplir las normas establecidas en la presente Ley. Cualquier título o derecho posesorio obtenido en contra de las disposiciones de esta Ley, será nulo” (subrayado del Tribunal).

93. De acuerdo con el art. 10 de la Ley de la Comarca, la compraventa entre todo tipo de particulares de fincas privadas situadas en la Comarca Ngöbe-Buglé es nula, a no ser que previamente se le haya ofrecido a la Comarca una opción de compra preferente, a un precio igual o inferior al que el tercero se haya comprometido a pagar. En caso de que la Comarca Ngöbe-Buglé no haga uso de este derecho, el oferente queda autorizado a enajenar la finca, pero nunca a un precio superior al ofrecido a la Comarca.

94. En este caso la discrepancia es de naturaleza eminentemente fáctica: las Partes discuten si en el proceso de adquisición de las Fincas surgieron diferencias entre el precio ofrecido a la Comarca y el efectivamente pagado por DECSA⁹².

95. El procedimiento establecido en la Regla 41(5) fue diseñado para resolver objeciones, que el Tribunal pueda aceptar o rechazar valorando únicamente la “manifiesta falta de mérito jurídico de las reclamaciones”, sin tener que entrar en un análisis de los hechos subyacentes⁹³. Aun asumiendo, como pretende la Demandada, que la legalidad de la inversión fuera un requisito jurisdiccional, para poder determinar si, efectivamente, la inversión está teñida de alguna ilegalidad, el Tribunal tendría que entrar a depurar los hechos, pues el propio sustrato fáctico resulta controvertido. En otras palabras, aun si los puntos jurídicos en que las Partes difieren se resolvieran a favor de la Demandada, para concluir que efectivamente la ilegalidad llegó a producirse, se precisaría de una depuración fáctica, que desborda los estrechos límites conferidos al Tribunal al amparo de la Regla 41(5) para concluir que la reclamación carece manifiestamente de mérito jurídico.

96. La Primera Excepción se basa en una discrepancia entre las Partes sobre la concreta forma en que se desarrollaron los hechos. Una disputa fáctica como la que se presenta ante el Tribunal no puede ser resuelta a través de un procedimiento

⁹¹ Anexo 17 de la Solicitud de Arbitraje.

⁹² P-2, para. 27.

⁹³ *MOL Hungarian Oil*, para. 44.

Motivación de la decisión sobre las excepciones preliminares de la Demandada en virtud de la regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI del 27 de enero de 2016

abreviado, sino que lo apropiado y lo previsto en las Reglas de Arbitraje es que sea planteada, probada y decidida con las plenas garantías de un procedimiento ordinario⁹⁴.

97. En consecuencia, el Tribunal Arbitral rechaza la Primera Excepción de la Demandada.

* * *

98. Las Demandantes también alegan que la Regla 41(5) no es aplicable a cuestiones jurisdiccionales y que, al tener esta Primera Excepción naturaleza jurisdiccional, debe ser rechazada *a limine*.
99. Dado que el Tribunal ya ha rechazado la Primera Excepción por otros motivos, no entrará a analizar este argumento adicional de las Demandantes.

3. LA SUPUESTA FALTA DE EFECTOS JURÍDICOS DEL INFORME

100. En su Segunda Excepción la Demandada alega que el Informe no constituye un acto administrativo a los efectos los arts. 201(1) y 201(90) de la LPA⁹⁵, no produce efecto jurídico alguno y por ende no puede provocar un incumplimiento de los Tratados⁹⁶.
101. Las Demandantes, en cambio, entienden que el argumento de la Demandada es de todo punto irrelevante. Lo que realmente importa es que la emisión del Informe fue improcedente, provocó una violación de los Tratados y causó daños económicos⁹⁷. En concreto, las Demandantes alegan que el Informe se emitió sin dar audiencia debida a las Demandantes⁹⁸ y que reubicó las Fincas fuera de la Comarca, alterando así arbitrariamente el título de propiedad de las Fincas e imposibilitando el desarrollo del Proyecto Cañaverál⁹⁹.
102. El Tribunal Arbitral rechaza la Segunda Excepción planteada, por las siguientes razones:
- La decisión de si el Informe constituye un acto (sea administrativo o no) imputable al Estado y si afectó o incluso llegó a destruir la inversión de las Demandantes, es una cuestión compleja, que el Tribunal no puede abordar sin antes haber dado a las Partes la oportunidad de plantear un análisis profundo y riguroso de la cuestión. Con el nivel de alegación y prueba existente en la actualidad, el Tribunal Arbitral no está en condiciones de poder concluir que la reclamación carece manifiestamente de mérito jurídico.

⁹⁴ *Trans Global Petroleum*, para. 97.

⁹⁵ P-2, para. 39.

⁹⁶ P-1, para. 45; P-2, para. 39.

⁹⁷ AM-3, para. 48.

⁹⁸ Solicitud de Arbitraje, para. 52.

⁹⁹ Solicitud de Arbitraje, paras. 52 y 68.

Motivación de la decisión sobre las excepciones preliminares de la Demandada en virtud de la regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI del 27 de enero de 2016

- Además, las Demandantes vienen argumentando que en la elaboración del Informe las autoridades panameñas incurrieron en graves vicios procedimentales y que las conclusiones alcanzadas pecan de arbitrarias¹⁰⁰. Este argumento exige un cuidadoso discernimiento de los hechos probados y del Derecho aplicable, que aún no se ha producido (pues en su escrito P-2 la Demandada no da contestación al argumento de las Demandantes) – lo que en todo caso exige que se tramite el proceso ordinario.

4. COSTAS

103. Ambas Partes han solicitado al Tribunal que ordene a su contraparte a pagar todos los costos y gastos incurridos en esta fase procesal¹⁰¹.
104. El Tribunal decide posponer su decisión sobre costas.

¹⁰⁰ Solicitud de Arbitraje, para. 52; AM-2, para. 67.

¹⁰¹ AM-2, para. 75; P-1, para. 58.

Motivación de la decisión sobre las excepciones preliminares de la Demandada en virtud de la regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI del 27 de enero de 2016

X DECISIÓN DEL TRIBUNAL

105. El Tribunal decide:

1. Rechazar las Excepciones Preliminares presentadas por la Demandada al amparo de la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje CIADI;
2. Ordenar la continuación del procedimiento de acuerdo con el calendario del Anexo A.II de la Resolución Procesal N°1;
3. Posponer el pronunciamiento sobre costas.

[Firmado]

Horacio A. Grigera Naón
Co-árbitro

[Firmado]

Henri C. Álvarez
Co-árbitro

[Firmado]

Juan Fernández-Armesto
Presidente del Tribunal