

# Sapientia

REVISTA TRIMESTRAL



---

*La teoría de la imprevisión en el Código Civil panameño*

*Doctrina superflua de la Sala Civil en la admisión del recurso de casación*

*El depósito bancario escrow y su fundamento en Panamá*

---

ISSN2070-3651 | Año 11, No.1, marzo 2020

latindex  
REVISTA INDEXADA

## MAGISTRADOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

**S.E. Luis Ramón Fábrega Sánchez**  
Magistrado presidente de la Corte Suprema de Justicia  
Presidente de la Sala Tercera de lo  
Contencioso Administrativo y Laboral  
Presidente de la Sala Cuarta de Negocios Generales

**H.M. Angela Russo de Cedeño**  
Vicepresidenta de la Corte Suprema de Justicia  
Presidenta de la Sala Primera de lo Civil

**H.M. María Eugenia López Arias**  
Presidenta de la Sala Segunda de lo Penal

**H.M. Hernán A. De León Batista**  
Sala Primera de lo Civil

**H.M. Olmedo Arrocha**  
Sala Primera de lo Civil

**H.M. José E. Ayú Prado Canals**  
Sala Segunda de lo Penal

**H.M. Maribel Cornejo Batista**  
Sala Segunda de lo Penal

**H.M. Carlos Vásquez Reyes**  
Sala Tercera de lo  
Contencioso Administrativo y Laboral

**H.M. Cecilio Cedalise Riquelme**  
Sala Tercera de lo  
Contencioso Administrativo y Laboral

---

1,500 ejemplares. La Revista Jurídica "Sapientia" es editada por la Sección de Editorial y Publicaciones del Órgano Judicial de la República de Panamá. Palacio Gil Ponce, Segundo Tribunal Superior, Planta Baja, Ancón.  
Teléfono: (507) 212-7469  
Correo electrónico: [sapientia@organojudicial.gob.pa](mailto:sapientia@organojudicial.gob.pa)  
Panamá, 2020

Revista Indexada por:



Sistema Regional de Información  
en Línea para Revistas Científicas  
de América Latina, el Caribe, España y Portugal

## CONSEJO EDITORIAL

**Doctor Cecilio Cedalise Riquelme**  
Magistrado de la Sala Tercera de lo  
Contencioso Administrativo y Laboral

**Doctor Luis Camargo**  
Magistrado del Tercer Tribunal Superior del  
Primer Distrito Judicial

**Doctor Miguel Espino**  
Magistrado del Primer Tribunal Superior del  
Primer Distrito Judicial

**Magíster José Correa**  
Magistrado del Tribunal Superior de Apelaciones del Tercer  
Distrito Judicial

**Magíster Carlos Valentín Rivas**  
Magistrado del Tribunal Superior de Apelaciones  
del Primer Distrito Judicial

**Magíster Jennifer Saavedra**  
Jueza de Juicio Oral del  
Primer Distrito Judicial

**Magíster Porfirio Salazar**  
Defensor Público del Sistema Penal Acusatorio en  
el Segundo Distrito Judicial

**Magíster Andrés Mojica García de Paredes**  
Asesor Legal

**Magíster Aracelly Vega**  
Jefa de la Unidad de Acceso a la Justicia y Género

**Magíster Anixa Santizo**  
Asistente de Magistrado

**Licenciada Gloria Leiva Gaitán**  
Editora

---

## CUERPO DE PRODUCCIÓN

**Licenciada Gloria Leiva Gaitán**  
Directora de Editorial y Publicaciones del Cendoj

**Magíster Stella Martínez**  
Diseño Gráfico

# Colaboradores

**Dr. Víctor Raúl De Las Casas Salazar**  
Asistente de Magistrado de la Sala Civil

**Mgter. Anixa Santizo Sáenz**  
Asistente de Magistrado de la Sala Civil

**Licdo. Andrés Beck**  
Abogado asistente

**Licdo. Juan Manuel Estribí Pérez**  
Oficial Mayor IV del Tribunal de  
Apelaciones Marítimas de Panamá

**Mgter. Miguel Ángel Trejos Navarro**  
Juez Primero de Circuito Civil de Veraguas

# Nota Editorial

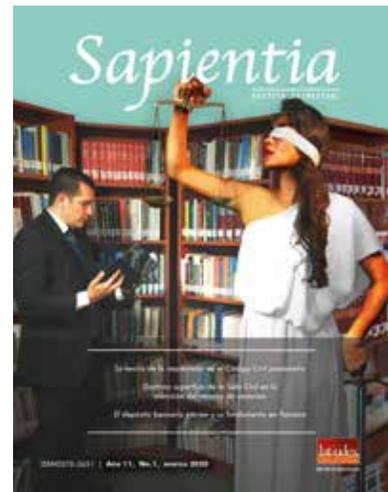
Nuestra revista jurídica institucional Sapiencia, en esta edición, honra la labor que realiza, desde hace 27 años, la Sección de Documentación y Bibliotecas Jurídicas del Cendoj del Órgano Judicial, la cual se ha convertido en un espacio para que, abogados y estudiantes de la abogacía, consulten diariamente información jurídica de todas las ramas del derecho, no solo de la regulación y doctrina patria sino del ámbito internacional.

La consulta telemática de obras jurídicas es una tendencia creciente en esta era cibernética, por tanto, nuestras bibliotecas y la propia página web del Cendoj se avocan a brindarles a sus visitantes legislación completa en formato digital; lo anterior, sin detrimento de la facilidad de consultar en línea los títulos de las obras jurídicas con que cuentan nuestras bibliotecas jurídicas en soporte papel.

A lo largo de estas casi tres décadas, nuestra institución ha reforzado esta importante Sección, que actualmente cuenta con siete bibliotecas jurídicas en el ámbito nacional y tiene previsto abrir tres más, para abarcar y dar la cobertura de este servicio a las diez provincias del país.

Se hace oportuna la ocasión para resaltar que cada año, se suman a nuestras Bibliotecas Jurídicas nuevos ejemplares de obras contentivas de las más actualizadas corrientes del derecho, ello gracias al compromiso institucional y a las donaciones que se reciben de juristas panameños, lo cual actualiza el conocimiento legal del país.

Gloria Leiva Gaitán  
Editora



## RESEÑA DE LA PORTADA

**Título:** Biblioteca Jurídica del Órgano Judicial, Rodrigo Molina Amuy.

**Foto:** Katherine Jiménez  
Secretaría de Comunicación

**Fecha:** marzo 2020

**Técnica:** Fotografía

---

---

## MENSAJE DEL PRESIDENTE

---

---



“...cuanto menos se lee, más daño hace lo que se lee.”

*Miguel de Unamuno*

Iniciamos este 2020, dedicando honor a las letras, con la primera Feria del Libro del Órgano Judicial, que se realizó a finales del mes de enero, para conmemorar el decimotercer aniversario de la Sección de Editorial y Publicaciones.

Con este tipo de actividades se insta a la lectura en nuestra comunidad, pero también a la escritura, especialmente en el ámbito jurídico.

Es por ello, que exhorto a los profesionales del Derecho que escriban obras y ensayos jurídicos, ya que este es un hábito que no debe perderse pues genera conocimiento para las futuras generaciones de abogados de este país, que requieren estar más preparados para el ejercicio del derecho.

A través del lenguaje escrito se aportan conocimientos e invito a los funcionarios de la institución y abogados en general, que continúen enriqueciendo a nuestros lectores de la Revista Jurídica Sapiencia, con ensayos de calidad que propicien al intercambio de ideas y discusión jurídica.

Los tiempos que vivimos hoy, nos han obligado a ser más creativos con lo que tenemos, utilicemos esa creatividad para plasmar nuestras ideas, conocimientos y experiencias en un texto que traspase los momentos, las épocas y las circunstancias; que aquellos que nos sucedan puedan aprovechar nuestra vivencia como impulso a nuevas ideas que beneficien su momento histórico, corrijan lo que no está bien y mejoren lo que hemos hecho.

**Dr. Luis Ramón Fábrega Sánchez**

Magistrado presidente de la Corte Suprema de Justicia

<b>La teoría de la imprevisión en el Código Civil panameño</b> Dr. Víctor Raúl De Las Casas Salazar	<b>6</b>
<b>Doctrina superflua de la Sala Civil en la admisión del recurso de casación</b> Mgter. Anixa Santizo Sáenz	<b>20</b>
<b>El depósito bancario <i>escrow</i> y su fundamento en Panamá</b> Licdo. Andrés Beck (Pluma invitada)	<b>36</b>
<b>Jurisprudencia reciente del Tribunal de Apelaciones Marítimas</b> Licdo. Juan Manuel Estribí Pérez	<b>52</b>
<b>El pago por consignación</b> Mgter. Miguel Ángel Trejos Navarro	<b>72</b>



## SECCIÓN DE DOCUMENTACIÓN Y BIBLIOTECAS JURÍDICAS

**E**n su inicio, la Biblioteca Judicial formaba parte de la Escuela Judicial fue inaugurada el 27 de septiembre de 1992, con una donación de libros del Proyecto de Mejoramiento de la Administración de Justicia, (AID). La colección contaba con 203 títulos que sumaban 236 ejemplares (para cada provincia).

Esta biblioteca estuvo ubicada en el Edificio Boulevard Balboa, hasta el 28 de enero de 1995, hasta que fue trasladada al Palacio de Justicia Gil Ponce.

El 16 de febrero de 1996, fue reinaugurada haciéndose efectivo el Acuerdo N°262 de diciembre de 1995, y recibe el nombre de Biblioteca Judicial "**Rodrigo Molina Amuy**", como un homenaje a quien fuera magistrado. En mayo de 1997, mediante Acuerdo N°152, se crea la Dirección de Bibliotecas Jurídicas, y en febrero de 2009, mediante Acuerdo N° 071, se crea el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), del

que forma parte la Sección de Documentación y Bibliotecas Jurídicas.

La misma cuenta con siete (7) bibliotecas a nivel nacional, las que ofrecen información jurídica a funcionarios, abogados e investigadores. Su colección está compuesta por obras de referencia, enciclopedias, diccionarios, códigos actualizados. Además cuenta con obras de derecho en general, derechos humanos, revistas, registros judiciales, y obras de otras materias.

En la página web del Órgano Judicial [www.organojudicial.gob.pa](http://www.organojudicial.gob.pa), se puede encontrar el catálogo en línea, que cuenta con 10,123 títulos, además encontrará los Recursos Electrónicos que contienen 33 links, con información adicional.

**Todas las bibliotecas a nivel nacional laboran en horario judicial  
(De 8:00 a.m.- 12:00 p.m. y de 2:00 p.m. a 5:00 p.m., de lunes a viernes).**

# **LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PANAMEÑO**

**Dr. Víctor Raúl De Las Casas Salazar**

Asistente de Magistrado de la Sala Civil

Correo electrónico: [vrdelascasas@hotmail.com](mailto:vrdelascasas@hotmail.com)

# LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PANAMEÑO

## Resumen

Los contratos para cuyo cumplimiento se haya señalado un plazo, o aquellos que, siendo de ejecución inmediata, su cumplimiento se prolonga en el tiempo, son susceptibles de ser afectados, en cuanto a su cumplimiento, por hechos imprevistos y extraordinarios que, aun cuando no impidan su cumplimiento, lo hagan excesivamente gravoso para alguna de las partes contratantes. Al respecto, la teoría de la imprevisión introdujo en el ordenamiento francés, a principios del siglo pasado, la posibilidad de terminar o, al menos, de modificar el contrato cuyo cumplimiento se vea afectado de esta manera. En nuestra legislación civil fue introducida, igualmente, a inicios de la década de los años noventa del siglo pasado.

## Abstract

Contracts for whose fulfillment a term has been indicated, or those that, being of immediate execution, their fulfillment is prolonged in time, are likely to be affected, in terms of their fulfillment, by unforeseen and extraordinary events that, even when not prevent compliance, make it excessively burdensome for any of contracting parties. In this regard, the theory of unpredictability introduced in the French system, at the beginning of the last century, the possibility of terminating or, at least, modifying the contract whose compliance is affected in this way. Our civil legislation was also introduced at the beginning of the nineties of the last century.

## Palabras Claves

Teoría, imprevisión, onerosidad, excesiva, contrato, plazo, tracto sucesivo, ejecución, terminación, modificación, cumplimiento, solicitud, resolución.

## Keywords

Theory, unpredictability, burdensome, excessive, contract, term, successive deal, executive, termination, modification, compliance, request, resolution.

## INTRODUCCIÓN

**E**l artículo 976 del Código Civil dispone que las obligaciones que nacen de los contratos “tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos.”

La referida disposición consagra la regla *pacta sunt servanda*, la cual impone el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato.

Lo anterior se traduce en el hecho que, ante el incumplimiento de una obligación derivada de un contrato, el acreedor está facultado para ejercer las acciones y derechos que el ordenamiento le concede, tales como la ejecución forzada de las obligaciones o el reclamo de una indemnización por los perjuicios que le irrogare el incumplimiento.

Ahora bien, no toda falta de cumplimiento conlleva el ejercicio de tales acciones, sino cuando dicho incumplimiento le sea imputable al deudor, es decir, que la falta de cumplimiento derive de culpa o negligencia del deudor.

Tal falta de cumplimiento puede deberse a factores o circunstancias que no le sean imputables al deudor, como la fuerza mayor, el caso fortuito, la pérdida o destrucción de la cosa debida, sin culpa del deudor, o la imposibilidad de cumplimiento. En tales casos, la obligación correspondiente, según el caso, se extinguirá, o bien, no le serán imputables al deudor las consecuencias de la falta de cumplimiento.

Puede suceder, sin embargo,

que en el ínterin de la celebración del contrato y el momento de su ejecución o cumplimiento, o bien, una vez iniciada la ejecución del contrato, siendo este de tracto sucesivo o de ejecución periódica o continuada, acontezcan sucesos que escapen a la previsión de sus autores, que tornen sumamente gravoso u oneroso su cumplimiento, mas no imposible.

Ante tal eventualidad ¿le sería imputable al deudor el incumplimiento o un mal cumplimiento de la obligación, igual que si se tratase de caso fortuito o fuerza mayor? ¿sería viable que el deudor solicitase una modificación en la prestación, de modo que esta resulte más viable?

En virtud de la regla *pacta sunt servanda* la respuesta parece inclinarse por la negativa. Sin embargo, siglos de elaboración doctrinal han introducido en los modernos ordenamientos jurídicos, alternativas que se agrupan bajo la llamada “teoría de la imprevisión”, entre otros posibles nombres.

El presente trabajo pretende exponer los orígenes de esta teoría, su evolución, su implementación en nuestro ordenamiento, y los requisitos para que proceda.

## ANTECEDENTES

Si bien, esta teoría data de la Edad Media, sus orígenes más remotos se remontan al derecho romano, en el que algunos textos hacían aplicación de la cláusula llamada *rebus sic stantibus*, que se consideraba implícita en los contratos y que significaba que estos se entienden concluidos en la inteligencia

de que subsistirán las condiciones en que se contrató, y que cuando ello no ocurre y se produce una transformación de tales circunstancias, los jueces están autorizados para revisar el contrato. (Borda, 2008, t.I, p.133)

La teoría fue recogida luego y aplicada por los glosadores y canonistas, manteniendo su vigencia hasta que, a fines del siglo XVIII, sufrió un ocaso como consecuencia del triunfo del capitalismo y del liberalismo en el terreno económico y jurídico. (Borda, 2008, t.I, p.133)

A consecuencia de las situaciones derivadas de la Primera Guerra Mundial (1914-1918), sobre todo por las graves oscilaciones en los cambios de monedas, y por la bancarrota de los países vencidos y las dificultades financieras de los propios vencedores, surgieron graves problemas, sobre todo en el comercio, al tratar de cumplir obligaciones pactadas antes del conflicto bélico, con las mismas monedas depreciadas luego de las hostilidades. Estas circunstancias que, aunque derivadas de la guerra, también podrían haber surgido como consecuencia de otros acontecimientos que escapen a la previsión de los contratantes, y que de acuerdo con las reglas del Derecho Común, obligarían a los contratantes a continuar con la ejecución de la prestación debida, pese a tales adversidades, dio lugar a la llamada "teoría de la imprevisión". (Cabanellas, 2006, t.VIII, p.42)

Así, la teoría fue llevada al derecho positivo francés por la ley Failliot, de 21 de enero de 1918, cuyo texto expresa:

"Independientemente de las

causas de resolución derivadas del Derecho Común o de los contratos, las transacciones y contratos celebrados desde el 1 de agosto de 1914 pueden ser resueltos, a petición de cualquiera de las partes, si se prueba que, en razón del estado de guerra, el cumplimiento de las obligaciones de uno de los contratantes traería consigo un gravamen cuya importancia rebasaría, en gran medida, las previsiones que pudieron hacerse, razonablemente, en la época del contrato." (Cabanellas, 2006, t.VIII, p.42)

De esta manera, la teoría de la imprevisión se posiciona en el derecho positivo moderno.

## CONCEPTO

Suele ocurrir, que luego de la celebración de un contrato de ejecución diferida o continuada se produce una alteración profunda de las circunstancias (principalmente de carácter económico) existentes en el momento de la celebración. Los precios de la mercadería varían sustancialmente, la escasez de la mano de obra consecuente a una movilización militar hace sumamente dificultosa la producción o fabricación. No es imposible cumplir (si lo fuera sería un caso fortuito o de fuerza mayor o de imposibilidad); pero el cumplimiento se hace sumamente gravoso y quizá origine la ruina del deudor.

## DEFINICIÓN Y CRÍTICA DEL TÉRMINO

Según Cabanellas, (2006) "se conoce

con el rótulo de *teoría de la imprevisión* la posibilidad de modificar, por evidente lesión económica para el acreedor, ciertos contratos de tracto sucesivo o distanciados entre el convenio y el cumplimiento por un plazo durante el cual se han alterado, por causas ajenas a las partes, las circunstancias originales.” (t.VIII, p.42)

Según el referido autor, aunque es tarde para modificar una denominación tan difundida en lo internacional, sería más propia la de *teoría de la variabilidad*, por cuanto, sobre todo con la experiencia actual, más en los países corroidos por la inflación, cabe prever que va a haber cambios importantes en el poder adquisitivo del dinero. (Cabanellas, 2006, t.VIII. p.42)

## INTRODUCCIÓN DEL PRINCIPIO EN EL CÓDIGO CIVIL PANAMEÑO

En nuestra legislación, el principio fue introducido en el Código Civil patrio, en virtud de la Ley 18 de 31 de julio de 1992 (G.O. 22,094 de 6 de agosto de 1992), gracias a la gestión de la comisión conformada por distinguidos académicos y profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Panamá, presidida por el Prof. Jorge Fábrega Ponce.

La referida ley, introdujo importantes figuras jurídicas que, hasta el momento de su expedición, era materia de reconocimiento por parte de algunos autores nacionales y aplicada por vía jurisprudencial, tales como el daño moral, el enriquecimiento sin causa, y la que comentamos en el presente trabajo.

En el caso que nos atañe, el artículo 5

de la Ley 18 de 1992 adicionó el Capítulo VI al Título II del Libro IV del Código Civil el cual, bajo el epígrafe: “De la terminación del contrato por excesiva onerosidad”, introduce los artículos 1161-A, 1161-B y 1161-C, cuyo texto reza:

**“Artículo 1161-A.** En los contratos bilaterales de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes llegare a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que deba tal prestación podrá pedir la terminación del contrato.

No podrá pedirse la terminación, si la onerosidad sobrevenida entrara en el área normal del contrato.

La parte contra la cual se hubiere demandado la terminación podrá evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato.”

**“Artículo 1161-B.** Si en los actos unilaterales la prestación llegare a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, el obligado podrá pedir una reducción de su prestación o una modificación en los términos que regulan su cumplimiento, suficiente para reducirla a la equidad.”

**“Artículo 1161-C.** Lo dispuesto en los dos artículos que preceden, no se aplica a los contratos aleatorios por su naturaleza o por la voluntad de las partes.”

Lo dispuesto en los preceptos transcritos conlleva importantes

implicaciones, que serán expuestas en el próximo apartado.

### **CONDICIONES PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO**

Para que proceda la aplicación de la teoría de la imprevisión al caso concreto, es menester, de acuerdo con el texto de los artículos 1161-A, 1161-B y 1161-C, que concurren los siguientes requisitos:

1. Debe tratarse de una obligación de tracto sucesivo o bien, de ejecución instantánea, pero sujeta a plazo. Ello ha de ser así toda vez que el acontecimiento extraordinario e imprevisto, que derive en excesiva onerosidad, ha de ocurrir en el ínterin de la celebración del contrato y el cumplimiento del mismo, o en el transcurso de la ejecución de dicho contrato. Y ello solo es dable en los casos en que la obligación de que se trate sea de las categorías antes señaladas.
2. Debe sobrevenir un acontecimiento extraordinario e imprevisible. Aquí se presenta un punto de contacto con el caso fortuito y la fuerza mayor, mas no se confunde con ellos, como veremos más adelante. Ahora bien, aunque la ley se refiere a acontecimientos imprevisibles, sostienen algunos autores que no es menester que se trate de una imprevisibilidad absoluta, porque cualquier ocurrencia, aunque sea inesperada, es susceptible de ser conocida y eventualmente pensada. Lo que se requiere es que el hecho escape a la habitual y prudente previsibilidad. (Borda, 2008, T.I, p.142)

3. El acontecimiento extraordinario e imprevisible debe dar lugar a una excesiva onerosidad de las prestaciones. Respecto de este requisito, cabría preguntarse quién determina si la onerosidad es excesiva o no. Sobre el particular, todo parece indicar que esta determinación queda al prudente arbitrio del juez.

Cabe reiterar, una vez más, que no se trata de que la prestación haya devenido en imposible, pues en tal caso estaríamos ante un supuesto de caso fortuito, fuerza mayor, pérdida de la cosa debida o imposibilidad de ejecución.

Pero tampoco es necesario que el cumplimiento coloque al deudor en situación de ruina, bastando con que la onerosidad sobreviniente resulte groseramente repugnante a la equidad.

El caso típico, señala Borda (2008), es el del encarecimiento excesivo de la prestación que falta por cumplir; por ejemplo, una mercadería que hay que proveer y que por haberse convertido en material crítico ha encarecido desmesuradamente. Pero puede ocurrir también que la prestación que falta por cumplir haya devenido insignificante con relación a la que se cumplió. Por ejemplo, se pacta una renta vitalicia por un contrato por el cual una de las partes entrega un bien inmueble a cambio de una mensualidad de por vida; o bien se pacta la venta de un inmueble a pagar en 120 cuotas mensuales. De pronto, una

inflación galopante e imprevisible transforma esa mensualidad en un valor despreciable (t.l, p.p.140-141). También aquí opera la teoría de la imprevisión para restablecer el equilibrio de las contraprestaciones.

4. La obligación debe tener su origen en un contrato conmutativo. Son contratos conmutativos aquellos que desde su formación generan una obligación, cuyo objeto está constituido por prestaciones ciertas y determinadas. Significa que, tratándose de contratos aleatorios, es decir, aquellos cuyas prestaciones se determinen en base al azar o a la casualidad, no operará, respecto de estos, la teoría de la imprevisión, tal como se desprende del artículo 1161-C.

Ahora bien, esto último no tiene un alcance absoluto pues, como bien apunta Bustamante Alsina (1997), el principio no se aplica a los contratos aleatorios, "salvo cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato." (p.150)

5. La excesiva onerosidad no debe derivar de la culpa del obligado. Aunque las disposiciones pertinentes no lo expresan, es indudable que ello es así, toda vez que se trata de una regla general de la cual está revestido todo nuestro ordenamiento, por lo que se trata de un principio general, y así lo han reconocido diversos autores (Borda, 2008, t.l, p.p.142-143; Bustamante Alsina, 1997, p. 152).

## EFFECTOS

Una vez que haya acontecido el hecho imprevisto que da lugar a la excesiva onerosidad de la prestación, el perjudicado puede optar por demandar la terminación del contrato, si este es bilateral, o una modificación de la prestación, si el mismo es unilateral, tal como lo previenen los artículos 1161-A y 1161-B. Al respecto, Jorge Bustamante Alsina (1997) habla de rescisión (para referirse a la terminación del contrato) y a la revisión (para referirse a la modificación de la prestación). (p.p.152-153)

En nuestro ámbito jurídico, el término *rescisión* resultaría dudoso, toda vez que, en el Código Civil panameño, tal término parece estar reservado para la extinción del contrato por razón de una nulidad relativa.

Por su parte, Guillermo Borda (2008) se refiere a la resolución del contrato (t.l, p.p.143 y s.s.), término que nos parece más atinado.

En efecto, la terminación del contrato por excesiva onerosidad se identifica con la condición resolutoria tácita, prevista en el artículo 1009 del Código Civil.

La resolución es una forma de extinguir el vínculo contractual por razón de un acontecimiento constitutivo de una condición resolutoria.

Por regla general, las condiciones son expresas, es decir, deben estar acordadas por las partes. La excepción la constituye la condición resolutoria tácita, según la cual, ante el incumplimiento

de la obligación, por una de las partes, la parte que ha cumplido o se allana a cumplir, puede demandar la terminación (resolución) del contrato. En este caso, el hecho condicional es el eventual incumplimiento de cualquiera de los obligados, y una vez ocurrido el incumplimiento, el acreedor está facultado para demandar la terminación del contrato (resolución). Cabe añadir, que aquí el contrato no se extingue de pleno derecho, como en el caso de la condición resolutoria ordinaria (la que es pactada por las partes). Es menester, que el juez declare la resolución para que esta se produzca, lo que significa que dicha sentencia tiene carácter constitutivo. Tratándose de la condición resolutoria ordinaria, la sentencia tiene carácter declarativo, pues el vínculo obligatorio se extinguió tan pronto como se dio el hecho condicional, y el juez no hace más que reconocer (declarar) que la resolución ya se produjo.

En el caso de la terminación del contrato por excesiva onerosidad, el principio opera de idéntica manera, que en el caso de la condición resolutoria tácita, esto es, que una vez sobrevenido el acontecimiento extraordinario que acarrea la excesiva onerosidad, el deudor perjudicado está facultado para demandar la terminación del contrato. El hecho condicional estaría constituido por el acontecimiento imprevisto que da lugar a la excesiva onerosidad, y esta circunstancia debe entenderse implícita en todo contrato por disposición de la ley.

En consecuencia, estimamos que la terminación del contrato por excesiva onerosidad participa de la naturaleza de una resolución.

Ello, cuando la acción que proceda sea la terminación y no la modificación de la obligación, pues en este caso el contrato subsistiría con las modificaciones del caso.

Ahora bien, habiéndose demandado la resolución del contrato, siendo este bilateral, dispone el artículo 1161-A que la parte frente a la cual se ha demandado la terminación del contrato podrá evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato. Puede ocurrir, sin embargo, que al afectado con la excesiva onerosidad no le parezca suficiente la propuesta hecha por su contraparte, e insista en la terminación del contrato. Ante tal situación ¿cuál es la pauta a la que debe ajustar el juez su decisión?

Al respecto, caben dos soluciones: o la parte se limita a decir que ofrece mejorar equitativamente las condiciones del contrato dejando librado al juez su fijación; o bien ofrece una determinada mejora, que estima suficiente, en cuyo caso al juez le cabe la alternativa de declarar que las condiciones ofrecidas son equitativas y ordena cumplir el contrato una vez efectuado el reajuste; como también puede considerar que no lo son, en cuyo caso declarará resuelto el contrato.

La elección en una y otra vía corresponde a la parte que ofrece la mejora. La primera, tiene la ventaja de que le asegura que el contrato se cumplirá y el inconveniente consistente en que el criterio judicial puede ser demasiado benévolo para el deudor; la segunda resulta conveniente por cuanto que lo pone a cubierto de este riesgo, pero

también presenta el peligro de que el juez reputa insuficiente el mejoramiento ofrecido y que decreta la resolución del contrato. Para evitar en la medida de lo posible estos inconvenientes, Borda (2008) estima aconsejable que el juez convoque a una audiencia de conciliación para avenir a las partes (t.l, p.145).

Otro punto de interés a dilucidar, sería lo concerniente a la opción que tiene el deudor perjudicado con la excesiva onerosidad, según que se trate de un contrato bilateral o unilateral. Tratándose de un contrato bilateral, el deudor solo tiene la opción de demandar la resolución del contrato, mas no la modificación de las prestaciones a su cargo; esa opción únicamente le cabe a la otra parte. En cambio, siendo unilateral el contrato, el deudor solo puede solicitar la modificación del contrato hasta reducirlo a la equidad.

En este último caso resulta justificada la solución que ofrece el ordenamiento jurídico, toda vez que no habría equidad en liberar al deudor de su obligación, pues el acreedor tendría que soportar todo el perjuicio, en tanto que el deudor resultaría el único beneficiado; a diferencia del primer caso, en el cual ambas partes tendrían que soportar una disminución de sus ventajas para lograr la equidad.

Ahora bien ¿podría el deudor, aunque la norma no lo contemple, ofrecer una modificación de las condiciones del contrato, siendo este, bilateral? Con apego en la máxima *summum ius, suma injuria* (el derecho supremo, la injuria suprema) sostiene Borda (2008) que le resulta imposible compartir una tesis que

resiente de un rígido e ilógico apego a la letra de la ley. Con fundamento en el aforismo de que “quien puede lo más, puede lo menos” considera ilógico que se conceda al deudor el mal mayor, la terminación del contrato, y no el mal menor, su modificación. (t.l, p.p.145 y s.s.)

Sobre el particular, mostramos cierta cautela, toda vez que si bien, parece razonable el argumento esgrimido por Borda, puede suceder que para el acreedor resulte más lesiva la modificación del contrato que su resolución. Ante el ejercicio de la acción por parte del deudor, en las condiciones antes anotadas, el acreedor tendrá la opción de apegarse al texto de la ley y oponerse a la acción entablada por el deudor, pudiendo alegar su falta de legitimación.

Veamos ahora otro supuesto. Siendo unilateral el contrato, el deudor ofrece una reducción en sus prestaciones o una modificación de las condiciones del contrato, suficientes para reducir las a la equidad, según lo previene el artículo 1161-B. En tal supuesto, resulta claro que esta opción sólo le cabe al deudor, pues sólo él sabe en qué medida ha resultado afectado por razón de la excesiva onerosidad sobrevenida, y en qué medida, igualmente, sería necesario introducir en el contrato las modificaciones pertinentes para lograr el fin propuesto.

Claro está, que es posible que el deudor se exceda en su propuesta, pretendiendo sacar de la situación más provecho que el que resulte estrictamente necesario para lograr la equidad buscada, por lo que esta opción operaría

de manera inversa que en el contrato bilateral, es decir, que correspondería al acreedor pronunciarse respecto de la propuesta, con miras a lograr un acuerdo y, en caso de no lograrse correspondería al juez, pronunciarse según su prudente arbitrio.

Pero cabría preguntarse ahora, siendo bilateral el contrato ¿podría el deudor perjudicado solicitar, en lugar de la terminación del contrato, la modificación del mismo, como si se tratase de un contrato unilateral?

Estimamos, en principio, que el texto del artículo 1161-A no le impide la juez correr traslado de la demanda, con la propuesta de modificación, al acreedor, para que este la considere y la acepte o rechace. Más consideramos también, que sería ir muy lejos si, en caso de desacuerdo, el juez se adentrara a decidir si la propuesta de modificación resulta adecuada y, por ende, procediera a modificar el contrato original.

Y decimos esto porque, tal como señaláramos con anterioridad, una modificación del contrato puede resultar mucho más lesiva que una terminación, porque en la modificación del contrato se pueden afectar aspectos fundamentales para contratar, y en tal situación, muy probablemente podría el acreedor preferir la resolución que la continuación del contrato con las modificaciones introducidas.

Esa misma situación no se presenta en los contratos unilaterales, puesto que el acreedor nada debe al deudor. Tal vez una reducción de alguna de las prestaciones o la introducción de algún

plazo para cumplirlas (como una especie de quita y espera) pudiese afectar su eventual derecho, mas tratándose de un contrato que no genera ninguna obligación a su cargo, su esfera jurídico patrimonial no resultaría tan afectada como en el supuesto en el cual, debiendo las prestaciones del caso, deba, además, sufrir una merma en cuanto a las prestaciones que le son debidas.

## **PROCEDIMIENTO APLICABLE**

Respecto de las normas de procedimiento aplicables al ejercicio de esta acción, el Código Judicial no establece procedimiento específico, por lo que, en principio, se aplicarán las reglas del proceso ordinario.

Ahora bien, el proceso podrá ser sumario, si se trata de los contratos a los cuales se refiere el artículo 1345, numeral 3 del Código Judicial.

Consideramos que, siempre que se trate de una pretensión que tenga por objeto la terminación del contrato por excesiva onerosidad, el proceso debería ser abreviado, de preferencia, mediante el proceso oral, toda vez que una medida tan urgente como lo es dicha terminación, no puede ser materia de un proceso prolongado que, al final, tal vez no tenga ya razón de ser el pronunciamiento judicial, toda vez que a la terminación del proceso ya el contrato puede haberse consumado, con la consecuente irrogación de perjuicios para el deudor afectado.

Sobre el particular, hay que tener presente que, en tanto no recaiga sentencia en firme sobre la pretensión,

el contrato seguirá surtiendo todos sus efectos, y la sentencia que recaiga no tendrá efecto retroactivo. Entonces, ante la celebración de un contrato sujeto a plazo, o de tracto sucesivo, sería recomendable que las partes

tuviesen la previsión de introducir una cláusula compromisoria. Ello, porque aun tratándose de procesos abreviados, estos, en ocasiones, suelen dilatarse a veces, hasta por muchos años.

## BIBLIOGRAFÍA

1. BORDA, Guillermo. Tratado de Derecho Civil / Obligaciones, 9na.ed., Editorial La Ley, Buenos Aires, 2008, 2 t.
2. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil, 9na.ed., Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, 796 p.p.
3. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo.

Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 29na.ed., Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2006, 8t.

## TEXTOS LEGALES

- Código Civil de la República de Panamá.
- Código Judicial de la República de Panamá.

# Dr. Víctor Raúl De Las Casas Salazar

---

- Doctor en Derecho con especialidad en Derecho Privado (Civil-Comercial) - Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)
- Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas- Universidad de Panamá.
- Estudios de docencia superior- Instituto Centroamericano para la Supervisión de la Educación (ICASE)
- Profesor de Derecho Civil y Comercial en la Universidad de Panamá y en universidades particulares, en los niveles de carrera técnica, licenciatura, maestría y doctorado.
- Expositor en conferencias sobre Derecho Civil y Derecho Procesal Civil.
- Autor de artículos diversos en Derecho Civil.
- Actualmente, asistente en la Sala Civil, Corte Suprema de Justicia y profesor de Derecho Civil y Derecho Romano en la Universidad de Panamá.



REPÚBLICA DE PANAMÁ

ÓRGANO  
JUDICIAL

# FERIA DEL LIBRO DEL ÓRGANO JUDICIAL



**C**on el objetivo de propiciar e incentivar la lectura, no solo en la administración de justicia, sino también en la ciudadanía en general, la Sección de Editorial y Publicaciones del Cendoj, organizó la Primera Feria del Libro de la institución, que se llevó a cabo el jueves 30 y viernes 31 de enero de 2020, en el Salón de Audiencias del Segundo Tribunal Superior de Justicia del Palacio Gil Ponce.



El acto inaugural lo encabezó el magistrado presidente de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), Luis Ramón Fábrega, quien dirigió unas palabras al público presente, e instó a "cultivar el hábito de la lectura en todos los ámbitos, sobre todo en el jurídico, donde cada vez se requieren abogados más preparados para el ejercicio del derecho".

**La feria se realizó en conmemoración del XIII aniversario de la Sección de Editorial y Publicaciones del Cendoj.**

# **DOCTRINA SUPERFLUA DE LA SALA CIVIL EN LA ADMISIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN**

**Mgter. Anixa Santizo Sáenz**

Asistente de Magistrado de la Sala Civil

Correo electrónico: [alpha\\_134@hotmail.com](mailto:alpha_134@hotmail.com)

# DOCTRINA SUPERFLUA DE LA SALA CIVIL EN LA ADMISIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

## Resumen

El recurso de casación es un recurso extraordinario que tiene como propósito enmendar los agravios cometidos en la sentencia de segunda instancia contra las partes y lograr que la jurisprudencia sea uniforme. A través de las reformas que ha tenido el Código Judicial se buscó que el recurso de casación fuera exiguo en requerimientos formales; sin embargo, a través de la jurisprudencia de la Sala Civil se ha introducido jurisprudencias ya convertidas en doctrina de la Sala que dejan el recurso de forma oscura, formalista y en ocasiones subjetivo de quien lo analiza. El presente artículo tratará buscar una reflexión sobre estas posiciones y encontrar un consenso sobre qué exigencias deben mantenerse, compilarse y unificarse.

## Abstract

The cassation appeal is a legal remedy used with the purpose of correcting mistakes error or grievance, committed in decision making or judgement against plaintiffs and achieve uniformity in jurisprudence.

With the reforms introduced in the Civil Procedure code, legislators wanted a less formal remedy, without many requirements, but through jurisprudence The Supreme Court introduced doctrine approved criteria that leave this resource in a legal darkness, with excessive formality and subjective in its nature.

This article tries to achieve a deep thought on the different positions among scholars and legal experts alike, seeking consensus on what should stay, what to compile and what to unify.

## Palabras Claves

Recurso de Casación, admisión, jurisprudencia, formalidad, criterios de admisión, Sala Civil, doctrina, criterios innecesarios, derecho al recurso, acceso al recurso.

## 'Keywords

Cassation appeal, admission, jurisprudence, formality, access to the remedy, admission criteria, Supreme Court Civil Law, doctrine, unnecessary criteria, access to the remedy.

## ANTECEDENTES

No es baladí comenzar este artículo precisando lo que debería ser un recurso de casación. Y es importante su definición, porque si comprendemos su propósito nos daremos cuenta de que a nivel de la jurisprudencia de la Sala Civil se ha introducido diversos criterios que entorpecen o en nada colaboran con el examen de la sentencia de segunda instancia.

El recurso de casación es un recurso extraordinario, por medio del cual la parte agraviada con la sentencia de segunda instancia y bajo unos parámetros previamente establecidos en la ley, pretende anular la decisión y en consecuencia, dependiendo de la causal buscará el reenvío o la confección de una nueva decisión.

El recurso de casación presenta como principal característica ser un recurso extraordinario. Esta condición conlleva a que la formalidad sea parte también de sus aristas. Sin embargo, en aras de cumplir la formalidad, la copiosa jurisprudencia de la Sala Civil lo ha colmado de requisitos que lo han convertido en un medio extraordinario oscuro y subjetivo, para el examen de las sentencias de segunda instancia.

Si se revisan los preceptos del Código Judicial, notamos que su redacción es sencilla y que existe un doble control de la admisibilidad, por parte del Tribunal Superior y la Sala Civil, específicamente, en los artículos 1177 y 1180 del Código Judicial. El Tribunal Superior revisa el cumplimiento de la cuantía y si la resolución es susceptible de ser revisada,

a través de este recurso extraordinario. De hecho, no posee este ente colegiado jurisprudencia que deba tenerse en cuenta en adición a lo normado en la ley. No obstante, es con el análisis del artículo 1175 del Código Judicial que se devela un sinnúmero de reglas creadas por la jurisprudencia de la Sala Civil que, a nuestro juicio, deben ser compiladas, catalogadas y unificadas.

El presente artículo analizará siguiendo los ordinales del artículo 1175 ya citado, qué criterios pueden ser soslayados por ser innecesarios en el examen del recurso. También, se presentará de manera compilada una lista de criterios jurisprudenciales que deben tenerse en consideración para la composición del recurso, la conclusión y nuestras recomendaciones.

### **A. Resoluciones Susceptibles del Recurso y Cuantía**

Como parte de cualquier guía de admisibilidad que se desee confeccionar debe primero evaluarse si la resolución es susceptible de recurso, para ello se observa el cumplimiento de los artículos 1163 y 1164 del Código Judicial.

En este punto, no existen situaciones que conlleven a grandes discusiones teóricas. Uno de los debates que desea abordarse es la reducción o no de las resoluciones que pueden ser analizadas por medio del recurso de casación. Nuevamente, se alude a su carácter extraordinario y de que ya no nos encontramos en una segunda instancia.

Otro tema importante es la cuantía, ya que en ocasiones se revisan causas,

que aunque si bien la cuantía supera los veinticinco mil balboas, que determina el artículo 1163 numeral 2 del Código Judicial, en análisis de la causal; el estudio del recurso se reduce a temas, cuya importancia casacional es menor que la cuantía reclamada en el proceso.

Ahora bien, hay que evaluar si el recurso ha sido redactado cumpliendo con los ordinales del 1175 del Código Judicial.

La jurisprudencia, de hace un decenio, ha sido consecuente en cuanto a que debe verificarse el cumplimiento de dónde se dirige el recurso. El artículo 101 del Código Judicial exige que el escrito sea dirigido al presidente de la sala, pero se presenta ante el tribunal de alzada. Su incumplimiento ha sido causa de órdenes de corrección del recurso.

Y es ahí, donde deseamos llegar: ¿es realmente importante ordenar a corregir este error para que se dé el acceso al recurso? Consideramos que si es el único "error" es totalmente formalista solicitar una corrección del libelo, a menos que existan otras deficiencias<sup>1</sup> ¿El derecho al acceso al recurso va para los recursos extraordinarios?

De acuerdo con la Convención

Interamericana de Derechos Humanos en el artículo 8 sobre Garantías Judiciales se encuentra reconocido el derecho a recurrir un fallo ante juez o tribunal superior. En cuanto a la clase de recurso que debe procurarse al ciudadano para cumplir con esta garantía, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido:

"De acuerdo con el Tribunal, el recurso que contempla el artículo 8.2h. debe ser uno "ordinario eficaz"<sup>307</sup> independientemente de la denominación que se le dé. En esa misma línea, los Estados "no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir del fallo", ya que dicha posibilidad "debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho"<sup>308</sup>. (307. Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica, op. cit. Párr. 161 y Caso Mohamed vs Argentina, op. cit., párr. 99. 308 Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica, op. cit. Párr. 161 y 164 y Caso Barreto Leiva vs Venezuela, op. cit., párr. 90 y Caso Mohamed vs Argentina, op. cit., párr. 99). (Steiner, Christian y Uribe, Patricia Editores, 2015, pág. 244)

<sup>1</sup> La Sala en la resolución del 1 de junio de 2018 (Exp. 305-17) indica que el error no da lugar a enmendar el recurso; sin embargo, el mismo se advierte. En resolución del 28 de abril de 2010 (Exp. 326-09) se realiza la misma observación y se admitió el recurso, ya que no había más errores. Similar suerte, resoluciones del 10 de mayo de 2013 (Exp. 47-13) y del 2 de junio de 2011 (Exp. 386-10). No obstante, una jurisprudencia contraria a estos dos fallos es la del Expediente No. 172-15 en resolución del 30 de septiembre de 2015 que dispuso lo siguiente: "Se invoca como única causal la "INFRACCIÓN DE NORMAS SUSTANTIVAS DE DERECHO, EN EL CONCEPTO DE VIOLACIÓN DIRECTA QUE HA INFLUIDO SUSTANCIALMENTE EN LO DISPOSITIVO DE LA SENTENCIA RECURRIDA". Según la jurisprudencia, la causal debe invocarse en los términos literales en que aparece en el artículo 1169 o 1170 del Código Judicial. En este caso la forma correcta y literal de la causal de fondo invocada debió ser: "**infracción de norma sustantiva de derecho, por concepto de violación directa de la norma de derecho**" (resaltado de la Sala) y es indispensable que dicha infracción haya influido sustancialmente en lo dispositivo de la resolución recurrida. No es necesario transcribir esta última aseveración conjuntamente con la cita textual de la causal, pero el hacerlo no constituye error." Con esta última jurisprudencia no estamos de acuerdo, pues la norma 1169 del Código Judicial no señala esto taxativamente; además, señalar esto como error puede dar lugar a la inadmisión del recurso, si la parte no llega a cumplir con este requerimiento.

Aunque de la transcripción se advierta que para garantizar el derecho constitucional a recurrir, la clase de recurso debe ser de carácter ordinario; apreciamos que la introducción de jurisprudencia, que adicione requisitos superfluos al recurso de casación afecta la comprensión del recurso y vulnera la seguridad jurídica, que debe cumplirse en todos los procesos.

Además, se pierde de vista el propósito que debe cumplir este medio impugnativo, que está descrito en el artículo 1162 del Código Judicial. Corregir los “agravios inferidos a las partes en las resoluciones judiciales que hacen tránsito a cosa juzgada”, que “pueden causar perjuicios irreparables o graves por razón de la naturaleza de las respectivas resoluciones”; además, del cumplimiento de la función nomofiláctica del propio recurso.

## **B. Contenido del Recurso**

### **1. Determinación de la Causal o Causales que se invoquen**

#### **1.1. Artículo 1169 del Código Judicial. Describe la causal en el fondo con la frase “que influyó en el resultado” o en “lo dispositivo de la sentencia”**

Solamente, existe una causal de fondo y varios conceptos en que se vulnera. Esta es: “**infracción de normas sustantivas de derecho**” que puede ser en concepto de: violación directa, aplicación indebida o interpretación errónea de la norma de derecho, error de

hecho sobre la existencia de la prueba y error de derecho en cuanto a la apreciación de la prueba. Un ejemplo de la causal bajo el concepto de interpretación errónea de la norma sería: **infracción de normas sustantivas de derecho en concepto de interpretación errónea de la norma de derecho.**

El artículo 1169 de nuestra norma procesal indica que es necesario que esta infracción sea influyente en un resultado adverso, pero de ella jamás puede interpretarse que las partes deben adicionar la siguiente muletilla: “que influyó en lo dispositivo de la resolución”<sup>2</sup>.

Esta frase que se encuentra en la norma nos sirve de referencia para una evaluación durante la confección de la sentencia de fondo, porque se infiere que no es cualquier error, a pesar de estar enunciado en la ley, que dará lugar a que anule la sentencia, sino aquellas infracciones que sean determinantes para cambiar la parte resolutive de la sentencia de segunda instancia. En consecuencia, su incorporación o la orden de adición y por ende, la corrección del recurso es innecesaria y nos hace recordar el proceso de *legis actiones* en la época romana, donde una frase mal recitada daba lugar a la pérdida de derechos, aunque se tuviera el derecho por un simple tema de formalidad.

Otro elemento que recuerda aquel proceso romano, es que las fórmulas solamente eran conocidas por los pontífices. Nuestro recurso de casación civil está colmado de “fórmulas” que solamente

<sup>2</sup> En el expediente No. 51-19 en resolución del 2 de agosto de 2019 se ordenó la corrección de la denominación de la causal por faltarle al recurrente la frase: “que ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la resolución recurrida”. Voto razonado de la magistrada Angela Russo de Cedeño.

son conocidas por quienes trabajamos diariamente en ellas o por alguno que otro, que trata de compilar jurisprudencias, que, como sabemos, no están unificadas.

El artículo 1162 del Código Judicial señala que “tres decisiones uniformes de la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable”, pero como doctrina jamás podemos manifestar que estamos frente a una ley.

La falta de sistematización y coherencia de los criterios crea subjetividad al momento de hilvanar el recurso de casación.

## **1. Motivos que sirven de fundamento a la causal**

### **2.1. Cada motivo requiere una censura contra la sentencia de segunda instancia.**

Otra ritualidad aceptada en la admisión del recurso de casación que debe ser eliminada es la obligación que cada motivo debe contener un cargo. Pero preguntémosnos: ¿Qué es cargo?

Humberto Murcia Ballen en su libro “Recurso de Casación Civil” define lo que debemos comprender por cargo: “... El cargo es, pues, en casación, la réplica, la objeción o la censura, o en conjunto de réplicas, objeciones, censuras o ataques que el recurrente hace al juicio

del fallador de instancia, con miras a que la Corte Suprema le restaure el derecho presuntamente quebrantado por la sentencia que impugna.” (1996, pág. 273).

Para nosotros, el cargo en casación es la censura, según el concepto invocado contra la sentencia de segunda instancia y el vehículo para plasmar este “ataque” contra la sentencia de segunda instancia es el motivo.

Jorge Fábrega y Aura Emérita de Villalaz en su libro “Casación y Revisión Civil Penal y Laboral” reseñaba que la Corte ha sostenido que la casación “puede equipararse a una demanda contra el fallo” y que estimaba que los motivos “constituyen lo que son los hechos a la demanda” (2001, pág. 73).

Sin embargo, los motivos en uno solo o en conjunto, deben desprender el cargo contra la sentencia apelada. Es decir, que deben manifestar los errores que de acuerdo con la causal señalada cometieron los magistrados de segunda instancia de manera precisa, sin que la Sala tenga que realizar inferencias para su asimilación. Además de los motivos, se debe exhibir una explicación sobre cómo este error influyó en lo dispositivo de la resolución recurrida. No vale la simple mención de la frase.

Comprendido el contexto, es a todas luces formalista reducir un pensamiento deductivo o lógico en un solo motivo<sup>3</sup>,

<sup>3</sup> En el Expediente No. 28-12, resolución de la Sala de 2 de Julio de 2002 se mencionó lo siguiente: “La exposición de motivos debe limitarse a concretar un cargo específico y no a reseñar las faltas en que, según considera el actor, incide el tribunal. Estos motivos debieron redactarse con relativa especificidad de forma que de ellos resalte al cargo de injuridicidad alegado por el casacionista”. En esa misma resolución para el examen del concepto de error de hecho sobre la existencia de la prueba, la Sala precisó: “Resalta que el apoderado judicial ha fraccionado su petición en tres motivos, pero ninguno de ellos aluden a un cargo concreto; el primero alega la ignorancia de las pruebas, en el segundo identifica las pruebas y los folios donde se ubican y en el tercero se refiere a cuál hubiera sido la decisión del juzgador, de haber tomado en cuenta las pruebas reseñadas. Esta forma de fraccionar los motivos se aparta de la técnica requerida en casación, donde se ha dicho que cada motivo debe contener un cargo claro y preciso contra la resolución que se ataca”.

máxime que el numeral segundo del artículo 1175 del Código Judicial, no informa que cada motivo contenga un cargo.

Por otro lado, si evaluamos con detenimiento la estructura de un recurso de casación, esta se asemeja a la composición de un silogismo jurídico, donde existe una premisa mayor (la infracción de normas sustantivas y el concepto invocado), premisa menor (motivos: cuestionamiento de la sentencia de segunda instancia, según el concepto) y una conclusión: la explicación y citación de normas sustantivas.

La reflexión me lleva a recordar que el papel sellado para gestionar en los procesos, hace años dejó de implementarse y que en dicho papel el abogado debía delimitar sus solicitudes versus el costo del mismo. La sencillez de las normas procesales rige en nuestra Constitución Política en su artículo 215 y con la imposición de esta jurisprudencia ya considerada doctrina en nada coadyuva a mejorar la comprensión del silogismo, que plasma la persona agraviada. Igualmente olvida el cumplimiento del numeral 2 del artículo 215 ya enunciado que establece que el “objeto del proceso es el reconocimiento de los derechos consignados en la Ley substancial”.

Si la parte está en la capacidad de

reducir su pensamiento en un motivo y que este sea comprensible, en hora buena, pero la mayoría de los letrados plasman su censura en diversos motivos que, en conjunto, puede extraerse el cargo que tanto se desea.

### **3. Normas de derecho infringidas y concepto de la infracción**

En esta sección se transcriben y se explican separadamente cada norma que se estima conculcada y cómo es que fue vulnerada. Esta apreciación ha surgido de jurisprudencia de la Sala, ya convertida en doctrina, y no del propio numeral tercero del artículo 1175 del Código Judicial.

#### **3.1. Es necesario citar y comentar separadamente el artículo 780 del Código Judicial para el error de hecho y el 781 *lex cit* para el error de derecho en cuanto a la apreciación de la prueba.**

Ahora bien, también la Sala ha fijado como formalidad que para la causal de fondo en el concepto error de derecho sobre la apreciación de la prueba debe citarse siempre el artículo 781 y para el error de hecho<sup>4</sup>, el artículo 780, ambos preceptos del Código Judicial<sup>5</sup>.

Si entendemos el recurso de casación como un silogismo, donde la

<sup>4</sup> Resolución del 9 de noviembre de 2007, Expediente No. 215-07: “Respecto a la cita y explicación de las normas conculcadas, se observa que el recurrente no invocó el artículo 781 del Código Judicial, que se refiere al principio de la sana crítica para la valoración de la prueba en general. La jurisprudencia ha señalado reiteradamente que en la causal en examen se debe citar el artículo 781 del Código Judicial, que contiene los parámetros de valoración de la prueba en general, ya que los errores del sentenciador en la apreciación de la prueba, si bien por sí solos no configuran la causal, son el medio para llegar a la infracción de la norma de derecho sustantiva, que es la que consagra los derechos y obligaciones de las partes”.

<sup>5</sup> Justificó la Sala en resolución del 29 de marzo de 2016 (Expediente 381-15), que: “En cuanto a las normas de derecho denunciadas como infringidas, se citan los artículos 781, 792, 678 y 733 del Código Judicial, al igual que el artículo 1021 del Código de Comercio, percatándose esta Sala que no se cita el artículo 780 del Código Judicial, norma que reiterada jurisprudencia de esta Corporación de Justicia ha señalado es, de carácter obligatorio denunciar su infracción al invocarse el concepto probatorio de error de hecho en cuanto a la existencia de la prueba”.

infracción de una norma probatoria o la omisión de un elemento de prueba admitido en el proceso dieron lugar a la infracción de normas sustantivas, tenemos que el requerimiento de tales normas, no es directamente aplicable para todos los casos.

El artículo 780 del Código Judicial es una norma que cataloga de forma abierta los diversos medios de prueba con que puede contar una persona para comprobar los hechos del proceso. Si la prueba no está dentro del listado, igual hay que citarla, pero cabe preguntarse: ¿esto es importante? ¿La comprensión del recurso se verá afectada por su omisión? Consideramos que no.

Por otra parte, el concepto de error de derecho sobre la apreciación de la prueba de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Civil necesita del artículo 781 del Código Judicial como elemento trascendente, para citar en el recurso. La jurisprudencia de la Sala ha sido consecuente con ello.

No obstante, en un recurso de casación donde se exhibe como error del tribunal de segunda instancia el incumplimiento del artículo 784 del Código Judicial; aquel que predica que, no se requiere de pruebas los hechos presentados por una de las partes y admitidos por la contraria o los hechos claramente reconocidos en el proceso por la parte adversa; ¿debería citarse el artículo 781 del Código Judicial por violar la sana crítica? Es un contrasentido, porque no es el artículo 781 del Código que fue vulnerado por el tribunal de alzada, sino el 784 *lex cit.*

Estamos obligando a los

casacionistas a que incluyan conclusiones ajenas a su razonamiento de forma forzada, pues recordemos que la citación y comentario de las normas infringidas constituye el resultado del silogismo.

La estructura del argumento sería así: el Tribunal Superior cometió error de derecho sobre la apreciación de la prueba, específicamente, al incumplir con la teoría de las normas, luego vulneró el artículo 784 del Código Judicial que dio a su vez la infracción de determinadas normas sustantivas. ¿Para qué incluir preceptos jurídicos que entorpecen la composición del silogismo jurídico en casación de forma artificial?

Las reglas de la sana crítica, concepto recogido en el artículo 781 del Código Judicial, impone la unión de la lógica y la experiencia aunado al cumplimiento de las solemnidades documentales para la validez de ciertos actos y contratos. Además, le asigna al juez el deber de exponer de forma razonada el examen de los elementos de pruebas y la asignación de su valor.

Entonces, si en un recurso de casación el error del tribunal de segundo nivel consiste en la violación del principio de preclusión de diversos medios de prueba o por el contrario, la infracción radica en la valoración de un testimonio de a oídas, por qué citar el artículo que trata de la sana crítica, en momentos en que este no fue, precisamente, el precepto que infringió el tribunal de segunda instancia.

En síntesis, es importante citar y comentar el artículo en materia probatoria que fue infringido de forma

específica y no imponer en esta sección la citación de estos artículos de manera estéril.

### **3.2. La “confusión” de la Sala Civil, cuando los litigantes explican bajo qué concepto fue vulnerada la norma en casación.**

En un pasado, la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema constreñía a los casacionistas a que, en esta sección del recurso, después de citar la norma infringida y transcribirla, señalaran bajo qué “concepto” el precepto fue vulnerado. Omar Cadúl Rodríguez Muñoz explica cómo la Sala Civil lo exigía:

“La Sala Civil ha resuelto en torno al requisito de las disposiciones legales consideradas infringidas, que cada una de ellas deben contener el concepto en que, según el recurrente, fueron vulneradas por el fallo recurrido...Compartimos en toda su extensión el comentario formulado por el maestro Fábrega, pues tal como se encuentra redactado el ordinal 3 del artículo 1175 del Código Judicial se infiere que sólo basta explicar la manera o forma en que según el casacionista se infringió la norma citada”. (Recursos Extraordinarios y Acciones Judiciales Manual Teórico Práctico, 2002, págs. 156-158)

Lo que comentaba Jorge Fábrega sobre el tema en su libro “Casación y Revisión, Civil Penal y Laboral” es que es una inadecuada copia de la jurisprudencia colombiana que se había

aplicado en Panamá y que es innecesaria (2001, pág. 77). Omar Cadúl Rodríguez en su manual teórico sobre casación va más allá y explica:

“Sin embargo, la jurisprudencia no ha sido uniforme sobre este tema, por lo que aconsejamos para la elaboración del recurso que se explique el concepto de infracción de la norma jurídica, a fin de evitar que el recurso no sea admitido o mandado a corregir. En esta dirección, una disposición legal puede ser infringida en el concepto de violación directa, indebida aplicación e interpretación errónea.” (2002, pág. 158).

No obstante, a pesar de esta advertencia, muchos impugnantes seguían el cumplimiento de aquella jurisprudencia colombiana, que no es aplicable a nuestra realidad, pero que la Sala Civil exigía.

Una revisión de las normas colombianas permite señalar que compartimos la opinión de tales tratadistas y explicamos porqué. En Panamá, solamente existe una única causal que ocurre a través de diversos conceptos, todos anotados por ley. Al cumplir con designar la causal existe la suficiente claridad para conocer qué tipo de error se le endilga a la sentencia de segunda instancia, en cambio, en Colombia es necesario explicar un poco más.

En ese país, se exige que la explicación de las normas infringidas se indique en qué dirección lo fueron, puesto que el

recurso de casación colombiano posee como causal la “violación directa de la ley” de acuerdo con el artículo 336 del Código General de Procesos, que puede ser a través de la falta de aplicación, por aplicación indebida o interpretación errónea. Hernando Morales Molina en su libro “Técnica de Casación Civil” establece:

“Con fundamento en la anterior clasificación, veremos el alcance de nuestra ley cuando dice que puede haber violación de normas de derecho sustancial por falta de aplicación, por aplicación indebida o interpretación errónea, ya que el fenómeno es diferente según el respectivo concepto de violación”. (2014, pág. 142)

Parte de la forma en que debe presentarse el recurso de casación consistía de acuerdo con este tratadista:

“A más de invocar la causal primera, el recurrente en primer lugar deberá enunciar concretamente la norma o normas violadas, y en segundo la clase de violación que estima que ha cometido la sentencia. Vale decir que debe señalar las disposiciones o artículos violados, individualizándolos, e indicar claramente si la violación consiste en falta de aplicación, o aplicación indebida o interpretación errónea. Y en el primer supuesto, si se trata de contravención a texto expreso o de falta de aplicación de determinada forma, que son las dos formas que reviste.” (Molina,

2014, pág. 150)

En Panamá los conceptos: aplicación indebida, interpretación errónea y falta de aplicación o violación directa por omisión son independientes; es decir, no forman parte de una noción general como lo es la “violación directa de la ley”; por lo tanto, exigirle al letrado que incluya dichas frases como se pretendió jurisprudencialmente fue un contrasentido, que se mantuvo y debe evitarse.

Ahora bien, cuando se trata de cumplir con la antigua jurisprudencia que es errada, actualmente, en algunos casos, para la Sala le es confuso y se le ordena al recurrente retirar la explicación y hasta inadmitir el recurso por confusión. Cuando lo que debe realizarse puede ser entre explicar, que no es necesario o entender aquellas palabras en un sentido lato y no como el concepto invocado.

### **3.3. Citar el artículo que contiene la regla de hermenéutica que ha sido infringido**

Para la interpretación errónea de la norma de derecho debe mencionarse la regla de hermenéutica que ha sido vulnerada, así lo ordena nuestra jurisprudencia; no obstante, qué ocurriría si el error de interpretación no se encuentra dentro del listado que concibe el Código Civil, ya que es sabido que el Código Civil se queda corto en enunciar los métodos de interpretación. Entonces, si se cometió un error en el empleo de un método interpretativo que no está dentro del catálogo del Código Civil, qué hacer.

Jorge F. Malem Seña, F. Javier Ezquiaga Ganuzas y Perfecto Andrés

Ibañez en su libro “El error judicial. La formación de los jueces” señalan lo siguiente:

“Para Jorge Malem los errores de interpretación del Derecho pueden deberse, entre otros, a los siguientes factores: aplicación de un criterio interpretativo prohibido, aplicación de un criterio interpretativo arbitrario, manejo incorrecto de los criterios interpretativos o manejo incorrecto de las “piezas” del Derecho, fundamentalmente los principios.

A pesar de que los sistemas jurídicos suelen contener, en su Constituciones y Códigos civiles sobre todo, un buen número de normas que regulan la interpretación, estas raras veces cumplen adecuadamente con su finalidad de que la actividad interpretativa no sea completamente discrecional. La razón fundamental es que carecen “instrucciones de uso” que indiquen cómo (en qué orden y de qué modo) deben ser manejados los diferentes instrumentos para la interpretación, y qué significado seleccionar cuando varios modos de interpretación atribuyen sentidos diferentes al mismo enunciado. Por eso, de nuevo, los únicos casos de error en este ámbito serían los que surgen de la insuficiente o inadecuada justificación del método interpretativo elegido y o su uso” (2009, pág. 90)

A pesar de lo anotado por estos

tratadistas es conocido que existen diversos métodos interpretativos que no están recogidos por nuestros códigos civiles y que durante su aplicación podría conllevar errores de parte del tribunal de segunda instancia.

Por ejemplo, dentro del catálogo de métodos de interpretación está el sistemático, aquel que pretende buscar la conexión de una norma oscura con otras de su especialidad, a fin de encontrar algún valor o propósito, que pueda dar con su significado. Este método de interpretación, no se encuentra en el Código Civil.

#### **A. Acuerdos de Sala Civil para sistematizar y compilar la doctrina en cuanto a la admisibilidad del recurso de Casación**

La propuesta por sistematizar y compilar la doctrina de la Sala Civil sobre la admisibilidad del recurso, no es nueva. A través de libros, artículos y manuales prácticos, los tratadistas de nuestro país han tratado de unir y organizar los diversos fallos de la Sala en temas, donde hay consenso sobre los requerimientos de admisibilidad.

En ese sentido, no todas las jurisprudencias de la Sala Civil sobre la admisión del recurso son banales. Existen criterios que le dan orden y coherencia al recurso mismo; no obstante, existe como problema de fondo una pobre ubicación de fallos actualizados, que impiden conocer de primera mano, cuál es el criterio de la Sala sobre estos temas.

Una solución próxima es con el proyecto de reforma de procesos civiles,

convertir esta doctrina, ya adoptada por la Sala como requerimientos normativos para el recurso de casación civil. Sin embargo, es importante que la Sala Civil decida qué criterios serían conveniente mantener, para que el recurso de casación esté mejor explicado en la ley. Un paso previo a una reforma legal puede ser la adopción de un acuerdo de Sala, que reúna todas estas formalidades.

Un ejemplo de esta práctica está en España. La Sala Primera de su Tribunal Supremo elaboró un “Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal”. Sus especificaciones son actualizables; por consiguiente, no son estáticas. El acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del 27 de enero de 2017 reemplaza el del 2011, según la página web del Poder Judicial español. (España, 2017)

Una lista de criterios que podrían mantenerse y formar parte del listado del artículo 1175 del Código Judicial serían los siguientes:

1. Si en el recurso se colocan varias causales, cada una de forma individual, debe contener sus motivos y la citación de normas infringidas que le sirven de explicación.

### **Para la redacción de los motivos:**

1. En los motivos, no debe describirse la historia del expediente; su redacción debe ser clara, sin ambigüedades, contra el fallo de segunda instancia.
2. No deben transcribirse normas, jurisprudencias, doctrina, ni mucho menos comentarios sobre estas<sup>6</sup>.
3. Debe existir congruencia entre la causal endilgada, el motivo y la sección de normas de derecho infringidas y comentarios de la infracción<sup>7</sup>.
4. Cada causal debe contener sus propios motivos, los mismos motivos de una causal, no pueden ser de pivote a los de otra<sup>8</sup>.
5. En las causales probatorias debe citarse las fojas donde está la prueba o su ubicación concreta. En el motivo se debe comprender cómo influyó el error probatorio en la sección dispositiva de la decisión, qué se pretendía probar con estas pruebas y el error de valoración del *ad quem*. Para los casos de audiencias en audio debe indicarse el minuto dentro del soporte que lo contiene, donde se encuentra la prueba que se desea resaltar<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Exp. 221-05 resolución del 21 de febrero de 2006

<sup>7</sup> Resolución de la Sala Civil del 18 de junio de 1999, Ponente: Rogelio Fábrega Z

<sup>8</sup> Sobre este aspecto en resolución del 8 de agosto de 2013 en el expediente No. 356-12: “La Sala reiteradamente ha indicado, que el recurso de casación constituye un medio de impugnación extraordinario para denunciar vicios de ilegalidad patentes y reales en los que incurran los Tribunales Superiores en el ejercicio de su función jurisdiccional, por lo que la formulación del recurso requiere claridad respecto del vicio de ilegalidad que alega para que pueda apreciar la Sala la viabilidad. Por ende, cuando, como en esta ocasión, se afirman hechos en los motivos de una causal que se contradice abiertamente con los de otra causal, se desnaturaliza el recurso, pues resulta evidente que alguna de las causales resulta infundada y que se le invoca únicamente en forma subsidiaria, lo que no puede la Sala soslayar. No resulta ocioso indicar, que la proposición de ese medio de impugnación extraordinario exige de parte de los apoderados judiciales esfuerzos en el estudio y entendimiento del mismo para el correcto, acertado y responsable ejercicio de este derecho legal, que permita garantizarle a sus poderdantes la mejor defensa de sus intereses, lo que no se cumple, desde luego, cuando se le ejerce de manera temeraria”.<sup>1</sup>

<sup>9</sup> Sobre citar el minuto de audio donde está la prueba que se desea analizar, ver resolución del 15 de mayo de 2019, Exp. 329-18 y del 13 de marzo de 2018 en el Exp. 352-17.

6. Cuando el concepto es por apreciación de la prueba por quebrantamiento de la sana crítica debe extraerse del motivo cómo fue que la sana crítica fue vulnerada por el juzgador, la frase llana no es suficiente.
7. En la redacción de los motivos por concepto de violación directa, interpretación errónea de la norma de derecho y aplicación indebida, no puede debatirse los hechos del proceso.
8. Sobre pruebas que no han sido admitidas por el tribunal de primera instancia y el *ad quem* le otorgó valor, la Sala ha considerado que se trata de error de hecho en cuanto a la existencia de la prueba y no de apreciación, ya que el medio no existe en el proceso.
9. Cuando se trata de un error respecto a la interpretación de contratos; es decir, el efecto jurídico que se quiere consignar o el significado para las partes, solo puede invocarse, a través de violación directa de la ley sustantiva sea por concepto de violación directa o aplicación indebida, pero no por causales probatorias.
10. Cuando se invoca la causal "por haberse omitido algún trámite o diligencia considerado esencial por la ley" consagrada en el ordinal 1 del 1170, debe especificarse en los motivos, cuál fue el trámite esencial omitido.

### **Normas de derecho infringidas y concepto de la infracción**

1. Transcripción separada de las disposiciones con su explicación a

renglón seguido sobre la forma en que se vulneró la norma jurídica. No puede hacerse de forma conjunta. Tampoco copiar y pegar, similar explicación en todas las normas; cada norma debe tener un análisis claro sobre las razones de su infracción.

2. Cuando se alude una norma quebrantada debe ser congruente con el análisis de su infracción, no puede comentarse la infracción de otras normas o comentar generalidades del expediente. También se debe observar la congruencia entre la causal y la infracción de la norma. Agregamos que la congruencia debe ser *a priori*, pues la calidad del comentario y la pertinencia de la norma se analizará en la sentencia de fondo.
3. Debe citarse primero la norma procesal y luego la sustantiva. Es por cuestión de estilo y posee una razón lógica que deviene del concepto del propio recurso, porque en el caso de las causales de forma o probatorias, el yerro en cuestiones procesales influyó en la infracción de una norma sustantiva.
4. Si el concepto es por aplicación indebida, debe citarse como norma vulnerada el precepto jurídico que verdaderamente debió ser aplicado por el juzgador y que fue obviado por su inadecuada aplicación.
5. Si el concepto es por error de derecho en cuanto la apreciación de la prueba, debe citarse la norma que establece el criterio de apreciación de la prueba o la disposición probatoria

quebrantada, que da lugar a la vulneración de una norma sustantiva; además, de citar a esta última<sup>10</sup>.

### **Conclusiones**

El recurso de casación es un recurso extraordinario que posee sus objetivos definidos en el artículo 1162 del Código Judicial. Una de sus características es la formalidad, que durante décadas ha sido el fundamento no jurídico, para ordenar a corregir o inadmitir este recurso.

Aunque en este ensayo se precisa que el acceso al recurso debe mantenerse siempre para los recursos ordinarios. Lo cierto es, que con la exacerbada formalidad se pierde de vista, el análisis de la función nomofiláctica del recurso y parte de la razón de ser de la Sala.

A través de este ensayo se listaron

diversos criterios de la Sala Civil en materia de admisibilidad que pueden ser suprimidos y se trata de buscar una solución, a través de acuerdos de Sala como un método para catalogar, compilar y unificar la doctrina de la Sala en cuanto a la admisión del recurso.

### **Recomendaciones**

1. Crear un acuerdo de sala sobre criterios de admisibilidad y este surja de la reunión de consensos y acuerdos sobre la admisión del recurso.
2. Suprimir formalidades o ritos que nada aportan al contenido del recurso.
3. Mejorar el registro judicial, para poder cumplir con mayor seguridad la función nomofiláctica del recurso.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Ballen, M. H. (1996). *Recurso de Casación Civil* (cuarta ed.). Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- *Código Judicial de la República de Panamá*, Texto Único, Edición Actualizada. (2016). Panamá: Sistemas Jurídicos.
- *Contitución Política de Panamá*. (2015). Panamá.
- España, P. J. (14 de febrero de 2017). *La Sala Primera acuerda los criterios de admisión de recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*. Obtenido de <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/En-Portada/La-Sala-Primera-acuerda-los-criterios-de-admision-de-recursos-de-casacion-y-extraordinario-por-infraccion-procesal>

<sup>10</sup> En el expediente 209-05, resolución del 10 de febrero de 2006 la Sala Civil sentenció: "La jurisprudencia de esta Sala de la Corte ha dicho en forma reiterada que cuando el recurrente utiliza las causales probatorias para el recurso de casación en el fondo, además de la respectiva norma probatoria, es imprescindible la citación de la norma sustantiva violada como resultado del error probatorio, pues si se omite esa mención el recurso de casación queda incompleto dado que se impediría que la Corte efectúe el examen de la infracción jurídica lo cual resulta lo trascendente en la decisión".

- Ley 1564 de 12 de julio 2012, *Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012, Congreso de la República, Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Obtenido de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1564\\_2012.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html)
- Molina, M. H. (2014). *Técnica de Casación Civil*. Bogotá, Colombia: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, Colección Clásicos.
- Muñoz, Rodríguez, Omar Cadúl y otros. (2002). *Recursos Extraordinarios y Acciones Judiciales Manual Teórico Práctico* (Primera ed.). Panamá: Mundo Jurídico, S. A.
- Ponce, Fábrega, Jorge y de Villalaz, Emérita, Aura. (2001). *Casación y Revisión Civil Penal y Laboral*. Panamá: Sistemas Jurídicos, S. A.
- Seña, Malem, Jorge F., Ganuzas, Ezquiaga, Javier F. y Ibáñez, Andrés, Perfecto . (2009). *El error judicial. La formación de los jueces*. (F. C. Europeo, Ed.) Madrid, España: J. San José, S. A.
- Steiner, Christian y Uribe, Patricia Editores. (2015). *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario*. Impresiones Carpal.

## Mgter. Anixa Santizo Sáenz

Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, Capítulo de Honor Sigma Lambda.

Maestría en Derecho con especialización en Derecho Procesal de la Universidad de Panamá con el título de tesis: "El aumento de la litigiosidad y morosidad en los procesos civiles panameños y su incidencia en la calidad de las resoluciones judiciales".

Maestría en Derecho de las Empresas de la Universidad de Alcalá de Henares (España).

Maestría de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal del Instituto de

Estudio e Investigación Jurídica.

Ingresó al Órgano Judicial en el año 2006 y desempeñó diversas posiciones: Oficial Mayor de Circuito Civil, Asistente de Juez de Circuito Civil, Asistente de Magistrado de Primer Tribunal Superior, Suplente Especial de Juez Municipal Civil y Suplente Especial de Juez de Circuito Civil. Actualmente, es Asistente de Magistrado de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Fue profesora de Derecho Agrario en ISAE Universidad; expositora invitada para la materia de derecho procesal civil en la Universidad de Panamá y en el Seminario de Inducción para nuevos Abogados.

# BIBLIOTECAS JURÍDICAS

## A NIVEL NACIONAL



**PANAMÁ:** La Biblioteca Judicial “RODRIGO MOLINA AMUY” está ubicada en el Palacio de Justicia, Gil Ponce, su colección cuenta con 5343 títulos, su teléfono es el 212-7346, extensión 8346; brindan el servicio la Licenciada Silka Sanjur y el Licenciado Benjamín Escobar A.

**COCLÉ:** La Biblioteca Judicial de Coclé, está ubicada en el Nuevo Edificio del Tribunal Superior, en Penonomé, su extensión telefónica es la 2512, el servicio lo ofrece Tatiana Zuñiga, su colección cuenta con 973 títulos.

**COLÓN:** La Biblioteca Judicial de Colón, está ubicada en la entrada Principal del Edificio de la Ciudad Judicial de Colón, su colección cuenta con 921 títulos, el servicio lo ofrece la Señora Eneida Porter, su extensión telefónica es la 3554.

**CHIRIQUÍ:** La Biblioteca Judicial “JULIO MIRANDA”, está ubicada en el Antiguo Palacio de Justicia, en

David, cuenta con una colección de 856 títulos, está a cargo de Enrique Ortega, su extensión telefónica es la 4156.

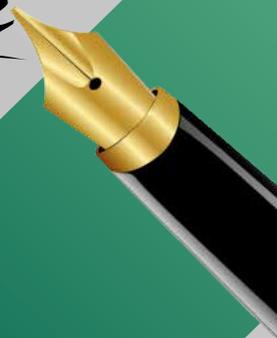
**DARIÉN:** La Biblioteca Judicial de Darién, está ubicada en las instalaciones del Órgano Judicial de La Palma, cuenta con 499 títulos, está a cargo de la señora Florencia De León, su teléfono es el 299-6260.

**LOS SANTOS:** La Biblioteca Judicial “EDWIN LÓPEZ”, está ubicada en el Tribunal Superior del Cuarto Distrito Judicial, cuenta con 1036 títulos, el servicio lo ofrece el Licenciado Enrique Acosta, su extensión telefónica es la 7504.

**VERAGUAS:** La Biblioteca Judicial de Veraguas, está ubicada en el Edificio Saleta I, cuenta con 995 títulos, y el servicio lo ofrecen el Licenciado Rubén Torrazza y Xiomara De Gracia, su extensión telefónica es la 9502.

**Todas las bibliotecas a nivel nacional laboran en horario judicial  
(De 8:00 a.m.- 12:00 p.m. y de 2:00 p.m. a 5:00 p.m., de lunes a viernes).**

*Pluma Invitada*



# **EL DEPÓSITO BANCARIO ESCROW Y SU FUNDAMENTO EN PANAMÁ**

**Licdo. Andrés Beck**

Abogado asistente

Correo electrónico: [andresbeck@gmail.com](mailto:andresbeck@gmail.com)

# EL DEPÓSITO BANCARIO ESCROW Y SU FUNDAMENTO EN PANAMÁ

## Resumen

El presente artículo tiene dos objetivos. En primer lugar, intenta dar una idea general de la figura del depósito bancario, como un contrato, cuando este utiliza la modalidad y se le da la finalidad de escrow. En consecuencia, plantea la fundamentación de dicha figura en el principio de libertad contractual que inspira el Derecho Privado en Panamá. Para cumplir lo anterior, se plantea que la existencia de figuras contractuales atípicas, como lo es el depósito bancario escrow, son necesarias válidas dentro del ordenamiento, y de igual manera, son la expresión de la amplia libertad jurídico-privada que ofrece Panamá.

## Abstract

This article has two main objectives. First, tries to establish a general idea about the bank deposit, as a contract, while it is destined and used as an escrow agreement. Consequently, propose that the Principle of Contractual Freedom, which inspires all Panamanian Private Law system, is the foundation of the banking escrow agreements in Panama. In order to reach those objectives, it is stated that the existence of certain atypical contracts are both necessary and valid for the Panamanian legal system; and, at the same time, are the expression of an extensive freedom which Panamanian legal system offers.

## Palabras Claves

Depósito bancario, *escrow*, relación jurídico-comercial, libertad contractual, autonomía de la voluntad, Derecho Privado, operaciones pasivas bancarias, actividad bancaria, entidad bancaria.

## 'Keywords

Bank deposit, escrow agreement, legal-commercial relationship, contractual freedom, party autonomy, Private Law, banking passive operations, banking activity, banking entity.

## FUNDAMENTACIÓN

El ordenamiento panameño establece un catálogo de herramientas destinadas a dar valor jurídico a relaciones económico-comerciales entre personas (jurídicas y naturales). Dichas herramientas son los convenios mercantiles, que implican acuerdos de voluntades humanas libres, creadoras, modificadoras y extintoras de relaciones jurídicas cuya naturaleza sea comercial y lucrativa (Ospina Fernández & Ospina Acosta, 2016, pág. 43). Una serie de convenios mercantiles son desarrollados en el Código de Comercio y leyes especiales, y se ejemplifican en los contratos mercantiles. Los contratos mercantiles exclusivamente crean relaciones jurídico-comerciales que se manifiestan en la formación de obligaciones con exigencias y elementos especiales para asegurar un beneficio económico. Ya que, se estructuran como procedimientos donde se percibe y se muestra el intercambio económico de los miembros de una comunidad (Larroumet, 1999, pág. 90).

Los contratos mercantiles tipificados positivamente en ocasiones se enfrentan al anacronismo que supone el constante desarrollo e innovación del comercio y la economía, que originan nuevas necesidades a la sociedad (Broseta Pont, 2003, pág. 40). Ejemplo de ello, se presenta en los 113 años de historia del Código de Comercio panameño. De este modo, la norma no puede siempre amparar y reconocer la existencia, supuestos, elementos, caracteres, particularidades y contenido de contratos mercantiles. Ante la necesidad de dinamismo e innovación, la configuración del Derecho Privado

panameño ofrece una solución basada en dos principios: la autonomía de la voluntad de las partes y, su consecuencia, la libertad contractual.

La autonomía de la voluntad de las partes es la piedra angular del Derecho Privado, pues postula que los particulares son también protagonistas al momento de establecer un orden y límites a las relaciones y actos humanos (Ospina Fernández & Ospina Acosta, 2016, pág. 7). De esta manera, el Estado no es el único capaz de crear derecho, sino también los individuos. Como consecuencia directa de ello, la libertad contractual implica que el individuo también tiene la posibilidad de decidir autónomamente su destino en el devenir de las relaciones jurídicas. Por ello, es capaz desarrollar estructuras jurídicas basadas en iniciativas libres que hacen al mundo más dinámico y susceptible de innovaciones (Diez-Picazo, Noviembre de 1996, pág. 10). Tal sistema de iniciativas libres se muestra en la capacidad de los individuos de crear mecanismos contractuales, no necesariamente tipificados, para formalizar y dar efectos jurídicos a sus relaciones comerciales. Por consiguiente, la libertad contractual se extiende también a la libertad creativa de todo individuo frente a sus relaciones comerciales.

Sobre los postulados anteriores se apoya, en gran medida, el sistema de actuación jurídica bancaria de naturaleza privada en Panamá. La actuación jurídico-privada de los bancos se traduce en las operaciones bancarias. Estas categorizan las funciones elementales de un banco por ser intermediario en la creación de crédito, al captar recursos (operaciones pasivas), distribuirlos (operaciones activas), o

prestar servicios para atraer clientes (operaciones neutras) (Broseta Pont, 2003, págs. 220-223). Las operaciones bancarias están sujetas y condicionadas a una constante actualización e innovación que supera la capacidad legislativa de la Asamblea Nacional, lo cual adelanta a la capacidad reglamentaria y reguladora de la Superintendencia de Bancos de Panamá. De modo que, los particulares adquieren el protagonismo regulador que las relaciones comerciales, en este caso bancarias, requieren para dar seguridad jurídica.

Dentro de las operaciones bancarias pasivas, los particulares se han enfrentado precisamente a la atipicidad y el anacronismo contractual de nuestro ordenamiento positivo. Lo anterior, lejos de ser una desventaja, es más bien una ventaja, pues incentiva la capacidad creativa e innovadora del particular para regularizar, por sí mismo, las relaciones y actos jurídicos que realicen los bancos, dentro de su esfera privada. Muestra de ello, es la inserción y uso en el sistema bancario panameño del contrato de depósito bancario *escrow*, así como su contenido, sus elementos, las particularidades y la finalidad que se le ha dado.

## UBICACIÓN

Para ubicar el depósito bancario *escrow* dentro del Derecho Bancario en Panamá, es necesario entender qué es una operación bancaria pasiva. Estas son definidas como aquellos negocios jurídicos realizados por un banco para captar recursos monetarios y financieros, y de esta manera, aplicarlos en virtud de sus propios objetivos (Broseta Pont,

2003, pág. 246). El tipo de operación bancaria pasiva por excelencia es el contrato de depósito, pues ejemplifica de la mejor manera qué es el negocio bancario. Atendiendo a la definición funcional del negocio bancario de prestar capital obtenido a través de depósitos, se entiende que el depósito es, por consiguiente, la base del negocio bancario (Boada Morales, 2019). De este modo, el depósito bancario es definido como el contrato a través del cual el banco capta de otra persona una suma de dinero, adquiriendo su propiedad, obligándose, automáticamente, a devolver dicha suma en el modo y la forma pactada (Broseta Pont, 2003, pág. 246).

El origen conceptual del depósito bancario en Panamá puede ser encontrado dentro del propio Derecho Civil. Al Derecho Mercantil ser una causa del Derecho Civil, es posible afirmar el uso de figuras civiles para generar, apoyar y garantizar operaciones comerciales. Bonifacio Difernan (1987, pág. 295) sostuvo que el depósito genérico, en esencia, es un reflejo del contrato de custodia, puesto que, su finalidad es amparar, preservar, defender, proteger o conservar una cosa, en este caso, recursos monetarios. Sin embargo, el tipo de depósito que utiliza el negocio bancario trasciende la normalidad de la custodia e implica el elemento de irregularidad. Esta solución romanista (Boada Morales, 2019, pág. 184) significa, contrario a la regla general del contrato de depósito de custodiar la cosa y no adquirir la propiedad, que el depósito irregular acarrea que el banco adquiera la propiedad del bien, específicamente, de los recursos monetarios (Difernan, 1987), bajo las condiciones y términos

previamente establecidos.

La formulación anterior ha sido la utilizada por los sistemas civilistas para designar la naturaleza del depósito bancario. Ello se debe, principalmente, a que el objeto del depósito bancario es el dinero. Este es un bien fungible susceptible de ser restituido por su equivalencia y no por su especificidad, lo que facilita su apropiación, y en consecuencia, su disposición sujeta siempre a las condiciones establecidas en el contrato de depósito (Arroyo, 2017, págs. 896-897). Sobre este esquema, la actividad bancaria se facilita y garantiza el dinamismo económico y financiero que requiere dicha actividad.

Los tipos de depósitos bancarios están determinados, principalmente, en virtud de la finalidad con la cual se otorgan los recursos monetarios al banco (ahorro, disponibilidad inmediata, y cumplimiento de condiciones/eventos) (Cervantes Ahumada, 1954, pág. 232). Por ende, la condición y el momento en que el banco está obligado a devolver la cantidad de dinero que se le ha depositado irregularmente, es determinante para configurar los depósitos bancarios que existen en el sistema panameño. De ahí que, nuestro ordenamiento ofrezca (i) el depósito a plazo fijo (restitución de dinero se sujeta a un plazo); (ii) el depósito a la vista (restitución en cualquier momento que requiera el depositante); y (iii) especiales (la restitución se someta a una determinada condición o aviso del depositante). En los depósitos bancarios especiales es posible determinar aquellos que se les da una finalidad *escrow*.

## DEFINICIÓN

De lo anterior surge la interrogante ¿qué es un *escrow*? El término *escrow* tiene un origen normando (francés antiguo) de la palabra *escroe*, que hace referencia a un documento escrito (en la época rollo/pergamino) (Anónimo, 2019). El término fue adoptado por el derecho anglosajón para designar algún documento escrito cuyo contenido tuviera alguna relevancia jurídica. El *escrow*, consiste, esencialmente, en un acto jurídico, generalmente utilizado dentro de una transacción comercial como garantía, donde se otorga la custodia/administración sobre determinados bienes a un tercero hasta el cumplimiento de una condición temporal o fáctica que se estipuló en una relación jurídica anterior, y pueda liberarlos exclusivamente sobre los términos pactados por las partes (Garner, 2004, pág. 584).

Ahora bien, el *escrow* necesita un mecanismo jurídico de apoyo para cumplir su finalidad de proteger, mediante la custodia de bienes, el perfeccionamiento de una transacción comercial. Es en este punto, donde se fusiona la figura con el depósito bancario. En la medida que los bienes sean recursos monetarios, quién mejor que un banco para actuar como depositario, custodiante y administrador de tales bienes, sobre la especialidad y experticia, ya que este es el receptor de capital por excelencia. Por ello, el banco aprovecha su capacidad y recursos para ser receptor de dinero y establecer, de esta manera, depósitos con naturaleza *escrow*.

Con base en ello, el depósito bancario *escrow* es un acto jurídico, dentro del género de las operaciones

bancarias pasivas, mediante el cual el banco capta recursos monetarios que directa o indirectamente están relacionados con una transacción comercial previa, y cuya disponibilidad se sujetará al cumplimiento de una condición preestablecida por las partes en dicha transacción.

El depósito bancario *escrow*, es un acto utilizado con gran facilidad dentro de transacciones comerciales en Panamá. El sistema bancario panameño ha dado paso al desarrollo de experticia al momento de utilizar mecanismos jurídicos para apoyar y sostener transacciones comerciales. Por ello, los bancos panameños juegan un papel relevante al garantizar el cumplimiento de relaciones comerciales entre particulares. De ahí que, es sobre la base de la libertad (Diez-Picazo, 2007, pág. 487) que tienen los particulares de utilizar y configurar la figura de un depósito bancario *escrow* para apoyar, sostener y garantizar las finalidades cambiantes de las transacciones comerciales.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

En Panamá, no existe una tipificación del contrato de depósito bancario *escrow* como tal. De ahí que su configuración se deba al desarrollo del Derecho Privado en Panamá, y en consecuencia, a la capacidad auto regulatoria de los particulares basados en la autonomía de manifestar o no su consentimiento (Hevia, 2018); y por ende, de estructurar el contenido del mismo. No obstante, el artículo 20 de la Ley 21 de 2017, que regula la actividad fiduciaria, trata el contrato de depósito bancario *escrow* como parte de la actividad que pueden ejercer las entidades fiduciarias. Esto

podría plantear cierta confusión, pues la figura del depósito bancario *escrow*, no es lo mismo que la actividad fiduciaria.

Si bien el ordenamiento panameño no tipifica el depósito bancario *escrow*, en la Constitución podemos encontrar principios que dan base a ello, como lo es la libertad económica, que deviene de manera automática en una libertad contractual (Art. 282 de Constitución Política). A su vez, Diez-Picazo (Diez-Picazo, 2007, pág. 12) establece que con el simple hecho de garantizar la dignidad y libertad de la persona, se permite al particular autorregular su marco y esfera de intereses.

## CARACTERÍSTICAS

Este contrato presenta características tanto características propias, como similares a la figura de la cual procede, el depósito irregular. Continuando la narrativa de su definición, su naturaleza y sus fundamentos, contiene las siguientes características esenciales.

### a. Accesoriedad

Esta característica es fundamental para diferenciar el depósito bancario *escrow* de un depósito bancario común (a la vista o a plazo). El primero es un contrato accesorio, a diferencia de la independencia que contiene un depósito bancario común. Está predeterminado por un contrato principal (en ocasiones son contratos de financiamientos comerciales o adquisición de acciones, valores, o algún otro activo comercial). De

manera que, los fondos depositados, están condicionados parcial o enteramente al cumplimiento de acuerdos y cláusulas establecidos en el contrato principal que le da razón de ser al *escrow*.

La finalidad que presenta de ser confeccionado para que los fondos sean liberados en la medida que se cumplan obligaciones principales o circunstancias establecidas en un contrato principal, implica automáticamente su carácter de dependencia y accesoriedad. De este modo, el depósito bancario *escrow* existe en (Difernan, 1987, pág. 435): "*el marco de otra obligación principal*".

### **b. Perfeccionamiento Real**

Como regla general, el perfeccionamiento se condiciona a la entrega de fondos monetarios al agente depositario (agente *escrow*, como se especificará más adelante), por lo que constituye un contrato real. No obstante, ello no implica que las partes puedan pactar lo contrario, y perfeccionar el contrato con el simple consentimiento.

### **c. Bilateralidad**

Genera obligaciones para más de una parte dentro de la relación jurídica. Al momento de constituirse, genera la obligación al depositante de entregar los fondos al agente depositario; así como, genera la obligación de este último de custodiarlos hasta que se cumplan las condiciones para los fondos sean liberados.

## **ELEMENTOS DEL DEPÓSITO BANCARIO ESCROW**

Los elementos se pueden dividir, en función de los sujetos que intervienen en esta relación; el tipo de bienes que son objeto de *escrow*, y las formalidades que requiere el contrato para su perfeccionamiento.

### **a. Personales**

Se obtienen tres sujetos que intervienen en esta relación jurídica. Estos son: el depositante *escrow* (depositante), el agente *escrow* (agente), y el beneficiario.

En primer lugar, el depositante es la persona natural o jurídica que realiza el acto de transferir fondos en favor del agente, condicionado a las cláusulas del contrato principal que precede al depósito bancario *escrow*. Ni las reglas generales establecidas en el Código Civil y de Comercio, ni las costumbres de la plaza exigen que obligatoriamente el depositante sea propietario de los fondos. Lo anterior, no es un requisito para el perfeccionamiento del contrato, a menos que las partes así lo establezcan. De manera que, bien podría el depositante transferir fondos ajenos en favor del agente.

En segundo lugar, el agente es la parte de la relación que recibe los fondos y actúa como depositario de éstos, hasta que se cumplan las condiciones o hechos, para que los fondos se liberen en favor de un beneficiario. Tomando como base que se habla de un depósito

bancario *escrow*, bajo este esquema el agente siempre será una entidad bancaria. No obstante, esto no excluye que entidades que no se dediquen al negocio bancario puedan fungir como agentes. Tal es el caso de fiduciarias, que realizan y utilizan el *escrow* como actividad comercial. De hecho, las fiduciarias depositan los fondos recibidos, a cuentas bancarias de depósito con una naturaleza *escrow*. De manera que, éstas actúan como administradoras de los fondos, y no como depositarios.

Finalmente, el beneficiario es el sujeto quien recibirá los fondos liberados luego del cumplimiento de la condición establecida. El beneficiario podrá hacer libre uso y disposición de los fondos.

#### **b. Real**

El elemento real son esencialmente los fondos monetarios.

#### **c. Formal**

En principio, los elementos formales constituyen, en primer lugar, la necesidad de realizarse por escrito; y en segundo lugar, la entrega de la cosa objeto de *escrow*, es decir, la transferencia de los fondos custodiados por el agente.

### **EFFECTOS DEL DEPÓSITO BANCARIO ESCROW**

Dentro de los efectos del contrato de depósito bancario *escrow* se encuentran

los derechos y obligaciones de cada parte dentro de este contrato.

#### **a. Obligaciones y Derechos del Depositante Escrow**

La obligación que emana inmediatamente de la suscripción del contrato es aquella que determina su perfeccionamiento. Es decir, la obligación de transferir los fondos monetarios, libre de cualquier gravamen, en favor del agente. Dicha transferencia se traduce en el acto de depositar fondos en una cuenta bancaria, donde este último recibe recursos (operación bancaria pasiva). A su vez, el depositante tiene la obligación de notificar al agente el cumplimiento de las condiciones pactadas para que éste proceda a liberar los fondos.

#### **b. Obligaciones y Derecho del Agente Escrow**

La obligación principal del agente consiste en recibir y custodiar los fondos monetarios depositados por el depositante. Consecuentemente a dicha obligación, el agente está obligado a liberar los fondos, una vez se cumplan las condiciones establecidas en el contrato principal. A su vez, debe cumplir con cualquier instrucción judicial respecto a los fondos depositados en *escrow*. Es posible, a su vez, que el agente reciba una remuneración como un derecho obtenido por la función administradora y de custodia que ha ejercido. La costumbre comercial ha establecido que la

remuneración del agente se realiza a través de deducciones a los fondos depositados en *escrow*.

### **c. Derechos del Beneficiario**

El beneficiario dentro de esta relación interviene, en términos generales, al momento en que se liberan los fondos y pasan a propiedad de éste para su libre disposición y uso.

## **EXTINCIÓN DEL DEPÓSITO BANCARIO ESCROW**

La extinción se da en la medida que los fondos sean liberados por el cumplimiento de las condiciones y las cláusulas establecidas en el contrato principal, y reconocidas en el depósito bancario *escrow*. De modo que, cumple así su función fundamental de mantener en depósito y custodia una cantidad de dinero mientras se cumplen condiciones. Tales condiciones pueden ser que suceda o no hechos realizables por las partes dentro de un contrato principal, o bien, puede establecerse por el termino de algún plazo establecido.

## **DIFERENCIA CON ACTIVIDAD FIDUCIARIA**

Si bien, la Ley 21 de 2017 establece que las fiduciarias pueden custodiar, administrar y manejar cuentas bancarias *escrow*; no se debe confundir con la otra actividad que realiza este sujeto, el fideicomiso. La diferencia entre ambas figuras radica en la transmisión del derecho de propiedad. En el depósito bancario *escrow*, por ser una especie dentro de las operaciones pasivas de depósito, transfiere la propiedad de los fondos al agente, generando un crédito en favor del beneficiario para reclamar los fondos una vez se cumplan las condiciones pactadas. Por otra parte, en el fideicomiso no existe una transmisión del derecho de propiedad, ya que no hay un sujeto titular de los fondos o bienes dados en fideicomiso. En su lugar, los fondos o bienes pasan a formar parte de una ficción denominada patrimonio autónomo, donde no hay realmente un titular de dichos fondos o bienes, sino que éstos pasan a formar parte de una ficción autónoma, y por ende, no hay realmente un derecho de propiedad (Cervantes Ahumada R., 1954, pág. 289).

## CONCLUSIONES

Del presente estudio es posible obtener las siguientes conclusiones:

1. Tanto la libertad contractual como la autonomía de la voluntad son los principios que permiten a cualquier particular ejercer creatividad jurídica al realizar una actividad autorregulatoria, amparada por principios constitucionales.
2. La libertad contractual es uno de los fundamentos e ideas que soportan la filosofía de derecho privado que impregna todo el ordenamiento panameño.
3. Una muestra de esa capacidad creativa y autorregulatoria privada es palpable al formalizar y proponer el contenido de mecanismos jurídicos para sustentar transacciones comerciales.
4. Ejemplo de tales mecanismos jurídicos es el depósito bancario *escrow* utilizado en Panamá para dar apoyo y garantizar las finalidades, efectos y obligaciones que una transacción comercial implica.
5. Las entidades bancarias panameñas han tomado la figura del *escrow* como un servicio adicional que se adecua a su actividad pasiva como lo es el contrato de depósito.
6. El depósito bancario *escrow* es un contrato accesorio, que depende de las condiciones establecidas y pactadas en un contrato principal.
7. En el depósito bancario *escrow*, el agente siempre es un banco; pues es a quien se le depositan los fondos y queda encargado de custodiarlo.
8. La principal diferencia entre la actividad fiduciaria y el *escrow* está en la transmisión o no de la propiedad, que sí aplica para los depósitos bancarios *escrow*, y no para la actividad fiduciaria.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Anónimo. (2019, Mayo 9). *Traducciones Jurídicas*. Retrieved from Traducciones Jurídicas: <https://traduccionjuridica.es/escrow/>
2. Arroyo, D. (2017). *Contratos Civiles, Tomo II*. Ciudad de Panamá: Editorial Portobelo.
3. Boada Morales, S. (2019). La Naturaleza Jurídica de la Cuenta Bancaria. *Revista de Derecho Privado*, 171-203.
4. Broseta Pont, M. (2003). *Manual de Derecho Mercantil, Volumen II*. Madrid: Editorial Tecnos.
5. Cervantes Ahumada, R. (1954). *Títulos y Operaciones de Crédito*. Ciudad de México: Editorial Herrero, S.A.
6. Díez-Picazo, L. (Noviembre de 1996). El Contrato y la Libertad Contractual. *Conferencia Derecho e Instituciones en el Fin del Siglo XX* (p. 10). Madrid: Fundación Juan March.
7. Díez-Picazo, L. (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Editorial Arazandi, S.A.
8. Dífernan, B. (1987). *Curso de Derecho Civil Panameño, Tomo VI*. Ciudad de Panamá: Editorial La Antigua.
9. Hevia, M. (2018). Los Límites del Consentimiento en el Derecho Contractual. In D. Papayannis, & E. Pereira Fredes, *Filosofía del Derecho Privado* (pp. 107-117). Madrid: Marcial Pons.
10. Garner, B. (2004). *Black's Law Dictionary*. Minnesota: Thompson West.
11. Larroumet, C. (1999). *Teoría General del Contrato, Volumen I*. Bogotá: Editorial Temis.
12. Ospina Fernández, E., & Ospina Acosta, E. (2016). *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Editorial Temis.

# Licdo. Andrés Beck

---

## Educación:

1. Bachiller en Ciencias y Letras. Colegio San Agustín de David (2015).
2. Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas. *Summa Cum Laude*. Universidad Católica Santa María la Antigua (2020).
  - 2.1. Programa de Intercambio Académico. Universidad Católica de Valencia, Valencia, España (septiembre 2018- enero 2019).
  - 2.2. Tesis de Licenciatura: *“El Control de Constitucionalidad de los Actos de Gobierno emitidos por el Presidente de la República de Panamá”*.

## Experiencia Laboral:

1. Asistente Legal. Arias, Fábrega & Fábrega (2016-2018).

2. Asistente Legal de magistrada Angela Russo de Cedeño. Corte Suprema de Justicia de Panamá (diciembre 2019-enero 2020).
3. Abogado Asistente. Anzola Robles & Asociados (2020).

## Experiencia Académica:

1. Director y editor de revista estudiantil *“El Digesto”*. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María La Antigua (junio 2019- diciembre 2019).
2. Asistente del profesor Patrick J. Baudin en cátedra de Derecho Procesal Civil. Universidad Católica Santa María La Antigua (junio 2019- agosto 2019).

# Dirección Nacional de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos

## Principios de la Mediación

*Autonomía de la Voluntad*

*Equidad*

*Neutralidad*

*Confidencialidad*

*Economía*

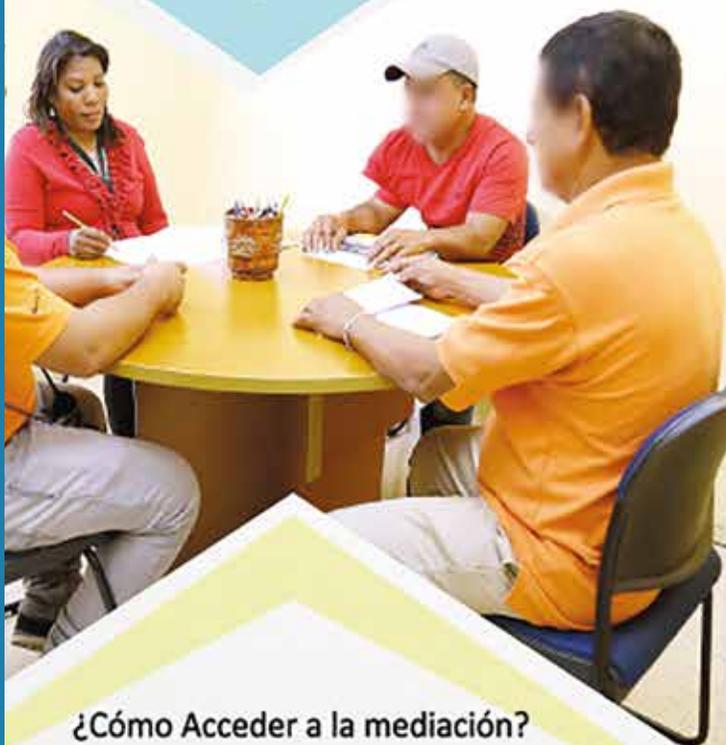
*Eficacia*



**Resuelve tus  
Conflictos Mediando**

## Qué es la Mediación

La mediación es un método alternativo de solución de conflictos, mediante el cual se hace posible que las partes resuelvan en forma pacífica diferentes tipos de conflictos. El mediador o mediadora, un tercero imparcial y experto, facilita las negociaciones y la comunicación entre las partes, con la finalidad de que éstas puedan decidir y dar solución rápida a sus diferencias.



## ¿Cómo Acceder a la mediación?

Se puede acceder de manera extrajudicial, es decir, los interesados se pueden acercar a los Centros de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos del Órgano Judicial de forma voluntaria y solicitar el servicio de manera gratuita.

De igual forma, las partes que se encuentren en medio de un proceso judicial, podrán solicitar la derivación del proceso al Centro de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos del Órgano Judicial.

## "Proceso de Mediación"



## Materias Mediables

La mediación es utilizada en conflictos de materia Familiar, como Pensión Alimenticia, Régimen de Reglamentación de Visitas y Guarda, Crianza y Educación, Cuidado de Adulto Mayor; Civil como División de Bien Común, Deudas, Alquileres, entre otros; Penal, en delitos desistibles tales como Homicidio Culposo, Lesiones Personales, Hurto, Apropiación indebida, Estafa, Usurpación, Daños, Delitos Cometidos con Cheques, entre otros; Asuntos Agrarios y Comunitarios.

### ¿Por qué utilizar la mediación?

La solución se apoya en la igualdad y buena fe.

Lleva a las partes a la creatividad y a resolver el conflicto por sí mismas.

Es una pronta solución.

Es confidencial.

Las personas tienen control sobre el proceso y el resultado, son las dueñas de la transformación de sus conflictos.

Coadyuva en la reconstrucción del tejido social.



## Ventajas de la Mediación

- Es un proceso voluntario y gratuito.
- Ahorra tiempo, pues se lleva a cabo de una manera más rápida que los procesos judiciales.
- Se abordan los problemas desde la raíz, y son las partes quienes deciden.
- Se centra en necesidades e intereses.
- Es ágil, promueve la colaboración.
- Los convenios tienen fuerza legal.
- Los mediadores son profesionales expertos en el manejo de conflictos.



## TELÉFONOS

ALANJE / BUGABA.....	6997-6470 / 772-7609
BOCAS DEL TORO.....	758-7624
CHIRIQUÍ.....	777-6128
COCLÉ.....	997-9419
COLÓN.....	433-6552
EDIFICIO EMBERÁ.....	212-7439
EDIFICIO 725 (Ancón-Balboa).....	212-7482
HERRERA.....	996-9687
LOS SANTOS.....	994-7393
PANAMÁ OESTE.....	244-2422
PLAZA EDISON.....	212-7500 Ext. 8283
SAN MIGUELITO.....	275-9913
VERAGUAS.....	998-2830
DIRECCIÓN NACIONAL DE MÉTODOS ALTERNOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....275-9911	





# Sección de Editorial y Publicaciones

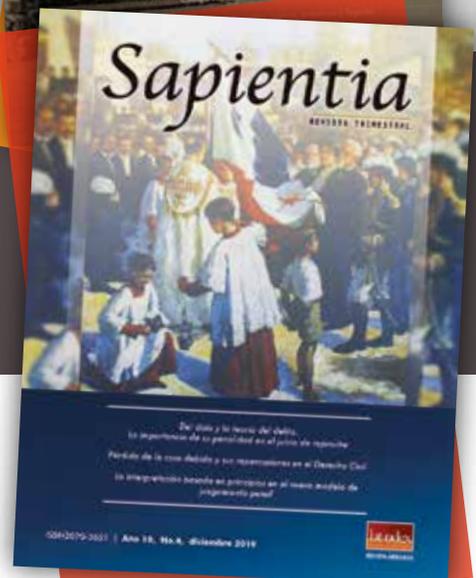
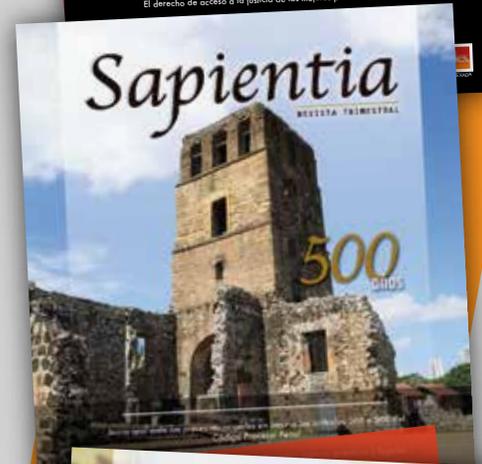
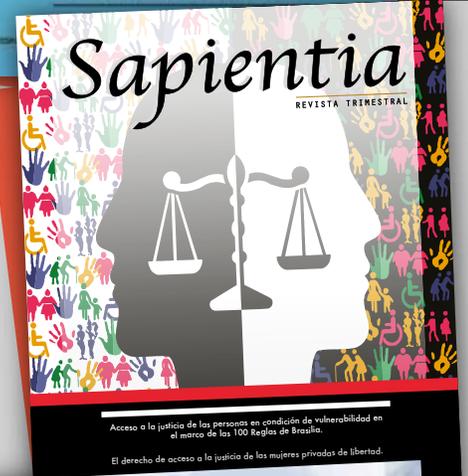
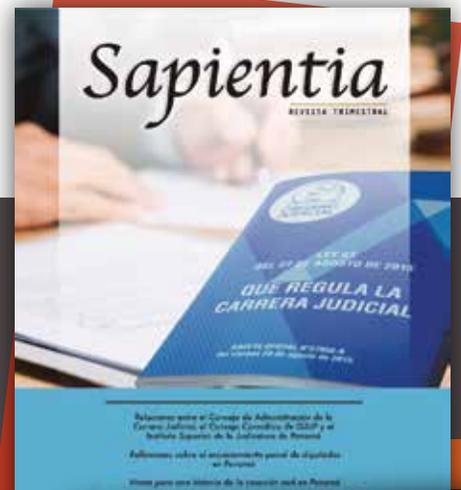
Centro de  
Documentación Judicial



212-7469



[editorial@organojudicial.gob.pa](mailto:editorial@organojudicial.gob.pa)



# **JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL DE APELACIONES MARÍTIMAS**

**Licdo. Juan Manuel Estribí Pérez**

Oficial Mayor IV del Tribunal de Apelaciones Marítimas de Panamá

Correo electrónico: [juanestribi@gmail.com](mailto:juanestribi@gmail.com)

# JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL DE APELACIONES MARÍTIMAS

## Resumen

El presente artículo tiene por objeto exponer criterios esbozados por el Tribunal de Apelaciones Marítimas de la República de Panamá en el análisis de algunos casos que han sido sometidos a su conocimiento. El examen se centrará en seis sentencias dictadas por dicho Tribunal de segunda y última instancia marítima, en las que se abordaron temas relativos a la legitimidad en la causa, transporte de mercancías por mar bajo conocimiento de embarque, seguros marítimos, interpretación contractual y ley aplicable al contrato internacional. El autor no pretende dar una opinión exhaustiva o pormenorizada de las temáticas, pero se procurará contextualizar y exponer las reglas que indirectamente se desprenden de esta jurisprudencia marítima, sin el ánimo de que se entienda que se trata de criterios inmutables. El autor ha considerado pertinente presentar parte de los criterios emitidos por el Tribunal de Apelaciones Marítimas en el contexto del quinto aniversario de su entrada en funcionamiento.

## Abstract

The purpose of this article is to present criteria outlined by the Maritime Appeals Court of the Republic of Panama in the analysis of some cases that have been submitted to its knowledge. The examination will focus on six sentences handed down by said Court of second and last maritime instance, through which were addressed issues related to standing to sue, transport of goods by sea under bill of lading, maritime insurances, contractual interpretation and applicable law to the commercial international contract. The author does not intend to give an exhaustive or detailed opinion of the topics, but it will be attempted to contextualize and expose the rules that indirectly follow from this maritime jurisprudence, without the intention of understanding that these are immutable criteria. The author has considered it pertinent to present part of the criteria issued by the Maritime Appeals Court in the context of the fifth anniversary of its entry into operation.

## Palabras Claves

Tribunal de Apelaciones Marítimas, Jurisprudencia, casos, legitimación en la causa, conocimiento de embarque, seguro marítimo, interpretación del contrato, Derecho internacional Privado marítimo.

## Keywords

Maritime Appeals Court, jurisprudence, cases, standing to sue, bill of lading, maritime insurance, contract interpretation, Maritime Private International Law.

## INTRODUCCIÓN

El pasado mes de septiembre el Tribunal de Apelaciones Marítimas de la República de Panamá cumplió cinco años de haber iniciado funciones (Tribunal de apelaciones marítimas, 2019a). Este Tribunal, que está compuesto por tres magistrados, constituye la última instancia en materia marítima, pues sus fallos, en principio, no pueden ser objeto de recursos ordinarios u extraordinarios (artículo 495 del Código de Procedimiento Marítimo), sin perjuicio de los mecanismos de tutela constitucional o convencional que permita nuestro ordenamiento jurídico.

De lo anterior se desprende que el Tribunal de Apelaciones Marítimas tiene la gran responsabilidad de emitir criterios jurisprudenciales que informen la doctrina y la práctica forense marítima local. Asimismo, dado que la gran mayoría de los casos que son sometidos a conocimiento de los tribunales marítimos panameños son de carácter internacional (Estribí, 2018a, p. 34), o al menos un elemento reviste dicha característica, las sentencias del Tribunal de Apelaciones Marítimas como última instancia en cuanto a la especialidad tienen impacto en el foro marítimo global. Estas determinan tanto el prestigio como el atractivo del foro por la calidad de su contenido, la confianza y una línea jurisprudencial consecuente con la realidad y la justicia marítima internacional. Lo anterior demanda, pues, el examen de lo que Panamá puede ofrecerle al mundo a través de esta jurisdicción especial.

Debemos manifestar que en el presente trabajo la mitad de los casos

que se abordarán tienen casi plena o total vinculación con la República de Panamá, lo que no siempre es así. Sin embargo, esto no quiere decir que no tenga impacto a nivel internacional, pues sigue siendo jurisprudencia relevante aplicable a casos análogos con independencia de la existencia o no de algún elemento internacional.

En el presente trabajo se pretende repasar jurisprudencia reciente del Tribunal de Apelaciones marítimas en materia de legitimación en la causa, transporte marítimo de mercancías por mar bajo conocimiento de embarque, seguros y derecho internacional privado marítimo.

### LA LEGITIMIDAD EN LA CAUSA

Desde el punto de vista procesal, la legitimación en la causa tiene una particularidad en nuestra legislación procesal marítima. De acuerdo al artículo 83 del Código de Procedimiento Marítimo, las defensas de falta de legitimación activa o pasiva se resolverán como excepciones de previo y especial pronunciamiento, *contrario sensu* al procedimiento civil ordinario, en el que este tipo de defensas deberán resolverse en la sentencia de fondo (artículo 694 del Código Judicial).

La conveniencia de que en nuestro procedimiento haya un trámite sumario y especial para ventilar estas defensas es debatible: por un lado está la posibilidad de cerrar la controversia de la legitimidad en la causa en una etapa casi inicial del proceso, lo que tiene como resultado que dicha discusión no tenga que resolverse al final del juicio, o que se tenga que

tramitar todo un procedimiento, con el desgaste que esto acarrea tanto para los abogados como para los jueces, cuando la parte ni siquiera tenía el derecho de participar en el mismo. Pero, por otro lado, está la línea delgada de excluir a un demandante o demandado del proceso cuando el mismo no se ha desarrollado en todas sus etapas procedimentales y probatorias.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (2013), otrora Tribunal de Apelaciones Marítimas, se refiere al concepto de legitimación en la causa que realiza el ex magistrado Adán Arnulfo Arjona (1989), cuando señala que esta es *“la condición que debe tener una persona según la ley sustantiva para lograr que el Juez se pronuncie respecto a las pretensiones formuladas en la demanda en relación con una concreta y particular relación jurídica”*, agregando además que desde *“el momento en que una persona se identifica con la hipótesis abstracta reconocida en la ley sustantiva (demuestra que es heredera, acreedora, cesionaria, etc.) se puede indicar que tiene legitimación”*. Igualmente, se hace referencia al autor GUASP (s.f.), quien aclara que cuando la condición que se estudia se refiere a la del demandante, se le conoce como legitimación activa; y, cuando se trata de la demandada, legitimación pasiva (Corte Suprema de Justicia, 2013).

La presentación de las excepciones de falta legitimidad activa o pasiva es reiterada en los procesos que se ventilan en la jurisdicción marítima. Gran parte del debate se centra en determinar cuál es el límite entre la legitimación en la causa y la defensa conocida como inexistencia de la obligación, siendo de

gran relevancia tal distinción desde el punto de vista procesal, pues la primera se resuelve mediante trámite de previo y especial pronunciamiento, mientras que la segunda, se resuelve en la sentencia como un asunto de fondo.

La legitimidad en la causa es el vínculo jurídico relevante y calificado que une a las partes con determinada causa de pedir, lo que trae como consecuencia que estas puedan, dependiendo del caso, accionar o defenderse frente a determinada pretensión en un juicio. En cambio, en el debate de la inexistencia de la obligación lo que se pretende es determinar si el demandado está obligado a responder a la pretensión del demandante, y no si este debe estar en el juicio, pues si bien la falta de legitimidad implica la inexistencia de la obligación, el demandado puede tener legitimación para comparecer a un proceso sin que esto implique que el demandante ostente el derecho que pretende (Primer Tribunal Marítimo, 2016).

A pesar de que existe consenso en ciertos temas relativos a la legitimación, como es el hecho de que la misma no implica responsabilidad de fondo (Primer Tribunal Marítimo, 2016; Tribunal de Apelaciones Marítimas 2018a y 2019b), lo relativo al *estándar* de valoración para determinar la existencia o no de la misma sigue siendo objeto de debate. Analizaremos tres casos que ilustran el criterio que ha tenido el Tribunal de Apelaciones Marítimas sobre la materia.

### **Jenny Morán et al vs M/N Baltic Klipper (2019b)**

El Tribunal de Apelaciones Marítimas

analizó el caso de un trabajador que falleció a causa de un accidente ocurrido en una terminal portuaria en el extranjero, donde se cuestionaba que una de las demandantes, quien pretendía una indemnización por daños y perjuicios ante la muerte del *de cuius*, tuviese legitimidad activa para actuar, pues no se había acreditado que fuera heredera del finado al no constar certificado de matrimonio o de unión de hecho emitido y legalizado por las autoridades competentes. Del análisis de las pruebas que obraban en el expediente tendientes a acreditar el vínculo matrimonial, el Tribunal de Apelaciones Marítimas confirmó la decisión del A-quo de decretar que sí había legitimación activa, pues si bien no constaba un certificado de matrimonio o de unión de hecho, no se “descartaba” que la unión de hecho hubiese existido.

Un punto importante a tomar en cuenta es que el examen de la excepción, en principio, debe realizarse conforme a la ley sustantiva aplicable, sin perjuicio de que la valoración probatoria tenga lugar de acuerdo a la *lex fori*, lo que se desprende del artículo 148 del Código de Derecho Internacional Privado, aplicado de manera supletoria a los conflictos marítimos conforme al artículo 161 del mismo texto legal. En el caso de marras, la ley sustantiva aplicable era la de Ecuador, la cual, de lo que se colige de la sentencia del *Ad-quem*, no establecía un sistema de prueba tasada en materia de acreditación u reconocimiento de uniones de hecho; su valoración estaba reservada al juez, quien debía analizar las circunstancias del caso, lo que tiene sintonía con el sistema de sana crítica adoptado por el sistema panameño.

Pero lo que merece especial atención es que el Tribunal no se aventuró a reconocer dicha unión de manera categórica, sino que concluyó diciendo que no se descartaba la posibilidad de que la demandante tuviera aquella condición, por lo que se colige a nuestro juicio que la prueba de la legitimación, al menos en materia de demandas de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad civil extracontractual, mínimamente debe ofrecer un grado de verosimilitud del vínculo relevante o condición calificada que se alega tener con respecto a la causa de pedir, sin perjuicio de lo que efectivamente se pruebe a *posteriori*.

#### **Mund & Fester vs Apl. Pte. Ltd. -Garnet- (2018b)**

En el campo del transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque, una de las corrientes considera que un elemento esencial para determinar la legitimación activa en la causa, al menos de acuerdo al derecho inglés, lo constituye el hecho de haber sufrido la pérdida (Primer Tribunal Marítimo, 2016). No obstante, en un caso reciente, el Tribunal de Apelaciones Marítimas (2018b) se inclinó por un criterio distinto.

Una aseguradora alemana demandó a una compañía de transporte por los daños causados a una mercancía contenida en tres contenedores que esta última debía transportar desde Filipinas hasta Arabia Saudita. La demandante comparecía al proceso como subrogataria de quien figurara en el conocimiento de embarque como embarcadora y consignataria; sin embargo, se alegó y

probó que previo a la cesión de derechos que realizara la consignataria, ya esta había endosado el documento al *notify party*, lo que trajo a debate la legitimidad activa de la aseguradora, cuyos derechos para reclamar sobre la carga siniestrada habían quedado bajo escrutinio, pues al haberse dado el endoso del *bill of lading* en favor de un tercero antes de la alegada cesión a la demandante, esta no tendría validez alguna, deviniendo, a juicio de la transportista, en la ilegitimidad de la aseguradora para presentar acciones contra esta por motivos de la carga siniestrada.

Si bien el derecho de Singapur era el aplicable al caso, según los propios expertos de dicha jurisdicción, la ley relativa a los conocimientos de embarque de ese país está *in pari materia con el UK Carriage of Goods by Sea Act 1992*, estatuto del derecho inglés que regula el transporte de mercancías por mar. Sostenía el apelante que la consignataria nunca dejó de ser propietaria de la mercancía y por tanto, fue quien sufrió los daños; consideró que aun teniendo por cierto que el endoso a favor del tercero se dio, el mismo no surtía efectos, entre otras cosas, porque no había prueba de que dicho tercero había pagado por la mercancía. Por su parte, el opositor consideraba que, conforme al derecho sustantivo aplicable, quien puede demandar por los daños sufridos a una mercancía amparada por conocimiento de embarque es quien sea el tenedor legal de dicho documento, pues a su juicio, es este quien ostenta los derechos sobre la mercancía.

El Segundo Tribunal Marítimo de Panamá (2016) resolvió decretar

la falta de legitimación activa de la aseguradora, decisión que fue posteriormente confirmada por el Tribunal de Apelaciones Marítimas. El análisis jurídico del Tribunal de Alzada se basó en las siguientes normas del *Bills of Lading Act (Cap 384)* de Singapur, el cual, como ya mencionábamos antes, está *in pari materia* con la ley de transporte de mercancías por mar del Reino Unido:

“Rights under shipping documents.

2.- (1) Subject to the following provisions of this section, a person who becomes--

(a) the lawful holder of a bill of lading;

...

(c) the person to whom delivery of the goods to which a ship's delivery order relates is to be made in accordance with the undertaking contained in the order, shall (by virtue of becoming the holder of the bill or, as the case may be, the person to whom delivery is to be made) have transferred to and vested in him all rights of suit under the contract of carriage as if he had been a party to that contract.”

“Interpretation. Etc. 5.- In this Act-

..

(2) References in this Act to the holder of a bill of lading are references to any of the following persons, that is to say-

(a) a person with possession of the bill who, by virtue of being the person identified in the bill, is the consignee of the goods to which the bill relates;

(b) a person with possession of the bill as a result of the completion, by delivery of the bill, of any indorsement of the bill or, in the case of a bearer bill, of any other transfer of the bill;

(c) a person with possession of the bill as a result of any transaction by virtue of which he would have become a holder failing within paragraph (a) or (b) above had not the transaction being effected at a time when possession of the bill no longer gave a right (as against the carrier) to possession of the goods to which the bill relates; and a person shall be regarded for the purposes of this Act as having become the lawful holder of a bill of lading wherever he has become the holder of the bill in good faith".

El Tribunal de Apelaciones Marítimas, luego del análisis tanto de las pruebas aportadas y el derecho aplicable, arribó a las siguientes conclusiones:

"Conceptúa este Tribunal de segunda instancia que si bien la titularidad de los derechos sobre las mercancías amparadas por un conocimiento de embarque ya no está condicionada al traspaso de la propiedad mediante el contrato de compraventa, ya que se entiende que dichos derechos los detenta quien tenga la "tenencia legal" del documento, no menos cierto es que ... una transacción originaria no perfeccionada o la mala fe en la posesión del título valor en cuestión hace que quien tenga el documento físico

no sea considerado un tenedor legal, y en consecuencia, no tenga los derechos para reclamar por motivos de un contrato de transporte.

Como síntesis de lo antes expuesto, queda demostrado, a juicio de esta Colegiatura, que de acuerdo a la Ley de Conocimiento de Embarque de Singapur, solo puede reclamar por el incumplimiento de un contrato de transporte el tenedor "legal" o en debido curso del *Bill of Lading*, entendiéndose que este puede ser el endosatario o quien a la sazón funja como embarcador o consignatario, teniendo en cuenta que la tenencia de dicho documento ha tenido que ser de buena fe, y la transacción que ha originado la posesión tuvo que haberse perfeccionado.."

Es preciso mencionar que este razonamiento no es más que una confirmación de lo que ya había sido adelantado por el Tribunal de Apelaciones Marítimas en el caso *Concreta vs. Waterfront* (2018a), precisamente interpretando el Carriage of Goods by Sea Act 1992, es decir, el derecho inglés. En el caso que motivó dicho pronunciamiento, el cual fue objeto de nuestros comentarios en un artículo que publicamos el año pasado tratando una temática distinta (Estribí, 2018a), una mercancía que debía ser transportada de la República Popular China a Nicaragua fue siniestrada durante el tramo terrestre en territorio costarricense; quien presentó la demanda fue un cesionario del embarcador. El transitario, a la sazón parte demandada

en dicha causa, presentó excepción de falta de legitimación activa, pues a su juicio, en el conocimiento de embarque, que remitía al derecho inglés, al constar como consignatario una tercera persona, a la luz del derecho aplicable, era esta quien tenía que demandar, y no el embarcador. Luego del estudio de la relación entre el tercero consignatario y el embarcador, entiéndase contrato de compraventa de mercancías, la gestión misma del transporte de la mercancía y particularmente, una carta emitida por este consignatario en la que certificaba que no había recibido la carga ni había pagado por esta, el Tribunal concluyó que el actor sí tenía legitimación en la causa porque, si bien el consignatario era quien constaba en el conocimiento de embarque, el embarcador, cedente y vendedor de la mercancía nunca dejó de ser el propietario de la misma, cargando incluso con los costes del flete y las pérdidas, por lo que al valorar el *Ad-quem* que la transacción que había motivado la emisión del conocimiento de embarque no se perfeccionó, consideró que aquella situación desvirtuaba la condición de *lawful holder* o tenedor legal de un *Bill of lading* o conocimiento de embarque del consignatario a la luz del derecho inglés, interpretado y aplicado por el Tribunal de Apelaciones Marítimas.

En lo que respecta precisamente a la importancia de la perfección del negocio originario, otro tema tratado por el Colegiado en el caso *Mund Fester vs. Apl. Pte. Ltd -Garnet-* fue lo relativo a la carga de la prueba de la ilegitimidad del negocio o acto jurídico que dio lugar a la transferencia del conocimiento de embarque, y la presunción de buena fe de esta transacción:

En cuanto al segundo punto, este Tribunal de Apelaciones Marítimas concuerda con la apelante-demandante en el sentido de que una transacción inválida o no perfeccionada, como lo es la falta de *consideration* o pago por la mercancía amparada por un conocimiento de embarque, relativiza la validez de la transferencia del mismo, toda vez que para entenderse que ha habido tenencia legal, esta ha tenido que ser de buena fe, lo que es consecuente con el *Singapore Bill of Lading Act*, al que ya nos hemos referido antes. Sin embargo, cabe preguntarse en casos como el que nos ocupa, a quién le corresponde probar la mala fe en la tenencia de un conocimiento de embarque, lo que en el proceso sub-júdice se traduce en determinar a quién le compete probar la supuesta falta de pago.

..a juicio de este Tribunal, la transportista cumplió con su carga probatoria al demostrar que la posesión de los *bills of lading* la tenía la prenombrada sociedad, lo que se colegía no solo del endoso realizado en su favor, sino de los documentos que evidencian indiciariamente la tramitación de la entrega de los contenedores, lo cual no hubiese sido posible sin que esta tuviera en su poder los conocimientos de embarque.

Lo anterior expuesto lleva a este Tribunal de segunda instancia a presumir que la transacción que originó la negociación o endoso de los *bills of lading* se

perfeccionó, ya que lógicamente, un comerciantediligente no trasladaría el dominio de un título representativo de tal envergadura sino ha garantizado el cumplimiento de su contraprestación, lo que va de la mano con el ánimo del lucro que persigue toda actividad mercantil y la presunción de onerosidad de los actos de comercio.

Siendo así las cosas, la parte demandante, al haber alegado la falta de pago de THAMER FOOD DISTRIBUTION CO. LTD., le correspondía probar tal hecho, no solo por tratarse de un tema de carga dinámica al encontrarse en una mejor posición para obtener la prueba, considerando su condición de subrogataria de DEL MONTE, sino porque habiéndose acreditado el endoso de los conocimientos de embarque, su posesión física y el posterior retiro de los efectos que estos amparaban, lo único que hubiese podido eventualmente desvirtuar la legitimidad de la transacción era la prueba del impago, cuestión que le competía probar, conforme al artículo 209 del Código de Procedimiento Marítimo, a MUND & FESTER GMBH & CO KG.

En síntesis, al no constar pruebas en el *dossier* sobre la falta de pago a la embarcadora DEL MONTE por el importe de la mercancía siniestrada, no hay motivos para que este Tribunal Superior asuma que no ha habido pago o *consideration*, y que en consecuencia, se invalide la tenencia "legal" o en debido

curso al momento relevante de los conocimientos de embarque objeto de nuestro estudio, ya que de las constancias procesales se puede inferir que la transacción originaria que motivó la transmisión mediante endoso de los títulos valores antes mencionados se perfeccionó, pues no se ha aportado prueba alguna por quien tenía la carga de probar lo contrario.

A diferencia de este caso, en *Concreca vs Waterfront* no se decretó la falta de legitimación activa porque sí se acreditó que el consignatario, supuesto tenedor del conocimiento de embarque, no había recibido ni pagado por la mercancía, lo que fue probado en el proceso por el demandante, entre otros, por medio de un documento en el que dicho tercero aparentemente certificaba o reconocía precisamente dichos hechos, lo que permitía arribar a la conclusión de que el embarcador pudo no haberse desprendido del dominio de la carga ni haber trasladado el riesgo del transporte de la misma, concluyéndose así que habría sufrido los daños por su pérdida.

En definitiva, a la luz de los precedentes antes citados y referenciados se puede confirmar que el análisis de la legitimidad activa o pasiva en la causa nos debe llevar a valorar una vinculación calificada y/o relevante entre quien demanda o a quien se demanda, con la causa de pedir que se plantea; y decimos causas de pedir sin perjuicio de que estamos conscientes de que todavía es discutible si esa vinculación solo debe ser al proceso o únicamente con la causa de pedir.

Lo relevante y calificado está ligado, a nuestro juicio, al estándar probatorio que se exige, que, a final de cuentas, de acuerdo a los casos estudiados, dependerá del derecho aplicable. Así, en el caso *Jenny Morán et al vs M/N Baltic Klipper*, al ser un caso de responsabilidad civil por hechos ilícitos o cuasi delictuales, se exigió una conexión relevante con la causa de pedir, lo que lleva al Tribunal a concluir que tal o cual persona ha podido sufrir un daño por su relación relevante con los hechos y el supuesto causante.

No obstante, en el caso del vínculo calificado, la persona o entidad, si bien tiene que probar al menos indiciariamente su relación con los hechos, lo imperativo es que se acredite su vínculo calificado, pues al este probarse, a la luz del derecho sustantivo aplicable, puede entenderse que se tiene legitimidad en la causa. Este último caso es el de *Mund Fester vs. Apl. Pte. Ltd.*, pues por más que se intentó alegar que el actor había sufrido pérdidas, el estándar para valorar esa legitimidad según la ley sustantiva requería un vínculo calificado, que en dicho escenario representaba que quien le cedió los derechos a la aseguradora fuera la tenedora legal de los conocimientos de embarque.

## **JURISPRUDENCIA SOBRE SEGUROS**

La jurisdicción marítima sustancia múltiples causas relativas a contratos de seguro. A continuación, presentamos dos casos: uno relativo al prescripción de las acciones y el otro referente a la interpretación del contrato.

### **Base Zona Libre vs. Assicurazioni Generali, S.p.A (2018c)**

En el caso mencionado, la demandante presentó proceso marítimo ordinario contra su aseguradora con el objeto de ser indemnizada por un riesgo cubierto en el contrato de seguro suscrito entre ambas partes. Se trataba del transporte de una mercancía que debía realizarse de Panamá a territorio venezolano, pero que aparentemente, al momento de la apertura del contenedor en el extranjero, la carga no estaba completa, lo que representó alegados perjuicios económicos sufridos por la demandante. Este último hizo el reclamo correspondiente a la aseguradora de la carga, la cual, luego de un proceso interno, no accedió a responder por el siniestro ocurrido. Al contestar la demanda, esta presentó excepción de prescripción, la cual, conforme al artículo 83 del Código de Procedimiento Marítimo, también es de previo y especial pronunciamiento.

Si bien ambas partes coincidieron en que el término de prescripción aplicable era el de un año conforme al numeral 5 artículo 1651 del Código de Comercio, la discusión de fondo se centraría en lo dispuesto en el artículo 1650 de dicho texto legal, que indica que el término de prescripción comienza a correr desde que la obligación es exigible. A juicio de la parte demandada, la obligación era exigible a partir de la ocurrencia del siniestro, por lo que sostuvo que era a partir de ese momento que se empezaba a contar el término de prescripción de la acción de la demandante. En cambio, esta última consideraba que la obligación era exigible cuando la aseguradora declinó o rechazó el reclamo, por lo que a su criterio era a partir de ese momento en que se debía computar el término de prescripción.

Hay legislaciones como la italiana, la mexicana y la suiza en las que se establece que a partir de la ocurrencia del riesgo cubierto se genera o empieza a correr el término de prescripción, elemento importante que también es tomado en cuenta en Francia y Alemania (Thomson Reuters, 2018). No obstante, la legislación panameña no es muy clara en cuanto a esta materia, por lo que la respuesta al debate planteado por las partes requería un ejercicio jurisprudencial y casuístico importante.

Luego del análisis de los artículos 166 y 201 de la Ley 55 de 2008 sobre comercio marítimo; el artículo 998 del Código Civil y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la buena fe en materia de seguros (2001), el Tribunal de Apelaciones Marítimas determinó lo siguiente:

Tal como lo revisamos en la Ley N° 55 de 2008, el Contrato de Seguro Marítimo es de carácter aleatorio, ya que el cumplimiento de la prestación por parte de la Aseguradora está condicionado a la ocurrencia del riesgo cubierto. No obstante, la ley y la práctica nos han demostrado que las Aseguradoras, previo a honrar o no la indemnización prevista en la póliza, realizan un escrutinio de los hechos que dieron lugar al siniestro, vis a vis, las disposiciones y condiciones con las que se pactó el seguro.

Precisamente, en el caso sub júdice se configuraron los hechos que anteceden.

.....esta Superioridad debe entender que la obligación

emanada del contrato de seguro que nos ocupa, era exigible a partir de la entrega de la nota de declinación del reclamo suscrita por **ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A.**, es decir, desde el 15 de julio de 2009.

Esto es así porque una vez presentado el reclamo del seguro, la demandante se encontraba a la expectativa de saber si el mismo sería honrado o no, razón por la cual debe entenderse que evitó proceder por la vía judicial ante la falta de certeza de una eventual negativa, debido a que la espera del resultado de ese dictamen constituía la dependencia al hecho futuro e incierto que trata el artículo 998 del Código Civil. Igualmente, pese a los procedimientos facultativos de las aseguradoras para la determinación del riesgo y la proporción del daño (art. 201 de la Ley de Comercio Marítimo), tratándose de contrataciones regidas esencialmente por principios de buena fe, un reclamante o asegurado no da por sentado que su petición será denegada, tomando en cuenta la relación de confianza que debe motivar la suscripción de este tipo de contratos. Es por ello que en el presente caso, no es sino hasta la declinación formal del reclamo que la obligación de la Aseguradora se hace exigible, debido a que es en este acontecimiento que se configura la ocurrencia de ese hecho futuro e incierto para exigir el cumplimiento.

Si bien la solución del juez marítimo panameño al problema de la prescripción extintiva de la acción en materia de seguros no está escrita en piedra, pues se trató de un ejercicio casuístico, fue pertinente porque permitió brindar una respuesta pragmática al contenido abstracto de la norma de derecho positivo plasmada en el Código de Comercio, no pasando por alto la práctica comercial en materia de seguros.

### **Empresa de Inversiones García vs. Assa Compañía de Seguros (2017).**

Un comerciante reclamaba el pago por parte de su aseguradora de la indemnización por daños y perjuicios pactada en un contrato de seguro, cuyo objeto o bien asegurable era un buque pesquero que se habría inundado en aguas panameñas. El problema radicó en que, a juicio de la aseguradora, la póliza solamente cubría si los hechos tenían lugar en el mar territorial de la República de Panamá, pero que, al haberse suscitado el siniestro en la denominada zona contigua, no se podía pagar la indemnización peticionada. Por su parte, la parte actora-opositora sostuvo que en la póliza de seguros se hacía referencia al término “aguas territoriales”, el cual bien podía ser interpretado ampliamente incluyendo tanto el mar territorial como la zona contigua, o podría interpretarse en contra del redactor de la cláusula que en tal caso habría sido quien generó la ambigüedad.

En el juicio se hacía referencia a posibles violaciones a la Convención de Montego Bay. No obstante, el Tribunal de Apelaciones Marítimas fue claro desde un principio estableciendo que

la controversia giraba en torno a un tema estrictamente de interpretación contractual. En ese sentido, el colegiado se avocó al análisis de los artículos 1132, 1137 y 1139 del Código Civil. La primera de estas normas establece, entre otras cosas, que, si existe discrepancia entre las palabras utilizadas en un contrato con la intención de las partes, se preferirá esta última; en la segunda norma se señala que las palabras que tengan distintas acepciones serán entendidas con el significado que más se ajuste al objeto y naturaleza del contrato; la última norma, se refiere al principio denominado *contra proferentem*, adoptado también por la Corte Suprema de Justicia, y que establece que la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberán favorecer a quien provocó la oscuridad. Una expresión bastante explícita de esta última máxima la podemos encontrar en el artículo 4.6 de los Principios de UNIDROIT: “Si los términos de un contrato dictados por una de las partes no son claros, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte.”

El Tribunal determinó que debía realizar un examen tanto semántico del término “aguas territoriales”, como de los elementos naturales e intencionales que motivaron la suscripción del contrato. En tal sentido, realizó un análisis de la terminología empleada tanto por legislación local como por los convenios internacionales adoptados por Panamá sobre la materia. Además de las conclusiones referidas a la terminología, las cuales pudiesen ser objeto de estudio en otro artículo a futuro, el Tribunal determinó que la aseguradora era conocedora de que la actividad habitual realizada con el buque siniestrado era la

pesca, lo que le permitió colegir que esta labor representaba el principal riesgo asegurado.

Luego del estudio semántico, legal y convencional, aplicando los principios contractuales antes aludidos, el Tribunal concluyó lo siguiente:

En conclusión, el término "aguas territoriales", a la luz del Contrato de Seguro, debe entenderse como el ámbito jurisdiccional en el que el Estado panameño ejerce soberanía conforme a las leyes y los tratados internacionales, por lo que este no se limita a un sólo marco espacial en concreto, sino que abarca todos los espacios marítimos a los que alude la Convención de Montego Bay, con independencia del grado específico de deberes y derechos de la República de Panamá con respecto a los mismos.

En cuanto al elemento volitivo que motivó la suscripción del contrato de Seguro (art. 1132 del C.C.), este Tribunal de Apelaciones Marítimas es del criterio que el hecho de que el objeto del mismo era asegurar un Buque de Pesca, y al existir, en principio, ambigüedad o falta de claridad en cuanto a la garantía promisorio del Área de Navegación, el contrato debe interpretarse conforme a la misma naturaleza del negocio pesquero (Art. 1137 del C.C.), es decir, otorgándole al asegurado un rango de protección naturalmente consecuente al giro normal de los negocios que conlleva la utilización del objeto

asegurable.

Por tanto, una interpretación cercenadora de los derechos de la persona asegurada, tratándose de cláusulas oscuras u ambiguas, no puede ajustarse a Derecho, toda vez que es precisamente la Aseguradora quien ostenta el poder de negociación del contrato y elabora el clausulado, por lo que, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ante estas eventualidades, debe aplicarse el principio *contra proferentem* al que se refiere el artículo 1139 del Código Civil, es decir, que la interpretación de una cláusula ambigua u oscura no debe favorecer a quien la ha generado.

Igualmente, al no existir disposición legal o contractual que prohibiera expresamente, y sin género de dudas, que la M/N DOÑA EVELIA no podía navegar en la Zona Contigua de la República de Panamá, entonces no puede esta Superioridad inferir que esta era la intención de las partes, pues del marco normativo descrito anteriormente, y del giro normal de los negocios pesqueros, se colige que el asegurado podía ejercer la actividad pesquera en todos los espacios marítimos, sin más limitación que aquellas áreas geográficas específicas descritas en la Póliza.

La bondad de este pronunciamiento judicial está en la metodología empleada para el ejercicio de interpretación contractual al que se tuvo que avocar el Tribunal de Apelaciones Marítimas.

Nunca se desatendió la presunta voluntad de las partes plasmada en el contrato, la objetividad de los términos empleados y la realidad comercial.

## **JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

Un debate habitual en la jurisdicción marítima es la determinación de la ley de fondo aplicable a la causa. En un artículo que publicamos el año pasado titulado *“Temas de derecho internacional privado marítimo: la competencia judicial internacional y los Acuerdos de ley aplicable”* (Estribí, 2018a), analizamos algunas temáticas constantes del Derecho internacional Privado Marítimo que se discuten en esta jurisdicción a la luz de la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Apelaciones Marítimas.

En esta ocasión, solamente haremos referencia a un caso que, a nuestro juicio, establece un precedente de capital importancia en esta materia.

### **Pasras vs. M/V Chaser (2018d)**

Una empresa panameña fue contratada por una operadora de buques griega con el objeto de que la primera realizara reparaciones a una nave de pabellón nacional, servicios que finalmente fueron prestados en Colombia, Panamá y Guatemala. La compañía panameña presentó proceso especial de ejecución de crédito marítimo privilegiado en Panamá contra la nave de marras, con el objeto de reclamar el importe de los servicios brindados en Guatemala y Panamá, puesto que la factura por la asistencia brindada en Colombia ya había sido pagada. Surgió el

conflicto de la ley de fondo aplicable.

La parte demandada se refirió al numeral 13 del artículo 566 del Código de Procedimiento Marítimo, que establece, entre otras cosas, que los servicios brindados a una nave se regirán, salvo pacto expreso en contrario, por la ley del lugar donde se prestaron los mismos. En ese sentido, consideraba que al no existir pacto expreso de las partes, debía aplicarse el derecho guatemalteco a la factura emitida por los servicios que se brindaron en dicho país, y la ley panameña a aquellos servicios que se brindaron en Panamá. Por otro lado, la demandante era del criterio que todos los servicios brindados, tanto los prestados en Panamá como aquellos que se dieron en Guatemala, constituían una sola prestación de ejecución continuada, y que la mayoría de los puntos de conexión involucraban a Panamá, por lo que a su juicio, este era el derecho que debía aplicarse a la controversia.

El elemento más atípico de este caso es la casi inexplicable ausencia de un pacto de derecho de fondo (Estribí, 2018b) en un contexto en el que *“las normas de conflicto establecidas en el artículo 566 del Código de Procedimiento Marítimo, particularmente las que versan sobre disputas de carácter contractual, tienen como principal criterio para definir el derecho de fondo aplicable, la autonomía de la voluntad de las partes plasmada en un “pacto expreso”* (Estribí 2018a, p. 38).

Finalmente, el Tribunal de Apelaciones Marítimas, luego de establecer que se trataba de un sola causa de pedir derivada de un solo contrato (Tribunal de Apelaciones Marítimas,

2018, p. 9), determinó lo siguiente:

De acuerdo a las constancias del proceso, no se acredita la existencia de una cláusula o acuerdo de ley aplicable; igualmente, no es posible utilizar aisladamente el factor de conexión del lugar de la prestación del servicio para la determinación de la ley de fondo, ya que la naturaleza de la asistencia demanda que ocasionalmente se brinde en distintos puertos y/o países, y que en el caso concreto, consta que el trabajo se efectuó en distintas jurisdicciones siendo un solo contrato.

Por tanto, este Tribunal de segunda instancia, en base al numeral 13 del artículo 566 lex cit., se avocará a precisar la ley sustantiva aplicable al presente proceso determinando qué país tiene el vínculo más estrecho con el contrato internacional bajo estudio, aplicando la doctrina norteamericana de la Proper Law, adoptada por el artículo 69 del Código de Derecho Internacional Privado panameño, en virtud de la cual, en un contexto convencional, ante la ausencia de acuerdo de elección de Derecho aplicable, el Juez debe escoger la ley que sea más apropiada a la relación jurídica internacional. Este examen dará como resultado la vinculación o localización del contrato con cierto Derecho sustantivo, utilizando como base criterios objetivos como el lugar del cumplimiento de la prestación, el domicilio y la nacionalidad de los contratantes.

En ese sentido, este Tribunal constata que la presente controversia trata sobre la contratación de una sociedad panameña, domiciliada en Panamá, dedicada al servicio técnico y de reparación de sistemas eléctricos de automatización y control de barcos comerciales (fjs. 5, 10, 11 y 97), que fue contactada para efectuar una serie de asistencias a una nave de registro panameño, y cuya gran mayoría de prestaciones relacionadas con el objeto del contrato se dieron en Panamá, a excepción de la primera visita realizada en Colombia, la cual no es objeto de conflicto (fj.233); y una tercera visita que de manera circunstancial tuvo lugar en Guatemala (fj. 255).

Es por ello que esta Superioridad conceptúa que el contrato de servicios objeto de nuestro análisis tiene vínculos más estrechos con la República de Panamá, por lo que la presente controversia, tanto en lo que respecta a la Demanda incoada por PANAMA SHIP REPAIR AND SERVICES (PASRAS), S.A, como la Demanda de Reconvención interpuesta por los propietarios de la M/V "CHASER", debe ser regida por la ley sustantiva panameña, tal como lo determinó la Juez A-quo.

El vínculo más estrecho al contrato internacional constituye uno de los regímenes subsidiarios a la autonomía de la voluntad de las partes en el Código de Derecho Internacional Privado (artículo

69). Dichas ideas también son recogidas por la Convención de México de 1994 y el Convenio de Roma I del año 2008. En un artículo que publicamos en el Diario La Prensa (2018b), precisamente refiriéndonos a esta temática, sostuvimos que la aplicación de criterios subjetivos para determinar el vínculo más estrecho también es viable a casos como el que se hizo referencia, como lo recoge la Convención de México en su artículo 9. Así, la prestadora del servicio, al momento de contratar, usualmente procuraría que la relación sustancial con sus clientes fuese regida por un derecho de fondo afín, conocido y coherente ante una eventual acción judicial frente al riesgo del incumplimiento de su contraparte, sobre todo si se trata de la ejecución de un crédito marítimo privilegiado, y dentro de los potenciales derechos aplicables, estén tanto aquellos que lo permitan, como los que no (Estribí, 2018b).

En definitiva, los contratantes pueden mediante acuerdo, establecer

la ley sustantiva que regirá el fondo de una eventual controversia que surja del nacimiento, interpretación y ejecución de su relación convencional; desde luego, sin perjuicio de las limitaciones de la ley y el orden público (Estribí, 2018b, p. 38). Empero, el Tribunal de Apelaciones Marítimas brinda una respuesta subsidiaria cuando no se ha pactado un derecho de fondo aplicable tratándose de servicios brindados en distintas jurisdicciones, criterio que incluso tienesustento en el Código de Derecho Internacional Privado panameño, aplicado de manera supletoria en materia de Derecho Internacional Privado Marítimo. La bondad de este precedente está en que el juzgador se ha servido de un análisis inductivo para brindar una solución jurídica que podría ser aplicable a la generalidad de los casos, evidenciando ese diálogo e intercambio constante entre los sistemas de derecho continental y *common law* en la jurisdicción marítima panameña (Estribí, 2017).

## CONCLUSIÓN GENERAL

En el contexto del 35° aniversario del Código de Procedimiento Marítimo, publicamos el artículo "*Algunos Temas pendientes del Derecho Procesal Marítimo*" (Estribí, 2017). En dicho trabajo, entre otras cosas, presentamos al foro el debate del valor normativo vinculante (*erga omnes*) de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación del derecho procesal marítimo (Estribí, 2017, p. 99), dado el "mestizaje" (Boutin, 2014, p14) al que fue sometida la ley de procedimiento marítimo, que de fuente anglosajona, no fue "anglijizada",

sino que, a juicio del Doctor Boutin, habría sido romanizada (2014, p. 14), o adaptada al sistema continental.

Si bien aquel debate puede o no tener incidencia en la discusión del valor vinculante de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación del derecho sustantivo, además de que no pretendemos dar respuesta a la problemática en esta ocasión, no es nuestra idea sugerir, reiteramos, que los criterios antes revisados sean inmutables

o invariables. Lo que se ha querido es simple y llanamente presentar algunas soluciones a las que ha arribado el Tribunal de Apelaciones Marítimas para resolver

distintos problemas que se plantean diariamente en los casos sometidos a su conocimiento.

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros, revistas y otras publicaciones:

- Boutin, G. (2014). *Forum non conveniens: La limitación de Jurisdicción y la Denegación de Justicia*. Ciudad de Panamá, República de Panamá. Editorial Mizrachi y Pujols.
- Barbosa. E. (2017). *Thomson Reuters Practical Law*. Recuperado de [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-501-3460?originationContext=knowHow&transitionType=KnowHowItem&contextData=\(sc.Default\)&comp=pluk&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-501-3460?originationContext=knowHow&transitionType=KnowHowItem&contextData=(sc.Default)&comp=pluk&firstPage=true&bhcp=1) el 25 de noviembre de 2019.
- Estribí Pérez, J.M. (2018a). "Temas de derecho internacional privado marítimo: la competencia judicial internacional y los acuerdos de ley aplicable". *Revista Sapientia, año 9* (nº4), 32-50. Recuperado de <http://repositoriodigital.organojudicial.gob.pa/bitstream/001/1111/1/sapientia%20diciembre%202018.pdf> el 25 de noviembre de 2019.
- Estribí Pérez, J.M. (4 de julio de 2018b). La Funcionalidad Práctica de la *Proper Law*. *La Prensa*. Recuperado de [https://www.prensa.com/opinion/funcionalidad-practica-proper-law\\_0\\_5067993240.html](https://www.prensa.com/opinion/funcionalidad-practica-proper-law_0_5067993240.html) el 25 de noviembre de 2019.
- Estribí Pérez, J. M. (enero 2017). Algunos temas pendientes del Derecho Procesal Marítimo panameño. *Revista Lex*. Pp 97-109.
- Le Blanc, Arroyo y Lefort. (2017). *Thomson Reuters Practical Law*. Recuperado de [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-501-3248?originationContext=document&transitionType=DocumentItem&contextData=%28scDefault%29&comp=pluk#co\\_anchor\\_a321432](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-501-3248?originationContext=document&transitionType=DocumentItem&contextData=%28scDefault%29&comp=pluk#co_anchor_a321432) el 25 de noviembre de 2019.
- *Practical Law*. (2018). *Thomson Reuters Practical Law*. Recuperado de [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-518-2251transitionType=Default&contextData=\(scDefault\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-518-2251transitionType=Default&contextData=(scDefault)&firstPage=true&bhcp=1) el 25 de noviembre de 2019.
- Tribunal de Apelaciones Marítimas. (2019). Informe de Gestión - período de 21 septiembre de 2018 al 20 de septiembre de 2019. Recuperado de <https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/blogsdire/1/2019/10/420/informe-de-gestion-mg-calixto-malcoml.pdf> el 25 de noviembre de 2019.

## **Instrumentos internacionales y derecho extranjero:**

- Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2016.
- Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, suscrita en México, D.F., México el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V).
- Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).
- Codes Des Assurances – version consolidée au 16 novembre 2019 (Francia).
- Código Civil alemán (BGB).

## **Leyes nacionales**

- Ley N° 61 de 7 de octubre de 2015, que adopta el Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá. Publicada en Gaceta Oficial N° 27885-A de 8 de octubre de 2015.
- Código Judicial de la República de Panamá.
- Ley 8 de 30 de marzo de 1982, que crea los Tribunales Marítimos y dicta normas de procedimiento marítimo, con las modificaciones, adiciones y supresiones adoptadas por las Leyes

11 de 23 de mayo de 1986 y 12 de 23 de enero de 2009 Texto único publicado en Gaceta Oficial 26322 el 13 de julio de 2009. (Conocida como Código de Procedimiento Marítimo).

- Código Civil de la República de Panamá

## **Jurisprudencia panameña**

- Sentencia de 26 de abril de 2013 dictada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que resuelve el recurso de apelación presentado por Dos Valles, s.a. contra la Sentencia N° 13 de 4 de septiembre de 2007, dictada por el Primer Tribunal Marítimo de Panamá, dentro del Proceso Marítimo Ordinario que esta le seguía a CMA. CGM, S.A.
- Sentencia de 14 de octubre de 2019 (b) dictada por el Tribunal de Apelaciones Marítimas de Panamá, dentro del Proceso Marítimo presentado por JENNY KAROLA MORÁN CASTRO *et al* en contra de la M/N Baltic Klipper.
- Sentencia de 11 de diciembre de 2018 (b) dictada por el Tribunal de Apelaciones Marítimas de Panamá, dentro del Proceso Marítimo Ordinario presentado por Mund & Fester GMBH & CO. KG. en contra de APL. CO. PTE. LTD. ("GARNET").
- Sentencia de 10 de agosto de 2018 (a) dictada por el Tribunal de Apelaciones Marítimas de Panamá, dentro del Proceso Marítimo Ordinario que Construcciones Civiles y Reparaciones, s.a. (CONCRESA) presentó en contra de Waterfront Shipping Panama, corp.

- Sentencia de 4 de julio de 2018 (c) dictada por el Tribunal de Apelaciones Marítimas dentro del Proceso que Base Zona Libre presentó en contra de Assicurazioni Generali S.p.A.
- Sentencia de 1 de junio de 2018 (d) dictada por el Tribunal de Apelaciones Marítimas de Panamá, dentro del Proceso Especial de Ejecución de Crédito Marítimo Privilegiado que PANAMA SHIP REPAIR AND SERVICES (PASRAS), S.A., presentó en contra de la M/V "CHASER".
- Sentencia de 2 de octubre de 2017 dictada por el Tribunal de Apelaciones Marítimas de Panamá, dentro del Proceso Marítimo Ordinario que Empresa de Inversiones García, s.a., presentó en contra de Assa Compañía de Seguros, s.a.
- Auto N° 168 de 1 de julio de 2016 dictado por el Primer Tribunal Marítimo de Panamá, dentro del Proceso Marítimo Ordinario presentado por Mund & Fester GMBH & CO. KG. en contra de APL. CO. PTE. LTD. ("ARABIA"). Recuperado de [https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/wp\\_repo/uploads/2017/12/Auto-N-168-de-1-de-julio-de-2016.pdf](https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/wp_repo/uploads/2017/12/Auto-N-168-de-1-de-julio-de-2016.pdf) el 25 de noviembre de 2019.

## Licdo. Juan Manuel Estribí Pérez

- Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá (Capítulo de Honor Sigma Lambda)
- Especialista en Docencia Superior por la Universidad Interamericana de Panamá.
- Diplomado en Derecho Continental por la Universidad de París II Panthéon-Assas.
- Diplomado Internacional en Derechos Humanos y Control de la Convencionalidad por la Universidad Santa María La Antigua.
- Oficial Mayor IV del Tribunal de Apelaciones Marítimas de Panamá.
- Miembro de la Association Des Amis Pour Le Droit Continental (París)
- Miembro de la Federación Interamericana de Abogados (FIA)
- Miembro del Colegio Nacional de Abogados.
- Fue miembro fundador y primer Presidente de la Asociación de Estudiantes de Derecho Privado (AEDP).
- Ha publicado artículos académicos y de opinión tanto en Revistas jurídicas como en diarios panameños, en materia de Derecho Internacional Privado, Derecho Procesal Marítimo, Práctica Forense, Filosofía, Ética y Moral.

# VISITE LA PÁGINA WEB DEL CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL (CENDOJ)

<https://www.organojudicial.gob.pa/cendoj>



# **EL PAGO POR CONSIGNACIÓN**

**Mgter. Miguel Ángel Trejos Navarro**

Juez Primero de Circuito Civil de Veraguas

Correo electrónico: [miguel.trejos@organojudicial.gob.pa](mailto:miguel.trejos@organojudicial.gob.pa)

# EL PAGO POR CONSIGNACIÓN

## Resumen

El derecho, como materia encargada de resolver las controversias dadas entre los sujetos de derecho privado. Uno de los presupuestos que se toman en cuenta es el que se da cuando el acreedor no quiere recibir el pago de lo que se debe, ya sea que se trate de una suma de dinero o de una cosa.

Tanto el Código Civil como el Código Judicial, le presentan al deudor una opción para que pueda extinguir la obligación, a pesar de la renuencia del acreedor para recibir el pago.

## Abstract

The law, as a matter in charge of resolving disputes between private law subjects. One of the budgets that are taken into account is the case that occurs when the creditor does not want to receive the payment of what is owed, whether it is a sum of money or a thing. Both the Civil Code and the Judicial Code present the debtor with an option to extinguish the obligation, despite the reluctance of the creditor to receive payment.

## Palabras Claves

Derecho civil, obligación, pago, acreedor.

## Keywords

Civil law, obligation, payment, acree.

## INTRODUCCIÓN

**E**l Código Civil permite que las obligaciones se extingan, consignando la cosa debida, cuando se presenta alguna imposibilidad para recibirla. A pesar de que el Código Judicial ha clasificado este proceso como no contencioso, de las disposiciones

que lo regulan se establecen algunos presupuestos, en caso de que exista contrariedad u oposición por alguna de las partes que participen. Este procedimiento requiere de la intervención de un juez, que gestionará lo concerniente a la entrega del bien. Debatiremos, entonces, la eficacia procedimental de esta forma de pago.

## **GENERALIDADES DE ESTA FORMA DE PAGO**

### **Tribunales competentes.**

El juez idóneo para conocer del proceso, dependerá de la cuantía que determine la parte demandante. Esto se infiere del artículo 159 del Código Judicial, ya que declara que los jueces de circuito son competentes para conocer del pago por consignación, cuando la cuantía sea mayor de cinco mil balboas. Por lo cual, consideramos que los jueces municipales son los competentes para tramitar los procesos de pagos por consignación, cuando su cuantía sea menor de cinco mil balboas.

### **Tipo de obligación.**

La solicitud debe contener una explicación detallada de la obligación que originó los hechos. El derecho del acreedor debe estar reconocido, ya que la finalidad de este proceso no es dirimir conflictos de titularidad del derecho.

El artículo 1457 del Código Judicial permite que el proceso se transforme en sumario, cuando los acreedores estén en desacuerdo respecto a los intereses que le corresponden a cada uno de ellos.

### **Presentación de pruebas.**

Según el Código Judicial, se permite la presentación de pruebas cuando el acreedor se rehúsa a recibir el pago. Por lo que nuestra ley de procedimiento civil ha abierto un compás para que las partes aduzcan las pruebas que estimen necesarias, para probar los hechos de su pretensión.

El trámite que se seguirá, en caso de que se aduzcan las pruebas, será el del proceso abreviado; es decir, el proceso sumario contemplado en los artículos 1345 y 1346 del Código Judicial.

También se permite la presentación de pruebas, cuando exista más de un acreedor y no existe acuerdo en cuanto a los intereses devengados y que le corresponden a cada uno.

### **El depositario.**

La figura del depositario se emplea cuando la obligación consista en entregar bienes, distinto de dinero o valores. En las disposiciones del Código Judicial que tratan el pago por consignación, no está definido quién debe hacer la designación del depositario, si el deudor o el juez que conoce del proceso de pago por consignación. Por ende, al darse este vacío, se estima que es el juez quien lo designa.

Una vez designado el depositario, el juez ordenará la entrega de los bienes a este, fijando la hora y fecha para tal diligencia.

El Código Judicial le concede al depositario, la potestad de no conservar el depósito, cuando esté fundado en justos motivos. En caso de que esto ocurra y el acreedor se rehúsa a recibir el o los bienes, entonces el depositario podrá consignarlos ante el juez competente, teniendo en consideración las disposiciones del pago por consignación.

### **Pluralidad de acreedores.**

Cuando varias personas pretendan

tener derecho a cobrar, el deudor debe indicar las generales de los acreedores, incluyendo la dirección de cada uno y dejará lo más claro posible, cuál es la pretensión del acreedor.

Si los acreedores están de acuerdo en todo lo consignado por el deudor, entonces el juez declarará extinguida la obligación y hará la entrega a los acreedores. Igualmente, se extinguirá la obligación cuando los acreedores estén de acuerdo en la cosa adeudada, pero no en el interés que le corresponde a cada uno. Respecto a los intereses, se tramitarán en proceso sumario, para esclarecerlos.

En caso de que exista desacuerdo entre los acreedores, respecto a la cosa debida, se determinarán sus derechos, a través de proceso sumario. Cada acreedor será tomado como demandante, frente a los otros acreedores.

Para ilustrar el trámite de este tipo de pago, citamos el contenido de una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Panamá:

Por otra parte, es importante determinar si el pago por consignación que, efectivamente se encuentra regulado por nuestro ordenamiento jurídico, se ha realizado debidamente y declarado procedente, como lo señala el artículo 1066 del Código Civil.

Efectivamente el arrendatario ha ejercido un derecho que le otorga la ley, de consignar un pago en concepto de arriendo mediante el proceso no contencioso de

pago por consignación, pero, si observamos en el primer proceso instaurado (foja 1 y 2), la demanda ingresó al tribunal el 10 de febrero de 1994, y en la misma se solicita al Tribunal de instancia que se sirva recibir el pago de SIETE MIL SETECIENTOS CINCUENTA BALBOAS (B/.7,750.00), "en concepto de canon de arrendamiento correspondiente a los meses comprendidos entre mayo de 1993 hasta febrero de 1994". Es obvio que, a la fecha de la presentación de la demanda, el demandante tenía pleno conocimiento de la nota que le fuera remitida por el arrendador, sobre el aumento del canon de arrendamiento, a partir del 1º de mayo de 1993.

Se colige entonces, que no fue hecha debidamente la consignación, al no ser aceptada por el arrendador, quien al ser requerido por el Tribunal, aportó con la contestación de la demanda, las pruebas en las que constan las comunicaciones realizadas al demandante sobre la existencia de los nuevos propietarios del inmueble así como también sobre el aumento del canon de arrendamiento tantas veces mencionado, por tanto, mal puede declarar el Tribunal procedente tal pago.

Con respecto a la otra prueba, supuestamente no apreciada por el Tribunal en su contenido íntegro, la misma consiste, por una parte en que no aceptan la oferta del nuevo canon de arrendamiento y que estarían

dispuestos a negociar sobre el mismo.

Ahor bien, sobre qué base jurídica se puede exigir al arrendador que se rechaza su ofrecimiento porque se considera que no hay una razón justa para consignar una suma determinada y, cuál es esa razón? Lamentablemente en el expediente no existe, es decir, el propio recurrente no ha sustentado y probado que les asiste derecho para mantener un canon de manera indefinida, como el pactado originalmente. En idénticos resultados se llegaría, toda vez que, en el caso en estudio, el pago por consignación no se ajusta a las disposiciones que regula el pago, como anteriormente lo planteamos.

En ese sentido, no cabe duda que el sentenciador colegiado en el negocio que nos ocupa, ha apreciado correctamente el contenido probatorio de las pruebas señaladas a fojas 15 y 18 del expediente, a que alude el casacionista. Más aún, el sentenciador no se limitó solamente a apreciar tales pruebas, sino también lo hizo con los otros elementos probatorios igualmente allegados al proceso. Se colige, pues, que al no incurrir el Tribunal Superior en el yerro probatorio que señala el recurrente a la sentencia impugnada, la misma no viola los artículos 845 del Código Judicial y los artículos 1113, 1333, 976 y 1044 del Código Civil.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, SALA DE LO CIVIL,

administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia dictada por el PRIMER TRIBUNAL SUPERIOR DEL PRIMER DISTRITO JUDICIAL el 13 de agosto de 1996, dentro del proceso de pago por consignación propuesto por ALMACÉN SURANY, S, A. a favor de INVERSIONES INDOPAN, S.A.

Del fallo anterior, podemos deducir que el pago por consignación solo procede cuando se realiza conforme a las disposiciones que establece el Código Civil Panameño, para el pago. En este caso, las sumas consignadas no correspondían a lo adeudado por el arrendatario, ya que el canon de arrendamiento había aumentado y de esto ya conocía el arrendatario. Por lo cual la causa fue resuelta declarando no viable el pago por consignación.

### **CONSIDERACIONES DEL PAGO POR CONSIGNACIÓN**

Esta forma de pago es, a nuestro parecer, un tanto dilatoria, en aquellos casos en que el deudor tiene conocimiento de que el acreedor no va a aceptar recibir la cosa que se le debe. Esto puede tener diversas razones y una de ellas es que el deudor quiera entregar un bien o una cantidad en condiciones distintas a las pactadas por ambos.

Conforme al trámite orientado por el Código Judicial, si el acreedor no admite el pago en dinero, entonces dicha cantidad se mantendría consignada bajo depósito judicial, es decir, depositada en el Banco Nacional, y debe reposar constancia en el expediente. Sin embargo, el expediente

quedaría inconcluso y por ende se mantendría en trámite en el juzgado, hasta que sucedan algunas de las causas de extinción de la obligación, lo cual sería en los casos de los artículos 1452, 1454 y 1457 del Código Judicial:

- Cuando el acreedor acepta el pago, en el primer término de cinco (5) días, concedido por el juez que conoce del pago por consignación.
- Cuando el acreedor no contesta al traslado que le hace el juez, luego de rehusarse una vez a recibir el pago.
- Cuando exista pluralidad de acreedores y estos admitan recibir el pago.

Ante esto, consideramos que este procedimiento acarrea desventajas para los tribunales y en aquellos casos donde concurra lo anterior, de que no se dé la comparecencia del acreedor.

Para evitar esto, si el deudor tiene conocimiento de que el acreedor no aceptará el pago y que, además, existen otras disconformidades que no serán resueltas sino mediante un proceso en los tribunales; entonces, debería acudir el deudor directamente a un proceso sumario y así judicializar el conflicto.

### **EL PAGO POR CONSIGNACIÓN EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA**

Distintas a nuestras normas de procedimiento civil, en Colombia se ha dispuesto, a través del artículo 381 de la Ley 1564 del 12 de julio de 2017 que expide el Código General del Proceso y determina el proceso para este tipo de

pago:

**Artículo 381.** Pago por consignación. El el proceso de pago por consignación se observarán las siguientes reglas:

1. La demanda de oferta de pago deberá cumplir tanto los requisitos exigidos por este código como los establecidos en el Código Civil.
2. Si el demandado no se opone, el demandante deberá depositar a órdenes del juzgado lo ofrecido, si fuere dinero, dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del término de traslado. En los demás casos, se decretará el secuestro del bien ofrecido. Hecha la consignación o secuestrado el bien, se dictará sentencia que declare válido el pago. Si vencido el plazo no se efectúa la consignación o en la diligencia de secuestro no se presentan los bienes, el juez negará las pretensiones de la demanda mediante sentencia que no admite apelación.
3. Si al contestar la demanda el demandado se opone a recibir el pago, el juez ordenará, por auto que no admite recurso, que el demandante haga la consignación en el término de cinco (5) días o decretará el secuestro del bien. Practicado éste o efectuada aquella, el proceso seguirá su curso.  
Si el demandante no hace la consignación, se procederá

como dispone el inciso segundo del numeral anterior.

4. En la sentencia que declare válido el pago se ordenará: la cancelación de los gravámenes constituidos en garantía de la obligación, la restitución de los bienes dados en garantía, la entrega del depósito judicial al demandado y la entrega de los bienes a éste por el secuestre. [...]

Este artículo ha dispuesto negar la pretensión del demandante o deudor, cuando no se consigne o no se presenten los bienes. La resolución en comento no admite apelación.

Consideramos que esta forma de trámite puede ser adoptada en la normativa panameña que regula el pago por consignación, en cuanto a considerar que se niegue la pretensión de la parte demandante cuando no sea posible realizar el pago de la obligación.

Esto evitaría que se acumulen procesos con esa pretensión, cuando se suscitan los casos en que el expediente deba permanecer en espera de que el o los acreedores acepten el pago.

A pesar de esto, las partes no quedarían en indefensión o sin algún proceso que les respalde, ya que subsiste la opción de que acudan al proceso sumario para resolver su controversia.

## BIBLIOGRAFÍA

- Código Civil de la República de Panamá. (2012). Panamá: Sistema Jurídicos S.A.
- Código Judicial de la República de Panamá. (2018). Panamá: Sistemas Jurídicos S.A.
- Corte Suprema de Justicia de Panamá. Sala Primera de lo civil. (13 de febrero de 1998). Magistrado Ponente: Rogelio A. Fábrega Z.
- Ley N° 1564 del 12 de julio de 2017, Código General del Proceso. Colombia. Obtenido de: <http://www.icdp.org.co/descargas/cgp/CodigoGeneralDelProceso12Julio2012.pdf>

# Mgter. Miguel Ángel Trejos Navarro

---

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, por la Universidad de Panamá. Entre sus estudios cuenta con una Maestría en Derecho Privado, en la Columbus University, y una Maestría en Educación, por la Universidad de Panamá y dos Postgrados en Derecho y Docencia Superior, ambos obtenidos en la Universidad de Panamá.

Cuenta con 35 años de servicio en el Órgano Judicial, carrera que empezó como secretario del Juzgado Municipal del Distrito de Soná, donde

posteriormente ejerció el cargo de Juez.

Con el tiempo llegó a ocupar posiciones como Juez Municipal del Distrito de Santiago, en el ramo Civil, Penal y desde 1998 el cargo de Juez Primero de Circuito de Veraguas, ramo civil; además funge como Magistrado Suplente en el Tribunal Superior de Coclé y Veraguas.

Es profesor Regular Titular de Derecho Civil de la Universidad de Panamá, con 30 años de servicio.

## FE DE ERRATAS

En nuestra edición impresa de diciembre del 2019, artículo "El divorcio notarial, procedimiento alternativo de acceso a la justicia: lecciones de Francia y España por aplicar en Panamá", se **indicó erróneamente que la autora, Lill Marie Martínez Cruz, es magíster.**

Actualmente, es **licenciada en Derecho y Ciencias Políticas, optando por el grado de maestría.**

## INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

### Publicación de ensayos:

La Sección de Editorial y Publicaciones del Órgano Judicial publica trimestralmente la revista de contenido jurídico titulada **Sapientia**, escrita por funcionarios del Órgano Judicial y profesionales de reconocida trayectoria, dirigida a la comunidad forense nacional e internacional y demás interesados en temas del derecho.

El ensayo, de 8 a 20 páginas de extensión, debe ser escrito a doble espacio, en letra arial N°12 en hoja tamaño 8 y ½ x 11 (formato carta, documento word). Al inicio debe incluirse un resumen de no más de 100 palabras en idioma español y palabras claves, ambos con su traducción al idioma inglés.

Deben estar correctamente escritos en cuanto a su gramática, sintaxis y estilo, sin errores de ortografía y puntuación. No deben haber sido publicados ni en medios impresos ni digitales, total ni parcialmente; deben ser originales y contener doctrina, jurisprudencia y derecho comparado. El desarrollo de temas técnicos debe contemplar rigor científico.

Se recomienda que las citas y referencias bibliográficas se presenten acompañadas de la correspondiente bibliografía manteniendo un único sistema de cita bibliográfica, de preferencia APA (Asociación Psicológica Americana).

En documentos aparte, los autores deben enviar un resumen de su hoja de vida de 10 líneas de extensión en formato word, al correo [sapientia@organojudicial.gob.pa](mailto:sapientia@organojudicial.gob.pa). **Los ensayos se recibirán durante el transcurso del año.**

### Proceso de selección:

Los textos serán sometidos a una revisión temática por los editores de la revista; una vez aprobados, pasarán al Consejo Editorial quien evaluará los contenidos. Se notificará a los autores del resultado de la evaluación que puede ser:

- Rechazado (inapelable).
- Aceptación condicionada. Se indicarán las recomendaciones del Consejo Editorial al autor quien debe atenderlas para que su escrito sea publicado.
- Aceptación. El artículo será publicado sin modificaciones sustanciales. Los artículos aceptados serán programados para su publicación, fecha que le será informada a los autores.

Para lograr apertura editorial se recurre a evaluadores externos especialistas en los diversos temas.