

SENTENCIA DE LA SALA CUARTA DE NEGOCIOS GENERALES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE PANAMÁ

AUGUSTO GARCÍA SANJUR¹

Abogado especializado en Arbitraje Internacional

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones 2
Junio – Diciembre 2021
Págs. 317-324

Resumen: El arbitraje es el producto del consentimiento de las partes al acordar resolver una disputa mediante este mecanismo. Dicha disputa podría incluir directa o indirectamente a una persona o compañía que no ha firmado el contrato que dirige al arbitraje. A pesar de no haber firmado el contrato, su rol en el mismo pudo haber tenido una relevancia importante que, sin su inclusión en el procedimiento, el arbitraje perdería efectividad. Dicho fenómeno es lo que se conoce como inclusión de no signatarios en el arbitraje. En Panamá, la decisión de la inclusión del no signatario depende del tribunal arbitral. No obstante, luego de emitido un laudo, partes de arbitrajes han solicitado su anulación porque el tribunal incluyó a un no signatario. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de Panamá ha reconocido como regla general no incluir a no signatarios en un arbitraje con base a la relatividad de los

Abstract: Arbitration is the result of parties' agreement to resolve a dispute through this mechanism. This dispute could directly or indirectly involve a person or company that has not signed the contract that leads to arbitration. Despite not having signed the contract, their role in it could have had an important relevance that without their inclusion in the procedure, the arbitration would lose effectiveness. This phenomenon is what is known as inclusion of non-signatories in arbitration. In Panama, the decision of the inclusion of the non-signatory depends on the arbitral tribunal. However, after an award has been issued, parties have requested its annulment because the tribunal included a non-signatory. In this sense, the Supreme Court of Justice of Panama has recognized as a general rule not including non-signatories in an arbitration based on the relativity of contracts, but it has also

1. Esta reseña de jurisprudencia no debe interpretarse como un reflejo de las opiniones de los clientes o empleadores pasados, presentes o futuros del autor.

contratos. No obstante, también ha reconocido que dicha regla tiene excepciones teniendo en cuenta la importancia de proteger la efectividad del proceso arbitral.

Palabras clave: arbitraje – no signatarios – consentimiento – pro arbitraje – realidad económica.

recognized that that rule has exceptions taking into account the importance of protecting the effectiveness of the arbitration process.

Keywords: arbitration – non-signatories – consent – pro arbitration – economic reality.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES. II. ARGUMENTOS DE LAS PARTES. III. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN. IV. COMENTARIO.

I. ANTECEDENTES

En el 2019, la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia de Panamá («Corte Suprema») resolvió un recurso de anulación contra un laudo emitido en un arbitraje administrado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito². Dicho arbitraje fue interpuesto por la Autoridad Portuaria de Manta («APM») contra Terminales Internacionales de Ecuador, S.A. – En Liquidación («TIDE»)³. El demandante reclamaba el incumplimiento del contrato de concesión de uso de puerto comercial internacional de carga de Manta que fue suscrito por APM y TIDE⁴. El tribunal arbitral declaró el incumplimiento del contrato y condenó a TIDE, junto a las empresas Hutchinson Port Investments Limited y Hutchinson Port Holdings Limited (estas dos empresas conjuntamente se denominarán «Empresas Hutchinson»), a indemnizar a APM⁵.

En el recurso de anulación interpuesto por las Empresas Hutchinson, la pregunta principal que la Corte Suprema resolvió era si las Empresas Hutchinson podían ser incluidas en el arbitraje y condenadas a pagar indemnización al demandante, a pesar de que las mismas no firmaron el contrato de concesión ni la cláusula arbitral.

II. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Ante la Corte Suprema, las Empresas Hutchinson sustentaron su recurso de anulación en cada una de las seis causales de anulación presentes en la Ley de Arbitraje de Panamá⁶. La Corte Suprema acreditó la primera causal aduci-

2. Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sala de Negocios Generales, 15 de marzo de 2019.

3. *Ibid.*

4. *Ibid.*

5. *Ibid.*, 1-2.

6. Ley 131 de 2013, que regula el arbitraje comercial nacional e internacional en Panamá y dicta otra disposición.

da por las Empresas Hutchinson e indicó que no resultaba necesario analizar el resto de los motivos⁷.

La causal analizada por la Corte Suprema se encuentra en el numeral 1 del art. 67 de la Ley de Arbitraje de Panamá. Dicho numeral indica que es causal de anulación «que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el art. 15 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido o, si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley panameña».

Las Empresas Hutchinson indicaron que las sociedades *holding* y sus filiales son empresas separadas y distintas⁸. En este sentido, argumentaron que TIDE fue constituida debido a que según las leyes ecuatorianas solamente empresas constituidas en Ecuador pueden firmar contratos de concesión y, por este motivo, Ecuador no podía tener expectativas legítimas que APM estaba contratando con las Empresas Hutchinson⁹. Las Empresas Hutchinson argumentaron que los tribunales judiciales han rechazado la incorporación de un no signatario a un arbitraje, si el no signatario se opuso a la jurisdicción del tribunal¹⁰.

En su oposición al recurso de anulación, APM argumentó que el recurso era inadmisibles debido a que era un intento para reabrir el arbitraje¹¹. APM aseveró que las Empresas Hutchinson estaban involucradas en el arbitraje y que ambas compañías se obligaron a financiar y ejecutar las inversiones requeridas en el Puerto de Manta¹². Adicionalmente, APM argumentó que no es cierto que el consentimiento a arbitrar puede darse solamente por escrito¹³. Sobre este punto, indicó que, de conformidad con la jurisprudencia panameña, el consentimiento al arbitraje puede tenerse por prestado mediante comportamiento, o de forma tácita, siempre y cuando la parte no signataria esté involucrada en el arbitraje de manera considerable¹⁴. APM también argumentó que las Empresas Hutchinson sí tenían la capacidad para celebrar el contrato de concesión y el convenio arbitral, debido a que ni la ley de Ecuador ni las leyes de las jurisdicciones donde las Empresas Hutchinson fueron constituidas (i.e. Islas Vírgenes Británicas y las Islas Caimán) les impedían celebrar dichos contratos¹⁵.

7. Corte Suprema (n.º 1), 22.

8. *Ibid.*, 3.

9. *Ibid.*, 3-4.

10. *Ibid.*, 19.

11. *Ibid.*, 12.

12. *Ibid.*

13. *Ibid.*

14. *Ibid.*

15. *Ibid.*, 13.

III. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

La Corte Suprema expresó que la regla general establece que los no signatarios de un contrato no son partes del arbitraje¹⁶. Sobre este punto, indicó que las cláusulas arbitrales tienen naturaleza contractual y, por ende, se rigen por el principio de relatividad presente en el art. 1108 del Código Civil de Panamá¹⁷.

La Corte indicó que, en materia arbitral, «este principio no es absoluto y permite que los efectos del contrato se extiendan a terceras personas en aras de mantener la uniformidad y eficacia del arbitraje¹⁸». En este sentido, expresó que la extensión de los efectos de la cláusula arbitral procede en dos casos. Primero, «solamente¹⁹ cuando exista la voluntad común de las partes en el proceso de considerar a ese tercero como involucrado de forma considerable o como una verdadera parte del contrato que contiene la cláusula arbitral²⁰». Segundo, en el caso de que ocurra lo que se conoce en la doctrina internacional como «contratos entrelazados, interdependientes o grupos de contratos²¹». La Corte definió estos contratos como aquellos «que están tan estrechamente vinculados entre sí, que la vigencia, cumplimiento y ejecución de alguno de ellos, afecta al otro²²».

Al aplicar estas consideraciones a los hechos, la Corte decidió que ninguna de las excepciones se había dado en el caso. Primero, la Corte expresó que, de acuerdo con la cláusula arbitral y con las pruebas del caso, ni APM ni TIDE manifestaron su voluntad de incluir a las Empresas Hutchinson en el contrato ni en la ejecución del mismo²³. Segundo, la Corte indicó que tampoco se encontraba presente la teoría de contratos entrelazados, interdependientes o grupo de contratos²⁴. Por estos motivos, el laudo fue anulado parcialmente, en el sentido de excluir a las Empresas Hutchinson del mismo²⁵.

16. *Ibid.*, 20.

17. *Ibid.*, 19. Art. 1108 del Código Civil de Panamá: «Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo, en cuanto a éstos el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley. Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada».

18. Corte Suprema de Justicia de Panamá (n.º 1), 19-20.

19. La Corte Suprema utiliza la palabra «solamente» lo que puede interpretarse como la existencia de una sola excepción a la regla que no signatarios no son partes de un arbitraje. No obstante, posteriormente la Corte señala otra excepción de «contratos entrelazados, interdependientes o grupos de contratos» reconocida por la doctrina internacional.

20. Corte Suprema de Justicia de Panamá (n 1), 20.

21. *Ibid.*, p. 22.

22. *Ibid.*

23. *Ibid.*, pp. 20, 22.

24. *Ibid.*, p. 22.

25. *Ibid.*, p. 23.

IV. COMENTARIO

Esta regla constituye confirmación de la previa decisión en el caso *Don Lee* que la Corte Suprema emitió en el 2015 sobre el mismo tema de incorporación de no signatarios a un arbitraje²⁶. En el caso *Don Lee*, la compañía Violeta, S.A. obtuvo un laudo a su favor en contra de Food Source, S.A. y Don Lee Internacional, S.A.²⁷. El tribunal arbitral declaró resuelto un contrato de arrendamiento, que contenía una cláusula arbitral, celebrado entre Violeta y Food Source²⁸. En el laudo, el tribunal condenó a Food Source y, solidariamente, a su franquiciador, Don Lee Internacional, a pagar a Violeta una indemnización²⁹. Don Lee interpuso un recurso de anulación, ante la Corte Suprema, argumentando que no había firmado el contrato de arrendamiento ni la cláusula arbitral y, por ello, no podía ser parte del arbitraje ni estar sujeta a sus efectos³⁰.

La Corte llevó a cabo el análisis para decidir si daba en el caso el factor subjetivo u el objetivo que se requiere para incorporar a un no signatario a un arbitraje. Sobre el factor subjetivo, la Corte expresó que la relatividad de contratos en materia arbitral no es absoluta³¹ y que la «extensión de los efectos de la cláusula arbitral a los no signatarios procede solo cuando exista la voluntad común de las partes en el proceso³²». Asimismo, la Corte emitió la opinión que el requisito de la firma de la cláusula arbitral es considerado *ad probationem*, «es decir, que solo constituye un medio probatorio de la existencia del acuerdo de arbitraje, mas no del consentimiento de las partes, quienes en su momento pueden considerar a un no firmante como sujeto del contrato y en consecuencia someterlo al arbitraje sin la necesidad de que haya firmado la cláusula arbitral»³³.

Al aplicar dicha regla al caso *Don Lee*, la Corte concluyó que, de la lectura del contrato, se infiere que Don Lee «ha intervenido de forma activa en la negociación y ejecución del contrato de arrendamiento suscrito por VIOLETA, S.A. Y FOOD SOURCE, S.A.; por lo tanto, es parte de los conflictos que surjan

26. Recurso de anulación, interpuesto por Don Lee internacional, S.A. contra el laudo arbitral del 12 de julio de 2013, dictado por el Tribunal del Centro de Conciliación Y Arbitraje e Panamá (CECAP) de la Cámara de Comercio de Panamá, dentro del proceso arbitral promovido por Violeta S.A. en contra de las empresas Food Source S.A. y Don Lee Internacional, S.A. (ponente: Harley J. Mitchell D: Panamá, 27 de mayo de 2015).

27. *Ibid.*

28. *Ibid.*

29. *Ibid.*

30. *Ibid.*

31. *Ibid.*

32. *Ibid.*

33. *Ibid.*

del contrato que contiene el acuerdo arbitral»³⁴. La Corte basó dicha conclusión en una cláusula del contrato de arrendamiento que establecía ciertas disposiciones respecto a Don Lee y mencionaba al contrato de franquicia para regular varias situaciones contractuales como notificaciones, subrogaciones de derecho a arrendar, exclusividad del uso del lugar arrendado para la franquicia, entre otras³⁵.

Al analizar el segundo factor, el factor objetivo, la Corte indicó que se constituyeron «contratos entrelazados, interdependientes o grupo de contratos»³⁶. Aquí, la Corte expresó que «si uno de los contratos enlazados contiene una cláusula arbitral y los otros no, la extensión de los efectos de la misma se da en virtud de que la realidad económica prevalece sobre la formalidad de los contratos; con el fin de preservar la unidad y eficacia del arbitraje»³⁷. La Corte decidió que se daba dicha teoría en el caso por la interdependencia de los contratos de franquicia y de arrendamiento.

De estas decisiones se desprende la regla general de que los no signatarios de un contrato o su cláusula arbitral no serán incluidos en el arbitraje a menos que el caso presente un factor subjetivo o un factor objetivo. El factor subjetivo es que exista voluntad de los contratantes y partes en el arbitraje para incluir a el no signatario³⁸. Por el otro lado, el factor objetivo se encontraría presente si, de acuerdo con la realidad económica de un grupo de contratos, un no signatario tiene un papel fundamental en la ejecución del contrato que contiene la cláusula arbitral.

Asimismo, la Corte Suprema se ha mantenido constante en sus decisiones sobre esta materia al reconocer que hay dos excepciones reconocidas por la jurisprudencia panameña para permitir la admisión de no signatarios en un arbitraje. También se puede deducir, que la Corte Suprema panameña se concentra en la voluntad de las partes que firmaron el contrato y en la conducta

34. *Ibid.*

35. *Ibid.*

36. *Ibid.*

37. *Ibid.*

38. Al emitir su decisión, citando la obra *Extensión del pacto arbitral a no signatarios* del tradista Santiago Tolero Rueda, la Corte expresó que la extensión del pacto arbitral a no signatarios también depende de «de la presencia real e inequívoca del consentimiento, por parte del no signatario, para acudir al arbitraje». Adicionalmente, indicó que debido a los motivos que determinan la exigencia que el pacto arbitral requiere ser escrito permite «defender la aplicación restrictiva del pacto arbitral para su extensión a no signatarios». En este sentido, aunque exista una interpretación restrictiva de la cláusula arbitral, que requiere ser escrita y no ha sido firmada por el no signatario, la Corte expresó que «la vinculación de los no signatarios por un pacto arbitral, no siempre obedece a que se determine inequívocamente su consentimiento, también puede obedecer a razones de equidad que llevan al operador jurídico a considerar necesaria la extensión del pacto arbitral al sujeto no signatario».

desarrollada por ellas. La Corte Suprema también analiza el rol de la parte no signataria en el desenvolvimiento y ejecución del convenio.

En conclusión, la jurisprudencia panameña en materia de incorporación de no signatarios a la cláusula arbitral indica que la regla general es la no incorporación de no signatarios al arbitraje debido al principio de relatividad de los contratos. La incorporación de no signatarios a un arbitraje ocurre «en aras de mantener la uniformidad y eficacia del arbitraje»³⁹.

Por este motivo, la Corte Suprema ha reconocido dos excepciones a esta regla en materia arbitral. La primera se concentra en un factor subjetivo, donde se toma en cuenta la voluntad de las partes del contrato, al momento de su suscripción, para incorporar al no signatario a la ejecución del convenio. En este sentido, el juzgador también analizará la voluntad del no signatario. Mientras que la segunda se concentra en un factor objetivo, donde el juzgador analizará si la realidad económica del contrato (principalmente durante su ejecución) incluye al no signatario. La Corte Suprema ha expresado esta realidad económica del contrato con la teoría de contratos entrelazados, interdependientes o grupo de contratos. En suma: si se encuentra presente cualquiera de estas dos excepciones, el juzgador podría permitir la incorporación de no signatarios al arbitraje.

39. Corte Suprema de Justicia de Panamá (n.º 1) 19-20. Ver también *Don Lee* (n.º 25): «La tutela judicial efectiva consagrada en la Constitución Nacional, establece el derecho a la efectividad de las decisiones y el principio *pro actione*, siendo su equivalente en el área de los medios de resolución de conflictos el principio *pro arbitraje*. La doctrina constitucional panameña conceptúa que la tutela judicial efectiva constituye el derecho fundamental que asiste a toda persona para obtener, como resultado de un proceso sustanciado con todas las garantías previstas en el ordenamiento jurídico, la protección jurisdiccional de sus derechos e intereses legítimos. Este instituto involucra cuatro derechos a saber: el derecho de acción, el derecho a obtener una sentencia congruente fundada en derecho, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y el derecho al recurso legalmente previsto. En materia de arbitraje, como se mencionó en líneas anteriores, ésta tutela judicial efectiva se verifica en el principio *pro arbitraje*, que permite concluir que los efectos del acuerdo arbitral son extensibles a los terceros no firmantes, en aquellos casos en los cuales de no hacerse, se dejaría sin efecto el arbitraje por existir el peligro de que una controversia sea decidida de modo diferente en sede arbitral y judicial cuando se reclame al tercero no firmante el cumplimiento de la misma conducta que a la parte signataria demandada».