



**REPÚBLICA DE PANAMÁ  
ÓRGANO JUDICIAL  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES  
PANAMÁ, QUINCE (15) DE MARZO DE DOS MIL DIECINUEVE (2019)**

**VISTOS:**

Conoce la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, del Recurso de Anulación promovido por la firma forense **MORGAN & MORGAN**, actuando en representación de las sociedades **HUTCHINSON PORT INVESTMENTS LIMITED** y **HUTCHINSON PORT HOLDINGS LIMITED**, contra el Laudo Arbitral proferido el 18 de noviembre de 2015, por el Tribunal de Arbitramiento compuesto por los árbitros Guido Tawil, Juan Pablo Cárdenas y Roque Caivano, referente al proceso Arbitral en Derecho con sede en Panamá propuesto por la **AUTORIDAD PORTUARIA DE MANTA** contra **TERMINALES INTERNACIONALES DE ECUADOR, S.A. -EN LIQUIDACIÓN**.

**ANTECEDENTES**

El Recurso de Anulación bajo estudio tiene su génesis en el Laudo Arbitral dictado el 18 de noviembre de 2015, mediante el cual se declaró a **HUTCHINSON PORT INVESTMENTS LIMITED** y **HUTCHINSON PORT HOLDINGS LIMITED**, en incumplimiento del Contrato de Concesión de Uso de Puerto Comercial Internacional de Carga de Manta, suscrito entre la **AUTORIDAD PORTUARIA DE MANTA** y **TERMINALES INTERNACIONALES DE ECUADOR, S.A. - EN LIQUIDACIÓN**, el 17 de noviembre de 2006, y condena a dichas empresas al pago de daños y perjuicios en la suma de VEINTISIETE MILLONES CIENTO **NOVENTA Y DOS MIL SETECIENTOS VEINTIOCHO DÓLARES CON 00/100 CENTÉSIMOS (USD \$27, 192,728.00)**

## RECURSO DE ANULACIÓN

La firma forense Morgan & Morgan, actuando en nombre y representación de las sociedades **HUTCHINSON PORT INVESTMENTS LIMITED** y **HUTCHINSON PORT HOLDINGS LIMITED**, fundamenta su Recurso de Anulación en todas las causales contempladas en el artículo 67 de la Ley 131 de 2013, que regula el arbitraje comercial nacional e internacional en la República de Panamá, a saber:

**"Artículo 67. Causales de anulación del laudo arbitral.** El laudo arbitral solo podrá ser anulado por la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

1. Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 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; o
2. Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o
3. Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, solo estas últimas podrán anularse; o
4. Que la designación del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley;
5. Que los árbitros han decidido sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje; o
6. Que el laudo internacional es contrario al orden público internacional. En el caso de laudo nacional, el orden público a considerar será el orden público panameño."

**- PRIMERA CAUSAL:**

La primera causal aducida, se refiere a "**Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 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**", contenida en el numeral 1 del artículo 67 de la Ley 131 de 2013; la cual apoya en tres (3) argumentos para demostrar la incapacidad legal o jurídica de las partes respecto del Acuerdo Arbitral, haciendo referencia al consentimiento como elemento esencial para obligar a las partes. Señala, que los tribunales reconocen que una sociedad Holding y sus filiales son entidades separadas y distintas, tomando en consideración que una sociedad es jurídicamente independiente de sus accionistas. Los tribunales judiciales han rechazado el argumento de la no participación de un no- signatario en el arbitraje mientras que se haya opuesto a la jurisdicción del tribunal. Contrariamente, los tribunales han negado anular laudos en casos donde el no- signatario ha demostrado su deseo de participar en el proceso.

Refiere la recurrente que, según las leyes ecuatorianas, las empresas extranjeras no pueden suscribir al Contrato de Concesión al requerir que la concesionaria sea una compañía de propósito específico de conformidad con las leyes locales. Las empresas extranjeras deben domiciliarse con el objeto de celebrar contratos o realizar obras públicas. Al ser incapaces de suscribir el Contrato de Concesión, también son incapaces con respecto al Acuerdo de Arbitraje.

En este sentido, uno de los Árbitros, Guido Tawil, opinó en el párrafo 463 de su disidencia parcial, que ni **HUTCHINSON PORT INVESTMENTS LIMITED** ni **HUTCHINSON PORT HOLDINGS LIMITED** tenían capacidad para suscribir el Contrato de Concesión dado a las disposiciones legales del país lo cual conduce a rechazar el argumento de la demandante de tener expectativas legítimas de estar contratando con las mismas.

Asimismo, la recurrente destaca, que al tenor de lo dispuesto en la primera causal del artículo 67 lex cit, "*...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...*", el Acuerdo de Arbitraje no es válido si quiera ante la ley de Ecuador a la que se sometieron la **AUTORIDAD PORTUARIA DE MANTA y TERMINALES INTERNACIONALES DE ECUADOR, S.A. - EN LIQUIDACIÓN**. Siendo que, las recurrentes jamás cumplieron con los requisitos formales para ser partes del Contrato de Concesión y su Acuerdo de Arbitraje. Los argumentos de la **AUTORIDAD PORTUARIA DE MANTA** sobre el consentimiento implícito de **HUTCHINSON PORT INVESTMENTS LIMITED** y **HUTCHINSON PORT HOLDINGS LIMITED** no bastan para que éste sea válido. En el derecho ecuatoriano, no admite la posibilidad de consentimiento implícito.

**- SEGUNDA CAUSAL:**

Respecto a la segunda causal, "**Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos**", la recurrente destacó que hay coherencia internacional, donde los tribunales judiciales han anulado Laudos cuando una parte no fue notificada de la designación de un árbitro. Al respecto, han presentado tres (3) argumentos para sustentarla.

Indica que el señalamiento de la **AUTORIDAD PORTUARIA DE MANTA** mediante comunicación A-10 de 25 de marzo de 2014, que el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito (CAM) y la demandante, han notificado a **HUTCHINSON PORT INVESTMENTS LIMITED** y **HUTCHINSON PORT HOLDINGS LIMITED**, de forma sistemática, toda y cada una de las comunicaciones cursadas en el proceso, desde la solicitud de arbitraje, es falso.

A modo de ejemplo, la recurrente enlista, a fojas 60 y 61 del expediente, treinta y ocho (38) comunicados que no fueron enviados o copiados a **HUTCHINSON PORT INVESTMENTS LIMITED y HUTCHINSON PORT HOLDINGS LIMITED** y procede a señalar que la Procuraduría General del Estado, al percatar esta falta de notificación, solicitó al CAM a enviar a las aquí recurrentes copias certificadas de la razón de notificación, quien le respondió que el centro procedió a notificar a **TERMINALES INTERNACIONALES DE ECUADOR, S.A. - EN LIQUIDACIÓN** en la forma establecida en el Contrato de Concesión, consecuentemente, no existen los documentos solicitados.

Como resultado directo de esto, la recurrente no tuvo oportunidad de designar Árbitro dentro del plazo establecido por la Cláusula 105.6 del Contrato de Concesión ni de buscar impedir la designación de la mayoría del Tribunal Arbitral que extendió la responsabilidad a las sociedades **HUTCHINSON PORT INVESTMENTS LIMITED y HUTCHINSON PORT HOLDINGS LIMITED**.

Aunado a ello, se alega que la notificación en sí habría infringido el Derecho Panameño, ya que se notificó a los señores James Steed Tsien y John E. Meredith, quienes aparecían en la página web de **HUTCHINSON PORT HOLDINGS LIMITED**, por lo que, para la **AUTORIDAD PORTUARIA DE MANTA**, el único criterio relevante es que las demandadas, hayan recibido citaciones y notificaciones en este caso. Dicho acto también es contrario al derecho ecuatoriano dado a que el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil dispone inequívocamente que es una solemnidad sustancial que a todo proceso se realice la citación de la demanda al demandado o a “quien legalmente le represente”.

Adicionalmente, el Contrato de Concesión establece en la Cláusula 113 los domicilios para efectos del Contrato y notificaciones, los cuales no son fijados para **HUTCHINSON PORT INVESTMENTS LIMITED y HUTCHINSON PORT HOLDINGS LIMITED**, dado a que no son parte del mismo. A falta de tal acuerdo, la notificación debió hacerse en base al artículo 593 del Código Judicial de Panamá, el

cual establece que la representación de las personas jurídicas la tendrá el Presidente, salvo que conste otra persona en el Registro Público. En este caso, ni James Steed Tsien ni John E. Meredith, son presidentes de **HUTCHINSON PORT INVESTMENTS LIMITED** y **HUTCHINSON PORT HOLDINGS LIMITED**.

Señala también que la notificación del inicio de la tercera etapa por controversias fue remitida mediante correo electrónico, lo cual resulta antijurídico. La ley de Ecuador señala que el notificado debe tener facultad legal para que pueda contestar las demandas, no se puede notificar cualquier funcionario de la empresa, debe ser el que la represente.

Así, la censora presenta una serie de eventos ocurridos que demuestran los intentos fallidos de notificación y comunicación bajo el Derecho Panameño, que inciden incluso en la selección de los Árbitros.

Agrega, que las sociedades recurrentes no recibieron notificación de la Comunicación No. 3, donde se manifiesta que las partes podían presentar las observaciones y objeciones con relación a la jurisdicción del Tribunal Arbitral antes de la fecha de la Contestación; contrario a lo indicado en el párrafo 174 del Laudo Arbitral.

La falta de notificación también se manifestó en los subsiguientes comunicados, algunos de los cuales fueron hechos mediante correo electrónico a una dirección genérica corporativa, acto antijurídico para la notificación, sobretodo cuando no se ha fijado correo electrónico al que debe enviarse la notificación. Adicionalmente, se rechazó la petición de la parte recurrente a una extensión para presentar argumentos sobre la jurisdicción.

Finalmente, indica que mediante Orden Procesal No. 5, el Tribunal Arbitral estableció un plazo distinto al que correspondía para la contestación a la demanda, por lo que **HUTCHINSON PORT INVESTMENTS LIMITED** y **HUTCHINSON PORT**

**HOLDINGS LIMITED**, no conocieron de la existencia del calendario procesal a los no haberes sido notificados de dichos cambios. Consecuentemente, la reconvencción de las mismas fue rechazada por extemporánea.

**- TERCERA CAUSAL:**

La tercera causal, "Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, solo estas últimas podrán anularse", la accionante alega que el Tribunal Arbitral resolvió sobre controversia que no fue sometida voluntariamente por las partes, por lo tanto, el Tribunal Arbitral ha actuado en exceso de sus facultades.

Inicia señalando, que la cláusula 101 del Contrato de Concesión que los principios generales aplicables a la resolución de controversias es "*entre las partes*". Resalta que la cláusula 101.1 dispone que "*/as partes contratantes*" se disponen a "*cualquier controversia que se suscite con motivo de la ejecución del Contrato de Concesión*".

Asimismo, la cláusula 101.2 específicamente excluye controversias con terceros del mecanismo de resolución de controversias, incluyendo los usuarios, aquellos que pudieren resultar afectados por alguna decisión u omisión de la Autoridad Concedente o a la Sociedad Concesionaria.

En este mismo sentido, varias otras cláusulas, tal como la 103.1, 103.2, 103.7, 104.1.1, 104.1.8, entre otras, demuestran en su redacción, que el contrato ha sido elaborado para controversias entre dos partes.

Ni **HUTCHINSON PORT INVESTMENTS LIMITED** ni **HUTCHINSON PORT HOLDINGS LIMITED** son o han sido parte del Contrato de Concesión, lo cual el mismo Tribunal Arbitral ha reconocido en el párrafo 445 y 467 del Laudo Arbitral.

Señalan las recurrentes que el Acuerdo de Arbitraje se refiere a controversias con respecto al Contrato de Concesión, no obligaciones bajo otros instrumentos. La cláusula 105.1 del mismo establece que solamente son arbitrables las controversias que no se hubieren conciliado en la instancia de mediación.

Adicionalmente, las cláusulas 1104.1.2 y 104.1.3 señalan que la mediación puede ser instada como consecuencia de la aplicación de una sanción; que la materia en disputa estará circunscrita a los puntos de debate planteados en la fase inicial de discusión directa, sin introducir nuevos asuntos litigiosos; y que solamente se permite discusiones directas con respecto a la controversia que provenga de la interpretación o aplicación del Contrato de Concesión.

**- CUARTA CAUSAL:**

En cuanto a la cuarta causal, "Que la designación del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley", la recurrente relata que el proceso arbitral no se ajustó al acuerdo de arbitraje respecto a las etapas previas basándose primordialmente en el hecho que **HUTCHINSON PORT INVESTMENTS LIMITED y HUTCHINSON PORT HOLDINGS LIMITED**, no participaron en las discusiones directas de mediación, aunado a que no están mencionadas en ninguna parte del acta resultante de la mediación.

Asimismo, alegan que el proceso arbitral no cumplió con lo establecido en el Acuerdo Arbitral en cuanto al plazo perentorio, es decir cinco (5) días después de



finalizar la mediación. Dicha contemporaneidad fue resuelta mediante resolución de 21 de febrero de 2014, la cual no fue notificada a sus representadas. En todo caso, el hecho que la **AUTORIDAD PORTUARIA DE MANTA** haya instado el arbitraje un (1) año después de finalizada la mediación es un incumplimiento al debido proceso.

Como tercer argumento, señalan que la solicitud de arbitraje no se ajustó al Acuerdo de Arbitraje, incluyendo falta de notificación, falta a la designación de árbitro y no se siguieron las normas correspondientes a la Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador sino que impuso un procedimiento *ad hoc* al hacer adecuaciones al procedimiento tal como declararse competente, el establecimiento de términos de presentación de excepciones y la forma en que las pruebas fueron presentadas y actuadas, entre otras.

Destaca también, que el Tribunal Arbitral resolvió en Equidad y no en Derecho, contrario a lo establecido en el Acuerdo Arbitral y remite la determinación de costas al CAM, un tercero y no a su propio criterio.

**- QUINTA CAUSAL:**

En la quinta causal, "Que los árbitros han decidido sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje", refieren que el arbitraje resolvió, primeramente, sobre responsabilidad de terceros, hecho que no estaba contemplado en el Acuerdo Arbitral. Adicionan que las controversias sometidas al arbitraje son aquellas que no se hubieren conciliado por mediación, etapa de la cual **HUTCHINSON PORT INVESTMENTS LIMITED y HUTCHINSON PORT HOLDINGS LIMITED**, no formaron parte.

Asimismo, se les atribuyen responsabilidades por faltas hechas por **TERMINALES INTERNACIONALES DE ECUADOR, S.A. - EN LIQUIDACIÓN** y no por las recurrentes. Resaltando que tanto la Ley ecuatoriana como la Ley panameña expresan que la solidaridad no se presume, sino que debe ser declarada.

Argumentan que la indemnización por daños y perjuicios no es materia susceptible de ser sometida a arbitraje, según las Leyes ecuatorianas ni tampoco se puede exigir la indemnización por lucro cesante al ser la **AUTORIDAD PORTUARIA DE MANTA** una entidad estatal sin el fin de lucrar de contratistas privados.

**- SEXTA CAUSAL:**

Como sexta causal, "Que el laudo internacional es contrario al orden público internacional. En el caso de laudo nacional, el orden público a considerar será el orden público panameño", alegan que el Laudo Internacional es contrario al orden público internacional; por cuanto, las resoluciones que no estuviesen de acuerdo con lo señalado en nuestra Constitución carecen de validez y corresponde declarar su nulidad.

En este sentido, refieren que el Tribunal Arbitral carece de competencia, lo cual viola lo consagrado en el artículo 32 de la Constitución Política de Panamá, ya que no había legítimo acuerdo por parte de **HUTCHINSON PORT INVESTMENTS LIMITED** y **HUTCHINSON PORT HOLDINGS LIMITED**, para someterse al arbitraje. Nuestro ordenamiento jurídico también exige que lo acordado cuente por escrito, lo cual no consta en el presente proceso. De allí que, que las mismas no son susceptibles de celebrar contratos de concesión con el Estado, al ser empresas extranjeras.

Indican también que el Laudo es contrario al principio *pacta sunt servanda*, que señala que la voluntad de las partes debe ser valorada y respetada. En este proceso, las recurrentes no fueron parte del contrato, por lo que, no asumieron obligaciones bajo el mismo.

Aunado a esto, **HUTCHINSON PORT INVESTMENTS LIMITED** y **HUTCHINSON PORT HOLDINGS LIMITED**, eran únicamente accionistas y casa

matriz, **TERMINALES INTERNACIONALES DE ECUADOR, S.A. - EN LIQUIDACIÓN**- era la encargada de llevar a cabo las obligaciones del contrato, no obstante, el Tribunal Arbitral le atribuyó responsabilidad a las recurrentes sin justificación legal.

Agregan que el Laudo carece de motivación, requisito exigido por la Ley 131 de 2013 y garantía esencial del debido proceso en el derecho ecuatoriano.

Finalmente, solicita que se declare la anulación del Laudo Arbitral emitido el 18 de noviembre de 2015.

### **OPOSICIÓN AL RECURSO**

Por su parte, la firma forense López, Villanueva & Heurtematte (LOVILL), actuando en nombre y representación de la **AUTORIDAD PORTUARIA DE MANTA**, presentó una contestación extensa donde manifiesta, mediante escrito que no es estructuralmente congruente con el orden de los hechos y argumentos expuestos en el escrito del Recurso de Anulación.

Inicia reiterando sus argumentos sobre la inadmisibilidad del Recurso de Anulación; expresando que el mismo debe ser rechazado de plano ya que se busca relitigar la disputa del Arbitraje y que es una estrategia dilatoria.

Señala, que **HUTCHINSON PORT INVESTMENTS LIMITED** y **HUTCHINSON PORT HOLDINGS LIMITED**, eran parte del contrato de concesión y que deben responder por su incumplimiento; por cuanto, a lo largo del Arbitraje se puede apreciar extensa evidencia de los involucrados que estaban las recurrentes en el proceso y que ambas compañías se obligaron a financiar y ejecutar las inversiones requeridas en el Puerto de Manta.

Seguidamente indica que la competencia del Tribunal no es revisable a nivel de Recurso de Anulación ya que dicho argumento no es una causal de anulación contemplada en el artículo 67 de la Ley 131 de 2013. Señala también, que la jurisprudencia nacional indica que el consentimiento a arbitrar puede darse mediante el comportamiento, es decir, de forma tácita, ya que se puede incluir una parte no signataria del contrato o cláusula siempre y cuando la misma está involucrada de manera considerable. Aduce, que no es cierto que el consentimiento se debe dar solamente por escrito.

Señala la opositora que, contrario a lo argumentado por las recurrentes, las mismas sí contaban con la capacidad para celebrar el contrato de Concesión y el convenio arbitral. **HUTCHINSON PORT HOLDINGS LIMITED** está constituida en las Islas Vírgenes Británicas y **HUTCHINSON PORT INVESTMENTS LIMITED** en las Islas Caimán; hecho que han obviado mencionar. No argumentaron en ningún momento que las leyes de estas islas ni las normas de Ecuador les impide celebrar dicho contrato o convenio arbitral. Asimismo, confirma que las recurrentes sí tenían capacidad bajo lo establecido en el artículo 6 de la Ley de Compañías de Ecuador.

Sobre la falta de notificaciones, la parte opositora resalta que las recurrentes confunden intencionalmente las reglas de notificación, aprovechándose para negar voluntaria y conscientemente para participar. Agrega, que las recurrentes fueron debidamente notificadas en el proceso, ya que, espontáneamente dieron rechazo a la jurisdicción del Tribunal el 9 de mayo de 2013. En este sentido, procede la opositora a indicar, a fojas 3067-3080, los detalles relacionados a los comunicados enviados a las recurrentes con relación al Proceso Arbitral. De igual manera, indica la representante de la **AUTORIDAD PORTUARIA DE MANTA**, que las accionantes sí ejercieron plenamente sus derechos en el Arbitraje; la falta de participación de parte de ellos fue por la actitud rebelde que tuvieron las mismas en el proceso arbitral. Concluye señalando a fojas 3082 a 3083 los actos de los cuales sí participaron, incluyendo contestación y presentación de pruebas.

Sobre los argumentos que el Laudo se refería a una controversia no prevista en el Acuerdo de Arbitraje, la opositora indica que las accionantes se limitaron a argumentar que la Ley ecuatoriana no permitía que las mismas pudieran ser parte del Contrato de Concesión, pero no argumentaron que el convenio arbitral no podía incluir controversias entre terceros, por lo que, bajo el artículo 10 de la Ley de Arbitraje de Panamá, renunciaron su derecho a plantear este cuestionamiento. Además, el Tribunal Arbitral determinó que las recurrentes eran parte del Contrato de Concesión, por lo que no pueden alegar ser terceros.

Destaca además, que el arbitraje, contrario a lo alegado por las recurrentes, sí se llevó a cabo de conformidad con lo establecido en el convenio arbitral. Los cuestionamientos surgidos sobre la admisibilidad no pueden ser revisadas en sede de anulación. Todos los procedimientos se llevaron a cabo de acuerdo a lo establecido en el convenio arbitral y el Tribunal cumplió con el Reglamento de Centro. Adicionalmente, los Árbitros decidieron en Derecho y no en Equidad, como se puede apreciar en el hecho que cada parte trajo cinco (5) informes de expertos en derecho ecuatoriano.

El Tribunal no estaba obligado, dado a su carácter internacional, a seguir las reglas de la Ley de Mediación y Arbitraje, por lo que, no se aferra a las normas de Ecuador sino que se enviste de su naturaleza internacional y ejerce amplias facultades de dirección de procedimiento. No se aplicó un procedimiento *ad hoc*, como alegan las recurrentes, sino uno de arbitraje internacional, lo cual contradice sus argumentos sobre existir irregularidades en el mismo. En cuanto a la responsabilidad derivada del incumplimiento del Contrato de Concesión, no cabe duda que dicha materia es susceptible de arbitraje.

Las recurrentes también señalan que no pueden hacerse responsables por el incumplimiento de un tercero (TIDE), no obstante, la opositora expresa que **HUTCHINSON PORT INVESTMENTS LIMITED y HUTCHINSON PORT HOLDINGS LIMITED**, fueron declaradas responsables por incumplimientos de

obligaciones propias; siendo esto materia de fondo, que no es susceptible de revisión a nivel de anulación. En este sentido, la indemnización de daños y perjuicios y la indemnización por lucro cesante, tampoco son materia de revisión en el presente recurso.

En cuanto a la posible afectación del orden público internacional, refiere que las recurrentes aceptan, al alegar esta causal, que el arbitraje es de carácter internacional, por ende, sus cuestionamientos en que el Tribunal no habría aplicado las reglas de arbitraje nacional son infundados. Cuando se trata de orden público internacional, no las cortes sostienen que se debe tratar de una violación obvia, objetiva y concreta, no meramente formal. Por cuanto, el orden público internacional no debe ser utilizado para re-litigar el fondo.

Las recurrentes no indican en qué manera se afecta el orden público internacional ni se viola el principio pacta sunt servanda. El Laudo es consistente con la seguridad jurídica.

Sobre el argumento de las recurrentes que las personas jurídicas tienen personalidad distinta y separada de la de sus miembros y/o accionistas, la opositora señala que no es posible volver a revisar el fondo del proceso arbitral ni tampoco se profundizaron en la materia ni respaldaron sus argumentos con precedentes jurídicos. Asimismo, el argumento sobre la falta de motivación en el Laudo no es motivo para anular el Laudo, ya que el Acuerdo Arbitral lo permite.

Finalmente, **AUTORIDAD PORTUARIA DE MANTA**, solicita a esta Sala, que declare el Laudo Arbitral bajo estudio como válido, confirme que **HUTCHINSON PORT INVESTMENTS LIMITED** y **HUTCHINSON PORT HOLDINGS LIMITED**, son responsables y que deben indemnizar, reembolsar a **AUTORIDAD PORTUARIA DE MANTA** y cubrir las costas del presente proceso de Recurso de Anulación.

### **CONTESTACIÓN AL RECURSO**

La firma forense **RUBIO, ÁLVAREZ, SOLÍS & ÁBREGO**, actuando en representación de **TERMINALES INTERNACIONALES DE ECUADOR, S.A. – EN LIQUIDACIÓN** presenta contestación al presente Recurso de Anulación el 26 de octubre de 2018, donde reitera los argumentos presentados por **HUTCHINSON PORT INVESTMENTS LIMITED y HUTCHINSON PORT HOLDINGS LIMITED**, presenta sus antecedentes en el Proceso Arbitral que se busca anular y acepta los hechos presentados por las mismas. No presentó pruebas a su favor sino se limitó a aceptar las aportadas por las recurrentes.

### **CONSIDERACIONES SOBRE LAS PRUEBAS**

No estimamos necesario la práctica de pruebas a fin de dirimir la presente controversia al tenor de lo contemplado en el numeral 5 del artículo 68 de la Ley 131 de 2013, dado que ninguna de las partes designó en momento oportuno testigos y/o peritos, para dilucidar sobre el arbitraje que se busca anular. Adicionalmente, estimamos innecesarias las solicitudes de reconocimiento de firma, contenido y ratificación hechos por ambas partes así como la solicitud de copia íntegros autenticados del proceso Arbitral.

Consecuentemente, las pruebas documentales adjuntadas al escrito de Recurso de Anulación serán las únicas evaluadas para emitir concepto sobre la presente materia.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Analizados los argumentos presentados por las partes intervinientes en el presente proceso, procedemos a resolver lo que en derecho corresponda; tomando en consideración que el arbitraje es un proceso de resolución de conflicto externo, cuya decisión la emite uno o más Árbitros y es ajena a las decisiones emitidas por

nuestro sistema judicial, más no es menos vinculante, dado a que su cumplimiento surge del mutuo acuerdo de las partes involucradas.

Asimismo, cabe reiterar que el Recurso de Anulación es un mecanismo extraordinario y excepcional que solo procede ante causales taxativas o circunstancias específicas, por lo tanto, es importante mencionar, bajo el principio de intervención mínima, que esta Sala, como única vía de impugnación del Laudo Arbitral, conoce del presente proceso bajo el precepto que no hay más remedio, es decir, no existen más opciones o recursos para proteger la seguridad jurídica de sus partes ante el negocio que nos ocupa.

Igualmente, tal como hemos sostenido en fallos anteriores, el Recurso de Anulación no constituye una Apelación, por lo tanto, no buscamos estudiar a fondo las consideraciones del Tribunal Arbitral sino lo actuado por el mismo con respecto a las causales de anulación contempladas en el artículo 67 de la Ley 131 de 2013.

Aclarado lo anterior, iniciamos el análisis del presente recurso estudiando a fondo lo contemplado en la cláusula de arbitraje, denominada **CLÁUSULA CIENTO CINCO - RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS MEDIANTE EL MECANISMO DE ARBITRAJE**, apreciable a foja 262 del expediente, cuyo tenor es el siguiente: *"...105 .3 El arbitraje será en derecho, aplicándose exclusivamente el derecho ecuatoriano, y prioritariamente el derecho del CONTRATO DE CONCESIÓN. 105.4 El número de Árbitros será de tres, la sede del arbitraje será en Panamá y el idioma en el que se desarrollará será castellano..."*.

Dicha frase nos indica que, indudablemente, nos encontramos ante un proceso de anulación de Laudo de un arbitraje internacional; cuya naturaleza cabe dentro de lo estipulado en los artículos 2 y 5 de la Ley 131 de 2013:

"Artículo 2. Arbitraje internacional. El arbitraje será internacional cuando las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o cuando uno de los lugares siguientes está situado fuera del



Estado en el que las partes tienen sus establecimientos: 1. La sede del arbitraje, si este se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;

2. El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha.

También el arbitraje será internacional cuando las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado; o cuando la materia objeto del arbitraje implica prestaciones de servicios, enajenación o disposición de bienes o transferencia de capitales que produzcan efectos transfronterizos o extraterritoriales.

Si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, este será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje.

Si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.

"Artículo 5. Definiciones. Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos se entenderán así:

1. Arbitraje. Método de solución de conflictos mediante el cual cualquiera persona con capacidad jurídica para obligarse somete las controversias surgida o que puedan surgir con otra persona al juicio de uno o más árbitros, que deciden definitivamente mediante laudo con eficacia de cosa juzgada, conforme a lo establecido en la presente Ley. Además arbitraje significa cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de administrarlo, de conformidad con el artículo 12.

...

7. Laudo arbitral internacional. Aquel dictado fuera del territorio de la República de Panamá, así como el dictado en el territorio panameño en el curso de un arbitraje comercial internacional, de conformidad con la presente Ley.

8. Laudo arbitral nacional. Aquel dictado dentro del territorio de la República de Panamá en el curso de un arbitraje nacional. "

En este sentido, indicamos que **HUTCHINSON PORT INVESTMENTS LIMITED** y **HUTCHINSON PORT HOLDINGS LIMITED**, al inicio de su escrito, alegan como derecho aplicable al Convenio Arbitral y las Reglas de Procedimiento, el Decreto Ley No. 5 de 1999 de Panamá, el cual subsiguientemente, pasa a ser la Ley 131 de 2013, a partir del momento en que la misma entra en vigencia, en concordancia con lo establecido en el artículo 75 de la última excerta legal aludida.

Así las cosas, procederemos a analizar la primera causal aducida, a saber: **"Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 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", contenida en el numeral 1 del artículo 67 de la Ley 131 de 2013; la cual como mencionamos, apoya en tres (3) argumentos con el objeto de demostrar la incapacidad legal o jurídica de las partes respecto del Acuerdo Arbitral, haciendo referencia al consentimiento como elemento esencial para obligar a las partes. Señala, que los tribunales reconocen que una sociedad Holding y sus filiales son entidades separadas y distintas, tomando en consideración que una sociedad es jurídicamente independiente de sus accionistas. Agrega, que los tribunales judiciales han rechazado el argumento de la no participación de un no-signatario en el arbitraje mientras que se haya opuesto a la jurisdicción del tribunal. Contrariamente, los tribunales han negado anular laudos en casos donde el no-signatario ha demostrado su deseo de participar en el proceso.

Del proceso que nos ocupa se desprende, que las sociedades **HUTCHINSON PORT INVESTMENTS LIMITED** y **HUTCHINSON PORT HOLDINGS LIMITED**, no han intervenido de forma activa en la negociación y ejecución del contrato de concesión celebrado entre la **AUTORIDAD PORTUARIA DE MANTA** y **TERMINALES INTERNACIONALES DE ECUADOR, S.A. - EN LIQUIDACIÓN**; por lo tanto, no son parte de los conflictos que surjan del contrato que contiene el acuerdo arbitral, evidenciándose la incapacidad legal o jurídica de las recurrentes respecto del Acuerdo Arbitral.

Sobre el particular, debemos recordar que la cláusula arbitral tiene naturaleza contractual y como tal se rige por los principios generales de los contratos, siendo uno de ellos el principio de relatividad consagrado en el artículo 1108 del Código Civil patrio. Sin embargo, 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 arbitraje. No obstante, la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a los no signatarios procede solamente 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 arbitral. Siendo así, obsérvese que ni la **AUTORIDAD**

**PORTUARIA DE MANTA y TERMINALES INTERNACIONALES DE ECUADOR, S.A. - EN LIQUIDACIÓN**, al suscribir el contrato de concesión contenido de la cláusula arbitral, manifiestan su voluntad de considerar a **HUTCHINSON PORT INVESTMENTS LIMITED y HUTCHINSON PORT HOLDINGS LIMITED**, como partes involucradas en la ejecución del contrato, y así se desprende no solo del contenido de la **CLÁUSULA CIENTO CINCO - RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS MEDIANTE EL MECANISMO DE ARBITRAJE**, apreciable a foja 262 del expediente, sino del caudal probatorio incorporado al proceso arbitral y que evidencia que el contrato de concesión aludido guarda relación únicamente con la sociedad **TERMINALES INTERNACIONALES DE ECUADOR, S.A.**, y la **AUTORIDAD PORTUARIA DE MANTA**.

En ese orden de ideas, respecto al tema de consentimiento y los efectos de la cláusula arbitral a los no signatarios, debemos aclarar que la misma procede "solo cuando exista la voluntad común de las partes en el proceso", así lo ha sostenido esta Superioridad en fallo de 27 de mayo de 2015, a saber:

"... 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 proceso, de considerar a ese tercero como involucrado de forma considerable o como una verdadera parte del .contrato que contiene la cláusula arbitral... ".

Sobre este aspecto, la doctrina ha establecido ciertos parámetros con relación al consentimiento de los no signatarios del convenio arbitral, veamos:

"De lo dicho hasta el momento, es posible señalar que la extensión del pacto arbitral a no signatarios no depende de la forma o carácter escrito de dicho pacto, sino de la presencia real e inequívoca del consentimiento, por parte del no signatario, para acudir al arbitraje. Asimismo, y aunque pareciera redundante en ciertos casos, también es necesario establecer el consentimiento de parte de los signatarios respecto de tener el arbitraje con el sujeto no signatario. Los móviles o razones que determinan la exigencia del pacto arbitral por escrito, permiten defender la aplicación de una interpretación restrictiva del pacto arbitral para su extensión a no signatarios, según se ha explicado. Eso es todo. De ahí en adelante, la labor del intérprete no consiste en verificar si ha habido o no una participación formal del no signatario en el pacto arbitral, sino en determinar si dicho sujeto, conforme a una

interpretación restrictiva del referido pacto, está cobijado o no materialmente por el mismo; situación que se sabe cuándo se determine inequívocamente, con distintos medios de prueba, si aquel ha prestado o no su consentimiento. En otras palabras, mientras el pacto arbitral satisfaga los requisitos flexibles de validez formal que actualmente se le imponen, se determinará si ha habido o no consentimiento esté o no documentado. En ocasiones, se ha confundido el análisis, pretendiéndose que el consentimiento, a semejanza de pacto arbitral, conste por escrito. Así, por ejemplo, un tribunal de Moscú, al anular un laudo arbitral, sostuvo que el consentimiento oral o tácito no era viable tratándose del pacto arbitral 45. En realidad, las teorías o criterios para extender un pacto arbitral a no signatarios, dejan de lado este tipo de posiciones formales. En su lugar, analizan los hechos de cada caso para así determinar la presencia real e inequívoca del consentimiento como piedra angular del arbitraje. Con todo, algunas de ellas, como se verá, parecen no indagar en el consentimiento como tal, sino en los efectos o implicaciones que tienen las conductas contractuales de los intervinientes en un negocio. En otras palabras, 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. (Extensión del Pacto Arbitral a no Signatarios, Santiago Tolero Rueda)

Así las cosas, efectivamente ni la Autoridad Portuaria de Manta ni Terminales Internacional de Ecuador, S.A. - EN LIQUIDACIÓN, al suscribir el contrato de concesión contentivo de la cláusula arbitral, manifestaron su voluntad de considerar a HUTCHINSON PORT INVESTMENTS LIMITED y HUTCHINSON PORT HOLDINGS LIMITED, como partes involucradas en la ejecución del contrato, y así se desprende no solo del contenido de la referida cláusula CIENTO CINCO-RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS MEDIANTE EL MECANISMO DE ARBITRAJE, apreciable a foja 62 del expediente, sino del causal probatorio incorporado al proceso arbitral que evidencia que el contrato de concesión guarda relación únicamente con la sociedad TERMINALES INTERNACIONALES DE ECUADOR, S.A., y la AUTORIDAD PORTUARIA DE MANTA.

Aunado a lo anterior, reiteramos, en el caso que nos ocupa no se ha constituido lo que la doctrina internacional reconoce como "*contratos enlazados, interdependientes o grupo de contratos*", es decir, aquellos contratos que están tan estrechamente vinculados entre sí, que la vigencia, cumplimiento y ejecución de alguno de ellos, afecta al otro.

Siendo así, lo que en derecho corresponde es anular parcialmente el Laudo Arbitral proferido el 18 de noviembre de 2015, por el Tribunal de Arbitramento compuesto de los Árbitros Guido Tawil, Juan Pablo Cárdenas y Roque Caivano, en el proceso arbitral que involucra a la **AUTORIDAD PORTUARIA DE MANTA** contra **TERMINALES INTERNACIONALES DE ECUADOR, S.A.**; en el sentido de excluir a las sociedades **HUTCHINSON PORT INVESTMENTS LIMITED** y **HUTCHINSON PORT HOLDINGS LIMITED**, de la decisión del Laudo a aludido.

Cabe destacar, que en vista que se ha acreditado la primera causal, consideramos que no resulta necesario entrar a analizar el resto de las causales aducidas.

## **PARTE RESOLUTIVA**

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **SALA CUARTA DE NEGOCIOS GENERALES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, administrando justicia en nombre de la República de Panamá y por autoridad de la Ley, **ANULA PARCIALMENTE** el Laudo Arbitral emitido el dieciocho (18) de noviembre de dos mil quince (2015), dictaminado por el Tribunal de Arbitramento compuesto de los Árbitros Guido Tawil, Juan Pablo Cárdenas y Roque Caivano, referente al proceso Arbitral en Derecho con sede en Panamá propuesto por la **AUTORIDAD PORTUARIA DE MANTA** contra **TERMINALES INTERNACIONALES DE ECUADOR, S.A. – EN LIQUIDACIÓN**; en el sentido de excluir a las sociedades **HUTCHINSON PORT INVESTMENTS LIMITED** y **HUTCHINSON PORT HOLDINGS LIMITED**, de la decisión del Laudo a aludido. Notifíquese y Cúmplase,

**HARRY A. DIAZ**  
Magistrado

**LUIS R. FÁBREGA S.**  
Magistrado

**HERNÁN A. DE LEÓN BATISTA**  
Magistrado

**YANIXSA Y. YUEN C.**  
Secretaria General