

La patología de la Cláusula Arbitral

Emanuel Castro
Universidad de Panamá
Facultad de Derecho y Ciencia Políticas
Departamento de Derecho Privado. Panamá
emanuel.castro@up.ac.pa

Recepción: 4 de julio de 2020

Aceptación; 15 de julio de 2020

Resumen.

El autor de una manera breve y concisa intentará clarificar los asuntos más importantes que guardan referencia a la cláusula arbitral como génesis del proceso arbitral, entendiéndose a esta como aquel acuerdo escrito, en el cual las partes contratantes, basándose en el principio de voluntad de las partes, deciden en común acuerdo, someterse al arbitraje como medio alternativo de solución de controversias; de igual modo tratará su efecto sustantivo que radica en la obligatoriedad de las partes de cumplir con lo pactado, es decir, resolver sus discrepancias utilizando el arbitraje, y así como su efecto procesal, consistiendo este en el principio de la exclusión, donde el arbitraje como tal excluye de toda competencia a los tribunales ordinarios de justicia para pronunciarse sobre la resolución del conflicto; la patología de la cláusula arbitral, consistiendo en un acuerdo arbitral que pueda tener un error o defecto que pueda poner en riesgo el proceso arbitral; su invocación enfocada en la parte idónea para solicitarla, así como el momento procesal oportuno, este último entendido como el término establecido para realizar una actuación procesal; sus consecuencias directas en el sano desarrollo del proceso arbitral y la resolución de la misma a efectos de que el arbitraje se pueda completar; agregando el autor sus conclusiones de lo desarrollado.

Palabras Claves:

Convenio Arbitral, Legislación Arbitral, Voluntad de las Partes, Sede del Arbitraje, Institución Arbitral, Árbitro, Cláusula Patológica, Tribunal Arbitral.

Summary.

The author briefly and concisely attempts to clarify the most important issues regarding the arbitration clause as the genesis of the arbitration process, understood as that written agreement, in which the contracting parties, based on the principle of the will of the parties, decide by common agreement, to submit to arbitration as an alternative means of dispute

resolution; Similarly, it will treat its substantive effect, which lies in the obligation of the parties to comply with what has been agreed, that is, to resolve their discrepancies by means of arbitration, and its procedural effect, consisting in the principle of exclusion, where arbitration as such excludes the ordinary courts of justice from any jurisdiction to decide on the resolution of the conflict; the pathology of the arbitration clause, consisting of an arbitration agreement that may have an error or defect that could put the arbitration process at risk; its invocation focused on the ideal party to request it, as well as the opportune procedural moment, the latter understood as the term established to carry out a procedural action; its direct consequences on the healthy development of the arbitration process and the resolution of the same so that the arbitration can be completed; the author adds his conclusions from what has been developed.

Keywords:

Arbitration Convention, Arbitration Legislation, Will of the Parties, Place of arbitration, Arbitration Institution, Referee, Pathology Clause, Arbitral Court.

i. Introducción.

En Panamá con la promulgación en gaceta oficial de la nueva legislación de arbitraje, se han abierto las puertas para que nuestro país se convierta en el foco de atención en cuanto al desarrollo del arbitraje nacional e internacional se refiere, y es que, nuestra posición geográfica y capacidad logística, complementan ese crecimiento que se viene dando el arbitraje día tras día como método alternativo de solución de controversias entre particulares, nacionales o extranjeros, como entre particulares con el Estado, así también para con instituciones autónomas y semiautónomas de nuestra República.

En este trabajo, haremos referencia a la cláusula arbitral, planteando un especial enfoque sobre lo concerniente a la Patología de la Cláusula Arbitral, donde abordaremos detenidamente este fenómeno que, aunque se presenta muy pocas veces, es necesario su entendimiento para nuestro acervo jurídico, así también para contar con las herramientas necesarias, a fin de saber cómo proceder cuando en algún momento tengamos frente a nosotros una cláusula arbitral patológica. Consistiendo ésta en una incongruencia o en el defecto que estando presente en un acuerdo de arbitraje, puede comprometer la efectividad de dicho acuerdo arbitral, a tal punto que, podría estar en riesgo el sano desarrollo del proceso de arbitral.

Al respecto de la incongruencia o defecto que podría contener una cláusula arbitral, podemos identificar los siguientes: 1. Que no esté definida por escrito la inequívoca voluntad de las partes de someter una controversia a arbitraje; 2. La designación de un Centro de Arbitraje Inexistente; 3. La designación de un procedimiento arbitral consagrado en una norma jurídica derogada. De igual manera en relación a la Patología de la Cláusula Arbitral, se abordará sobre

la legitimidad y momento procesal oportuno para invocar la patología, así también como las consecuencias y las formas en la que se podría corregir la patología presentada.

1. Generalidades del Convenio Arbitral.

Al hacer mención al convenio arbitral, inmediatamente debemos remitirnos a nuestra legislación arbitral, misma que define de una manera detallada en que consiste el mismo, la forma que debe adoptar dicho acuerdo, así también como los requisitos con los que debe contar el acuerdo de arbitraje. Veamos entonces:

1.1. Concepto y Forma.

Para tener un concepto de convenio arbitral y la forma que debe tener el mismo, nos permitimos citar el Artículo 15 de la ley 131 de 2013, el cual reza: *“El acuerdo de arbitraje es aquel por medio del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o pueden surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.”*¹

Ahora bien, con respecto a la forma que debe adoptar el convenio arbitral, la norma jurídica ya citada dice: *“EL acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.”*²

En concordancia con el acuerdo de arbitraje, para el autor Bond, S.R., *“Una cláusula arbitral no tiene por qué ser larga y detallada para ser eficaz y en su redacción debería primar la sencillez y la precisión en la selección de los elementos que se incluirán en el texto: alcance de la misma, determinación de si el arbitraje es ad hoc o institucional, número de árbitros, lugar e idioma del arbitraje, etc. La práctica pone de manifiesto que cuando más específica y detallada sea una cláusula, mayor es el riesgo de que sea sometida a impugnaciones; y, con carácter complementario, una cláusula oscura o ambigua puede impedir en normal desarrollo del procedimiento arbitral.”*³

1.2. Requisitos.

Guiados por nuestra legislación arbitral panameña, proseguimos a mencionar los requisitos más importantes con los que debe contar un acuerdo de arbitraje, siendo estos:

1.2.1. Voluntad de las Partes por Escrito: las partes por medio escrito ya sea en el propio contrato principal o en una adenda al mismo, plasmarán su intención irrevocable de someterse a la jurisdicción arbitral. El Artículo 16 de la Ley 131 de 2013, dice:

¹ Artículo 15 de la Ley 131 de 31 de diciembre de 2013.

² Ibidem.

³ Bond, S. R. “Comme édiger une clause d’arbitrage. *Bull. CI Arb. CCI*, Vol. I, N° 2, 1990, Pág. 14 y ss.

“(…) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio. (…)”⁴

1.2.2. Sede del Arbitraje: las partes pueden y debería pactar la sede del arbitraje en el acuerdo de arbitraje. El Artículo 47 de la Ley 131 de 2013, reza: *“(…) las partes podrán determinar libremente la sede del arbitraje. (…)”⁵*

1.2.3. Idioma: las partes pueden y debería establecer el idioma en el cual se desarrollará el proceso arbitral. El Artículo 49 de la Ley 131 de 2013, dice: *“(…) las partes acordar libremente el idioma o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales. (…)”⁶*

1.2.4. Ley Aplicable e Institución Arbitral: las partes deben acordar en la cláusula arbitral cual será la ley aplicable al caso, así también como la institución o centro de arbitraje que administrará el proceso. El Artículo 46 de la Ley 131 de 2013, dice: *“(…) Con sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones, pudiendo someterse al procedimiento contenido en un reglamento de una institución de arbitraje.”⁷*

1.2.5. Árbitros. Cantidad y Forma de Nombramiento: El Artículo 22 de la Ley 131 de 2013, versa: *“(…) Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o de los árbitros sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo y en los numerales del artículo 20. (…)”⁸*

2. Efectos del Convenio Arbitral desde una perspectiva sustantiva.

Desde un punto de vista sustantivo, el efecto se debe entender como la obligación de sometimiento de las partes a cumplir con lo pactado en la cláusula arbitral, es decir que las partes se comprometen al arbitraje.

La obligatoriedad del sometimiento de las partes a un proceso arbitral nace de la propia voluntad de las mismas, a lo cual la legislación panameña en materia de arbitraje, define claramente la obligatoriedad a la que hacemos mención, por lo cual nos remitimos al Artículo 17 de la Ley 131 de 2013, el cual versa: *“(…) El efecto sustantivo obliga a las partes a cumplir lo pactado y a formalizar la constitución del tribunal arbitral, colaborando con sus mejores*

⁴ Artículo 16 de la Ley 131 de 31 de diciembre de 2013.

⁵ Artículo 57. *Ibidem*.

⁶ Artículo 49. *Ibidem*.

⁷ Artículo 46. Artículo 16 de la Ley 131 de 31 de diciembre de 2013.

⁸ Artículo 22. *Ibidem*.

*esfuerzos de manera expedita y eficaz, para el desarrollo y finalización del procedimiento arbitral. (...)*⁹ Considerado lo tipificado en la ley panameña, podemos afirmar que el acuerdo de arbitraje en su efecto sustantivo obliga a las partes a cumplir con lo previamente pactado.

3. Efectos del Convenio Arbitral desde un punto de vista procesal.

Desde una óptica procesal, el efecto del convenio arbitral debe ser entendido como la declinatoria del conocimiento de los tribunales ordinarios de justicia para con el tribunal arbitral, esto pues en concordancia con lo establecido en el mismo Artículo 17 de la citada ley, el cual dice: *“El efecto procesal consiste en la declinación de la competencia, por parte del tribunal judicial, a favor del tribunal arbitral y la inmediata remisión del expediente al tribunal arbitral. (...)*¹⁰

Los tribunales judiciales deben ser consecuentes con la ley y desde el momento en que conocen sobre un asunto en el cual se haya pactado arbitraje, aunque las partes no lo soliciten, éste de oficio debe declinar su competencia hacia el tribunal arbitral indicado.

4. La Cláusula Patológica.

Al referirnos a una *“Cláusula Patológica”*, para nosotros esta debe ser entendida como aquel acuerdo arbitral, en el cual se presentan incongruencias o defectos que, en ciertos casos pueden llegar a comprometer la efectividad de la cláusula arbitral, puede ocasionar que irrumpa en el debido desarrollo de un proceso arbitral, inclusive que la cláusula arbitral no pueda ser ejecutada.

Siguiendo con lo anterior, nos permitimos citar la definición que nos brinda la autora Yves Derains, la cual sostiene que: *“Cláusula arbitral que no permite llevar a causa de árbitros el conflicto suscitado entre las partes sin necesidad de suscribir un nuevo convenio. (...)*¹¹

En ese sentido es importante el estudio y claro entendimiento de lo que es una *“patología”* dentro de una cláusula arbitral, cómo puede resolverse, para que el proceso arbitral no se vea afectado.

⁹ Artículo 17. *Ibidem*.

¹⁰ Artículo 27 de la Ley 131 de 31 de diciembre de 2013.

¹¹ Yves Derains. Cláusulas Compromisorias Patológicas y Combinadas. Legis. Universidad del Rosario. 2005. Pág. 191.

5. Situaciones en las que se puede considerar que puede existir patología en la cláusula arbitral.

Existen distintas situaciones o circunstancias, en las cuales, la patología del acuerdo de arbitraje podría poner en riesgo el buen desarrollo de un proceso arbitral, por lo que es necesario considerar y plantearnos algunas de esas situaciones:

5.1. Que no esté definida por escrito la voluntad de las partes de someter una controversia a arbitraje.

Un principio básico del arbitraje es la “Voluntad de las Partes”, es por ello que se hace necesario que en el convenio arbitral o en un documento externo al contrato, se establezca de una manera clara y precisa la voluntad de las partes de someter cualquier controversia que surja o pueda surgir del mencionado contrato mediante el arbitraje, en ese sentido nos permitimos citar a los autores José Carlos Fernández Rozas - Elena Artuch Iriberry quienes plantean que: *“La determinación del contenido de la voluntad de las partes ha de ser interpretado de manera restrictiva en el sentido de que no debe quedar duda alguna en torno a la intención de las partes de someterse al procedimiento arbitral; de aquí se sigue que la cláusula compromisoria no puede oponerse a otras en las que se deduzca una inequívoca intención contraria de las partes.”*¹²

Con lo planteado por los citados autores nos queda claro que, la voluntad de las partes es un principio que debe ser interpretado de una manera restrictiva y queda demostrado que la intención de las partes es someterse al arbitraje.

Considerando lo anterior, pongamos un ejemplo donde se pueda observar una situación donde no se haya definido por escrito la voluntad de las partes de someterse al arbitraje, veamos:

La sociedad XX, S.A., celebra un contrato de prestación de servicios con la sociedad YY, S.A., en dicho contrato se inserta una cláusula que dice lo siguiente: *“(...) YY, S.A. se compromete en someterse al arbitraje en derecho ante cualquier desavenencia o discrepancia que pueda surgir del presente contrato de prestación de servicios.”* (El subrayado es nuestro). Tres (3) meses posteriores a la firma del contrato la sociedad XX, S.A., no ha pagado por los servicios prestados a la sociedad YY, S.A., por lo cual la afectada en este caso, es decir la sociedad YY, S.A., decide hacer vales la cláusula arbitral y solicita que el conflicto sea resuelto por medio de arbitraje.

De presentarse ante un Tribunal Arbitral un acontecimiento como el plasmado en nuestro ejemplo, el mismo estaría en una situación complicada, debido a que estaría en presencia de

¹² Soto Coaguila, Carlos Alberto (Director). Tratado de Derecho Arbitral, El Convenio Arbitral, Tomo I. Pág. 759.

una cláusula arbitral que no consagra por escrito la voluntad de la sociedad XX, S.A., de someterse a arbitraje en el caso de que surja algún conflicto de su relación contractual con la sociedad YY, S.A.

Al considerar la inexistencia de la clara voluntad de una de las partes de someterse al arbitraje, estaríamos en presencia de una cláusula arbitral patológica, por lo cual el Tribunal Arbitral debe indicarle a las partes que dicha cláusula debe ser corregida para que el proceso arbitral se pueda desarrollar de una manera normal.

5.2. La designación de un Centro de Arbitraje Inexistente.

Al determinarse en el convenio arbitral un centro de arbitraje que no existe, esto puede acarrear para las partes una gran dificultad, puesto que al momento en que se suscite una controversia, las partes no tendrán una certeza ante cual centro de administración de arbitraje deben concurrir. Por ejemplo en una cláusula arbitral se establezca lo siguiente: “(...) *será resuelta mediante arbitraje en derecho ante el Centro de Soluciones de Discrepancias del Consejo Técnico de Ingenieros de Panamá, conforme a sus reglas de procedimiento. (...)*” (El subrayado es nuestro).

En una situación como el ejemplo planteado, las partes no tendrían una alternativa para recurrir ante ningún centro de administración de arbitraje, puesto que el centro pactado no existe; y si de presentarse la solicitud ante un centro de arbitraje distinto al pactado, el propio Tribunal Arbitral en base al principio Kompetenz-Kompetenz¹³ deberá solicitar a las partes que corrijan en buena fe la cláusula arbitral o el mismo sería improcedente.

¹³ **Competencia de los árbitros sobre su propia competencia.**

El poder de los árbitros para definir su propia competencia es ampliamente reconocido en todos los sistemas de arbitraje; no obstante, pese a la aceptación de este postulado como regla de base las leyes nacionales reflejan una cierta diversidad, sobre todo en lo que concierne al momento en que debe efectuarse el oportuno control del juez estatal sobre tal decisión arbitral, cuya justificación última es el propio desarrollo del proceso arbitral, libre de interferencias exteriores. Resulta imposible que el árbitro desempeñe la labor encomendada por las partes, si no dispone de una facultad para verificar la legalidad de su actuación en el concreto procedimiento que debe conocer. El denominado principio “competencia-competencia” se configura, junto al principio de la autonomía del convenio arbitral, como una de las instituciones fundamentales del Derecho arbitral, por lo que es menester estudiar ambos de manera conjunta. Más concretamente, si el efecto peculiar del convenio arbitral consiste en dotar de competencia a los árbitros para resolver la controversia negando el conocimiento del asunto a la jurisdicción ordinaria debe reconocerse a los árbitros la potestad para que, por sí mismos, o a solicitud de una de las partes, determinen a modo previo o, en ocasiones, en el momento de decidir el fondo del asunto, el título por el que intervienen en la controversia y el alcance de sus atribuciones.

El principio de la competencia-competencia parte de la base de que no existe un recelo previo acerca de los árbitros y de que éstos están suficientemente capacitados para alcanzar una decisión a la vez equitativa y protectora de los intereses de la sociedad. Es un postulado muy próximo al de la arbitrabilidad de la concreta controversia sujeto al control ulterior de las jurisdicciones estatales.

De igual manera, el reconocimiento del principio “competencia-competencia” es consustancial en las reglamentaciones de los Centros de arbitraje. El artículo 6.2 del Reglamento de la CCI dispone que: “*Si la demandada no contesta la demanda según lo previsto en el artículo 5º, o si alguna de las partes formula una o varias excepciones relativas a la existencia, validez o alcance del acuerdo de arbitraje, la Corte, si estuviere*

5.3. La designación de un procedimiento arbitral consagrado en una norma jurídica derogada.

Cuando se establece en el convenio arbitral un procedimiento arbitral en específico, se debe tener presente la vigencia de dicho procedimiento arbitral ante la Ley, esto a razón de que si se pacta el arbitraje sobre un procedimiento establecido en una Ley que ha sido derogada, provocaría dificultad para el Tribunal Arbitral, en referencia a cuál será el procedimiento a seguir considerando la voluntad de las partes.

Veamos un ejemplo. En una cláusula arbitral se pacte lo siguiente: *“Cualquier desavenencia, conflicto o controversia que pueda surgir o que guarde relación con el presente contrato, se resolverá mediante arbitraje en equidad, conforme el procedimiento arbitral consagrado en el Decreto Ley 5 de 8 de julio de 1999.”* (El subrayado es nuestro).

Una fácil solución para una situación como esta sería que, el Tribunal Arbitral decida aplicar el procedimiento arbitral consagrado en la Ley 131 de 31 de diciembre de 2013 (Ley que derogó parcialmente al Decreto Ley 5 de 1999¹⁴), sin embargo este actuar iría en contra del principio de voluntad de las partes que han decidido nominar un proceso arbitral en específico, por lo cual, en un acontecer como el ejemplificado, no se podría continuar con el proceso de arbitraje, salvo que las partes bajo el principio que ya hemos mencionado, decidan en común acuerdo corregir la cláusula arbitral para que el proceso arbitral sea viable.

convencida prima facie de la posible existencia de un acuerdo de arbitraje de conformidad con el Reglamento, podrá decidir, sin perjuicio de la admisibilidad o el fundamento de dichas excepciones, que prosiga el arbitraje. En este caso corresponderá al tribunal arbitral tomar la decisión sobre su propia competencia (...)”.

Se trata pues de la expresión de un principio general del arbitraje internacional que los árbitros no dudan en aplicar.

Es, en efecto, una condición *sine qua non* para la eficacia del arbitraje como modo de solución de los litigios. La posibilidad que el árbitro tiene que proveer sobre su propia competencia se considera como “una verdadera costumbre internacional de la práctica arbitral”. Si fuese suficiente que una parte discutiera la validez o el alcance de una cláusula de arbitraje para inhibir a los árbitros en espera de que una jurisdicción estatal comprobase la existencia de su poder, pasarían años antes de que la jurisdicción arbitral pudiese pronunciarse sobre el fondo.

La Corte de Arbitraje de la CCI ha afirmado al respecto: *“que no habiéndose discutido la presencia material de la cláusula que establece el arbitraje de la CCI, incumbe al árbitro en virtud de las disposiciones del artículo 13.3 del Reglamento de la CCI, proveer sobre su propia competencia”* y que *“es norma admitida en materia de arbitraje comercial internacional, el que no habiendo una disposición en contrario en el procedimiento estatal, el árbitro provee sobre su propia competencia”*. Soto Coaguila, Carlos Alberto (Director). Tratado de Derecho Arbitral, El Convenio Arbitral, Tomo I. Pág. 760.

¹⁴ Artículo 76. Indicativo. La presente ley adiciona un párrafo al artículo 5 de la Ley 25 de 12 de junio de 1995 y **deroga el Título I del Decreto Ley 5 de 8 de julio de 1999** y la Ley 15 de 22 de mayo de 2006. (El resaltado y subrayado es nuestro).

Por otro lado, pero siguiendo con el tema en estudio, para el autor ecuatoriano Hugo García Larriva, la cláusula arbitral debe cumplir ciertas funciones fundamentales, mismas que de no cumplirse estaríamos ante una patología en el acuerdo de arbitraje, veamos lo que sostiene: *“una cláusula es patológica cuando no cumple con cuatro funciones fundamentales:*

- Producir efectos obligatorios para las partes.*
- Impedir la intervención de los tribunales estatales antes que el laudo sea emitido.*
- Dar al o los árbitro(s) el poder para resolver el litigio.*
- Permitir la organización de un procedimiento que conduzca, en las mejores condiciones, a un laudo ejecutable.”¹⁵*

6. ¿Quiénes pueden invocar la Patología de una Cláusula Arbitral?

Al plantear de quién es la parte idónea para invocar la patología de un acuerdo o cláusula arbitral, sin lugar a dudas estas son las partes que interceden dentro del proceso arbitral, es decir el demandante o el demandado, y de oficio hasta el propio tribunal arbitral una vez esté instalado y haya estudiado la cláusula arbitral, podría determinar por medio de un pronunciamiento motivado que la cláusula arbitral contiene defectos que pueden acarrear que el proceso arbitral se torne oscuro o inclusive que no se pueda desarrollar.

Cuando una de las partes (Demandante) ha solicitado que se haga efectivo el acuerdo de arbitraje, tácitamente está reconociendo que la cláusula arbitral es válida y que la misma no contiene ninguna patología que pueda afectar el proceso arbitral, no obstante esto no imposibilita que dentro del momento procesal oportuno el demandante pueda invocar la patología de la cláusula arbitral, mientras que por otro lado, existe una parte (Demandado) en el proceso arbitral de la cual se puede tener indicios de estar incumpliendo con el contrato pactado o haber causado un perjuicio a la otra, ésta desde el instante de ser notificada de la solicitud de arbitraje, lo que normalmente hará es estudiar la cláusula arbitral a efectos de verificar si la solicitud de arbitraje es aplicable o no a la posible falta cometida por ésta; y si de esa verificación la parte que será objeto de demanda encuentra algún defecto, de seguro no dudará en invocar el mismo ante el tribunal arbitral.

7. Momento procesal oportuno para invocar una patología de la cláusula arbitral.

Cuando se hace referencia a un momento procesal oportuno, éste debe ser entendido como aquel instante dentro del proceso arbitral en el cual las partes tienen la oportunidad para actuar, presentar o pronunciarse, ya sea por medio del escrito de contestación, excepción, recusación,

¹⁵ Suficiencia del Convenio Arbitral y Cláusulas Patológicas. García Larriva, Hugo. Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana. Septiembre de 2011.

pruebas, alegatos, entre otros, atendiendo a un término establecido por la ley o por lo definido previamente con las partes, a fin de cumplir con el debido proceso en el arbitraje.

En atención al momento procesal oportuno para que una de las partes pueda invocar la patología de una cláusula arbitral, a nuestro criterio lo es, al preciso instante que se da inicio a las actuaciones arbitrales, por lo cual al contemplar lo establecido el Artículo 48 de la Ley 131 de 2013, el cual dice: *“Las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter esa controversia a arbitraje, salvo que las partes hayan convenido otra cosa.”*¹⁶ Sin menoscabar o excluyendo qué, previo al momento en que venza el término de contestación acordado por las partes o el establecido en el centro que administra el arbitraje, cualquiera de las partes ya sea el demandante o el demandado pueda invocar que la cláusula arbitral es patológica.

Siguiendo con lo anterior y al entrar en lectura del Artículo 30 de la ya citada ley panameña, en la que se establece: *“(…) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje (...)*”¹⁷ nos muestra que el segundo momento procesal oportuno para invocar la patología de la cláusula arbitral, es al momento en que el Tribunal Arbitral está legalmente constituido y el mismo da inicio formalmente al proceso arbitral, siendo esta actuación de oficio por parte del mencionado Tribunal Arbitral.

Al considerar y estudiar lo contemplado en la legislación arbitral panameña, se puede desprender que son dos (2) los momentos procesales oportunos para que las partes puedan invocar la patología de la cláusula arbitral. Teniendo presente que el primer momento procesal oportuno que hemos mencionado puede invocarse hasta antes en que se venza el término de contestación de la demanda, toda vez que posterior al vencimiento de dicho término ya el proceso arbitral entraría en una fase en la que no se es posible entrar a estudiar el contenido del convenio arbitral, mientras que el segundo momento procesal oportuno sería al momento en que se constituye el Tribunal Arbitral para conocer de la causa.

8. Consecuencias de la Patología de la Cláusula Arbitral.

La patología de la cláusula arbitral tiene una sola consecuencia, siendo esta la imposibilidad de proseguir o desarrollar el proceso arbitral, y aunque sea sólo una, la misma tiene un gran impacto en el proceso de arbitraje, sin embargo como vamos a ver más adelante la misma

¹⁶ Artículo 48 de la Ley 131 de 31 de diciembre de 2013.

¹⁷ *Ibidem*.

puede ser subsanada siempre y cuando las partes se pongan de acuerdo; por el contrario de no haber acuerdo, el proceso arbitral no puede efectuarse.

9. Formas de Resolver una Cláusula Arbitral Patológica.

Luego de conocer el significado de una “*Cláusula Patológica*”, proseguimos a verificar qué se puede y qué se debe hacer, al momento en que se presenta una cláusula arbitral patológica.

Desde el momento en que el Tribunal Arbitral se instale y entre a conocer el proceso arbitral, es deber de estos, proceder a estudiar la génesis del proceso arbitral, es decir “La Cláusula Compromisoria o Cláusula Arbitral”, a fin de que exista total seguridad de qué, la voluntad de ambas partes que han entrado en un conflicto es, dilucidar dicho conflicto por medio de un Laudo Arbitral.

Si el Tribunal Arbitral encuentra o considera que la cláusula arbitral mantiene una patología, éste basándose en el principio *Kompetenz-Kompetenz*, inmediatamente debe pronunciarse y emitir su sano juicio motivado en el cual remita a las partes a subsanar el error que causa la patología, para que el proceso arbitral pueda llevarse a cabo. Esta decisión le brinda a las partes una alternativa sencilla y rápida, para que las mismas, mediante un acuerdo escrito corrijan y validen su intención de someter la controversia que se les ha presentado a arbitraje.

Lo anterior, no menoscaba la posibilidad de que, ante la situación de que previo al inicio del proceso arbitral, las partes se percaten que la cláusula arbitral que han pactado es o pueda ser patológica, éstos puedan de buena fe y en común acuerdo, hacer los debidos ajustes o correcciones y los plasmen por escritos, a fin de subsanar la posible patología de la cláusula arbitral.

iii. Conclusión.

La Patología de la Cláusula Arbitral es una situación que se involucra directamente con la interpretación de las partes o del tribunal arbitral con respecto a la Cláusula Compromisoria, considerando que, de presentarse una patología en la cláusula de arbitraje, ésta puede presentar un serio inconveniente para el sano desarrollo del proceso arbitral. A su vez, debemos tener presente que existen consecuencias para el proceso arbitral si no se resuelve la patología, para lo cual, ya sabemos que se cuenta con momentos procesales oportunos para invocar dicha patología, dentro del cual las partes en común acuerdo pueden subsanar por medio de las

formas idóneas, ya sea, previo al inicio del proceso arbitral o por mandato del Tribunal Arbitral que conoce de la causa.

iv. Bibliografía.

1. Legislaciones:

- Ley 131 de 31 de diciembre de 2013.
- Constitución Política de la República de Panamá.
- Decreto Ley 5 de 8 de julio de 1999.

2. Doctrina:

- Bond, S. R. “Comme édiger une clause d’arbitrage. *Bull. CI Arb. CCI*, Vol .I, N° 2, Francia. 1990.
- Chillón Medina, J.M. y Merino Merchán, J.F. *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. 2ª ed. Madrid.
- Yves Derains. *Cláusulas Compromisorias Patológicas y Combinadas*. Universidad del Rosario. Editorial Legis. Colombia. 2005.
- Soto Coaguila, Carlos Alberto (Director). *Tratado de Derecho Arbitral, El Convenio Arbitral*, Tomo I. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibañez: Instituto Peruano de Arbitraje. 2011.

3. Artículos de Opinión:

- Alvarado Escovar, Ramón. Los Acuerdos de Arbitraje Patológicos. Disponible en www.cedca.org.ve.
- García Larriva, Hugo. Suficiencia del Convenio Arbitral y Cláusulas Patológicas. Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana. Septiembre de 2011.

Datos del Autor: Emanuel Castro

Es Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá, Doctorando en Derecho por la Universidad Nacional de Rosario (Argentina), Máster en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid

(España), Especialista en Métodos Alternos de Solución de Conflictos por la Universidad de Panamá, Especialista en Docencia Superior por la Universidad de Panamá. Correo electrónico: emanuel.castro@up.ac.pa