

## Arbitraje Ad Hoc o Arbitraje Administrado: el Rol de las Instituciones Arbitrales en el Perú

Carlos Ruska Maguiña

La diferencia entre el arbitraje administrado o institucional y el ad hoc o libre, está dada por el hecho de que mientras en el primero existe una institución arbitral que se encarga de la organización y administración del arbitral, en el ad hoc, son las propias partes o en defecto de éstas los árbitros, los que establecen las reglas para que el arbitraje se pueda desarrollar de manera adecuada.

Existen diversos criterios de clasificación del arbitraje, uno de ellos está referido a la forma de organización de este importante mecanismo alternativo de resolución de conflictos y a saber, distingue entre el arbitraje institucional o administrado y el ad hoc o libre. Aunque la tendencia mundial actual del arbitraje moderno está orientada hacia el desarrollo del arbitraje institucional, lo que por cierto compartimos dadas las garantías y las ventajas de éste frente al ad hoc; a diferencia de lo que sucede en otras latitudes, en el Perú y en especial, tratándose del arbitraje nacional o doméstico, al que nos referiremos fundamentalmente en esta exposición, tenemos una marcada preferencia por el arbitraje ad hoc. Las razones trataremos de esbozarlas más adelante.

En efecto, si bien no existen en nuestro país estadísticas confiables que nos permitan determinar con exactitud el número de arbitrajes ad hoc que se han llevado adelante en los últimos años, conversaciones sostenidas durante los últimos seis meses con los árbitros más destacados de nuestro medio y de algunas ciudades del interior del país, nos llevan a concluir, sin temor a equivocarnos, que el arbitraje ad hoc representa hoy en día, no menos del sesenta y cinco por ciento del total de arbitrajes del mercado peruano. Estoy seguro que muchos de los asistentes a este Congreso, en especial nuestros amigos del extranjero, se sorprenderán con esta realidad.

No podemos dejar de reconocer sin embargo, el importante desarrollo que ha tenido en la última década el arbitraje administrado en el Perú, destacando dentro de las instituciones arbitrales de mayor prestigio, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, que alguna vez me tocó dirigir. Ello se debe sin lugar a dudas al hecho de contar con una Ley General de Arbitraje, la Ley N° 26572, en vigencia desde el día 6 de enero del año 1996, que es una de las más modernas del mundo y que

tiene normas que favorecen el desarrollo del arbitraje institucional en el Perú.

Ahora bien, cabe preguntarse por cuál optar, ¿arbitraje ad hoc o administrado? La opción dependerá del pacto al que arriben las partes, claro está que para ello es conveniente contar con un adecuado asesoramiento previo, que parta del análisis del caso concreto, lo que permitirá determinar la conveniencia de uno u otro. La decisión es de suma importancia, pues podrá afectar de manera significativa el desarrollo del arbitraje que se promueva en la oportunidad en que surja el conflicto.

En la generalidad de los casos, la opción se toma en la oportunidad de la celebración del convenio arbitral o de la inclusión de la cláusula arbitral en un contrato determinado. En ese momento la relación entre las partes se encuentra en su mejor nivel. Sin embargo, la opción puede también tomarse con posterioridad, ya que la inclusión o no de la clase de arbitraje no constituye un elemento esencial para la existencia y validez del convenio arbitral. Se deberá tener en cuenta que, una vez surgido el conflicto entre las partes, resultará muy difícil ponerse de acuerdo. En todo caso, resultará siempre preferible como lo señalan algunos, pactar un arbitraje administrado y, si las partes luego consideran que es mejor para sus intereses el desarrollo de uno ad hoc, será más fácil hacer el cambio hacia éste.

¿Pero cuál es la diferencia entre uno y otro? La diferencia entre el arbitraje administrado o institucional y el ad hoc o libre, está dada por el hecho de que mientras en el primero existe una institución arbitral que se encarga de la organización y administración del arbitraje, contando con reglamentos que regulan la actividad de los árbitros y las partes, la que en el caso peruano deberá ser constituida como una persona jurídica, pudiendo ser con o sin fines de lucro, privado o público o en su caso mixta, ello se desprende de lo señalado expresamente en el artículo 6° de nuestra Ley General de Arbitraje, Ley N°

26572. En el ad hoc, son las propias partes o en defecto de éstas los árbitros, los que establecen las reglas para que el arbitraje se pueda desarrollar de manera adecuada y se encargan de la organización y administración. A decir verdad, en la práctica muy pocos son los casos en los que las propias partes se ocupan del tema, tarea que termina casi siempre en manos de los árbitros que se encargarán de resolver la controversia.

¿Cuáles son las ventajas y las desventajas del arbitraje administrado y las del ad hoc? La doctrina ha considerado como principales ventajas del arbitraje administrado a las siguientes:

- La existencia de una institución especializada que respalda el arbitraje, es tal vez la mayor de las ventajas. En efecto, las instituciones arbitrales cuentan o deben contar con los medios humanos y materiales necesarios para brindar un adecuado servicio de organización y administración del arbitraje.
- Otra de las ventajas está dada por la existencia de cláusulas tipo o modelo, que las partes pueden incluir en sus contratos, sin necesidad de tener que elaborar una cláusula especial para cada caso en particular. Estas cláusulas refieren que el arbitraje se desarrollará de acuerdo con los reglamentos y bajo la administración de una determinada institución arbitral; de esta manera, se evita la redacción de las denominadas cláusulas patológicas.
- Las instituciones arbitrales cuentan con reglamentos preestablecidos que permitirán el adecuado desarrollo del arbitraje. Estos reglamentos por lo general tienen normas referidas a la elección de los árbitros, la constitución del Tribunal Arbitral, reglas para resolver las recusaciones que se pueden presentar contra los árbitros a lo largo del procedimiento, reglas del procedimiento arbitral en general, de las audiencias, las relacionadas con los plazos, entre otras.
- Listas de árbitros. Las instituciones arbitrales tienen listas de árbitros clasificadas según especialidad de cada uno de sus integrantes. Estas listas facilitan a las partes del arbitraje la elección de los árbitros que decidirán la controversia. Algunas instituciones arbitrales tienen listas cerradas, lo que implica que las partes tienen que elegir a los árbitros dentro de los miembros de la lista de la institución, otras son más flexibles y permiten que las partes puedan designar con libertad a los árbitros sin ceñirse a la lista de la institución; algunas establecen ciertas limitaciones, como el hecho de que el presidente del Tribunal o en caso de árbitros únicos, éstos sean elegidos siempre de la lista.
- Tarifas preestablecidas. Otra de las ventajas de las instituciones arbitrales la constituye sin duda, la existencia de tarifas preestablecidas que hacen perfectamente previsible el costo del arbitraje. Las tarifas están elaboradas en función a la cuantía en controversia y comprenden tanto la tasa administrativa por los servicios que brinda la institución arbitral, como los honorarios que corresponden a los árbitros. Generalmente las tarifas tienen una estructura progresiva acumulativa y en algunos casos se establecen tope máximos, tanto para los honorarios de los árbitros, como para los servicios de organización y administración

brindados por la institución. Las tarifas van aparejadas en muchos casos con un reglamento de donde se establece, entre otras, la forma de calcular los honorarios de los árbitros y el arancel administrativo, en los casos en que el tema en discusión no tenga cuantía determinada ni determinable.

- Actividades de control. Las instituciones arbitrales ejercen una doble actividad de control. Una de control respecto de su propia competencia, lo que implica un control ejercido en la oportunidad en que se presenta una solicitud de arbitraje ante la institución arbitral, correspondiendo a los órganos de la misma analizar la existencia o no de un convenio arbitral entre las partes y del hecho que éstas hayan decidido que la organización y administración del arbitraje esté encargado a dicha institución.

Por otro lado, las instituciones arbitrales ejercen también una importante actividad de control respecto del procedimiento y de los árbitros. En algunos casos, como por ejemplo los arbitrajes de la Cámara de Comercio Internacional, CCI, la actividad de control se ejerce incluso respecto de los aspectos formales del laudo arbitral, lo que contribuye a evitar los procesos de anulación de los mismos.

Habiendo señalado algunas de las principales ventajas que tiene el arbitraje institucional o administrado, corresponde ahora referirnos a las desventajas. Dentro ellas tenemos a las siguientes:

- Puede resultar más costoso que el arbitraje ad hoc. Si bien en términos generales el arbitraje institucional puede resultar siendo más costoso que el ad hoc, consideramos que esos mayores costos que las partes asumen cuando acuden a una institución arbitral, tienen su correlato en el soporte institucional que de éstas reciben, soporte que se convierte en una garantía para el adecuado desarrollo del arbitraje. Sin embargo, la percepción generalizada, por lo menos en nuestro medio, es que el arbitraje institucional es muy costoso y que no existe una justa equivalencia entre los costos administrativos de éste y el servicio que se brinda, llegando algunas instituciones arbitrales de nuestro medio a tener tarifas administrativas por montos superiores a los honorarios del árbitro, lo cual resulta insólito.
- Por otro lado, algunos reglamentos de las instituciones arbitrales pueden contener normas poco flexibles. En efecto, existen algunos reglamentos de instituciones arbitrales que tienen normas poco flexibles, respecto por ejemplo al procedimiento de elección de los árbitros y la constitución del Tribunal Arbitral o a determinados plazos dentro del procedimiento arbitral. Por ello, resulta importante antes de tomar una decisión respecto a incluir en un contrato una cláusula de un centro de arbitraje o de otro, realizar entre otras cosas, un minucioso análisis de sus reglamentos, para no tener que lamentarse con posterioridad.
- La duración del proceso arbitral en el arbitraje administrado puede ser mayor que en el caso del arbitraje ad hoc. Veremos sin embargo más adelante, que muchas veces el arbitraje ad hoc se complica de tal manera que resulta ser en algunos casos de más larga du-

ración que el institucional; ello depende mucho de la colaboración entre las partes.

Hecho un análisis un análisis de las ventajas y desventajas del arbitraje institucional o administrado, nos toca ahora ocuparnos del arbitraje ad hoc. Entre las principales ventajas de éste, tenemos a las siguientes:

- Mayor libertad en la elección de los árbitros. En el arbitraje ad hoc, las partes tienen la más absoluta libertad para diseñar un procedimiento de elección de los árbitros y escoger libremente a éstos, sin necesidad de tener que elegirlos de alguna lista predeterminada; sin embargo, ello requiere de un conocimiento especializado de parte de quien redacta el convenio arbitral o la cláusula arbitral, pues como veremos más adelante esta ventaja puede llegar a convertirse en una desventaja, que en algunos casos puede retrasar el inicio del proceso arbitral.
- Mayor libertad en el diseño del procedimiento a seguir. En la doctrina se señala que en el arbitraje ad hoc las partes tienen un mayor control del procedimiento a seguir para resolver la controversia. Si bien en teoría esto es así, en la práctica no resulta tan cierto pues en la generalidad de los casos, son los árbitros y no las partes los que diseñan y deciden lo conveniente en relación con el procedimiento a seguir, adoptando uno en particular o en algunos casos, aplicando un procedimiento de referencia como puede ser el modelo de reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).
- Puede resultar menos costoso que el institucional. En términos generales, el arbitraje ad hoc debe ser menos costoso que el institucional, toda vez que en este caso no existe una institución a la que haya que pagar por los servicios de organización y administración del arbitraje, aunque generalmente existe la figura del secretario arbitral que también tiene un costo, el que por cierto no es equiparable a la tarifa administrativa que cobra una institución arbitral sino, por el contrario, bastante menor. Sin embargo, en no pocos casos los árbitros fijan honorarios muy por encima de los que pudieran corresponderles en un arbitraje administrado, ello porque en esta clase arbitraje -el ad hoc- no hay tarifas predeterminadas y muchas veces los árbitros dejan de lado los criterios objetivos para la determinación de sus honorarios, estando las partes a expensas de lo que éstos decidan, lo que en algunos casos puede incluso generar situaciones de indefensión debido a lo elevado de los costos del arbitraje, lo que por cierto, puede ocurrir también en el arbitraje institucional.
- La tramitación del proceso arbitral puede ser más rápida que en el caso del arbitraje institucional. Decimos, puede ser, pues para ello resultará necesario que las partes, sus abogados o asesores y los árbitros actúen con una actitud de colaboración, máxima buena fe y, conozcan la lógica del arbitraje y su diferencia frente al proceso judicial, de forma tal que se evite la tendencia de *judicializar* el arbitraje lo que es perjudicial; de lo contrario, el proceso arbitral ad hoc puede convertirse en una pesadilla.

Muchas de las ventajas que hemos esbozado respecto al arbitraje ad hoc, pueden convertirse a su vez en grandes desventajas. Dentro de las desventajas, podemos referirnos a las siguientes:

- Mayor riesgo de redactar cláusulas patológicas. Las cláusulas patológicas son todas aquellas cláusulas arbitrales que han sido mal redactadas y que debido a ello su contenido resulta ambiguo, contradictorio o simplemente poco claro, presentando serios problemas en la oportunidad en que, surgido el conflicto, una de las partes pretende iniciar el procedimiento arbitral, situación que estamos seguros generará mayores costos de transacción y favorecerá en algunos casos actuaciones de mala fe. Lamentablemente, en la práctica diaria del arbitraje, uno se encuentra de manera no poco frecuente, con cláusulas arbitrales de muy mala calidad que traerán como consecuencia generalmente una demora en el inicio del procedimiento arbitral, lo que con una buena redacción se hubiera podido evitar, en beneficio de las partes que optaron por este mecanismo de resolución de conflictos; entre otras cosas, confiados en la rapidez con las que lograrían la solución a la diferencia que las separa. Por el contrario, en el arbitraje institucional no se presenta este riesgo pues, las partes generalmente incluirán en sus contratos la cláusula tipo de una determinada institución arbitral, con lo cual se evita caer en cláusulas patológicas.
- Pero aun en el caso de contar con una cláusula bien redactada, en el arbitraje ad hoc existe latente el peligro de trabar el desarrollo del mismo por la falta de colaboración de alguna de las partes en litigio, constituyendo esta otra de las desventajas. En efecto, la falta de colaboración o la actuación de mala fe de alguna de las partes, puede llevar en no pocos casos, a tener que acudir al Poder Judicial para que éste se encargue de resolver determinadas cuestiones que bien pudieron haber sido resueltas con la cooperación de las partes o por los reglamentos de una institución arbitral.

Un ejemplo de ello, lo tenemos en el caso de la elección del árbitro en defecto de alguna de las partes o la elección del árbitro único, en caso las partes no hayan podido ponerse de acuerdo, lo mismo sucede en el caso de la elección del presidente, en defecto de la que debieron efectuar los otros árbitros designados, así como también los casos de recusaciones de árbitro único o de todos los miembros de un Tribunal Arbitral.

Es decir, las partes que al pactar el arbitraje evitaron navegar por las turbulentas aguas del Poder Judicial, se verán obligadas a tener que acudir a él simplemente para resolver cuestiones previas al inicio del proceso arbitral. En algunos casos, como el de la elección de los árbitros, las partes pueden pactar la intervención de una entidad nominadora de árbitros y con ello solucionar el problema; sin embargo, si este pacto no se hizo en la oportunidad de la celebración del convenio arbitral, surgido el conflicto, resultará poco probable que se logre. En otros casos, como el de la recusación del árbitro único por ejemplo, las partes tendrán

que acudir, sí o sí, al Poder Judicial, tratándose de un arbitraje ad hoc.

Sólo para conocimiento de los asistentes, el tiempo que puede tomar un procedimiento de elección de árbitro en el Poder Judicial es de aproximadamente entre seis y ocho meses, es decir, un plazo similar al que puede tomar la resolución de la controversia en el arbitraje.

A este respecto, cabe señalar que en el reciente proyecto de modificación de nuestra Ley General de Arbitraje, elaborado por la Comisión que estuvo presidida por el doctor Alfredo Bullard González, instalada en los últimos meses del gobierno del Presidente Alejandro Toledo, la que esperamos se convierta en Ley a la brevedad posible, aunque con pequeñas modificaciones que no es oportunidad de comentar ahora, se propone con acierto algunos cambios legislativos que como señala su exposición de motivos, fortaleciendo el principio de la autonomía privada, reducen la intervención judicial en los casos de designación y recusación de árbitros, cuya resolución en defecto del pacto de las partes se deriva a las Cámaras de Comercio, aunque nosotros hubiésemos preferido se mencionen simplemente a las instituciones arbitrales.

- Otra de las desventajas del arbitraje ad hoc está sin duda relacionada con la ausencia de un soporte institucional que comprende, tanto la infraestructura física necesaria para el adecuado desarrollo del arbitraje, como el personal humano especializado que le da soporte a los árbitros y a las partes. En efecto, generalmente en el arbitraje ad hoc la sede del tribunal es la oficina del presidente, aunque esto no debe tomarse como creen algunos, como una regla imperativa. Este hecho puede traer algunos inconvenientes, tanto para las partes, como para los propios árbitros, incluso puede llegar a generar desconfianza. Sin duda, resulta mucho mejor, que la sede del tribunal sea un local institucional dedicado a la organización y administración de arbitrajes y no un estudio de abogados, por prestigioso que éste sea.

Es importante destacar que en nuestro medio se están abriendo paso instituciones que, sin ser propiamente Centros de Arbitraje, brindan soporte especializado para los arbitrajes ad hoc, tanto en las tareas secretariales que comprenden la organización y administración del proceso arbitral, como la infraestructura física para el desarrollo mismo del arbitraje; una de ellas es precisamente Marc Perú, la que con sus casi diez años de existencia en el mercado peruano, viene contribuyendo al desarrollo del arbitraje en nuestro país.

Luego de haber esbozado las ventajas y desventajas del arbitraje administrado y del ad hoc, es indudable que en la actualidad la tendencia mundial es la de favorecer el desarrollo del primero de los nombrados, pues son mayores sus ventajas que sus desventajas y contribuyen a la

buena práctica del arbitraje. Sin embargo, cabe preguntarnos, ¿porqué en el Perú se prefiere al arbitraje ad hoc?

Consideramos que la respuesta a dicha interrogante está estrechamente vinculada a la percepción que tienen los usuarios del arbitraje administrado en nuestro país, así como a la falta de liderazgo de la mayoría de las instituciones arbitrales de nuestro medio, las que a pesar de la opción tomada por nuestra Ley General de Arbitraje, que con acierto favorece e impulsa su desarrollo, no han estado en nuestro concepto a la altura de las circunstancias.

Los usuarios perciben que las tarifas que cobran la mayoría de instituciones arbitrales de nuestro medio, son excesivamente elevadas en contraposición a la calidad de los servicios que éstas brindan. Por otro lado, consideramos que las instituciones arbitrales no han logrado generar en los posibles usuarios, la confianza necesaria, lo cual puede estar relacionado con el hecho de que algunas de ellas estarían vinculadas a determinados sectores de la actividad económica o profesional. Finalmente, otro de los factores a considerar está relacionado con el hecho de que varias de las instituciones arbitrales locales tienen deficientes reglamentos, los que en muchos casos son copias imperfectas de otros que en la actualidad han quedado superados, lo cual en algunos casos genera demora en la tramitación de los procesos arbitrales.

Frente a este panorama, ¿cuál es el rol que le toca cumplir a las instituciones arbitrales en nuestro país? Al respecto consideramos que deben constituirse en verdaderos promotores de la cultura arbitral, asumiendo con responsabilidad el liderazgo que la Ley General de Arbitraje ha puesto en sus manos. Para ello, deberán preocuparse fundamentalmente por generar confianza en los posibles usuarios. Una forma de lograrlo es, sin lugar a dudas, mostrarse como entidades confiables, lo que implica asumir el rol que les corresponde, en especial el de control del procedimiento y de los árbitros que lo tienen bastante descuidado, así como la adecuación de sus reglamentos a los nuevos tiempos y porqué no, a la prestación de servicios complementarios como la implementación de bibliotecas especializadas en la materia que contribuyan a generar mayor interés entre los árbitros y demás usuarios del sistema.

El desarrollo del arbitraje en el Perú ha sido exponencial a partir de la última década, gracias a contar con una de las leyes más modernas del mundo como se ha dicho; sin embargo, el arbitraje como cualquier otro mecanismo alternativo de resolución de conflictos, requiere de la participación activa y de la máxima buena fe de las partes involucradas, las que tienen la responsabilidad y el deber de protegerlo. Los invito a seguir trabajando para lograr una verdadera institucionalización del arbitraje.

Antes de concluir, quiero expresar mi más sincera felicitación a los organizadores de este evento que, sin lugar a dudas, marcará un hito en la historia del arbitraje en el Perú. Muchas gracias.