

Práctica arbitral

Peritaje en el arbitraje internacional *

Bernardo M. CREMADES **

Lord Woolf identificó, en su informe de 1995 (*Acces to Justice, Interim Report*), el peritaje como la mayor causa de encarecimiento del litigio civil, especialmente por ser excesivo o de uso inapropiado, al igual que la parcialidad de los expertos. La pregunta que quisiera plantearme es la de si se puede decir lo mismo hoy respecto del arbitraje internacional. Es decir, son los expertos necesarios o incluso apropiados dada la crítica frecuente sobre sus altos costes y el retraso que implica su intervención en el procedimiento arbitral.

El perito de parte y el perito del tribunal

Las partes, en la presentación de sus reclamaciones utilizan con frecuencia la ayuda de peritos designados al efecto. Unas veces, los designan cuando pueda surgir el problema susceptible de un eventual litigio arbitral; en ocasiones, se acude a ellos en la preparación misma de la demanda o una vez en marcha el procedimiento arbitral.

Las posiciones de los peritos de parte son a veces tan divergentes que el tribunal requiere el nombramiento de un experto independiente que pueda ayudarle a valorar las respectivas posiciones de las partes. Surge la duda de cómo debe el tribunal designar dichos expertos: ¿debe contar con la aprobación o, al menos, con la opinión de las partes? El tribunal deberá fijar las cualificaciones que exige el peritaje. Sin duda, esperará para proceder a su nombramiento una vez que conozca los hechos del caso para así poder determinar la misión exacta del perito.

Es tradicional la discusión sobre la función que debe desempeñar el perito. Para citar dos ejemplos muy concretos de reformas procesales, hablemos de la reforma en el Reino Unido de la legislación procesal civil en 1998 y en España con la introducción de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en el año 2000. En el Reino Unido la solución consistía precisamente en traer bajo el control del juez la prueba pericial. La tradición anglosajona de que cada parte presentara sus peritos era, al decir del legislador, la causa de los proble-

* Tercera Conferencia Magistral "José Luis Siqueiros", pronunciada en el Auditorio Xavier Scheifler de la Universidad Iberoamericana (México), organizado por el Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción.

** Socio Fundador de Cremades y Asociados.

mas del procedimiento civil; por el contrario, se pretendía introducir peritos únicos, designados de común acuerdo y bajo el control judicial, para así lograr una mayor eficacia de la fase probatoria; de esta forma se quería conseguir mayor imparcialidad, reducción de costes, aumento de eficacia, igualdad entre las partes y la posible facilitación de una transacción de las controversias. Por el contrario, el Derecho histórico español se basaba más bien en la designación judicial del perito en el proceso civil. Los jueces tenían la tendencia de aceptar las conclusiones del perito designado judicialmente, en ocasiones sin ninguna discusión. Las dilaciones en el uso de listas oficiales de peritos eternizaban el procedimiento y por supuesto le restaban eficacia. Por ello, se fomenta que junto a los peritos designados por las partes, se puedan designar por el juez aunque sometidos siempre al interrogatorio de las partes o del propio juez en la Audiencia.

Las soluciones, en consecuencia, en el Derecho comparado proceden de forma paralela pero en diferentes direcciones: en las jurisdicciones del *common law*, mayor control de los tribunales sobre la prueba pericial de los expertos; en España las ineficacias de los peritos designados por el juez han conducido a una mayor participación de las partes en la presentación de la pericia. En definitiva, caminamos hacia la flexibilidad en el tratamiento moderno de la prueba pericial, con mayor objetividad que resulta de los deberes de transparencia y revelación de las circunstancias en las que los expertos realizan su pericia, comunicación entre los propios expertos y la supervisión del tribunal en la presentación de la pericia.

Recientemente, se ha pretendido presentar la experiencia de Australia en torno a lo que se ha venido en llamar *expert conferencing* como la verdadera solución frente a la parcialidad, el coste y el retraso del peritaje en nuestros sistemas procesales. Con sorpresa, vemos estas iniciativas de marketing de los anglosajones, cuando nuestro sistema procesal conoce desde lejos el caireo de los testigos o peritos. Pero lo cierto es que cada vez más los tribunales de arbitraje usan esta técnica para contrastar las opiniones de unos y otros, frente a frente, delante del tribunal arbitral y en presencia de las partes.

La función del perito en el arbitraje internacional

La función del perito en el arbitraje internacional debe tener en cuenta que se trata, por un lado, de un testigo y, además, de un experto en la materia.

En cuanto testigo su función difiere del auditor, del consultor y, sobre todo, del abogado de parte.

El auditor debe verificar la contabilidad de la empresa, constituyendo su dictamen una garantía frente a terceros. Los inversores o los acreedores de la empresa descansan en la confianza que los auditores les dan sobre la exactitud de las cuentas. El perito mostrará al tribunal las dudas que puedan existir en torno a la situación contable o financiera de una empresa. Puede ayudar a calcular los daños y perjuicios que puedan derivarse de una determina-

da actuación contractual de la empresa. El auditor da fe de la veracidad de unos asientos contables, el perito no tiene funciones notariales sino que ayuda en la valoración de una prueba.

El perito no es tampoco un consultor. Este ayuda al empresario a encontrar una solución que sea la más apropiada a su estrategia empresarial. Por eso, resulta difícil encajar la figura del consultor prácticamente integrado en algunos casos dentro de la empresa para la preparación de demandas arbitrales. Las empresas de recursos naturales o de construcción, por ejemplo, son la clientela más estable de las consultoras internacionales; con frecuencia se encuentran en el origen de la conflictividad, asesorando cómo prevenir u organizar estrategias arbitrales futuras. Después, iniciado el procedimiento arbitral comparecen a modo de testigo experto en la materia.

La función del perito en el procedimiento arbitral consiste en testificar y asistir al tribunal pero no tratar de educarle. Con demasiada frecuencia se ven peritos de parte que adoptan una postura más radical incluso que el abogado de parte. El perito está obligado a decir la verdad con arreglo a su propio código ético profesional. Por eso, los dictámenes periciales quedan sometidos al interrogatorio de las partes, comprobando así la veracidad de su línea argumental y de sus conclusiones. Bien es verdad que si interviene un abogado con formación anglosajona cabe el peligro de que prime en el procedimiento el lucimiento personal del letrado; muchas veces, el letrado anglosajón piensa más en lo que pueda recoger el acta del juicio que en la eficacia de la prueba pericial; si, además, se encuentra presente en la sala su cliente, pensará más en la satisfacción de éste que en la eficacia probatoria del peritaje.

El perito es un testigo, pero a diferencia del régimen jurídico procesal de los peritos en el procedimiento judicial, en el arbitraje internacional no tiene por qué ser independiente de las partes. Buena parte de los peritos que aparecen ante tribunales arbitrales son empleados o subcontratistas habituales de una de las partes. La razón es que nadie mejor que ellos conocen las circunstancias del tema objeto de peritaje. Eso sí, están obligados a declarar al tribunal y a la otra parte dichas relaciones especiales. El objeto de la pericia es aportar todos los elementos de prueba posible ante el tribunal arbitral que debe efectuar una valoración del caso.

Por eso, resulta pertinente preguntarse si cabe una posible recusación de los peritos, sea por las causas que revelen o por las conexiones que puedan haberse encontrado y que no hayan sido puestas voluntariamente de manifiesto. Entiendo que no tiene ningún sentido hablar de recusación del perito de parte; el tribunal, en su momento, valorará la posible falta de objetividad que las especiales relaciones con la parte que lo ha propuesto puedan condicionar la pericia de una u otra forma. La posible recusación de un perito designado por el tribunal puede tener otras connotaciones y sobre todo distintas consecuencias. La pericia, aunque sea a propuesta de parte, debe ser creíble; si procede de un perito designado por el tribunal, además de creíble ha de ser prudente. Por eso, se equivoca el perito que adopta la postura del

“gurú” que debe aleccionar al tribunal, por considerar en ocasiones que está compuesto por tres juristas muy alejados de su mentalidad técnica. Eso ocurre con la técnica, pero también ocurre con la contabilidad o en materia jurídica con los llamados talibanes o fundamentalistas en la interpretación de los contratos FIDIC. La misión del perito no es imponer su criterio, no es la de educar a los árbitros, sino la de ayudarles a comprender las circunstancias en las cuales se mueve el litigio.

El perito es un testigo muy cualificado. Es, además, un experto en la materia. Por ello, debe indicar en su informe sus especiales cualificaciones en un detallado *currículum vitae*. Un ingeniero, por ejemplo, no puede ser perito en todas las materias; sólo lo será en aquéllas en las que ha desarrollado su actividad profesional a lo largo de los años. Sin embargo, los costes del procedimiento pueden determinar el que una parte se vea obligada a presentar un experto solicitándole que efectúe su peritaje sobre temas técnicos pero que escapan a su especialidad habitual. Las posibilidades económicas de cada una de las partes determinan el alcance del peritaje y el tribunal debe estar alerta para evitar que la parte económicamente más poderosa pueda sentar unas pruebas periciales arrolladoras frente a la otra parte menos pudiente que ha debido limitar sus gastos a la hora de contratar y controlar al experto. La prudencia de los árbitros consiste precisamente en saber que las pruebas no tienen otra misión específica en el procedimiento arbitral que llevar al convencimiento del tribunal sobre determinados hechos o valoraciones de los mismos.

El arbitraje internacional exige hoy de los peritos que trabajen de forma colegiada más que en régimen de confrontación permanente. Deben ser conscientes de que su función consiste en ayudar al tribunal a tomar una decisión. Por eso, un árbitro experimentado consigue que los peritos de parte trabajen conjuntamente y, si no es posible, lo hagan en colaboración con el perito o los peritos designados por el tribunal. Los peritos están obligados a mostrar al tribunal y a las partes la documentación usada en su peritaje, para así permitir llegar de forma más clara a la realidad peritada.

Las relaciones entre los peritos de parte y la parte que los ha designado a veces no son sencillas. En ocasiones los abogados que dirigen la estrategia procedimental limitan la información suministrada a los peritos que designan para así poder tener control soberano sobre la estrategia de parte. Craso error. A veces surge en el procedimiento arbitral la postura crítica del perito frente al abogado de la parte que lo ha designado, obligando en ocasiones a intervenir de forma directa al abogado interno de la empresa para dirimir un conflicto que puede tener consecuencias devastadoras en la postura arbitral. En ocasiones, se impone un cambio de perito, pero resulta difícil entender que su sustitución implique la negativa de hechos o interpretaciones admitidas ante el tribunal por el perito anterior; si por medio se ha dictado una sentencia arbitral de tipo parcial, puede incluso decirse que el peritaje anterior puede, por su incorporación a la sentencia arbitral, llegar a constituir *res judicata*. Los errores que se hubieran podido cometer en los informes peri-

ciales pueden constituir base suficiente para solicitar en su momento la corrección de la sentencia o incluso en su caso la anulación de la misma.

La aparición del llamado experto “estrella”

Frente al arbitraje artesanal que conocimos al comienzo de nuestra actividad profesional, hoy en día el arbitraje se ha convertido en una industria importante y con frecuencia bastante lucrativa. Estamos asistiendo a mega arbitrajes comerciales o de protección de inversiones.

El desarrollo del arbitraje en relación a los recursos naturales adquirió hace unas décadas una importancia extraordinaria. Mucho más recientemente, los arbitrajes de protección de inversiones fundamentados en tratados bi o multilaterales han dado al arbitraje un impacto económico, cultural e incluso político extraordinario.

Los protagonistas de estos mega arbitrajes se han organizado en un mercado extraordinariamente competitivo. Hoy, la figura del perito individual está cediendo el paso en muchos casos al perito organización. A muchos empresarios les resulta más conveniente proponer a su consejo de administración la designación de profesionales que trabajen en un equipo con una denominación muy conocida; si las cosas salen mal, la culpa no será del gerente empresarial o de sus asesores internos, prefiriendo así pagar el alto coste de una organización externa que permita trasladar eventuales responsabilidades.

Hoy, es frecuente que el peritaje lo realice un equipo. El gerente de ese equipo con quien habitualmente contrata la empresa en cuestión se encarga de distribuir el trabajo dentro de su organización. Unos redactarán el informe pericial, lo cual realizarán en un trabajo muy cercano al equipo de abogados designado por la empresa para defender sus intereses en el arbitraje. En la audiencia aparecerá alguien que, conociendo la técnica objeto de la pericia, sin embargo tenga especial capacidad de comunicación y experiencia de convencimiento a otros tribunales arbitrales. Hay peritos muy buenos para la redacción del informe escrito y hay otros que tienen habilidades comunicativas. En todos estos equipos quien aparece ante el tribunal como “estrella” que se repite en diferentes tribunales arbitrales no hace sino presentar una labor de equipo.

En estas circunstancias cabe preguntarse si la participación del perito en la elaboración interna de la estrategia empresarial frente al arbitraje, si la relación repetitiva de los abogados y los peritos en diferentes procedimientos arbitrales no cuestionan la verdadera función del perito como testigo y además experto en la colaboración con el tribunal para el esclarecimiento de la verdad sobre la que éste debe fundamentar su decisión arbitral.

No sé si Lord Woolf al analizar la justicia en su informe de 1995 tenía o no razón. Lo que sí está claro es que hoy en día el arbitraje está perdiendo su función original para convertirse en una gran industria. Los procedimientos arbitrales son muy lentos y costosos. Si entre todos queremos garantizar el

acceso a la justicia arbitral debemos reconsiderar el momento actual del arbitraje y en él una parte muy importante ocupa el peritaje.

La actividad del árbitro resulta con frecuencia inseparable de la del perito. Los sectores más frecuentes de los que conoce el árbitro son probablemente la construcción, energía, telecomunicaciones o concesiones. En ellos el árbitro, tenga la formación o experiencia que tenga, necesita el apoyo del experto en la materia. Sucede, sin embargo, que al amparo de la gran industria del arbitraje se ha olvidado el carácter personal y verdaderamente artesanal del perito. La proliferación de peritos en el procedimiento arbitral y, sobre todo, de equipos periciales son, con relativa frecuencia, motivo de confusión y, por supuesto, de exageradas dilaciones. Conviviendo con procedimientos arbitrales de excesiva longitud y costosidad tengo la impresión de que estamos matando la gallina de los huevos de oro, en que se ha convertido hoy en muchos casos el arbitraje. Esta tensión árbitro / perito en nuestra diaria actividad me recuerda con frecuencia el conocido huapango de Rubén Fuentes, popularizado por la voz de Miguel Aceves Mejía:

*“Ni contigo ni sin ti
tienen mis males remedio,
contigo porque me matas
y sin ti porque me muero”.*