

## EL APOORTE DEL PERITO Y LA PERICIA AL ARBITRAJE

### Introducción

Etimológicamente la palabra "pericia" proveniente del latín *peritia*, vocablo conformado por dos voces, *periens* que puede traducirse como "probado", y el sufijo *-ia*, que es indicativo de cualidad. En ese orden, etimológicamente "pericia" es equivalente a "sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte", y el "perito", del latín *peritus* es la persona "entendida, experimentada, hábil, práctica en una ciencia o arte."

En su calidad de experto por tanto, y siguiendo a la Real Academia de la Lengua Española, denomínese perito a la "persona que, poseyendo determinados conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos, informa, bajo juramento, al juzgador sobre puntos litigiosos en cuanto se relacionan con su especial saber o experiencia".

Es por ello evidente, que la intervención del perito y como consecuencia directa de la pericia, tiene su origen en el campo arbitral, de manera análoga al de la justicia ordinaria, en la necesidad de los árbitros de contar con una verificación de hechos que demandan especialización y una adecuada ilustración respecto de los aspectos de determinada especialidad en la cual aquél (el árbitro) carece de conocimientos profundos respecto de la materia fáctica en controversia o conociendo la materia técnica, considera razonable que para adoptar una mejor decisión cuente con el soporte de una opinión especializada de un tercero experto independiente.

Adicionalmente, dentro del origen de la participación del perito y la emisión de una pericia consecuente, se encuentra la circunstancia de la existencia de informes técnicos aportados por las partes con opiniones contrarias o discrepantes, y que demanda

sean dilucidadas por otro tercer perito que sea reconocido por sus cualidades por el árbitro.

Como se observa, la importancia del perito adquiere mayor relevancia de manera directamente proporcional a la especialidad de la materia en controversia, pues a mayor especialización de ésta aquél adquiere mayor protagonismo, convirtiéndose de esta forma, en un colaborador eficaz en la búsqueda de la verdad legal, único camino que el árbitro posee para resolver la controversia que le fuera puesto en su conocimiento.

### De las calidades y cualidades del perito

La formación técnica o profesional del perito es uno de los principales requerimientos que debe cumplir toda persona que desee ser reconocida o designada como tal. Mas esa formación y subsecuente experiencia demanda que sea dinámica, esto es, que a lo largo del tiempo se mantenga vigente, actual, de forma tal, que el denominado "expertise" permita que la opinión que vierta a través de su informe o dictamen responda a condiciones del presente y no a criterios académicos que pueden haber quedado desfasados por el tiempo, sin que ello pueda ser entendido en grado alguno, como que a un caso específico se apliquen criterios técnicos del presente respecto de circunstancias que, al momento en que se desarrollaron los hechos, eran desconocidas para la ciencia o técnica y por ende, de las partes.

Mas la calidad del perito no se agota en su sapiencia técnica, sino que por la importancia que su opinión conlleva, debe poseer independencia frente a los árbitros y las partes en controversia, aun cuando sea una de ellas la que ha contratado sus servicios.

---

1. Abogado por la USMP, Arbitro, Consultor independiente

Sobre el particular las Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Prácticas de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional, guía que resulta aplicable también para el arbitraje doméstico, establecen que tratándose de peritos designados por las partes, aquellos deben incluir en su dictamen pericial, entre otros, "su relación pasada y presente (si la hubiere) con cualquiera de las Partes y una descripción de sus antecedentes, cualificación, capacitación y experiencia."

Por su lado, y tratándose de peritos designados por los árbitros, "Antes de aceptar su nombramiento, el Perito designado por el Tribunal Arbitral deberá entregar a éste y a las Partes una declaración acerca de su independencia respecto de las Partes y del Tribunal Arbitral. Dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, las Partes deberán informar si tienen cualquier objeción sobre la independencia del Perito designado por el Tribunal Arbitral. El Tribunal Arbitral decidirá sin demora si acepta alguna de tales objeciones."

En ese orden de ideas, las partes en cuanto tutores de la idoneidad, independencia e imparcialidad de los peritos podrán, de ser el caso, cuestionarlos e incluso solicitar y lograr su remoción, si presentan pruebas fundadas respecto al incumplimiento de los perfiles técnicos o profesionales requeridos dada la materia objeto de pericia, o poseen circunstancias que pueden generar dudas justificadas respecto a las calidades y cualidades demandadas.

#### Perito de parte y Perito de oficio

El numeral 1 del artículo 44 de la Ley de Arbitraje establece que "El Tribunal Arbitral podrá nombrar, por iniciativa propia o a solicitud de alguna de las partes, uno o mas peritos para que dictaminen sobre materias concretas".

El texto de este artículo permite entender que la designación de un perito por el Tribunal Arbitral puede provenir de la solicitud de una de las partes en controversia, así como también de una decisión autónoma de los árbitros.

Adicionalmente, ello debe complementarse con el denominado "perito de parte", aquel designado directamente por una de las partes en controversia sin intervención del Tribunal Arbitral y que se presenta como una prueba mas como sustento de alguna pretensión y cuyo objeto y alcance ha sido fijado exclusivamente por esa parte que lo

presenta, tal como se encuentra legislado en el numeral 3 del artículo 44 de la Ley de Arbitraje..

Mas dado el alcance del texto legal, puede llevarse a cabo una "pericia de parte" mediante perito designado por el Tribunal Arbitral, en donde este último no tiene otra injerencia distinta a la designación que efectúa, pues el objeto de pericia así como su retribución, es una relación que se establece, exclusivamente, entre la parte y el perito.

En contrario, el "perito de oficio" es aquel designado por el Tribunal Arbitral por así requerir éste el esclarecimiento de los hechos fácticos técnicos en controversia; por ende, el objeto y alcance de la pericia corresponde ser definido exclusivamente por los árbitros, aunque bien se puede consultar a las partes con criterio referencial aunque ellas no tengan determinación final respecto de tal objeto, esto es, de las materias específicas objeto de pericia. En este caso, los costos de la pericia de oficio es asumida por las partes en proporciones iguales.

Debe tenerse en cuenta igualmente, que la designación de un perito de oficio, no debe responder a la insinuación velada o directa de alguna de las partes, pues en tal caso, lo que busca esa parte en buena cuenta es que el Tribunal Arbitral asuma como suyo los planteamientos que propone como objeto de la pericia y, de otra, que los costos de esa pericia sea asumido por ambas partes en controversia. Ambos extremos resultan contrarios a una práctica regida por la buena fe procesal.

Cabe preguntarse dado los criterios expresados hasta el momento y el numeral normativo comentado, si el Tribunal Arbitral debe en todos los casos que una parte le solicite la designación de un perito para que realice una pericia en función de los lineamientos y alcances de esa parte, acceder a la solicitud.

En torno a ello, si bien usualmente los Tribunales Arbitrales son proclives a aceptar dicho pedido sin mayor cuestionamiento de la contraparte, hay algunos aspectos que se encuentran pendientes de resolver y que deseo dejarlos planteados:

Si el Tribunal Arbitral designa un perito lo hace bajo la premisa que la persona que elige es la idónea para tal función, hay quienes afirman que con ello intrínsecamente los árbitros reconocen que el dictamen de dicho perito le va a generar convicción respecto de las materias objeto de

dictamen, con lo cual de manera indirecta se afectaría el derecho de defensa de la contraparte.

Por lo afirmado en lo que atañe a la pericia de oficio, entiendo que la posición esgrimida no resulta válida, pero reconozco que el tema deviene en opinable.

Finalmente en cuanto a este aspecto, entendemos que tal como está redactado el numeral de la Ley que comentamos, el Tribunal Arbitral está facultado, y por tanto, según evalúe en atención a las circunstancias propias del caso específico, podrá aceptar o declinar el ejercicio de tal facultad no estando por ello obligado a atender el pedido a fin de mantener su independencia e imparcialidad.

Frente a lo expuesto, la práctica ha estructurado procedimientos de designación intermedios, entre los cuales se destaca que tratándose de pericias de oficio en que la parte que la ofrece haya solicitado que el Tribunal Arbitral designe al profesional encargado de la misma, los árbitros soliciten a esa misma parte un listado de profesionales y solo el Tribunal Arbitral efectúe elección de ese mismo listado. Como bien se entiende, las reservas comentadas en párrafos precedentes se disipan pues en nada se vincula, en estricto, la elección del perito con la idoneidad del mismo o conclusiones de la pericia, pues todo ello siempre estará en manos de la parte oferente.

### **El objeto de la pericia**

Hemos señalado que la gran diferencia entre una pericia de parte y la pericia de oficio, es que en la primera el objeto es fijado por la parte que actúa aquella, mientras que en la segunda, el objeto es determinado por el Tribunal Arbitral.

En uno y otro caso sin embargo, el objeto de la pericia debe versar sobre materias concretas, determinadas.

Resulta innecesario referir que tratándose de pericias de parte, las materias son fijadas libremente y los límites de la misma lo fija la propia parte.

Mas en la pericia de oficio, aun cuando el Tribunal Arbitral al momento de fijar el objeto de aquella no posee límite, consideramos que debe cuidarse sin embargo de sustituir la carencia de prueba de alguna de las pretensiones de las partes o del análisis de algún aspecto técnico que no ha sido materia de contradicción en las actuaciones arbitrales, pues ello puede ser entendido como una vulneración

del trato igualitario que los árbitros deben guardar durante el ejercicio de su función y del principio procesal de carga de prueba que obliga a cada parte a probar los hechos que expone.

### **Contenido del dictamen o informe pericial**

La expresión del perito es a través del informe o dictamen pericial, no existiendo entre ellos diferencias, siendo usada la terminología de manera indistinta.

Como expresión del término del estudio y juicio crítico que el perito ha realizado respecto de las materias que se le han encargado, debe éste redactar una memoria en la que plasme de manera sucinta pero fundamentada, los hechos, datos, motivos que lo conducen a las conclusiones que expone y a las que ha arribado luego del trabajo realizado.

Aun cuando en términos genéricos en los dictámenes o informes de un perito de parte y un perito de oficio no debieran existir diferencias sustanciales, pues ambos, reiteramos, constituyen la expresión final del análisis y estudio de la materia concreta que la ha sido puesta en su conocimiento, la International Bar Association en su Guía sobre Pruebas, efectúa un detalle que los diferencia.

Respecto del dictamen o informe pericial elaborado por el perito de parte, numeral 2 del artículo 5º, detalla:

"El Dictamen Pericial deberá contener:

- a. el nombre completo y la dirección del Perito designado por la Parte, su relación pasada y presente (si la hubiere) con cualquiera de las Partes y una descripción de sus antecedentes, cualificación, capacitación y experiencia;
- b. una declaración acerca de los hechos en que fundamenta sus opiniones y sus conclusiones como perito;
- c. sus opiniones y sus conclusiones como perito, incluyendo una descripción del método, pruebas e información utilizados para llegar a tales conclusiones;
- d. una afirmación sobre la veracidad del Dictamen Pericial; y
- e. la firma del Perito designado por la Parte, así como la fecha y lugar."

En cuanto al Dictamen Pericial elaborado por el perito designado de oficio, el detalle es menor pero análogo al descrito, con la exclusión de aquellos extremos que han sido anteriormente objeto de conocimiento de las partes, como por ejemplo la declaración de independencia.

Mas sí en cambio, "describirá en el dictamen el método, pruebas e información utilizados para llegar a sus conclusiones."(numeral 4 del artículo 6º de la Guía sobre Pruebas)

En uno u otro caso, el Tribunal Arbitral, como señala explícitamente la Ley de Arbitraje en su numeral 1 del artículo 44 tantas veces citado, posee la facultad de requerir "a cualquiera de las partes para que facilite al perito toda la información pertinente presentando los documentos u objetos necesarios o facilitando el acceso a éstos".

El sustento de la pericia y el debate pericial

Una vez concluido y presentado el dictamen pericial, la normativa de la Ley de Arbitraje, numeral 2 del artículo 44, recoge la práctica uniforme de establecer que "el Tribunal Arbitral por propia iniciativa o a iniciativa de parte, convocará al perito a una audiencia en la que las partes, directamente o asistidas de peritos, podrán formular sus observaciones o solicitar que sustente la labor que ha desarrollado, salvo acuerdo en contrario de las partes".

Esto es, que el dictamen pericial está sujeto al escrutinio de las partes y a la contradicción propia de toda prueba actuada, concordante con el legítimo derecho de defensa, para ello como se señala, las partes pueden formular observaciones, solicitar mayor fundamento de algún extremo del dictamen o de las conclusiones, e incluso, aunque la normativa no lo regula explícitamente, la ampliación de la pericia, a efectos de que los alcances derivados de las conclusiones o vinculados a ellas o a las materias que han sido su objeto, posean el adecuado sustento o esclarecimiento.

Siendo sin embargo la pericia una prueba eminentemente técnica, en nuestro medio peruano, especialmente en los arbitrajes reglados por la Ley de Contrataciones del Estado, que los peritos se encuentren proclives a efectuar análisis o reflexiones legales, generando con ello no pocas veces controversia adicional, puesto que el perito tiene su origen y desarrollo en el campo técnico, y ampliarlo al terreno legal, constituye una distorsión o exceso del encargo conferido.

Lo manifestado en el párrafo precedente no conlleva a que el perito esté exento de poder sustentar su pericia en una determinada norma legal, por ejemplo una norma de edificación aprobada por disposición legal, pero ello no significa en grado alguno que la postulación técnica ceda paso a una reflexión

jurídica o interpretativa de una norma legal, pues ese alcance está reservado al Tribunal Arbitral.

Asimismo, cada conclusión que el perito incluya en su dictamen o informe no debe ser arbitraria, extremo que evitará si en cada caso, efectúa un desarrollo lógico fundado en la técnica que le brinde congruencia.

A su turno, las observaciones o cuestionamientos que las partes pueden efectuar a las pericias en general tienen sus mismos límites. En la audiencia de sustentación y debate pericial no se discuten alcances de índole legal sino exclusivamente o fundamentalmente técnico.

Veamos un ejemplo, si la pericia encargada tuvo por objeto que el perito emitiera dictamen respecto a si una determinada circunstancia afectó o no la ruta crítica y como consecuencia de ello se otorgue o no una ampliación de plazo; el perito debe ceñir su informe al impacto de esa circunstancia en la programación de la obra, pues aspectos tales como cumplimiento de las formalidades como anotaciones en el cuaderno de obra u otra cualquiera, es un extremo que a aquel no le corresponde evaluar, aunque pueda hacer alguna referencia, pero sin perder de vista que el objeto de su encargo es evaluar si esa circunstancia además de ser certera impactó en el cronograma de obra y por cuánto tiempo. Ahí radica la valía de su opinión versada.

Así por tanto, la pericia debe estar fundada en hechos fácticos y veraces, analizados en función de la técnica aplicable y elementos que permita ser corroborados desde esa misma perspectiva técnica.

Igualmente, las observaciones de la pericia deben ser fundadas en elementos técnicos ya sea de los hechos o circunstancias o de la metodología técnica o científica aplicada para arribar a una conclusión que, desde la perspectiva de la parte que observa, deviene en errada.

Ahora bien y como resulta obvio, para que la pericia resulte adecuada a su propósito debe ser efectuada en función a la información que se le brinde al perito, tanto que exista en el expediente arbitral cuanto de aquella que el perito requiera al constituirse ésta como necesaria para que el dictamen o informe pericial posea la veracidad y contundencia que le es propio.

Es así que la Ley de Arbitraje en el numeral 1 del artículo 44 que hemos citado ya anteriormente,

se establece como facultad de los árbitros la de "requerir(rá) a cualquiera de las partes para que facilite al perito toda la información pertinente presentando los documentos u objetos necesarios o facilitando el acceso a éstos".

El accionar indicado se engloba dentro de la "buena fe" a que se refiere el artículo 38 de la Ley de Arbitraje, que establece la obligación de las partes de observarla "en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje".

Dentro de la lógica de transparencia e igualdad de las partes, en el caso que el perito de oficio requiera de información adicional a la obrante en el expediente, tal debiera ser solicitada a través del Tribunal Arbitral y con conocimiento de las partes, no siendo recomendable el trato directo del perito con solo una de las partes y menos aun que las conclusiones de la pericia se sustenten en documentos o informaciones que no constituyen parte del acervo del expediente arbitral puesto que en tal circunstancia la pericia devendría en cuestionable en su valía, al afectar el derecho de defensa de la parte no informada.

Aun cuando existen matices, el criterio precedente es también aplicable tratándose de pericia de parte, por cuanto de no formar parte de la misma la información adicional que pudiera ser ajena al expediente arbitral, las conclusiones igualmente serían objetables al no disponer su contraria de la oportunidad de valorar esa documentación que sirve de sustento a la pericia.

Aunque no regulada en la legislación local, pero sí formando parte de la Reglas de IBA, se encuentra la posibilidad que ante la existencia de pericias contrapuestas, el Tribunal Arbitral fomente una reunión entre los peritos a fin de alcanzar, en lo posible acuerdos sobre los temas materia objeto de pericia.

El numeral 3 del artículo 5º de dichas Reglas expresa sobre el particular, "El Tribunal Arbitral podrá, a su discreción, ordenar que cualquiera de los Peritos designados por las Partes que hayan presentado Dictámenes Periciales sobre los mismos asuntos o sobre asuntos conexos, se reúnan y deliberen acerca de tales asuntos. En tal reunión, los Peritos designados por las Partes deberán tratar de llegar

a un acuerdo sobre los asuntos en los cuales hayan tenido diferencias de opinión en sus Dictámenes Periciales y harán constar por escrito aquellos asuntos sobre los que lleguen a un acuerdo."

Esta atinada práctica permite que las posiciones técnicas originalmente discrepantes puedan encontrar puntos de concordancia o de acercamiento, de modo tal, que las diferencias sean menores y con mayor fundamento, con lo cual la labor del Tribunal Arbitral se ve, de una parte simplificada en cuanto a los extremos conciliados; y de otra, con mejores elementos de reflexión para sumir decisión en los extremos que se mantiene discrepancia técnica.

### El valor probatorio de la pericia

De lo expuesto hasta el momento no cabe duda que el dictamen pericial tiene una importante relevancia dentro del arbitraje toda vez que de una parte brinda la ilustración adecuada a los árbitros respecto de la materia o asunto en controversia desde una perspectiva técnica, aunque también podría tratarse de materia científica o artística y, simultáneamente, al tratar de comprobarse a través del dictamen pericial algún aspecto relevante de una pretensión o posición de defensa, constituye una prueba que, como tal, está sujeta a contradicción por las partes, así como a valoración por los árbitros dentro del contexto de las otras pruebas actuadas y demás circunstancias del caso concreto.

Sobre el referido alcance Carnelutti<sup>2</sup> expresa con acierto: "(...) el perito aparece no como una fuente de prueba, sino como un medio de integración de la actividad del juez"; Alsina<sup>3</sup>, sobre el mismo punto "sostiene que el dictamen pericial no es prueba sino un medio para la obtención de una prueba, desde que sólo aporta elementos de juicio para su vinculación"

Es así por tanto que el dictamen pericial en cuanto prueba no condiciona ni limita al Tribunal Arbitral al momento de asumir decisión, ya que el perito en modo alguno sustituye al árbitro, pues es a éste al que las partes han conferido la facultad de resolver una controversia y no a un perito que puede ilustrar al árbitro pero que, por su propia especialización en la materia controvertida, está al margen de las circunstancias de orden contractual y legal que puede incidir para que la decisión

2. CARNELUTTI, Francesco, La prueba Civil traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, 2da ed. italiana, Buenos Aires, pág. 89.

3. KIELMANOVICH, Jorge, Teoría de la Prueba y Medio Probatorios, tercera Edición ampliada y actualizada, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires 2004, pág. 568. Citando a ALSINA, H., tratado de Derecho Procesal Civil, Ediar, Buenos Aires, T.III, pág. 473.

del árbitro no sea necesariamente en el mismo sentido que la conclusión del perito plasmada en el dictamen pericial.

Por tanto, el árbitro al valorar el dictamen pericial aplicará la sana crítica es decir, registrará su razonamiento con criterios lógico-racionales, valorando el contenido del dictamen y no únicamente su resultado, en función de los demás medios de prueba a fin de dilucidar los hechos controvertidos. De existir dictámenes contradictorios, el árbitro dentro de su función de juzgador, podrá optar por aquel o aquellos que estime más convincentes u objetivos, es decir, que ofrezcan una mayor aproximación a la realidad de los hechos, a lo que hemos denominado al inicio de este artículo como la verdad legal.

Sin embargo, el incumplimiento de la actuación de la pericia acorde con las disposiciones de la Ley de Arbitraje o del pacto de las partes puede conllevar que aquella deje de ser valorada en razón de que el mencionado incumplimiento conlleve una quiebra del debido proceso.

El numeral 2 del artículo de la Ley de Arbitraje dispone que "Después de presentado el dictamen pericial, el tribunal arbitral por propia iniciativa o a iniciativa de parte, convocará al perito a una audiencia en la que las partes, directamente o asistidas de peritos, podrán formular sus observaciones o solicitar que sustente la labor que ha desarrollado, salvo acuerdo en contrario de las partes".

Dada la redacción transcrita, la audiencia de debate pericial se torna en un imperativo de cumplimiento obligatorio, pues "deberá" citarse a ella, salvo acuerdo en contrario de las partes, lo que pone de manifiesto la relevancia que para el legislador tiene la aplicación del principio de contradicción que no puede dejarse de lado sin mediar decisión de las partes en controversia.

Queda sin embargo definir el quehacer respecto del dictamen pericial presentado cuando el perito convocado no asiste a dicha audiencia. La legislación nacional no tiene una solución a ello, por lo que resulta conveniente recurrir a las Reglas de la IBA sobre el particular.

En el artículo 5 de esas Reglas, numerales 5 y 6 se regula que

5. Si un Perito designado por las Partes no compareciese sin razón válida para declarar en una Audiencia de Pruebas, salvo acuerdo entre las

Partes aceptado por el Tribunal Arbitral, el Tribunal Arbitral no tendrá en cuenta su Dictamen Pericial, salvo que, por circunstancias excepcionales, el Tribunal Arbitral determine lo contrario.

6. Si las Partes acuerdan que no es necesario que un Perito designado por una Parte comparezca para declarar en una Audiencia de Pruebas, no se considerará que dicho acuerdo implica la aceptación de la veracidad del contenido su Dictamen Pericial".

Sin embargo, nada establece respecto de la ausencia del perito designado por el Tribunal Arbitral asumiendo como propio que esa posibilidad de ausencia no es factible se produzca.

De la ampliación de la pericia

En no pocas oportunidades y como consecuencia de la audiencia de sustentación y debate del dictamen pericial, surge la necesidad de que el perito amplíe la pericia desarrollada en función de nuevos cuestionamientos o derivados de las conclusiones de la misma.

En tales casos, especialmente cuando se trata de pericias de oficio, corresponderá al Tribunal Arbitral determinar los nuevos alcances respecto de los cuales el perito debe pronunciarse y, si el encargo ampliatorio demanda trabajo adicional, se deberá establecer los honorarios por tales nuevos requerimientos, los que al igual que en los honorarios iniciales, deberá ser sufragado por las partes en proporciones iguales.

Mas si los alcances adicionales surgen respecto de una pericia de parte, corresponderá a ésta parte determinar si efectivamente resuelve ampliar la que es objeto de debate y sustentación, correspondiéndole exclusivamente, sufragar los costos de la ampliación.

## Conclusión

La pericia es un medio probatorio valioso que ilustra al Tribunal Arbitral y coadyuva en la toma de decisión.

Como todo medio probatorio, la pericia constituye un elemento de la decisión pero no condiciona al Tribunal Arbitral por cuanto, al igual que las otras actuadas, debe ser valorada en conjunto, a fin de encontrar una concordancia o discordancia que permita obtener convicción en un determinado sentido y, en virtud de aquel, asumir decisión.

Los peritos como partícipes del arbitraje deben poseer, además de las calidades técnicas necesarias al objeto del asunto puesto a su consideración, independencia e imparcialidad frente a las partes y frente a los árbitros a efectos de que, ya sea una pericia de parte o de oficio, constituya un elemento relevante para que los árbitros asuman decisión respecto a las materias controvertidas.