

OPINIÓN EXPERTA EN ARBITRAJE DE CONSTRUCCIÓN: DEBERES Y RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE LOS PERITOS

EXPERT OPINION IN CONSTRUCTION DISPUTES: DUTIES AND PROFESSIONAL LIABILITY OF EXPERTS

Katherine Waidhofer Ludeña*
Navarro Sologuren, Paredes, Gray Abogados

Disputes in the construction industry usually require the participation of a variety of qualified specialists who can assist the tribunal in understanding the high complexity of contract performance. In arbitration, the expert is generally appointed by one of the parties, although his opinion is solely obliged to the tribunal. Naturally, this relationship of perceived ambivalence between the expert, the party who appoints him and the tribunal can raise questions about the impartiality and independence of his opinion.

In this article, the author analyzes the international statutes and soft law that regulate the duties and professional responsibilities of experts in construction arbitration. In particular, she evaluates the treatment of the figure under Peruvian law and sheds light on whether the regulation provided by the Civil Code is sufficient. Furthermore, the author remarks the main measures adopted by arbitration tribunals to test the objectivity of expert opinions and the applicable standard of care for determining possible non-compliance by experts in the Peruvian legal system.

KEYWORDS: *Expert; professional liability; impartiality; construction arbitration; client; arbitration tribunal.*

Las controversias en la industria de la construcción usualmente requieren de la participación de una variedad de especialistas calificados que puedan asistir al tribunal a comprender la alta complejidad de la ejecución del contrato. Generalmente en el arbitraje, el perito es nombrado por una de las partes en la disputa, aunque debe el sentido de su opinión únicamente al tribunal. Por supuesto, esta relación de aparente ambivalencia puede generar dudas sobre la imparcialidad y objetividad de un experto.

En el presente artículo, la autora analiza las distintas normas e instrumentos internacionales que regulan los deberes y la responsabilidad profesional de los peritos en los arbitrajes de construcción. En concreto, evalúa el tratamiento de la figura en el derecho peruano y da luces sobre si la regulación que proporciona el Código Civil es suficiente. Asimismo, señala las principales medidas adoptadas por los tribunales arbitrales para confrontar la objetividad de las opiniones expertas, y el estándar de diligencia aplicable para determinar posibles incumplimientos por parte de los peritos en el ordenamiento peruano.

PALABRAS CLAVE: *Perito; responsabilidad profesional; imparcialidad; arbitraje de construcción; cliente; tribunal arbitral.*

* Abogada. Master of Sciences (M.Sc.) in Construction Law and Dispute Resolution por el King's College de Londres. Profesora de la Escuela de Posgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Fellow del Chartered Institute of Arbitrators (Reino Unido). Abogada principal y cojefe del área de Disputas de Navarro Sologuren, Paredes, Gray Abogados (Lima, Perú). Contacto: kwaidhofer@npg.pe.

La autora agradece la invaluable colaboración de Leandro García, abogado de Navarro Sologuren, Paredes, Gray Abogados, por su importante aporte en la investigación para la redacción del presente artículo.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 13 de marzo de 2020, y aceptado por el mismo el 20 de junio de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

Las disputas relacionadas a los contratos de construcción, por ser de alta complejidad técnica, requieren frecuentemente la intervención de peritos cuya opinión experta ayude a los árbitros o jueces a comprender los aspectos técnicos involucrados en la controversia. La actuación de opiniones expertas, que actualmente es ampliamente utilizada tanto a nivel nacional como internacional, en su momento planteó una serie de cuestiones que merecieron ser objeto de pronunciamiento judicial expreso. En efecto, históricamente, la tarea de administrar justicia era celosamente resguardada por los jueces, quienes decidían sin la ayuda de terceros para evitar que “interfirieran” en sus funciones.

El escenario cambió a finales del siglo XVIII con el estallido de la revolución industrial. Las opiniones expertas empezaron a ser admitidas casi por necesidad y su uso se volvió más frecuente porque ayudaban a las cortes a entender los rápidos y nuevos desarrollos en ciencia y tecnología que acontecían en dicho contexto (Rosenberg, 2015, p. 2). La evidencia experta fue admitida en los tribunales judiciales del *common law*, siendo el primer caso del que se tiene registro oficial el de *Folkes c. Chadd*, decidido por las cortes inglesas en 1782.

En *Folkes c. Chadd*, se discutía si una construcción había provocado que el puerto de Norfolk en Inglaterra comenzara a hundirse y, por consiguiente, si se debía demoler dicha estructura a fin de recuperar la estabilidad del puerto. La opinión del ingeniero John Smeaton, llamado como experto por una de las partes, fue excluida bajo el argumento que sus explicaciones teóricas eran opiniones que no podían ser tomadas como sustento de una sentencia.

En grado de apelación, Lord Mansfield, Chief Justice del Royal Court of King's Bench, declaró que la exclusión de la opinión del ingeniero Meaton fue un error y ordenó un nuevo juicio. En efecto, la Corte señaló que “in matters of science, [...] the reasonings of men of science can only be answered by men of science”¹ (1782). De esta forma, *Folkes c. Chadd* sentó el principio de que la opinión de un experto puede ser admitida como evidencia porque esa información se encuentra, de forma común, fuera del conocimiento y experiencia usual de las cortes.

Se aprecia, entonces, que una cuestión tan normal y aceptada como el uso de las opiniones expertas

fue, en su época, un asunto que requirió de un pronunciamiento especial por las cortes. Con el tiempo, las reglas de actuación de las opiniones de expertos se desarrollaron y regularon de manera expresa en distintos documentos, como por ejemplo, las Reglas de la International Bar Association (en adelante, IBA). Asimismo, se desarrollaron sobre la práctica de prueba en el Arbitraje Internacional, las recientemente aprobadas Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (también conocidas como Reglas de Praga) y en distintos códigos procesales y reglamentos de arbitraje que contienen regulaciones sobre la materia.

En esa línea, la cuestión que se abordará en el presente artículo es el régimen que regula los deberes y la responsabilidad profesional de los peritos en el cumplimiento de su encargo, tanto frente al tribunal arbitral como a su cliente. En efecto, se intentará responder la siguiente pregunta: ¿cuáles son los límites que debe observar un perito para cumplir con el encargo del cliente pero, a la misma vez, cumplir con los deberes impuestos por la normativa aplicable al arbitraje frente al tribunal arbitral? En ese sentido, si se demostrase que un perito ha faltado a sus deberes y obligaciones, ¿cuáles son las consecuencias?

II. DEBERES DE IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA

Bastante se ha escrito en relación con los deberes de imparcialidad e independencia de los árbitros, pero ¿cuál es el escenario en el caso de los peritos? En el contexto peruano, el Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje (en adelante, DL 1071) no establece de manera expresa ningún estándar específico que deban cumplir los peritos.

La situación es similar a nivel comparado. Por ejemplo, el artículo 32 de la Ley 60/2003 (Ley de Arbitraje española), el artículo 26 de la Ley 19.971 (sobre Arbitraje Comercial Internacional chileno), el capítulo 9 de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional argentina, el artículo 31 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional colombiano, y los artículos 1442 a 1443 del Código del Comercio mexicano tampoco regulan de manera expresa los deberes que deben cumplir los peritos. Una situación similar se presenta en el artículo 25 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), en el artículo 29 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima

¹ “en cuestiones de ciencia, [...] los razonamientos de los hombres de ciencia solo pueden ser respondidos por hombres de ciencia” [traducción libre].

(CCL) y en el artículo 50 del Reglamento del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (CARC PUCP).

No obstante, el artículo 21.1 del Reglamento del London Court of International Arbitration (LCIA) sí establece de manera expresa que los peritos deben observar los deberes de imparcialidad e independencia. En efecto, la citada norma menciona lo siguiente:

Artículo 21. Expert(s) to Arbitral Tribunal

21.1 The Arbitral Tribunal, after consultation with the parties, may appoint one or more experts to report in writing to the Arbitral Tribunal and the parties on specific issues in the arbitration, as identified by the Arbitral Tribunal.

21.2 **Any such expert shall be and remain impartial and independent of the parties;** and he or she shall sign a written declaration to such effect, delivered to the Arbitral Tribunal and copied to all parties (2014) [el énfasis es nuestro]².

En esa misma línea, las Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional también regulan, de forma expresa, la obligación de independencia e imparcialidad del perito y su alcance, de la siguiente forma:

Artículo 3. Documentos

[...]

8. En circunstancias excepcionales, si la pertinencia de la objeción solo pueda ser determinada mediante la revisión del Documento, el Tribunal Arbitral podrá resolver que no revisará tal Documento. **En este caso, el Tribunal Arbitral, después de consultar a las Partes, podrá designar un perito independiente e imparcial,** sujeto a confidencialidad, para que revise el Documento e informe sobre la objeción. En la medida en que el Tribunal Arbitral admita la objeción, el perito no podrá dar a conocer el contenido del Documento revisado ni al Tribunal Arbitral ni a las demás Partes.

Artículo 5. Peritos Designados por las Partes

[...]

2. El Dictamen Pericial deberá contener:

[...]

c. **una declaración acerca de su independencia respecto a las Partes, sus asesores legales y el Tribunal Arbitral;**

[...]

Artículo 6. Peritos Designados por el Tribunal Arbitral

1. **El Tribunal Arbitral, después de consultar a las Partes, podrá designar uno o más Peritos independientes** para que dictamen sobre cuestiones específicas determinadas por el Tribunal Arbitral [...].

2. Antes de aceptar su nombramiento, el **Perito Designado por el Tribunal Arbitral deberá entregar a éste y a las Partes una descripción acerca de su cualificación y una declaración de su independencia respecto de las Partes, de sus asesores legales y del Tribunal Arbitral.** El Tribunal Arbitral decidirá sin demora si acepta o no alguna de dichas objeciones. Una vez nombrado el Perito Designado por el Tribunal Arbitral, una Parte solo podrá objetar a su cualificación o su independencia si la objeción se basa en razones de las cuales la Parte adquirió conocimiento con posterioridad a su nombramiento (2010, pp. 9-16) [el énfasis es nuestro].

Asimismo, el artículo 4 del Protocol for the Use Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration del Chartered Institute of Arbitrators (CI Arb Protocol) indica lo siguiente:

Article 4 – Independence, Duty and Opinion

4.1 **An expert’s opinion shall be impartial and objective.**

4.2 Payment by the appointing Party of the expert’s reasonable professional fees for

² Artículo 21. Peritos del Tribunal Arbitral

21.1 El Tribunal Arbitral, después de haber consultado a las partes, podrá designar uno o más expertos para reportar al Tribunal Arbitral y a las partes en relación a cuestiones específicas del arbitraje, como lo indique el Tribunal Arbitral.

21.2 Tal experto deberá ser y permanecer imparcial e independiente de las partes, y él o ella deberá firmar una declaración escrita para tales efectos, entregada al Tribunal Arbitral y en copia a todas las partes [traducción libre].

the work done in giving such evidence shall not, of itself, vitiate the expert's impartiality.

4.3 An expert's duty, in giving evidence in the Arbitration, is to assist the Arbitral Tribunal to decide the issues in respect of which expert evidence is adduced.

4.4 An expert's written opinion should:

[...]

b) **state any past or present relationship with any of the Parties, the Arbitral Tribunal, counsel or other representatives of the Parties, other witnesses and any other person or entity involved in the Arbitration** [...] (2007, p. 4) [el énfasis es nuestro]³.

Por su parte, la sección quinta del Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje describe con mayor detalle las manifestaciones y el lapso de eficacia de los deberes de independencia y objetividad del perito, de la siguiente forma:

1. Objetividad e independencia

133. **El perito deberá ser objetivo e independiente.**

134. **Las cualidades de objetividad e independencia exigen que el perito tenga voluntad y capacidad para desempeñar su función ajustándose a la verdad y recogiendo en su informe tanto los aspectos que favorecen como aquéllos que perjudican a la parte que lo designó, y que mantenga una distancia objetiva frente a la parte que lo designa,** la disputa y otras personas implicadas en el arbitraje.

135. **El deber de objetividad e independencia exige que el perito no tenga ningún interés económico en el resultado del arbitraje.**

136. **El deber de objetividad e independencia es continuado desde la propuesta de nombramiento como perito hasta la conclusión del procedimiento arbitral** (2019, p. 45) [el énfasis es nuestro].

Ello se encuentra vinculado con lo indicado en el Modelo de Aceptación por el Perito del documento antes mencionado, en donde se establece que el perito tendrá que efectuar su declaración en los términos siguientes: “[a]cepto mi designación como perito a propuesta de [...] y **declaro que, según leal saber y entender, soy objetivo e independiente** y tengo disponibilidad suficiente para desempeñar el cargo” (2019, p. 102) [el énfasis es nuestro].

De este modo, a partir de las disposiciones citadas se aprecia que, a nivel internacional, y de manera similar que en el caso de los árbitros, los deberes de imparcialidad e independencia obligan al perito a lo siguiente:

a) Informar sobre cualquier relación que haya tenido, tenga o pudiese tener con las partes, el tribunal arbitral o cualquier agente que tenga alguna participación e interés en el proceso.

b) Mantener distancia objetiva frente a las partes y, en caso haya algún acercamiento, este deberá ser informado.

c) Tanto el deber (a) y (b) son eficaces y exigibles durante todo el arbitraje.

Como se ha visto, en el caso peruano no existe una norma que por defecto establezca expresamente los deberes de imparcialidad e independencia del perito. Ahora bien, ¿este aspecto significa que dichos deberes no son exigibles en nuestro ordenamiento jurídico? La respuesta es un rotundo no.

Conforme a lo expuesto, las referencias a los deberes de los peritos se encuentran en documentos de *soft law*, tales como protocolos o guías de buenas

³ Artículo 4.- Opinión Experta

4.1 La opinión de un experto será imparcial y objetiva.

4.2 El pago por la Parte nominadora de los honorarios profesionales razonables del experto por el trabajo realizado en la presentación de tales pruebas no viciará, por sí mismo, la imparcialidad del experto.

4.3 El deber de un experto, al presentar las pruebas en el Arbitraje, es ayudar al Tribunal a decidir las cuestiones respecto de las cuales se presentan pruebas periciales.

4.4 La opinión de un experto debe:

[...]

b) declarar cualquier relación pasada o presente con cualquiera de las Partes, el Tribunal Arbitral, el abogado u otros representantes de las Partes, otros testigos y cualquier otra persona o entidad involucrada en el Arbitraje [...] [traducción libre].

prácticas arbitrales internacionales. El artículo 34 del DL 1071 establece la posibilidad de incorporar tales prácticas a los arbitrajes llevados a cabo en el Perú. Dicha norma establece lo siguiente:

Artículo 34.- Libertad de regulación de actuaciones

[...]

3. Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, **el tribunal podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales, así como a los usos y costumbres en materia arbitral** (2008) [el énfasis es nuestro].

En ese sentido, las actuaciones arbitrales se rigen no solo por lo expresamente acordado en el convenio arbitral, el reglamento de la institución arbitral o el DL 1071, sino también por la costumbre arbitral, la cual recoge las prácticas internacionales señaladas de forma anterior. Ello, sin perjuicio que las partes expresamente acuerden la incorporación de documentos del *soft law* como parte de las reglas que regirán su arbitraje.

Por otro lado, a nivel jurisprudencial, también se le atribuye al perito el deber de independencia, el cual incluso debe primar frente a los deberes que el perito tiene con la parte que lo contrató. De tal forma, en el laudo parcial del 7 de agosto del 2002, expedido en el caso *Methanex Corporation c. Estados Unidos*, el tribunal arbitral señaló que dicha obligación anula cualquier obligación con la parte demandante como sujeto que ha contratado o paga por la participación del perito en el proceso. En otras palabras, desde la incorporación del perito al proceso arbitral se suspende la relación principal-agente hasta la culminación del proceso (2002, párr. 165)⁴.

Dicha situación es concordante con la posición anglosajona. Por ejemplo, en el derecho inglés, las Civil Procedure Rules (Practice Direction 35) establecen que existe un deber del perito hacia el

tribunal o los jueces, y que ese deber prima sobre los intereses de la parte que lo contrató. Por tal motivo, el perito debe entregar una declaración a la corte señalando que comprende y ha cumplido con dicho deber. En esa línea, Born señala lo siguiente:

[...] at a minimum, experts are subject to the same duties of honesty as fact witnesses and their failure to demonstrate independent professional judgment will seriously impair their credibility. The better view is that experts are required, including when they are party-appointed, to provide their genuinely-held and sincere professional opinion, and not to assume the role of advocate for a party (2014, p. 2281)⁵.

Adicionalmente a lo expuesto, existe otra razón importante por la que los peritos tienen incentivos para mantenerse imparciales e independientes. Los peritos tienen interés en conservar su reputación. De lo contrario, generarían, tarde o temprano, su exclusión del mercado arbitral, siendo esta quizá su mayor sanción (Jiménez Blanco & Franco Pujol, 2016, p. 62).

En conclusión, ya sea que las partes lo hayan pactado, que esté previsto en el reglamento de la institución arbitral o que el tribunal arbitral lo incorpore a través de los usos y costumbres arbitrales, lo cierto es que los peritos sí tienen el deber de mantener la imparcialidad e independencia en su actuación durante todo el arbitraje.

III. CIRCUNSTANCIAS QUE PUEDEN AFECTAR LA IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA DE LOS PERITOS

Que un perito deba ser imparcial e independiente es fácil de entender cuando se trata de una pericia de oficio ordenada por un tribunal arbitral. Pero en el caso de una pericia de parte, el perito siempre debe guardar el balance de observar, por un lado, el deber de diligencia frente a la parte que lo contrató; y, por otro lado, el deber de mantenerse objetivo e imparcial frente al tribunal arbitral. Mantener dicho balance suena difícil, entonces, ¿cómo se puede determinar si un perito ha faltado a alguno de dichos deberes?

⁴ El laudo parcial indica a la letra lo siguiente:

(iv) an acknowledgment by the expert witness of his or her independent duty to assist the Tribunal, including attendance at an oral hearing unless otherwise ordered by the Tribunal; and that this duty overrides any obligation to Methanex as the person engaging or paying that expert witness [...].

⁵ [C]omo mínimo, los expertos están sujetos a los mismos deberes de honestidad que los testigos de hecho y su incapacidad para demostrar un juicio profesional independiente perjudicará gravemente su credibilidad. La mejor opinión es que se requieran expertos, incluso cuando son nombrados por una de las partes para proporcionar su opinión profesional sincera y no asuman el papel de defensor de parte [traducción libre].

Las circunstancias por las cuales se puede dudar de la objetividad de un perito son variadas y están relacionadas, por ejemplo, con las relaciones que puedan existir entre el perito designado y la parte que lo contrata, la documentación revisada, la metodología utilizada, el resultado de la opinión experta, etc. Sobre el particular, es importante precisar que la elección del perito es fundamental por dos razones.

La primera de ellas es que el perito no puede estar relacionado de manera significativa con la parte que lo contrata, debido a razones de imparcialidad. De manera similar a lo que sucede con los árbitros, el perito no puede ser empleado de la empresa que lo contrata, ser pariente cercano de sus representantes ni tener un interés en el resultado de la controversia. Es decir, lo primero que se debe tener en cuenta al momento de elegir un perito es que este no tenga una relación significativa en términos económicos ni personales con la parte que lo contrata, a fin de evitar posteriores cuestionamientos. De lo contrario, estas situaciones tendrán que ser reveladas y dispensadas por la contraparte y el tribunal arbitral.

En segundo lugar, en los arbitrajes de construcción es indispensable que las partes y sus asesores identifiquen cuáles son las características en términos de especialidad y experiencia que debe reunir el perito para que su opinión experta pueda ser confiable. Por ejemplo, un ingeniero especializado en análisis forense de estructuras, en determinadas controversias, puede ser más adecuado que un ingeniero especializado en diseño. Un excelente profesional en diseño no necesariamente es un buen experto forense. El objetivo del proceso de diseño es identificar y desarrollar soluciones de ingeniería. Por otro lado, el proceso forense determina la causalidad del defecto, pues se enfoca en entender cómo se comportó una determinada estructura y las posibles causas para ello y, por lo tanto, puede resultar más adecuado para un informe pericial en determinadas materias (Brady, 2012, p. 8). Por su parte, el profesional que es propuesto debe evaluar si es apto para aceptar el cargo en razón a su especialidad y experiencia.

En este sentido, elegir a un profesional no adecuado para probar el caso y, además, que un perito acepte un encargo cuando no es especialista en el tema objeto de la controversia, puede afectar la confiabilidad de la pericia. En ese supuesto, el perito no necesariamente ha cometido una falta a sus deberes de imparcialidad e independencia; sin embargo, si su opinión es fácilmente rebatida, se generaría una apariencia de parcialidad frente al tribunal arbitral.

¿Qué otras circunstancias pueden dar lugar a que se forme la apariencia que el perito no es objetivo ni imparcial en su opinión experta? A manera de ejemplo, se pueden mencionar las siguientes:

- a) Que el perito prescinda de determinada información sin la debida justificación.
- b) Que el perito utilice exclusivamente información que es favorable a la parte que lo contrató.
- c) Que el perito no haya realizado (por sí mismo) una verificación de la información relevante para su informe y; por el contrario, haya confiado plenamente en la información entregada por los asesores de su cliente.
- d) Emitir, en un primer momento, su opinión en un determinado sentido y, de forma posterior, cambiar sus conclusiones significativamente.

Con el fin de generar dudas en el tribunal arbitral sobre la confiabilidad de la opinión experta, es usual que durante la fase de *cross-examination*, los abogados cuestionen, por un lado, la relación del perito con su cliente (así como su especialidad y experiencia) y, por otro lado, la información revisada y metodología utilizada. Por ello, es muy importante que todo el proceso de elección del perito y de preparación de la opinión experta se encuentre libre de cualquier vicio que pueda afectar la imparcialidad e independencia del perito.

Algunas veces, el *cross-examination* de los abogados puede dejar en evidencia alguna falta a los deberes de imparcialidad e independencia del perito. Pero en otros casos, el tribunal arbitral no puede discernir si la opinión experta adolece de tal defecto. En casos complejos, en los que el volumen de información es considerable y muy difícil de manejar, el tribunal arbitral simplemente no puede tener la certeza, a través del *cross-examination*, si el perito ha utilizado toda la información relevante o si existe información que injustificadamente no utilizó.

Cuando se presenta esta situación, la tarea del tribunal arbitral se complica. Las opiniones expertas están dirigidas a facilitar el encargo del tribunal de resolver la controversia. Sin embargo, cuando se presenta alguna de las circunstancias descritas, el tribunal arbitral no solo no puede confiar en la pericia; sino que además debe explicar por qué no la puede utilizar para fundamentar su decisión. En estos casos, la práctica arbitral ha desarrollado algunas formas de solucionar este problema. Algunas son más o menos costosas y más o menos

convenientes para las partes. Procedemos, entonces, a desarrollarlas.

IV. MEDIDAS PARA CONFRONTAR LA OBJETIVIDAD DE LAS OPINIONES EXPERTAS

A. Pericias de oficio

Cuando la falta de objetividad de una opinión experta presentada por una parte se vuelve un problema, existen distintas soluciones que puede tomar el tribunal arbitral. La primera de ellas es simplemente no utilizar la pericia de parte y ordenar una pericia de oficio. Esta opción, que es la más sencilla y práctica desde la perspectiva del tribunal arbitral, no lo es para las partes, por las siguientes razones:

- a) Es la alternativa más costosa: Las partes deben asumir no solamente los gastos de la actuación de sus propias pericias sino también de la que el tribunal arbitral ordene. Adicionalmente, lo más probable es que, a fin de evitar nuevos cuestionamientos de falta de imparcialidad e independencia, el tribunal arbitral encargue la preparación de la pericia a firmas internacionales reconocidas, las cuales son más costosas.
- b) Las partes pierden control sobre la información y el nivel de coordinación con el perito: Durante la preparación de una pericia de parte, es práctica usual (y necesaria) que el perito sostenga varias reuniones con su cliente para revisar la información disponible y hacer todas las preguntas relevantes para comprenderla. Dependiendo del nivel de complejidad y volumen de la información, dichas reuniones pueden ser frecuentes o no. En cambio, en una pericia de oficio, es experiencia de la autora que los peritos suelen reducir el contacto con las partes al mínimo necesario tan solo para solicitar información y los canales de comunicación son más formales y no tan expeditivos.

Conforme a lo expuesto, las pericias de oficio ofrecen muchos beneficios a las partes. Sin embargo, a los ojos del tribunal arbitral estas son más confiables que las pericias ofrecidas por las partes. En efecto, como indican Castillo Freyre *et al.*,

[r]esulta claro que la valoración de la pericia de parte por los tribunales arbitrales no necesariamente va a tener la misma fuerza que la valorización de la pericia de oficio porque, al fin y al cabo, el profesional que hace la pericia de parte es de confianza de la parte que lo designa, por más que se trate de un profesional cuya idoneidad sea incuestionable (2014, p. 759).

B. *Joint Statements*

Muchas veces se piensa que, debido a que las pericias tienen un contenido eminentemente técnico, los resultados no deberían variar pues los números son una ciencia exacta. Sin embargo, no es infrecuente que, pese a que el objeto de la pericia es el mismo, dos peritos pueden obtener conclusiones diametralmente opuestas o muy distanciadas. En estos casos, el tribunal arbitral puede solicitar a los peritos designados por las partes elaborar un informe conjunto o *joint statement*.

Ahora bien, en principio, se debe reconocer que siempre existe la posibilidad de diferencias entre las opiniones expertas de los peritos sin que eso signifique necesariamente falta de imparcialidad o error (Ennis, 2012, p. 15). Que los peritos tengan criterios distintos respecto de algunos puntos es esperable. A través del *joint statement*, los peritos identifican y explican al tribunal arbitral en qué consisten esas diferencias de criterios y opiniones.

En algunos casos, luego de revisiones y discusiones conjuntas, los peritos podrán llegar a acuerdos con respecto a determinados aspectos técnicos, e informarán de dichos acuerdos al tribunal arbitral, ayudando así al tribunal a dilucidar algún punto controvertido. Probablemente, los peritos se aparten un poco de su posición inicial, pero el hecho de que lleguen a un acuerdo es un indicativo de que sus conclusiones son objetivas y, por tanto, confiables para el tribunal arbitral.

Si bien el uso de *joint statements* en países del *civil law* no es muy usual (Ennis, 2012, p. 3), cabe señalar que esta alternativa guarda varios beneficios para las partes en cualquier sistema legal. Por un lado, un *joint statement* evita los costos de una pericia de oficio. Por el otro lado, las partes no pierden el control respecto de sus pericias. A las partes no les debe preocupar que sus expertos realicen revisiones conjuntas. Toda vez que tales expertos son imparciales e independientes, los acuerdos a los que arriben (de haberlos) son los que corresponden ser reconocidos por el tribunal arbitral, pues han recibido una validación conjunta.

C. *Hot-tubbing*

El *hot-tubbing* es, básicamente, una confrontación de testigos o expertos. El Informe Control del Tiempo y de los Costos en el Arbitraje de la CCI lo define de la siguiente manera:

La confrontación de testigos es una técnica por la cual dos o más testigos periciales o de hechos presentados por una o más de las partes

son interrogados conjuntamente sobre temas particulares por el tribunal arbitral y eventualmente por los representantes de las partes (CCI, 2018, p. 15).

No existe un procedimiento único que regula el *hot-tubbing*, este depende de las reglas aplicables al arbitraje o las que decidan el tribunal arbitral y las partes. A manera de ejemplo, el Technology and Construction Court (TCC) Guide del Reino Unido proporciona recomendaciones sobre cómo administrar el *hot-tubbing*, de la siguiente forma:

[...] When this method is adopted there is generally a need for experts to be cross-examined on general matters and key issues before they are invited to give evidence concurrently on particular issues. Procedures vary but, for instance, a party may ask its expert to explain his or her view on an issue, then ask the other party's expert for his or her view on that issue and then return to that party's expert for a comment on that view. Alternatively, or in addition, questions may be asked by the judge or the experts themselves may each ask the other questions (2015, p. 54)⁶.

Una condición muy importante para que el *hot-tubbing* sea exitoso es que el tribunal arbitral debe prepararse con anticipación para hacer las preguntas adecuadas. Los árbitros deben llegar a la audiencia debidamente informados sobre las pericias y todos los aspectos que sean necesarios para administrar el interrogatorio. En resumen, esta medida, formalmente conocida como testimonio experto concurrente, involucra un entorno coloquial en el que varios expertos brindan su testimonio y responden las preguntas del juez, de los asesores de las partes y de ellos mismos en una sola sesión (Yarnall, 2009, p. 312).

Aunque este procedimiento parece muy atractivo, presenta ciertas desventajas. En primer lugar, el *hot-tubbing* no es muy popular entre algunos abogados, debido a la predisposición de perder el control del interrogatorio para entregárselo al tribunal arbitral (Ennis, 2012, p. 5). Inclusive, ciertos autores señalan que el uso del *hot-tubbing* no es del todo admitido en países del *common law* porque es inconsistente con el sistema adversarial que

ahí se utiliza. El marcado poder del juez de hacer preguntas durante el *hot-tubbing* es más afín al sistema inquisitorial empleado en jurisdicciones del *civil law* (Rosenberg, 2015, p. 5).

En segundo lugar, la principal observación que se realiza con respecto al *hot-tubbing* es que podría favorecer al perito más articulado, asertivo y persuasivo (Ennis, 2012, p. 23), en vez del perito que cuenta con mayor solvencia técnica. De cierta forma, la mecánica del *hot-tubbing* propicia un concurso de argumentación entre los expertos. Pocos expertos se encuentran entrenados en el arte de la abogacía. Este aspecto genera el peligro de que el *hot-tubbing* se convierta en un vehículo de abogacía y no de evidencia. Además, si el perito entra al campo de la abogacía, se corre el riesgo que la evidencia que aporta se contamine de falta de independencia (Ennis, 2012, p. 5).

No obstante, este procedimiento sigue siendo preferido por sobre las pericias de oficio, en las que el control de las partes sobre el experto designado por el tribunal arbitral es casi inexistente. Asimismo, se debe recordar que el *hot-tubbing* nació (en cierta medida) por la insatisfacción del típico *cross-examination*, el cual muchas veces se centra únicamente en desacreditar al perito antes que evaluar el tema de fondo. Sobre el particular, Ennis señala que “[u]n tribunal neutral y adecuadamente preparado haciendo preguntas es una mejor manera de llegar a una visión clara que un contrainterrogatorio hostil y *ad hominem*” (2012, p. 9).

V. RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE LOS PERITOS

No se debe perder de vista que, sin perjuicio de los deberes de imparcialidad e independencia que tiene el perito frente al tribunal arbitral (que vienen impuestos por la normativa derivada de los reglamentos de arbitraje, *soft law* y usos y costumbres aplicables al caso), el perito tiene además ciertas obligaciones frente a su cliente en virtud al contrato celebrado para la elaboración de la opinión experta. Normalmente, el alcance de las obligaciones que deben ser cumplidas por un perito en un arbitraje comprende los siguientes dos aspectos: (i) la preparación de la opinión experta; y (ii) sustenta-

⁶ [...] cuando este método es adoptado normalmente hay una necesidad de que los expertos sean examinados en cuestiones generales y asuntos claves antes de que sean invitados a dar evidencia concurrentemente sobre determinados asuntos. Los procedimientos varían, pero, por ejemplo, una parte puede preguntar a su experto para que explique su punto de vista respecto a un punto, luego preguntar al experto de la otra parte su opinión sobre ese asunto y luego volver al experto de esa parte para un comentario respecto de esa opinión. Alternativamente, o adicionalmente, preguntas pueden ser hechas por el juez o los expertos mismos pueden hacer preguntas cada uno al otro [traducción libre].

ción en audiencia. Sobre el particular, el artículo 44 del DL 1071 establece que⁷

1. El tribunal arbitral podrá nombrar, por iniciativa propia o a solicitud de alguna de las partes, uno o más **peritos para que dictaminen sobre materia concretas** [...].
2. **Después de presentado el dictamen pericial, el tribunal arbitral por propia iniciativa o a iniciativa de parte, convocará al perito a una audiencia** en que las partes, directamente o asistidas de peritos, podrán formular observaciones o solicitar que sustente la labor que ha desarrollado, salvo acuerdo en contrario de las partes.
3. **Las partes pueden aportar dictámenes periciales** por peritos libremente designados, salvo acuerdo en contrario (2008) [el énfasis es nuestro].

En efecto, el perito debe entregar una opinión experta. A primera vista, pareciera que se trata de un contrato de locación de servicios. Sin embargo, a diferencia de un contrato de supervisión, este contrato se caracteriza por el resultado de ese servicio; es decir, el informe pericial, y no el servicio *per se* de preparación de dicho informe. El cumplimiento de la obligación se verificará con la entrega del informe en las condiciones pactadas. Si el perito no cumple con entregar el informe, entonces ha incumplido su obligación, independientemente de si el texto del informe pericial está a punto de ser completado.

El cliente normalmente no pagará solo por avances del informe pericial, inclusive cuando ello implique que el perito efectivamente ha venido prestando sus servicios de análisis forense; sino solo con la entrega de un informe pericial que pueda utilizar en el arbitraje. En este caso, la obligación de hacer (preparación de la pericia) termina en un dar (el informe pericial). Dado que lo que interesa al cliente es el resultado, las reglas aplicables al contrato

entre el perito y su cliente son las del contrato de obra (artículos 1771 a 1789 del Código Civil).

Si bien la segunda actividad (sustentar el dictamen en la audiencia) constituye un hacer, esta misma no convierte la prestación del perito en una locación de servicios, puesto que dicha obligación es complementaria a la principal: entregar el resultado (la opinión experta). En efecto, en la sustentación el perito se encuentra limitado a pronunciarse solo sobre los alcances de su dictamen.

Ya hemos determinado que nos encontramos frente a un contrato de obra. Ahora bien, ¿cómo se determina si un perito ha incumplido con alguna de sus obligaciones en este contrato? En primer lugar, se debe recordar que, en nuestro ordenamiento jurídico, el estándar exigible por defecto es el de la diligencia ordinaria. Al respecto, el artículo 1314 del Código Civil establece que: “[q]uien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso” (1984).

No obstante, en algunos escenarios especializados, la diligencia no solo se encuentra vinculada a los mejores esfuerzos en el marco del cumplimiento de la obligación (aspecto subjetivo), sino que, además, será exigible que la conducta esté circunscrita a una *lex artis* (aspecto objetivo)⁸. Es decir, a las normas del arte que se aplican en una determinada industria. Al respecto, Castillo Freyre y Rivas Caso indican que

[...] el comportamiento del obligado se confrontará con la *lex artis*, es decir, con el conocimiento y ciencia que sean exigibles al profesional. Se añade que en ello gravitan el estado y desarrollo de los conocimientos con el propósito de responsabilizar al profesional que ignore los avances de la ciencia que se encuentren a su disposición (2014, p. 136).

La *lex artis* es aplicable a los informes periciales en arbitrajes de construcción. De tal forma, por ejemplo, si la discusión arbitral se circunscribe a la gene-

⁷ Similar disposición se encuentra en el artículo 5 de las Reglas de la IBA sobre Práctica de la Prueba en el Arbitraje Internacional, el cual dispone lo siguiente:

[E]l Perito Designado por la Parte deberá presentar un Dictamen Pericial [...] Si un Perito designado por la Parte cuya comparecencia ha sido solicitada de conformidad con el artículo 8.1 **no comparece a declarar en la Audiencia Probatória sin justificación suficiente, el Tribunal Arbitral deberá descartar cualquier Dictamen Pericial de ese Perito Designado [...] salvo que, en circunstancias excepcionales, el Tribunal Arbitral decida lo contrario** (2010, p. 15) [el énfasis es nuestro].

⁸ Sobre el particular, Del Arco Torres y Pons González, han indicado que

[las] reglas del arte son las normas de un oficio, arte o profesión; son los criterios generales que la técnica dicta para un determinado género de trabajo. En consecuencia, “*lex artis* de la edificación” es el conjunto de preceptos, reglas y conocimientos técnicos necesarios para el buen hacer constructivo, fiel realización de todo proyecto inmobiliario, y óptima rentabilidad de los elementos que la integran (1997, p. 132).

ración de improductivos por los incumplimientos del propietario en la entrega del terreno para construir, no bastará que el perito revise la documentación y aplique la metodología que mejor le parezca, sino que será necesario que utilice las metodologías recomendadas por la industria para analizar estos casos (por ejemplo, el método de la milla medida). Por otro lado, en discusiones arbitrales de grandes y complejos proyectos de infraestructura, las opiniones expertas normalmente no se encuentran a cargo de personas naturales sino de empresas especializadas y sofisticadas. Por lo tanto, en estos casos, como afirma Ramos Heerranz,

[...] la diligencia a prestar por el empresario no será la de un buen padre de familia, sino la de un ordenado empresario, concretamente, la diligencia de un ordenado empresario dentro del sector concreto en el que realiza su comercio o actividad [...] con el calificativo «ordenado» se está imponiendo un superior grado, por encima del grado «buen» o «bueno» [...] Es decir, que habrá de poner al servicio de la prestación el cuidado, dedicación y atención adecuados para que tenga lugar el orden requerido, el orden propio de un empresario: el empresario realizará sus actividades con mayor previsión y evaluando las incidencias de su actividad, analizando los riesgos y asumiendo sólo aquellos que no pongan en peligro la solvencia de su empresa (2006, p. 205).

Lo anteriormente señalado es independiente de las reglas de la profesión que son aplicables de manera concurrente a la labor pericial. Así, por ejemplo, en el caso de los ingenieros que normalmente actúan como peritos en arbitrajes de construcción, estos deben observar los lineamientos de la Ley 16053, Ley que autoriza a los colegios de Arquitectos del Perú y al colegio de Ingenieros del Perú para supervisar a los profesionales de Arquitectura e Ingeniería de la República y sus modificatorias.

Del mismo modo, el Código de Ética del Colegio de Ingenieros del Perú establece que dichos profesionales (i) deberán respetar la normativa vigente relacionada a su profesión y actuarán “dentro de los más estrictos principios de honradez y moralidad en todo su proceder” (2018, art. 18); y (ii) ejecutarán “todos los actos inherentes a la profesión de acuerdo a las reglas técnicas y métodos científicos procediendo con diligencia” (2018, art. 19).

En conclusión, un perito incumplirá con su deber profesional si no atiende al deber de diligencia exigido por el Código Civil y aplicable a la industria. Para tal efecto, se debe acreditar que el perito ha actuado con la diligencia ordinaria que corresponde a los miembros de su profesión, y no solo a la del “buen padre de familia”.

VI. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES Y OBLIGACIONES DE LOS PERITOS

Como se ha explicado, el régimen de responsabilidad aplicable a los peritos tiene dos dimensiones. La primera de ellas se refiere a los deberes de imparcialidad e independencia frente al tribunal arbitral establecidos por las reglas aplicables al arbitraje. La segunda se refiere a su responsabilidad como profesionales ante su cliente. Su incumplimiento acarrea consecuencias distintas, las cuales se explican a continuación.

A. Consecuencias del incumplimiento de los deberes de imparcialidad e independencia

Las normas, guías y protocolos del *soft law*, que pueden ser incorporadas por acuerdo de las partes al arbitraje, establecen que los peritos tienen un deber de imparcialidad e independencia frente al tribunal arbitral prima respecto de la relación que tiene con su cliente. Sin embargo, dichas normas no indican cuáles son las consecuencias de incumplir dichos deberes. En este caso, creemos que el resultado del incumplimiento de estos deberes se manifiesta principalmente en la valoración que pueda hacer el tribunal arbitral respecto de su dictamen pericial.

Ahora bien, cabe precisar que, según el artículo 43 del DL 1071, el tribunal tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión y valoración de los medios de prueba ofrecidos por las partes. En efecto, dicho artículo menciona lo siguiente:

[...]

1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios.
2. El tribunal arbitral está facultado asimismo para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso (2008).

Encontramos una disposición similar a nivel comparado en el inciso 2 del artículo 25 de la Ley 60/2003 de Arbitraje española, el inciso 2 del artículo 19 de la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional chileno, el capítulo 72 de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional argentina, el

artículo 30 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional colombiano y el artículo 1435 del Código del Comercio mexicano.

Asimismo, el literal b) y g) del inciso 2 del artículo 9 de las Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional señalan lo siguiente:

Artículo 9 Admisibilidad y Valoración de la Prueba

[...]

2. **El Tribunal Arbitral podrá excluir**, a instancia de parte o de oficio, **la prueba** o la exhibición de cualquier Documento, declaración, testimonio oral o inspección por cualquiera de las siguientes razones:

[...]

(b) existencia de impedimento legal o **privilegio bajo las normas jurídicas o éticas determinadas como aplicables por el Tribunal Arbitral**;

[...]

(g) consideraciones de economía procesal, **proporcionalidad, justicia o igualdad entre las Partes que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes** (2010) [el énfasis es nuestro].

Es decir, a nivel normativo existe la posibilidad que un tribunal decida no admitir, excluir o castigar la valoración que hace respecto de una opinión preparada por un perito que no ha cumplido sus deberes de imparcialidad e independencia. Sin embargo, existen opiniones divididas. Por un lado, Born señala al respecto que

[d]espite the expert's obligations of Independence, tribunals virtually never 'disqualify' experts or exclude their testimony for lack of

Independence. That is true even in cases where an expert is an employee of a party or otherwise affiliated with a party or its legal team (2014, p. 2281)⁹.

En esa línea, en el caso *Helnan International Hotels A/S c. Egipto* (2008), el tribunal arbitral admitió la participación de un perito a pesar de haber trabajado anteriormente en la compañía demandante. En efecto, se estableció lo siguiente:

39. On 27 September 2007, **Claimant requested the Tribunal to strike Mr. Mounir Doss's [Respondent's expert witness] expert witness statement from the record and preclude him from testifying**. Claimant claimed that Mr. Mounir Doss was a former employee of HELNAN who was working for the Respondent's legal team making him unqualified to testify as an independent expert witness.

40. On 28 September 2007, the Centre, on behalf of the Tribunal, requested Respondent to provide its comments in regard to Claimant's request relative to its expert witness.

41. On 2 October 2007, the Centre communicated the Respondent's reply. Respondent stated that Mr. Mounir Doss had left HELNAN employment under favourable circumstances and contested the allegation that he now worked for Respondent.

42. On 3 October 2007, **the Tribunal stated that it would accept Mr. Mounir Doss witness statement while taking into consideration the Parties' observations** (2008, párrs. 39-42)¹⁰ [el énfasis es nuestro].

Sin embargo, en el *common law* hay casos de arbitrajes de construcción en los que las cortes ex-

⁹ [A] pesar de las obligaciones de independencia de los expertos, los tribunales prácticamente nunca "descalifican" a los expertos ni excluyen su testimonio por falta de independencia. Esto es cierto incluso en los casos en que un experto es un empleado de una parte o está estrechamente relacionado con una parte o su equipo legal [traducción libre].

¹⁰ 39. El 27 de septiembre de 2007, la Demandante solicitó al Tribunal que elimine la declaración del testigo experto del Sr. Mounir Doss [testigo experto de la Demandada] y le impida testificar. La Demandante afirmó que el Sr. Mounir Doss era un ex empleado de HELNAN que trabajaba para el equipo legal de la Demandada, lo que lo volvía no calificado para testificar como testigo experto independiente.

40. El 28 de septiembre de 2007, el Centro, en nombre del Tribunal, solicitó a la Demandada que proporcione sus comentarios con respecto a la solicitud de la Demandante en relación con su testigo experto.

41. El 2 de octubre de 2007, el Centro comunicó la respuesta de la Demandada. La Demandada declaró que el Sr. Mounir Doss había dejado el empleo en HELNAN en circunstancias favorables y cuestionó la afirmación de que ahora trabajaba para la Demandada.

42. El 3 de octubre de 2007, el Tribunal declaró que aceptaría la declaración del testigo del Sr. Mounir Doss teniendo en cuenta las observaciones de las Partes [traducción libre].

presamente han rechazado los informes periciales sobre la base de que los peritos no cumplieron sus deberes de imparcialidad e independencia. Por ejemplo, en *Great Eastern Hotel Co Ltd c. John Laing Construction Ltd*, el juez Wilcox rechazó y criticó la opinión de un experto por falta de independencia, en los términos siguientes:

I reject the expert evidence of Mr. C as to the performance of Laing as construction manager in relation to periods 1 and 2. He has demonstrated himself to be lacking in thoroughness in his research and unreliable by reason of his uncritical acceptance of the favourable accounts put forward by Laing. I prefer the evidence of Mr. W who was an impressive and conscientious witness who showed that he approached his role as an expert in an independent way and was prepared to make concessions when his independent view of the evidence warranted it (2005, párr. 111)¹¹.

En *London Underground Ltd c. Kenchington Ford PLC*, el juez Wilcox señaló que el perito había “ignorado su deber tanto hacia la corte como hacia sus otros colegas expertos” y que había asumido “el rol de abogado de la causa de su cliente”, por lo cual concluyó que la evidencia era inválida (1998, párr. 63).

Ya sea que un tribunal arbitral decida admitir o no la opinión de un experto que no cumple los deberes de imparcialidad e independencia, lo más probable es que la valoración que realice el tribunal arbitral respecto de su dictamen no lo beneficie. Es decir, la opinión de un perito que no guarda neutralidad no puede generar convencimiento en el tribunal arbitral. Como indica Ezcurra Rivero, comentando el artículo 44 del DL 1071,

[e]s importantísimo que el perito que proponemos sea absolutamente imparcial e independiente de la posición que sostiene la parte que lo contrató y que paga sus honorarios. Aquellos peritos que repiten al unísono (con la parte que los contrató) la misma posición, con los mismos puntos y comas, **no sirven absolutamente de nada para la tarea de persuasión** [...] Es preferible que su perito dañe en parte su argumento o la posición de su cliente. Ello no sólo reflejará imparcialidad e independencia, sino que además generará confianza en el tribunal arbitral sobre la opi-

nión técnica emitida (2011, pp. 529-530) [el énfasis es nuestro].

Por lo tanto, la principal consecuencia de que el perito falte a sus deberes de imparcialidad e independencia frente al tribunal arbitral es que la valoración de la pericia será castigada. En ese sentido, el perito logrará un resultado diametralmente opuesto al deseado. En vez de generar convencimiento al tribunal en una perspectiva favorable a su cliente, lo único que logrará es que su cliente se quede sin prueba que justifique su posición porque la pericia no será confiable.

B. Consecuencias derivadas de la responsabilidad profesional de los peritos

Ya se ha determinado (en el acápite V) el estándar de diligencia con el que establecerá si un perito ha incumplido sus obligaciones, que es aquel deber de diligencia exigible a los miembros de su profesión. Pero ahora surge la siguiente interrogante: ¿en qué tipo de situaciones se puede considerar que un perito ha incumplido sus obligaciones?

Ello se debe analizar caso por caso. Un perito incumple sus obligaciones cuando, por ejemplo, no entrega su opinión experta dentro del plazo pactado, o cuando no se pronuncia respecto de la totalidad del alcance encargado. Pero, moviéndonos a un terreno mucho más ambiguo, ¿qué pasa si el perito ha entregado una opinión deficiente?

En primer lugar, es difícil determinar que un perito ha elaborado un informe no apto para sus fines porque, normalmente, ni el cliente ni el tribunal arbitral están en condiciones de evaluar si la opinión experta es correcta o no. En el caso del cálculo de pérdida de productividad en un proyecto de construcción de gran envergadura, por ejemplo: ¿cómo podría el cliente o el tribunal arbitral verificar si los números obtenidos por el perito son correctos?

En un inicio, en el *common law* (específicamente en Inglaterra) los peritos que sustentaban en corte no tenían responsabilidad por sus afirmaciones. Ello era conocido como la doctrina de la inmunidad de los peritos. Lord Mansfield explicó dicha doctrina señalando que: “[...] neither party, witness, counsel, jury or judge can be put to answer, civilly or criminally, for words spoken in office” (*R. c.*

¹¹ Rechazo la evidencia experta de Mr. C en relación al rendimiento de Laing como gerente de construcción en relación a los periodos 1 y 2. Él ha demostrado que no tiene rigor en su investigación y no es confiable en razón de su aceptación acrítica de las cuentas favorables presentadas por Laing. Prefiero la evidencia de Mr. W quien fue un admirable y consciente testigo quien demostró que enfocó su rol como experto de una manera independiente y se preparó para hacer concesiones cuando su opinión independiente de la evidencia lo garantizaba [traducción libre].

Skinner, 1772, p. 55)¹². La razón de ser de esta doctrina, que estuvo vigente en Inglaterra por más de dos siglos, es que negar la inmunidad desalentaría a los peritos a dar evidencia (Jensen, 1993, p. 194). Se creía que sin inmunidad por su testimonio, se afectaría la objetividad del experto. Por lo tanto, los peritos no tenían responsabilidad por el contenido de sus opiniones.

Dicha posición, sin embargo, no fue seguida en Estados Unidos que, a diferencia de Inglaterra, sí admitió la responsabilidad por la actuación de los peritos. Cabe resaltar que la posición inglesa cambió hace algunos años con el caso *Jones c. Kaney* (2011), en el que la Corte Suprema admitió que sí se puede demandar a los peritos por negligencia profesional.

Ahora, en el caso peruano no existe la inmunidad de los peritos, y por lo tanto están sujetos a las mismas reglas que aplican a los demás profesionales en el cumplimiento de sus servicios. Se debe recordar que el artículo 1321 del Código Civil establece que: “[q]ueda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve” (1984).

De tal forma, digamos, por ejemplo, que se produce una negligencia por parte del perito en un caso hipotético en que no ha revisado toda la información relevante y como consecuencia de ello, el cliente obtiene una indemnización mucho menor a la que pudo haber obtenido de haber llevado a cabo el perito una revisión diligente de los documentos o de la aplicación de otra metodología más adecuada. De esta manera, teóricamente existe la posibilidad que un perito sea responsable frente a la parte que lo contrató.

Sin embargo, para obtener algún tipo de indemnización se debe probar los elementos que dan lugar a la responsabilidad: (i) el incumplimiento de sus obligaciones; (ii) la causalidad entre dicho incumplimiento y el daño que se alega; (iii) el factor de atribución, que en este caso es subjetivo y según el estándar de diligencia que se ha explicado; y (iv) la certeza del daño. Probar todos estos requisitos puede ser una tarea muy complicada por lo que, si bien en teoría los peritos están sujetos a las normas de responsabilidad profesional, en la práctica es muy difícil cumplir el estándar de probanza en estos casos.

Ello, sin perjuicio que, conforme hemos mencionado, los peritos también se encuentran sujetos simultáneamente a las normas que rigen su profe-

sión. De esta manera, un informe deficiente ya sea por aspectos de forma o de fondo puede no solo constituir un incumplimiento contractual con su cliente, sino también a las normas específicas que aplican a su profesión. A modo de ejemplo, el Código de Ética del Colegio de Ingenieros del Perú establece sanciones que van desde una amonestación hasta la separación definitiva por falta muy grave.

VII. CONCLUSIONES

A lo largo del presente artículo se ha analizado que, frente a la ausencia de una norma con rango de ley que establezca de manera expresa los deberes de imparcialidad e independencia de los peritos, dichos deberes son exigibles ya sea en virtud al acuerdo de las partes, el *soft law* (estándares y guías internacionales) o los usos y costumbres arbitrales aplicables al proceso en virtud del DL 1071. Adicionalmente a ello, los peritos se encuentran sometidos (al igual que resto de profesionales) a un régimen de responsabilidad civil que surge en virtud al contrato celebrado con su cliente para la preparación de su opinión experta. Si bien el Código Civil establece que el estándar que se utiliza para determinar si existe incumplimiento o no de obligaciones es la diligencia ordinaria, en el caso de los peritos, por tratarse de servicios especializados y sofisticados, la diligencia ordinaria debe entenderse como aquella que se espera de otros miembros competentes de su profesión.

Por lo tanto, queda claro que los peritos se encuentran sometidos a dos tipos de régimen de responsabilidad. Por un lado, frente al tribunal arbitral y a las partes, el perito tiene los deberes de ser imparcial e independiente; por consiguiente, su opinión experta debe ser objetiva. De otro lado, el perito tiene responsabilidad profesional frente a su cliente y, como tal, debe actuar con diligencia: la opinión experta que entregue debe ser apta para sus fines.

Los peritos cumplen una función muy importante en el arbitraje. Sin embargo, para que un peritaje sea exitoso depende de todas las partes involucradas. La parte que designa al perito debe ayudarlo a cumplir sus deberes y obligaciones, y no puede esperar un resultado que no sea acorde con las prácticas regulares de la industria, especialmente en lo que respecta a la cuantificación de daños. Finalmente, las prácticas sobre actuación de los peritajes en nuestro país serán mejoradas, siempre y cuando todas las partes involucradas conozcan los deberes y límites de la actuación de los peritos. 🏛️

¹² “[...] ninguna parte, testigo, asesor, jurado o juez puede ser llamado a responder, civil o penalmente, por palabras expresadas en el oficio” [traducción libre].

REFERENCIAS

- Brady, S. (2012). *The structural engineer as expert witness (working paper 2012/03)*. <https://www.scl.org.uk/papers/structural-engineer-expert-witness-forensics-and-design>
- Born, G. (2014). *International Commercial Arbitration: Volume II. International Arbitral Procedures* (2da ed.). Wolters Kluwer.
- Cámara de Comercio Internacional [CCI] (2018). *Informe Control del Tiempo y Costos en el Arbitraje*. <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/03/icc-arbitration-commission-report-on-techniques-for-controlling-time-and-costs-in-arbitration-spanish-version.pdf>
- Castillo Freyre, M., Sabroso Minaya, R., Castro Zapata, L., & Chipana Catalán, J. (2014). *Biblioteca de Arbitraje de Mario Castillo Freyre: Volumen 26. Comentarios a la Ley de Arbitraje. Segunda Parte* (pp. 751-760). ECB Ediciones.
- Castillo Freyre, M., & Rivas Caso, G. (2014). La diligencia y la inejecución de las obligaciones. *Ius et Veritas*, (48), 130-141.
- Del Arco Torres, M., & M. Pons González (1997). *Derecho de la construcción: aspectos administrativos, civiles y penales* (3ra ed.). Editorial Comares.
- Ennis, C. (2012). *The Expert Witness in International Disputes (working paper 2012/06)*. <https://www.scl.org.uk/papers/expert-witness-international-disputes>
- Ezcurra Rivero, H. (2011). Comentario al artículo 44. En C. Soto Coaguila & A. Bullard González (coords.), *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje* (Tomo II, pp. 522-530). Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones.
- Jensen, E. (1993). When Hired Guns Backfire: The Witness Immunity Doctrine and the Negligent Expert Witness. *UMKC Law Review*, 62(1), 185-208.
- Jiménez Blanco, G. & Franco Pujol, O. (2016). Arbitraje y prueba pericial. *Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, (13), 33-86.
- Ramos Heerranz, I. (2006). El estándar mercantil de diligencia: el ordenado empresario. *Anuario de Derecho Civil*, 59(1), 195-206.
- Rosenberg, K. (2015). *The Use of Expert Evidence in Resolving Disputes in Common Law Jurisdictions (working paper 2015/12)*. <https://www.scl.org.uk/papers/use-expert-evidence-resolving-disputes-common-law-jurisdictions>
- Yarnall, M. (2009). Dueling Scientific Experts: Is Australia's Hot Tub Method a Viable Solution for the American Judiciary. *Oregon Law Review*, 88(1), 311-340.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Civil Procedure Rules [CPR] (Ing.).

Código Civil [CC], *Diario Oficial El Peruano*, de 25 de julio de 1984 (Perú).

Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje (C.BB.PP), publicado el 16 de junio de 2019 (Esp.).

Código de Comercio [CCom], *Diario Oficial de la Federación [DOF]*, de 13-12-1889, últimas reformas DOF 28-03-2018 (Méx.).

Código de Ética del Colegio de Ingenieros del Perú, aprobado en julio de 2018.

Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, *Diario Oficial El Peruano*, de 28 de junio de 2008.

Folkes c. Chadd (1782) 99 Eng. Rep. 589, 589; 3 Doug. KB 157, 159 (Ing.).

Great Eastern Hotel Co Ltd. c. John Laing Construction Ltd. [2005] EWHC (TCC) 181, [2005] All ER 368 (Ing.).

Helnan International Hotels A/S c. República Árabe de Egipto, Caso CIADI No. ARB/05/19, Laudo, (Jul. 3, 2008), IIC 340 (2008).

Jones c. Kaney [2011] UKSC 13 (apelación proveniente de Ing.).

L. 1563, julio 2, 2012, *Diario Oficial [D.O.]* (Colom.).

Ley de Arbitraje (B.O.E. 2003, 60) (Esp.).

Ley 16053, Ley del Ejercicio Profesional, Ley que autoriza a los colegios de Arquitectos del Perú y al colegio de Ingenieros del Perú para supervisar a los profesionales de Arquitectura e Ingeniería de la República, *Diario Oficial El Peruano*, de 31 de enero de 1966 (Perú).

Ley No. 19.971, Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional, Septiembre 29, 2004, Diario Oficial [D.O.] (Chile).

Ley No. 27449, Jul. 26, 2018, [33.919] B.O. 16 (Arg.).

London Underground Ltd c. Kenchington Ford PLC [1998] 63 ConLR 1 (Ing.).

Methanex Corporation c. Estados Unidos, UNCITRAL, Laudo Parcial (Ago. 7, 2002), IIC 166 (2002).

Protocol for the Use Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration del Chartered Institute of Arbitrators (CIArb Protocol), de septiembre de 2007.

R c. Skinner [1772] 98 Eng. Rep. 529, (1772) Lofft 54.

Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, de 29 de mayo de 2010.

Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (Reglas de Praga), de 14 de diciembre de 2018.

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, de 1 de enero de 2017. https://apps.camaralima.org.pe/repositorioaps/0/0/par/reglamentoarbitraje2017/reglamento_ccl_2017.pdf

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, de 1 de marzo de 2017.

Reglamento de Arbitraje de la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de 15 de junio del 2017.

Reglamento del London Court of International Arbitration [LCIA], de 1 de octubre de 2014.

The Technology and Construction Court Guide de HM Courts and Tribunals Service, de 3 de marzo de 2015 (Reino Unido).