

CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN (CAM)
DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO (CCS)

30 AÑOS

DE DESARROLLO INSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE Y DE LA MEDIACIÓN

DIRECTORA DE LA PUBLICACIÓN

MACARENA LETELIER VELASCO
DIRECTORA EJECUTIVA DEL CAM SANTIAGO

COORDINADORES

LAURA AGUILERA VILLALOBOS, TOMÁS CORREA CANNOBIO,
DANIELA ESCOBAR PIZARRO, MARÍA SOLEDAD LAGOS OCHOA,
CLAUDIO F. OSSES GARRIDO & FELIPE SALDÍAS MEZZANO

OFICINA DE ESTUDIOS Y RELACIONES INTERNACIONALES
& UNIDAD DE MEDIACIÓN DEL CAM SANTIAGO

PUBLICACIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO (CCS).

Directora de la publicación: Macarena Letelier Velasco. Directora Ejecutiva del CAM Santiago.

Coordinadores de Arbitraje Nacional e Internacional: Laura Aguilera Villalobos,

Tomás Correa Cannobio y Claudio F. Osses Garrido. Oficina de Estudios
y Relaciones Internacionales del CAM Santiago.

Coordinadores de Mediación y Dispute Boards: Daniela Escobar Pizarro, María Soledad Lagos Ochoa
y Felipe Saldías Mezzano. Unidad de Mediación del CAM Santiago.

Citación recomendada: [Apellido, Nombre del autor (es). Capítulo X: Título del Capítulo.

En: Letelier, Macarena (dir.), Aguilera, Lagos, Correa, Osses, Escobar y Saldías (ed.).

30 Años de Desarrollo Institucional del Arbitraje y de la Mediación. Santiago de Chile, 2022].

© Cámara de Comercio de Santiago (CCS), 2022. Todos los derechos reservados.

Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada ni transmitida
en forma ni a través de medio alguno –electrónico, mecánico, fotocopia, grabación,
ni similares– sin permiso previo y por escrito del CAM Santiago,

ISBN 978-956-8126-22-3

Impreso en Chile por Salesianos Impresores S.A.

Se terminó de imprimir esta primera edición de 500 ejemplares
en el mes de noviembre de 2022.



CAPÍTULO VII

The elephant in the room: el perito de parte en el arbitraje nacional

Elina Mereminskaya⁷²

Resumen

Este ensayo tiene por objeto celebrar los 30 años del CAM Santiago, institución que ha sido decisiva en la formación del paisaje jurídico del país y en mi historia profesional y personal, mediante una indagación en el rol que los peritos de parte juegan en los arbitrajes que se llevan a cabo bajo el Reglamento Procesal del Arbitraje Nacional del CAM Santiago. Después de una breve presentación del problema (I), abordaré la alternativa habitual, esto es, el peritaje del tribunal (II), para después analizar la regulación -o su ausencia- aplicable a los peritos de parte en el arbitraje doméstico (III). A continuación, me referiré a la práctica internacional que ha generado diversas herramientas tendientes a maximizar la utilidad de peritaje de parte (IV). Concluyo con algunas reflexiones (V).

72.- Abogada. Licenciada en Derecho por la Universidad Federal Báltica de Immanuel Kant (ex Universidad Estatal de Kaliningrado). Máster y Doctora en Derecho por la Universidad de Gotinga. Socia en Wagemann Abogados e Ingenieros. Entre 2004 y 2018 fue profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y entre los años 2007 y 2013 trabajó en la Secretaría del CAM Santiago como consejera especial para arbitraje internacional. Entre 2017 y 2021 fue Consejera del CAM Santiago y actualmente es integrante de su nómina arbitral y de la nómina de *Dispute Boards*.

Palabras claves: Arbitraje comercial internacional – perito nombrado por las partes.

Abstract

The purpose of this essay is to celebrate the 30th anniversary of the Santiago Arbitration and Mediation Centre (CAM Santiago), an institution that has been decisive in shaping the country's legal landscape and in my professional and personal history, through an inquiry of the role that party-appointed experts play in arbitrations that are carried out under the CAM Santiago National Arbitration Rules. After a brief presentation of the problem (I), I will address the usual alternative, that is, the tribunal's appointed expert (II), and then analyze the regulation -or its absence- applicable to party-appointed experts in domestic arbitration (III). Next, I will refer to the international practice that has generated various tools aimed at maximizing the usefulness of the party-appointed expert (IV). I conclude with some reflections (V).

Keywords: *International commercial arbitration – party-appointed expert.*

I. EL PROBLEMA.

La *expertise* del arbitraje es una característica que habitualmente se destaca como una de sus ventajas. En efecto, los miembros de un tribunal arbitral suelen tener *expertise* en procesos arbitrales, esto es, poseen habilidades para un manejo procesal y organizacional de los procedimientos arbitrales, los que –natural o idealmente– se difieren de juicios ordinarios.

En el plano internacional, los miembros del tribunal no necesariamente son expertos en el derecho sustantivo que les corresponderá aplicar. Ni siquiera deben tener un título de abogado (a) o habilitación para ejercer la profesión en la jurisdicción cuya ley de fondo resulta aplicable, lo que es una consecuencia lógica de la vasta actividad internacional que desarrollan. Al mismo tiempo, a veces, las y los árbitros son conocedores de una determinada actividad o rubro económico, aportando así su *expertise* profesional a la mejor inteligencia del caso.

Esta última característica generalmente no significa, por lo menos en las jurisdicciones del *Civil Law*, que los miembros del tribunal tengan formación distinta a la legal. En su abrumante mayoría son letrados en Derecho y no profesionales de otras disciplinas que revisten el carácter de técnicas. Con ello, las y los árbitros concedores de algún rubro específico -por ejemplo, el de la construcción- poseen una mayor capacidad para comprender los temas técnicos subyacentes en la controversia, pero es insoslayable el hecho de que sus conocimientos difícilmente llegarán a las profundidades técnicas necesarias para poder juzgar esos asuntos de manera plenamente autónoma.

Las controversias que llegan al arbitraje tienen regularmente componentes técnicos que suelen tener diversas aristas, las que hacen que ninguna preparación profesional independiente sea suficiente por sí sola para abordarlas en su totalidad. Por ejemplo, una disputa de construcción puede requerir de un análisis de ingeniería, de mecánica de suelo, de la especialidad eléctrica, de impactos en plazo y de cuantificación de daño emergente y lucro cesante. No es concebible que exista un profesional dotado de este cúmulo de conocimientos, por lo que el tribunal arbitral dependerá del *input* técnico de cinco o seis expertos, en nuestro ejemplo.

Con esta simple ilustración creo haber dejado en evidencia que no resulta factible prescindir de la pericia técnica en el arbitraje de construcción. Ni un tribunal arbitral compuesto por tres ingenieras ni un tribunal arbitral acompañado por una asesora tecnificada, tendrá conocimientos suficientes para abordar y resolver todos los aspectos de una controversia compleja. En otras palabras, el peritaje es imprescindible/inevitable.

II. CRÍTICAS AL INFORME PERICIAL DEL TRIBUNAL.

A grandes rasgos, existen dos sistemas que le permiten al tribunal arbitral obtener el *input* experto. Por un lado, es el tribunal el que ordena el informe pericial, de oficio o a solicitud de parte; por otro lado, son las partes quienes proporcionan opinión experta sobre los aspectos específicos de la disputa.

El Derecho chileno contempla únicamente la primera opción, esto es, los artículos 411 a 425 del Código de Procedimiento Civil (CPC) regulan la intervención del perito del tribunal. Dicha regulación es sucinta y no permite concluir con seguridad si el

informe pericial constituye una prueba autónoma o si corresponde a una herramienta auxiliar destinada a informar al tribunal arbitral (Casarino, 2009, ¶451).

Parece correcto afirmar que la naturaleza jurídica del informe pericial es dual, en tanto cumple ambas funciones (Valdés, 2012, p. 67). En efecto, el artículo 341 del CPC nombra el informe pericial como uno de los medios de prueba. Por otra parte, el artículo 159 del CPC autoriza al tribunal arbitral para ordenar el peritaje como medida para mejor resolver con posterioridad al cierre del procedimiento, esto es, una vez que la actividad probatoria de las partes haya cesado.

Si tomamos en consideración que, conforme a lo señalado en el artículo 1698 del Código Civil (CC), la carga de la prueba recae sobre las partes que formulan ciertas pretensiones o defensas, el rol proactivo del juzgador en la búsqueda de la verdad material en un proceso civil debe ser limitado en virtud del principio dispositivo, debiendo ejercer sus facultades inquisitivas con máxima cautela, evitando anular la carga probatoria de las partes (Anabalón, 1954, ¶1844 y Larroueau, 2012, p. 783). Desde esa perspectiva, la preferencia del Derecho chileno por el perito del tribunal puede considerarse asistemática e inconsecuente.

A las ambigüedades teóricas recién descritas que empañan el rol del perito del tribunal, se suma la crítica que esta figura ha sufrido por parte de los *practitioners* del arbitraje en Chile. Esta se basa en la inquietud por la «transferencia indebida de jurisdicción» (Bulnes y Vial, 2018) y el «desgobierno del perito» (Leiva, 2019). Como alternativa y con un noble ánimo revolucionario, se ha propuesto en nuestro medio repensar la estructura de los arbitrajes de construcción, aplicando una metodología de *Dispute Systems Design*, para crear una figura de experto técnico que funciona como parte del tribunal arbitral (Labbé, 2021).

A mi parecer, el rediseño del sistema es siempre una posibilidad, pero puede resultar algo lejana por la titánica labor que supone. Por mientras, no parece correcto que la figura del perito sea objeto de críticas, dado que la organización del procedimiento y la definición de sus atribuciones son tareas que recaen exclusivamente en el tribunal, el que actúa en subsidio de las partes. Por lo tanto, cualquier descontento debe dirigirse en contra del tribunal o de las partes si no han usado la oportunidad para tomar esas determinaciones.

No obstante, es evidente que el funcionamiento del perito del tribunal es susceptible de mejoras.

El estudio «Características y funcionamiento del arbitraje de construcción en Chile: Los cambios necesarios» (Mereminskaya, 2019, p. 20), organizado por el CAM Santiago, evidenció una serie de preocupaciones de los usuarios:

Ya el proceso de nombramiento de los peritos presenta ciertos desafíos. Así, un 59% de las y los encuestados que actúan como árbitros apoyan la idea de contar con una nómina oficial del CAM Santiago. Lo anterior es ilustrativo de las dificultades que enfrentan en la práctica al momento de tener que identificar al perito idóneo. A su vez, un 38% de quienes actúan como abogadas y abogados de parte enfatiza la falta de un procedimiento de designación transparente.

En cuanto al desenvolvimiento de los peritos nombrados por el tribunal, un 62% de las y los árbitros y un 44% de las y los abogados de parte se mostraron críticos con respecto a que los peritos se comuniquen con las partes para obtener información adicional por fuera del proceso y al margen de sus reglas. A su vez, un 26% entre abogadas y abogados destacaron como debilidad principal la ‘imposibilidad para las partes de contrainterrogar al perito’, un aspecto que preocupa a los miembros de los tribunales en un 17% de los casos (Mereminskaya, 2019, p. 22).

El resultado más preocupante del estudio dice relación con la valoración del informe del perito por parte del tribunal. Mientras que la mayoría de los encuestados que actúan como árbitros (69%) estimó que la valoración del peritaje por parte del tribunal es adecuada, quienes se han desempeñado mayormente como abogados de parte opinan lo mismo en tan solo 24% de los casos. En contraste, entre los abogados de parte, un 71% opinó que el tribunal se apega al informe sin realizar un análisis propio del caso.

Como podemos observar, las y los árbitros encuestados emiten una opinión mayormente positiva acerca de su propia labor, mientras que los usuarios del sistema mantienen una visión mucho más crítica (Mereminskaya, 2019, p. 26). En otras palabras, a pesar de encontrarse regulado en la legislación procesal y de ser una práctica habitual y establecida, el peritaje del tribunal no está exento de lagunas normativas y críticas de los usuarios.

Finalmente, existe una desventaja objetiva del peritaje del tribunal que es la visión unívoca que le proporciona al tribunal, haciéndolo partícipe de una opinión correcta o errónea del perito de la cual es difícil escapar. En acertadas palabras del profesor Doug Jones:

“the use of only a single expert appointed by the tribunal could be equally unfair in determining the dispute, as the tribunal will only be given one perspective of the issue. Even if that perspective is impartial and unbiased, it may be wrong, or fail to take account of a methodology of relevant theory to which the single expert is unsympathetic. To rely only on one expert would force the tribunal to almost blindly accept his or her conclusions. Having multiple experts engage on the one issue allows for debate and discussion of differing approaches. Rather than confounding, this can often clarify the real position. The central premise of the adversarial system of law is that it is easier for a tribunal to make determinations when it is provided with multiple perspectives that challenge each other.” (2020, p. 10).

Las consideraciones anteriores permiten dar por establecido que el estado del arte se aleja de la perfección, por lo que resulta más que justificado indagar en la alternativa, esto es, que el conocimiento experto al proceso se aporte a través de los informes periciales de las partes.

III. THE ELEPHANT IN THE ROOM: QUIESCENCIA MAS NO REGULACIÓN.

El artículo 35 del Reglamento Procesal de Arbitraje Nacional del CAM Santiago del año 2021 regula la prueba pericial como aquella decretada por el tribunal arbitral a solicitud de parte o de oficio. Siguiendo el modelo legal, el peritaje de parte no cuenta con una regulación en el Reglamento. Las reglas de procedimiento que sirven de acta tipo y que las partes acuerdan con el tribunal en el primer comparendo, tampoco suelen regular la función del perito de parte de manera explícita.

Este silencio no les ha impedido a los usuarios del CAM Santiago recurrir a la figura del perito de parte con cierta frecuencia. En los arbitrajes de construcción se trata más bien de una práctica habitual. En ese contexto, para distinguir a los peritos de parte del perito del tribunal, los primeros suelen ser referidos como «expertos», para reservarle al segundo la función prevista en la ley y en el Reglamento.

Sin embargo, en el arbitraje comercial internacional el vocablo es uno solo. Por ejemplo, el artículo 5 de las Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional («Reglas de la IBA»), se refiere a «*Party-Appointed Experts*» o los «Peritos Designados por las Partes». A su vez, su artículo 6 de las Reglas se refiere a «*Tribunal-Appointed Experts*» o los «Peritos Designados por el Tribunal Arbitral».

Hace ya un tiempo existe en Chile el anhelo de armonizar el arbitraje nacional con las nociones principales del arbitraje internacional, para lo cual diversos gobiernos han promovido comisiones tendientes a preparar un anteproyecto de ley. Confiando en que dicho acercamiento de ambos sistemas ocurrirá en un futuro cercano, este ensayo seguirá usando el término «perito» también con respecto al informante experto de parte.

El acta tipo del CAM Santiago contempla las siguientes categorías de medios de prueba: i) prueba documental; ii) peritajes; y iii) testimonial, absolucón de posiciones y declaración de parte. Si bien observamos una cierta discrepancia con los medios de prueba indicados en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil (CPC), no se trata de una diferencia sustancial.⁷³

Dado que, según lo establecido en el artículo 35 del Reglamento, el peritaje se refiere únicamente al peritaje decretado por el tribunal, podemos descartar que la prueba pericial de parte se pueda subsumir en esta categoría. El perito de parte tampoco concurrirá a la absolucón de posiciones o prestará una declaración de parte. En otras palabras, queda por definir si el perito de parte aporta una prueba documental o interviene como testigo.

Existe una práctica procesal consolidada de considerar el informe pericial como un documento privado, cuya autenticidad debe ser reconocida por su autor a través de una declaración en el juicio conforme a lo que requiere el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil. Así, el perito de parte comparece en la audiencia para reconocer su firma. En otras palabras, el informe de parte es tratado como prueba documental, siendo un documento que emana de un tercero ajeno al juicio.

73.- Art. 341 CPC: “Los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio son: Instrumentos; Testigos; Confesión de parte; Inspección personal del tribunal; Informes de peritos; y Presunciones”.

Al mismo tiempo, al reconocimiento de la firma del perito de parte, habitualmente sigue una declaración de este en la que narra su análisis y conclusiones, acompañada por preguntas de la parte que lo presenta, y una contra-interrogación efectuada por la contraria. En esa instancia, el perito de parte, al parecer, adopta el rol de testigo.

En este supuesto, cabe preguntar si es un testigo de oídas o no. Un testimonio de oídas supone que los testigos “relatan hechos que no han percibido por sus propios sentidos y que sólo conocen por el dicho de otras personas” (artículo 383 del CPC).

El perito de parte con seguridad aplica todos sus sentidos para tratar la situación sometida a su análisis. Como mínimo, debe aplicar el sentido de la vista para leer los documentos, visitar el terreno, estudiar los programas y cuantificar los perjuicios. Entonces, el uso de sus sentidos, al que sigue la aplicación de su conocimiento especializado, le permite al perito de parte establecer ciertos hechos que vuelca tanto en el informe escrito como en su declaración testimonial.

Espero que, con el tiempo, la práctica de arbitraje nacional llegue a reconocer que el informe pericial es el testimonio por escrito del perito, cuya complejidad y carácter tecnificado hacen que sea indispensable su presentación en ese formato y con antelación a la audiencia testimonial. En la audiencia, el perito de parte deberá corroborar que el informe es de su autoría, hacer aclaraciones o precisiones de ser necesario, y, lo más importante, someterse a una contra-interrogación o responder las preguntas del tribunal.

Durante la declaración testimonial, y a causa de la contra-interrogación o de las preguntas del tribunal arbitral, el perito de parte puede verse obligado a revisitar y modificar algunas de sus conclusiones en la audiencia. Así, en su declaración testimonial, declara sobre los hechos que es capaz de percibir a través de sus sentidos y gracias al conocimiento experto que posee.

¿Qué pasa si, más allá de solicitársele el reconocimiento de la firma que consta en el informe, el perito de parte no es interrogado en la audiencia? En este caso, ¿no adquiere su intervención el carácter de declaración testimonial? Me permito afirmar que no sería el caso. Más bien, el informe contiene su declaración testimonial por escrito. En la medida en que su contenido no es objetado o corregido en la audiencia, el informe recoge el testimonio, esto es, el relato de los hechos que percibió a través de sus sentidos.

Así, más que “ningunear” al perito de la contraparte, evitando plantearle preguntas y confiando en que el tribunal arbitral ignore su informe considerándolo parcial y sesgado, los litigantes deberían reconocer su naturaleza como testigo y tratar su declaración con la seriedad que corresponde.

Ahora bien, si siguiéramos la lógica habitual del proceso civil, acorde a la cual la prueba testimonial se rinde durante los últimos días del probatorio, habiéndose o no proveído el informe pericial para incluirlo al expediente, se genera una situación imposible. En efecto, no es factible que la contraparte interroge al perito o que el tribunal arbitral le dirija sus preguntas sin tener la oportunidad para analizar el informe escrito.

En consecuencia, resulta esencial que exista un período entre la entrega del informe de parte y la audiencia testimonial. En el arbitraje internacional, esta necesidad es atendida con la presentación de los informes periciales, contra-pericias y sus respectivos complementos junto a los memoriales de demanda, contestación, réplica y dúplica. Cuando el proceso haya avanzado hasta el punto de la audiencia, todos los participantes ya habrán tenido la oportunidad de estudiar y responder al análisis y las conclusiones de cada uno de los informes de partes.

Claramente, esta estructura de procedimiento es incompatible con la separación entre el período de discusión y el período de prueba, la que aún persiste en el proceso civil y arbitral chileno. En la práctica, en la absoluta totalidad de los casos, las partes acompañan sus informes periciales en la etapa probatoria –para ser precisa–, el último día del término probatorio.

Guardándonos el ánimo refundacional que llevaría a reformular por completo esas costumbres procesales, también en el marco del esquema vigente, es posible establecer una mejor manera para procesar el contenido del informe pericial de parte y prepararse para la audiencia testimonial del perito tecnificado.

La solución pasa por realizar las audiencias testimoniales de los peritos de parte durante el período probatorio extraordinario, con posterioridad al período ordinario en el cual los informes periciales suelen ser acompañados. El plazo que separará el término del período probatorio ordinario de las audiencias testimoniales dependerá de la cantidad, extensión y complejidad del o de los informes presentados.

Junto con esta simple maniobra, existen muchas otras herramientas procesales que permiten reforzar el aporte de los informes periciales de las partes, las que analizaremos en la sección siguiente.

Pero el llamado de esta sección es reconocer la importancia que posee la audiencia testimonial del perito de parte, en la cual aportará al tribunal su declaración testimonial acerca de los hechos objeto de su conocimiento técnico. Obviamente, la comparecencia de los peritos encargados de realizar cada informe resulta clave, al igual que su capacidad de explicarle al tribunal qué metodología usó y qué insumos estudió para llegar a sus conclusiones.

IV. GUÍAS, HERRAMIENTAS Y TENDENCIAS PARA MAXIMIZAR EL VALOR DE LOS INFORMES DE PARTES.

En el plano del arbitraje internacional, existe suficiente claridad sobre el rol del perito de parte como *expert witness*. Su regulación habitualmente se encuentra subsumida dentro de las normas aplicables al testigo de hecho o *fact witness*. Se trata de una práctica que no solo es habitual: es la principal manera en la cual en el arbitraje internacional se aporta el testimonio experto. El peritaje del tribunal constituye una excepción que, justamente por su carácter excepcional, requiere ser regulada como ocurre, por ejemplo, en el artículo 26 de la Ley Modelo de Arbitraje Internacional de la UNCITRAL.

Existe también suficiente claridad que este medio de prueba puede ser extremadamente útil siempre y cuando se garanticen ciertos requisitos mínimos. Diversos actores de la comunidad arbitral han desplegado esfuerzos para generar guías, protocolos y otras reglas que se conocen como el *soft law* del arbitraje internacional, tendientes a promover el cumplimiento de dichos requisitos.

Un análisis pormenorizado de estos instrumentos excede los objetivos de este ensayo. Sin embargo, a continuación, analizaré requerimientos esenciales que en ellos se definen, en particular, la independencia del perito y la objetividad de su declaración.

La piedra angular de los requisitos que debe cumplir un perito de parte, y que se encuentra recogido en todos los instrumentos del *soft law*, es su independencia.

Así, el artículo 5.2.a) de las Reglas de la IBA requiere que el Dictamen Pericial incluya una declaración concerniente a la relación del perito, “pasada y presente (si la hubiere) con cualesquiera de las Partes, sus asesores legales y el Tribunal Arbitral”. Acorde a la letra c) del mismo precepto, debe incluir también “una declaración acerca de su independencia respecto a las Partes, sus asesores legales y el Tribunal Arbitral”.

A diferencia de los requerimientos aplicables a los árbitros, no se exige la «imparcialidad» del perito. Dicha prohibición -de tener una predisposición subjetiva en el caso del tribunal- en el caso del experto se transforma en un requisito de objetividad.

El *Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration* («*CIArb Protocol*») que figura como Anexo a la «*Guideline No. 7 Party-appointed and Tribunal-appointed Experts*» del CIArb, también establece la obligación de imparcialidad y objetividad del perito de parte.

El artículo 4 del Protocolo señala:

“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 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 issue or issues in respect of which expert evidence is adduced.”

Conforme a lo establecido en el artículo 4.4.b) el perito debe indicar su relación con las partes, el tribunal arbitral, abogados u otros representantes de las partes, otros testigos y personas involucradas en el arbitraje. Acorde a la letra c) del mismo precepto, su informe debe también indicar todas las instrucciones recibidas de la parte que lo nombró y la base de sus honorarios (“*the bases of remuneration of the expert*”). Este último requisito obedece al interés de confirmar que los honorarios son razonables en función del servicio prestado sin incluir “premios” indebidos.

El artículo 8 del Protocolo contiene el texto de la declaración que el perito debe incluir en su informe, y que abarca varios pronunciamientos tendientes a asegurar que la labor del perito se ejerce de manera imparcial y objetiva.

Por ejemplo, la letra a) indica:

“I understand that my duty in giving evidence in this arbitration is to assist the arbitral tribunal decide the issue or issues in respect of which expert evidence is adduced. I have complied with, and will continue to comply with, that duty.”

A su vez, la letra b) reza:

“I confirm that I have referred to all matters which I regard as relevant to the opinions I have expressed and have drawn to the attention of the arbitral tribunal all matters, of which I am aware, which might adversely affect my opinion.”

En la misma línea, el Código de Buenas Prácticas del CEA (Código del CEA) formula el requerimiento que el perito sea «objetivo e independiente» (párr. 133). Esta exigencia abarca dos factores. Primero,

“[Q]ue 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” (párr. 134).

Segundo, que el perito “no tenga ningún interés económico en el resultado del arbitraje” (párr. 135).

En la aceptación del cargo y en su informe, el perito debe declarar expresamente que cumple con los requisitos de objetividad e independencia (párr. 139). Al mismo tiempo, debe “revelar cualquier circunstancia que, a los ojos de un tercero razonable e informado, pueda dar lugar a dudas justificadas sobre su objetividad e independencia” (párr. 140). Para ayudar al perito a realizar la revelación y el análisis, el Código plantea una lista no exhaustiva de 15 situaciones que comprenden los posibles vínculos del perito con las partes, con la disputa, con las y los abogados que lo han designado y con otras personas implicadas en el arbitraje.

Asimismo, el Código del CEA exige que, si las conclusiones del informe “contravienen opiniones expresadas por el perito con anterioridad en otros foros, deberá justificarse pormenorizadamente el cambio de criterio” (párr. 146.f). Esta última disposición genera diversas dudas, en particular, qué deberíamos entender por «foro»; qué período debe cubrir el comparativo y cuántos detalles tiene que entregar sobre los otros casos sin que el informe pericial se transforme en un tratado comparativo de distintas metodologías. Sin embargo, el mensaje principal es claro: el informe debe tender a ser objetivo, justificando la selección de la metodología y de los resultados en cada caso en particular.

El documento más reciente en esta línea son las «*ICCA Guidelines on Standard of Practice in International Arbitration*». La «*Guideline IV.A*» requiere de expertos de parte ser honestos en su testimonio y abstenerse de hacer, a sabiendas, «*false submission*» al tribunal. Conforme a la letra B, se instruye al perito asistir al tribunal arbitral y seguir sus instrucciones.

Para poner a prueba y testear la calidad y la objetividad del informe pericial, existen varias herramientas procesales, siendo la más común la contra-interrogación por la parte contraria. Al mismo tiempo, la práctica ha desarrollado una serie de instrumentos adicionales tendientes a generar un trabajo conjunto de expertos de parte, conocidos como «*witness conferencing*» o «*hot-tubbing*», «*expert teaming*» (*Sachs Protocol*) (Sachs y Schidt-Ahrendts, 2011, p. 135) y el informe conjunto (Nessi, 2016).

Por ejemplo, el artículo 5.4 de las Reglas de la IBA contempla esta última posibilidad:

“El Tribunal Arbitral podrá, a su discreción, ordenar que los Peritos Designados por las Partes que vayan a presentar o que hayan presentado Dictámenes Periciales sobre los mismos asuntos o sobre asuntos conexos, se reúnan y deliberen acerca de tales asuntos. En dicha reunión, los Peritos Designados por las Partes deberán tratar de llegar a un acuerdo sobre los asuntos a que se refieren sus Dictámenes Periciales y harán constar por escrito aquellos puntos sobre los que lleguen a un acuerdo, así como aquellos otros sobre los que exista desacuerdo y las razones de ello.”

También el artículo 5.1 de la «*Guideline No. 7 Party-appointed and Tribunal-appointed Experts*» del CIArb busca orientar al tribunal arbitral cómo “testear” la opinión experta:

“Arbitrators should give directions as to how expert opinions should be tested. Some directions in relation to this are usually given in anticipation of receiving the expert report, but arbitrators may also give further directions as to the testing of expert’s opinion once the reports have been exchanged.”

Para lo anterior, contempla una serie de medidas, tales como: instruir a los expertos a reunirse previo a la audiencia para identificar las razones de sus discrepancias, preparar un informe conjunto, responder las preguntas de la contra-interrogación o del tribunal, o participar en «*witness conferencing*».

En otras palabras, si se logra asegurar la independencia de los peritos de parte, y si se logra corroborar la objetividad y consistencia de sus declaraciones, el tribunal arbitral obtendrá un valioso medio de prueba que le ayudará a resolver los aspectos tecnicados de la audiencia. Para ello, las partes y el tribunal deben asegurarse de generar las oportunidades procesales necesarias en las cuales aplicarán alguna o varias técnicas para testear la objetividad y la consistencia de la declaración.

V. PALABRAS DE CIERRE.

Desde su creación hace 30 años, el CAM Santiago se ha constituido en un espacio del continuo perfeccionamiento y sofisticación del arbitraje en Chile. Este ensayo conlleva un llamado a seguir en esta misma veta para que los litigantes y los tribunales arbitrales incorporen, en los arbitrajes de construcción, el peritaje de parte como una forma eficaz de obtener evidencia tecnicada.

No existe ningún impedimento normativo para ello, y las críticas difundidas en contra del peritaje del tribunal operan como un incentivo para buscar una alternativa y concentrarnos en maximizar la utilidad del peritaje de parte.

Lo que se requiere es, más bien, dejar atrás la desconfianza y predisposición en contra del peritaje de parte que caracterizan al arbitraje nacional. En cambio, su uso puede beneficiar la resolución de las controversias tal como ya es estándar en el plano

internacional, desde donde podemos tomar prestados varios conceptos y herramientas que permiten maximizar la utilidad de arbitraje de parte.

Para avanzar en esta línea, se sugiere a las partes y al tribunal tener presente lo siguiente:

1. Los peritos de parte deben incluir en sus informes una declaración de independencia y de objetividad. Para ayudar a detectar sus eventuales conflictos de intereses, el tribunal arbitral puede ordenarles ceñirse al cuestionario contemplado en el Código de Buenas Prácticas del Club Español del Arbitraje. Si existen circunstancias listadas en este Código, sin que la independencia del perito se viera afectada a su juicio, éste deberá indicar dichas circunstancias en su declaración.
2. Es indispensable que los peritos comparezcan a declarar acerca del contenido de su informe. El profesional que declara debe estar en condiciones de explicar la génesis de la información y de sus conclusiones. Su comparecencia es indispensable para poder testear la declaración y corroborar que responde a una opinión fundada y, por ende, objetiva. Por el contrario, no basta la comparecencia del representante legal de la organización que haya elaborado el informe. En informes que abarcan varias disciplinas, constituye una buena práctica identificar a los profesionales responsables de haber analizado una determinada materia. Así, la contra-interrogación y las preguntas del tribunal podrán dirigirse al profesional competente.
3. Si bien todos estamos de acuerdo en que el tribunal arbitral habitualmente carece de conocimiento técnico para declarar que las conclusiones de un perito son correctas o falsas, el tribunal no obstante puede apreciar si el perito ha seguido una determinada metodología, si su análisis tiene respaldos suficientes, y si -habiendo sido testeadas- sus conclusiones fueron o no rebatidas por la contraparte.

Para decirlo entonces sintéticamente, dejemos de ignorar al «elefante en el salón», dándole cabida merecida al peritaje de parte. De ese modo la discusión y resolución de las controversias de construcción será enriquecida y más acertada, y el CAM Santiago continuará siendo el escenario donde nacen las prácticas procesales más innovadoras y relevantes.

BIBLIOGRAFÍA:

- Anabalón, C. (1954). *Tratado práctico de derecho procesal civil chileno. El juicio ordinario de mayor cuantía*. Editorial Thomson Reuters.
- Bulnes, F. y Vial, G. (2018). *La prueba pericial y el riesgo de transferencia indebida de jurisdicción: Medidas para una adecuada valoración de la pericia*. Disponible en: <https://www.camsantiago.cl/biblioteca/arbitraje-nacional/>.
- Casarino, M. (2009). *Manual de Derecho Procesal*. (Tomo IV, 6ta ed., p.451). Editorial Jurídica.
- Jones, D. (2020). *Ineffective Use of Expert Evidence in Construction Arbitration*. Dubai Arbitration Week, 16 de noviembre de 2020. Disponible en: <https://dougjones.info/content/uploads/2017/07/Ineffective-Use-of-Expert-Evidence-in-Construction-Arbitration-1.pdf>.
- Labbé, J. (2021) Rethinking the Structure of Construction Arbitration: A Dispute Systems Design Approach to the Position of Experts. En *Harvard Negotiation Law Review*. (Vol. 27, No. 1, pp. 43-92). Disponible en: <https://www.hnlr.org/wp-content/uploads/sites/22/27-1-2-Rethinking-Construction-Arbitration.pdf>
- Larroucau, J. (2012). Hacia un estándar de prueba civil. En *Revista Chilena de Derecho*. (vol. 39 No. 3, pp. 783–808). Ediciones UC.
- Leiva, F. (2019). *El desgobierno del perito. Notas para su control en materia de arbitraje doméstico*. Disponible en: <https://www.camsantiago.cl/biblioteca/arbitraje-nacional/>.
- Mereminskaya, E. (2019). *Características y funcionamiento del arbitraje de construcción en Chile: Los cambios necesarios*. p. 20. Disponible en: <https://www.camsantiago.cl/biblioteca/arbitraje-nacional/>

- Nessi, S. (2016). Expert Witness: Role and Independence. En C. Müller, S. Besson, A. Rigozzi (Eds.), *New Developments in International Commercial Arbitration*. (pp. 72-105). CEMAJ.
- Sachs, K. y Schidt-Ahrendts, N. (2011). Protocol on Expert Teaming: A New Approach to Expert Evidence. En A. Van den Berg (Ed.), *Arbitration Advocacy in Changing Times* (ICCA Congress Series No. 15, p. 135). Kluwer Law International.
- Torres, J. (2012). Hacia un estándar de prueba civil. En *Revista Chilena de Derecho*. (vol. 39 No. 3, pp. 783–808). Ediciones UC.
- Valdés, D. (2012). El perito y el dictamen pericial en el Proyecto del Nuevo Código Procesal Civil Chileno. En *Revista de Estudios Jurídicos Democracia y Justicia* (N° 1, pp. 63-78). Centro de Estudios Democracia y Justicia. Universidad de Talca.

LEGISLACIÓN:

- Código de Procedimiento Civil chileno.

DISPOSICIONES JURÍDICAS:

- Código de Buenas Prácticas del Club Español del Arbitraje (CEA). Disponible en: <https://www.clubarbitraje.com/grupos/mediacion/publicaciones/>
- ICCA. *Guidelines on Standard of Practice in International Arbitration*. Disponible en: <https://www.arbitration-icca.org/icca-task-force-standards-practice-international-arbitration>

- CIArb. *Guideline No. 7 Party-appointed and Tribunal-appointed Experts*. Disponible en: <https://www.ciarb.org/media/4200/guideline-7-party-appointed-and-tribunal-appointed-expert-witnesses-in-international-arbitration-2015.pdf>
- CIArb. *Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration*. Disponible en: <https://www.ciarb.org/media/6824/partyappointedexpertsinternationalarbitration.pdf>
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Disponible en: https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration
- Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional. Disponible en: <https://www.ibanet.org/resources>