

ARBITRIO PERICIAL Y ARBITRAJE TÉCNICO

Dr. Roberto Yglesias Mora

I.) Introducción.

Luego de una experiencia de aproximadamente quince años de los centros arbitrales nacionales, se ha ido tomando conciencia sobre la necesidad e importancia de identificar una modalidad arbitral que bien se podría denominar como arbitraje técnico o como arbitraje de construcción, por ser este la principal manifestación del arbitraje técnico. Esta modalidad arbitral, se ha ido separando paulatinamente tanto en lo conceptual como en la práctica, del tradicionalmente llamado arbitraje de equidad, cuya naturaleza y alcances no guarda adecuada correspondencia con las características propias y requerimientos del arbitraje técnico moderno. El objetivo primario de este ensayo, es, no obstante, señalar y advertir sobre otros mecanismos paralelos o similares que no deben ser confundidos con esa modalidad arbitral, como es el llamado arbitrio de un tercero y las opiniones técnicas periciales. Nos proponemos formular un marco conceptual teórico jurídico que permitan caracterizarlas y distinguirlas del llamado arbitraje técnico.

II.) El arbitrio pericial.

Esta modalidad de participación de terceros expertos, refiere a situaciones en que por ley o por decisión de las partes de un contrato, se requiere completar o integrar el contrato

con una actuación, opinión o declaración técnica de un perito. Al efecto se observan diversas regulaciones legales que señalan tales intervenciones en distintos momentos y situaciones de la contratación, que no obstante no llegan a equipararse, como regla de principio, a una decisión jurisdiccional. Veamos algunas de ellas:

- A.) En el Código Civil encontramos al menos las siguientes funciones asignadas a un experto o perito:
 - 1.) En el artículo 1057, se permite que en la compraventa se pacte que uno o más terceros sean quienes fijen el precio. Se debe asumir desde luego, que se trata de terceros conocedores de la materia. Estamos ante una figura antigua, aplicada desde el Derecho romano y reconocida en el Derecho moderno comparado. Parte de la doctrina estima que la fijación del precio por un tercero, constituye una condición al negocio jurídico, que impide su perfeccionamiento hasta que se cumpla y ese es el espíritu que presenta en nuestra legislación civil común.
 - 2.) El artículo 1142, estipula que en caso de duda en el precio del arrendamiento de una cosa, se acudirá a una estimación que harán peritos. Se trata de otra figura similar, también de origen histórico aplicable en este caso al precio del

arriendo y que también le da una función particular a un tercero, cuya declaración o dictamen, permite perfeccionar un negocio jurídico, en este caso un arrendamiento.

La norma hace alusión más que a diferencias de fondo, a imprecisiones sobre el precio del arrendamiento de una cosa. Es evidente que no estamos aquí ante un verdadero conflicto entre las partes, sino ante una situación de incerteza en un monto, a resolver mediante una estimación pericial. Tal es el propósito de esa normativa.

- 3.) El artículo 1193 ibidem, dispone que cuando se conviene que una obra ha de hacerse a satisfacción del propietario o de otra persona, se entiende reservada la aprobación a juicio de peritos. Es otro caso clásico, de especial importancia para nuestro estudio. Hay aquí una referencia directa al concepto de "juicio de peritos", frase que por ambigua, se presta a confusión: En efecto, nuestra legislación procesal civil dedica un capítulo al llamado juicio pericial (arts. 530 a 533 CPC). Este procedimiento presenta hoy especial relevancia, por su renovado potencial, según explicamos más adelante.
- B.) Por su parte, el Código de Comercio contiene varias disposiciones relativas a la intervención de un perito como tercero neutral:
- 1.) En su artículo 32 bis, que regula el derecho de retiro o receso de la sociedad, se señala un derecho al reembolso del valor de las acciones conforme a una estimación pericial;
 - 2.) Especial mención requiere el artículo 88, cuando regula la creación de un tribunal tripartito independiente, para resolver sobre el rechazo a la incorporación de herederos o legatarios de un socio en una sociedad de responsabilidad limitada. Esta figura sui generis quedó sin regular adecuadamente, aunque de su letra se desprende que el espíritu del legislador fue autorizar la creación de una especie de Tribunal integrado por personas familiarizadas con la materia y que dictarían un fallo, que en principio se podría considerar como un laudo en equidad, ex aquo et bono, propio de un arbitraje de equidad.
 - 3.) ARTÍCULO 276, INCISO G), ESTABLECE LA OBLIGACIÓN DEL PORTEADOR DE INDEMNIZAR AL CARGADOR POR RETARDO IMPUTABLE DEL PRIMERO. EL MONTO SE ESTABLECERÁ POR MEDIO DE UN PERITO, MEDIANTE TRÁMITES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.
 - 4.) ARTÍCULO 336, INCISO I), DISPONE QUE EL PORTEADOR TIENE DERECHO A QUE SE VENDA LA MERCADERÍA NO RETIRADA PREVIO AVALÚO DE UN PERITO NOMBRADO POR UN JUEZ MEDIANTE TRÁMITES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA;
 - 5.) ARTÍCULO 547, EN EL CASO DE BIENES DADOS EN PRENDA QUE SUFRAN DAÑOS, EL ACREEDOR PUEDE PEDIRLE AL JUEZ MEDIANTE TRÁMITES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA, QUE SE DESIGNE A UN PERITO PARA QUE EXAMINE EL ESTADO DE LOS BIENES. _

Comentario: En ninguno de esos casos, con la salvedad del caso del artículo 88 del Código de Comercio, la función o arbitrio del perito está concebida para desarrollarse como un proceso jurisdiccional o litigio. Se trata de intervenciones para dar una opinión técnica, para lo que no se requiere de un proceso, ni judicial ni arbitral, sino únicamente de un trámite para emitir un dictamen, un criterio, o lo que es lo mismo "un juicio" de valor o un "arbitrio", producto de la actividad mental del perito. He ahí uno de los errores de interpretación más frecuentes acerca de la naturaleza jurídica del llamado "juicio de peritos" y que se puede confundir con un litigio y en particular con el llamado "juicio pericial" contemplado en nuestra legislación procesal civil.

Desde un punto de vista histórico, así como desde uno lógico-racional, el "juicio de peritos" en análisis, no corresponde con un proceso en su sentido técnico formal, sino con una valoración o arbitrio pericial que exige el derecho sustantivo para ciertos casos, a fin de permitir la finalización o perfeccionamiento de determinadas relaciones jurídicas o la verificación del cumplimiento de su objeto. No se estaría ante un litigio y ni siquiera, necesariamente, ante una diferencia entre las partes del contrato, sino solamente frente a una etapa más en su constitución, ejecución o cumplimiento. Eventualmente se podría estar frente a diferencias entre las partes del contrato relativas a algunos de los aspectos contractuales sobre los que se debe emitir el juicio de valor pericial. Aún en esa eventualidad no se debe descartar que

una diferencia no es automáticamente un conflicto real, y para resolverla se acudiría al tercero experto neutral y no un juez o árbitro. El conflicto surgiría a posteriori, si el criterio pericial no es aceptado por alguna de las partes. Esta sería la cronología esperada y normal de los acontecimientos, que nos permite comprender mejor que una cosa es un criterio técnico emitido en el marco de un contrato y otra, un fallo o laudo técnico, posterior al contrato y fruto de un proceso o litigio, judicial o arbitral.

III.) Origen Histórico del Arbitrio Pericial

En las fuentes históricas, la función del perito como tercero a las partes de un negocio jurídico, se conoció como el "arbitrium merum" o el "arbitrium boni viri", que significa arbitrio justo y equitativo. En el derecho justineano se recogen estas figuras, requiriéndose la estimación del tercero para perfeccionar el contrato de compraventa, bajo pena de nulidad (Cód. 4,38, Const.15). En las Institutas también se recoge el "arbitrium" de un tercero (Inst. Libro III, Tit. 23). Por su parte el derecho feudal recogió esta tradición jurídica, como fue el caso de la Ley de las Partidas (partida 5ta, tít. 5, ley 9). En este contexto se denominó a dicho tercero como "arbitrador"¹, lo que no debe llevar a confusión con las funciones actuales del árbitro, aún en el caso del llamado árbitro de equidad. El derecho moderno calificó a la figura como el "arbitrio de un tercero"², y que como se observó supra, ha sido recogida

1 LOPEZ, G., Glosa a las Siete Partidas, Madrid.

2 DIEZ PICAZO, L. y otro El Arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos, Bosch, Barcelona. 1957.

tanto en la legislación civil como en la mercantil.

Se hace así evidente, que la naturaleza del llamado "juicio de peritos" de nuestra legislación sustantiva, asume la condición de un dictamen de valor, de una declaración de conocimiento, de ciencia y no de un proceso o litigio, cuya naturaleza jurídica será obligacional y no jurisdiccional.

IV.) El arbitrio pericial y el movimiento RAC.

Dentro del movimiento de resolución alterna de conflictos, podemos asociar a dicho tercero pericial, con varias figuras conocidas como la opinión experta de un tercero neutral y de último ha llegado la novedosa figura de los paneles de expertos o "dispute boards" en materia de obras de ingeniería y construcción, que intervienen con mucha amplitud en los procesos constructivos para emitir criterios técnicos, buscando solucionar los problemas que se suscitan durante el desarrollo de las obras y que deben ser acatados por las partes, como regla de principio. Tal mecanismo ha tenido buena aceptación a nivel internacional y pronto será introducido en el medio nacional de la construcción, con auspicio del CFIA.

Los paneles de disputas -que se establecen vía contractual-, constituyen una sofisticada y moderna herramienta para conocer, valorar y resolver in situ, diferencias y problemas durante la construcción de una obra, de modo que minimicen su impacto en su desarrollo y que dependiendo de la modalidad del panel, su decisión será

vinculante y de acatamiento obligatorio para las partes. A nivel internacional sería hoy extraño que grandes obras no cuenten con estos servicios profesionales y periciales, que han sido de gran utilidad en proyectos como la ampliación del canal de Panamá y en construcción de hidroeléctricas ³.

Nuestro criterio es que los "dispute boards", no son sino una evolución de la figura tradicional del derecho civil y mercantil del arbitrio de un tercero, ampliando su rango de acción, sin duda muy cercano al supuesto legal del experto a cargo de verificar la calidad de la obra contratada. Se puede por tanto estimar, que los paneles de expertos, encuentran un sustento legal en la normativa vigente supraindicada, y en el principio de libertad contractual, que sería en todo caso suficiente para darles fundamento jurídico legal. De igual modo, dicha normativa legal, da fundamento para que los centros arbitrales formulen aplicaciones y desarrollos para administrar, de opinión pericial neutral, como un servicio específico de Rac, previa reglamentación y autorización de la Dinarac.

V.) El Juicio Pericial del CPC.

A.) Muchos estudiosos del derecho arbitral y procesal, llama la atención el procedimiento conocido como "juicio pericial", mecanismo procesal cuya utilidad no es clara y por ende, no ha tenido mayor aplicación práctica. Se encuentra regulado en los artículos 530 a 533 del Código Procesal Civil vigente, normativa que no fue derogada por la Ley RAC #7727, pese a que sí derogó

3 La CCI lo mismo que la FIDIC, cuentan con modernos reglamentos operativos de Dispute Boards.

todo el capítulo sobre arbitraje del CPC. Hay quienes sostienen que insistido en señalar que la finalidad de este juicio pericial, es conocer sobre situaciones de hecho muy concretas o específicas y no sobre aspectos de derecho, que son propios del arbitraje de derecho.

Todo apunta a que el legislador patrio introdujo un denominado juicio pericial con naturaleza de verdadero litigio, sobre la base de circunstancias e imprecisiones en un contrato, que no califican como un conflicto real, según se explicó supra (art. 530 CPC). He aquí el dilema de este mecanismo procesal. Esa inconsistencia así vista, podría restarle propósito y funcionalidad a esa normativa; empero, pese a lo anterior, surge la interrogante si dicha normativa pudiera tener otras aplicaciones útiles. Creemos que sí es posible.

- B.) Cabe considerar en primer término, que la línea divisoria entre una diferencia no sustancial a dirimir por un perito, y un verdadero conflicto entre las partes sobre los referidos extremos, puede llegar a ser sutil y una incertidumbre contractual en el precio de una cosa o en la calidad de la obra construida, se puede convertir en una diferencia sustancial. En este caso surge el conflicto real. Evidentemente, aquí se abriría el camino a un proceso contradictorio y a una decisión jurisdiccional. En ese contexto cabría acudir el denominado "juicio pericial" del CPC, como proceso legal contradictorio.
- C.) Ahora bien, si la diferencia entre las partes de un contrato de obra no exige un litigio sino una opinión integrativa experta, no encontramos un motivo suficiente, ni legal impeditivo, para que

las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad, decidan resolver la incerteza o divergencia no conflictual, por la vía de un proceso técnico jurisdiccional, para lo que también resulta idóneo el juicio pericial del CPC, que asume la condición de verdadero proceso arbitral jurisdiccional, en la modalidad de técnico y con la ventaja de ser abreviado. Las partes son libres para ello y en decidir si optan por esa fórmula que culmina en un ágil laudo simplificado y ejecutivo, para completar su relación contractual o para verificar la calidad del trabajo realizado, obteniéndose una cosa juzgada material. Aunque el arbitraje tenga ese especial propósito, ello no obsta para que las partes acudan a él, en particular si es rápido y sencillo de laudar. La anterior tesis se ve confirmada por la legislación vigente sobre expropiaciones, que autoriza que el monto de una expropiación sea establecido por medio del referido juicio pericial del CPC. Aquí se confirma que -pese a que la diferencia no sea por el fondo de la expropiación, sino solo en cuanto al valor objetivo de la cosa a expropiar-, es factible recurrir al indicado proceso arbitral técnico.

- D.) No parece factible interpretar en forma extensiva el artículo 530 CPC, de modo que pudiese interpretarse que diferencias de naturaleza jurídico legal pudiesen ser debatidas y resueltas por ejemplo, por un árbitro experto legal. De conformidad con el artículo 533 CPC, el laudo simplificado que se dicte en estos casos, no requiere de fundamentación, lo que es contrario a la esencia del laudo arbitral en derecho. Evidentemente, el alcance de este mini arbitraje, se limita a cuestiones técnicas y a la estimación de una cosa o derecho.

VI.) Procedimiento del juicio pericial.

El juicio pericial del CPC, constituye un verdadero proceso arbitral solo que abreviado y para conocer únicamente de los aspectos técnicos y de valoración supraindicados, de modo que constituye una modalidad arbitral basada en la ciencia y en la técnica, separándose conceptualmente del arbitraje *ex aequo et bono*, o arbitraje basado en la equidad, la conciencia y la buena fe, que no exige la presencia de árbitros técnicos, sino que cualquiera, en principio, podría ser árbitro y fallar de acuerdo a su leal saber y entender (vid. art. 20 de la Ley RAC).

Interesa ahora considerar el procedimiento dispuesto al efecto por el CPC.

Art. 531 CPC. La formación del Tribunal pericial se basa en un acuerdo libre entre las partes. Es posible que Tribunal sea unipersonal o de más peritos, pero lo recomendable en este caso que sean tres o más, siempre que sea impar. Salvo acuerdo en contrario, se designará un solo perito (art. 532 CPC). Las partes deben convenir en dicha integración, preferiblemente al pactarse el acuerdo arbitral. El Código emplea un lenguaje superado al referirse al "compromiso", indicando que bastará la cláusula compromisoria o acuerdo arbitral y no es necesario el compromiso, que antiguamente se requería para activar la cláusula arbitral. Como es sabido, la ley RAC eliminó tal distinción y esa terminología.

Dispone la norma de comentario, que el perito o peritos se sujetarán a las formalidades que acuerden las partes, o que determine la ley en cada caso. En ese sentido las partes tienen

plena libertad y disposición para definir el objeto de la pericia, así como el mecanismo o procedimiento debido para que se produzca, sin requerir de intervención judicial. No procede exigir la realización de un debido proceso arbitral pleno conforme a la ley #7727, pues este tipo de procesos está previsto para situaciones distintas, con problemas jurídicos complejos. Ciertamente se deberá cumplir con un mínimo contenido que garantice el debido proceso. Al no estar previsto el detalle del procedimiento, las partes deberán acordarlo desde el pacto arbitral o en forma sucesiva, cuando surja la necesidad de arbitrar la solución al diferendo. Si las partes no logran convenir el procedimiento, se presenta una laguna en la normativa del CPC; interpretar que se aplica entonces el procedimiento de la ley Rac, desvirtuaría la naturaleza de este arbitraje, como proceso sumario y con un laudo simplificado. Una solución sería que los centros arbitrales reglamenten estos procesos técnicos sumarios, con la venia de la Dinarac.

Art. 532 CPC. Si las partes no logran convenir en el procedimiento para designar al perito, se aplicará lo establecido para la designación de un perito judicial en el proceso ordinario. Actualmente sería de aplicación complementaria el Reglamento interno del Poder Judicial existente para tales nombramientos.

Esta norma, infine, prescribe, que si el nombrado no acepta el cargo en el plazo fijado "por el juzgador", se considerará que no acepta el cargo. Resulta contradictoria esta disposición con la facultad de las partes de establecer los procedimientos, lo que incluye el plazo para la aceptación del perito. En ese sentido debería privar la voluntad de las partes y el plazo que las partes acuerden. Más aún, "el juzgador" en este caso es el

perito árbitro y no el juez judicial, siendo un error y contrasentido calificar a la autoridad judicial como "juzgador", por ignorarse con ello el rol que asume el perito en este proceso.

En nuestro criterio, la figura y función de la autoridad judicial en estos casos, es meramente instrumental y de asistencia y no de intervención activa, ni para emitir juzgamientos.

Art. 533 CPC.

1. Se menciona en esta disposición que los peritos procederán como árbitros de equidad, y su decisión tendrá la autoridad y eficacia de cosa juzgada material, de modo que representa un verdadero laudo con carácter ejecutivo y ejecutable, se indica, por la vía de ejecución de sentencia. A diferencia de los laudos en equidad, el laudo técnico, no requiere ser fundamentado y así lo autoriza esta disposición legal, lo que constituye una característica y atractivo particulares de este proceso. El artículo 58 infine de la ley Rac, establece que los laudos arbitrales serán siempre motivados, salvo si las partes convengan en que no lo sea. Empero, el laudo en derecho, se advierte, deberá ser siempre motivado. He aquí una diferencia a destacar entre el laudo técnico del CPC y el laudo de equidad de la Ley Rac.

Por lo demás se advierte que el perito árbitro deberá fallar dentro del plazo convenido, pasado el cual "perderá su jurisdicción", lo que confirma que es él y no el juez regular quien ejerce la jurisdicción del caso.

En el párrafo final se alude a que *"El juzgador no ordenará el pago de honorarios antes de que se haya ejecutado el dictamen si a su juicio se requiriera para ello la intervención de los peritos"*.

Esta disposición califica indebidamente al laudo arbitral como un dictamen pericial, referencia antitécnica, que más parece aludir al ya referido supuesto del arbitrio pericial no litigioso, en el que se rinde un dictamen no ejecutivo y no una sentencia. Sujetar el pago de los honorarios arbitrales a la ejecución del laudo, no es razonable puesto que ya el Tribunal pericial arbitral concluyó su labor al rendir el laudo y este es ejecutable por la vía de ejecución judicial y no por medio de los árbitros peritos, quienes además ya habrían perdido su jurisdicción.

Finalmente, surge la cuestión acerca de si es factible y legal que el referido juicio pericial o arbitraje técnico abreviado, pueda ser tramitado ante una institución arbitral privada. La respuesta afirmativa se debe imponer, considerando que la labor asignada por el CPC al juez judicial es meramente instrumental y no jurisdiccional por ostentarla el perito, gozando actualmente los centros institucionales de capacidad y legitimación legal para administrar dichos procesos técnicos arbitrales y cumplir cabalmente las mismas funciones de asistencia que se le asignan a la autoridad judicial en el CPC y aún más allá de eso. No se observa ninguna razón legal o motivo real que constituya un impedimento para ello, si el centro arbitral ha sido autorizado para administrar procesos arbitrales y cuenta con la respectiva reglamentación.