

Y

Young Arbitration Magazine

AN ACADEMY MAGAZINE

JUNIO 2018 | V EDICIÓN | COSTA RICAN YOUNG ARBITRATORS



TABLA DE CONTENIDOS

CONSEJO EDITORIAL

Sophia Villalta Chong

- Presidenta de la Junta Directiva de Costa Rican Young Arbitrators
- Asociada en Batalla
- Licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica

Valeria Garro Ortega

- Vocal I de la Junta Directiva de Costa Rican Young Arbitrators
- Asistente legal en COLBS Estudio Legal
- Estudiante en Derecho de la Universidad de Costa Rica

Adrián Rivera Fumero

- Asociado de Costa Rican Young Arbitrators
- Asistente legal en ECIJA Law & Technology
- Estudiante en Derecho de la Universidad de Costa Rica

Daniel Rivera Melara

- Vicepresidente de la Junta Directiva de Honduran Young Arbitrators
- Asistente legal en Luz y Fuerza de San Lorenzo, S.A.
- Pasante en maestría de Derecho Empresarial en Universidad tecnológica centroamericana (UNITEC)

Presentación

Adrián Rivera 1

**“Lo que callan los peritos”:
Comentarios acerca de su
papel en los arbitrajes de
construcción**

Leandro García 3

**Oferta sellada: El nuevo actor
de América Latina**

Emiliano Cernaz 13

**La urgente descentralización
de la buena praxis del
arbitraje en Perú ¿Cómo
solucionar la mala praxis de
los árbitros en el país?**

Alejandra Tamayo 18

**La buena diligencia del
nombramiento de un árbitro**

Reynaldo Herrera 29

El acceso a la justicia arbitral

Roberto Yglesias 35

**La conciliación y el arbitraje
institucional ¿Qué proceso
extrajudicial brinda a
las personas, mayores
garantías de eficiencia en la
solución de los conflictos?**

Roberto Williams 48

**15 Años de Trayectoria en la
Prestación de Servicios de los
Métodos Alternos de Solución
de Conflictos (MASC)**

Paola Díaz 57

**¿Arbitraje, mecanismo viable
para la recaudación tributaria
en Costa Rica?**

Yelena Piedra 61

“Lo que callan los peritos”: Comentarios acerca de su papel en los arbitrajes de construcción

Leandro García Valdez¹

El dictamen pericial constituye uno de los medios probatorios más importantes en el arbitraje de construcción, en vista que el perito a través de su experiencia y conocimiento² examina técnicamente los actos y los hechos invocados por las partes. En otras palabras, la función del perito es la de “separar la paja del trigo”, indicando qué afirmaciones tienen fundamento técnico a partir de la documentación registrada en el proyecto y cuáles constituyen anécdotas carentes de sustento.

Mediante el presente artículo, describiremos el camino que tiene que recorrer el perito en los arbitrajes de construcción. Asimismo, propondremos recomendaciones que le permitan mantener su solvencia técnica, independencia e imparcialidad durante el proceso de preparación del dictamen pericial. Como último punto, examinaremos su participación en la Audiencia Probatoria.

I. Conceptos preliminares

La intervención del perito en la industria de la construcción puede presentarse en dos facetas. “(1) Como medio de solución de disputas previo al arbitraje, donde se emite una determinación que puede ser obligatoria o no para las partes, dependiendo de la normatividad de cada nación; o (2) Como medio de auxilio al juez o al tribunal arbitral al ayudarlo a comprender, entender o conocer sobre una materia generalmente sujeta a disputa donde existe un particular índole técnico, financiero o legal de especial dificultad.” (Gray, 2007, p. 119)

En el presente artículo analizaremos la segunda faceta, en donde el papel del perito está circunscrito a brindar mejores luces al tribunal arbitral respecto una controversia. Así, en un proceso en donde las partes se imputan atrasos, la misión del dictamen pericial será

¹ Bachiller en Derecho y especialista en Derecho de la Construcción por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Asistente Legal de NPG Abogados. Mención especial a mejor orador (2016) y miembro del equipo ganador (2015) de la Competencia Internacional de Arbitraje organizada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y la de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario de Bogotá. Miembro de Young International Arbitration Group y de International Council for Commercial Arbitration. lgarciavaldez@gmail.com.

² Al respecto, Rodríguez indica que: “La formación técnica o profesional del perito es uno de los principales requerimientos que debe cumplir toda persona que desee ser reconocida o designada como tal. Mas esa formación y subsecuente experiencia demanda que sea dinámica, esto es, que a lo largo del tiempo se mantenga vigente, actual, de forma tal, que el denominado “expertise” permita que la opinión que vierta a través de su informe o dictamen responda a condiciones del presente y no a criterios académicos que pueden haber quedado desfasados por el tiempo, sin que ello pueda ser entendido en grado alguno, como que a un caso específico se apliquen criterios técnicos del presente respecto de circunstancias que, al momento en que se desarrollaron los hechos, eran desconocidas para la ciencia o técnica y por ende, de las partes.” (Rodríguez, 2014, p. 183)

probar, por ejemplo, la relación causa- efecto³ de los atrasos y/o la cuantificación del sobrecosto reclamado. Siendo estos los insumos a partir de los cuales el tribunal arbitral definirá la responsabilidad por los daños generados.

Dentro de un proceso arbitral, el dictamen pericial puede ser ofrecido por alguna de las partes o de oficio, conforme lo regulado en el inciso 1 del artículo 5⁴ y el inciso 1 artículo 6⁵ de las Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional⁶, respectivamente. Incluso, puede presentarse los dos supuestos, en caso que el tribunal arbitral necesite dilucidar algún o algunos puntos específicos de la controversia a través de una tercera opinión técnica, dada la complejidad del caso.

II. Calentando motores: tres aspectos a tener en cuenta durante la elaboración del dictamen pericial

En primer lugar, el cliente debe definir cuál es el alcance del dictamen pericial, es decir, identificar los temas problemáticos o las consultas generales o específicas que absolverá el perito. Cabe precisar que cuando hacemos alusión a “cliente” no estamos incluyendo a los asesores legales patrocinantes en el proceso arbitral, en vista que, el papel del perito no es integrarse a la defensa técnica ni mucho menos legal de su cliente, sino ejecutar de la manera más objetiva e independiente el alcance solicitado.

Así, el alcance de la pericia puede circunscribirse a uno genérico: “Para la determinación del huso granulométrico de un predraplén de enrocado (para tamaños entre 10 y 70 cm y para tamaños entre 30 y 130cm) ¿es suficiente contar con el tamaño máximo y mínimo de la roca, así como el requerimiento de ser bien graduado?”

Como se aprecia, dicho alcance no está referido al análisis de un proyecto en específico, ni mucho menos a un sujeto definido, sino a una pregunta en base a determinado supuesto. En estos casos, el perito tendrá que ser muy claro al indicar que su análisis es teórico y en abstracto.

³ Según Hechenberger, las causas frecuentes de retrasos y sobrecostos en proyectos de construcción son los cambios en la ingeniería, obras adicionales, suspensiones formalizadas o no formalizadas, aprobaciones o respuestas retrasadas a solicitudes de información, entrega tardía del terreno, trabajos paralelos con otros contratistas, suministros tardíos, solicitudes para implementar medidas de aceleración, eventos de fuerza mayor, entre otros. Por otro lado, los efectos típicos de las causas antes indicadas son los costos adicionales, los retrasos, daños y perjuicios, entre otros. (Cfr. Hechenberger, 2015, pp. 83-84)

⁴ “Artículo 5. Peritos Designados por las Partes

1. Las Partes podrán valerse de Peritos designados por ellas como medio de prueba para materias concretas. Dentro del término fijado por el Tribunal Arbitral, (i) cada Parte deberá identificar a cualquier Perito Designado por la Parte en cuyo testimonio pretenda basarse, así como las materias sobre las versará dicho testimonio; y (ii) el Perito Designado por la Parte deberá presentar un Dictamen Pericial.”

⁵ “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 dictaminen sobre cuestiones específicas determinadas por el Tribunal Arbitral. El Tribunal Arbitral, previa consulta a las Partes, establecerá los términos de la tarea a desarrollar por el Perito. El Tribunal Arbitral remitirá a las Partes una copia de la versión final de esos términos.”

⁶ La IBA ha dictado estas reglas como un recurso que proporcione a las partes y a los árbitros un procedimiento eficiente, económico y equitativo para la práctica de prueba en el arbitraje internacional.

Asimismo, el alcance de la pericia puede referirse a un aspecto particular de la controversia:

“Análisis de los atrasos ocurridos durante la ejecución del contrato de construcción, celebrado el 23 de noviembre de 2017 entre el contratista “Reiss” y el comitente “Trier” para la construcción de un complejo habitacional Casa Blanca, ubicado en la región de Lima, Perú.”

En segundo lugar, el perito debe elegir la metodología aplicable, es decir, las herramientas que le permitan arribar a las conclusiones respecto del problema o la consulta particular o general referida en el alcance.

En el arbitraje de construcción, los temas centrales materia de controversia están vinculados al costo, plazo y alcance de la obra. A modo de ejemplo, si el perito tiene que analizar una pretensión de ampliación del plazo, deberá sustentarla a partir de una metodología, como es el caso del método de la ruta crítica (CPM)⁷, a través del cual se identifica “el tiempo máximo que debe ser ejecutada una serie de actividades para que el proyecto en su totalidad sea ejecutado sin sufrir demoras.” (Lama, 2016, p. 134) Así, mediante la CPM, el perito determinará si el hecho alegado como generador del atraso impactó o no el programa del proyecto. En otras palabras, si solo se basara en la documentación de la obra y en los “dichos” de su cliente, no podría saber a ciencia cierta, si la actividad retrasada se encontraba en ruta crítica y, por ende, si correspondía otorgar o no la ampliación del plazo.

Ahora bien, una primera impresión podría llevarnos a pensar que la sola elección de la metodología es suficiente para defender la solvencia técnica de la pericia. No obstante, el perito no debe limitarse a ello, siendo recomendable que:

- (i) Explique las razones por las cuales ha elegido una metodología y por qué es aplicable al caso en concreto.
- (ii) En el supuesto que sea posible utilizar más de una metodología, el perito debe exponer por qué la elegida es la más idónea a su criterio respecto las otras.
Por ejemplo, la “ACE International Recommended Practice N° 29R-03: Forensic Schedule Analysis” describe distintas técnicas para establecer los atrasos. Sin embargo, no todas tienen el mismo nivel de confiabilidad, por lo que, dicha elección se hará en base a la disponibilidad de documentación contemporánea del proyecto. Si el perito verifica que el proyecto que se está analizando es sencillo y no cuenta con cronogramas actualizados, podrá inclinarse por utilizar la técnica “As-Planned vs As-

⁷ La ruta crítica es la secuencia de actividades relacionadas sin holgura, en donde cualquier retraso de una actividad predecesora afecta a la actividad sucesora, impactando el plazo de todo el proyecto.

Build”⁸ y no el “Window Analysis”⁹, el cual tiene un mayor nivel de sofisticación y requiere más “ingredientes” documentarios para su realización.

En tercer lugar, comienza la etapa de redacción del dictamen pericial, en la cual el perito debe tomar en cuenta lo siguiente:

- (i) Cumplir con las normas relativas al contenido mínimo del dictamen pericial. Usualmente, las partes lo regulan en el Acta de Instalación o aplican supletoriamente las Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, de acuerdo lo estipulado en el inciso 2 del artículo 5¹⁰.
- (ii) Tener cuidado con el lenguaje, cuidar el estilo. El perito debe evitar frases “grandilocuentes” que pudiesen dar a entender que está alegando o asumiendo el papel de “abogado” o defensa técnica de su cliente, ya que podría perder credibilidad frente al tribunal arbitral. El perito no alega posiciones, sino identifica, confirma, evidencia, observa o acredita eventos a partir de su análisis técnico. Su lenguaje es objetivo.

A modo de ejemplo, algunos “excesos” típicos en la redacción de los dictámenes periciales:

⁸ Esta metodología compara el cronograma planificado inicial con el cronograma actualizado o con la información contemporánea de la construcción. Asimismo, puede realizarse con gran detalle o a un nivel muy simple. También se puede desarrollar con pocos datos de la fase de construcción.

Traducción libre del siguiente texto: “This methodology compares an initial planned schedule with the as-built schedule or as-built data. This methodology can be performed in great detail or at a very summary level. It also can be performed with relatively little construction phase data.” (Livengood, 2016, pp. 31-32)

⁹ Esta metodología depende de los cronogramas preparados durante el transcurso del proyecto. Usualmente, se le conoce como “análisis de ventanas”. El método de Análisis de Periodos Contemporáneos generalmente identifica demoras dentro de un momento específico o “ventanas de tiempo”. Esta comparación es realizada contrastando el cronograma al comienzo de un periodo con su estado al final del mismo.

Traducción libre del siguiente texto: “This methodology relies on schedules prepared during the course of the project. It is often known as “windows analysis.” The Contemporary Period Analysis (CPA) method generally identifies delays within specific time periods or “windows” of time. This comparison is accomplished by comparing the schedule at the start of a time period with its status at the end of the time period.” (Livengood, 2016, p. 32)

¹⁰ “Artículo 5. Peritos designados por las Partes

(...) 2. El Dictamen Pericial deberá contener: (a) el nombre completo y la dirección del Perito Designado por la Parte, una declaración concerniente a su relación pasada y presente (si la hubiere) con cualesquiera de las Partes, sus asesores legales y el Tribunal Arbitral, y una descripción de sus antecedentes, cualificación, capacitación y experiencia; (b) una descripción de las instrucciones de conformidad con las cuales emitirá sus opiniones y conclusiones; (c) una declaración acerca de su independencia respecto a las Partes, sus asesores legales y el Tribunal Arbitral; (d) una declaración acerca de los hechos en que fundamenta sus opiniones y sus conclusiones como perito; (e) sus opiniones y sus conclusiones como perito, incluyendo una descripción de los métodos, pruebas e información utilizados para llegar a tales conclusiones. Los Documentos en los cuales el Perito Designado por la Parte se base que no hayan sido previamente presentados deberán ser acompañados; (f) si el Dictamen Pericial ha sido traducido, una declaración acerca del idioma en el cual ha sido originalmente preparado, y del idioma en el cual el Perito Designado por la Parte anuncia que declarará en la Audiencia Probatoria; (g) una afirmación de su auténtica convicción sobre las opiniones expresadas en el Dictamen Pericial; (h) la firma del Perito Designado por la Parte, así como la fecha y el lugar de emisión del Dictamen Pericial; y (i) si el Dictamen Pericial ha sido firmado por más de una persona, la atribución de él en su totalidad o de cada parte específica a cada autor.”

“Fragmento” del dictamen pericial	Comentario
“El perito de la contraparte levanta una cortina de humo para desviar la atención del honorable tribunal.”	Los dictámenes periciales buscan absolver consultas específicas, no “desviar la atención” ni levantar “cortinas de humo”. Los comentarios técnicos se absuelven o cuestionan con fundamentos técnicos. El dictamen pericial debe evitar contaminarse con la retórica propia de los abogados.
“En el supuesto que, el perito de la contraparte brinde mayores datos, nos reservamos el derecho de revisarlo y pronunciarnos más adelante.”	El perito no se puede reservar el derecho de nada, ya que su trabajo está circunscrito al alcance asignado. Él no es la parte afectada.

Los ejemplos anteriores evidencian que un perito puede “contaminar” su trabajo (por más prolijo que este sea), si utiliza un lenguaje tendencioso. El perito debe mantenerse siempre como un experto independiente e imparcial.

(iii) Cuidado con las palabras polisémicas. Cuando el perito se vea en la necesidad de utilizar palabras polisémicas, las cuales dentro de sus múltiples definiciones incluyen acepciones jurídicas, será necesario que indique que todos los términos utilizados en su dictamen pericial corresponden al lenguaje común o técnico, más no jurídico. Por citar un caso, si el perito indica que una de las partes es “responsable” por un atraso, dicha referencia no podrá ser entendida en su acepción jurídica (responsabilidad civil), sino únicamente dentro de lo que en el lenguaje cotidiano se entiende como “responsable”¹¹.

(iv) No hacer apreciaciones legales si el dictamen pericial es técnico. El perito debe recordar que la razón de su convocatoria al proceso arbitral se debe a su probado conocimiento y experiencia técnica, mas no jurídica. Es claro que a través de los años puede aprender aspectos legales de la industria de la construcción, sin embargo, no con el *expertise* de un abogado especialista en el mismo rubro. Además, analizar aspectos ajenos a su especialidad lo expone a que se reste su credibilidad durante los interrogatorios practicados por los abogados de la contraparte en la Audiencia Probatoria.

Ahora bien, surge la duda respecto si la interpretación de las cláusulas de un contrato se encuentra dentro de lo que llamamos “apreciaciones legales”. Consideramos que no hay una respuesta absoluta, pues ello deberá analizarse caso por caso.

Por ejemplo, la administración de los proyectos de construcción, frecuentemente, está en manos de un ingeniero civil, quien tiene la obligación de tener dominio del contenido del contrato y de todas sus obligaciones. (Cfr. Vega, 2003, pp.1-8) Por lo que, en más de una ocasión se verá obligado a interpretar el contrato con el objetivo de adoptar una posición frente a su contraparte (contratista, proyectista, etc.), ya sea absolviendo una incertidumbre o enfrentando un conflicto derivado del contenido del

¹¹ Según el Diccionario de la Real Academia Española, la primera acepción de responsable es: “Obligado a responder de algo o por alguien.”

contrato. Por lo que, en principio, la interpretación de una cláusula no sería una labor exclusiva de los abogados.

- (v) El tribunal arbitral, generalmente, está compuesto por abogados. Usar un lenguaje técnico no implica que este deba ser “oscuro” o ininteligible. El perito debe ser consciente que quienes van a leer su pericia son, en su mayoría, abogados. Asimismo, debe recordar que los conceptos obvios e implícitos derivados de su experiencia, muy probablemente, no lo sean para otras personas sin su formación profesional. Por lo que, si es necesario dar explicaciones teóricas preliminares o utilizar ejemplos para mejorar el entendimiento, el perito deberá hacerlo, ya que ello repercutirá en el nivel de asimilación y recordación de sus premisas y conclusiones.
- (vi) Un dictamen pericial sin base probatoria es un documento sin “carne”. Si bien el perito tendrá reuniones con el cliente para que este le brinde los pormenores de la controversia y un recuento de los hechos más relevantes, este no puede conformarse con este primer acercamiento del caso, sino, deberá solicitar toda la documentación que le permita absolver el alcance solicitado por su cliente.
En el supuesto que el perito no haya tenido acceso a la totalidad de la información o únicamente haya tenido como fuente el “dicho” de su cliente a través de su personal, tendrá que indicarlo en el dictamen pericial. Ello implicará que tenga que:
 - a. Señalar qué personas fueron las que le brindaron dicha información y adjuntar el contenido de dichas comunicaciones, para que la contraparte tenga la oportunidad de contrastarlo, ya sea, por ejemplo, invitando a estas personas como testigos en la Audiencia Probatoria.
 - b. Agregar como parte de su metodología la realización de entrevistas al personal que le brindó la información.

Por otro lado, si se presenta la oportunidad de preparar una pericia complementaria, el perito válidamente podrá modificar, corregir o aumentar los fundamentos de su dictamen pericial primigenio. Dicha situación no debe ser entendida en sentido negativo. Todo lo contrario, ello evidencia honestidad técnica y corrobora su independencia. Claro está, que ello no implica tener “carta libre” para presentar otro dictamen pericial. Por lo que, toda modificación, corrección o ampliación deberá estar debidamente motivada, ya sea porque se revisó nueva documentación, por errores numéricos o materiales, entre otras causas.

III. El día “D”: Audiencia Probatoria

El perito debe demostrar un conocimiento pleno, íntegro y extenso sobre los hechos y fundamentos técnicos que sustentan su dictamen pericial. Una presentación inconsistente y débil podría incluso cuestionar su papel como autor del dictamen pericial y su credibilidad. De nada sirve contar con un documento sólido cuando la exposición del mismo en la Audiencia Probatoria no lo es.

Usualmente la distribución de la Audiencia Probatoria está dividida en dos partes: (i) Exposición del dictamen pericial; y (ii) examen o interrogatorio realizado por las partes. Respecto al tipo de interrogatorio, es habitual el uso del “directo y cruzado”.

El examen directo es realizado por la parte que designó al perito y se caracteriza por plantear preguntas abiertas. Este examen tiene como objetivo legitimar al perito y que este ratifique las ideas fuerza o resultados del dictamen pericial. En cambio, el examen cruzado es realizado por la contraparte y las preguntas suelen ser cerradas, buscando obtener como respuesta un “sí” o un “no”. El objetivo de este examen es encontrar incongruencias y contradicciones en los fundamentos del perito, no obstante, no se limitan ello. Frecuentemente la estructura temática del interrogatorio cruzado es la siguiente:

- (i) Sobre la autoridad profesional. El objetivo central de estas preguntas es demostrar que el perito no se encuentra capacitado en los aspectos técnicos relacionados con el alcance del dictamen pericial. Por citar un caso:

Información “extraída” del dictamen pericial	Currículum del perito	Preguntas
<p>La obra materia de análisis es un proyecto inmobiliario en Perú, bajo normas técnicas y jurídicas peruanas.</p> <p>Alcance: Determinar los retrasos a partir del AACE International Recommended Practice N° 29R-03: Forensic Schedule Analysis.</p>	<p>Experiencia: Gestión contractual en hidroeléctricas en Brasil. Preparación de dictámenes periciales sobre costos.</p> <p>Certificación: Project Management Professional por el Project Management Institute.</p>	<p>¿Ha tenido experiencia en la ejecución de proyectos inmobiliarios bajo norma jurídica y técnica peruana? ¿Conoce el Reglamento Nacional de Edificaciones?</p> <p>¿Esta es la primera vez, en todos sus años de experiencia, que prepara un dictamen pericial analizando retrasos? Es decir, no tiene ninguna experiencia previa, ¿Correcto? Tampoco ha utilizado antes el AACE International Recommended Practice N° 29R-03: Forensic Schedule Analysis. ¿Correcto?</p> <p>¿Se encuentra certificado por la AACE International? Es decir, no está acreditado para analizar sus prácticas recomendadas. ¿Correcto?</p>

- (ii) Independencia e imparcialidad. Estas preguntas están destinadas a evidenciar que el perito está actuando como la defensa técnica de su cliente y no con la independencia e imparcialidad requerida. Ya líneas arriba indicamos que el lenguaje usado por el perito puede ser un indicio de parcialidad, por lo que podría utilizarse dicha información en el interrogatorio cruzado.
- Por otro lado, preguntas referidas a si el perito pactó en su contrato de servicios honorarios de éxito o si los borradores de su dictamen pericial fueron remitidos a los abogados patrocinantes para su conformidad, permitirán exponer indicios razonables que pongan en duda su imparcialidad e independencia.

- (iii) Suficiencia técnica. La finalidad de estas preguntas es probar que la metodología utilizada por el perito no era la adecuada para el caso en concreto, ya que su solo “dicho” no es suficiente para admitir como verdades absolutas sus conclusiones. En vista que, las conclusiones del dictamen pericial no pueden sustentarse en lórica persuasiva sino en fundamentos técnicos. Por ejemplo:

Información “extraída” del dictamen pericial	Preguntas
<p>“A partir de la revisión de los documentos contractuales, se concluye que el contratista incurrió en sobrecostos generados por eventos disruptivos imputables al propietario ascendentes a \$ 100,000.00.”</p>	<p>La metodología utilizada para sustentar el concepto “disrupción¹²” de su pericia está basada en la revisión de documentos contractuales ¿Correcto?</p> <p>¿Conoce el Society of Construction Law Delay and Disruption Protocol? Entonces, sabe que dicho protocolo recoge las mejores prácticas de la industria de la construcción ¿Correcto?</p> <p>Con más razón, sabrá que para el análisis de las disrupciones recomienda técnicas como la milla medida, el valor ganado, entre otras. ¿Correcto? Sin embargo, a pesar de formar parte de las mejores prácticas, usted no las utilizó en su dictamen pericial, ¿Correcto? Además, sabiendo ello, tampoco ha explicado por qué prefirió la revisión documentaria frente a métodos ampliamente respaldados por la industria ¿Correcto?</p>

- (iv) Fundamentos técnicos. Estas preguntas son las que buscan cuestionar el análisis técnico de fondo del perito, ya no su metodología. El objetivo de estas preguntas es evidenciar incongruencias y contradicciones entre sus afirmaciones y conclusiones, así como la falta de respaldo probatorio.

Ahora bien, el examen “directo y cruzado” no es el único tipo de interrogatorio posible en la Audiencia Probatoria, ya que desde hace algunos años está ganando adeptos la variante denominada “reunión de peritos” (expert conferencing) o “prueba concurrente” (hot-tubbing), mediante la cual los peritos de las partes contrarias prestan testimonio al mismo tiempo. (CIADI, 2018, p. 30)

¹² Es la perturbación, el obstáculo o la interrupción del método de trabajo normal del contratista, lo que genera una menor eficiencia. Los reclamos por disrupción se relacionan con la pérdida de productividad en la ejecución de actividades de trabajo. Debido a la disrupción, estas actividades no se pueden llevar a cabo de la manera más eficiente posible.

Traducción libre del siguiente texto: “(...) is a disturbance, hindrance or interruption to a Contractor’s normal working methods, resulting in lower efficiency. Disruption claims relate to loss of productivity in the execution of particular work activities. Because of the disruption, these work activities are not able to be carried out as efficiently as reasonably planned (...)” (Society of Construction Law, 2017)

Respecto a sus ventajas, Jones indica las siguientes:

- (i) “Los peritos pueden llegar a comprender mejor las cuestiones controvertidas al ser interrogados al mismo tiempo que otros peritos y al producirse una interacción entre ellos, lo que también debería conllevar que sea menos probable que se defiendan posiciones extremistas que en condiciones normales nunca serían defendidas por los peritos.
- (ii) Al limitarse la intervención de los abogados de las partes es más fácil que los peritos hagan algún tipo de concesión a la contraparte y que el nivel técnico de la discusión sea más apropiado.
- (iii) La conferencia de peritos permite identificar más fácilmente las debilidades del caso, por lo que, es un método que debería facilitar la suscripción de acuerdos transaccionales.” (Jiménez y Franco, 2016, p. 72)

La decisión respecto qué tipo de examen se realizará será coordinada y propuesta por las partes y, posteriormente, aceptada por el tribunal arbitral, o en su defecto, el tribunal de oficio determinará la estructura de la Audiencia Probatoria y el tipo de examen que se realizará.

Finalmente, luego de terminada la Audiencia Probatoria, la intervención del perito en el arbitraje de construcción habrá terminado, ya no teniendo ninguna tarea adicional. Sin embargo, qué duda cabe, que su contribución en el proceso será gravitante para la preparación futura del laudo arbitral, y, por ende, la resolución de la controversia.

Conclusiones

El dictamen pericial es una pieza clave para concretizar y validar técnicamente el sustento de las pretensiones de las partes inmersas en un proceso arbitral. Sin embargo, es necesario que el perito antes, durante y después de la elaboración del dictamen pericial cumpla una serie de requisitos y recomendaciones para asegurar su solvencia técnica, imparcialidad e independencia. Más aún, debe estar preparado para su momento “estelar” en la Audiencia Probatoria, en donde el tribunal arbitral realmente comprobará la suficiencia de su trabajo.

Bibliografía

- AACE International (2011) AACE International Recommended Practice N° 29R-03: Forensic Schedule Analysis. (disponible: http://www.virginiadot.org/business/resources/const/aace_recommended_practice_forensic_schedule_impact_analysis-29r-03.pdf) (consulta: 9 de junio de 2018)
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Notas prácticas para el uso de demandados en el marco del arbitraje del CIADI, (disponible: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/Notas%20Practicas%20para%20el%20Uso%20de%20Demandados%20en%20el%20Marco%20del%20Arbitraje%20del%20CIADI%20-%20Final.pdf>) (consulta: 23 de mayo de 2018)
- Gray, J. Casos y situaciones prácticas en arbitraje en materia de construcción (segunda parte). En: Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio N° 54 (octubre 2007), pp. 116-122.
- Hechenberger, E. La prueba del vínculo entre causa y efecto en controversias de construcción. En: Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, pp. 82-93
- International Bar Association (2010) Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional. Aprobada el 29 de mayo de 2010 por Resolución del Consejo de la IBA. (disponible: https://www.camaralima.org.pe/repositorioaps/0/0/par/practicadepuebas/practica_de_prueba.pdf) (consulta: 9 de junio de 2018)
- Jiménez, G. y O, Franco. Arbitraje y prueba pericial. En: Revista de Derecho. Segunda Época. Año 12, N° 13 (julio 2016), pp. 33-86
- Lama, J. Demora concurrente: propuesta de solución a una responsabilidad compartida. En: Themis- Revista N° 70 (2016), pp. 121-148.
- Livengood, J. Forensic Schedule Analysis and Discretionary Logic. En: Cost Engineering (march/april 2016), pp. 31-40
- Society of Construction Law (2017) Society of Construction Law Delay and Disruption Protocol. Second edition. (disponible: https://www.scl.org.uk/sites/default/files/SCL_Delay_Protocol_2nd_Edition.pdf) (consulta: 9 de junio de 2018)
- Rodríguez, R. El aporte del perito y la pericia al arbitraje. En: Revista Arbitraje PUCP N° 4 (2014), pp. 183-189.
- Vega, G (2003) (Tesis) Administración contractual en obras de construcción. Lima: Facultad de Ingeniería de la Universidad de Piura