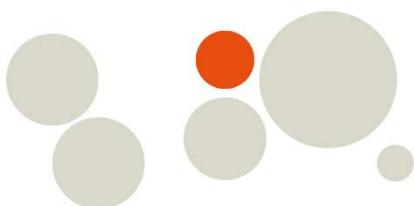


EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y LA PERICIA

Los posibles roles del experto

**Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje
internacional en materia de peritos**



CIAM - CIAR

Centro Internacional de Arbitraje de Madrid
Centro Iberoamericano de Arbitraje

© Madrid (España), enero 2024

AUTORES:

Juán Jesús Valderas

Álvarez & Marsal

Javier Espel

BDO

Eduard Saura

Accuracy

Álvaro Perez

Conexig

Este informe es fruto del trabajo del Grupo de Trabajo y no representa la posición de CIAM-CIAR. No constituye, tampoco, asesoramiento jurídico de ningún tipo respecto de una disputa específica.

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	2
II.	CO-ÁRBITRO Y/O ÁRBITRO DE EQUIDAD	3
1.	DEFINICIÓN: ¿QUÉ ES UN CO-ÁRBITRO/ÁRBITRO DE EQUIDAD?.....	3
2.	¿ES POSIBLE UN CO-ÁRBITRO/ÁRBITRO DE EQUIDAD NO JURISTA?	3
3.	¿CÓMO TRATAN LAS INSTITUCIONES ARBITRALES LA FIGURA DE UN POSIBLE CO-ÁRBITRO/ÁRBITRO DE EQUIDAD NO JURISTA?.....	4
4.	PROPUESTA PARA EL CIAM-CIAR: GESTIÓN MEJORADA EN CONTROVERSAS DE NATURALEZA TÉCNICA.....	4
III.	‘EXPERT DETERMINATION’	5
1.	DEFINICIÓN	5
2.	¿CÓMO SE CONTEMPLA ESTA FIGURA EN OTRAS CÁMARAS ARBITRALES?	5
3.	PROPUESTA PARA EL CIAM-CIAR	6
IV.	MEDIADOR	6
1.	PUNTO DE PARTIDA.....	6
2.	¿CÓMO SE CONTEMPLA ESTA FIGURA EN OTROS CENTROS?.....	6
3.	PROPUESTA PARA EL CIAM-CIAR:.....	7
V.	PERITO DEL TRIBUNAL/ ‘AMICUS CURIAE’.....	7
1.	DEFINICIÓN E IMPLANTACIÓN	7
	OTRAS POSIBILIDADES DE DESARROLLO DE ESTA FIGURA	8
	PROPUESTA PARA EL CIAM-CIAR	8
2.	DEFINICIÓN E IMPLANTACIÓN DEL AMICUS CURIAE	8
	LIMITACIONES Y BENEFICIOS DE ESTA FIGURA:.....	9
	PROPUESTA PARA EL CIAM-CIAR	9
VI.	‘DISPUTE BOARDS (DBS)’	10
1.	DEFINICIÓN	10
2.	VENTAJAS.....	10
3.	EJEMPLOS DE INSTITUCIONES U ORGANIZACIONES QUE OFRECEN O CONTEMPLAN DBS 10	
4.	PROPUESTAS PARA CIAM-CIAR.....	11
VII.	PROPUESTAS PARA EL CIAM-CIAR	11
1.	GESTIÓN MEJORADA EN CONTROVERSAS DE NATURALEZA TÉCNICA.....	11

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo fundamental de este Grupo de Trabajo es examinar y contribuir a ensanchar el abanico de papeles en los que el mercado (empresas considerando ADR) y la práctica profesional (específicamente, los abogados litigantes) pueden ver a profesionales de nuestro perfil en el contexto de procedimientos de resolución de disputas.

Este documento pretende ser una primera aproximación (un punto de partida para la discusión y reflexión del grupo respecto a cada una de estas figuras), ofreciendo una descripción del rol correspondiente, nuestro encaje con esa figura y el modo en que podríamos contribuir, desde ese rol, a la resolución efectiva de disputas.

II. CO-ÁRBITRO Y/O ÁRBITRO DE EQUIDAD

1. DEFINICIÓN: ¿QUÉ ES UN CO-ÁRBITRO/ÁRBITRO DE EQUIDAD?

El árbitro se puede definir como un juez nombrado por las mismas partes, o por una institución arbitral, para decidir una diferencia o un asunto litigioso entre las mismas. Un árbitro de equidad sería el que dirime el conflicto según su leal saber y entender. Su decisión no se ha de basar en la aplicación de leyes o reglamentos, sino en su entendimiento de lo que es justo y equitativo.

Con frecuencia, se asigna la labor de arbitrar a un colegio o tribunal arbitral compuesto por varios miembros (normalmente un número impar, típicamente tres) uno designado por cada una de las partes, y un presidente designado de común acuerdo, por los dos árbitros ya designados, o por la institución arbitral. En ese contexto, un co-árbitro sería cualquiera de los miembros de un colegio o tribunal arbitral.

Este papel está, en la práctica, casi exclusivamente reservado a juristas. Es este contexto, las cuestiones que planteamos son las siguientes:

¿Sería posible que, por ejemplo, en un asunto en el que la cuestión a dirimir fuera de carácter fundamentalmente técnico (económico, contable, de construcción, etc.) alguno de los co-árbitros fuera un técnico de esa materia, y no un abogado?

¿Cabría la figura de “árbitro de equidad” que fuera un perfil técnico y no un jurista?

2. ¿ES POSIBLE UN CO-ÁRBITRO/ÁRBITRO DE EQUIDAD NO JURISTA?

En principio, la respuesta es teóricamente sí: La ley de arbitraje en vigor en España lo permite.

Artículo 15. Nombramiento de los árbitros.

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad, cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único se requerirá la condición de jurista al árbitro que actúe como tal.

Cuando el arbitraje se haya de resolver por tres o más árbitros, se requerirá que al menos uno de ellos tenga la condición de jurista.

Sin embargo, en la práctica, el mercado y los abogados son reticentes y raramente consideran esta opción.

3. ¿CÓMO TRATAN LAS INSTITUCIONES ARBITRALES LA FIGURA DE UN POSIBLE CO-ÁRBITRO/ÁRBITRO DE EQUIDAD NO JURISTA?

Las instituciones arbitrales no excluyen sistemáticamente esta posibilidad, es decir, si las partes lo piden, lo más probable es que la institución lo confirme como árbitro, a menos que considere que no tiene las cualificaciones necesarias.

Sin embargo, en la práctica, ciertas instituciones arbitrales (por ejemplo, CIMA) incluyen la condición de jurista entre los requisitos para ser árbitro y, sobre todo, el mercado y la práctica profesional raramente toman en cuenta esta alternativa o contemplan esta posibilidad.

4. PROPUESTA PARA EL CIAM-CIAR: GESTIÓN MEJORADA EN CONTROVERSIAS DE NATURALEZA TÉCNICA

El CIAM-CIAR podría ofrecer, como un servicio a las partes, una gestión pro-activa y mejorada de aquellas controversias que ambas partes coincidan en calificar como de naturaleza fundamentalmente técnica.

En estos casos (siempre mediando el acuerdo de las partes) el CIAM-CIAR podría ofrecer un abanico de alternativas al arbitraje “clásico”. Estas alternativas podrían incluir:

- Mediación.
- ‘Expert determination’ por un experto técnico pactado.
- Árbitro en equidad de perfil técnico, con el soporte jurídico necesario proporcionado por la corte.

La inclusión de uno o varios co-árbitros de perfil técnico (bien los designados por las partes, bien el presidente), con el soporte jurídico necesario proporcionado por la corte.

III. 'EXPERT DETERMINATION'

1. DEFINICIÓN

“La decisión de experto es un procedimiento en el cual una controversia entre las partes se somete, por acuerdo de las partes, a uno [o más] expertos que toman una decisión sobre el asunto que les es referido. La decisión es vinculante, a menos que las partes acuerden lo contrario.”¹

Es este contexto, las cuestiones que planteamos son las siguientes:

- ¿Cómo se contempla esta figura en otras cámaras arbitrales?
- ¿Qué podría hacer el CIAM-CIAR para ofrecer este servicio sin comprometer la calidad?

2. ¿CÓMO SE CONTEMPLA ESTA FIGURA EN OTRAS CÁMARAS ARBITRALES?

Como muestra la siguiente tabla, varias cámaras y organismos de resolución de conflictos contemplan explícitamente esta figura.

La LCIA y el CEDR dispone de un “panel de expertos” pre-aprobados, mientras que en otros organismos su base de datos es solo el punto de partida de la búsqueda.

Los reglamentos de la LCIA y el CEDR especifican que el experto no actuará como árbitro, sino como experto. El CEDR especifica que las decisiones son vinculantes mientras que la ICC considera que no lo son salvo que las partes acuerden lo contrario.

Varios organismos contemplan o recomiendan su uso combinándolo con otros ADR (por ejemplo: mediación o arbitraje).

	ICC	CEDR	CIADI	ICDR	LCIA	CAM	OMPI	SIAC	DIS	SCC	ADR ICAB	UNCITRAL	HKIAC
¿Ofrece "expert determination"?	SÍ	SÍ	¿?	¿?	SÍ	¿?	SÍ	¿?	SÍ	¿?	¿?	¿?	SÍ
¿Tiene un listado propio de expertos?	SÍ	SÍ	¿?	¿?	SÍ	¿?	SÍ	¿?	SÍ	¿?	¿?	¿?	¿?
¿Contempla la posibilidad de un co-experto?	SÍ	¿?	¿?	¿?	¿?	¿?	SÍ	¿?	SÍ	¿?	¿?	¿?	¿?

¹ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) ¿Qué es la decisión de experto?

3. PROPUESTA PARA EL CIAM-CIAR

Proponemos que los servicios del CIAM-CIAR incluyan:

- 1) Propuesta de expertos a petición de una o las dos partes.
- 2) Nombramiento a petición conjunta de las partes.
- 3) Administración del procedimiento en el que actúa el experto.

El CIAM-CIAR no dispone de lista de árbitros. En consecuencia, sugerimos que el CIAM-CIAR tampoco disponga de un panel de expertos cerrado sino de una base de datos no excluyente con unos criterios mínimos de solvencia (experiencia en disputas, titulación).

Estos servicios requerirían un reglamento específico y una definición de costes de administración que podrían estar basados en los que el CIAM-CIAR ya tiene para mediación.

IV. MEDIADOR

1. PUNTO DE PARTIDA

El CIAM-CIAR dispone de un servicio de administración de mediaciones, limitadas a aquellas que tengan “carácter internacional”.

El CIAM-CIAR no cuenta con una lista de mediadores. Los nombramientos se rigen por las Reglas de Designación y Confirmación de Mediadores. En el procedimiento de designación y confirmación de mediadores participan: la Secretaría General y la Comisión de Designación de Mediadores.

Las partes son libres de elegir al mediador o a los mediadores que crean convenientes.

Cuando, por falta de acuerdo entre las partes, el Centro deba designar uno o varios mediadores, lo hará presentando a las partes una lista de potenciales mediadores.

El CIAM no exige que la profesión del mediador o de los mediadores deba ser la de abogado, sino que menciona expresamente otras muchas, tales como abogado, académico, alta dirección, arquitecto, contador, ingeniero, profesional IT u otros.

2. ¿CÓMO SE CONTEMPLA ESTA FIGURA EN OTROS CENTROS?

Como muestra la siguiente tabla, los servicios del CIAM-CIAR son similares al de otros organismos:

	ICC	CEDR	CIADI	ICDR	LCIA	CAM	OMPI	SIAC	DIS	SCC	ADR ICAB	UNCITRAL	HKIAC
¿Ofrece mediación?	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
¿Tiene un listado propio de mediadores?	¿?	SÍ	¿?	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	¿?	SÍ	SÍ	SÍ	¿?	SÍ
¿Solo los árbitros pueden ser mediadores?	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SÍ	NO	NO	SÍ	NO	NO
¿Contempla la asistencia de un experto al mediador?	SÍ	¿?	SÍ	SÍ	¿?	¿?	SÍ	¿?	¿?	¿?	NO	¿?	SÍ

- Diversos centros contemplan la asistencia de un experto al mediador.
- El CEDR se ha establecido como referencia en formación y certificación de mediadores.

3. PROPUESTA PARA EL CIAM-CIAR:

- Contemplar la participación de expertos en diversas materias (mediador jurista junto con mediadores no juristas) a través de la figura de la co-mediación, presenta las siguientes ventajas:
 - La co-mediación permite abordar casos de gran complejidad técnica y/o económica con un mejor entendimiento desde fases muy tempranas.
 - Permite abordar el conflicto desde diversas perspectivas y de forma más flexible.
 - Multiplica la creatividad y la reflexión.
 - Genera confianza y transmite mayor profesionalidad a los intervinientes.
 - Agiliza el desarrollo del proceso y el alcance de acuerdos.
- A medio plazo, CIAM-CIAR podría establecer una formación y acreditación propias en mediación.

V. PERITO DEL TRIBUNAL/ 'AMICUS CURIAE'

1. DEFINICIÓN E IMPLANTACIÓN

Se trata de un perito nombrado por el Tribunal que analiza aspectos de un caso que pueden encontrarse fuera del área de especialidad del Tribunal, entre otros, cuestiones técnicas y de cálculo de daños. Emite un informe firmado y fechado, en el que deben explicarse las instrucciones sobre la base de las cuales ha procedido para la realización de su trabajo y la manera en la cual ha alcanzado sus conclusiones.

Además de que las partes nombren a sus propios peritos, en el ámbito del arbitraje internacional, se prevé la posibilidad de que el Tribunal pida que las partes presenten peritos adicionales, si lo considera necesario, en cualquier fase del procedimiento (CIADI - Artículo 43 del Convenio y Regla 34 de las Reglas de Arbitraje).

También se prevé que existan peritos designados por el propio Tribunal (CNUDMI - Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral).

En los casos en los que se presentan informes de parte, el Tribunal arbitral puede decidir designar un perito en una etapa posterior de las actuaciones, una vez observadas las distintas posiciones de parte, si éstas no le permiten alcanzar una conclusión.

OTRAS POSIBILIDADES DE DESARROLLO DE ESTA FIGURA

En contadas ocasiones puede haber un perito único designado por el Tribunal. En estos casos, existe el inconveniente de que la parte perjudicada por dicho dictamen no tiene la posibilidad de criticarlo mediante otro informe pericial. La presentación de varios informes periciales con distintos enfoques enriquece el análisis a considerar por el Tribunal.

Además, puede designarse por parte del Tribunal un perito desde el inicio del arbitraje, para que le apoye en todas las cuestiones técnicas que surjan en el procedimiento, si bien no suele ser habitual.

PROPUESTA PARA EL CIAM-CIAR

Algunos organismos de arbitraje ofrecen dentro de sus servicios complementarios a la solución de controversias, la selección de peritos sobre asuntos técnicos, legales y financieros.

En este sentido, el CIAM-CIAR podría poner a disposición de los Tribunales arbitrales un servicio de apoyo para la selección de peritos.

2. DEFINICIÓN E IMPLANTACIÓN DEL AMICUS CURIAE

La figura del Amicus Curiae, del latín “Amigo del Tribunal”, hace referencia a un tercero particular que, no siendo parte en un litigio, asiste al Tribunal proporcionándole

información relevante, como argumentos, perspectivas y conocimientos especializados sobre las cuestiones objeto de controversia, para ayudarle a tomar una decisión. Dicha información puede presentarse tanto mediante observaciones escritas, como mediante alegaciones orales.

El Amicus Curiae puede actuar por iniciativa propia, solicitando su intervención al Tribunal, que puede aceptarla o rechazarla, a petición de este último.

En la práctica, habitualmente desempeñan este papel organizaciones sin ánimo de lucro, estados, asociaciones de carácter civil, asociaciones profesionales, compañías privadas, bufetes de abogados y académicos, que intervienen por razones de interés público y por tener conocimientos y experiencia en la materia objeto de disputa.

Hay una tendencia cada vez mayor a la aceptación de la intervención de esta figura en los arbitrajes internacionales de inversión (CIADI), debido a la tendencia más general al acceso de los particulares a los órganos jurisdiccionales internacionales, por el principio de transparencia.

Sin embargo, todavía no se incluyen sus observaciones en los fundamentos jurídicos de los laudos de los litigios en los que interviene, salvo en el caso de los estados.

LIMITACIONES Y BENEFICIOS DE ESTA FIGURA:

- Debe demostrarse la independencia económica del Amicus Curiae respecto a las partes, en cuanto a los costes de preparación y presentación de su informe.
- Se debe acreditar un interés objetivo y general en el litigio.
- Puede haber restricciones establecidas por parte del Tribunal en cuanto a la participación del Amicus Curiae en las audiencias y en cuanto al acceso a documentos del litigio.

Sin embargo, esta figura puede aportar como beneficios una mayor legitimidad de las decisiones del Tribunal frente a la opinión pública y los estados.

PROPUESTA PARA EL CIAM-CIAR

Dña. Katia Fach, en su estudio “Rethinking the Role of Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How to Draw the Line Favorably For the Public Interest”, hace las siguientes sugerencias, que el CIAM-CIAR podría adoptar:

- Creación de un fondo que cubra los gastos internos y externos derivados de su intervención.

- Establecimiento por parte de las instituciones que gestionan los arbitrajes internacionales, de una institución estable y profesional dedicada exclusiva y permanentemente a defender el interés general.

VI. 'DISPUTE BOARDS (DBS)'

1. DEFINICIÓN

Es un mecanismo de resolución de controversias que consiste en un panel conformado habitualmente por una o tres personas, designados desde el inicio (o ad hoc, según indique el contrato), para asistir a las partes en la resolución de disputas que puedan surgir durante la ejecución del Contrato, mediante la emisión de recomendaciones o decisiones vinculantes para las partes en relación con una determinada controversia.

Es un método especializado y técnico de resolución de controversias mediante la decisión neutral de experto. Son específicos del proyecto y, a diferencia de otros métodos de solución de controversias, actúan en tiempo real.

2. VENTAJAS

- Proporciona recomendaciones (DAB) o resoluciones obligatorias (DRB) sobre bases provisionales.
- Da continuidad al Proyecto sin esperar al resultado de un proceso arbitral o de litigación.
- Cuenta con elementos probatorios adecuados, inspeccionables o verificables contemporáneamente.
- Compatibles con Negociación / Mediación / Arbitraje.

3. EJEMPLOS DE INSTITUCIONES U ORGANIZACIONES QUE OFRECEN O CONTEMPLAN DBs

- **ICC:** Prevé tanto la implementación de DRBs, como de DABs, y también CDBs (son un híbrido entre los DRBs y los DABs).

- **Banco Mundial:** Prevé la implementación de DBs cuyas resoluciones son obligatorias, aunque pueden ser revisadas en la instancia de arbitraje (realmente son DABs).
- **FIDIC:** Prevé el uso de DABs, cuyas resoluciones son obligatorias, aunque pueden ser revisadas en la instancia de arbitraje. Forma parte de la cláusula sobre resolución de disputas en todo contrato FIDIC, salvo que las partes acuerden modificar o eliminar tal estipulación.
- **AAA / ICDR:** Contempla el uso de DRBs, de tres miembros, desde el inicio del proyecto, (revisiones periódicas y visitas al proyecto), pueden prestar asesoramiento informal.

4. PROPUESTAS PARA CIAM-CIAR

- Ofrecer el servicio de Dispute Boards en sus diferentes modalidades (DABs, DRBs, combinaciones de ambos, ad hoc, desde inicio, de uno o tres miembros en el panel).
- Elaborar un reglamento propio alineado con las buenas prácticas y experiencias de otras instituciones u organismos
- Contar con expertos técnicos y económicos tanto en listados de expertos para paneles como en comités de designación, en caso de que las partes no consigan alcanzar consensos para su nombramiento.

VII. PROPUESTAS PARA EL CIAM-CIAR

1. GESTIÓN MEJORADA EN CONTROVERSIAS DE NATURALEZA TÉCNICA

El CIAM-CIAR podría ofrecer, como un servicio a las partes, una gestión pro-activa y mejorada de aquellas controversias de naturaleza fundamentalmente técnica.

En estos casos (siempre mediando el acuerdo de las partes) el CIAM-CIAR podría ofrecer un abanico de alternativas o complementos al arbitraje “clásico”. Estas alternativas podrían incluir:

- Árbitro en equidad de perfil técnico, con el soporte jurídico-procesal necesario proporcionado por la corte.
- La inclusión de uno o varios co-árbitros de perfil técnico (bien los designados por las partes, bien el presidente), con soporte jurídico-procesal proporcionado por la cortes si fuera necesario.
- Expert *determination* por un experto técnico pactado con apoyo del CIAM-CIAR o nombrado por CIAM-CIAR a petición de las partes. CIAM-CIAR dispondría de una lista abierta de expertos no excluyente con unos criterios mínimos de solvencia (experiencia en disputas, titulación).
- Ofrecer la opción de la co-mediación, con la participación de expertos no juristas junto a un mediador jurista.
- CIAM-CIAR podría poner a disposición de los Tribunales arbitrales un servicio de apoyo para la selección de peritos (lista abierta con criterios mínimos).
- Establecimiento de una institución estable y profesional dedicada exclusiva y permanentemente a defender el interés general, empleando la figura del *amicus curiae* para ese propósito.
- Ofrecer el servicio de Dispute Boards en sus diferentes modalidades, con la posibilidad de prestar apoyo a las partes en su identificación o selección.