



Actualidad de la solución de controversias por el dictamen de experto independiente

Current developments in dispute settlement by expert determination

El dictamen de experto (*expert determination*) es un ADR de carácter heterocompositivo en clara expansión, que encomienda a una persona o personas, o a una institución, de reconocida experiencia en un sector de actividad, para la resolución de su controversia con carácter vinculante para las partes. Sus características de rapidez, bajo coste, informalidad y confidencialidad han popularizado su empleo en varios sectores relacionados con cuestiones técnicas y de valoración como operaciones de fusión y adquisición de empresas, licencias de propiedad intelectual, contratos de construcción, o concesiones mineras. Más que una respuesta a ciertas experiencias insatisfactorias del arbitraje, pues ambos mecanismos son más complementarios que antagónicos, debe su éxito a sus posibilidades de adaptación a determinados contenciosos. Carente por el momento de una regulación legal España, su práctica está generalizada en muchos países y es objeto de progresivo tratamiento en prestigiosos centros administradores de controversias junto al arbitraje y a la mediación.

ADR — Examen de experto — Delimitación — Carácter vinculante — Indicación

Expert determination is an ADR of a hetero-compositive nature in clear expansion, which entrusts a person or persons, or an institution, with recognised experience in a sector of activity, to resolve the dispute in a way that is binding for the parties. Its characteristics of speed, low cost, informality and confidentiality have popularised its use in various sectors related to technical and valuation issues such as company mergers and acquisitions, intellectual property licensing, construction contracts or mining concessions. Rather than a response to certain unsatisfactory experiences of arbitration, as both mechanisms are complementary than antagonistic, it owes its success to its possibilities of adaptation to certain disputes. Lacking for the moment a legal regulation in Spain, its practice is widespread in many countries and is progressively being dealt with in prestigious dispute management centres alongside arbitration and mediation.

ADR — Expert examination — Delimitation — Binding character — Indication



José Carlos Fernández Rozas

Director de la Revista

I. UN MECANISMO EN EXPANSIÓN

1. En una época de controversias complejas y de gran valor económico el arbitraje ya no es la única alternativa invariablemente rápida, económica, informal, confidencial y relativamente menos contenciosa pues, aunque sigue siendo el principal método de resolución de controversias comerciales (1), hay circunstancias en las que el uso de otros ADR puede ser más adecuado, teniendo en cuenta la eventualidad de menores costes que los inherentes al arbitraje o al litigio ante el juez (2). La potenciación de la eficacia y buen funcionamiento de las transacciones aconseja a las partes cada vez con mayor frecuencia a optar por el mecanismo conocido como «dictamen de experto», articulado en términos generales a partir de una cláusula específica con una finalidad totalmente pragmática: aportar firmeza y evitar largas confrontaciones y elevados costes, frente al tiempo y al esfuerzo a que dichas controversias pudieran dar lugar en caso de acudir a otros cauces resolutorios. Se perfila así este mecanismo como una respuesta proveniente de alguien con la adecuada experiencia (3) que, junto a otros instrumentos relacionados, como los *dispute resolution boards* (4), ofrece una resolución más rápida que el proceso cuasi judicial del arbitraje, en parte porque normalmente escapan a los mecanismos locales de supervisión de los laudos.

La práctica de esta figura consiste en la remisión del caso un experto, que no tiene que por qué ser abogado, al que se le pide una evaluación equilibrada e imparcial de una controversia o que suministre una respuesta en una etapa de ejecución de un contrato para prevenir conflictos (5), por ejemplo, la determinación del valor de una empresa para su venta cuando exista un desacuerdo entre el comprador y el vendedor. Pero, a diferencia de la mediación muestra un componente heterocompositivo, pues incumbe al tercero adoptar una decisión, que tiene carácter vinculante (luego se matizará tal carácter) para las partes. Dicho en otras palabras, la función del experto va más allá de la función del mediador, pues cumple una función «decisoria» susceptible de poner fin al conflicto y, en tal caso, su misión llega a parecerse al del arbitraje con una diferencia fundamental: que el dictamen de experto sólo es vinculante contractualmente y si no se lleva a cabo de forma voluntaria, tendrá que ser ejecutada por vía judicial o dará lugar a un arbitraje si existe una cláusula donde se establezca este recurso (6). Semejante mecanismo, al margen de ayudar a las partes a poner fin a la controversia mientras se reducen el tiempo y los costos, es particularmente útil en cuestiones de naturaleza esencialmente técnica vinculadas a unos sectores muy específicos, pudiendo usarse también como un atajo para una decisión vinculante, porque es más simple y económico que un litigio judicial o un arbitraje.

2. No estamos ante un fenómeno nuevo. El dictamen de experto para solucionar una controversia ha sido utilizado con frecuencia a lo largo de la historia por partes intervinientes en determinadas modalidades contractuales que acordaban someter sus diferencias futuras a la opinión de terceros con experiencia en ciertas áreas, aunque debe reconocerse que este recurso ha tenido un alcance bastante limitado, referido por lo general a procesos de valoración de una obra, de una mercancía o de una sociedad (7)

El objetivo principal del dictamen de experto es obtener una decisión en principio vinculante sobre una cuestión de hecho específica, resultando especialmente útil si la decisión sobre dicha cuestión permite alcanzar una solución amistosa de un conflicto complejo. Su principal ventaja se proyecta en controversias vinculadas a cuestiones individualizadas de carácter esencialmente técnico más que jurídico permitiendo a las partes acudir directamente a quien a la postre va a condicionar el resultado, saltándose la intervención de jueces o de árbitros dependientes en muchos casos de un dictamen pericial coincidente con la respuesta del experto. Asimismo, este procedimiento puede incoarse en cualquier momento, también en relación con litigios ya existentes.

Las aplicaciones clásicas, se observan, por ejemplo, en un contrato de larga duración, cuando se requiere la opinión de expertos sobre cuestiones técnicas que han aparecido en el transcurso de su ejecución, tales como la evaluación de si la maquinaria de una planta industrial ha cumplido con los criterios de aceptación establecidos por las partes, o la medición de si los bienes suministrados cumplen con las especificaciones contractuales; cuando el contrato prevé que el valor de los activos se determine en una fecha posterior, tras un acuerdo de compra de acciones cuando no se han cerrado las cuentas de finalización; en el caso de una revisión de la renta en virtud de un contrato de arrendamiento o en el caso de una transferencia de pensiones.

Se ha generalizado la tendencia hacia la institucionalización del dictamen de experto por obra de su regulación en numerosos centros administradores de controversias plasmada en sus Reglamentos aplicables cuando las partes desean obtener una decisión de este tipo

3. La preferencia por el dictamen de experto, relegando a otras formas de resolución de conflictos, depende de una serie de factores que discurren desde el interés por la solución de una eventual controversia hasta el deseo de las partes de evitar participar procesos más largos y costosos instados ante el juez o ante el árbitro. Las cláusulas que encomiendan el litigio al dictamen de experto funcionan esencialmente sobre una base contractual pudiendo las partes elegir a la persona que quieren que se ocupe de la cuestión conflictiva, lo que puede ser una ventaja importante cuando la resolución requiera conocimientos de cuestiones técnicas complicadas. Los límites exactos de la autoridad del experto pueden ser delineados por acuerdo entre las partes sin interferencia de los tribunales. Bien entendido que a diferencia del arbitraje, el dictamen de experto generalmente no está respaldada por las leyes estatales, pues no cuenta por el momento con una regulación legal

específica, y se rige esencialmente por lo que las partes han acordado en su contrato, lo cual implica la importancia de redactar correctamente cualquier cláusula para el dictamen de expertos. Este silencio (veremos que en España está proyectada su inclusión legal) tiende a superarse con carácter reglamentario, pues cada vez es objeto de mayor tratamiento en los centros administradores de procedimientos alternativos de controversias (8), con una tendencia hacia regulaciones minuciosas. Resulta muy elocuente, teniendo en cuenta la creciente importancia de este tipo de procedimientos, la última versión del Reglamento sobre Peritos de la CCI, en vigor desde el 1 de febrero de 2015, que inserta un conjunto normativo que podría servir de ejemplo a otras entidades, aunque probablemente será menester acomodarlo a las necesidades específicas de la concreta controversia sometida a la decisión del experto.

Cuando para resolver la situación conflictiva, las partes deseen acudir al dictamen de un experto es frecuente el recurso a un Centro administrador (*v.gr.*, el Centro Internacional de ADR de la CCI), que cubre una amplia gama de cuestiones entre las que se encuentran el nombramiento del experto, la ordenación del procedimiento, incluyendo tareas como la coordinación entre las partes y el experto, el seguimiento de los plazos, la supervisión de los costos y, a menos que se excluya de forma explícita, el examen del dictamen en un escrutinio final y su notificación a las partes como cierre del procedimiento.

4. Se ha generalizado en los últimos tiempos la tendencia hacia la institucionalización del dictamen de experto por obra de su regulación en numerosos centros administradores de controversias plasmada en sus Reglamentos aplicables cuando las partes desean obtener una decisión de este tipo para resolver una controversia y para ello han acordado unos efectivos de naturaleza variada. Por ejemplo, la CCI ha creado un Centro de Peritaje, encargado de promulgar normas para llevar a cabo el dictamen de experto. Las partes pueden en la cláusula relativa a la solución de controversias de su contrato designar a dicho Centro para administrar el procedimiento, en cuyo caso el Centro localizará y nombrará a un experto con las calificaciones apropiadas para la controversia, a menos que las partes acuerden la identidad del «perito». De acuerdo con el Reglamento de Peritaje de la CCI, el experto puede hacer constataciones, recomendar medidas para la ejecución del contrato o para salvaguardar el objeto y supervisar el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Aunque *prima facie* la decisión del experto no es vinculante para las partes, éstas pueden determinar en su contrato que el dictamen de experto será vinculante para ellas en tanto que compromiso contractual.

El catálogo de instituciones dedicadas a la administración del dictamen de experto, que cuentan con normas más o menos detalladas en orden a su práctica es muy numeroso (9). Entre otras pueden citarse las siguientes:

- Cámara de Comercio Internacional, Reglamento sobre la propuesta de peritos y terceros CCI, 2015 (10).
- *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V.* (DIS): DIS Rules on Expert Determination 2014.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Reglamento de Dictamen de experto de la OMPI, 2021.

- *The Academy of Experts*, Rules for Expert Determination, 2008
- *The Institute of Arbitrators & Mediators* (Australia), IAMA Expert Determination Rules 2016
- *The Institute of Chartered Accountants in England and Wales*, Rules for Expert Determination 2014.

Algunos centros administradores como la *London Court of International Arbitration* no cuentan con disposiciones específicas para ADR distintos de la mediación, en concreto, el dictamen de expertos, pero ello no obsta para que actúe regularmente como autoridad nominadora y administradora en tales procedimientos, suministrando la Secretaría modelos de cláusulas para estos fines, así de ayuda a las partes contratantes en la redacción de tales procedimientos ADR (11).

También existen algunas guías, como la preparada por la *Royal Institution of Chartered Surveyors Independent* (12).

Cuando se recurre al dictamen de experto, el mecanismo debe acomodarse a las cuestiones que se van a formular para ponerlo en marcha y, al mismo tiempo, la cláusula debe prevé su carácter ejecutivo facilitando, a su vez, un procedimiento que sea práctico y eficaz. Debe tenerse en cuenta que estamos ante un proceso consensuado en el cual las partes de un contrato acuerdan remitir los asuntos en disputa a una persona independiente para que decida. Es cierto que este recurso puede hacer que la solución de la controversia sea más rápida y eficiente, pero entraña un inconveniente de base: que como el mandato del experto depende totalmente del contrato que le otorga autoridad, éste carece de poderes residuales más allá de los que le otorgan expresamente las partes contratantes. Así, por ejemplo, un experto no puede citar a un tercero como testigo, aunque éste disponga de información crucial para resolver el litigio en cuestión.

5. Aunque en España la figura no ha sido desconocida, sobre todo por su empleo en litigios internacionales, no se ha contado con un tratamiento legal de la misma y tampoco los centros administradores de controversias se han ocupado de ella. Existen, eso sí, importantes sectores en los que la figura, bien es verdad que con un contenido diverso, es contemplada (valoración de acciones o participaciones, transformaciones societarias (13), seguros contra daños o avería gruesa... Y ello nos lleva a la solución de un problema esencialmente dogmático cual es el de deslindar la figura del experto respecto a otras afines como la de «arbitrador», el «amigable componedor», el «perito», o el «arbitrio de tercero» (14).

Aunque existe algún precedente como la STSJ Cataluña CP 1ª 9 diciembre 2013 —nº 72/2013—, la STSJ Madrid CP 1ª 21 diciembre 2021 se abordó con cierto detenimiento esta cuestión a propósito de una acción de anulación interpuesta contra un laudo, en un arbitraje administrado por el Centro Internacional de Arbitraje de Madrid. En este caso, la demandante en nulidad argumentó que en el trascurso de la sustanciación de las actuaciones arbitrales había denunciado la falta de competencia del tribunal arbitral alegando que, en virtud del clausulado del contrato, debía ser un «experto independiente» quien tomara una decisión en relación con la discrepancia existente y que esta cuestión. Y añadía que tal pretensión había sido rechazada por la mayoría del tribunal que consideró que el mandato del experto independiente quedaba restringido para cuestiones de hecho —

cuantitativas de valoración de un daño— y no para cuestiones de derecho —cualitativas—. El TSJ de Madrid respaldó este planteamiento confundiendo esta figura con la del perito y con la del arbitrador prevista en el art. 1447 Cc y que este último «no podía pronunciarse sobre controversias jurídicas, tales como las que se dirimen en el procedimiento arbitral, a saber: la interpretación del contrato y la validez de la terminación contractual». Un mejor conocimiento de la figura del «experto independiente» hubiera sido muy de utilidad, pero debe reconocerse que la situación actual del Derecho español sigue siendo bastante confusa (15) .

Sin embargo, en los últimos tiempos parece que esta incertidumbre puede superarse, al contemplarse esta figura (y especificarse que «el dictamen podrá versar sobre cuestiones jurídicas o sobre cualquier otro aspecto técnico relacionado con la capacitación profesional del experto»), en el art. 15 del Proyecto de Ley de eficiencia procesal del servicio público de justicia de 2022, a cuyo tenor:

«Art. 15. Opinión de experto independiente. 1. Las partes, con objeto de resolver una controversia , podrán designar de mutuo acuerdo a un experto independiente para que emita una opinión no vinculante respecto a la materia objeto de conflicto. Las partes estarán obligadas a entregar al experto toda la información y pruebas de que dispongan sobre el objeto controvertido.

2. El dictamen podrá versar sobre cuestiones jurídicas o sobre cualquier otro aspecto técnico relacionado con la capacitación profesional del experto. Dicho dictamen, ya se emita antes de iniciarse un proceso judicial o durante la tramitación del mismo, tendrá carácter confidencial con los efectos previstos en el art. 6 de este Título.

3. En el caso de que las conclusiones del dictamen fuesen aceptadas por todas las partes, el acuerdo se consignará en los términos previstos en el art. 9 de este Título y tendrá los efectos previstos en su art. 10.

4º. En los casos en los que no se haya aceptado el dictamen por alguna de las partes o por ninguna de ellas, es, el experto designado extenderá a cada una de las partes una certificación de que se ha intentado llegar a un acuerdo por esta vía a los efectos de tener por cumplido el requisito de procedibilidad».

6. Al decidirse por el dictamen de experto, las partes entregan su confianza en los conocimientos específicos del experto al tiempo que tratan evitar un procedimiento de arbitraje largo y costoso. A diferencia de los jueces y los árbitros, en el ejercicio de su función los expertos aportan sus propios conocimientos y tienen la posibilidad de alcanzar una opinión basada exclusivamente en su propia experiencia, incluso sin necesidad de que las partes aporten pruebas. El dictamen de experto pretende ser un mecanismo independiente y distinto de fijado para el arbitraje. Esto se refleja particularmente en la práctica de los contratos de fusiones y adquisiciones, en los que, por regla general, las cláusulas de dictamen de experto están integradas en las disposiciones de ajuste de precios. En cambio, las cláusulas de arbitraje se suelen encontrar al final del contrato.

Así concebido puede calificarse con carácter introductorio al dictamen de experto como un

mecanismo alternativo de resolución de controversias, que suele adoptar la forma de una cláusula autónoma o de una cláusula escalonada multifunción (16), en el que las partes de un contrato acuerdan solicitar a un experto independiente que emita una decisión definitiva sobre una controversia relativa a cuestiones técnicas y de valoración, como operaciones de fusión y adquisición transfronteriza (17), licencias de propiedad intelectual (18), contratos de construcción (19), concesiones mineras (20) y un largo etcétera (21). La práctica contractual testimonia asiduamente la presencia, al lado de las cláusulas arbitrales previstas para «todas» las controversias futuras, de otras cláusulas más específicas que remiten «algunas», de ellas al dictamen de expertos; un recurso que se ha revelado en la práctica como más rápido y económico en comparación con otros métodos de resolución de conflictos, como el arbitraje. Un buen ejemplo de esta interacción lo ofrece el denominado *Liquefied Natural Gas Sale and Purchase Agreement* para la compra y venta y de gas natural licuado:

«General. In the event of any disagreement between the Parties regarding a measurement under Exhibit A hereto or any other Dispute which the Parties agree to submit to an Expert (in either case, a "Measurement Dispute"), the Parties hereby agree that such Measurement Dispute shall be resolved by an Expert selected as provided in this Section 21.2.1. The Expert is not an arbitrator of the Measurement Dispute and shall not be deemed to be acting in an arbitral capacity. The Party desiring an expert determination shall give the other Party to the Measurement Dispute notice of the request for such determination. If the Parties to the Measurement Dispute are unable to agree upon an Expert within ten (10) Days after receipt of the notice of request for an expert determination, then, upon the request of any of the Parties to the Measurement Dispute, the International Centre for Expertise of the International Chamber of Commerce ("ICC") shall appoint such Expert and shall administer such expert determination through the ICC's Rules for Expertise. The Expert shall be and remain at all times wholly impartial, and, once appointed, the Expert shall have no ex parte communications with any of the Parties to the Measurement Dispute concerning the expert determination or the underlying Measurement Dispute. The Parties to the Measurement Dispute shall cooperate fully in the expeditious conduct of such expert determination and provide the Expert with access to all facilities, books, records, documents, information and personnel necessary to make a fully informed decision in an expeditious manner. Before issuing a final decision, the Expert shall issue a draft report and allow the Parties to the Measurement Dispute to comment on it. The Expert shall endeavor to resolve the Measurement Dispute within thirty (30) Days (but no later than sixty (60) Days) after his appointment, taking into account the circumstances requiring an expeditious resolution of the matter in dispute.

21.2.2. Final and Binding. The Expert's decision shall be final and binding on the Parties to the Measurement Dispute unless challenged in an arbitration pursuant to Section 21.1 within thirty (30) Days of the date the Expert's decision. If challenged (a) the decision shall remain binding and be implemented unless and until finally replaced by an award of the arbitrators; (b) the decision shall be entitled to a rebuttable presumption of correctness; and (c) the Expert shall not be appointed in the arbitration as an arbitrator or as advisor to either Party without the written consent of both Parties.

21.2.3. Arbitration of Expert Determination. In the event that a Party requests expert determination for a Measurement Dispute which raises issues that require determination of other matters in addition to

correct measurement under Exhibit A hereto, then either Party may elect to refer the entire Measurement Dispute for arbitration under Section 21.1.1. In such case, the arbitrators shall be competent to make any measurement determination that is part of a Dispute. An expert determination not referred to arbitration shall proceed and shall not be stayed during the pendency of an arbitration» (22).

El texto reproducido pone de relieve que el capítulo de solución de controversias raramente se circunscribe a una sola cuestión o cláusula de un acuerdo siendo muy difícil definir con precisión qué partes de la controversia se incluyen en cada mecanismo alternativo. No puede resultar extraño que las cláusulas previsoras sean el resultado de una minuciosa labor de ingeniería jurídica resultado de extensos debates entre las partes contratantes (23). Ahora bien, una cláusula de dictamen de experto es diferente de una cláusula de arbitraje en el sentido de que la validez y la ejecutabilidad no se rigen por las leyes de arbitraje internacionales o nacionales, sino, en principio, sólo por el Derecho de contratos (24). Ello conduce a que la etapa de redacción de la cláusula posea una importancia capital, debiendo reflejar con nitidez el pleno consentimiento de las partes de quedar vinculadas por el dictamen de experto incorporando, si se estima oportuno, términos de referencia o remisiones a reglas de procedimiento establecidas por diversos centros administradores. Con ello se evitan equívocos de carácter procesal, se fortalece la validez de la cláusula y se garantiza la ejecutabilidad del dictamen de experto.

II. DELIMITACIÓN DE LA NOCIÓN

1. Analogías y diferencias con el arbitraje

7. En algunos aspectos, el arbitraje y el dictamen de experto guardan una cierta similitud pues ambos: a) son el resultado de un acuerdo contractual de las partes; b) limitan o excluyen la jurisdicción de los tribunales; c) dan lugar a una decisión no judicial más o menos vinculante; d) son formas de resolución alternativa de conflictos, aunque el arbitraje comercial, en particular el internacional, ha evolucionado hasta convertirse en una disciplina por derecho propio. Por el contrario, las reglas rectoras del dictamen de experto y el arbitraje son materialmente diferentes en varios aspectos importantes, lo cual repercute en cuestiones tanto de fondo como de procedimiento:

- i) *Ámbito de los poderes conferidos:* Una diferencia fundamental entre un dictamen de experto y un laudo arbitral reposa en el ámbito de autoridad que las partes delegan en el decisor. En el primer caso, la autoridad otorgada al experto se limita a decidir una controversia de hecho específica relativa a un asunto dentro de la experiencia especial de la persona que toma la decisión, por lo general en relación con una cuestión de valoración. Se espera que el decisor utilice sus conocimientos especializados para resolver la cuestión de hecho especificada. Normalmente, las partes no otorgan al experto la autoridad para decidir sobre reclamaciones legales, hacer determinaciones vinculantes de la ley, interpretar contratos, decidir sobre la responsabilidad o adjudicar daños y perjuicios. Así concebidos, los dictámenes de los expertos pueden ser mucho más rápidas, más específicos y sustancialmente menos costosos que los laudos arbitrales. En cambio, en el arbitraje, las partes normalmente delegan en el órgano decisor la plena autoridad para decidir todas las cuestiones de hecho y de derecho necesarias en la resolución de todas las reclamaciones que entran en el ámbito de la cláusula de arbitraje, determinar la responsabilidad

y conceder daños y perjuicios u otras formas de reparación.

Los centros de arbitraje, al menos los que cuentan con una aceptación extendida, han ido incorporando a sus reglamentos muchos poderes para controlar y gestionar los procedimientos (25). Por el contrario, los expertos tienen poco o ningún poder para obligar a las partes o a los testigos y tampoco pueden ordenar medidas, como la presentación de documentos, contra terceros o la ordenación de medidas cautelares como lo hacen habitualmente los tribunales arbitrales. En consecuencia, las partes en las decisiones de los expertos precisan una medida de buena voluntad y confianza para que el procedimiento tenga éxito.

- ii) *Plazo para la resolución.* La principal ventaja de los procedimientos de dictamen de experto, en comparación con el arbitraje, es la de ofrecer un cauce más rápido y menos costoso para resolver controversias que se deciden principalmente por los hechos. Sin embargo, el dictamen de experto no siempre es una «solución rápida» y la celeridad del procedimiento dependerá de la redacción y del alcance de una concreta remisión. Hay una diferencia considerable entre la valoración de una entidad bancaria banco y la decisión de una cuestión limitada en virtud de una representación o garantía en relación con una pequeña empresa. Sin embargo, aunque a menudo se considera que el dictamen de los expertos es rápido, las valoraciones impugnadas complejas pueden ocupar un tiempo mayor del deseado en resolverse.
- iii) *Formalidades:* Los expertos son libres de basarse en sus propios conocimientos en lugar de establecer pruebas exhaustivas y resulta verosímil que no necesiten oír a las partes sobre todas las cuestiones de fondo relevantes para su decisión. No es extraño escuchar que el procedimiento experto posee un eminente carácter «informal», lo que significa su no vinculación a estrictas reglas de procedimiento civil o de prueba, teniendo libertad para tomar la iniciativa y adoptar un enfoque más «inquisitorial», de indagación. Esta informalidad permite que se utilice para resolver cuestiones que no pueden remitirse a los tribunales pero aporta otras ventajas: el dictamen no está sujeto a la supervisión de los tribunales y no es susceptible de apelación. Con independencia de que los Centros administradores muestren una decidida tendencia a la reglamentación no existe por el momento un «código de procedimiento modelo» para el dictamen de experto.

Concurren, en efecto, diferencias procedimentales muy significativas. El arbitraje abarca, por obra de la cláusula de remisión, la resolución de la «totalidad» de la controversia sometida a su consideración, mientras que un dictamen de experto acostumbra a limitarse a solventar cuestiones de hecho «específicas». El arbitraje requiere la presencia de reglas consustanciales con un procedimiento contradictorio (art. 24 LA/2003: «principios de igualdad, audiencia y contradicción»), estando el árbitro obligado a decidir el asunto únicamente sobre la base de las pruebas presentadas por las partes, quedando imposibilitado para: a) practicar investigaciones *ex officio*; b) valorar las pruebas fuera de la presencia de las partes, o c) participar en comunicaciones *ex parte*. Por el contrario en un dictamen de experto, estas restricciones procesales no se aplican automáticamente. Los expertos pueden actuar sobre la base de sus propios conocimientos y experiencia adquirida y, sin perjuicio de las limitaciones impuestas por las partes en el contrato, cuentan con poderes inquisitivos y están facultados para ejercer su

función recabando información de cualquier fuente que, a su juicio, sea pertinente para resolver el asunto, incluso mediante una investigación independiente y una comunicación *ex parte*. Como corolario de ello, un dictamen de experto resuelva más rápidamente una cuestión de hecho concreta que si la misma cuestión se resolviera mediante arbitraje.

- iv) *Control de la decisión*. También existen diferencias sustanciales en el ámbito de la decisión adoptada. Uno de los rasgos característicos del arbitraje es la «acción» o «recurso» de anulación de los laudos ante los tribunales estatales, tras la activación de una serie de causales de carácter limitado, no estando habilitados los referidos tribunales para de revisar el fondo de la decisión sobre la base de que el árbitro pueda haber cometido un error de derecho o de hecho. Por el contrario el dictamen de experto no está sujeto a estas reglas controladoras específicas, sino por las generales rectoras de la contratación. La Sentencia Federal Suizo de 17 de noviembre de 2008 se ha pronunciado al respecto de una manera particularmente didáctica

«La distinction entre la sentence arbitrale et l'expertise-arbitrage [expert determination] réside en ce que la première jouit de la chose jugée, tant formelle que matérielle, et peut être modifiée si les conditions d'une demande de révision sont réunies, tandis que la seconde — même si elle tranche des questions de fait ou de droit de manière à lier les parties — ne peut être invalidée que par la voie d'une procédure ordinaire dans laquelle il faut établir que les constatations de l'expert-arbitre sont manifestement injustes, arbitraires, défectueuses, gravement contraires à l'équité ou reposent sur un état de fait erroné, voire sont entachées de vices du consentement (...). La jurisprudence a retenu divers critères destinés à permettre une telle distinction; elle propose d'avoir égard, notamment, aux termes utilisés dans l'accord des parties, à l'étendue des attributions conférées au tiers à désigner selon cet accord, ainsi qu'à l'aptitude de la décision prise par ce tiers à constituer un titre d'exécution forcée (...) (26)».

La impugnación deberá fundamentarse, por ejemplo, en «fraude, mala fe o error manifiesto» y, a diferencia del arbitraje, las partes pueden establecer contractualmente el criterio de revisión que se aplicará al resultado aportado por el dictamen de experto. Por ejemplo, acordar que tenga carácter sea definitivo y vinculante para todas las partes, salvo en caso de error manifiesto (27) .

Sobre estas premisas, un procedimiento impulsado por el conocimiento de los hechos de un experto en lugar de la experiencia jurídica y procesal de un árbitro conlleva especiales consecuencias en ocasiones impensadas. Cuando las partes optan deliberadamente por sustraerse a la jurisdicción de los tribunales en favor de un experto sin formación jurídica, no pueden esperar los mismos estándares procesales que ante tribunales nacionales o arbitrajes bien gestionados.

Los expertos pueden actuar sobre la base de sus propios conocimientos y experiencia adquirida y, sin perjuicio de las limitaciones impuestas por las partes en el contrato, cuentan con poderes inquisitivos y están facultados para ejercer su encomienda

8. Junto a las referidas en el apartado anterior, podemos seguir apreciando muchas diferencias importantes validadoras de la no confusión entre un dictamen de experto y un arbitraje convencional. Desde esta intuición: a) el dictamen de experto no cuenta con una sede jurídica; b) mientras que las partes nombran a los árbitros por su capacidad para decidir una controversia legal, el valor de los expertos reside principalmente en su capacidad de experticia para resolver un problema que bloquea o complica una transacción, o que ha surgido después del cierre de la misma, c) el dictamen de experto se refiere en buena medida al contrato principal donde se inserta la cláusula que establece este mecanismo, por consiguiente, se basa totalmente en el contrato de las partes y se rige por el Derecho de los contratos, de ahí que la parte que desee hacer valer la cláusula debe interponer una acción por incumplimiento de contrato contra la parte que se niegue a aceptar lo en ella dispuesto; y, d) mientras que en el arbitraje el tribunal decide sobre un caso y pronuncia un laudo ejecutable, el dictamen de experto se suele limitar a responder a cuestiones de hecho que vinculan a las partes y, a diferencia de un laudo, no puede acudirse a las ventajas derivadas de su ejecutabilidad (arts. 44 y 45 LA/2003).

Con independencia de sus relaciones mutuas, la distinción entre el dictamen de experto y el arbitraje es importante porque a cada uno de ellos se le aplica un régimen normativo dispar que, a menudo, conduce a resultados bastante diferentes, para un cúmulo determinado de circunstancias. Los principios jurídicos aplicables al dictamen de experto dependerán de la redacción de las cláusulas correspondientes, cada vez más presentes en una gran variedad de contratos comerciales. Aunque los deberes y los procedimientos sugeridos para los expertos independientes y los árbitros son muy similares en algunos aspectos, también son notablemente diferentes en otros. Por ejemplo, un estudio comparativo de las decisiones pronunciadas en el área del *common law* apunta a la existencia de dos factores que pueden servir para distinguir las figuras: el deber de un árbitro de dirimir entre los argumentos contrapuestos de las partes, sin poder basarse en su propia opinión subjetiva, como puede hacer un experto y el deber conexo de cumplir las reglas de equidad procesal (28)

9. Si nos situamos en el marco de los contenciosos internacionales no es infrecuente observar la existencia de los denominados conflictos de procedimientos, en sus distintas variables (*v.gr.*, entre un tribunal arbitral y entre un tribunal estatal, o entre varios tribunales arbitrales) donde se puede llegar a declaraciones simultánea de competencia sobre el mismo asunto (29). Sin embargo esta situación no es factible en los supuestos de procedimientos paralelos ante un tribunal arbitral o un dictamen de experto. Y a ello debe añadirse, que a diferencia de lo que acontece con los tribunales arbitrales, los expertos no cuentan con las facultades derivadas del principio *kompetenz-kompetenz*. Esta reducción de potestades resulta totalmente coherente con la función, esencialmente valorativa, del experto. Y a ello debe agregarse que las decisiones de los expertos sobre el alcance de su encomienda están sujetas a revisión y no son vinculantes como lo son los laudos arbitrales o las sentencias judiciales. Tampoco existe apoyo legal para que un tribunal perteneciente a la jurisdicción ordinaria confiera al dictamen del experto la misma autoridad que otorgaría a un laudo arbitral.

El problema no debe centrarse en la existencia de juicios concurrentes o conflictos de procedimientos sino en la determinación del alcance de la encomienda del experto y, en concreto, si éste cuenta con habilitación para emitir dictámenes vinculantes sobre cuestiones de Derecho, como puede ser la interpretación de un contrato de conformidad con la legislación aplicable, cuestión que puede no ser pacífica en ese marco jurídico. A veces, la parte disconforme con el dictamen iniciará un procedimiento judicial o arbitral para establecer que determinadas cuestiones no están incluidas en el ámbito de las facultades conferidas al experto, ya sea porque la parte remitente ha interpretado erróneamente el acuerdo en el que se solicita el dictamen o porque ha tergiversado el asunto remitido o lo ha incluido erróneamente en el mandato del experto. En este caso no cabe descartar que acuda a un tribunal de la jurisdicción ordinaria con la pretensión de bloquear la eficacia del dictamen hasta la adopción de una decisión al respecto. Una actitud semejante puede solapar un interés táctico, aunque no sea el adecuado, utilizando procedimientos paralelos para retrasar y complicar la resolución de una controversia.

2. Precisión del «dictamen de experto»

10. Procede ya detenerse en cuestiones de carácter definitorio y así, el dictamen de experto puede concebirse como un medio por el cual las partes de un contrato recurren conjuntamente a un tercero para que decida una cuestión controvertida entre ellos. No estamos ante la actuación de peritos designados por las partes o por un tribunal, jurisdiccional o arbitral, sino ante una decisión resolutoria de terceros que actúan como expertos y que son designados por las partes para intervenir en su controversia adoptando decisiones vinculantes sobre cuestiones específicas. Esta figura, también conocida «dirimencia por experto», o «procedimiento de peritaje» (en la terminología de la CCI) ha sido acogida con desigual fortuna en los distintos sistemas: *Schiedsgutachten* (Alemania o en Suiza), *appraisal* (EE UU), «*expertise-arbitrage*» (Francia) *arbitraggio* (Italia), o *bindend advies* (Países Bajos) y mayoritariamente en los sistemas del *common law*. Sin embargo, la práctica muestra que tanto la delimitación de los dos mecanismos entre sí como la interacción entre ellos no siempre es fácil. El término «dictamen de experto» se utiliza aquí para describir cualquier resolución vinculante de un desacuerdo emitido por un responsable de la toma de decisiones con conocimientos especializados, que es designado en virtud de un contrato y no actúa ni como juez ni como árbitro. Más allá de esto, las generalizaciones son difíciles. Los requisitos de procedimiento y los poderes de un experto varían, a veces de forma significativa, según la jurisdicción. Pero el carácter eminentemente contractual de la figura que estamos examinando y su cumplimiento obligado son criterios que permiten diferenciarla de la de la pericia. Resulta sumamente ilustrativa la anteriormente citada Sentencia del Tribunal Federal Suizo de 17 de noviembre de 2008 según la cual:

«L'expertise-arbitrage [expert determination] est un contrat de droit matériel au moyen duquel les parties chargent un tiers de donner son avis sur une question de fait ou sur un point de droit, avis auquel elles déclarent d'avance se soumettre obligatoirement (...). La volonté commune, exprimée à l'avance, de se soumettre à l'avis de l'expert-arbitre distingue l'expertise-arbitrage de l'expertise privée» (30).

Con carácter muy sumario puede adelantarse que los expertos: a) son nombrados para proporcionar una solución de la controversia que se les ha remitido basada en sus propias investigaciones,

conocimientos y experiencia; b) pueden ser responsables de daños y perjuicios si cualquiera de las partes logra de demostrar que ha sido negligente, ya sea en la etapa de acopio de material relevante para la elaborar su dictamen o en la aplicación de sus conocimientos profesionales a la hora de valorar la solución.

El dictamen de experto es un procedimiento flexible y puede operar de una manera más informal y expedita que otros mecanismos de mayor complejidad como el arbitraje, siendo factible desarrollar su función de forma independiente o en relación otros como el un arbitraje, una mediación o un litigio judicial

El dictamen de experto y el arbitraje utilizan medios diferentes para servir a fines distintos. La comprensión de estas diferencias es fundamental para redactar acuerdos viables y navegar por procedimientos que se solapan. Para evitar dificultades, las partes deben tener una intuición realista de esos procedimientos. Sería imprudente tratar de ampliar un dictamen de experto a un arbitraje a gran escala, como si los expertos pudieran igualar los conocimientos jurídicos de un árbitro experimentado o su comprensión del debido proceso, o esperar que un árbitro y un abogado muestren la experiencia de un especialista en valoración sin depender en gran medida de las pruebas de expertos. No está por ello de más que la cláusula establezca expresamente que el tercero neutral designado para resolver la controversia está actuando «como un experto», para reforzar aún más el hecho de que las partes no desean que las Leyes de arbitraje se apliquen a esta forma de resolución de controversias.

III. CLÁUSULA ACORDANDO EL DICTAMEN DE EXPERTO

1. Ámbito de la encomienda

11. El dictamen de experto es un procedimiento flexible y puede operar de una manera más informal y expedita que otros mecanismos de mayor complejidad como el arbitraje, siendo factible desarrollar su función de forma independiente o en relación otros como el un arbitraje, una mediación o un litigio judicial.

No es infrecuente utilizar el dictamen de experto junto con otros procesos de resolución de conflictos, y puede emplearse también como complemento de la mediación, apareciendo cuando es necesario que una autoridad independiente del mediador dicte una decisión vinculante sobre una cuestión importante. Además, el uso de la decisión de un experto proporciona a las partes los medios para resolver una parte de la disputa sobre la que preferirían no negociar. La obtención del dictamen de un experto puede romper un *impasse* y permitir que la mediación siga adelante sin ese bloqueo y facilite que el mediador siga siendo completamente imparcial.

Una primera nota en ordena la cláusula es la de su sencillez, aunque la práctica derivada de su empleo cada vez registre mayores dosis de sofisticación. Por el contrario, los acuerdos de arbitraje típicos acostumbran a establecer que el tribunal arbitral será competente para resolver todas las disputas que surjan de un determinado contrato o en relación con el mismo (31). Las partes de un acuerdo de arbitraje pueden adoptar fácilmente un paquete sustancial de leyes, reglas y prácticas procesales especificando una sede de arbitraje y las reglas institucionales aplicables. Esto hace innecesarias las condiciones detalladas de designación. La diferencia entre el estrecho cometido de un experto y el amplio cometido de un árbitro puede reflejarse en diferentes enfoques de la interpretación de las cláusulas del acuerdo conducente al dictamen de expertos y de arbitraje. A menudo, estas cláusulas no son excesivamente extensas y se limitan a establecer que si las partes no se ponen de acuerdo sobre una determinada cuestión de valoración, dicha cuestión se someterá al dictamen de un experto neutral cuya decisión será definitiva y vinculante para las partes.

Existe además una diversidad funcional: las partes pueden acordar el procedimiento de dictamen de experto como método de resolución de conflictos en el momento de la celebración de un contrato, pero también pueden acordar un procedimiento de dictamen de experto después de que haya surgido la controversia. En el primer caso, que se halla más generalizado, la puesta en marcha del procedimiento implica la existencia de un «acuerdo» entre las partes que implique el sometimiento de los litigios presentes o de los litigios presentes o futuros a la decisión de un experto (32).

Cuando las partes desean someter la cuestión al dictamen de expertos, es habitual que la cláusula establezca que la persona llamada a decidir la cuestión pertinente sea un experto y no un árbitro y que el proceso está orientado a la consecución de tal dictamen y no un arbitraje. El efecto de las palabras «actuando como experto y no como árbitro» es evitar la necesidad de que el experto se pronuncie únicamente sobre las pruebas presentadas permitiéndole basarse en sus propias investigaciones, en su capacidad y en su juicio. Dicho en otros términos, en la designación de un experto, las partes optan por que su controversia sea resuelta por un tercero independiente que actúe con este título, no estando sometido a la Ley de Arbitraje de 2003. A diferencia de los jueces y árbitros, los expertos llamados a resolver un litigio aportan sus propios conocimientos y tienen derecho a formarse una opinión basada en su propia experiencia sin necesidad de pruebas aportadas por de las partes. Algunas de las ventajas de la decisión de un experto, en particular la rapidez la privacidad y la posibilidad de elegir al responsable de la decisión (o de designar a una persona adecuada por parte de un tercero) son compartidas con el arbitraje (33). Ahora bien el marco del dictamen de experto es puramente contractual.

2. Contenido

A) *Objeto de la encomienda*

12. Solo puede alcanzarse el dictamen de experto si ambas partes lo han acordado expresamente. Para el caso de futuras controversias que surjan en virtud de un contrato, las partes insertan una cláusula específica en el contrato principal y a diferencia de la mediación, una parte no puede retirarse unilateralmente del procedimiento aceptado. Es importante no desatender la redacción y los términos que deben incluirse en los contratos internacionales que prevén la determinación de ciertas cuestiones por parte de un experto y el arbitraje internacional como el mecanismo general de

resolución de controversias para evitar los problemas que podrían surgir de otra manera.

Sentado lo anterior, nada impide que las partes acuerden, una vez surgida la disputa, someterla al dictamen de un experto, incluso cuando no exista una cláusula de resolución de conflictos en el acuerdo que exija el nombramiento de un experto independiente.

La cláusula que incorpore semejante acuerdo deberá precisar la pericia y la función del experto a partir, sobre todo, de su experiencia y cualificación en el sector de su experticia. Además resulta aconsejable incluir un mecanismo completo para la designación del experto. Lo ideal es que las partes acuerden entre ellas la identidad de un experto, los indicios que apunten a su independencia e imparcialidad y que posea los conocimientos adecuados necesarios para realizar la determinación requerida (34). Por esta razón, las partes han de preocuparse por definir y delimitar el alcance de la encomienda y de la autoridad del experto (o expertos, cuando haya un panel) de forma precisa e inequívoca de suerte que no deben empujar a un experto a realizar conclusiones legales complejas. La inclusión en el acuerdo de una cláusula para resolver mediante dictamen de experto cualquier conflicto que entre en el ámbito de dicha cláusula, los están remitiendo a la determinación privada en lugar de a un tribunal de justicia, o a otro proceso (como el arbitraje) susceptible de ser supervisado por los tribunales. Dado que son las partes las que otorgan al experto independiente la autoridad para actuar, también pueden acordar los principios y el procedimiento que se aplicarán en cualquier disputa que pueda surgir.

Como quiera que el valor del dictamen reside, sobre todo, en el conocimiento y en la experiencia en el sector, las partes definirán su mandato o la autoridad de cualquier experto (o expertos, cuando haya un panel) de forma precisa y limitada y no deben empujar a un experto a realizar complejas conclusiones legales. En particular, especificarán si el resultado final queda reducido a una simple cifra o si debe extenderse a un análisis plenamente razonado. Por eso resulta aconsejable dejar bien sentadas algunas reglas mínimas de procedimiento, como el número de los expertos y, en el caso de que se decida por un colegio, especificar cual es el alcance de la mayoría en la toma de decisiones. Tampoco resulta superfluo la indicación de que se elabore un posible calendario y que se determine cómo se repartirán los costes. Incluso aunque el contrato principal contenga disposiciones detalladas sobre la función del experto puede ser pertinente insertar en la cláusula unas condiciones detalladas de nombramiento, el ámbito de los procedimientos para la obtención de pruebas y la práctica de interrogatorio de testigos, sin olvidar algún apartado que garantice la confidencialidad. Resulta práctica habitual que el acuerdo conste por escrito (35).

13. Sin duda es totalmente necesario definir el campo de actividad y la cuestión que debe resolver el experto con la mayor precisión posible. La práctica demuestra que en ocasiones cuando surge la controversia ésta pueda derivar hacia aspectos no previstos necesariamente en la redacción de la cláusula como, por ejemplo, que una cuestión que deba ser determinada por el experto sea de un valor más elevado o de mayor entidad que el previsto originariamente. Cabe insistir de nuevo en la importancia de una redacción inequívoca para identificar el alcance del litigio sometido a la decisión de un experto. Aunque el objeto de la encomienda suele centrarse en la constatación de determinados hechos, existe una tendencia expansiva, muchas veces inevitable, hacia las cuestiones

jurídicas.

Por ejemplo en una controversia en la que se encarga un dictamen al experto para la valoración de determinados daños acaecidos como consecuencia de un huracán (aspecto técnico) es muy probable que deba pronunciarse, a modo previo, si semejante evento constituye fuerza mayor; si hubo o no cumplimiento con las disposiciones de notificación y la medida en que esas disposiciones de notificación fueron condiciones previas para la reparación; la consideración de en qué medida la fuerza mayor impidió o retrasó el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato; o si se adoptaron las medidas adecuadas para aminorar sus efectos destructivos (aspectos jurídico). A primera vista, la cláusula de resolución de las controversias parece referirse solo el primer asunto al experto (valoración del daño), pero queda un amplio margen para el desacuerdo en cuanto a si los demás asuntos también han de ser remitidos al experto o al árbitro.

Y aclarada esta cuestión es aconsejable que las partes del contrato precisen si aceptan mutuamente el resultado alcanzado por el experto como jurídicamente vinculante.

Dado que son las partes las que otorgan al experto independiente la autoridad para actuar, también pueden acordar los principios y el procedimiento que se aplicarán en cualquier disputa que pueda surgir. No existe un marco legal, cabe insistir en ello, en el que basarse y la jurisprudencia, salvo en los países del *common law*, es muy escasa.

Por su parte, el experto debe tener clara su «misión», sus «instrucciones» o su «mandato»; en definitiva, lo que constituye su «encomienda». Junto a su nombramiento debe quedarle muy claro si existen instrucciones específicas y, eventualmente, si está sujeto a un determinado calendario procesal.

Puede surgir aquí una situación indeseada cuando se estipule que el experto debe recibir instrucciones conjuntas de las partes y pero estas últimas no se ponga de acuerdo sobre las mismas emitiendo instrucciones diferentes o contradictorias que el experto tiene que considerar, interpretar y, a veces, descifrar. En este caso el experto, podrá continuar con el procedimiento en la medida en que considere que las cuestiones expuestas en la referida encomienda se encuentran dentro del ámbito de su mandato, aunque deberá motivar semejante iniciativa. Resulta pues verdaderamente aconsejable el examen temprano por los expertos del acuerdo en virtud del cual se les nombra para ver lo que se establece. Es importante garantizar la claridad de lo acordado por las partes, de ahí que los expertos en caso de duda pueden tratar de aclarar cualquier asunto si es necesario y deben obtener, o hacer constar, dicha aclaración por escrito.

B) Otras indicaciones

14. Con carácter complementario, las cláusulas del acuerdo condicente al dictamen de experto deberán indicar además las cualificaciones requeridas por este, por ejemplo, independencia, neutralidad, conocimientos específicos, y establecer, ciertamente de forma bastante similar a las cláusulas de arbitraje, que, a falta de un acuerdo entre las partes sobre el experto neutral que se va a designar, éste será nombrado por una autoridad de designación, de forma que una parte no pueda impedir que se lleve a cabo el procedimiento. Bastantes cláusulas terminan ahí, pero otras están más

elaboradas definiendo las facultades del experto y los procedimientos a seguir en detalle. Suelen determinar que antes de la adopción de sus decisiones, el experto concederá a las partes en litigio la oportunidad de presentar sus posiciones, lo que incluirá la oportunidad de al menos una audiencia oral en presencia de la contraparte y de sus asesores. En la medida en que sea necesario para la toma de decisiones, el experto estará también facultado para decidir sobre la interpretación del contrato que fija su encomienda. También es común fijar que el experto hará todo lo posible para emitir su dictamen por escrito con las razones de las decisiones tan pronto como sea razonablemente práctico (*v.gr.*, no más tarde de dos meses después de que las cuestiones controvertidas le hayan sido remitidas. Por último, es frecuente consignar que las decisiones del experto y las cuentas de la fecha de cierre por él determinadas serán definitivas y vinculantes para las partes.

Siguiendo una línea bastante similar a la practicada en el arbitraje administrado con el acta de misión o con la primera orden procesal, en el dictamen de experto el acuerdo deberá remitirse a las partes y al Centro e incluirá: a) los nombres completos, descripciones, direcciones y otros datos de contacto del experto, de cada una de las partes y de las personas que las represente; b) las direcciones a las que deben dirigirse las notificaciones y comunicaciones que surjan en el curso del procedimiento; c) una lista de las cuestiones sobre las que deberá formular sus conclusiones en el dictamen; d) la remisión algunas reglas de procedimiento del Reglamento del Centro añadiendo, si procese, algunas específicas; e) el lugar donde tendrán lugar las reuniones con las partes; y, f) el idioma o idiomas en que se desarrollará el procedimiento.

15. La importancia de una fijación meditada del contenido de la encomienda no debe desmerecer la importancia otorgada a la inclusión de otros aspectos relevantes de la cláusula:

- i) *Remisión a un centro administrador.* No es inusual insertar una cláusula en un contrato donde se establezca que, en caso de controversia, las partes acuerdan remitir la controversia a un experto designado por un organismo específico. Normalmente este último suministra a las partes un formulario específico para que procedan a la designación. Cuando un acuerdo conducente al dictamen de experto sea administrado se considerará que el Reglamento del Centro Administrador forma parte del mismo, asunción sometida, claro está, a lo dispuesto por las partes y a la ley del lugar donde se celebre el procedimiento (36).
- ii) *Particularidades de los expertos.* La cláusula deberá incluir el número de expertos llamados a intervenir en el eventual dictamen (aunque normalmente se designa a uno). En ocasiones se añade una disposición para resolver los supuestos en los cuales el experto fallece o queda incapacitado y, eventualmente, una alusión al tercero llamado a sustituirle. No está de más, para evitar problemas ulteriores, precisar en la cláusula que existe una firme voluntad de las partes de especificar que se trata de un «experto» y no de un «árbitro» para la resolución de la controversia en cuestión. Por último, puede ser conveniente considerar los conflictos de intereses específicos de la profesión, especialmente porque a veces actuará como experto una empresa o un equipo de tasadores o auditores en lugar de un individuo. Por ejemplo, puede ser útil abordar si el auditor de alguna de las partes podría llevar a cabo una determinada valoración (37).
- iii) *Reglas de funcionamiento.* Con independencia de que se apliquen las reglas del Centro

administrador, pueden insertarse previsiones específicas atinentes a la presentación de las pruebas, a las facultades del experto y al régimen de intereses y de fijación de costas. Es conveniente especificar unas reglas mínimas de procedimiento, como el número de expertos y, en este caso, si los miembros de un grupo de expertos pueden tomar decisiones por mayoría, y un posible calendario fijando las actuaciones. Incluso cuando el contrato principal contenga disposiciones detalladas sobre la función del experto las partes no deben descartar redactar unas condiciones detalladas de nombramiento, identificando los procedimientos para la obtención de pruebas, el interrogatorio de testigos y la garantía de confidencialidad.

- iv) *Características del dictamen solicitado.* Junto a la precisión de la obligación del experto de emitir su dictamen por escrito y en un plazo acordado se acostumbra a disponer que el dictamen del experto será definitivo y vinculante, con independencia del régimen de impugnabilidad existente en cada sistema, que acostumbra a someterlo, como hemos visto con reiteración, a las normas relativas a los contratos. En la medida en que se haya acordado el carácter jurídicamente vinculante del dictamen del experto, debe quedar claro al firmar un contrato, que las partes están enteramente vinculadas al resultado que determine el dictamen del experto. Por el momento la práctica no aporta datos consistentes acerca de la eventual puesta en marcha de un recurso o de una segunda instancia contra un resultado inadecuado del experto independiente).

C) *Inserción del dictamen de experto en una cláusula escalonada*

16. La competencia de un tribunal arbitral suele ser amplia, mientras que la autoridad del experto es mucho más limitada. La prueba es que la cláusula de experto independiente no suele ser la única que figura en el contrato principal. Y es muy frecuente la relación entre las cláusulas de arbitraje y las de dictamen del experto que acostumbran a establecerse en los términos del contrato, lo que dificulta las generalizaciones. Ante esta eventualidad las partes pueden adoptar diferentes enfoques: a) Que ciertas cuestiones se sometan exclusivamente al dictamen de expertos y, al hacerlo, establecer una excepción a las amplias competencias del tribunal arbitral; b) Insertar una disposición escalonada (38), en la que un asunto debe someterse primero a la decisión del experto y luego a un fallo definitivo por parte de un tribunal arbitral; c) Que se deje a las partes la opción de remitir un asunto a un experto o a un tribunal arbitral. En ese último caso, un tribunal arbitral estaría facultado para decidir cualquier asunto que pudiera ser igualmente sometido a la decisión de un experto, además de cualquier otra controversia que surgiese en el marco del acuerdo cubierta por el acuerdo de arbitraje.

La opción escalonada está mucho más generalizada y, en este caso, el dictamen de experto figura conjuntamente con el arbitraje dentro de una cláusula de resolución de litigios de varios niveles. En consecuencia, la redacción de una cláusula conducente al dictamen de experto de manera cuidadosa adquiere una importancia esencial para evitar ambigüedades procesales y reflejar el pleno consentimiento de las partes, ya que la validez de la cláusula de ADR y la ejecutabilidad del dictamen de experto se rigen sobre una base contractual.

La cláusula de experto independiente no suele ser la única que figura en el contrato principal y es muy frecuente su relación con la cláusulas

El procedimiento de dictamen de experto se caracteriza por la ausencia de reglas procesales, aunque como excepción algunos Centros administradores Aunque, como opción, Cámara de Comercio Internacional en su Reglamento sobre la propuesta de peritos y terceros establece un marco para la selección y neutralidad de los expertos, información diversa sobre renuncias, costes, responsabilidades, etc., además de normas de conducta tanto para las partes como para los expertos. Y este instrumento añade que «el trabajo del Comité Permanente y de la Secretaría es de carácter confidencial y debe ser respetado por todos los que participan en dicho trabajo».

La centros de arbitraje proponen una serie de cláusulas para que las partes en un contrato las incorporen según sus necesidades particulares y esta variedad discurre entre aquéllas que imponen obligaciones mínimas, limitándose a un recordatorio de posibilidad de utilizar el procedimiento de experto independiente, y aquéllas que se sirven de las conclusiones no vinculantes del experto como base para alcanzar un acuerdo concertado que resuelva la controversia y si tal acuerdo no se alcanza poner en marcha con toda su plenitud el procedimiento arbitral

A título de ejemplo, se detallan las cláusulas propuestas referentes al Reglamento de la CCI sobre la administración de procedimientos peritaje (39)

Cláusula A: Procedimiento de experto administrado opcional: «Las partes podrán en todo momento, sin perjuicio de cualquier otro procedimiento, acordar someter cualquier controversia derivada [de la cláusula X del presente contrato] o relacionada con ella al procedimiento experto administrado conforme al Reglamento sobre la Administración de Procedimientos de Peritaje de la Cámara de Comercio Internacional.

Cláusula B: Obligación de someter la controversia a procedimiento de experto administrado no vinculantes: "En caso de cualquier controversia derivada [de la cláusula X del presente contrato] o relacionada con ella, las partes acuerdan someter la controversia al procedimiento de peritaje administrado conforme al Reglamento sobre la Administración de Procedimientos de Peritaje de la Cámara de Comercio Internacional.

Cláusula C: Obligación de someter la controversia a un procedimiento de peritaje administrado contractualmente vinculante: En caso de cualquier controversia derivada [de la cláusula X del presente contrato] o relacionada con ella, las partes se comprometen a someterla al procedimiento de peritaje administrado conforme al Reglamento sobre la Administración de Procedimientos de Peritaje de la Cámara de Comercio Internacional. Las partes acuerdan que las conclusiones del perito serán contractualmente vinculantes para ellas.

Cláusula D: Obligación de someter la controversia a procedimientos de expertos administrados no vinculantes, seguidos de arbitraje si se precisa. En caso de cualquier controversia derivada [de la cláusula X del presente contrato] o relacionada con ella, las partes se comprometen a someterla, en primer lugar, al procedimiento de peritaje administrado conforme al Reglamento sobre la Administración de Procedimientos de Peritaje de la Cámara de Comercio Internacional. Después

de la notificación del Centro Internacional de ADR de la terminación del procedimiento de peritaje administrado, si la controversia no se ha solucionado, esta será resuelta definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento de Arbitraje.

IV. CONDICIONES Y CIRCUNSTANCIAS DEL EXPERTO

1. Acceso y desempeño de la actividad

17. Los expertos encargados de redactar el dictamen no son mediadores y no es su función promover las negociaciones y el compromiso. Ello no impide que desde un principio requieran a las partes acerca de si existe alguna posibilidad de llegar a un acuerdo negociado y, en caso afirmativo, si desean que el experto aplase el procedimiento. Ya sea en la fase inicial, o en la reunión preliminar, si la hubiere, se aconseja al experto recordar a las partes que son libres de llegar a un acuerdo entre ellas en cualquier momento antes de que alcance el dictamen y en este caso serán responsables de los honorarios y desembolsos del experto independiente hasta la fecha del acuerdo.

Al margen de lo anterior, lo más adecuado es que las partes se pongan de acuerdo sobre una persona competente y neutral. Por supuesto, también es posible que el experto sea designado por un tercero (v.gr., por una cámara de comercio) o que se nombre un panel de expertos independientes con varios miembros (normalmente tres).

Teniendo en cuenta esencialmente la experiencia de los candidatos las partes pueden elegir al(los) experto(s) conjuntamente y si no llegan a un acuerdo en torno a la persona del experto o en un procedimiento *ad hoc*, ésta será designada por el Centro previa consulta con las partes. Muchos Centros cuentan con una lista de expertos con conocimientos especializados relevantes en las materias sobre las que deberá versar su dictamen. Esto permite al Centro proponer y designar a los expertos idóneos para la materia de que se trate y utilizarlos como 'peritos' en otros procedimientos.

- i) *Idoneidad*. Las facultades de un experto son relativamente limitadas pues es esencialmente una persona que emite un dictamen sobre un asunto técnico. No se precisa únicamente estar en posesión de conocimientos extensos y profundos sobre la materia objeto de la controversia, pero si se requiere una habilidad acreditada por su parte que le permita exponer en términos comprensibles para los no expertos cuestiones de hecho que no se pueden entender fácilmente. Por lo tanto, la parte que designa al experto, si es el caso, o el centro administrador que lo nombra con carácter subsidiario, han de preocuparse detallar las facultades y los procedimientos que debe seguir el experto y suministrarle instrucciones claras para que pueda investigar los hechos y llegar a conclusiones sobre las cuestiones que se le plantean, todo ello dentro del plazo establecido por el tribunal. Teniendo en cuenta la complejidad que puede entrañar el encargo, resulta aconsejable que los propios expertos se aseguren de estar preparados para llevarlo a cabo.
- ii) *Condicionantes previos al nombramiento*. Las cláusulas de arbitraje al uso poseen, por lo general, un alcance caracterizado por la generalidad al limitarse a determinar que el tribunal arbitral será competente para resolver todas las disputas que surjan de un determinado contrato o en relación

con el mismo, no siendo frecuente que se haga referencia a condiciones detalladas para la designación de los árbitros. Sin embargo este cometido no está muy presente en la designación del experto, lo que evidencia el limitado cometido de un experto frente a las amplias facultades del árbitro, que acostumbra a reflejarse en los diferentes enfoques a la orden de la interpretación de las cláusulas de designación de expertos y de árbitros.

Los expertos independientes son elegidos por las partes por su experiencia, por consiguiente, a menos que la encomienda permita lo contrario, antes de aceptar cualquier nombramiento, deben:

- a) estar convencidos de que están en posesión de un conocimiento suficiente de la práctica, los procedimientos y la ley, para la práctica del dictamen de expertos, así como del objeto del litigio;
 - b) no aceptar el nombramiento si consideran que no pueden ocuparse de la determinación en un plazo razonable (disponibilidad);
 - c) comprometerse a llevar a cabo la encomienda por sí mismos, sin intervención de terceros pues ello podría dar lugar a responsabilidad por negligencia. Para evitar esta situación, o para solventar problemas que no estén dentro del ámbito de conocimientos y experiencia de los expertos, deberán indicar en sus condiciones de contratación que se reservan el derecho de solicitar un concreto asesoramiento.
- iii) *Nombramiento*: El acuerdo para remitir una controversia en particular a un experto generalmente se produce después de que haya surgido la controversia, en circunstancias en las que los asesores de las partes consideren que tal remisión a un experto es más apropiada a la luz de la naturaleza de la controversia. En tal caso, las partes acordarán de común acuerdo acudir a un experto (*ad hoc*) o remitirán la designación del experto a un organismo de designación, por lo general el Centro administrador. Para curarse en salud, cuando exista acuerdo entre las partes, los expertos independientes deben comprobar que existe el acuerdo por escrito y si contiene o no condiciones específicas. Si no se ha facilitado una copia del acuerdo, deberá pedirla antes de seguir adelante. En el caso de procedimiento administrado, a menos que las partes hayan llegado a un acuerdo sobre la persona que actuará como experto, el Centro procederá al nombramiento después de recibir la respuesta a la solicitud y hará todos los esfuerzos razonables para proponer a un tercero que tenga todas las características expuestas por la parte solicitante. Si la solicitud de dictamen de experto es presentada conjuntamente por las partes sin que hayan convenido la persona del experto o el número de expertos, el Centro procederá al nombramiento de "uno", salvo que estime que, dadas las circunstancias del caso, el nombramiento de más de un experto resulta más apropiado. Resulta frecuente que antes de adoptar su decisión nominadora el Centro consulte a las partes, ocupándose los Reglamentos de fijar los criterios que debe observar (40).

En todo caso, como es habitual en las disposiciones que rigen los Centros de solución de controversias, la solicitud no se tramitará hasta que el Centro haya recibido la tasa correspondiente, que no tiene carácter reembolsable.

- iv) *Conflicto de intereses*: Como principio de base todo experto debe ser imparcial en el momento de aceptar de un nombramiento y debe seguir siéndolo durante todo el procedimiento hasta que se haya dictado la resolución final o hasta que el procedimiento haya concluido definitivamente (41). Lo anterior implica que a lo largo de su encomienda deberá actuar de forma independiente e imparcial en relación con las partes, dando a cada una de ellas una oportunidad razonable de exponer su caso y de tratar el de la parte contraria y de presentar alegaciones sobre el desarrollo del proceso (42).

Antes de presentar una propuesta, el candidato a experto debe suscribir una declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia y deberá dar a conocer por escrito al Centro cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de la persona solicitante, de poner en duda su independencia, así como cualquier circunstancia que pudiere dar lugar a dudas razonables sobre su imparcialidad (43)

En consecuencia, si se alberga alguna duda en torno a su independencia o imparcialidad, deben renunciar a aceptar su nombramiento o, si el procedimiento ya se ha iniciado, pondrán tal circunstancia en conocimiento de las partes. No obstante, este principio imperativo (que no está sujeto al casuismo fijado, *v.gr.*, por las Reglas de la IBA) no significa que deban abstenerse a ser nombrados sólo por el mero hecho de que haya existido una relación con una de las partes. Para ello, en todo caso, deben hacer una declaración donde se detalle si consideran que su intervención supone un potencial conflicto de intereses o no. Existen necesariamente dudas justificadas sobre la imparcialidad de los expertos independientes si tienen un interés financiero o personal significativo en el litigio que podría verse afectado por su resultado (parcialidad real). Las dudas también son justificables si un observador imparcial e informado, tras considerar los hechos, concluye que existe una posibilidad real de que el experto independiente sea parcial (parcialidad aparente).

- v) *Recusación, imposibilidad para llevar a cabo su función o renuncia. Sustitución*. Después del nombramiento el experto podrá ser recusado por una de las partes si existen circunstancias de tal naturaleza que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia (44). La parte que recuse a un experto deberá notificarlo, exponiendo las razones de la recusación, en un plazo breve (*v.gr.*, siete días) después de haber recibido la notificación del nombramiento del experto o después de haber tenido conocimiento de las circunstancias que considere dan lugar a una duda justificable respecto de la imparcialidad o independencia del experto. Este último o el Centro a su entera discreción, podrán suspender o continuar con el procedimiento mientras esté pendiente la recusación. Si la otra parte no está de acuerdo con la recusación y si el experto recusado no renuncia, la decisión sobre la recusación la adoptará el Centro de conformidad con sus procedimientos internos. Dicha decisión es de carácter administrativo y será definitiva. No se exigirá del Centro que explique las razones de su decisión (45).

En caso de que los expertos independientes enfermen o no sean capaces de llevar a cabo la encomienda, o cuando sea improcedente continuar (*v.gr.*, si se produce un conflicto de intereses que hace insostenible su posición), puede que no tengan otra alternativa que renunciar. Tales circunstancias no son muy frecuentes, y la jurisprudencia es escasa o nula en lo que respecta a las

consecuencias que pueden derivarse de una dimisión, como la responsabilidad por los honorarios del experto independiente, o los costes que se tiran. Pero debe quedar bien sentado que los expertos que renuncien de forma injustificada pueden ser considerados responsables ante las partes por las consecuencias. Por lo tanto, si tienen la intención de dimitir deben consultar primero a las partes por escrito y, si es posible, obtener la aceptación de las partes de que su dimisión sería razonable en todas las circunstancias, con un acuerdo también en cuanto al pago de sus honorarios y gastos. Los expertos independientes también deberían considerar la posibilidad de incluir en su escrito de aceptación una referencia a la posibilidad de dimitir y la forma en que se trataría esta cuestión.

El procedimiento para la sustitución de un experto independiente que dimite, o que de alguna manera está incapacitado, es el siguiente: a) las partes pueden ponerse de acuerdo sobre el experto independiente sustituto; o b) las partes pueden solicitar al Presidente del Centro administrador el nombramiento de un experto independiente sustituto (46).

2. Deberes

18. Muy vinculados a los deberes de los árbitros, pero mucho menos rigurosos, pueden apuntarse los siguientes deberes que afectan al ejercicio de la función de experto:

- i) *Comportamiento*: A diferencia del arbitraje no están prohibidas las comunicaciones por separado, que se refieran exclusivamente a cuestiones de organización, tales como las instalaciones, el lugar, la fecha o la hora de las audiencias o bien, cuando se tratare de recabar información sobre las aptitudes, disponibilidad o independencia de un candidato a experto.

El experto debe de responder puntualmente de las cuestiones específicas que se les remitan pues si no lo hace podría encontrarse con dificultades para obtener o, lo que es peor, a una acción contra él por negligencia y/o incumplimiento de contrato.

- ii) *Confidencialidad*. Sujeto a excepciones específicamente definidas, las Reglas de los Centros protegen la confidencialidad de la todo lo relacionado con el dictamen de experto. Por consiguiente, toda persona que participe en el dictamen de experto, incluidos en particular, las partes, sus representantes y asesores, el experto y el Centro, deberán respetar el carácter confidencial de el dictamen de experto y no podrán usar o revelar a terceros la información concerniente u obtenida durante el proceso de dictamen de experto (47).
- iii) *Responsabilidad*: Los expertos serán responsables de los daños y perjuicios si cualquiera de las partes alcanza a demostrar su negligencia, ya sea en la recopilación de material relevante para su dictamen o en la puesta en el ejercicio de su experticia. En caso de incumplimiento de su encomienda, el experto se convierte en responsable ante las partes y ante terceros, con carácter contractual o extracontractual (o por ambos), al no haber actuado de acuerdo con los términos de la encomienda, o por no haber ejercido el nivel de cuidado y diligencia que se esperaba de su posición. La parte o partes perjudicadas puede reclamar y en su caso obtener una indemnización por daños y perjuicios, aunque le incumbe demostrar que lo actuado por el experto quedaba fuera del margen de error permitido, o que ha incumplido con sus deberes de independencia e

imparcialidad.

V. SUSTANCIACIÓN DEL CASO

1. Simplicidad y ausencia de formalismos

19. Con esta expresión se describen las posibles los trámites inherentes a las sucesivas etapas que los expertos pueden considerar para realizar su función. Con carácter general las reglas aplicables previstas en las legislaciones estatales no se aplican a estos procedimientos, lo cual entraña importantes consecuencias: no existen normas procesales vinculantes, ni se cuenta con el apoyo judicial en caso de aparecer con las incidencias procesales, por ejemplo, la práctica de una recusación contra un experto y, lo que es más importante, el resultado del dictamen de experto no puede ser ejecutado judicialmente.

El experto deberá seguir los procedimientos adecuados a las circunstancias del caso particular, a las previsiones de las partes y a las disposiciones pertinentes del acuerdo, evitando demoras y gastos innecesarios, a fin de proporcionar un medio rápido, rentable y justo para resolver la controversia (48) . Ahora bien, la confección del dictamen de experto sólo puede hacerse en un tiempo prudencial si las cuestiones que se le plantean están claramente delimitadas o poseen un carácter esencialmente técnico. En caso de que no se den estas circunstancias puede perderse gran parte de la utilidad de este procedimiento que está esencialmente proyectado para la obtención de una decisión en cuestión de semanas. Fácil es comprender que en una controversia compleja, precisada de unas condiciones detalladas en sucesivos trámites como en el nombramiento del experto, en la elaboración de un acuerdo sobre las reglas de procedimiento, en la resolución de cuestiones preliminares de derecho o en otras cuestiones procedimentales como la producción de documentos, la posibilidad de declaraciones de testigos o la entrega de un borrador de informe para que las partes lo valoren, antes de que se emita el informe definitivo, acaso sea mucho más operativo acudir al procedimiento clásico del arbitraje.

El experto deberá seguir los procedimientos adecuados a las circunstancias del caso particular, a las previsiones de las partes y a las disposiciones pertinentes del acuerdo, evitando demoras y gastos innecesarios, a fin de proporcionar un medio rápido, rentable y justo para resolver la controversia

En los reglamentos de los Centros administradores no existen excesivas reglas que detallen los requisitos para preparar alegatos, realizar una investigación detallada de los documentos, interrogar a los testigos o realizar audiencias como acontece con el arbitraje. Ciertamente, al igual que el árbitro, un experto puede realizar investigaciones independientemente de las partes, pero, a diferencia de un árbitro, no necesita su consentimiento antes de tomar la decisión. Dicho en otros

términos, los expertos están obligados a llevar a cabo sus propias investigaciones a menos que la cláusula de resolución de controversias u otro acuerdo similar entre las partes limite esta posibilidad; o la información suministrada por las u otra información de la que ya tienen conocimiento en virtud de su experiencia, sean suficiente para realizar su encomienda.

2. Desglose de las actuaciones

20. La tarea última del experto es emitir un dictamen escrito en el que se detallen las comprobaciones que ha realizado dentro de los límites de su encomienda y este dictamen sólo podrá emitirse una vez que éste haya oído a las partes y/o haya permitido que éstas presenten sus alegaciones por escrito. Para llegar a tal dictamen deben superarse una serie de trámites que se detallan a continuación:

- i) *Solicitud.* Cuando una de las partes de un acuerdo conducente al dictamen de experto desee iniciar el proceso, presentará por escrito una solicitud al Centro (49) que podrá ser presentada conjuntamente por todas las partes contratantes. Dentro de las menciones que debe incluir la solicitud acostumbra a figurar: a) los nombres, direcciones y números de teléfono, correo electrónico o cualquier otra referencia a fines de comunicación, de las partes en el proceso de dictamen de experto y del representante de la parte que presenta la solicitud de dictamen de experto; b) una copia del acuerdo conducente al dictamen de experto; c) una breve descripción de la controversia sometida a dictamen de experto; d) toda clase de documentos u otra información que la parte que presenta la solicitud considere relevante en el proceso de dictamen de experto; e) observaciones acerca del ámbito de el dictamen de experto y de los plazos para su realización; f) el pago de la tasa administrativa (50) .
- ii) *Reunión preliminar:* Una vez nombrado, el experto remitirá en la mayoría de los casos una carta preliminar a las partes, y otra a la recepción de las alegaciones/contra alegaciones. No es indispensable que se reúna con las partes y, de hecho, hacerlo podría suponer gasto y retrasos. Las audiencias orales, son no son muy frecuentes, dado que el dictamen de experto es esencialmente un procedimiento de investigación.

En algunos casos, sin embargo, puede ser conveniente una reunión preliminar, si el asunto es complejo, o (raramente) si la cláusula de resolución de conflictos así lo establece. Para esta reunión, que puede ser útil para acordar los términos de referencia y el procedimiento y para su práctica, el experto convocará a las partes para que, de manera presencial o por teleconferencia, se celebre tan pronto como sea posible. En orden a su contenido los objetivos de esta conferencia serán, con carácter general: a) verificar las presentaciones de las partes; b) discutir y acordar las cuestiones en litigio; c) establecer reglas de procedimiento mediante el cual dichas cuestiones suscitadas por las partes puedan ser aclaradas y acordadas; d) planificar y acordar la forma en que debe desarrollarse el procedimiento, incluyendo un calendario para la presentación de alegaciones, documentos y cualquier otro material probatorio, y e) adoptar las medidas pertinentes de planificación y administración que puedan ser necesarias en relación con el procedimiento. Si las circunstancias del caso lo requieren, se adoptarán en la conferencia las medidas pertinentes para que las personas involucradas en el procedimiento suscriban un acuerdo de confidencialidad.

Al final de la reunión preliminar, el experto dejará constancia de ciertas cuestiones de tiempo y procedimiento que se han acordado o decidido en relación con la realización del proceso de dictamen de experto. La mejor manera de hacerlo es emitir una lista de orientaciones a las partes, normalmente denominadas "Instrucciones" o "Instrucciones de Procedimiento", soliendo la generalidad de los expertos elaborar sus propias instrucciones estándar para que les sirvan de ayuda. Sin embargo, el uso de tales precedentes no debe excluir la necesidad de abordar cada situación de nuevo, para que los expertos puedan calibrar lo que es mejor para las partes en ese dictamen que deben redactar. En todo caso, los expertos deben instar a las partes a que se pongan de acuerdo en el mayor número posible de hechos, con el objetivo de garantizar que el dictamen se refiera únicamente a los asuntos que son realmente controvertidos, con las consiguientes economías de tiempo y de costes. Para ello es esencial que los expertos registren correctamente los nombres de las partes, brindando la reunión preliminar con las partes, si se celebra, o el proyecto de Instrucciones, la oportunidad de hacerlo. Es probable que la solicitud haya sido presentada por una de las partes del litigio, y es concebible que no haya estado en posesión de todos los hechos y a ello se une la necesidad de considerar una serie de situaciones con mucha atención: a) una de las partes puede ser una empresa que ha cambiado de nombre tras una adquisición o fusión; en este caso debe indicarse la nueva denominación (aunque no estaría de más mencionar también; b) una de las partes puede ser una sociedad, o llevar a cabo su actividad bajo un nombre comercial; c) las partes pueden no ser las mismas que las que aparecen en el acuerdo, *v.gr.*, en el caso de un arrendamiento, la propiedad absoluta puede haber cambiado de manos o el arrendamiento puede haber sido cedido, o una garantía colateral puede haber sido cedida a un comprador y hay que tener cuidado de mostrar el nombre actual, lo que puede obviarse explicando tal circunstancia en el comienzo de las actuaciones. En tal caso, el experto deben asegurarse de que la nueva parte conoce sus obligaciones en relación con la remisión y de que se prevé la recuperación de los costes de la parte saliente.

- iii) *Comunicaciones y alegatos por escrito.* Aunque los expertos no están sujetos a un marco estatutario que rija su actuación en el procedimiento, se le recomienda que se aseguren que en las comunicaciones hacia y desde las partes, por cualquier medio, se remitan sistemáticamente a todos. Por lo general, el experto requerirá a las partes la entrega de alegatos por escrito sobre los temas en controversia en lugar de celebrar una audiencia oral, sin embargo, las partes pueden decidir acerca de la necesidad de una audiencia oral.

Las partes pondrán a disposición del experto todos los medios necesarios para llevar a cabo su encomienda y, en particular, facilitarán todos los documentos que éste considere necesarios, permitiéndole el libre acceso a cualquier lugar al que deba acudir para el correcto cumplimiento de su misión. Por su parte, el experto deberá dar a cada parte la oportunidad de comentar cualquier información o documento proporcionado por cualquier otra parte

- iv) *Audiencias:* No existe unas reglas que conduzcan inexorablemente a la realización de una audiencia en el caso del dictamen de experto, y sería un hecho muy inusual y, por lo demás, los reglamentos de los Centros administradores mantiene en este apartado un marcado particularismo. Eso sí, pueden distinguirse las siguientes situaciones: a) si el acuerdo estipula que

debe haber una audiencia (lo cual no suele acontecer), procedería llevarla a cabo a menos que ambas partes convengan lo contrario; b) si el acuerdo no lo estipula, pero ambas partes están de acuerdo en que debe haber una audiencia, los expertos no tienen poder para impedirla; c) si las partes no se ponen de acuerdo, y el acuerdo no dice nada al respecto, en la práctica no puede celebrarse una audiencia, ya que el experto no puede obligar a las partes (o a cualquier otra persona) a asistir a ella, aunque considere que dicha audiencia sería la mejor manera de resolver las cuestiones; y d) la audiencia no tiene por qué ser una ocasión muy formal en la que se traten todos los aspectos del caso, sino que puede ser simplemente una reunión (con la presencia de las partes) para aclarar áreas específicas que el experto independiente desea indagar.

En el caso inusual de que el procedimiento acordado por las partes (ya sea *ad hoc* o figure en su acuerdo) prevea que el proceso de dictamen de experto se lleve a cabo mediante una audiencia oral, gran parte de las orientaciones contenidas en los reglamentos de arbitraje serán de aplicación *mutatis mutandis*.

- v) *Prorroga de los plazos.* La fecha de comienzo del proceso de dictamen de experto, en el caso de intervención de un Centro administrador será aquélla en la que dicho Centro reciba la solicitud de dictamen de experto (51). La experiencia ha demostrado que las partes suelen solicitar prórrogas de los calendarios. Si ambas partes solicitan una prórroga, el experto debería aceptarla. Si esta revisión va a causar dificultades a los expertos independientes (*v.gr.*, un nuevo retraso en la finalización de la determinación debido a otros compromisos), deberán informar a las partes de ello. Si la solicitud es presentada por una sola parte y la otra se resiste o guarda silencio, los expertos tienen la obligación de proceder, y no se puede considerar que con ello modifiquen el contrato a petición de una sola parte. Sin embargo, los expertos deben ser pragmáticos y tener en cuenta la gravedad de la solicitud y el efecto que tendrá cualquier retraso antes de tomar su decisión

- vi) *Valoración de la prueba.* La tarea fundamental de los expertos suele consistir en reunir y evaluar las pruebas que se les presentan, excluyendo, en su caso, las inadmisibles, utilizando para ello su capacidad y experiencia. Pueden exigir a las partes que establezcan o presenten sus argumentaciones (sean de hecho o de fondo) sin excesivas formalidades, a menos que éstas, por supuesto, acuerden lo contrario. No son de aplicación las reglas utilizadas ante la jurisdicción sobre admisibilidad de las pruebas y a menos que el acuerdo establezca algún requisito particular (lo que no es habitual), por lo cual los expertos pueden establecerlas a su discreción. En teoría, pueden prestar atención a cualquier información que consideren relevante, pues es consustancial a la potestad del experto la facultad de actuar inquisitivamente en virtud de sus conocimientos específicos estando habilitado para realizar sus propias investigaciones sin ninguna referencia a las partes. Sus únicas limitaciones derivan del obligado respeto al principio de igualdad de las partes, dando a cada una de ellas la posibilidad de presentar la información que consideren relevante para el proceso, y de la observancia de deber primordial de actuar con equidad entre las partes. Para ello han de asumir la necesidad de verificar y de llevar a cabo todas las investigaciones que con carácter razonable puedan llevar a cabo, junto con cualquier otra que ellos mismos consideren esenciales para llegar a su decisión pues, independientemente de su amplia libertad de actuación, antes de rechazar una prueba deben preguntarse acerca de la

conveniencia de hacerlo. Incluso si las partes han acordado una declaración de hechos y decidido que el experto puede basarse en ella, este último sigue teniendo la obligación de recabar cualquier información adicional que estime necesaria para llegar a una conclusión basada en sus propias opiniones y cálculos.

A diferencia de los casos en los que intervienen los árbitros, donde el uso de sus conocimientos específicos sin permitir que las partes se pronuncien ha sido criticado por los tribunales, los expertos no sólo están obligados a utilizar sus propios conocimientos, sino como se ha indicado a complementar esos conocimientos en los casos en los que la información suministrada por las partes es insuficiente. Pero no están facultados para la citación de testigos no propuestos por las partes u obligar a la presentación de información o documentos que estén en posesión o control de una parte, por lo cual resulta aconsejable que aseguren en el acuerdo con las partes su disposición para cooperar y cumplir con sus peticiones.

En definitiva, el experto podrá, en cualquier momento, de oficio o a instancia de parte: a) admitir o exigir nuevas pruebas, incluida la presentación de documentos u otra información que esté en posesión o control de una parte; b) requerir las declaraciones o comparecencias de los testigos propuestos por las partes; c) inspeccionar o solicitar la inspección de cualquier lugar, propiedad, producto o proceso que considere oportuno en el ejercicio de su misión.

VI. EMISIÓN DEL DICTAMEN

1. Resolución del experto

21. Al igual que en otros ADR la emisión del dictamen va precedida de otros eventos que pueden evitarla: el acuerdo de las partes o la imposibilidad sobrevenida. En el primer caso, si el acuerdo se alcanza antes de que dicte su dictamen, el experto dará por terminado el procedimiento. En el segundo caso, si, antes de que se dicte el dictamen, la continuación de las actuaciones se hace innecesaria o imposible por cualquier razón, el experto también dará por terminado el procedimiento.

22. Salvo en los casos anteriormente señalados, el experto emitirá su dictamen por escrito después de que las partes hayan practicado sus presentaciones escritas y/o hayan realizado presentaciones orales y una vez practicada cualquier investigación, o dentro de los límites establecidos en la encomienda. El dictamen comprenderá cualquier resolución vinculante de un desacuerdo por parte de un responsable de la toma de decisiones con conocimientos especializados, que es designado en virtud de un contrato y no actúa ni como juez ni como árbitro. Pero más allá de esto, las generalizaciones son difíciles, pues los requisitos de procedimiento y los poderes del experto varían, a veces de forma significativa según el reglamento aplicable y de los términos detallados del acuerdo de las partes.

El experto emitirá su dictamen por escrito después de que las partes hayan practicado sus presentaciones escritas y/o hayan realizado

presentaciones orales y una vez practicada cualquier investigación, o dentro de los límites establecidos en la encomienda

Un dictamen de experto "basada en documentos" (también denominada "por escrito") es, como sugiere la expresión, una decisión que evita la alternativa más costosa e incómoda de una audiencia, pero no impide que los expertos convoquen a los representantes de las partes a una reunión para pedir aclaraciones sobre las cuestiones planteadas. En este caso la controversia, de carácter exclusivamente documental se lleva a cabo mediante el intercambio de pruebas y alegaciones. Estos documentos suelen denominarse genéricamente "declaraciones" o "declaraciones cruzadas" (en el caso de los documentos de refutación), pero este término tiende a desdibujar la importante distinción entre la prueba pericial, por un lado, y los escritos (o argumentos), por otro, a los que se aplican normas de conducta profesional totalmente diferentes. No estaría de más utilizar términos más apropiados y específicos para describir los apartados inherentes de los documentos, por ejemplo, "informe" para la sección que trata de sus pruebas, y "alegaciones" para el resto, pues estos últimos términos poseen ya carta de naturaleza en otros mecanismos de solución de controversias.

2. Elementos característicos

23. Salvo el acuerdo de las partes o la imposibilidad sobrevenida, procederá la emisión del dictamen, cuyas características son las siguientes:

- i) *Contenido.* Los expertos tienen el deber de llegar a un dictamen final asegurándose de que esta determinación no incluya conclusiones alternativas en diferentes supuestos que no proporcionen a las partes un resultado concluyente. La finalidad de una determinación es resolver todas las cuestiones de la controversia que han sido remitidas al experto independiente y plasmarlas en un documento válido y ejecutable.
- ii) *Carácter contractual.* Es importante tener en cuenta el carácter contractual del dictamen, por consiguiente, está siempre condicionado, si el litigio posee carácter internacional por la ley aplicable al contrato. Existe una importante decisión de la jurisprudencia francesa, la Sentencia de la *Cour d'appel* de Versalles 5 de abril de 2001 que abunda sobre esta cuestión. En el caso, las partes habían insertado en el contrato una cláusula de cierta complejidad ("*En rendant sa décision sur le différend, le tiers-arbitre sera réputé agir comme un tiers au sens de l'article 1592 du code civil français*") referida a una controversia relacionada con la determinación del precio, yo el Tribunal consideró que no se trataba de una cláusula de arbitraje (52), "la referencia expresa a las disposiciones del art. 1592 del Código Civil francés en un acuerdo entre partes experimentadas en el mundo de los negocios, que se presumen asistidas por un abogado experto, es suficiente para establecer la voluntad de las partes de confiar el conflicto relativo a la determinación del precio a un tercer árbitro".

La cuestión de si debe otorgarse o no al experto la autoridad para decidir sobre cuestiones de interpretación del contrato sólo puede responderse teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Sin embargo, no debe descartarse tal posibilidad, por ejemplo, para decidir sobre la

interpretación de cuestiones relacionadas con términos técnicos que entran en el campo específico de los conocimientos profesionales del experto. En tal caso, y sin perjuicio de la existencia de una regla de derecho o de equidad, o de un acuerdo escrito de las partes en sentido contrario, la decisión del experto deberá contener una motivación en la forma que considere razonablemente apropiada, teniendo en cuenta la cuantía y la complejidad de la controversia.

- iii) *Alcance de la motivación.* No existe unanimidad en los reglamentos acerca de la posibilidad de que experto cumpla con su encomienda simplemente respondiendo a las cuestiones suscitadas por las partes. Mas insistiendo en la naturaleza esencialmente contractual de este procedimiento no cabe descartar que las partes deseen que el dictamen esté respaldado por un razonamiento suficientemente adecuado para ser entendido por la dirección de la empresa, y ello requiere inexorablemente el suministro de razones que serán examinadas por la parte o las partes.

Cuando se haya acordado la necesidad de motivación del dictamen, deberá estudiarse cuidadosamente su alcance (*v.gr.*, la base de los cálculos y las hipótesis o interpretaciones jurídicas adoptadas, etc.). En general, los argumentos ofrecidos por los expertos en una resolución motivada son bastante menos extensas que las redactadas por los árbitros en el laudo, entre otras cosas porque no están obligados a considerar todos los argumentos presentados por las partes, lo que no les exime de exponer el razonamiento detallado sobre aquellas cuestiones que son relevantes para sustentar su decisión. Si no se ha acordado expresamente este requisito el experto quedará exento de dar explicación o justificación alguna, pues no pesan sobre él obligaciones similares a las establecidas en el art. 37.4º LA/2003 para los árbitros: Cosa distinta acontece en los casos administrados al disponer muchos reglamentos expresamente el deber de motivación. Dejando a un lado las dificultades prácticas, los expertos pueden aceptar excepcionalmente presentar consideraciones una vez pronunciado su dictamen si ambas partes lo solicitan, pero en ese caso se justificaría casi con seguridad la presentación de unos honorarios adicionales.

El significado de aportar "razones suficientes" obliga al experto a informar de los pasos seguidos a lo largo de su actuación, pero únicamente en la medida necesaria para permitir a las partes comprobar si ha cumplido con los requisitos de la cláusula teniendo en cuenta los asuntos que estaba obligado considerar y haciendo caso omiso del resto. En tal caso, la mayoría de los expertos independientes suelen esforzarse por aclarar la motivación lo antes posible en el proceso.

Hay que distinguir tres situaciones. En primer lugar, si el acuerdo establece que deben expresarse los motivos, la obligación queda clara (a menos que las partes hayan informado al experto independiente de que han acordado otra cosa). En segundo lugar, si el acuerdo establece que no deben darse razones, los expertos no están autorizados a suministrarlas a menos que ambas partes estén de acuerdo en que deben hacerlo después de todo. Si, a pesar de ello, una de las partes pide a un experto independiente que exponga su razonamiento sería una buena práctica que se preguntara a la otra parte si está o no de acuerdo. Si esa parte dice que no está de acuerdo, los expertos independientes no deben dar razones. Si la otra parte guarda silencio, los expertos independientes pueden dar razones (o una explicación) aunque no están obligados a

hacerlo. No se trata de una cuestión de ética profesional, sino simplemente de cumplir las instrucciones de las partes. En tercer lugar, si el acuerdo no se pronuncia sobre la cuestión de si la resolución debe ser motivada, los expertos independientes deben pedir a las partes que confirmen si desean que confirmen este extremo y si no llegan a un acuerdo, deberán considerar la conveniencia de motivar, en función de las circunstancias de la controversia.

Habida cuenta que los expertos son potencialmente responsables por negligencia, es aconsejable que conserven notas detalladas y una explicación escrita de cómo han llegado a sus conclusiones. Estos documentos deben conservarse durante un período adecuado.

- iv) *Renuncia del derecho a objetar.* En los reglamentos de los Centros administradores es habitual incluir una regla en virtud de la cual la parte que continúe con el procedimiento conducente a un dictamen de experto renuncia a su derecho a objetar en caso de no haber presentado oportunamente una objeción: a) por el incumplimiento de cualquier disposición del Reglamento; b) frente a cualquier instrucción dada por el Centro o por el experto o c) en orden a cualquier requisito condicionante de su misión, con su nombramiento o con el desarrollo del procedimiento conducente a la consecución del dictamen.
- v) *Escrutinio.* Algunos Centros de arbitraje incorporan mecanismos tendentes a garantizar la eficacia del dictamen, exigiendo que el proyecto del mismo sea sometido con carácter previo a su consideración. En tal caso el Centro podrá establecer modificaciones en cuanto a la forma del dictamen y, sin afectar la libertad de decisión del experto, podrá también llamar la atención de este sobre puntos de fondo. El experto se abstendrá de suministrar información alguna a las partes o a terceros sobre su decisión antes de que el Centro apruebe su dictamen.
- vi) *Notificación del dictamen y terminación del procedimiento.* El dictamen del experto, una vez firmado por éste, será enviado al Centro en tantos ejemplares como partes haya, más uno para el Centro. Posteriormente, el Centro notificará dicho dictamen a la parte o partes y declarará por escrito que el procedimiento administrado por el experto ha terminado.

3. Costes

24. Los costes del proceso incluyen los honorarios y gastos del experto y, en su caso, la tasa de la nominación u otros honorarios pagaderos al Centro administrador, que puede incluir los costes de alquiler de salas y de transcripción. En general, y salvo acuerdo escrito de las partes en sentido contrario, cada parte pagará sus propios costes del procedimiento o incidentales al mismo.

- i) *Determinación.* Los expertos acostumbran a acordar con las partes, en el momento de aceptar el nombramiento, unas condiciones de remuneración adecuadas. Si no lo hacen, no podrán negarse a proceder al dictado del dictamen alegando que las partes no han abonado acordado las correspondientes provisiones de fondos para cubrir sus honorarios u otros gastos inherentes a su encomienda. Correlativamente, las partes están obligadas a pagar a los expertos independientes unos honorarios razonables y en caso de controversia, es probable que se determinen a partir de una tarifa horaria razonable. En efecto, los expertos que proceden a realizar su encomienda sin el acuerdo de las partes en cuanto al pago de sus honorarios tienen

derecho a que se les pague una tarifa razonable por el trabajo realizado a petición implícita de ambas partes en virtud del acuerdo conducente al dictamen de experto. Para evitar situaciones indeseadas los expertos deben, inmediatamente después de su nombramiento, o a más tardar en la reunión preliminar (si se celebra), no sólo establecer la base de los honorarios y costes, sino también obtener el acuerdo expreso de una o ambas partes de abonarlos como parte del contrato o de las condiciones de contratación que hayan suscrito. La base de cobro debe ser lo suficientemente flexible como para cubrir no sólo los honorarios, sino también los desembolsos, por ejemplo, en concepto de asesoramiento jurídico y gastos de viaje.

- ii) *Cuantía.* Se decide generalmente en función del fondo de cada caso concreto. Teniendo en cuenta su deber de reunir información y su potencial responsabilidad en caso de negligencia, puede estar justificado que perciban unos honorarios superiores a los que cobrarían si actuaran como árbitros o para una de las partes en solitario, pero, obviamente, esto variará en función de las condiciones del mercado. Deben estar preparados en todo caso para discutir el monto, tanto si el nombramiento lo hacen las partes como el Presidente del Centro.
- iii) *Liquidación.* En los supuestos administrados, una vez finalizado el procedimiento, el Centro fijará el total de las costas del procedimiento y procederá a reembolsar a la parte o partes el exceso de pago o facturará a la parte o partes el saldo requerido de conformidad con el Reglamento. El saldo, si lo hubiera, deberá ser sufragado antes de la notificación del informe final del experto independiente a la parte o partes.

4. Carácter vinculante e impugnación

25. Para situar este debate en su contexto, es útil identificar tres modalidades de dictamen de experto vinculante.

- i) La primera es cuando el designado (a menudo llamado arquitecto o ingeniero) llevó a cabo una función de certificación en un contrato de construcción, actuando como experto, y pronuncia un dictamen. Esta suele ser una fórmula bastante habitual de resolución alternativa de conflictos: las partes contratan a un experto para que evalúe una disputa existente y sugiera un resultado y aunque el resultado sugerido no sea vinculante, resulta de gran utilidad para avanzar en las negociaciones, ayudando así a las partes a alcanzar su propia solución acordada para el conflicto.
- ii) La segunda modalidad da lugar a un empleo del dictamen como un nivel previo o intermedio antes de la puesta en marcha de un arbitraje, asemejándose a la técnica de los *dispute boards* y que puede ser aceptada por las partes a menos que el referido arbitraje tenga lugar.
- iii) Por último, la tercera modalidad, que es la que nos interesa ahora, comporta la utilización del dictamen como sustitutivo del arbitraje para resolver algunas, o todas, las disputas que surgen entre las partes y tiene carácter vinculante. Alternativamente, también por acuerdo de las partes, puede tener el efecto de una recomendación si estas han fijado un plazo mediante el cual puede rechazar formalmente por escrito el dictamen. Si no hay rechazo dentro de dicho plazo, entonces la determinación es definitiva y vinculante para las partes, pero si hay un rechazo, las

partes tal vez deseen remitir el asunto a arbitraje o litigio (53) .

26. Una de las razones que motivan a las empresas a elegir este proceso como método de resolución de conflictos es su virtualidad de ofrecer una respuesta caracterizada por su firmeza. En general, la decisión del experto es vinculante para las partes y es esta una cuestión cada vez más respaldada por las jurisdicciones nacionales. Un buen ejemplo lo ofrece la decisión del Tribunal Supremo de Nueva Gales del Sur de 17 de julio de 3 de agosto de 2020 en el asunto *May Harlow Pty Ltd contra Winten*, que reforzó el argumento de que las partes no tendrán derecho a iniciar un procedimiento jurisdiccional para resolver sus controversias si previamente han acudido a un dictamen de experto, siempre que la cláusula de remisión sea válida y declare el carácter vinculante de dicho dictamen. Y añadió que "*A reasonable businessperson would not consider that the parties had intended to embark on this dispute resolution process as a mere warm up to court proceedings in which any party could apply to change the expert determination on any basis whatsoever* (54) .

En el caso de que las partes acepten quedar vinculadas por el dictamen resulta muy compleja su impugnación habida cuenta que no existe una vía de recurso como en el mecanismo jurisdiccional y hay menos motivos de impugnación que en el arbitraje. Precisamente esta mayor seguridad en la firmeza del resultado, unida a las ventajas en términos de coste y rapidez, conforma una de las características más atractivas del dictamen de experto.

Sólo se puede denegar el efecto vinculante si el dictamen es: a) manifiestamente injusto, esto es, si adolece de graves deficiencias de procedimiento o de fundamentación; b) la decisión adoptada por el experto se ha excedido de la encomienda y, por lo tanto, las partes no han aceptado quedar vinculadas por ella; c) el experto ha sido parcial al tomar su decisión. De esta suerte el dictamen puede ser anulado cuando el experto se ha apartado materialmente de las instrucciones de las partes actuando al margen de la encomienda o si la han incumplido de manera tan flagrante que su incompetencia equivale a una desviación material de sus instrucciones. Esto puede acontecer cuando un experto ha malinterpretado la naturaleza de una tarea, por ejemplo, aplicando unas normas contables equivocadas.

El dictamen de experto definitivo y vinculante ha surgido, en cierta medida, como respuesta a la experiencia insatisfactoria del arbitraje en la resolución de ciertos contenciosos, sin desplazar su protagonismo, pues ambos mecanismos son más complementarios que antagónicos

Procede matizar el alcance de los términos 'definitivo' o "vinculante", que pueden figurar en el acuerdo preliminar o en los reglamentos de ciertos Centros administradores derecho, pues su inserción no significa necesariamente que el dictamen no pueda ser impugnada. Existe unanimidad en que, en determinadas circunstancias, ciertamente limitadas, el dictamen puede perder su efecto

vinculante. Aunque hay diferencias en los detalles, la mayoría de las jurisdicciones estatales coinciden en las posibilidades de impugnación. Se habla en los sistemas de Derecho civil de la impugnación basada en un resultado es materialmente erróneo, por ejemplo, si es *offensichtlich unrichtig* según el Derecho alemán, si contiene un *erreur grossière* según la terminología francesa, o si es *manifestamente iniqua o errónea* de conformidad con el art. 1349 del *Codice Civile* italiano. Por su parte, en los sistemas del *common law* se incide casi exclusivamente en la conducta del experto más que en el resultado de su parecer, con argumentos basados casos de "fraude grave", "motivo impropio" o "colusión" o en supuestos de una desviación apreciable de las instrucciones de las partes, como se ha establecido por ejemplo en la jurisdicción británica (*England and Wales Court of Appeal*) en los asuntos *Galaxy Energy International Ltd. v. Eurobunker Spa* (55) y *Veba Oil Supply & Trading GmbH v. Petrotrade Inc. Petrotrade Inc* (56)

En otras palabras, si un dictamen de experto es definitivo y vinculante, sólo puede ser impugnado por motivos muy limitados que no comprenden la equivocación de experto, aunque será posible presentar una demanda por negligencia, ya que los expertos que realizan determinaciones de expertos no comparten la misma inmunidad de enjuiciamiento que los árbitros. Paradójicamente, también es uno de los mayores escollos: si el experto se equivoca, las partes pueden quedarse con la decisión. Sin embargo, aunque generalmente un error no es motivo de impugnación del dictamen, sí puede serlo si el experto se ha apartado materialmente de sus instrucciones, es decir, si no ha realizado la tarea que su contrato le exigía. Un ejemplo de ello sería el caso de que se le pidiera al experto que valorara una propiedad pero en realidad valora otra.

5. Ejecución

27. No es en modo alguno el dictamen de experto un laudo arbitral y, por consiguiente, no es ejecutable en virtud de las reglas previstas en las legislaciones internas para éste (en España "despacho de ejecución") o, en los supuestos internacionales, por la Convención de Nueva York de 1958. Para ejecutar un dictamen de experto, la parte ganadora debe iniciar un procedimiento y argumentar que las partes han quedado obligadas por su semejante decisión contractual. Evidentemente esta es la principal desventaja del mecanismo que estamos estudiando pues el dictamen no da lugar *per se* a un título ejecutivo, de suerte que la ejecución contra la parte incumplidora puede requerir operaciones de carácter notarial o procedimientos judiciales. Recuérdese que, en materia de mediación el art. 25.1º de La Ley 6/2012, de 6 de julio dispone que: "Las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación". Y a ello conviene añadir que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito del arbitraje, no existen normas armonizadas sobre el procedimiento, el poder del experto, la impugnación de su dictamen de experto y la interacción entre el tribunal estatal o el arbitral con el procedimiento de dictamen de experto. Ni que decir tiene que todas estas cuestiones se rigen por la ley aplicable y la solución en virtud de la misma puede variar considerablemente.

Una vez que un experto ha concluido con su encomienda, la ejecución de su dictamen suele ser una cuestión regulada por el Derecho interno pues, si tiene alcance internacional, no existe un equivalente similar al previsto en Convención de Nueva York para los laudos arbitrajes. Cuando una parte impugna una decisión, el nivel de exigencia para anularla es alto. El hecho de que una decisión

sea errónea no es necesariamente suficiente.

Por último debe quedar bien sentado que el dictamen del experto no tiene efecto de cosa juzgada en el sentido de una sentencia.

VII. INDICACIÓN

28. Ante los beneficios percibidos a través del dictamen de experto éste se ha convertido para algunos sectores de la industria en un estándar a tener en cuenta a la hora de redactar cláusulas de resolución de controversias, al lado de las tradicionales que se someten a arbitraje o a los tribunales de justicia. Cada vez es más frecuente encontrarse con una cláusula de este tipo: "cualquier Controversia de naturaleza técnica (y cualquier otro asunto acordado por las partes) será remitida y finalmente resuelta por una persona independiente (experto) que deberá ser elegido por acuerdo de las partes". El dictamen de experto final y vinculante, en la que el experto actúa "como experto y no como árbitro", también ha surgido, en cierta medida, como una técnica de ADR, presumiblemente en respuesta a la experiencia insatisfactoria del arbitraje en la resolución de ciertos contenciosos, por supuesto sin desplazar su protagonismo, pues ambos mecanismos son más complementarios que antagónicos.

Se utiliza habitualmente en ciertos sectores de la actividad empresarial para resolver controversias de naturaleza variada, tanto las que giran en torno a una cuestión técnica, como las que contienen argumentos de interpretación contractual, cuando no es posible deslindarlas de dicha cuestión. Su ámbito de actuación más extendido comprende, en términos generales, las transacciones o valoraciones de mercado o la opinión de un ingeniero sobre el cumplimiento de unos requisitos específicos en un contrato de construcción (57). Se acomoda peor a las controversias de naturaleza estrictamente jurídica y a los litigios comerciales generados en torno a desacuerdos fácticos importantes, pero ello no impide que se multipliquen los sectores empresariales convencidos de que el dictamen de experto es adecuado para casi todos los conflictos que puedan surgir en cuestiones derivadas de la responsabilidad empresarial y en la contratación, tanto de bienes como de servicios.

Al elegir a un dictamen de este tipo, las partes confían en los conocimientos específicos del experto evitando un procedimiento de arbitraje largo y costoso. Pero, con carácter mucho más acentuado que en el arbitraje, un experto altamente cualificado en el sector de la construcción no tiene por qué ser el experto adecuado para un litigio sobre la eficacia del sistema de control del tráfico aéreo (58). El dictamen de experto pretende ser un mecanismo independiente y distinto del mecanismo general de arbitraje. Esto se refleja en la práctica de los contratos de fusiones y adquisiciones, en los que, por regla general, las cláusulas de dictamen de experto están integradas en las disposiciones de ajuste de precios. En cambio, las cláusulas de arbitraje suelen encontrarse al final del contrato.

29. Las cuestiones que suelen estar sujetas al dictamen de experto están relacionadas con ejercicios valorativos de mayor o menor envergadura, desde la determinación del patrimonio neto una empresa como base para el cálculo del precio de compra o los futuros beneficios de la misma en el contexto de las garantías que esta requiere, hasta la precisión del pago de alquileres, la valoración de propiedades y muchas otras evaluaciones sobre el volumen de negocios o beneficios empresariales.

También existen otras indicaciones importantes como, por ejemplo, las controversias en materia de propiedad intelectual, especialmente en el sector de las patentes (59) , o en los contenciosos medioambientales. En estos casos el dictamen de experto se considera una herramienta muy adecuada y tiene especial sentido en los casos en los que la cuestión está claramente delimitada y es de tal naturaleza que un tribunal arbitral también llamaría a un experto, o escucharía a los testigos expertos designados por las partes, para aclarar la cuestión.

Las industrias de la energía y la informática son ejemplos obvios que requieren de esta metodología resolutoria pues ante el avance de las nuevas tecnologías el dictamen de experto resulta acomodarse perfectamente a las particularidades contenciosas que generan» (60) y esta acomodación también es manifiesta para resolver los conflictos derivados de los principales proyectos internacionales de construcción realizados en los últimos años. Ni que decir tiene que es el mecanismo adecuado para las controversias mineras y las derivadas del sector del petróleo y del gas, en gran parte porque es menos costoso y más rápido y evita los rigores de la aplicación de las reglas probatorias (61) . Por último, constituye también una útil herramienta para resolver conflictos societarios como los que surgen en relación con las fusiones y adquisiciones

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

30. El dictamen de experto es una forma de resolución alternativa de conflictos encomendada a una persona o personas de reconocido prestigio en un sector de actividad para su resolución, ya sea vinculante o no vinculante. La decisión vinculante de experto se considera a menudo una alternativa más eficiente y rentable que el arbitraje o el litigio jurisdiccional, así como un medio de garantizar que las cuestiones técnicas complejas sean resueltas por quienes tienen la experiencia adecuada. Tal es así que en algunos sectores se ha convertido en una práctica generalizada incluir este mecanismo a la hora de redactar las cláusulas de resolución de conflictos, remitiendo todas las discrepancias de naturaleza técnica a al dictamen de los expertos, dejando todas las demás disputas para el arbitraje o el litigio ante el juez.

Cuando el contrato prevea decisiones definitivas y vinculantes por parte del experto, el alcance de su dictamen tiene efectos muy similares al arbitraje pero entraña también tres distinciones relevantes: a) mientras que un árbitro es elegido para una disputa sobre la base de las de un procedimiento complejo en el cual las partes acostumbran a tener un cierto protagonismo, un experto es elegido por su experiencia en una determinada materia y a menudo hace su propia investigación o apreciación de la cuestión, con o sin presentaciones de las partes; b) mientras que los árbitros son invariablemente personas físicas, un experto puede ser una empresa o una organización; c), mientras que los laudos arbitrales pueden ser ejecutados sobre la base de la legislación interna de cada país y de la Convención de Nueva York 1958, un dictamen de experto, a menos que sea recalificado como un laudo, no se rige por la Convención de Nueva York.

31. El dictamen de experto es una modalidad de ADR que puede ser una manera muy eficaz, rápida y rentable de resolver conflictos técnicos, está plenamente aceptado en muchas jurisdicciones y descansa generalmente en una relación contractual. En consecuencia, dado que el alcance de la

autoridad del experto se basa enteramente en el contrato, no hay normas de procedimiento o disposiciones legales a las que recurrir, lo que hace esencial que la cláusula de resolución de conflictos en virtud de la cual se nombra al experto se redacte con mucho cuidado para garantizar que se prevén de forma completa y adecuada todas las necesidades de las partes y las normas de procedimiento que deben aplicarse.

Por lo general este mecanismo, en los sectores en que se aplica con preferencia, es más eficiente y rentable que el arbitraje por aumentar la probabilidad de una decisión correcta cuando una controversia gira en torno a cuestiones muy técnicas, y considerarse como una medida menos hostil que la puesta en marcha de un arbitraje o de un litigio ante la jurisdicción estatal, lo cual es especialmente importante en los contratos a largo plazo, en los que es crucial mantener relaciones comerciales amistosas.

Se trata de un fenómeno relativamente nuevo pero no competidor en sí mismo con el arbitraje como medio de resolución de conflictos. Aunque el dictamen de experto posee un papel valioso, algunos de sus inconvenientes, especialmente en el contexto internacional, son bastante significativos tanto desde el punto de vista jurídico como comercial. En particular, debido al carácter totalmente contractual del dictamen de experto, el proceso carece del apoyo disponible a nivel nacional e internacional para los procesos y laudos arbitrales.

El principal atractivo del dictamen de experto es que puede proporcionar una decisión vinculante sin implicar muchas de las formalidades que pueden acosar al arbitraje y al litigio. También tiene la ventaja de ayudar a preservar las relaciones comerciales cuando los procedimientos estrictamente contenciosos no pueden hacerlo. El proceso está controlado por las propias partes, que acuerdan de antemano si estarán o no vinculadas por las decisiones del experto, que es una persona independiente con experiencia relevante para los asuntos en disputa entre las partes.

En nuestro país, el Proyecto de Ley de eficiencia procesal del servicio público de justicia presentado a las Cortes en abril 2022, contempla esta figura con cierto detalle. Es un buen presagio, pero con independencia del destino que esta iniciativa legislativa experimente, el porvenir de este ADR parece asegurado. Estoy convencido de que los próximos números de esta Revista darán cuenta de su progresiva expansión y de su incorporación a los Centros españoles dedicados a la administración del arbitraje y otros mecanismos de solución de controversias.

BIBLIOGRAFÍA

ALRAMAHI, M., «Dispute Resolution in Oil and Gas Contracts», *International Energy Law Review*, vol. 3, 2011, pp. 78-85.

BORDE, F., «Expert determination by accounting firms», in ICC Dispute prevention and settlement, 2017, Sections 20 to 32.

BORGES SACOTO, C. y MAURÍCIO CORDAS, N., «A Brief Overview of Expert Determinations and a Glimpse at this Alternative Dispute Resolution Mechanism in Chile and Portugal», *Investment*

Arbitration Outlook Uría Menéndez, n.º 8, 2021.

BOROWSKY, M., *Das Schiedsgutachten im Common Law. Ein rechtsvergleichender Beitrag zum Begriff der Schiedsgerichtsbarkeit*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft; 2001.

CAPASSO, V., «Dispute Boards: What if They Were Multi-Tiered Arbitration?», *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. 54, n.º 3, 2017, pp. 713-733.

CHERN, C., *Chern on dispute boards: practice and procedure*, 4ª ed., Abingdon, Oxon, Informa Law from Routledge, 2020.

DE, S., «The Use of Dispute Resolution to Resolve Intellectual Property Conflicts — A Survey of Emerging Trends and Practices», May 20, 2012. *HNLU Paper series* [<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2062993>].

DUNDAS, H.R., «Expert Determination: Recent Developments and Effective Way Forward in Energy Disputes», *Int'l Energy L. Rev.*, 2008, pp.162 ss.

FELD, G. y SAUVAGET, G., «Les "dispute boards": originalité, évaluation et perspectives d'un mode alternatif de règlement des différends singulier», *Journ. dr. int.*, vol. 148, n.º 3, 2021, pp. 881-916.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A., «Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, n.º 1, 2017, pp. 99-124.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. «Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos», *Mediación civil y mercantil* (F. Ruiz Risueño y J.C. Fernández Rozas, coords.), vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022 (en prensa).

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Cláusulas compromisorias y acuerdos de arbitraje», *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis* (S. Sánchez Lorenzo, dir.), 2.ª ed., Barcelona, Atelier, 2021, pp. 183 ss.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «El arbitraje entre la crisis, la renovación y la virtualidad de la justicia alternativa en el ámbito empresarial», *Interacción entre mediación y arbitraje en la resolución de los litigios internacionales del Siglo XXI. Ponencias y comunicaciones del I Curso interuniversitario internacional organizado por Universidad de Alcalá (7 a 9 de abril de 2021)* (A. Fernández Pérez, dir.), Cizur Menor, Aranzadi, 2021 pp. 37-93.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «El paradigma de la eficiencia en el arbitraje comercial internacional», *Anuario de Arbitraje*, 2022 (en prensa).

FILIP DE LY, P. y GÉLINAS, A. (eds.), *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards*, Dossier XV of the ICC Institute of World Business Law. ICC Pub. No. 792E, 2017.

FORTÚN, A. y IGLESIAS, A. «Mediation and Other ADR in International Construction Disputes»,

- Mediation in international commercial and investment disputes*, Oxford University Press, 2019, pp. 278-300.
- FREEDMAN, C. y FARRELL, J., *Kendall On Expert Determination*, 5ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2014.
- JONES, D., «Expert Determination in Commercial Contracts», *The Expert in Litigation and Arbitration* (M. Cato, ed.), Londres, Routledge 1999, pp. 789-809.
- JONES, D.S., «Is Expert Determination A "Final And Binding" Alternative?», *Arbitration*, vol. 63, n.º 3, 1997, pp. 213-226.
- KENDALL, J. y REDFERN, A., *Expert Determination*, Informa Law from Routledge, 1999,
- MCHUGH, M., «Expert Determination», *Arbitration*, vol. 74, n.º 2, 2008, pp. 148-162.
- MOISSINAC-MASSENAT, V., *Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé*, París, LGDJ, 2007.
- PALMER, R., «Expert determination for technical disputes — efficient alternative or jurisdictional battleground?», *Financier Worldwide*, diciembre 2019 [<https://www.financierworldwide.com/expert-determination-for-technical-disputes-efficient-alternative-or-jurisdictional-battleground#.YqRf93ZByUk>].
- PETER, W. y Greineder, D., «Conflicts between Expert Determination Clauses and Arbitration Clauses», *Global Arb. Rev.*, 20 enero 2021.
- PIÑAR, B., «La dirimencia por experto en el Derecho español», *LA LEY: Mediación y Arbitraje*, n.º 7, abril-junio 2001.
- REIG FABADO, I., «La resolución alternativa de controversias en el sector internacional de la construcción: el "Dispute Adjudication Board" (DAB)», *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, Madrid], Civitas / Thomson Reuters, 2016, pp. 513-530.
- SANTENS, Á.A., «Expert Determination Clauses in Contracts Providing for International Arbitration: What Happens when the Expert 's Decision is Not Final and Binding?», *Arbitration*, vol. 23, n.º 4, 2007, pp. 687-698.
- SARDOUEINASAB, M. y NAMDAR, S., "Study of the characteristics of the expert determination in resolving the disputes of the oil and gas industry and how to implement it in the Iranian judicial courts", *Journal of Researches Energy Law Studies*, vol. 7, n.º 1, 2021, pp. 97-118
- SCHÖLL, M., "Réflexions sur l'expertise-arbitrage en droit suisse", *Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage (ASA)*, vol. 24, n.º 4, 2006, pp. 621-646.
- SESSLER, A. y LEIMERT, C., "The Role of Expert Determination in Mergers and Acquisitions under

German Law", *Arbitration*, vol. 20, n.º 2, 2004, pp. 151-166.

SHERWIN, P.J.W. y FRIEDLAND, P.D., "Expert Determination and Dispute Boards", *Arbitration clauses for international contracts* (chapter 10), 3ª ed., Huntington, New York, JurisNet, 2020.

SPENCER, D.L., "Case Notes: The Binding Nature of an Expert Determination", *Australasian Dispute Resolution Journal*, *Forthcoming* (16 febrero 2012) [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2060780].

VALASEK, M. y WILSON, F., "Distinguishing Expert Determination from Arbitration: The Canadian Approach in a Comparative Perspective", *Arb. Int'l*, vol. 29, n.º 1, 2013, pp. 63-88,

VANCRAEYNEST, A., *Using Alternative Dispute Resolution to resolve patent disputes* (tesis de Master), Viena, 2017, pp. 33 ss [<https://phaidra.univie.ac.at/open/o:1336395>].

ZUFFEREY, J.-B. (en colaboración con PERRITAZ, P. y SCHUMACHER, V.), *L'expertise-arbitrage/Das Schiedsgutachten. Texte explicatif. Modèle de contrat (en français et en anglais)/Erläuterungen. Mustervertrag (in deutscher und englischer Sprache) (deutsch/französisch)*, Zürich, Schulthess, 2013; C King, "Expert Determination of Construction Disputes: The Pros and Cons", *Fenwick & Elliot Insight*. n.º 80, agosto 2018.

(1)

J.C. Fernández Rozas, "El arbitraje entre la crisis, la renovación y la virtualidad de la justicia alternativa en el ámbito empresarial", *Interacción entre mediación y arbitraje en la resolución de los litigios internacionales del Siglo XXI. Ponencias y comunicaciones del I Curso interuniversitario internacional organizado por Universidad de Alcalá (7 a 9 de abril de 2021)* (A. Fernández Pérez, Dir.), Cizur Menor, Aranzadi, 2021 pp. 37-93.

Ver Texto

(2) C. Borges Sacoto y N. Maurício Cordas, "A Brief Overview of Expert Determinations and a Glimpse at this Alternative Dispute Resolution Mechanism in Chile and Portugal", *Investment Arbitration Outlook Uría Menéndez*, n.º 8, 2021.

Ver Texto

(3) C. Freedman y J. Farrell, *Kendall On Expert Determination*, 5ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2014, p. 7.

Ver Texto

(4) V. Capasso, "Dispute Boards: What if They Were Multi-Tiered Arbitration?", *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. 54, n.º 3, 2017, pp. 713-733. C. Chern, *Chern on dispute boards: practice and procedure*, 4ª ed., Abingdon, Oxon, Informa Law from Routledge, 2020 ; G. Feld y G. Sauvaget, "Les 'dispute boards': originalité, évaluation et perspectives d'un mode alternatif de règlement des différends singulier", *Journ. dr. int.*, vol. 148, n.º 3, 2021, pp. 881-916; en la doctrina española, I. Reig Fabado, "La resolución alternativa de

controversias en el sector internacional de la construcción: el 'Dispute Adjudication Board' (DAB)", *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, Madrid], Civitas / Thomson Reuters, 2016, pp. 513 -530.

[Ver Texto](#)

- (5) Por ejemplo, se puede encomendar al experto que determine una renta revisable en un contrato de alquiler a largo plazo; el valor de las acciones en un contrato de venta de acciones; si se ha producido un cambio fundamental de las circunstancias, que a su vez afecta a ciertos derechos y obligaciones; la calidad, descripción u otros aspectos de los bienes en un contrato de venta; o la virtualidad de un contrato de exploración y producción de petróleo.

[Ver Texto](#)

- (6) J.C. Fernández Rozas, "Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos", *Mediación civil y mercantil* (F. Ruiz Risueño y J.C. Fernández Rozas, coords.), vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022 (en prensa).

[Ver Texto](#)

- (7) D.S. Jones, "Is Expert Determination A 'Final And Binding' Alternative?", *Arbitration*, vol. 63, n.º 3, 1997, pp. 213-226.

[Ver Texto](#)

- (8) Por ejemplo, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) ha establecido el denominado "SCC Express" que es un procedimiento voluntario que puede ser utilizado por las partes en el contrato original o en un momento posterior, por ejemplo, cuando haya surgido la controversia. La evaluación la realiza un experto neutral y experimentado que realiza una evaluación después de haber escuchado los argumentos de ambas partes. La evaluación se lleva a cabo en un plazo de tres semanas con una tasa fija de 29.000 EUR. A diferencia del resultado de un procedimiento judicial o de arbitraje, las conclusiones de la evaluación no son vinculantes para las partes a menos que acuerden explícitamente hacerlo vinculante. Los procedimientos son confidenciales. Su principal atractivo es que es rápido, barato y privado, y cada vez es más utilizado por los abogados que buscan una rápida resolución de conflictos

[Ver Texto](#)

- (9) Todas estas reglamentaciones están, convenientemente actualizadas, publicadas en internet.

[Ver Texto](#)

- (10) Vid.. P. Filip De Ly y A. Gélinas (eds.), *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards*, Dossier XV of the ICC Institute of World Business Law. ICC Pub. No. 792E, 2017.

[Ver Texto](#)

- (11) Cuenta para ello con un Proyecto de reglamento que inserta una cláusula en el que la LCIA actúa como autoridad facultada para proceder a los nombramientos y administrador. Dicha cláusula está disponible

a petición de la Secretaría de la LCIA. *Vid.* Herbert, Smith, Freehills, "Use of experts in international arbitration: LCIA releases note and practice guidance ", 31 enero 2018.

Ver Texto

(12) Expert determination RICS guidance note, England, Wales and Northern Ireland, 2016
[<<https://www.rics.org/globalassets/rics-website/media/upholding-professional-standards/sector-standards/dispute-resolution/independent-expert-determination-1st-edition-rics.pdf>>]

Ver Texto

(13) Res. DGRN 19 julio 2016 (BOE 19.9.2016).

Ver Texto

(14) Así lo ha hecho con acierto B. Piñar, "La dirimencia por experto en el Derecho español", *LA LEY: Mediación y Arbitraje*, n.º 7, abril-junio 2001.

Ver Texto

(15) *Vid.* el texto de esta decisión en la sección "Cronología de decisiones: Selección de las resoluciones destacadas dictadas por los Tribunales españoles", en este mismo número de la Revista, *infra*.

Ver Texto

(16) A. Fernández Pérez, "Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, n.º 1, 2017, pp. 99-124.

Ver Texto

(17)
A. Sessler y C. Leimert, "The Role of Expert Determination in Mergers and Acquisitions under German Law", *Arbitration*, vol. 20, n.º 2, 2004, pp. 151-166.

Ver Texto

(18) S. De, "The Use of Dispute Resolution to Resolve Intellectual Property Conflicts — A Survey of Emerging Trends and Practices", May 20, 2012. *HNLU Paper series* [<<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2062993>>].

Ver Texto

(19) A. Fortún y A. Iglesias, "Mediation and Other ADR in International Construction Disputes", *Mediation in international commercial and investment disputes*, Oxford University Press, 2019, pp. 278-300.

Ver Texto

(20) En España el Consejo Superior de Colegios de Ingenieros de Minas está muy preocupado por la cantidad de proyectos paralizados debido a conflictos sin resolver que hay en los diferentes campos de actividad de los ingenieros de minas. Considera que el incremento de la conflictividad judicial es un

fenómeno mundial que ha puesto en evidencia que un sistema estrictamente judicial para dar respuesta a los conflictos es insuficiente y para ello propone entre otras alternativas el dictamen del experto *Vid.* Consejo Superior de Colegios de Ingenieros de Minas, "Expert Determinación", 9 marzo 2021.

Ver Texto

(21) D. Jones, "Expert Determination in Commercial Contracts", *The Expert in Litigation and Arbitration* (M. Cato, ed.), Londres, Routledge 1999, pp. 789-809.

Ver Texto

(22) *LNG sale and purchase agreement (FOB)*, 21 November 2011, Between Sabine Pass Liquefaction and Gas Natural Aprovisionamientos SDG, S.A.) [<https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1383650/000138365011000079/exhibit101gasnaturalingsal.htm>]. *Vid.* M. Alramahi, "Dispute Resolution in Oil and Gas Contracts", *International Energy Law Review*, vol. 3, 2011, pp. 78-85.

Ver Texto

(23) R. Palmer, "Expert determination for technical disputes — efficient alternative or jurisdictional battleground?", *Financier Worldwide*, diciembre 2019 [<https://www.financierworldwide.com/expert-determination-for-technical-disputes-efficient-alternative-or-jurisdictional-battleground#.YqRfg3ZByUk>].

Ver Texto

(24) W. Peter y D. Greineder, "Conflicts between Expert Determination Clauses and Arbitration Clauses", *Global Arb. Rev.*, 20 enero 2021.

Ver Texto

(25) J.C. Fernández Rozas, "El paradigma de la eficiencia en el arbitraje comercial internacional", *Anuario de Arbitraje*, 2022 (en prensa)

Ver Texto

(26) 4A_438/2008.

Ver Texto

(27) En el Reino Unido la sentencia pronunciada en asunto *Flowgroup plc (in liquidation) v Co-operative Energy Ltd* (2021) [EWHC 344 Comm], proporciona una orientación útil sobre lo que constituye un error manifiesto en el contexto de las decisiones de expertos. El Tribunal de Comercio declaró que las circunstancias en las que se puede impugnar la decisión de un experto están muy delimitadas y que en relación con las disposiciones que permiten la impugnación por un "error manifiesto", todo lo que no sea "*oversights and blunders so obvious and obviously capable of affecting the termination as to admit of no difference of opinion*" puede no satisfacer la prueba de dicho error manifiesto.

Ver Texto

- (28) M. Valasek y F Wilson, "Distinguishing Expert Determination from Arbitration: The Canadian Approach in a Comparative Perspective", *Arb. Int'l*, vol. 29, n.º 1, 2013, pp. 63-88,
- [Ver Texto](#)
- (29) V. Moissinac-Massenat, *Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé*, París, LGDJ, 2007.
- [Ver Texto](#)
- (30) 4A_438/2008. Vid.. M. Schöll, "Réflexions sur l'expertise-arbitrage en droit suisse", *Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage (ASA)*, vol. 24, n.º 4, 2006, pp. 621-646.
- [Ver Texto](#)
- (31) J.C. Fernández Rozas, "Cláusulas compromisorias y acuerdos de arbitraje", *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis* (S. Sánchez Lorenzo, dir.), 2.ª ed., Barcelona, Atelier, 2021, pp. 183-189.
- [Ver Texto](#)
- (32) "Se entenderá por 'acuerdo de dictamen de experto' un acuerdo por el que las partes deciden someter a un experto la resolución de todas o ciertas controversias que hayan surgido o que puedan surgir entre ellas; un acuerdo de dictamen de experto puede adoptar la forma de una cláusula contractual o la de un contrato separado" (art. 1 Reglamento de Dictamen de experto de la OMPI, 2021).
- [Ver Texto](#)
- (33) M. Mchugh, "Expert Determination", *Arbitration*, vol. 74, n.º 2, 2008, pp. 148-162, esp. 149..
- [Ver Texto](#)
- (34) También es posible acordar previamente la identidad del experto, o establecer una lista de expertos para proceder posteriormente a su sorteo. No obstante esta técnica suscita graves inconvenientes cuando el experto designado no quiere o no le es posible actuar.
- [Ver Texto](#)
- (35) P.J.W. Sherwin y P.D. Friedland, "Expert Determination and Dispute Boards", *Arbitration clauses for international contracts* (chapter 10), 3ª ed., Huntington, New York, JurisNet, 2020.
- [Ver Texto](#)
- (36) Rule 4, IAMA Expert Determination Rules 2016.
- [Ver Texto](#)
- (37) F. Borde, "Expert determination by accounting firms", in *ICC Dispute prevention and settlement*, 2017,

Sections 20 to 32

[Ver Texto](#)

(38) A. Fernández Pérez, "Cláusulas escalonadas multifunción...", *loc. cit.*, pp. 99-124.

[Ver Texto](#)

(39) *Vid. supra*, nota 25.

[Ver Texto](#)

(40)
Art. 9. Reglamento de Dictamen de experto de la OMPI, 2021.

[Ver Texto](#)

(41) Art. 10. Reglamento de Dictamen de experto de la OMPI, 2021.

[Ver Texto](#)

(42) Rule 5.4 IAMA Expert Determination Rules 2016.

[Ver Texto](#)

(43) Art. 2.3º Reglamento sobre la propuesta de peritos y terceros CCI, 2015: "El perito propuesto debe dar a conocer por escrito al Centro cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia, así como cualquier circunstancia que pudiere dar lugar a dudas razonables sobre su imparcialidad. El Centro comunicará por escrito dicha información a las partes y fijará un plazo para que estas realicen sus comentarios".

[Ver Texto](#)

(44) Sección 7.1, DIS Rules on Expert Determination 2014.

[Ver Texto](#)

(45) Art. 11, Reglamento de Dictamen de experto de la OMPI, 2021.

[Ver Texto](#)

(46) Sección 8, DIS Rules on Expert Determination 2014.

[Ver Texto](#)

(47) Art. 16, Reglamento de Dictamen de experto de la OMPI, 2021.

[Ver Texto](#)

(48) Rule 5.3, IAMA Expert Determination Rules 2016.

Ver Texto

(49) Algunos Centros exigen que la solicitud sea motivada: Sección 2.1 DIS Rules on Expert Determination 2014.

Ver Texto

(50) Art. 1 Reglamento sobre la propuesta de peritos y terceros CCI, 2015.

Ver Texto

(51) Sección 2.3 DIS Rules on Expert Determination 2014; art. 7. Reglamento de Dictamen de experto de la OMPI, 2021.

Ver Texto

(52) De acuerdo con esta decisión: "*la référence expresse aux dispositions de l'article 1592 du code civil français dans une convention passée entre des parties rompues au monde des affaires que l'on présume assistées de conseils avertis, étant suffisante à établir la volonté des parties de confier à un tiers-arbitre le différend relatif à la détermination du prix*" [<https://www.doctrine.fr/d/CA/Versailles/2004/JURITEXT000006943836>];

Ver Texto

(53) A.A. Santens, "Expert Determination Clauses in Contracts Providing for International Arbitration: What Happens when the Expert 's Decision is Not Final and Binding?", *Arbitration*, vol. 23, n.º 4, 2007, pp. 687-698.

Ver Texto

(54) *May Harlow Pty Ltd v Winten (No 48) Pty Ltd* [2020] NSWSC 1011 [<https://jade.io/article/758254>]; Esta decisión apunta las circunstancias que pueden llevar al tribunal a rechazar el carácter vinculante del dictamen: "*Examples of circumstances that may result in the Court refusing to grant a stay include: 1. that the expert dispute resolution procedure is only able to deal with part of the wider dispute between the parties; 2. that there would be a multiplicity of proceedings, with a risk of inconsistent findings, if the stay were granted; 3. that the expert determination procedure is inadequate to deal with the particular dispute between the parties; 4. that the dispute is inapt for determination by an expert because it does not involve the application of special knowledge to their own observations or the area of dispute is outside of the expert's field of expertise; and; 5. that it is in the public interest for a court to determine the dispute in circumstances where the persons interested in the outcome go beyond the parties to the contract*". Vid.. D.L. Spencer, "Case Notes: The Binding Nature of an Expert Determination", *Australasian Dispute Resolution Journal*, Forthcoming (16 febrero 2012) [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2060780].

Ver Texto

(55) *England and Wales Court of Appeal (Commercial Court), de 31 de julio de 2001* Civil Division [2001] EWHC

502 (Comm), [2001] CLC 1725, [2001] 2 All ER (Comm) 912, [2001] 2 Lloyd's Rep 725.

Ver Texto

(56) *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 6 de diciembre de 2001 [2001] EWCA Civ. 1832; [2002] 1 All E. R. 703; La legislación estadounidense también considera el "fraude", la "corrupción", la "parcialidad" y la "colusión" como motivos para impugnar el dictamen del experto. *Vid.* M. Borowsky, *Das Schiedsgutachten im Common Law. Ein rechtsvergleichender Beitrag zum Begriff der Schiedsgerichtsbarkeit*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft; 2001, p. 173 ss.

Ver Texto

(57) J.-B. Zufferey (en colaboración con P. Perritaz y V. Schumacher), *L'expertise-arbitrage/Das Schiedsgutachten. Texte explicatif. Modèle de contrat (en français et en anglais)/Erläuterungen. Mustervertrag (in deutscher und englischer Sprache) (deutsch/französisch)*, Zürich, Schulthess, 2013; C King, "Expert Determination of Construction Disputes: The Pros and Cons", *Fenwick & Elliot Insight*. n.º 80, agosto 2018.

Ver Texto

(58) J. Kendall y A. Redfern, *Expert Determination*, Informa Law from Routledge, 1999,

Ver Texto

(59) Hay algunos ejemplos en los que el dictamen de experto puede ser especialmente útil cuando hay que determinar el valor de una patente o cuando hay que calcular los porcentajes de los cánones y, también en las controversias sobre licencias de patentes para determinar su alcance. *Vid.* A. Vancraeynest, *Using Alternative Dispute Resolution to resolve patent disputes* (tesis de Master), Viena, 2017, pp. 33 ss [<https://phaidra.univie.ac.at/open/o:1336395>].

Ver Texto

(60) H.R. Dundas, "Expert Determination: Recent Developments and Effective Way Forward in Energy Disputes", *Int'l Energy L. Rev.*, 2008, p.162

Ver Texto

(61) La elección del método adecuado para la resolución de conflictos en la industria del petróleo y el gas es importante debido a la naturaleza técnica de las cuestiones consideradas y a la rapidez y precisión que deben adornar la toma de decisiones. En algunos casos, como la estimación del volumen de las reservas, el valor financiero de los beneficios de la participación o la revisión del precio base de los contratos de venta de gas, es la mejor solución posible para resolver los controversias. Por esta razón, la identificación de las características comunes de los expertos en la doctrina jurídica y los documentos de las organizaciones internacionales, así como el examen de las ventajas especiales de este método en los contratos celebrados en la industria del petróleo y el gas, pueden ayudar a su desarrollo en este sistema contractual. El reto más importante de la utilización de este método es su admisión y desarrollo por parte de los tribunales de justicia. *Vid.* M. Sardoueinassab y S. Namdar, "Study of the characteristics of the expert determination in resolving the disputes of the oil and gas industry and how to implement it in the Iranian judicial courts", *Journal of Researches Energy Law Studies*, vol. 7, n.º 1, 2021, pp. 97-118

[Ver Texto](#)