

LOS EXPERTOS DE DERECHO PROMOVIDOS POR LAS PARTES EN EL MARCO DE UN ARBITRAJE INTERNACIONAL

PROF. JOSÉ ANTONIO MUCI BORJAS*

* Abogado, egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB, 1986), con estudios de postgrado en Derecho Administrativo, Tributario y Procesal Civil (*Università La Sapienza, Roma* (1987-1988)), Derecho Constitucional y Derecho Tributario (*University of Miami, 1994*) y Derecho Financiero (UCAB, 1996-1998). Profesor Titular de Derecho Administrativo en la UCAB (1988-). Profesor Investigador Invitado, Universidad Carlos III (Madrid, 2005). Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Venezuela), (Sillón N.º 27). Árbitro en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas (ICC) y en el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA).

I. INTRODUCCIÓN

Primero que nada, quisiera agradecer a la Asociación Civil Juan Manuel Cajigal, en su condición de organizadora de las Jornadas Aníbal Domínguez, por la gentil invitación que me cursara meses atrás para participar en el ciclo de conferencias que hoy celebramos para reconocer los méritos académicos y profesionales de Eugenio Hernández-Bretón, con quien me unen vínculos de agradecimiento y afecto sinceros.

Por decisión de los organizadores, me corresponde disertar sobre los expertos de Derecho que, a instancia de parte¹, intervienen en un arbitraje internacional, sea este comercial² o de inversión. Definido el tema de la disertación en los términos indicados con anterioridad, me propongo abordarlo desde las siguientes perspectivas:

- a. Primero, haciendo una breve referencia al principio *iura novit curia*, destacando algunos de los rasgos que matizan su vigor en el arbitraje internacional.
- b. Segundo, enunciando los deberes que el experto de Derecho debe honrar en el ejercicio de sus funciones y las circunstancias que condicionan el desempeño de tales deberes.
- c. Tercero, el rol del experto de Derecho en la identificación e interpretación de las reglas que las partes piden al tribunal aplicar.

¹ Según Sachs, en los procedimientos arbitrales en los que intervienen partes y abogados de origen anglosajón la regla general es que los testimonios expertos son rendidos por expertos nominados por las partes intervinientes en el arbitraje (Sachs, Klaus, “Experts: Neutrals or Advocates”, 2010, ICCA Congress, Conference Paper, p. 2).

² Un arbitraje puede calificar como internacional por circunstancias diversas. Cabría invocar aquí, *e.g.*, el artículo 62 de la Ley colombiana N.º 1563 de 2012, contentiva del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, de acuerdo con el cual un arbitraje es internacional cuando: “a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus domicilios en Estados diferentes; o b) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios; o c) La controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional”.

- d. Finalmente, algunos de los factores que pueden condicionar la efectividad de la opinión elaborada por los expertos.

En la medida en la que el tiempo a nuestra disposición lo permita, trataremos de salpimentar esta exposición con una que otra vivencia personal y con alguna que otra anécdota.

II. EL PRINCIPIO *IURA NOVIT CURIA* EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Los laudos arbitrales de Derecho deben fundamentarse, he aquí una obviedad, en normas o cánones jurídicos, pues la decisión adoptada por el tribunal arbitral debe ser en un todo conforme con el Derecho. En estos casos, al tribunal se le encomienda el ejercicio de una verdadera función jurisdiccional³.

³ José María Chillón Medina y José Fernando Merino Merchán, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 2ª edición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991, p. 929.

En sentido coincidente cabría invocar aquí el fallo pronunciado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Sentencia N.º 702, del 18 de octubre de 2018, asunto *Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas*), en el que se afirma que “aun cuando los tribunales arbitrales no forman parte del poder judicial, la actividad que desarrollan los árbitros es auténtica función jurisdiccional, dirimente de conflictos intersubjetivos de intereses mediante una decisión obligatoria denominada laudo, que pone fin a la disputa surgida entre las partes con todos los efectos de la cosa juzgada”; que “[l]a definición más técnica dada por la doctrina considera al arbitraje como “una función de tipo jurisdiccional, a cargo de jueces, que las partes eligen en forma privada y a cuya decisión se someten y aceptan como obligatoria y la ley le confiere la autoridad de cosa juzgada y ejecutoriedad propia de las decisiones de los órganos jurisdiccionales””; y, que “[p]ara la doctrina “el arbitraje es función jurisdiccional porque los árbitros, al resolver el conflicto, declaran el derecho que asiste a la parte cuyas pretensiones amparan y porque el laudo, que resume la función arbitral, constituye un acto jurisdiccional””. El fallo judicial invocado encuentra su fundamento normativo en los artículos (i) 258 de la Constitución venezolana (Título V, De la Organización del Poder Público Nacional; Capítulo III, Del Poder Judicial y el Sistema de Justicia; Sección Primera: Disposiciones Generales) que reconoce al arbitraje como uno de los “medios alternativos para la solución de conflictos” admitidos por nuestro ordenamiento jurídico (*Gaceta Oficial de la República* N.º 5.908 Extraordinario, del 19 de febrero de 2009); (ii) 523 (Libro Segundo, Del Procedimiento Ordinario; Título IV, De la Ejecución de la Sentencia, Capítulo I, Disposiciones Generales) y 626 (Libro Cuarto, De los Procedimientos Especiales; Parte Primera, De los Procedimientos Especiales Contenciosos; Título I, Del Arbitramento) del Código de Procedimiento Civil, que establecen, respectivamente, que “[l]a ejecución de la sentencia o de cualquier otro acto que tenga fuerza de tal, corres-

Para pronunciar su laudo arbitral, el tribunal debe determinar e interpretar las reglas de Derecho con base en las cuales ha de resolverse la controversia que media entre las partes en conflicto. En el arbitraje internacional ese proceso intelectual –aludimos a las labores conducentes a la identificación e interpretación de las normas jurídicas aplicables– plantea problemas extraños a la aplicación del Derecho venezolano por el Poder Judicial o por árbitros nacionales en el marco de un proceso arbitral que deba decidirse de acuerdo al Derecho patrio. Ciertamente, en muchos casos los árbitros extranjeros que deben decidir los arbitrajes internacionales desconocen el Derecho que debe ser aplicado, simplemente porque estudiaron otro Derecho. Kaufmann-Kohler, árbitra suiza de gran renombre, resume el problema en los siguientes términos:

«Reflexionando sobre los casos en los que he intervenido como árbitro, y ciertamente olvidando [mencionar] algunos de ellos, me he dado cuenta de que he resuelto litigios con arreglo a la legislación alemana, francesa, inglesa, polaca, húngara, portuguesa, griega, turca, libanesa, egipcia, tunecina, marroquí, sudanesa, liberiana, coreana, tailandesa, argentina, colombiana, venezolana, de Illinois, de Nueva York... y Suiza. ¿Conozco estas leyes? Salvo el derecho neoyorquino, que aprendí hace muchos años y no pretendería conocer

ponderará al Tribunal que haya conocido de la causa en primera instancia. Si fuere un Tribunal de arbitramento el que haya conocido en primera instancia, la ejecución corresponderá al Tribunal natural que hubiere conocido del asunto de no haberse efectuado el arbitramento”, y que “[l]a sentencia de los árbitros será nula: 1° Si se hubiere pronunciado sobre la materia de un compromiso nulo o que haya caducado, o fuera de los límites del compromiso. 2° Si la sentencia no se hubiere pronunciado sobre todos los objetos del compromiso, o si estuviere concebida en términos de tal manera contradictorios que no pueda ejecutarse. 3° Si en el procedimiento no se hubieren observado sus formalidades sustanciales, siempre que la nulidad no se haya subsanado por el consentimiento de las partes” (*Gaceta Oficial de la República* N.º 4.209 Extraordinario, del 18 de septiembre de 1990); y, (iii) 48 de la Ley de Arbitraje Comercial (Capítulo VIII, Del Reconocimiento y Ejecución del Laudo), según el cual “[e]l laudo arbitral, cualquiera que sea el país en el que haya sido dictado, será reconocido por los tribunales ordinarios como vinculante e inapelable, y tras la presentación de una petición por escrito al Tribunal de Primera Instancia competente será ejecutado forzosamente por éste sin requerir exequatur, según las normas que establece el Código de Procedimiento Civil para la ejecución forzosa de las sentencias” (*Gaceta Oficial de la República* N.º 36.430, del 7 de abril de 1998). En otro orden de ideas, merece la pena observar que el fallo judicial invocado afirmó que los tribunales arbitrales son competentes incluso para desaplicar normas legales o reglamentarias en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad, propio de la función jurisdiccional.

ahora, y el derecho suizo, que practico, aunque no tan a menudo como ven, la respuesta es claramente que no»⁴.

Con la perspectiva privilegiada de Kaufmann-Kohler como telón de fondo, pareciera posible afirmar que las clásicas reglas *da mihi factum dabo tibi ius* y *iura novit curia*, que informan –sin matices de ningún género– la actuación de los tribunales judiciales o arbitrales venezolanos cuando deciden una causa según la ley venezolana, no pueden disciplinar con el mismo e idéntico rigor la actuación de esos árbitros internacionales que deben decidir una controversia de conformidad con un Derecho que no es el suyo⁵.

⁴ Kaufmann-Kohler, Gabrielle, “The Arbitrator and the Law: Does He/She Know It? Apply It? How? And a Few More Questions”, *21 Arbitration International*, No. 4, 2005, p. 631.

⁵ La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia ha afirmado que “el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, constituye una reiteración del principio dispositivo que caracteriza el procedimiento civil, en aplicación del cual el juez está sujeto a lo alegado y probado por las partes, esto es, a las afirmaciones de hechos en que fue sustentada la pretensión, mas no respecto de la calificación jurídica que de ellos hizo la parte, pues conforme al principio *iura novit curia*, que también caracteriza el procedimiento civil, el juez conoce el [D]erecho, por lo que en su interpretación y aplicación no está atado a lo alegado por las partes” (Sentencia N.º 261, del 10 de agosto de 2001, asunto *Rafael Enrique Bonilla Gutiérrez*). Sobre el arbitraje internacional y el principio *iura novit curia* puede consultarse, *inter alia*, Chillón Medina, José María y Merino Merchán, José Fernando, ob. cit., p. 334; y, Blackaby, Nigel y Chirinos, Ricardo, (2013), “Consideraciones sobre la aplicación del principio *Iura Novit Curia* en el arbitraje internacional”, *ACDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional vol. 6*, pp. 82 y 88. En palabras de Blackaby y Chirinos, en el arbitraje comercial internacional las partes, como regla general, tienen a su cargo la responsabilidad “educar al tribunal en lo que respecta al [D]erecho aplicable y su contenido” (Blackaby, Nigel y Chirinos, Ricardo, ob. cit., p. 91). La afirmación que antecede cabe extrapolarla, *mutatis mutandis*, a los arbitrajes de inversión, por las remisiones normativas al Derecho nacional que suelen contener, e.g., los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (BITs). A tales efectos cabría invocar aquí, e.g., la prohibición de acordar a los inversionistas internacionales un trato menos favorable que el acordado a sus propios nacionales por el Estado receptor de la inversión, ya que la existencia de tratos diferenciados prohibidos por el tratado de que se trate es materia relacionada con un Derecho nacional, cuya existencia y alcance deben ser alegados y acreditados por la parte demandante (Muci Borjas, José Antonio, *El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilateral de Inversión (BITs)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 135-137; Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 93 y 110-115; y, Dolzer Rudolf and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, second edition, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 198-204).

Cuando los árbitros deben decidir de conformidad con un Derecho que no es su propio Derecho, recae sobre las partes litigantes la carga de identificar e interpretar las reglas de Derecho aplicables al asunto sometido a la consideración del tribunal arbitral⁶. Para ello, las partes (i) pueden invocar las normas y cánones legales que a su entender resulten aplicables, así como las decisiones judiciales y las enseñanzas de juristas que estimen pertinentes, y producir todas esas fuentes; y, en adición a esos recursos, (ii) pueden también valerse de expertos legales versados en el Derecho aplicable a la controversia, para que estos elaboren una opinión o dictamen, al que suele denominarse informe o *report*, en el que se identifiquen e interpreten las reglas de ese Derecho. Todo ello sin perjuicio del poder de los árbitros para indagar acerca del Derecho que las partes le piden aplicar, consustancial, como ciertamente lo es, con su misión de ejercer la función jurisdiccional y declarar el Derecho (*jurisdictio*).

III. LOS EXPERTOS LEGALES SELECCIONADOS POR LAS PARTES LITIGANTES Y SUS INFORMES: PARTICULARIDADES

A) Una necesaria precisión conceptual: el objeto de las declaraciones rendidas por los expertos legales

Los testigos de hecho declaran sobre circunstancias fácticas respecto de las cuales estos tienen conocimiento directo, porque las percibieron personalmente a través de sus sentidos⁷.

A diferencia del testimonio rendido por los testigos de hecho, las declaraciones de los expertos legales —y su subsecuente testimonio sobre el susodicho dictamen en la audiencia convocada al efecto— versa

⁶ Solución análoga contempla en nuestro Derecho el artículo 60 de la Ley de Derecho Internacional Privado (*Gaceta Oficial de la República* N.º 36.511, del 6 de agosto de 1998). La norma legal citada establece: “[e]l Derecho extranjero será aplicado de oficio. Las partes podrán aportar informaciones relativas al derecho extranjero aplicable y los Tribunales y autoridades podrán dictar providencias tendientes al mejor conocimiento del mismo”.

⁷ Como es bien sabido, en el Derecho venezolano la experticia únicamente puede versar sobre punto de hecho. Establece el artículo 451 del Código de Procedimiento Civil que “[l]a experticia no se efectuará sino sobre puntos de hecho, cuando lo determine el Tribunal de oficio, en los casos permitidos por la ley, o a petición de parte”.

sobre circunstancias que estos no presenciaron directamente, pero respecto de las cuales tienen un conocimiento especializado –en Derecho– que les permite opinar o dictaminar sobre las mismas.

Por definición, las declaraciones de los expertos legales –*i.e.*, su dictamen u opinión en Derecho– deben ser el producto o resultado del empleo de las reglas y principios jurídicos que resulten aplicables a las circunstancias del caso que se ventile ante el tribunal arbitral internacional.

B) La trascendencia de los informes elaborados por los expertos legales

De los expertos legales se espera que se formen una opinión y emitan un dictamen sobre el Derecho que el tribunal arbitral debe aplicar para resolver la controversia. El dictamen que elaboran al efecto es empleado por las partes en litigio para fundamentar la demanda o la contestación a aquélla, según los casos.

La misión que se les encomienda se enuncia con facilidad. Sin embargo, como veremos de seguida, el trabajo encaminado a su elaboración –y ulterior defensa ante el tribunal arbitral– es exigente y muy laborioso.

C) Las credenciales de los expertos legales

Los expertos legales deben ser personas dignas de la confianza de los árbitros. Para ser merecedores de esa confianza los expertos legales deben contar, primero que nada, con credenciales que acrediten el dominio de los asuntos sobre los cuales emiten su dictamen o parecer. Desde esta perspectiva, la formación académica, los años de enseñanza en universidades de prestigio, la obra jurídica publicada y la experiencia o trayectoria profesional suelen ser invocados por los expertos para acreditar el conocimiento de la materia objeto de su dictamen⁸.

⁸ De acuerdo con el artículo 5.2(a) de las Reglas de la IBA sobre la obtención de pruebas en el arbitraje internacional (*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*), (en lo adelante, por mor de brevedad, “**IBA Rules**”), el dictamen debe contener “una descripción de [los] antecedentes, calificaciones, formación y experiencia” del experto legal que lo elaboró y suscribe (“[t]he Expert Report shall contain: (a) the full name and address of the Party-Appointed Expert [...] and a description of his or her background, qualifications, training and experience”). Las *IBA Rules* constituyen un instrumento de *soft-law*. Su valía obedece a que documentan las “mejores prácticas arbitrales” y, por consiguiente, solo

D) La independencia e imparcialidad de los expertos

Los expertos legales deben ser personas ajenas a la controversia. Deben ser ajenas, decía, porque se hallan en el deber de obrar con imparcialidad e independencia. El derecho al pago de honorarios profesionales por los servicios contratados al experto por una de las partes en conflicto no desdice *per se* la independencia e imparcialidad del experto⁹.

En términos formales, este segundo requisito suele ser satisfecho por los expertos a través de dos declaraciones estándar incluidas en los informes, a saber:

- a. En la primera, el experto afirma su imparcialidad e independencia¹⁰. Esa imparcialidad e independencia, frente a las partes, sus

resultan aplicables en la medida en que las partes en conflicto y el tribunal arbitral decidan adoptarlas (*IBA Rules*, Preámbulo), (consúltese Mark Kantor, “A Code of Conduct for Party-Appointed Experts in International Arbitration—Can One be Found?”, 26 *Arbitration International*, No. 3, 2010, p. 329; y, Gabrielle Kaufmann-Kohler, “Soft Law in International Arbitration – Codification and Normativity”, *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, pp. 287-289).

⁹ Artículo 4.2 del Protocolo para la designación de peritos de parte en el arbitraje internacional (*Protocol for the Use Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration of the Chartered Institute of Arbitrators*) (en lo adelante, por causas de brevedad, “**CIArb Protocol**”), (“*Payment by the appointing Party of the expert’s reasonable professional fees for the work done in giving such evidence shall not, of itself, vitiate the expert’s impartiality*”). Al igual que las *IBA Rules* (*ut supra*, nota a pie de página N.º 8), el *CIArb Protocol* solo rige en la medida en que las partes en conflicto y el tribunal arbitral decidan adoptarlas (*CIArb Protocol*, artículo 1º).

¹⁰ Las *IBA Rules* establecen que los informes suscritos por expertos designados por las partes deben contener “una declaración de su independencia [respecto] de las Partes, de sus asesores jurídicos y del Tribunal Arbitral” (artículo 5.2, literal c), (“*a statement of his or her independence from the Parties, their legal advisors and the Arbitral Tribunal*”).

En sentido coincidente, el artículo 4.2 del Código de Ética de la Federación de Colegio de Abogados de Venezuela (*Gaceta Oficial de la República* N.º 33.357, del 25 de noviembre de 1985), (“Código de Ética”), impone a los abogados el deber de “[c]onservar absoluta independencia en sus actuaciones profesionales”. La norma debe ser administrada con el artículo 18 de la Ley de Abogados (*Gaceta Oficial de la República* N.º 1.081 Extraordinario, del 23 de enero de 1967), de acuerdo con el cual “[l]os abogados están obligados a cumplir los reglamentos [...] de la Federación de Colegios de Abogados”. Merece la pena invocar tales disposiciones habida consideración que las mismas resultan aplicables, *ratione personae*, a los juristas venezolanos que en el ejercicio libre de la profesión participen en un proceso de arbitraje internacional en calidad de expertos legales (*ex* artículo 11 de la Ley de Abogados, la actividad profesional del abogado incluye “aquellas ocupaciones que exijan necesariamente conocimientos jurídicos”).

apoderados y el tribunal, obliga a los expertos a revelar las relaciones que existan o puedan haber existido con la parte que les encomendó la elaboración del informe¹¹, y exige, además, que los expertos no tengan interés alguno en las resultas del pleito. He visto a los abogados de una de las partes erosionar seriamente la objetividad y credibilidad del experto producido por la otra parte durante la fase de repreguntas (*cross-examination*), porque este no desveló las múltiples relaciones profesionales que habían mediado –o aún mediaban– entre él y la parte que había contratado sus servicios.

- b. En la segunda, los expertos aseguran que las opiniones expresadas en sus informes reflejan su leal saber y entender (*genuine belief*)¹².

Las declaraciones mencionadas con anterioridad deben ser luego ratificadas por el experto legal al momento de ratificar su dictamen en la audiencia convocada a tales efectos por el tribunal arbitral¹³.

¹¹ Artículo 4.4.b) del *CIArb Protocol*. El artículo 8(b) del susodicho Protocolo complementa ese deber al establecer que en su informe el experto debe declarar cuanto sigue: “[c]onfirmo que esta es mi propia opinión imparcial, objetiva y desprejuiciada [y] que no ha sido influenciada por las presiones del proceso [o] ninguna parte en el arbitraje” (“*The expert declaration referred to in Article 4.5(n) shall be in the following form: (b) I confirm that this is my own, impartial, objective, unbiased opinion which has not been influenced by the pressures of the dispute resolution process or by any party to the arbitration*”).

¹² *IBA Rules*, artículo 5.2, literal g). El artículo 8, literal e), del *CIArb Protocol* también contempla una declaración equivalente (“I confirm that, at the time of providing this written opinion, I consider it to be complete and accurate and constitute my true, professional opinion”) y agrega otra adicional que reza así: “[c]onfirmo que si posteriormente considero que este dictamen requiere alguna corrección, modificación o matización, lo notificaré a las partes de este arbitraje y al tribunal arbitral de inmediato” (“*I confirm that if, subsequently, I consider this opinion requires any correction, modification or qualification I will notify the parties to this arbitration and the arbitral tribunal forthwith*”). De declaraciones como esas se derivan obligaciones éticas (Mark Kantor, ob. cit., p. 328), así como obligaciones legales (*ut supra*, nota a pie de página N.º 10).

Las reglas invocadas pueden ser complementadas por el artículo 15 de la Ley de Abogados que impone el deber de obrar “con rectitud de conciencia” y el artículo 4.1 del Código de Ética de la Federación de Colegios de Abogados de Venezuela, de acuerdo con el cual los abogados deben obrar con “lealtad”.

¹³ Artículo 8.5 de las *IBA Rules*. En sentido coincidente, el artículo 35(3) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Reglas de Arbitraje CIADI) establece que antes de declarar en la audiencia convocada al efecto, los expertos legales deben realizar la siguiente

E) El desempeño del encargo encomendado a los expertos legales

Pero las credenciales y declaraciones mencionadas con anterioridad no bastan. Ciertamente, la credibilidad de los expertos depende de su conducta, esto es, de la manera en la que ejecuten el encargo.

1. La elaboración de los informes de los expertos

El informe o informes expertos, porque en oportunidades se elaboran dos o más, deben ser concienzudos y, por consiguiente, el experto legal debe indicar con precisión:

- a. Los asuntos o materias de Derecho que le fueron consultados.
- b. Los hechos en que funda su opinión y los distintos documentos que le fueron exhibidos para su análisis¹⁴.
- c. Las normas o cánones jurídicos en que se cimenta el dictamen u opinión.

De igual manera, deben invocarse las decisiones judiciales y los libros o artículos especializados consultados por el experto, incluidas las sentencias y las opiniones de estudiosos que pudieran sostener una posición distinta a la asumida por el experto en su informe¹⁵, demostrativos –en su conjunto– de la completitud

declaración: “[d]eclaro solemnemente, por mi honor y conciencia, que mi declaración será de acuerdo con mi sincera creencia”.

¹⁴ De acuerdo con el artículo 5.2(d) de las *IBA Rules*, el dictamen debe contener “una exposición de los hechos en los que basa sus opiniones y conclusiones” (“*a statement of the facts on which he or she is basing his or her expert opinions and conclusions*”).

¹⁵ En propósito, cabría invocar aquí (i) el artículo 8(d) del *CI Arb Protocol*, en virtud del cual el informe elaborado por el experto debe incluir una declaración en la que afirme haber mencionado “todos los asuntos que considero relevantes para las opiniones que he expresado”, y hacer mención a todos los asuntos acerca de los que el experto tiene conocimiento, incluidos los que podrían “afectar negativamente [su] opinión” (“*The expert declaration referred to in Article 4.5(n) shall be in the following form: [...] (d) I confirm that I have referred to all matters which I regard as relevant to the opinions I have expressed and have drawn to the attention of the arbitral tribunal all matters, of which I am aware, which might adversely affect my opinion*”); (ii) el Parágrafo §133. del Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje, que establece que en virtud de los deberes de objetividad e independencia que informan su conducta, los expertos están obligados a “desempeñar su función ajustándose a la verdad y recogiendo en su informe tanto los aspectos que favorecen como aquéllos que perjudican a la parte que lo designó”; y, (iii) el artículo 10.7 de las Reglas de la Asociación Venezolana de Arbitraje para la Actividad Probatoria en el Arbitraje establece, según el cual “[a] emitir su dictamen todo experto deberá manifestar bajo juramento de

de la investigación, de la corrección de la interpretación que de tales normas o cánones se hiciera y de la validez de las conclusiones a la cuales arribó el experto¹⁶. La mención de las distintas fuentes existentes –favorables o adversas a la opinión– deriva del principio general de buena fe que informa y condiciona la ejecución de las obligaciones asumidas por el experto legal¹⁷. La credibilidad de los expertos depende, por tanto, de la exhaustividad de la investigación realizada para la preparación del dictamen, de la completitud y objetividad argumental en la exposición del Derecho; en suma, de la solidez de los argumentos –jurídicos– sobre los cuales descansan sus conclusiones. Solo generan confianza los informes que reúnan tales requisitos. Un buen amigo y extraordinario abogado venezolano con larga trayectoria en el mundo del arbitraje suele decir que cada una de las afirmaciones hechas por el experto en su informe debe fundarse en una norma legal, en un fallo judicial o en doctrina calificada, pues un informe que descansa en el solo criterio subjetivo del experto resulta de poca utilidad para los árbitros¹⁸.

decir la verdad, que ha actuado de forma objetiva, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes”.

¹⁶ De acuerdo con el artículo 5.2(e) de las *IBA Rules*, el dictamen debe contener las “conclusiones, incluyendo una descripción de los métodos, pruebas e información utilizados para llegar a las conclusiones”. El artículo invocado agrega que “los documentos en los que se basa el perito designado por la Parte y que no hayan sido ya presentados deberán ser facilitados” (“*his or her expert opinions and conclusions, including a description of the methods, evidence and information used in arriving at the conclusions. Documents on which the Party-Appointed Expert relies that have not already been submitted shall be provided*”).

¹⁷ En el Derecho venezolano el arbitraje forma parte del sistema de justicia (artículo 253 de la Constitución), y en dicho sistema toda persona tiene el deber de “actuar de buena fe, con lealtad y probidad ante el Sistema de Justicia, especialmente cuando intervengan o participen en los procesos” (artículo 8, numeral 3º, de la Ley del Sistema Nacional de Justicia, *Gaceta Oficial de la República* N.º 39.276, de fecha 1º de octubre de 2009).

¹⁸ En palabras de Bishop, “[l]o más persuasivo de los informes y testimonios de los expertos no son las opiniones en sí mismas; los árbitros supondrán que el experto no estaría siendo patrocinado por una parte a menos que su opinión definitiva sea útil para la tesis que hace valer la parte. Lo más persuasivo de un experto son [estas] dos circunstancias: (1) la credibilidad del experto, y (2) el soporte de los dictámenes –las pruebas, el razonamiento y la metodología– [...] El experto debe ser capaz de decir y acreditar que la metodología utilizada y [sus conclusiones] no serían diferentes si hubiese sido contratado por la parte contraria” (R. Doak Bishop, James Crawford and W. Michael Reisman, *Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, 2005, The Hague, p. 1.486).

- d. Las conclusiones fundadas a las que arribó del experto. Las conclusiones subjetivas –subjetivas, digo, porque su única base o fundamento es la palabra del experto– no le resultan útiles al tribunal.

El tribunal necesita conocer cuál es el Derecho con base en el cual debe decidir la controversia. Cuáles son, permítaseme reiterarlo, las normas y cánones jurídicos relevantes y cómo deben interpretarse y aplicarse de acuerdo con las pautas de la ciencia jurídica.

Tanto la investigación previa, como la subsecuente elaboración de los informes que la parte contratante encomiende al experto por ella seleccionado, deben ser realizados personalmente por este último.

En virtud del principio del contradictorio, la completitud y objetividad de los informes de los expertos legales suele ser puesta a prueba por la parte que adversa a aquella que los produjo. Puede ser puesta a prueba, decía, mediante uno o varias opiniones elaboradas por otro experto legal promovidas por la parte contraria; también mediante interrogatorio (*cross-examination*) ante el tribunal arbitral.

En el ejercicio de la profesión he tenido la oportunidad de presenciar actos de repreguntas en los que la objetividad del informe –y, por vía de consecuencia, la credibilidad del experto legal– ha sido severamente cuestionada porque dicho informe no invocaba ni se pronunciaba sobre una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, fundamental para el análisis del asunto, que contrariaba las conclusiones a las cuales había arribado el experto, y porque al serle preguntado al experto por qué la había ignorado siendo –como en efecto era– del todo relevante, el experto simplemente afirmó, sin mayor argumentación, que a él esa sentencia no le había parecido importante. Asimismo, he tenido la oportunidad de ver –esta vez en el marco de un proceso sustanciado ante un tribunal de justicia de otro país, y no de un tribunal arbitral– cómo se cuestionaba la completitud y objetividad de un informe porque en él el experto no mencionó que en el pasado había publicado uno o más ensayos en los que sostenía la tesis contraria a la que defendía en su informe y, por la naturaleza de las cosas, tampoco justificaba el sobrevenido cambio de criterio o parecer.

2. El análisis de los informes presentados por el experto designado por la otra parte litigante

Los informes elaborados por los expertos legales de una de las partes son analizados detenidamente por su contraparte en el proceso arbitral. Ese análisis o disección del informe, minucioso por definición, es realizado con el objeto de determinar y eventualmente cuestionar la completitud, precisión y objetividad del informe.

Los abogados de la parte contraria a aquella que produce e invoca el informe suministran una copia del mismo a su experto legal, para que este también proceda a estudiarlo o analizarlo.

3. La defensa de los informes ante el tribunal arbitral

Como tuve oportunidad de mencionar antes, una vez elaborado el informe o informes el experto debe prepararse metódicamente para ratificar el contenido de su informe en la audiencia que el tribunal arbitral convocará a tales efectos. Debe hacerlo porque su credibilidad también depende de su desempeño en dicha audiencia.

En realidad, la audiencia gira en torno a:

- a. La ratificación del informe elaborado por el experto.
- b. Los cuestionamientos que la otra la parte litigante formulará a dicho informe con fundamento en el informe experto –contrario, en todo o parte, al presentado por el experto al que se formulan las repreguntas– que la parte que repregunta habrá producido previamente. Así, el testimonio del experto legal termina versando no solo sobre su informe, sino también sobre el informe del experto legal invocado por la otra parte en litigio.
- c. Las preguntas que el tribunal pudiera eventualmente formular para aclarar las dudas que este pudiere tener por lo que al Derecho aplicable respecta.
- d. La capacidad del experto legal para exponer con claridad y hacerse entender por árbitros que desconocen el Derecho por aquél invocado resulta fundamental.

La actitud del experto legal a lo largo de la audiencia es también fundamental. Su disposición a escuchar con atención las preguntas que

puedan llegar a serle formuladas por (i) la parte que le encomendó la redacción del informe, (ii) la parte que le formula repreguntas en el marco de un *cross-examination*, o (iii) el tribunal, y a responderlas exponiendo, con la claridad y sencillez propia de un pedagogo, los asuntos que requieran de ulterior aclaratoria, forman parte integral de la función encomendada al experto¹⁹.

He visto al presidente de un tribunal arbitral considerar la posibilidad de carear a los expertos legales promovidos por las partes en una sesión de *hot-tubbing*, suerte de concurso de argumentación entre los expertos, diseñado para dilucidar los asuntos respecto de los cuales los expertos sostienen criterios dispares. El presidente sopesó la idea del careo, merece la pena acotarlo aquí, tras haber escuchado las razonadas explicaciones que el experto legal promovido por la parte actora había realizado durante el testimonio que dicho experto acababa de rendir. Y he visto también cómo ese tribunal, una vez oídas las respuestas, muchas de ellas evasivas, que el experto promovido por la parte demandada había dado a diversas preguntas que versaban sobre aspectos medulares del caso, terminó desestimando la posibilidad de carear a los dos expertos legales. La decisión del tribunal seguramente obedeció a las dudas, más que a las certezas, que el testimonio del experto legal de la parte demandada había generado acerca de la confiabilidad de las declaraciones de este último experto.

La defensa del informe elaborado por el experto legal y la actitud de este último en la audiencia pueden terminar siendo tan importantes como el informe mismo.

IV. LA MISIÓN DE LOS EXPERTOS LEGALES ES AUXILIAR A LOS ÁRBITROS EN LA IDENTIFICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS DE DERECHO APLICABLES

Aunque los expertos legales son designados por las partes, las obligaciones que aquellos asumen trascienden la relación con la parte que les encomendó la elaboración del informe. La trascienden porque su

¹⁹ “*Prudent counsel will advise their clients to seek out experts with the ability to testify persuasively, to communicate effectively to the [...] tribunal*” (Mark Kantor, ob. cit., p. 335).

deber es auxiliar a los árbitros en la identificación y ulterior interpretación de un Derecho —el Derecho con base en el cual debe ser resuelta la controversia— que no es el Derecho de estos últimos²⁰.

En propósito, cabría invocar aquí tanto el Preámbulo como el artículo 4.3 del *CIArb Protocol*. De acuerdo con el Preámbulo, «los peritos deben prestar su auxilio al Tribunal Arbitral y no asumir la defensa de la parte litigiosa que los nombra»²¹. De acuerdo con el artículo 4.3, «[e]l deber del perito, al prestar declaración en el Arbitraje, es el de ayudar al Tribunal Arbitral a decidir las cuestiones sobre las que se presenta la prueba pericial»²².

El artículo 15 de la Ley de Abogados impone un deber análogo a los abogados venezolanos que participen en un arbitraje internacional como expertos legales, porque les exige, en su condición de abogados, «proceder con lealtad, colaborando con el Juez, en el triunfo de la Justicia»²³.

²⁰ Blackaby y Wilbraham entienden que, “por definición, la prueba pericial sirve para ilustrar a un tribunal sobre cuestiones con las que de otro modo no estaría familiarizado” (“*Expert evidence, by definition, is intended to illuminate a tribunal on issues with which it would not otherwise be familiar*”), (Nigel Blackaby y Alex Wilbraham, “Practical Issues Relating to the Use of Expert Evidence in Investment Treaty Arbitration”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Volume 31, Issue 3, October 2016, p. 660).

²¹ La regla reza textualmente: “*experts should provide assistance to the Arbitral Tribunal and not advocate the position of the Party appointing them*”.

²² La regla dispone textualmente: “[a]n expert’s duty, in giving evidence in the Arbitration, is to assist the Arbitral Tribunal to decide the issues in respect of which expert evidence is adduced”. La regla del artículo 4.3 es complementada por artículo 8(a) del susodicho Protocolo, de acuerdo con el cual en su informe el experto debe declarar cuanto sigue: “[e]ntiendo que mi deber al prestar declaración en este arbitraje es ayudar al tribunal arbitral a decidir las cuestiones respecto de las cuales se presenta la prueba pericial. He cumplido y seguiré cumpliendo con ese deber” (“*The expert declaration referred to in Article 4.5(n) shall be in the following form: “(a) I understand that my duty in giving evidence in this arbitration is to assist the arbitral tribunal decide the issues in respect of which expert evidence is adduced. I have complied with, and will continue to comply with, that duty*”).

En palabras del Comité Permanente de Ética y Responsabilidad Profesional de la Asociación de Abogados de América (*American Bar Association*), un experto legal aporta elementos “que están dentro de sus conocimientos especiales en razón de su formación y experiencia y tiene el deber de proporcionar al tribunal [...] información veraz y exacta” (“*The testifying expert provides evidence that lies within his special knowledge by reason of training and experience and has a duty to provide the court, on behalf of the other law firm and its client, truthful and accurate information*”), (Opinión 97-407, interpretativa de las Reglas Modelo de Conducta Profesional).

²³ El artículo 15 de la Ley de Abogados establece textualmente lo siguiente: “[e]l abogado tiene el deber de ofrecer al cliente el concurso de la cultura y de la técnica que posee; aplicarlas

V. LA EFECTIVIDAD DE LOS INFORMES Y DE LA DECLARACIÓN DE LOS EXPERTOS

Para desempeñar correctamente su función auxiliar, los expertos legales deben tener presentes las diferencias culturales que puedan mediar entre ellos y los árbitros llamados a decidir la controversia, así como las dificultades que tales diferencias pudieran representar para la cabal comprensión de su informe. Una cosa es dictaminar sobre contratos administrativos, cláusulas exorbitantes del Derecho común y terminación del contrato mediante un acto administrativo de efectos particulares, si los árbitros que integran el tribunal arbitral estudiaron en Francia o en España; otra muy distinta es dictaminar –y, sobre todo, comunicarle esos conceptos– a árbitros norteamericanos o ingleses, por la dispar formación académica del experto y de las personas a las que su mensaje va dirigido.

El idioma también puede influir sobre la efectividad del informe redactado por los expertos legales y, muy particularmente, su defensa ante el tribunal arbitral. Por ello, el experto ideal debe dominar el idioma que se empleará a lo largo del procedimiento arbitral. El dominio escrito y hablado del idioma permite al experto:

- a. Redactar la opinión –directa o personalmente– en el idioma del arbitraje.
- b. Cerciorarse de que los extractos de las sentencias, libros o artículos publicados en revistas especializadas invocados en su informe hayan sido traducidos correctamente por el intérprete al cual se haya encomendado dicha traducción, y que la traducción de tales extractos, por tanto, no les haga perder verdadero sentido²⁴.
- c. Comunicarse con el tribunal directamente, sin intermediarios. El tono, las inflexiones de voz, el énfasis del experto al expresar sus distintas ideas, se pierde por completo cuando media

con rectitud de conciencia y esmero en la defensa; ser prudente en el consejo, sereno en la acción, y proceder con lealtad, colaborando con el Juez, en el triunfo de la Justicia”.

²⁴ Kaufmann-Kohler afirma, con tino, que la traducción de textos legales constituye un verdadero “arte” (Gabrielle Kaufmann-Kohler, “The Arbitrator and the Law: Does He/She Know It? Apply It? How? And a Few More Questions”, *ob. cit.*, p. 637).

traducción simultánea, por buena que esta sea, porque el traductor no puede suplir las habilidades de comunicación del expositor. Por ello lo ideal, insisto, es que el experto legal hable el idioma empleado en el arbitraje.

VI. LA VALORACIÓN DE LOS DICTÁMENES Y DECLARACIONES DE LOS EXPERTOS LEGALES POR PARTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Para finalizar, porque el tiempo apremia, resta por destacar que es a los tribunales arbitrales a los que corresponde pronunciarse sobre el peso o valor que debe serle asignado a las opiniones que los expertos legales promovidos por las partes puedan haber producido²⁵.

Hasta aquí las ideas que quería compartir con ustedes el día de hoy sobre el tema que me correspondía tratar en este ciclo de conferencias.

Señoras, señores.
Muchas gracias,

Barcelona, 10 de noviembre de 2022.

²⁵ *IBA Rules*, artículo 9.1 (“*The Arbitral Tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality and weight of evidence*”). En este mismo orden de ideas, el artículo 34.1 de Reglas de Arbitraje CIADI establece que “[e]l Tribunal decidirá sobre la admisibilidad de cualquiera prueba rendida y de su valor probatorio” (“*The Tribunal shall determine the admissibility and probative value of the evidence adduced*”).