

PERICIAS COMO SERVICIOS U OBRAS

Por Jorge A. Rojas

1.- INTRODUCCION

Cuando recibí la invitación de la Editorial para participar en este número de esta prestigiosa Revista, la frase que más me llamó la atención decía así: La Dirección se permite sugerir como tema de su trabajo "Pericias como servicios u obras".

Frente a ello pensé que en verdad el tema era algo original, pues la doctrina aún no es uniforme en la interpretación de esos contratos, pues no está delimitado con claridad qué es locación de servicios y qué de obra, más allá por cierto de muchos aspectos que evidencian distinciones, como la obligación de medio que se sostiene que se asume en el primero, a diferencia del "opus" (u obra), que es la finalidad que persigue el segundo contrato.

Sin embargo, cuando se alude a la locación de servicios, cierta línea de la doctrina no considera que existan diferencias con el contrato de trabajo (Borda), pese a que otros consideran que conviene, pese a la parquedad con que lo abordó Vélez Sarsfield, mantener distinciones más aún con la regulación específica que tiene el contrato de trabajo en nuestro país.

Por lo tanto el desafío consistiría en delimitar el concepto "pericia", y luego insertarlo dentro de los institutos propuestos, y ver entonces su resultado. En definitiva como decía Carrió, los juristas muchas veces se empeñan afanosamente por conocer la naturaleza jurídica de tal o cual instituto, pretendiendo dogmáticamente introducirlo en moldes tradicionales, sin advertir que a veces ellos tienen características propias, que hacen que sean así como son, como se presentan en la realidad, y aquello que afanosamente se pretende encontrar no existe como tal¹.

Es evidente entonces que nuestra mirada, será distinta a la que quizás esté acostumbrado a ver el lector en estas páginas, pues lejos de concentrarnos en los aspectos puntuales que hacen a los caracteres del contrato en sí mismo, que pueden llevar a la concreción de una pericia, analizaremos cómo la pericia puede ser involucrada dentro de los pliegues de alguna de estas variantes, y eventualmente en su caso qué razones lo impiden.

2.- ALGUNAS PRECISIONES

¹ Carrió, Genaro R.; Notas sobre derecho y lenguaje, Ed. Abeledo-Perrot, 1976, p. 75.

Es necesario partir de la conceptualización de algunas voces que pueden recibir distinto tratamiento o alcance, según cada interlocutor.

Por lo tanto, sin querer tallar en las divergencias que existen a nivel doctrinario para identificar las distintas posturas que tratan de definir qué cosa es una locación de servicios, o una locación de obra, lo cierto es que el Código Civil, aborda tres tipos de locaciones, la de cosas, la de servicios y la de obra.

Si dejamos de lado la primera, que no es objeto de análisis aquí, la locación de servicios fue –como lo señalamos- escasamente tratada por Vélez Sarsfield, quien le dedicó sólo cinco artículos (1623 a 1628), los que actualmente se destacan por su obsolescencia².

Ello llevó a parte de la doctrina a sostener que la locación de servicios era un contrato de trabajo, pues consistía en una obligación de medio, obviando por cierto algunas vinculaciones que pueden darse entre dos personas, que pueden exceder el marco de aquél contrato, vgr. la que podría existir entre una prestadora de determinado tipo de servicios, por ejemplo, transporte, informática o cualquier otro, con otra empresa usuaria de aquellos.

Lo cierto es que no puede omitirse tener en cuenta la época en que Vélez redactó el Código Civil, y el desarrollo de la ciencia y la tecnología en estas últimas décadas, que ha generado contrataciones impensadas e inimaginables en el siglo XIX, como los contratos a distancia o entre ausentes, por vía de la telemática.

Algo similar sucede con el contrato de locación de obra, en donde en lugar de concentrarnos en una obra determinada, como elemento determinante de la contratación, se puede advertir que esa obra o esa tarea que se encomienda puede ser única, concreta, determinada, inclusive intuito personae, y no interesar el resultado que arroja.

Precisamente dentro de estos pliegues podría aparecer la tarea que se le podría encomendar a un perito. Pero en aras de clarificar conceptos básicos, conviene tener presente ¿qué es una pericia? El diccionario la define como la sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte.

Mientras que perito es aquel que emite una opinión o juicio sobre un determinado tema, materia o asunto, a través de un dictamen pericial.

El peritaje, también llamado peritación, comprende además de la opinión del experto, el trabajo y estudio que desarrolla para dar sustento a su dictamen³.

² Lorenzetti, Ricardo Luis; Tratado de los contratos, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2000, T. II, p. 572.

³ Falcón, siguiendo a Devis Echandía, conceptualiza la peritación como una actividad desarrollada, en virtud de encargo judicial, por personas especialmente calificadas, distintas e independientes de las partes y del juez del proceso, por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos (o industriales según el Código), mediante la cual se suministra al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o entendimiento escapa a las aptitudes del común de las gentes (Falcón, Enrique M.; Tratado de la Prueba, Ed. Astrea, 2004, T. II, p. 4).

Si tenemos en cuenta la letra del art. 472 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, se puede advertir de su lectura, que el dictamen del perito "...contendrá la explicación detallada de las operaciones técnicas realizadas y de los principios científicos en que se funde".

Por lo tanto, la pregunta que cabe formular en este sentido, luego de esta introducción, a través de la cual tratamos de precisar algunos conceptos, para evitar lo que se conoce como textura abierta del lenguaje, esto es su vaguedad o imprecisión, es si ¿es posible que un perito pueda vincularse con las partes a través de un contrato de locación de servicios o más propiamente según nuestro criterio, con un contrato de locación de obra, para que cumpla una determinada tarea?

Es evidente que dentro de la órbita del derecho privado, no existirían inconvenientes, sin perjuicio de otras precisiones que efectuaremos más adelante, sin embargo, dentro de la órbita del proceso judicial ello es impensable, pues la connotación que importa el término "pericia" nos remite inexcusablemente al proceso judicial.

Esto es así, ya que el perito más allá de resultar un experto en un determinado arte, ciencia o profesión, es un tercero ajeno al proceso, por lo cual cumple el rol de auxiliar de la jurisdicción, circunstancia que lo obliga a ser *imparcial*, esto es no ser parte, *imparcial*, es decir dictaminar según sus conocimientos sin ningún tipo de favoritismo para ninguna de las partes, y además *independiente*, esto es, no tener ningún vínculo de dependencia con ninguna de las partes, por todo lo cual mal podría pensarse en la existencia de un vínculo contractual con un perito.

Conforme lo señalado entonces, tenemos que distinguir dos grandes líneas de trabajo, una que se desarrolla en el ámbito extrajudicial y otra que se desarrolla en el ámbito judicial, y pese a que la connotación de la voz pericia importa la posibilidad de enfrentarnos a un proceso judicial, veremos que en todos los casos esto no es así.

Del mismo modo, siempre que pensamos en el terreno privado, ajeno al proceso judicial, podemos pensar que estamos frente a la posibilidad de encorsetar una relación dentro de los pliegues de un contrato de locación de servicios o bien de obra, sin embargo también veremos que no en todos los casos ello es así, pues también aquí existe una zona difusa que no cae precisamente dentro de los pliegues de esos posibles vínculos.

Ejemplo de lo expuesto resulta de la letra de los arts. 1627 del Código Civil, o en su caso de los arts. 476 y conc. del Código de Comercio, que contemplan una pericia a los fines que allí se preven, esto es para determinar el precio de una tarea, o bien para detectar el vicio de un producto o mercadería⁴.

⁴ Si los efectos fueron estimados diferentes a la calidad estipulada y convenida, por lo que el comprador podría considerarse con derecho a resistirse a su recibo, la determinación de esa falla, vicio o diferencia debió necesariamente ser zanjada a través de peritos arbitradores; puesto que ese es el procedimiento legal estatuido por el CCOM: 476 y el CPR: 773, que es insoslayable e insustituible para las partes e incluso vinculatorio para el juez en caso de disenso

Sin embargo, consideramos más apropiado un ejemplo que surge de otra rama del derecho comercial, como es el de la navegación, para advertir cómo podemos “deambular” en una zona gris, frente a una pericia que puede tener cierta habitualidad, en razón de ser usual en los usos comerciales, que es la que se da en el ámbito del derecho de la navegación. Aquí se puede advertir esa situación híbrida a partir del régimen de reconocimiento de mercaderías que consagra la Ley de Navegación 20.094 (arts. 519, 520, 522, 524 y conc.), pues al arribo de las mercaderías a puerto cabe la posibilidad de su peritaje y la determinación de la importancia de una posible avería y sus consecuencias, a través de expertos, especialmente contratados para ello (generalmente vinculados a aseguradoras), con lo cual cabe la posibilidad de la existencia de un vínculo extrajudicial entre pericia y locación de servicios, pues esos expertos generalmente están vinculados a las compañías aseguradoras, sea a través de un contrato de trabajo, o bien específicamente a través de un contrato de locación de servicios, en virtud del cual prestan ese asesoramiento específico para la determinación del quantum de los daños provocados por el transporte de mercaderías.

Desde luego como se trata de un contrato consensual, bilateral, sinalagmático y oneroso, corresponderá a cada una de las partes delinear el conjunto de obligaciones que asumirán a partir del vínculo creado, que se puede circunscribir a una tarea esencialmente extrajudicial, y quedar en ese ámbito, como se puede derivar en una tarea que consista en la producción de prueba con carácter anticipado para el proceso, que puede revestir en ese caso dos variantes.

En uno de ellos puede presentarse como prueba preconstituida por alguna de las partes interesadas, y habiendo sido documentada, según los que hubieran intervenido en su producción acompañarse como tal para el proceso.

En la otra alternativa, se puede generar prueba anticipada para el proceso según las circunstancias que rodeen a esos hechos, pues puede tratarse de mercadería perecedera, o bien estacional, o bien que requiera un urgente tratamiento aduanero por su necesidad de disposición a los fines de cumplir con algún circuito productivo.

En ese caso, el régimen del Código Procesal que contempla estas situaciones es el consagrado en los arts. 326 y ss. de dicho cuerpo legal⁵, que consagra un sistema asegurativo, a través del cual se ordena antes de la promoción del proceso judicial la producción de una prueba, por el riesgo, por el simple transcurso del tiempo, por lo tanto a los fines de asegurar la mayor eficacia del proceso, el legislador previó ese sistema asegurativo que propende al resguardo del registro que corresponda sobre esa prueba, desde luego por medio del peritaje correspondiente, pero en este supuesto no

sobre las calidades de la cosa vendida (CNCom., Sala C, 28/7/89, Rolling Forms c/Diseco S.A. s/Sumario, LD-Textos).

⁵ También lo hace el art. 519 de la Ley de Navegación 20.094 a la que hicimos referencia.

podemos aludir a una tarea pericial vinculada a una locación de servicios o de obras, pues se trata claramente de una relación jurídica distinta, de neto corte publicista, que es la que se establece a través del proceso, entre la jurisdicción y las partes, debiendo interpretar dentro de la jurisdicción a aquellos órganos auxiliares de ella, como en este caso el perito que la asista en esos conocimientos especiales, que deben observarse para evaluar e ilustrarlo sobre una situación determinada.

3.- EL CONSULTOR TECNICO

Sin embargo, existe una figura similar al perito, que es el consultor técnico con quien eventualmente se podría dar la vinculación que aquí nos ocupa.

En este caso, el consultor técnico, cumple un rol dentro del proceso, similar al que representaría el abogado, con la salvedad que en este caso, resulta un asistente técnico para la parte, por cierto, en una determinada ciencia, arte o profesión, según la índole de los conocimientos que se requieran⁶.

Es posible en este caso, la existencia de un vínculo como el que nos ocupa en este trabajo. La respuesta sin ningún tipo de dudas es positiva, pues la vinculación en un proceso judicial entre una parte y su asistente técnico, se puede llevar a cabo contractualmente a través de cualquiera de las dos figuras jurídicas que nos ocupan, fincando la distinción, según aquello que casuísticamente hayan acordado los contratantes.

El consultor técnico, contrariamente al perito, no actúa por designación de la jurisdicción, sino por mandato de la parte interesada, por lo cual no tiene la obligación de aceptar el cargo, no le resultan aplicables a su respecto las causales de recusación y excusación a las que sí se encuentra sujeto un perito designado por la jurisdicción, no tiene la obligación de presentar dictamen alguno, aunque sí su labor formará parte de la condenación en costas.

Su tarea reviste una importancia fundamental en la actualidad, precisamente por aquello que mencionamos como desarrollo acelerado de la ciencia, pues como puede participar en el control del desarrollo del peritaje en sí mismo, en casos de cierta complejidad, o de conocimientos muy específicos, la parte verá garantizado su derecho de defensa en juicio con una precisión mucho más afinada, ya que en muchos supuestos puede resultar definitorio el resultado de un dictamen de esas características.

⁶ Arazi, con apoyo en la jurisprudencia sostiene que “el consultor técnico es un asesor o patrocinante de quien lo propuso y se supone su parcialidad. De la misma manera que las partes en el aspecto jurídico cuentan con el patrocinio letrado, no se advierte por qué no podrían tener el apoyo de un experto en cuestiones técnicas. La figura del consultor técnico es, entonces, análoga a la del abogado y opera en el proceso a manera de este último, por lo cual se lo debe comprender en el amplio concepto de defensor consultor” (Arazi, Roland; La prueba en el proceso civil, Ed. La Rocca, 1998, p. 384).

El cumplimiento de ese rol le permitirá a su vez a la parte, formular –si fuera del caso- las observaciones o impugnaciones que fueran necesarias al peritaje elaborado por el auxiliar de la jurisdicción, para lo cual en un terreno muy específico, como puede ser una pericia psiquiátrica, o una pericia como consecuencia de una mala praxis médica, o aquella que pueda referir a la afectación del medio ambiente, la labor del experto se constituirá en un eslabón fundamental para sustentar tanto un reclamo como una defensa.

Como se puede advertir de lo señalado en este párrafo, se deja de lado la relación trilateral, que se origina con motivo de un proceso judicial, en donde aparece la figura del perito, como experto que auxilia a la jurisdicción, en determinada ciencia, arte o profesión, que por lo demás se encuentra sujeta a un régimen legal determinado, no sólo en el Código Procesal, sino inclusive en el Procesal, con normas propias que nada tienen que ver con aquellas que regulan la relación sustancial habida entre las partes litigantes que desembocaron en ese proceso judicial.

El vínculo que se puede dar entre un experto como consultor técnico y la parte asistida, perfectamente puede caber en una relación de derecho privado, al margen del proceso judicial que origina el sustento de ese vínculo, con normas propias a las cuales las partes hayan decidido ajustar sus conductas, por lo cual puede caer dentro de la esfera tanto de la locación de servicios como de la de obra, reiteramos según los términos en que las partes hayan decidido su vinculación.

4.- OTRA PERICIA QUE CONFUNDE

De alguna manera señalamos conceptualmente qué cosa es una pericia, y también alguna distinción elemental entre la locación de servicios y de obra.

También las vinculaciones que podían darse tanto en el terreno judicial como en el extrajudicial, pero todavía quedaría por analizar una variante más que puede provocar cierta confusión que es la labor desarrollada por un experto en la órbita de un procedimiento de carácter arbitral.

El Código Procesal alude a esta figura identificándola en el art. 773 como “pericia arbitral”. Esta pericia tiene de común con lo que llevamos dicho, que requiere que sea llevada a cabo por un experto en determinado campo del conocimiento, y se puede presentar tanto extrajudicialmente, como dentro de un proceso judicial, específicamente como un procedimiento a llevar a cabo dentro de la etapa de ejecución de sentencia⁷.

⁷ Los peritos árbitros únicamente pueden resolver cuestiones de hecho concretadas expresamente (art. 773 del Cód. Procesal). De allí que la determinación de los daños y perjuicios que eventualmente podrán decidir habrá de reducirse a su aspecto económico con exclusión del jurídico (cf. Fassi, "Cód. Procesal" t.III, p.505). El hecho de que el art. 773 del Cód. Procesal sólo prevea la designación de peritos árbitros en el caso del art. 516 del mismo ordenamiento y cuando las leyes lo establezcan, no es obstáculo para que las partes por vía contractual, ejerciendo la autonomía de su voluntad, difieran a la decisión de peritos árbitros determinadas cuestiones de hecho (cf. Palacio, Derecho Procesal

Tratemos de despejar esta última alternativa para circunscribirnos a la primera que es la que más confusiones puede generar dentro de la temática abordada.

Señala el Código Procesal en su art. 516, 1ra. parte, que: *“siempre que las liquidaciones o cuentas fueren muy complicadas y de lenta y difícil justificación o requirieren conocimientos especiales, serán sometidas a la decisión de peritos árbitros o, si hubiere conformidad de partes, a la de amigables componedores”*.

Más allá de la diversidad en las denominaciones, cuando se alude a arbitradores o amigables componedores, en todos los casos se está aludiendo a un especialista en el tema que se requiera dirimir en la etapa de ejecución de sentencia, por su complejidad o por su extensión y se requieran conocimientos especiales para ello, de modo de habilitar un procedimiento específico que permitirá el cumplimiento de la sentencia de que se trate⁸.

Desde luego que en esos supuestos, se trata de ramas del conocimiento muy especiales que permitirán el cumplimiento de una determinada sentencia (vgr. la pericia de un economista, o de un actuario, o de un ingeniero en sistemas, entre otras variantes ejemplificativas).

Puntualmente en esta variante que analizamos, se trata de auxiliares de la jurisdicción, que eventualmente pueden ser designados de oficio, o en caso de concurrencia de voluntades de los litigantes, podrán hacerlo ellos mismos, no obstante lo cual, su vinculación, con el órgano judicial y con las partes, se encuentra regida por el derecho público, no por una locación de servicios, ni por una de obra, aunque aquí se vería con más claridad la contratación con un objetivo específico y determinado, lo que acercaría al experto a una contratación similar a la locación de obra, conviene destacar que la vinculación no pertenece a la órbita del derecho privado, sino por el contrario a la del público, de neto corte procesal, y como culminación de una etapa de un proceso judicial, todo ello sin perjuicio de que tratándose de derechos disponibles, como antes lo señalamos, sean las partes quienes de común acuerdo resuelvan dirimir en forma privada su disputa⁹.

Civil, t. IX, p. 186, n° 1475) (CNCiv., Sala F, 15/7/92, in re Chine S.A.C.I.F. y S. c/Colindar San Luis S.A. y Otros/Juicio arbitral, LD-Textos).

⁸ La denominación de peritos-árbitros o arbitradores, denota un concepto preciso en materia arbitral, pues indica que quien deba pronunciarse –aún sobre cuestiones de hecho- deberá fundamentar su decisión en equidad, es decir resolver conforme a su leal saber y entender. Esto no significa resolver apartándose del derecho, sino por el contrario, fundando su decisión pero si fuera necesario morigerando la aplicación de la ley de acuerdo con las circunstancias fácticas sobre las que recaerá su decisión, aspecto éste que le ha hecho sostener a Barrios de Angelis, que resolver conforme a equidad, no significa más que “dulcificar la aplicación de la ley” (Barrios de Angelis, Dante; El Juicio Arbitral, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, R.O.U., 1956, p. 45).

⁹ La pericia arbitral relativa a un conflicto sobre defectos atribuidos por el comprador a las cosas entregadas por el vendedor, debe ser extrajudicial y los tribunales, en todo caso, deben en esta instancia intervenir solamente a los efectos de la designación de quien realizara la pericia, para el caso de no existir colaboración de la contraria, no pudiendo en el marco de estas actuaciones, juzgar acerca de los extremos sobre los cuales deberá resolver el experto,

Nuevamente aquí puede aparecer la figura del consultor técnico, como asistente de las partes, y una vez más puede aparecer la vinculación privada entre ellos, pero ello no tiene relación alguna con el vínculo juspublicista al que se ajustará el experto designado para culminar con ese proceso judicial.

5.- LA PERICIA ARBITRAL

La otra variante que antes esbozamos y aquí trataremos, es una variante que deriva de las tres ramas en las que el legislador delineó el sistema arbitral dentro del Código Procesal.

En el Libro VI del referido ordenamiento se regula el proceso arbitral, al que conviene agregarle que es un proceso ad hoc, por oposición a algunos arbitrajes que se encuentran regulados en otros ámbitos, y que se denominan arbitrajes institucionales, pues esas instituciones que brindan ese tipo de servicios, tienen reglamentos propios en donde se regula el proceso que las partes escojan, ejemplo elocuente de ello es el tribunal del C.I.A.D.I., que es el organismo que depende del Banco Mundial en el cual nuestro país se encuentra actualmente enfrentado a diversos procesos con motivo de los desfases producidos a partir de la última emergencia económica, y los reclamos efectuados –en su mayoría– por las empresas otrora estatales, ahora privatizadas.

Dentro de este Libro VI el legislador nacional contempló, en tres títulos distintos, por un lado el juicio arbitral de derecho (o iuris), el juicio de amigables compondores (o de equidad), y por último la pericia arbitral (art. 773).

En esta variante radica la última alternativa que correspondería tratar, pues como se infiere ya de su propia denominación, se pone en manos de un experto en una determinada ciencia, arte o profesión, la decisión respecto a una cuestión que resulta eminentemente de hecho, es decir que no existe debate de derecho a dirimir por el experto¹⁰.

como si ya estuviera en el marco de un proceso judicial corriente (CNCom., Sala E, 5/5/99, Manipul S.A. c/Tega Aparejos, Grúas y Apiladoras S.A. s/Pericia Arbitral, LD-Textos).

¹⁰ Si bien la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías adoptada en Viena el 11.4.80, Aprobada por ley 22765, regula detalladamente las obligaciones del vendedor respecto de la entrega de las mercaderías y los derechos del comprador en supuestos en que la cantidad, calidad y tipo no correspondan a lo estipulado en el contrato, no contiene ninguna regla -ni principio general- concerniente al procedimiento a seguir para determinar la calidad de los efectos, cuando es impugnada por el adquirente, debe acudirse, al efecto, a la solución contemplada en el art. 7.2, En cuanto establece que las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la convención que no estén expresamente resueltas en ella ni en los principios generales en que se basa la misma, se dirimirán de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas del derecho internacional privado (v. Villegas, Carlos, "Comercio Exterior...", Editorial Astrea, año 1993, cap. 1Used, paragr. 3, pag. 30/31). Es decir que la misma convención remite a los sistemas nacionales del derecho internacional privado. Por ello, la cuestión relativa a la justificación de los vicios que se puedan atribuir a la mercadería enajenada debe regirse por el CCOM: 476, según el cual deberá recurrirse a la pericia arbitral, resultando inadmisibles cualquier otro tipo de prueba. (En el caso, el comprador -radicado en Alemania- de carbón vegetal, alegó que la mercadería "estaba en pésimas condiciones", que

Concretamente el art. 773 del Código Procesal dispone: *“La pericia arbitral procederá en el caso del artículo 516 y cuando las leyes establezcan ese procedimiento con el nombre de juicio de árbitros, arbitradores, peritos o peritos árbitros, para que resuelvan exclusivamente cuestiones de hecho concretadas expresamente.*

Son de aplicación las reglas del juicio de amigables componedores, debiendo tener los árbitros peritos especialidad en la materia; bastará que el compromiso exprese la fecha, los nombres de los otorgantes y del o de los árbitros, así como los hechos sobre los que han de laudar, pero será innecesario cuando la materia del pronunciamiento y la individualización de las partes resulten determinados por la resolución judicial que disponga la pericia arbitral o determinables por los antecedentes que lo han provocado.

Si no hubiere plazo fijado, deberán pronunciarse dentro de un mes a partir de la última aceptación.

Si no mediare acuerdo de las partes, el juez determinará la imposición de costas y regulará los honorarios.

La decisión judicial que, en su caso, deba pronunciarse en todo juicio relacionado con las cuestiones de hecho laudadas, se ajustará a lo establecido en la pericia arbitral”.

Consiguientemente corresponde analizar, conforme la propuesta para esta tarea, si existe un vínculo de locación de servicios o de obra entre las partes y el experto, de modo de advertir en su caso los caracteres que distinguen a esta vinculación, en otros términos correspondería analizar la naturaleza de este instituto, para saber así si las partes están vinculadas a través de un contrato de índole privada o no.

Estas aclaraciones tienen que ver con la naturaleza que tiene el arbitraje, pues podría suponerse, como actualmente se escuchan algunas voces en ese sentido, sobre todo desde el Gobierno Nacional, cuando se denosta al Tribunal del C.I.A.D.I. como a cualquier otro tribunal arbitral, que no se trata en puridad de un verdadero tribunal de justicia, sino por el contrario de un vínculo contractual habido entre las partes, quienes deciden contratar a un árbitro, o conformar un tribunal colegiado al efecto, y que por ende su relación es eminentemente de derecho privado, que en definitiva es quien lo regula, omitiéndose para ello advertir la función que cumple ese tribunal, que desde luego debe distinguirse por ser imparcial, imparcial e independiente, como antes señalamos.

Las mismas observaciones caben para la pericia arbitral. Del texto del artículo 773 antes transcrito, se desprende que su funcionamiento se puede originar en dos órdenes de razones totalmente diversas.

tenia exceso de humedad y que no servía para el fin al que estaba destinado) (CNCom., Sala E, 24/4/00, in re Mayer, Alejandro c/Onda Hofferle GmbH & Co. s/Ordinario, LD-Textos).

Una de ellas es la situación descripta en el art. 516 al que referimos en el párrafo anterior, es decir a los fines de cumplimentar una etapa del procedimiento de ejecución de sentencia, por lo tanto no nos reiteramos en lo ya señalado, con relación a la posibilidad de que el vínculo resulte juspublicístico si la intervención del perito árbitro se produce por designación judicial, o bien si las partes así lo hubieran acordado en el mismo proceso.

La alternativa que corresponde analizar es cuando las partes deciden en una controversia determinada, someter a la decisión de un perito arbitrador dirimir una determinada cuestión de hecho.

En este caso si bien el nacimiento del vínculo entre las partes en conflicto es netamente convencional, como por ejemplo, puede resultar la contratación de un ingeniero agrónomo, para analizar las cualidades o bondades de un determinado tipo de grano una vez efectuada una cosecha, o bien, la contratación de un baqueano y un agrimensor, para delimitar un determinado campo en donde existe una zona de monte a la cual resulta difícil acceder, no es menos cierto, que la tarea que se le encomienda a esos profesionales, al margen de la asistencia que requieran, apuntará a dirimir un conflicto de hecho, consiguientemente esa función, por más que sea asimilable a una locación de obra, no alcanzará esta figura para contemplar la tarea encomendada.

Esto se debe a que es imprescindible tener en cuenta que los derechos en juego deben resultar derechos disponibles para las partes, esto significa que deben resultar derechos susceptibles de ser objeto de transacción en los términos del art. 832 y ss. del Código Civil, lo que significa que no existirá posibilidad alguna de arbitraje, ni pericia arbitral cuando exista compromiso del orden público.

Además surge claro de la lectura del Código Procesal, que las partes al designar uno o más árbitros-arbitradores, éstos deberán elaborar una sentencia, que en este tipo de proceso se denomina "laudo", que debe reunir las condiciones de todo pronunciamiento de carácter dirimente, esto es, el tipo de controversia (cuestión de hecho), que las partes someten a decisión del perito-arbitro, los fundamentos que ha tenido en cuenta el o los arbitradores, y la decisión que corresponde, lo que no significa más que dar las razones o fundamentos de su decisión¹¹.

¹¹ Considero oportuna la cita de la Dra. Kemmelmajer de Carlucci in re "Teruel, Santiago y Otros c/Dalvian S.A. s/Sumario", del 24/11/03, quien señaló que: "la equidad tiene algo de misterioso, suponemos que es la justicia o la verdad del caso particular. Es imaginativa, conciliadora, tolerante, incompatible con la hipocresía, el egoísmo y el formalismo"...y con cita del maestro Mosset Iturraspe, rescata una referencia de éste a la doctrina del *gap filling* a través de la cual se deja librado a criterio de un tribunal llenar el vacío (esto es, el significado de ese término), "interpretando" lo que las partes habrían querido, si hubieran podido prever un acontecimiento imprevisible, y allí se reconoce expresamente que el remedio puede provenir por acuerdo de las partes, o puesto por los jueces, como por los árbitros, pues se actúa con equidad, que no significa ni arbitrariedad, ni capricho, sino adecuación a las circunstancias del caso (Mosset Iturraspe, Jorge; Falcón, Enrique M.; Piedecabras, Miguel; La frustración del contrato y la pesificación, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 44).

Obsérvese que cuando las partes deciden someter su controversia a la decisión que resulte de una pericia-arbitral, más allá que se trata de un instituto pocas veces utilizado en nuestros usos forenses, lo hacen a través de un compromiso, el cual dejando de lado la vía judicial, que pueda darle origen, debe ser celebrado conforme las pautas que surgen de la remisión que hace el art. 773 a los arts. 739, 740 y conc. del Código Procesal, con lo cual lo que las partes contratantes están haciendo es decidiendo sustraerse de la competencia de los tribunales judiciales, para someter su controversia a la decisión de uno o más árbitros.

Ese es el sentido tanto de una cláusula compromisoria, que es la que se inserta en un determinado contrato para someterse las partes a todo tipo de controversia a un "tribunal privado", como cuando se alude a un compromiso, que es el otro mecanismo por medio del cual se accede a un arbitraje, como cualquiera de las variantes que consagra el Código Procesal.

La diferencia entre uno y otro instituto es que la cláusula compromisoria está pactada contractualmente por las partes para aventar cualquier duda sobre el sistema a utilizar para decidir una controversia que pueda suscitarse a lo largo del vínculo creado, y requerirá de un compromiso posterior en caso de tratarse de un arbitraje ad hoc.

Mientras que el compromiso, es una vía similar aunque pactada luego de suscitado el conflicto, y con un ámbito de aplicación mucho más específico, pues en estos casos aunque las partes no hayan acordado la cláusula compromisoria, de ajustarse a la decisión de árbitros para dirimir una controversia, al elaborar su compromiso, se deben establecer las pautas que observarán, cuyo límite mínimo viene señalado por nuestro propio ordenamiento adjetivo en los artículos antes indicados.

Por lo tanto, como puede advertirse, es probable que se genere una confusión entre la labor requerida a un perito-árbitro con la que se puede establecer en un contrato de locación de servicios, o más específicamente aún con una locación de obra, sin embargo existen diferencias pues si bien el vínculo noción convencionalmente, la tarea que cumple el perito-arbitro constituirá una tarea eminentemente jurisdiccional, pues más allá de no resultar necesario que sea ajustado a derecho el laudo, pues se trata de decidir sobre cuestiones de hecho, la función cumplida resulta de neto corte jurisdiccional, no sólo por el alcance que tendrá su tarea, sino además porque se aplican a su respecto las pautas fijadas en el Código Procesal para el arbitraje de amigables componedores.

Este arbitraje requiere de los árbitros, un desarrollo que lejos está de ser ajustado a pautas sacramentales o rígidas, sino que desprovisto de todas formas legales, se recibirá el requerimiento de las partes y al margen de la necesidad de producir pruebas o no, se dictará un laudo, conforme su leal saber y entender.

Esto significa que el laudo deberá ser ajustado a equidad, lo que no significa, que el laudo no requerirá de fundamentos, sino que por el contrario es necesario que se den los fundamentos de la decisión, pues de otra manera podríamos estar en presencia de un laudo nulo.

Esto es así, pues a su respecto se aplican los mecanismos impugnativos que prevé el Código Procesal para el arbitraje de amigable composición, es decir que el laudo podrá resultar nulo, si es dictado fuera del plazo previsto, o sobre puntos que no hayan formado parte del compromiso de las partes.

En cualquiera de estos supuestos, se lo podrá impugnar por vía de acción de nulidad, la cual deberá ser deducida ante el juez de primera instancia que hubiera resultado competente para entender en la contienda decidida por el o los árbitros.

El juez que reciba esa demanda deberá correr traslado a la otra parte, y una vez evacuado el traslado decidir si el laudo es válido o no, en cuyo caso se limitará a declarar su nulidad, sin recurso alguno (conf. art. 771 Cód. Procesal).

En oportunidad de dictar su laudo el perito-árbitro, si las partes nada hubieran pactado con relación a las costas, deberá resolver conforme las pautas que surgen del art. 68 del Código Procesal, al igual que sus honorarios, si no hubieren sido acordados entre las partes, deberá petitionar su regulación al juez competente¹².

Como se puede advertir, se trata de una vinculación, que excede el marco de una locación de obra tradicional, por la marcada connotación jurisdiccional que tiene la tarea que desplegará el experto, y además por la posible interferencia judicial que se pueda producir en su desarrollo o bien a su conclusión¹³.

6.- LA LLAMADA “TRANSPARENCIA ECONOMICA”

¹² El perito acepto la función pericial encomendada por los árbitros de parte, no formulando observación alguna al aceptar el cargo, por el contrario, solicito un anticipo de gastos. De ello resulta que no solo acepto la jurisdicción de quienes lo designaron, sino que llego a integrarse al contexto contractual en el que las partes sujetaron el proceso arbitral. En consecuencia, si los árbitros determinaron dentro de ese marco fijo, no sujeto al resultado del eventual laudo, el perito no puede considerarse validamente ajeno al esquema contractual mencionado, ni al procedimiento establecido; y pretender luego un monto diferente y contrario al espíritu del compromiso en virtud del cual fue convocado para realizar la pericia. Lo razonable es que todos los que actúan en función de un compromiso arbitral se encuentren comprendidos en el procedimiento regulatorio análogo, pues el mismo es el origen y la fuente de su derecho al cobro de honorarios (CNFed. Civ. y Com., Sala III, 26/5/94, Mollo, Vicente Ernesto c/YPF y Otro s/Cobro de pesos, LD-Textos).

¹³ Habiendo identidad de trámite entre la pericia arbitral y el juicio de amigables componedores, resulta aplicable a la primera el CPR: 771, que sanciona la inapelabilidad del fallo que resuelve la validez o nulidad de aquella pericia. 2. Tal interpretación no vulnera la doble instancia, pues en la pericia arbitral la decisión es el dictamen mismo de los expertos; y la vía recursiva compete al juez de primera instancia, a quien el legislador confiere decisión definitiva. 3. Lo dicho no excluye que esa decisión definitiva pueda ser revisada en la instancia extraordinaria (ley 48: 14); mas la sala carece de esa jurisdicción extraordinaria (CNCom., Sala D, E.D. 137-99).

Durante el Gobierno de De la Rúa, su último Ministro de Economía dictó una batería de normas, con motivo de las facultades delegadas por el Congreso Nacional a través de la ley 25.414, a través de las cuales entre otras cosas se pretendió regular la llamada “transparencia económica” de los mercados.

Para ello, algunos mercados denominados “autorregulados”, como el de valores, estaban en la obligación de implementar tribunales arbitrales, entre otras cosas para dirimir las disputas que pudieran surgir en el precio de cotización de las acciones, cuando una sociedad controlante del paquete mayoritario de una compañía decidiera por ejemplo adquirir el perteneciente a la minoría. De tal modo se propende a receptor –en un ámbito distinto- la eventual disidencia en el precio de cotización de aquellos que si bien tienen voz, no tienen posibilidades de negociar en condiciones igualitarias.

Al efecto el decreto 677/01 implementó un sistema que si bien gira en derredor de la creación de un tribunal arbitral, la tarea que corresponde llevar a cabo está en manos de un perito tasador, y tiene mucha similitud con lo que resultaría una pericia arbitral, conforme lo expuesto precedentemente.

Sin embargo, de la lectura de las normas aplicables se pueden extraer algunas diferencias.

Por ello conviene su transcripción para ilustrar debidamente al lector. Señala el art. 30 del referido decreto: *Impugnación del precio equitativo. Dentro del plazo de TRES (3) meses desde la fecha de la última publicación a que se refiere el anteúltimo párrafo del artículo 28 del presente Decreto, todo accionista minoritario y, en su caso, todo titular de cualquier otro título convertible, puede impugnar el valor asignado a las acciones o títulos convertibles o, en su caso, la relación de canje propuesta, alegando que el asignado por la persona controlante no es un precio equitativo.*

Transcurrido este plazo de caducidad, se tendrá por firme la valuación publicada respecto del accionista minoritario que no hubiere impugnado. Idéntica caducidad rige respecto del titular de títulos convertibles que no hubiere impugnado.

El trámite de la impugnación no altera la transmisión de pleno derecho de las acciones y de los títulos convertibles a favor de la persona controlante. Durante el trámite de la impugnación, todos los derechos correspondientes a las acciones y a los títulos convertibles, patrimoniales o no patrimoniales, corresponden a la persona controlante.

Intervendrá el Tribunal Arbitral previsto en el artículo 38 del presente Decreto o, en caso de que el accionista minoritario opte por la impugnación judicial, el tribunal con competencia en materia comercial de la jurisdicción que corresponda al domicilio de la sociedad controlada. La totalidad de las impugnaciones que presenten los accionistas minoritarios y, en su caso, los titulares de otros títulos convertibles, serán acumuladas para su trámite ante el mismo tribunal. Se suspenderá el

trámite de la impugnación hasta tanto haya vencido el plazo de caducidad a que se refiere el primer párrafo del presente artículo o hasta que la totalidad de los legitimados hayan iniciado la acción de impugnación.

A tal fin se entenderá como legitimados a todos aquellos accionistas o titulares de otros títulos convertibles que no hubieran retirado voluntariamente los fondos de la cuenta a que hace mención el último párrafo del artículo 29 del presente Decreto.

De la impugnación, que solamente podrá referirse a la valuación dada a las acciones y, en su caso, a los demás títulos convertibles, así, como a la relación de canje, si fuera el caso, se dará traslado a la persona controlante por el plazo de DIEZ (10) días hábiles. Las pruebas deberán ofrecerse con el escrito de inicio y con la contestación del mismo. El Tribunal Arbitral o juez, según corresponda, nombrará los peritos tasadores en el número que estime corresponder al caso y, luego de un nuevo traslado por CINCO (5) días hábiles, deberá dictar sentencia fijando el precio equitativo definitivo en el plazo de QUINCE (15) días hábiles.

La sentencia es apelable y la apelación deberá presentarse debidamente fundada, dentro del plazo de DIEZ (10) días hábiles. El traslado se correrá por igual plazo, y el Tribunal de Apelación deberá resolver dentro de los VEINTE (20) días hábiles.

Los honorarios de abogados y peritos serán fijados por el Tribunal Arbitral, según corresponda, conforme a la escala aplicable a los incidentes. Cada parte soportará los honorarios de sus abogados y peritos de parte o consultores técnicos. Los honorarios de los peritos designados por el Tribunal judicial o arbitral estarán siempre a cargo de la persona controlante excepto que la diferencia entre el precio equitativo pretendido por el impugnante supere en un TREINTA POR CIENTO (30%) el ofrecido por el controlante, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 154 de la Ley 19550 y modificatorias.

En caso de corresponder, en el plazo de CINCO (5) días hábiles luego de que la sentencia definitiva haya pasado en autoridad de cosa juzgada, la persona controlante deberá depositar en la cuenta indicada en el último párrafo del artículo 29 del presente Decreto el monto de las diferencias de precio que se hubieren determinado. La mora en el cumplimiento del depósito hará devengar a cargo de la persona controlante un interés punitivo igual a una vez y media la tasa activa promedio por préstamos en moneda nacional que publica el BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA, correspondiente al mes en que se produzca la mora. Si la mora excediere de los TREINTA (30) días corridos cualquier accionista estará legitimado para declarar la caducidad de la venta de sus títulos. En tal caso la persona controlante deberá restituir la titularidad de las acciones y demás derechos del accionista a su anterior estado, además de su responsabilidad por los daños y perjuicios causados.

Los accionistas minoritarios y, en su caso, los titulares de otros títulos convertibles, podrán retirar los fondos correspondientes a sus acciones o títulos convertibles a partir de la fecha de la acreditación de este último depósito, con más los intereses que hubieren acrecido los importes respectivos.

Como se puede advertir de la transcripción precedente, la extensión de la norma, denota la existencia de un verdadero procedimiento arbitral dentro del cual no sólo surge el arbitraje como vía idónea para la solución de esas controversias, sino que además de la opción que se le brinda al impugnante del precio, de acudir a esa vía o a la judicial, en todos los casos se trata de supuestos que apuntan directamente a aventar toda posibilidad de vinculación por vía de una locación, sea de servicios o de obra, ya que aún para la hipótesis que se presumiera absolutamente privado el vínculo, la apertura que provoca a la vía judicial hace que estemos nuevamente en una relación que excede los cauces naturales de aquellos contratos.

No obstante ello, la redacción impresa al art. 38 de ese decreto al que hace alusión la norma antes transcripta, no solo nos obliga a su cita, sino además a advertir que existen otro tipo de disputas, como las de índole societaria, que se pueden zanjar por esta vía, apareciendo una vez más aquí en estos supuestos, la posibilidad de la contratación a través de las figuras que mencionamos. Veamos:

Dispone el art. 38 del decreto 677/01: *Arbitraje. Dentro del plazo de SEIS (6) meses contados desde la publicación del presente Decreto, las entidades autorreguladas deberán crear en su ámbito un Tribunal Arbitral permanente al cual quedarán sometidos en forma obligatoria las entidades cuyas acciones, valores negociables, contratos a término y de futuros y opciones coticen o se negocien dentro de su ámbito, en sus relaciones con los accionistas e inversores. Quedan comprendidas en la jurisdicción arbitral todas las acciones derivadas de la Ley 19550 y sus modificaciones, incluso las demandas de impugnación de resoluciones de los órganos sociales y las acciones de responsabilidad contra sus integrantes o contra otros accionistas, así como las acciones de nulidad de cláusulas de los estatutos o reglamentos. Del mismo modo deberán proceder las entidades autorreguladas respecto de los asuntos que planteen los accionistas e inversores en relación a los agentes que actúen en su ámbito, excepto en lo referido al poder disciplinario. En todos los casos, los reglamentos deberán dejar a salvo el derecho de los accionistas e inversores en conflicto con la entidad o con el agente, para optar por acudir a los tribunales judiciales competentes. En los casos en que la ley establezca la acumulación de acciones entabladas con idéntica finalidad ante un solo tribunal, la acumulación se efectuará ante el Tribunal Arbitral. También quedan sometidas a la jurisdicción arbitral establecida en este artículo las personas que efectúen una oferta pública de adquisición respecto de los destinatarios de tal adquisición.*

Como se puede advertir no sólo los conflictos que surjan por el precio equitativo de las acciones objeto de una eventual transmisión, sino además contratos de futuro, u opciones, o conflictos

societarios, que no se precisa de qué índole deben resultar, son aquellas materias que pueden ser dirimidas a través del juicio de árbitros, estando latente en todas esas alternativas, la pericia técnica que resulte menester a los fines de brindar el mayor conocimiento a ese tribunal que va a dirimir la disputa.

Pero en todos los casos consideramos que no podemos pensar en una vinculación a través de ninguna de las figuras analizadas (ni locación de servicios ni de obra), pues también aquí se excede el marco natural de esos contratos, ya que se trata de una relación agotada entre las partes que requiere ser dirimida por un tercero. Ergo, se ajustarán las partes a nuevas pautas, que pueden surgir de un tribunal arbitral ad hoc, o bien de uno institucional, por lo cual el experto, aún en la hipótesis de pensarse en una pericia arbitral, que no es del caso en estos supuestos, pues también excede su marco, quedarán vinculados a través de un acuerdo o compromiso arbitral, pero esa tarea resultará esencialmente jurisdiccional, por lo cual las pautas que las partes fijen deberán ser respetadas, hasta tanto no haya intervención judicial, la cual puede darse en caso de no haberse ejercido la opción directa por esa vía, si existiera impugnación y posterior revisión, tal como esas normas lo habilitan.