

El *Strike & Rank* como salida a los conflictos de interés de los árbitros

Strike & Rank as a way out of arbitrator conflicts of interest

Jean Luc Hugo Miranda Ugarte*
Universidad de Lima

Resumen:

El *Strike & Rank* es un sistema de designación de árbitros que consiste en la remisión de una lista de candidatos a ser árbitros por parte del centro arbitral a las partes, con la finalidad de que estas cumplan con clasificar y descartar a los candidatos según su preferencia para la administración de su arbitraje. A la postre, tomando en cuenta las preferencias vertidas por ambas partes, el propio centro decide de manera razonable los árbitros que conducirán el arbitraje. A través de este sistema, el conflicto de interés de los árbitros con las partes se ve diluido, en atención a que los árbitros resultantes son producto de la libre y conjunta elección del demandante y demandado.

Abstract:

The *Strike & Rank* system is a method for appointing arbitrators that involves the submission of a list of potential candidates by the arbitral institution to the parties. The parties are then tasked with ranking and striking candidates based on their preferences for the administration of their arbitration. Ultimately, taking into account the preferences expressed by both parties, the institution itself makes a reasonable decision regarding the arbitrators who will preside over the arbitration. Through this system, any potential conflict of interest between the arbitrators and the parties is mitigated, as the appointed arbitrators are the result of the free and joint selection of both the claimant and the respondent.

Palabras clave:

Conflictos de interés; designación de árbitros; imparcialidad; *Strike & Rank*

Keywords:

Conflicts of interest; arbitrator appointment; impartiality; *Strike & Rank*

1. Introducción

A modo de digresión preliminar, se debe señalar que el presente artículo constituye una reformulación de un trabajo de investigación presentado por mi persona ante el Círculo de Estudios de Arbitraje de la Universidad de Lima. En su versión original, se explicó la utilidad general del mecanismo *Strike & Rank* en los arbitrajes nacionales. Para esta nueva ocasión se pretende enfocar el texto, como bien

se denominó en el título, en la mitigación del mecanismo *Strike & Rank* de los conflictos de interés en los arbitrajes locales.

A nivel nacional, cuando los sujetos recurren al arbitraje como mecanismo para resolver sus controversias, es usual que incluyan en un extremo de su convenio arbitral la forma del nombramiento de los árbitros. Otra forma de nombrar a los árbitros se produce con ocasión de la solicitud arbitral del

* Abogado en Derecho por la Universidad de Lima; con estudios de especialización en arbitraje por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú; ha sido miembro y Coordinador General del Círculo de Estudios de Arbitraje de la Universidad de Lima; es Socio Correspondiente CEIA-40 del Club Español e Iberoamericano de Arbitraje; ha ocupado el primer puesto de mejor equipo en la Competencia Nacional de Arbitraje de Consumo y el segundo puesto como mejor orador; Abogado Asociado en el Estudio Raúl Canelo Abogados. Correo de contacto: jeanlucmirandaugarte@gmail.com

demandante y la consecuente contestación del demandado. También resulta factible que, luego de quince días de recibido el requerimiento de nombramiento de árbitros por la institución arbitral, las partes nombren al árbitro.

Indistintamente de la modalidad, aquellos supuestos representan mecanismos del sistema de designación de árbitros nacional. Cada uno de estos es concordante con el artículo 23 del D.L. No. 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje. Como se advierte, este sistema opera de manera directa: las partes escogen libremente a su árbitro sin recurrir a mayores actuaciones.

Sin perjuicio de lo anterior, como cualquier mecanismo de selección, el sistema clásico de designación de árbitro no es perfecto. Una contingencia que genera es que da lugar a cuestionamientos formulados por una de las partes hacia el árbitro designado por la contraparte, independientemente si están fundados o no. Como si se tratase de una suerte de desconfianza que le pudiese producir a las partes, pues no debería sorprender que casi todas las recusaciones, remociones y pedidos de apartamiento formuladas por una de las partes no sean contra su árbitro designado, sino que van dirigidos al árbitro de la contraparte.

Teniendo en consideración lo anterior, es conveniente explorar otros mecanismos que igualmente satisfagan los fines de la designación de árbitros y no den lugar a esa clase de cuestionamiento, motivo por el cual corresponde poner sobre la mesa un sistema de designación de árbitros que pueda hacer frente a esa "desconfianza". En ese sentido, se propone el sistema de designación de árbitros *Strike & Rank* para los arbitrajes locales.

2. El grave problema del actual sistema de designación de árbitros

2.1. El sistema de designación directa de árbitros

El sistema de designación directa de árbitros se produce con el nombramiento inmediato de los árbitros que efectúan las dos partes. Inicialmente, en el típico supuesto de un Tribunal compuesto por tres árbitros, las partes tienen a su cargo la designación de los árbitros. Posteriormente, los árbitros nombrados por las partes deciden designar al presidente del Tribunal Arbitral. En caso no se formulen recusaciones o remociones, de este modo el Tribunal Arbitral queda válidamente instalado.

En la práctica arbitral, el demandante acompaña con su solicitud arbitral el nombre del árbitro que desea que se constituya miembro del Tribunal. Del mismo modo, el demandado precisa con

oportunidad de su contestación a la solicitud arbitral el nombre del otro árbitro que desea que administre el arbitraje. En los casos en que se trate de un arbitraje institucional, el centro arbitral traslada el nombramiento de las partes a cada árbitro. Finalmente, los árbitros nombrados tienen la facultad de aceptar el cargo o no. En caso ambos acepten el cargo, estos obtienen la calidad de ser árbitros de parte y escogen a un árbitro adicional, el cual tendrá la calidad de presidente del propio Tribunal Arbitral.

Es importante agregar que, en sede nacional, este mecanismo es de aplicación frecuente. De conformidad con Cantuarias (2008): "el más utilizado, sin duda alguna, es el método según el cual cada parte designa a un árbitro y entre los dos árbitros designados se nombra a un tercer árbitro que presidirá el tribunal arbitral." (p. 306). Es decir, la práctica de este mecanismo es usual en los arbitrajes peruanos.

2.2. ¿Cuál es el gran inconveniente de la designación directa en el arbitraje?

En concreto, el gran problema del sistema de designación directa de árbitros radica en el riesgo de parcialidad que puedan tener los árbitros designados con la parte que los designó. La cuestión no pasa por el presidente del Tribunal Arbitral precisamente, sino por los árbitros de parte. La figura del árbitro de parte es un concepto que, por su solo nombre, puede hacer mucho ruido a cualquier defensor del principio de imparcialidad e independencia de los árbitros.

Desde luego que un árbitro debe ser imparcial e independiente, y el hecho de que haya sido escogido por una de las partes no lo lleva necesariamente a estar parcializado. Sin embargo, la evidencia empírica pone de manifiesto que la designación directa de árbitros se percibe (y probablemente sea) como un sistema que propicia la parcialidad.

De acuerdo a la encuesta efectuada por la firma Berwin Leighton Paisner (2017), el 52% de los abogados consideran que las designaciones directas aumentan el riesgo de los árbitros parcializados. Esta primera cifra podría ser confrontada con el hecho de que se trata de solo una percepción. Sin embargo, la encuesta también arrojó cifras que ya no son precisamente de impresión cotidiana. Por ejemplo, como resultados de dicha encuesta, el 70% de los abogados indicó haberse encontrado en una situación en la que creían que un co-árbitro intentó favorecer a la parte que lo designó. Si lo anterior resulta insuficiente todavía, tenemos adicionalmente que un 55% de los abogados que ejercen como árbitros indicó haberse encontrado con un co-árbitro que había tratado de favorecer a la parte que lo designó.

Los datos son contundentes, más aún si se toma en cuenta que provienen de la realidad del Reino Unido, un país con una extensa tradición jurídica, instituciones sólidas y altos estándares de integridad profesional. Por otro lado, el hecho de que más de la mitad de los árbitros encuestados hayan vivido dicha situación pone de manifiesto el problema de parcialidad serio bajo el sistema de designación directa.

2.3. La designación directa del árbitro en el panorama nacional

¿Y cómo se encuentra el Perú? Si bien no se cuentan con cifras locales, no deja de ser cierto que dicha contingencia se replica en el Perú y lo hace con mayor intensidad. Para Gorriti y Mella (2019), el caso por excelencia proviene del escándalo de Lava Jato, a través del cual Odebrecht ganó el 83% de sus arbitrajes contra el Estado. A la postre, las autoridades del país descubrieron que la constructora había sobornado a múltiples árbitros para asegurar laudos favorables. Lo anterior trajo consigo que, en 2019, de acuerdo con De la Quintana (2019), el Poder Judicial haya ordenado 18 meses de prisión preventiva para 14 árbitros acusados de haber favorecido a Odebrecht a cambio de pagos ilícitos. Este caso expuso el grave conflicto de interés entre el árbitro y la propia constructora, en tanto que el primero actuaba de manera parcializada con la segunda.

Asimismo, un importante sector de la práctica arbitral reconoce que en el Perú suelen producirse diversas designaciones reiteradas, cuyo trasfondo es justamente la proximidad del árbitro designado con la parte que lo designa, lo que es intrínseco al método de designación directa de árbitros.

Por un lado, Ezcurra (2019) identifica la problemática de las designaciones reiteradas: “este problema de las designaciones repetidas es una dificultad, en un arbitraje cada una de las partes se ponen de acuerdo para designar a los árbitros.” Por el otro, Bueno (2019) confesó que el trasfondo de la corrupción en el arbitraje eran las designaciones frecuentes:

No hay campos libres de corrupción, y el arbitraje no es la excepción. Lo que se hacía eran nombramientos frecuentes de un mismo árbitro. Toda la legislación internacional trata este tema y evita que se den nombramientos demasiado frecuentes porque, claro, si alguien me llama constantemente para ser su árbitro, todos los seres humanos tenemos un sesgo, y eso hará que tratemos de llevar el arbitraje a su favor.

Es así como las designaciones reiteradas, al menos en el país, constituyen una suerte de método que tiende a acercar a las partes con el árbitro designado. Bajo ese entendimiento, se debería apostar por un mecanismo que sepa hacerle frente a esta gran contingencia: el *Strike & Rank*.

3. Una aproximación al *Strike & Rank*

3.1. Concepto, regulación y origen del *Strike & Rank*

A saber, el sistema *Strike & Rank* es un método de designación de árbitros a través del cual las partes clasifican a sus árbitros de preferencia sobre la base de una relación de árbitros que se les proporciona, con la finalidad de que los árbitros mejor calificados sean los que administren el arbitraje.

Como puede advertirse del nombre, el *Strike & Rank* encuentra su origen en el derecho anglosajón. Entonces, no debería sorprender que los principales centros de arbitraje internacional afines al *common law* contemplen esta figura. Una de las primeras instituciones en regular dicho mecanismo de manera individualizada en sus reglamentos fue la ICDR-AAA (International Centre For Dispute Resolution – American Arbitration Association) en la década de los 60s, bajo el rótulo de *List-method*. Si bien no tuvo el calificativo de *Strike & Rank*, la lógica con la designación era la misma. Así, en el artículo 13.6 del *Commercial Disputes Arbitration Rules and Mediation Procedures* de la ICDR-AAA (2022), se dispone que el centro debe presentar a ambas partes una lista idéntica de cinco árbitros a fin de que cada una clasifique al que mejor se adapte a sus preferencias.

En ese contexto, el mecanismo *Strike & Rank* se formalizó a nivel internacional por primera vez mediante el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976. Como señala el Netherlands Arbitration Institute (1999):

Esto sigue siendo un nombramiento por un tercero, el NAI, pero regularmente coincide con la elección de las partes y, por tanto, se acerca al ideal después de todo. En ese momento, esto fue una novedad que fue adoptada en 1976 por la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) en las ahora conocidas y ampliamente utilizadas Reglas de Arbitraje de la CNUDMI de 1976, cuyo borrador tuvo el privilegio de redactar.

Es a partir de dicha institucionalización que la regla de la “lista de árbitros” (*Strike & Rank*) empieza a reproducirse globalmente y deja de tratarse de solo una práctica anglosajona.

Ahora bien, es importante precisar que la fuente de inspiración de este mecanismo alternativo de designación de árbitros radica en el propio proceso de selección de los jurados estadounidenses a través del *struck jury*. Como es sabido, en Estados Unidos se realiza un procedimiento de nombramiento de miembros de jurados. De conformidad con las guías informativas de las Cortes de los Estados Unidos, este proceso inicia con ocasión de una selección aleatoria efectuada por el propio sistema judicial

a partir de registros públicos, como padrones electorales o licencias de conducir.

Esta primera etapa tiene un carácter obligatorio para los seleccionados, pues estos tienen la obligación de asistir al Tribunal cuando son convocados. Una vez presentes, se inicia el procedimiento *voir dire*, a través del cual los seleccionados son interrogados por los jueces y abogados de las partes del proceso con el objeto de determinar si son aptos para el cargo o no. Es precisamente en esta etapa final en la cual se producen las preferencias y exclusiones, las cuales guardan especial identidad con el *Strike & Rank*. Es importante aclarar que, si bien las partes no ranquean formalmente a los jurados, sí se dedican a eliminar sus opciones. De este modo, dicho grupo se va reduciendo progresivamente hasta llegar al jurado final, encontrando así una composición más neutral y aceptada por las partes.

3.2. ¿Cómo son designados los árbitros bajo el *Strike & Rank*?

Respecto al procedimiento de selección de árbitros, en primer lugar, se debe tener presente que el *Strike & Rank* no es un mecanismo común a todos los arbitrajes institucionales, pues muchos reglamentos no disponen de este. En aquellos arbitrajes institucionales que sí prevén el uso de este mecanismo, el procedimiento se inicia con la recopilación de las credenciales de los árbitros aptos para el cargo, la cual es llevada a cabo por la secretaría arbitral del centro.

Luego, a través de una suerte de fase eliminatoria, la secretaría traslada dicha recopilación a las partes, a fin de que cada una elimine a los candidatos que no sean de su preferencia (*strike*) y, en paralelo, seleccione a los candidatos que sí sean de su preferencia (*rank*). Por lo general, las partes aceptan y rechazan a los árbitros en función a su experiencia y especialización, así como también según la reputación de imparcialidad e independencia que manejen.

Una vez concluida la clasificación de los árbitros, la institución arbitral analiza las respuestas de ambas partes. Si encuentra coincidencias en las respuestas, sea en la eliminación (*rank*) o en la selección (*strike*), el centro arbitral procede a designar al árbitro común; si existen divergencias sobre la clasificación de las partes, la institución arbitral designa al árbitro solo en base a los candidatos restantes, tomando en cuenta los rankings y otros criterios objetivos que pueda prever el reglamento arbitral del centro.

A efectos de ser ilustrativos con la explicación, es posible tomar como ejemplo actual la regulación prevista en el CPR Dispute Resolution. De conformidad con la regla 5 Administered Arbitration Rules del CPR Dispute Resolution (2019), la secretaría

del CPR propone una lista de árbitros provenientes del “CPR Panel of Distinguished Neutrals”, la cual es enviada al demandante y demandado. Una vez recibida, cada parte ordena por preferencia a los árbitros del panel referido y elimina a los árbitros que no les gustaría administren su arbitraje. Finalmente, en caso se produzcan coincidencias, la secretaría del CPR designa al candidato de ranking más alto y, en los casos que haya notorias diferencias, la secretaría se limita a escoger a los demás candidatos no tachados por ninguna de las partes, con criterios objetivos.

4. ¿Puede el *Strike & Rank* hacerles frente a todos los conflictos de interés?

4.1. El *Strike & Rank* y su función dilutoria de los conflictos de interés

El *Strike & Rank*, como procedimiento, surge a partir de la remisión de la relación de potenciales árbitros que realiza la secretaría arbitral al demandante y demandado. Desde que ambos cuentan con la posibilidad de clasificar y eliminar a sus árbitros, la posibilidad de aparición de conflictos de interés se ve diluida, en la medida que ahora la designación pasa de ser directa y unilateral a consensuada y compartida.

Por un lado, las partes no efectúan selección única del candidato a arbitrar la controversia; por el contrario, ambas partes escogen a una pluralidad de árbitros y rechazan a otro grupo, según sus criterios. Por otro lado, la clasificación realizada por el demandante no se impone respecto a la del demandado, ni este último impone la suya sobre la del primero; sino que ambas clasificaciones son conciliadas por la secretaría arbitral y, sobre la base de esa mixtura, son escogidos los árbitros.

En otros términos, el o los árbitros seleccionados serán sujetos que ninguna de las partes escogió directamente y, a la par, serán personas que ambas partes consideran aceptables. En relación al *Strike & Rank*, Chirinos (2021) comparte este razonamiento y comenta que, bajo esta modalidad de designación de árbitros, no suelen generarse siquiera indicios de parcialidad hacia una de las partes, por el contrario, les resultan interesantes:

Aunque existen distintos mecanismos, las partes por lo general tienen la posibilidad de vetar candidatos e intercambiar nombres hasta lograr un acuerdo. (...). Dado que en este escenario hace falta el acuerdo de ambas partes para elegir a un candidato, en la práctica los candidatos propuestos y que eventualmente resultan elegidos, son candidatos que por lo general no tienen inclinaciones demasiado marcadas a favor de ninguna de las partes o que tienen ciertos aspectos atractivos para ambas y que, en definitiva, no representan una opción demasiado arriesgada. (p. 45)

De hecho, cuando el autor hace alusión a los “distintos mecanismos”, este se encuentra contemplando de manera expresa al *Strike & Rank* y lo trata de la siguiente manera:

elaboración de listas por las partes, por parte de una institución arbitral, por los co-árbitros o un tercero independiente en las que cada parte puede rechazar un número determinado de candidatos y establecer un puntaje basado en el orden de preferencia de los candidatos aceptados (método conocido en inglés como *strike and rank*, eligiéndose el candidato que haya sido aceptado por ambas partes y que cuente con el mejor puntaje. (p. 45)

Un punto de vista bastante similar tiene algunas organizaciones. Por ejemplo, la Corte Permanente de Arbitraje (2020) considera que bajo el *Strike & Rank* se produce una aproximación entre las preferencias del demandante y demandado:

La combinación de consultar a las partes en disputa respecto de la composición de la lista y permitirles clasificar y eliminar candidatos en la lista tiene por objeto conducir a un nombramiento que corresponda estrechamente a las preferencias conjuntas de las partes en disputa. (p. 2)

En suma, el *Strike & Rank* propicia un ambiente arbitral menos cargado de cualquier clase de sesgo. En primer lugar, este mecanismo tiende a producir árbitros más neutrales, tomando en cuenta que los resultados de las clasificaciones son producto de una suerte de conciliación de las clasificaciones efectuadas por el demandante y el demandado.

En segundo lugar, el trasfondo de que los árbitros finalmente escogidos terminen siendo aceptables por ambas partes del arbitraje radica en que, al haber participado tanto el demandante como el demandado en la elección, lo que se obtiene es una conformidad tácita de los dos. En este mecanismo no tienen lugar las imposiciones unilaterales de alguna parte.

Además, dentro del *Strike & Rank* no solo las partes contribuyen conjuntamente a que el riesgo de parcialidad se diluya a través de su participación conjunta en la clasificación de candidatos en las listas, sino que también los propios árbitros pueden nunca tomar conocimiento de cuáles han sido las elecciones de ambas partes si es que este método de listas es llevado a cabo de forma anónima respecto de los árbitros. Es decir, fortalece la reducción del sesgo arbitral si es que a este *Strike & Rank* se le agrega el anonimato, de manera tal que tanto las partes como los árbitros contribuyen a la desaparición total del conflicto de interés.

En suma, teniendo en consideración lo anterior, las probabilidades de que se presenten conflictos de interés en arbitrajes bajo la modalidad *Strike & Rank* se ven significativamente reducidas.

4.2. La superioridad del *Strike & Rank* sobre la designación directa

El *Strike & Rank* es un mecanismo con una alta capacidad de reducir las probabilidades de conflicto de interés. Pero no solo eso, sino que además supera significativamente al método de designación directa ordinaria de los árbitros en cuanto a la chance de aparición de conflictos de interés.

Bajo la designación directa, el demandante y demandado escogen a su propio juzgador. El solo hecho de tomar esa elección genera suspicacia sobre la parcialidad de los árbitros. Al respecto, Charles Rosenberg y Olivier André (2015) trae a colación un comentario referido al debate sobre las implicancias negativas del árbitro de parte:

El debate sobre los árbitros designados por las partes se reavivó en 2010 cuando el profesor Paulsson pronunció su conferencia inaugural como titular de la Cátedra Michael R. Klein Distinguished Scholar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Miami. En dicha conferencia y en sus comentarios escritos posteriores, Paulsson propuso fortalecer la legitimidad de la resolución de disputas internacionales eliminando lo que percibía como el “riesgo moral” asociado a los árbitros designados por las partes, es decir, que un árbitro designado por una parte pueda verse inclinado a actuar como “árbitro-defensor” en nombre de la parte que lo designó. Según Paulsson, la mejor manera de evitar incidentes de árbitros que actúen de forma poco ética es prohibir, o al menos controlar, la práctica de los nombramientos unilaterales. (p. 2)

Como se aprecia, se sostiene que las designaciones directas representan un riesgo moral en el sentido que pueden producirse determinadas inclinaciones del árbitro con la parte que justamente lo escogió. Inclusive, resultaría conveniente que se prohíban esa clase de prácticas de designación directa.

La lógica de todo esto es que la parte que designa al árbitro usualmente espera un resultado favorable de este, en tanto que este último busca retribuirle a la parte su selección a través de dicha decisión favorable precisamente. En esa línea se pronuncia Smit (2010), quien sostiene que el método de designación directa resulta una institución perniciosa que incentiva de manera irremediable al árbitro a favorecer a la parte que lo designó:

El incentivo de la parte y su abogado es nombrar a un árbitro que gane el caso. Este incentivo será especialmente fuerte cuando su caso, en cuanto al fondo, no sea particularmente sólido. Podría argumentarse que es deber del abogado nombrar a quien tenga más probabilidades de obtener el mejor resultado para el cliente, independientemente de si, objetivamente, la ley y los hechos favorecen su caso. Una vez seleccionado, el incentivo personal de un árbitro es asegurar su reincorporación al brindarle a su parte un resultado favorable. (p. 1)

Por otra parte, a través de comunicaciones explícitas, cada una de las partes es capaz de influenciar en la decisión de los árbitros de parte, cuando a estos últimos les toca designar al presidente del Tribunal Arbitral, tomando en cuenta que la gran mayoría de reglamentos arbitrales no impiden dichas comunicaciones. En el peor de los escenarios, una de las partes podría llegar a imponer unilateralmente sus preferencias hasta para escoger al presidente del colegiado.

Estos planteamientos no son abstractos. Además de la encuesta citada en las páginas precedentes, se han realizado evaluaciones que prueban el alineamiento del árbitro con la parte que precisamente lo escogió. A través de un análisis de 34 laudos de arbitrajes de inversión emitidos entre 1985 – 2008, Albert Jan Van den Berg (2011) encontró que la mayoría de votos singulares de los árbitros eran firmados por el árbitro designado por la parte vencida del arbitraje. Siendo, así las cosas, los árbitros designados directamente por una parte tienden a alinearse con esta, lo que refuerza la crítica que se hace acerca de su imparcialidad.

Muy por el contrario, el mecanismo *Strike & Rank* no asigna a cada una de las partes, por separado, la labor de nombrar a un árbitro de forma directa. Se ha explicado párrafos atrás que la decisión es consensuada y direccionada por la secretaría arbitral. Precisamente, al requerir de ambas voces, el sesgo de las partes se ve mutuamente diluido. Se debe tener presente que el demandante y el demandado son partes adversarias, por lo cual no es descabellado sostener que se encuentran en un estado de sutil rivalidad ambas. En ese sentido, dotarles la facultad de designar árbitros de forma directa lo que genera es que dicha tensión adversarial se incremente. En cambio, bajo el *Strike & Rank* se descartan los extremos y el o los árbitros que terminan siendo elegidos cuentan con perfiles de mayor moderación, justamente porque son frutos de los criterios de clasificación de las partes.

Asimismo, es importante recordar que las listas no son elaboradas por los sujetos del proceso, sino que estas son realizadas y trasladadas por la secretaría arbitral. Ahora bien, los candidatos en estas listas suelen ser de distintos perfiles académicos y profesionales. Es así que el panorama se ve significativamente ampliado y, por consiguiente, las chances de que se presenten conflictos de interés disminuyen. Es decir, en la designación directa se suelen nombrar a los mismos árbitros, dado que las partes tienen muy bien estudiados a sus árbitros; esto propicia la posibilidad de que, dentro del repetido círculo de árbitros, surjan conflictos de interés.

Situación distinta ocurriría bajo el *Strike & Rank*, por cuanto los candidatos para ser árbitros son

diversos, motivo por el cual el riesgo se reduce. En el peor de los casos en los que este “mismo círculo” también subsista en el *Strike & Rank*, al menos existe el consentimiento de ambas partes en el sentido que ambos clasificaron a sus candidatos arbitrales en función a sus preferencias y, sobre la base de los puntos en común, la secretaría arbitral concilió sus intereses.

4.3. En el *Strike & Rank* también es factible formular objeciones

Cualquier mecanismo de designación de árbitros adolece de defectos. Incluso habiéndose reducido el riesgo del conflicto de interés en el *Strike & Rank*, lo cierto es que en una remota posibilidad los árbitros resultantes de este sistema también podrían corromperse con alguna de las partes. Inclusive, desde su participación en la lista originaria pudo haber sido próximo a una de las partes. Sin embargo, incluso en dicho escenario relativamente utópico, las partes no ven suprimido su derecho a recusar a un árbitro por falta de independencia o imparcialidad; por el contrario, cuentan a su disposición con dicho mecanismo antes y después de la clasificación de los candidatos.

Aunque sea contraintuitivo, en la fase de lista, las partes pueden excluir libremente a los candidatos, precisamente esa es la función del “strike” para esta designación. Como señalan las Notas Prácticas de Arbitraje en Estados Unidos de la American Arbitration Association (2023):

Una recusación en esta etapa del proceso no requiere que la parte recusante explique el fundamento de la misma. En cambio, la parte que objeta a un árbitro específico simplemente elimina su nombre de la lista de árbitros propuestos. (p. 6)

En consecuencia, el descarte consiste en la eliminación del nombre de la lista del árbitro, el cual opera como una suerte de recusación preventiva, tomando en cuenta que no se exige a la parte solicitante que motive su pedido.

Por otro lado, el hecho de que el Tribunal arbitral ya haya sido constituido no descarta la posibilidad de iniciar procedimientos de recusación. Tal como señalan las Notas Prácticas de Arbitraje en Estados Unidos de la American Arbitration Association (2023), indistintamente de cómo haya sido escogidos los árbitros, muchos centros arbitrales regulan la posibilidad de impugnar (recusar) ante el centro al árbitro cuando haya indicios de parcialidad:

Las reglas de las diversas instituciones arbitrales exigen que los árbitros neutrales sean imparciales y permiten que una parte impugne a un árbitro por parcialidad, presentando la impugnación ante la institución arbitral cuando una parte tenga conocimiento de la parcialidad del árbitro. (p. 2)

Inclusive, en el propio expertise arbitral, existen pronunciamientos expresos que apuntan a recusar a los árbitros potencialmente parcializados y que haya sido seleccionados bajo la modalidad *Strike & Rank*. Como bien precisa Platt (2024), en el contexto de arbitrajes bajo el sistema *Strike & Rank* llevado a cabo en el Judicial Arbitration and Mediation Services (JAMS):

Si hay un conflicto de intereses o algo que requiere divulgación, el candidato rechazará el caso y el DRPO elegirá al siguiente candidato (o divulgará el problema si no es un conflicto y procederá a aceptar el asunto). Si todos los candidatos están en conflicto o se niegan a aceptar el nombramiento, cada DRPO tiene su propio proceso para nombrar a un árbitro. En el caso de JAMS, si el proceso de *Strike & Rank* no produce un árbitro, entonces JAMS designará al árbitro.

Esta cita explica que los árbitros candidatos que puedan ser seleccionados a través del *Strike & Rank* también tienen la obligación de revelar el tema puntual que pueda generar conflictos de interés y/o rechazar la propia designación respecto de las partes. Así, en aquellos casos de conflicto de interés, el deber arbitral de declinación sí tiene incidencia práctica en el mundo arbitral y no se limita a ser teoría.

Es así que cualquier arbitraje cuenta con un mecanismo formal de recusación ante las dudas razonables de imparcialidad y/o independencia de las partes sobre los árbitros, incluso si la modalidad de designación de árbitros haya sido bajo el *Strike & Rank*.

4.4. La viabilidad del *Strike & Rank* en el país

En primer lugar, la ley de arbitraje peruana es, a todas luces, compatible con la adopción del mecanismo *Strike & Rank*. El artículo 23 de la ley permite a las partes acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro único o de los árbitros o, en todo caso, someterse al procedimiento que el reglamento del centro arbitral disponga.

Asimismo, el artículo 22.2 de la ley de arbitraje local determina que los árbitros serán nombrados por las partes, por una institución arbitral o por cualquier tercero a quien las partes le haya conferido el encargo. Por añadidura, el artículo 22.5 dispone que, cuando las partes no cumplen con nombrar al árbitro de manera oportuna, se podrá recurrir al tercero o al centro arbitral a cargo del arbitraje a fin de que estos sean los que nombren al árbitro.

Teniendo en consideración lo anterior, en un arbitraje nacional las partes pueden seleccionar como método de designación de árbitros el *Strike & Rank*, en la medida que este mecanismo no se encuentra impedido en el ordenamiento peruano.

Además, ambas partes se encuentran en las mismas condiciones para clasificar a sus árbitros a través del método de listas de la misma forma, por lo cual tampoco se vulnera el derecho a la igualdad, ni cualquier otra clase de derecho.

En esa línea, y sin ir tan lejos, su uso no es ajeno a la región latinoamericana. Por ejemplo, en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (CAC) se ha dispuesto una modificación en torno al nombramiento de los árbitros. Mediante Circular No. 001 del 2023, la Corte de la CAC implementó en su reglamento el sistema internacional de listas como mecanismo principal de designación de árbitros internacionales. La firma colombiana Phillipi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (2023) explica dicho procedimiento de la siguiente forma:

Dentro del término aplicable, el CAC remitirá a cada parte una lista para cada una de las plazas a designar con al menos cinco nombres de candidatos a árbitro. Para procedimientos de árbitro único, el CAC proporcionará una lista con no más de tres nombres, salvo que las partes conjuntamente soliciten un nombre adicional.

Dentro de los 10 días calendarios siguientes al envío de la lista, cada parte regresará la lista al CAC (i) tachando dos nombres de la lista; y (ii) organizando en orden de preferencia los nombres restantes. Una vez recibida la lista, el CAC designará dentro de los 5 días calendario siguientes a los candidatos a árbitro de acuerdo con las circunstancias particulares del caso.

Inclusive, el CAC se ha puesto en la situación en la cual no sea posible designar al árbitro candidato del *Strike & Rank*, por lo cual ha contemplado el siguiente procedimiento a seguir:

Cuando tras tres intentos de designación a través del sistema de listas no sea posible designar al árbitro, operará el mecanismo subsidiario de comisión nominadora, la cual estará integrada por un miembro de la Corte Arbitral, un árbitro internacional extranjero, y el director del CAC. La Comisión Nominadora designará a los candidatos a árbitros internacionales dentro de los siete días calendario siguientes.

Otro ejemplo similar se encuentra en el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje de Venezuela (CEDCA). En este también se ha adoptado el sistema *Strike & Rank* para la elección de árbitros, con un enfoque en el nombramiento “a ciegas” de los árbitros. Al respecto, Velarde y Roca (2023) comentan cómo es que funciona este sistema en dicha institución:

Se comentó el sistema de los “nombramientos ciegos”, en el cual los árbitros no saben qué parte los designó. El reglamento de conciliación y arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y

Arbitraje de Venezuela (“CEDCA”) contempla este sistema. El CEDCA envía a las partes su listado de árbitros. Las partes eliminan el 40% de los candidatos de la lista y proponen 10 candidatos de la lista reducida a la contraparte para conformar un panel de tres árbitros. El tribunal quedará integrado por los candidatos que coincidan en ambas listas. El reglamento del CEDCA establece reglas adicionales en caso las listas reducidas no coincidan en el número de árbitros necesario. Los árbitros designados no sabrán qué parte los designó, lo que reduce el riesgo de parcialidad.

La experiencia comparada demuestra que su implementación es posible y beneficiosa, por lo cual resulta factible la adopción del *Strike & Rank* en el Perú. Tanto en el caso colombiano, como en el venezolano, se demuestra que la implementación del mecanismo apunta a reducir el riesgo de parcialidad y se adecúa, además, a los estándares internacionales de la práctica arbitral. No es una mera invención anglosajona el *Strike & Rank*.

Entonces, ¿por qué en Perú no podría ser así? Puede sostenerse que en los arbitrajes locales las partes asumen posturas bastante confrontacionales, en el sentido que la adversarialidad del demandante y demandado por la selección de los árbitros ocasionaría múltiples incidentes en los arbitrajes.

Al respecto, se debe precisar que dicha objeción se limita a los arbitrajes practicados en el país. A su vez, sobre el hecho de que exista la posibilidad del surgimiento de incidentes en la conformación del Tribunal Arbitral, lo cierto es que no se tiene certeza sobre las probabilidades certeras de dicho supuesto, toda vez que la práctica del *Strike & Rank* en el Perú es ínfima.

Sobre lo que sí es posible comentar es acerca de los incidentes que se configuran en los arbitrajes bajo el esquema de designación directa, tomando en cuenta que esta opera como la regla general. En este mecanismo ordinario se suelen presentar diversos problemas en el procedimiento, tanto en la propia constitución del Tribunal Arbitral como en el transcurso del arbitraje. Por un lado, desde la notificación de la aceptación del árbitro de una de las partes, es posible que la contraparte solicite su recusación (fundada o no), dado que los arbitrajes locales se desarrollan siempre bajo la óptica confrontacional. Por otro lado, en el desarrollo del arbitraje también es probable que las partes formulen pedidos de recusación (fundados o no). Ambos escenarios, pues, tienen como común denominador que, sea cual sea el árbitro designado, incidentes de recusación siempre habrá, toda vez que siempre los moverá la sospecha (razonable o no) de parcialidad del árbitro de su contraparte.

Así, más preferible resultaría el sistema *Strike & Rank*, el cual mitigaría el riesgo de parcialidad (o al menos lo reduciría considerablemente), lo cual

traería consigo la reducción de probabilidades de incidentes de recusación a lo largo del arbitraje. No se tiene certeza sobre las probabilidades de que aparezcan incidentes en la conformación del Tribunal bajo el *Strike & Rank*, pero sí acerca de que dichas probabilidades serían menores a las de la designación directa, tomando en cuenta que —como se ha desarrollado— menos incentivos para desconfiar tienen las partes ante árbitros que han sido seleccionados con la participación conjunta del demandante y demandado.

5. Sobre la reputación del *Strike & Rank* en Perú

Si bien en el país su conocimiento y difusión todavía está en pañales, no deja ser cierto que, con el pasar del tiempo, el *Strike & Rank* viene cobrando mayor relevancia, especialmente por los autores peruanos. A saber, Bullard y Soto (2011) se han animado a incorporar en la relación de diferentes métodos para la designación de los árbitros el “método de listas”, para lo cual determinan sucintamente el *Strike & Rank* de la siguiente manera:

El método de listas tiene diversos sub-métodos. Por ejemplo, uno de ellos consiste en el intercambio entre las partes de una lista de “x” número de potenciales árbitros. Otro, por ejemplo, utilizado por la American Arbitration Association (AAA), consiste en que la AAA alcanza a ambas partes una lista idéntica de potenciales árbitros. (p. 305)

De hecho, este comentario ha sido referenciado en los Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje, lo que dice mucho acerca de la popularidad no menor de este mecanismo para la doctrina local. En la misma línea, Gonzáles-Olaechea (2023) destaca las contingencias del sistema de designación directa de los árbitros y, sobre la base de ello, propone el *Strike & Rank*:

Abundo, existe un incentivo perverso: si un árbitro designado emite un laudo justo favoreciendo a la contraparte, puede ser criticado por no haber defendido bien a “su cliente”. Si su conducta es recurrente, puede ser estigmatizado, perder “credibilidad” y recibir menos encargos. Por tales razones, el riesgo de un conflicto de intereses es manifiesto. (...) Este mecanismo —Strike & Rank— existe en el Ciadi, entidad arbitral del Banco Mundial, y en algunos países, y propongo llamarlo “Sistema de lista optimizada”. Dada la enorme corrupción vivida, adoptándolo aminoraríamos riesgos, procurando mayor independencia, objetividad, probidad y especialización, recordando que “los arbitrajes valen lo que sus árbitros.”

Como se explicó, el árbitro de parte siempre tenderá a favorecer a quien lo escogió, caso contrario la parte que designa lo interpretará como una suerte de traición, motivo por el cual el autor recomienda el *Strike & Rank* por las ventajas que proporciona.

Otra forma de promoción de este sistema es efectuada por Nuñez Del Prado (2020), quien identifica como problema del arbitraje el propio mecanismo ordinario de designación de árbitros e identifica como el mejor sistema de nombramiento arbitral el *Strike & Rank*:

Lo que yo decía es que yo no estoy a favor del sistema de designación directo de los árbitros, (...). Yo creo que el mejor sistema que yo he encontrado de designación de árbitros es el que se llama *Strike & Rank* (...). Entonces la parte no designa directamente a su árbitro, sino que al fin y al cabo tienen una incidencia en la decisión, porque piensan que las personas mejor puntuadas son las personas que le inspiran confianza, que son éticas, que están especializadas, etc.

Es importante subrayar que este autor también identifica el problema de las designaciones repetitivas. Al margen de lo anterior, se aprecia que el mecanismo de designación directa presenta problemas que pueden ser absueltos, o siquiera tratados, por el *Strike & Rank*.

Asimismo, Reggiardo y Dannon (2020) han comentado este mecanismo, equiparando su dinámica al de la teoría económica de los juegos, y precisan que la asunción del cargo de árbitro es determinada a partir de la clasificación de las propias partes:

En el *Strike and Rank*, el nombramiento final dependerá de las decisiones de ambas partes, por lo que se presta a este análisis. El *Strike and Rank* se puede enmarcar dentro de los juegos no cooperativos, en los que no hay coaliciones entre los jugadores ni una comunicación plena, por lo que cada uno actúa independientemente, buscando su mejor resultado. Al aplicar este método las partes usan su veto y jerarquizan a los candidatos sin llegar a un acuerdo con la contraparte, sin ofrecerle toda la información al otro y en búsqueda del nombramiento más conveniente para sus intereses. (p. 8)

Inclusive, la Escuela de Arbitraje de Arbanza (2024) detalla el procedimiento a seguir para la designación de árbitros del *Strike & Rank*, precisando que es una práctica cada vez más extendida:

Una práctica cada vez más extendida: el uso de listas o ballots para la selección del presidente del Tribunal: Cualesquiera que sean las reglas de arbitraje aplicables, es cada vez más frecuente en el arbitraje de inversiones seguir una práctica extendida por el arbitraje comercial consistente en que las Partes acuerdan utilizar un sistema de lista o ballot para la selección del presidente del Tribunal bajo la fórmula de *strike and rank*. (...) En general, el sistema de lista o ballot puede ser un mecanismo útil para la eficiente constitución del Tribunal. (pp. 128-130)

Siendo así las cosas, el nivel reputacional que goza el *Strike & Rank* en el país no es menor, pues hay voces importantes que militan ideológicamente dicho sistema. No solo tiene reconocimiento académico, sino que también en la práctica arbitral se visualiza el *modus operandi* de este mecanismo de designación de árbitros con las ventajas que ofrece.

6. A modo de colofón

El *Strike & Rank* es un mecanismo de designación de árbitros alternativo al sistema de nombramiento directo de los árbitros para su administración del arbitraje. Este último presenta un gran inconveniente: el riesgo de parcialidad de los árbitros con las partes que lo escogieron.

A través de la designación directa del árbitro, efectuada por el demandante y demandado, se genera la figura del árbitro de parte. Esta institución es percibida como una fuente que propicia la parcialidad y del cual los sujetos del proceso tienen absoluto conocimiento. Esta es una problemática a nivel nacional, tomando en cuenta las múltiples designaciones reiteradas de las partes, las cuales han traído consigo, en algunos casos, escándalos de corrupción.

En ese sentido, se propone el *Strike & Rank* como solución a los conflictos de interés en sede nacional. Este método alternativo de designación de árbitros encuentra su origen en el derecho anglosajón y consiste en la clasificación efectuada por el demandante y demandado sobre los árbitros de su preferencia. Para ello, la secretaría arbitral les proporciona una relación de árbitros a través de una lista a efectos de que ellos puedan ordenar a sus árbitros preferidos. Finalmente, sobre la base de las preferencias conjuntas del demandante y demandado, la secretaría nombra a los árbitros mejor clasificados.

Respecto al impacto del *Strike & Rank* frente a los conflictos de interés, corresponde remarcar que este mecanismo cumple una función dilutoria del riesgo de parcialidad de los árbitros, en la medida que la designación de árbitros bajo el *Strike & Rank* es consensuada por el demandante y demandado, más no es unilateral, por lo cual las probabilidades de aparición de algún conflicto de interés de los árbitros con las partes se ven reducidas. Se debe recordar que, en el *Strike & Rank*, la totalidad de los árbitros son escogidos conjuntamente por las partes, por lo cual ambas consienten la asunción del cargo de los miembros del Tribunal Arbitral.

Esta situación no se produce con el sistema de designación directa. En este, cada parte escoge individualmente a su árbitro favorito, por lo cual no participa en su decisión la parte contraria. Y es

precisamente la falta de involucramiento de esta parte lo que siembra en esta alguna sospecha de parcialidad. Por otra parte, en el peor de los escenarios en los que esta sospecha persista bajo el Strike & Rank, las partes aún cuentan con su derecho a formular las objeciones pertinentes, es decir a solicitar la recusación del árbitro por presunta parcialidad.

Por último, este sistema alternativo ha venido ganando adeptos en la comunidad peruana, especialmente entre los profesionales locales del arbitraje, siendo estos conscientes de que su implementación contribuiría enormemente a los conflictos de interés entre los árbitros.

El sistema de designación directa de árbitros no es la salida a los conflictos de interés de los árbitros con las partes. ¿Por qué no intentar con el Strike & Rank?

Lista de referencias

Administered Arbitration Rules (CPR Dispute Resolution). (2019, 1 de marzo).

Berwin Leighton Paisner. (2017). International Arbitration Survey: party appointed arbitrators. *Berwin Leighton Paisner*. <https://www.bclplaw.com/a/web/147194/BLP-Arbitration-survey-2017.pdf>

Bueno, R. (2019, 17 de mayo). *Rosa Bueno de Lercari: el arbitraje en el punto de quiebre*. Cosas. <https://cosas.pe/personalidades/157601/rosa-bueno-de-lercari-el-arbitraje-en-el-punto-de-quiebre/>

Cantuarias, F. (2008). Artículo 23.- Libertad de procedimiento de nombramiento. En A. Bullard y C. Soto (eds.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje, Tomo I* (pp. 301–310). Instituto Peruano de Arbitraje.

Chirinos, R. (2021). Selección de árbitros: Consideraciones relevantes para tomar una decisión efectiva. *Principia*, 4(4), 41–53.

De la Quintana, J. (2019, 5 de noviembre). Imponen prisión preventiva a abogados peruanos acusados de favorecer a Odebrecht. *CNN Latinoamerica*. <https://cnnespanol.cnn.com/2019/11/05/alerta-imponen-prision-preventiva-abogados-peruanos-acusados-de-favorecer-a-odebrecht>

Commercial Disputes Arbitration Rules and Mediation Procedures (ICDR-American Arbitration Association). (1 de marzo de 2021).

Ezcurra, H. (2019, 21 de febrero). Huáscar Ezcurra: "En los arbitrajes las designaciones repetidas son un problema". *Radio Nacional Perú*. <https://www.radionacional.gob.pe/noticias/el-informativo/huascar-ezcurra-en-los-arbitrajes-las-designaciones-repetidas-son-un-problema>

González-Olaechea, J. (2023, 16 de marzo). El arbitraje, una propuesta disruptiva. *El Comercio*. <https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/el-arbitraje-una-propuesta-disruptiva-por-javier-gonzalez-olaechea-franco-noticia/?ref=ecr>

Gorriti, G. & Mella, R. (2019). Cómo se compró árbitros y arbitrajes. *IDL Reporteros*. <https://www.idl-reporteros.pe/como-se-compro-arbitros-y-arbitrajes/>

LP Pasión por el derecho. (2020, 1 de abril). *¿El arbitraje como jurisdicción por defecto? Entrevista a Fabio Nuñez del Prado* [videograbación]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=bLby1RWUpzc&t=979s>

Netherlands Arbitration Institute. History of the NAI. <https://nai.nl/history-of-the-nai/>

Practical Law Arbitration. (2023). Challenges Based on Arbitrator Bias in US Arbitration. *American Arbitration Association*. <https://go.adr.org/rs/294-SFS-516/images/Disclosure%20Topic%20%20Challenges%20Based%20on%20Arbitrator%20Bias%20in%20US%20Arbitration.pdf>

Permanent Court of Arbitration. (2020, 11, mayo). Mechanisms for selection and appointment of presiding arbitrators or sole arbitrators. [Documento técnico presentado ante el Working Group III de UNCITRAL]. *Permanent Court of Arbitration*.

Platt, D. (2024, 1 de mayo). *A look inside strike lists and how arbitrators are selected*. Daily Journal. <https://www.dailyjournal.com/articles/378334-a-look-inside-strike-lists-and-how-arbitrators-are-selected>

Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría. (2023, 15 de junio). *El CAC modifica su mecanismo de nombramiento de árbitros internacionales*. Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría <https://ppulegal.com/ppu-legal/cac-modifica-mecanismo-nombramiento-de-arbitros-internacionales/#:~:text=Mediante%20la%20Circular%20No.,el%20mecanismo%20de%20comisi%C3%B3n%20nominadora>

Reggiardo, M. & Dannon, A. (2020). El método Strike and Rank para nombrar presidente de tribunal arbitral. *Revista del Club Español del Arbitraje*, pp. 1–16.

Ribco, Y. & Espinoza, S. (2024). *Guía de Arbitraje de inversión*. Arbanza. <https://www.lalive.law/wp-content/uploads/2024/02/Guia-de-Arbitraje-de-Inversion-ARBANZA.pdf>

Rosenberg, C. & André O. (2015). *Selecting party-appointed arbitrators through a screened selection process: The best of both worlds*. Law360. <https://static.cpradr.org/docs/Law360Andre.pdf>

Smit, H. (2010). The pernicious institution of the party-appointed arbitrator. *Columbia FDI Perspectives*, (33). <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/253867/1/fdi-perspectives-no033.pdf>

Soto, C. & Bullard, A. (2011). *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (Tomo I). Instituto Peruano de Arbitraje. <https://www.ipa.pe/pdf/tomo-i-comentarios-ley-peruana-arbitraje.pdf>

United States Courts. (s. f.). *Juror Selection Process*. United States Courts. <https://www.uscourts.gov/court-programs/jury-service/juror-selection-process>

Van den Berg, A. (2011). Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment

Arbitration. En Arsanjani, M., Cogan, J., Sloane, R. (eds). *Looking to the future: Essays on international law in honor of W. Michael Reisman* (pp. 821–843). Brill.

Velarde, L. & Roca, M. (2023, 6 de noviembre). *¿Ha llegado el momento de eliminar el sistema de designación de árbitros por las partes y establecer un sistema de designación por medio de instituciones (o alternativo)?* Delos: Dispute Resolution. <https://delosdr.org/ha-llegado-el-momento-de-eliminar-el-sistema-de-designacion-de-arbitros-por-las-partes-y-establecer-un-sistema-de-designacion-por-medio-de-instituciones-o-alternativo/#:~:text=%E2%80%93Se%20coment%C3%B3%20el%20sistema,Los%20%C3%A1rbitros%20designados%20no>