

Final Offer Arbitration

Julio Martín Wong Abad*

“El mejor procedimiento arbitral es aquel que logra que nunca recurramos a él”
Michael A. Kuhn.

1. Presentación

Hace unas semanas, durante el desarrollo de un interesante Congreso Internacional de Arbitraje, uno de los expositores extranjeros relató que durante las negociaciones de un contrato internacional entre una empresa americana y una firma argentina la primera de ellas había logrado que se incluyera una cláusula arbitral denominada *baseball arbitration* o *final offer arbitration* sin mayor protesta de los abogados de la empresa latinoamericana. Sin embargo, nos contó el ponente, cuando surgieron los problemas, los colegas argentinos descubrieron que no conocían todas las implicancias derivadas de pactar este tipo de arbitraje.

Luego de la exposición, durante la pausa-café que suele programarse en este tipo de eventos, pude comprobar que pocas de las personas con las cuales conversaba conocían el *final offer arbitration*; por mi parte, y por pura casualidad, sí me había topado con un caso en el cual se había tratado, si bien indirectamente, con este tipo de procedimiento arbitral¹.

Por estos motivos cuando días después los amigos de Thomson Reuters me invitaron a participar en su revista me pareció útil realizar una pequeña investigación sobre esta modalidad de arbitraje. Como es obvio, por la profesión que desempeño en este momento, no soy ni mucho menos un

* Juez Superior Titular de la Corte de Justicia de Lima. Profesor de Derecho civil.

¹ Hace varios años tuve la oportunidad de conocer un proceso judicial en el cual un destacado contador público reclamaba el pago de sus honorarios por su participación como árbitro en un conflicto empresarial.

Dos empresas muy importantes, que se encontraban negociando la absorción de una ellas por la otra se habían entrampado en una discusión sobre el valor de unos activos, por ese motivo acordaron someter esta diferencia a arbitraje ordenando al árbitro que eligiera entre las ofertas finales que se habían realizado antes de cerrar la etapa de negociaciones.

El contador cumplió con el encargo y la parte perdedora, a pesar de que había exonerado expresamente al árbitro de su deber de motivar la elección, se negó a pagar los honorarios acordados alegando que un laudo inmotivado constituía un incumplimiento de las obligaciones previstas en la ley.

Nuestra Sala declaró fundada la demanda y, por mi parte, tuve la oportunidad de conocer esta interesante forma de arbitraje.

especialista en el tema, no obstante ello, dado que el fin de este artículo es simplemente informativo, me he atrevido a ingresar en terrenos alejados por ahora de mi práctica legal diaria.

2. Un concepto elemental

En el *final offer arbitration*, también llamado “*last, best offer*” o “*baseball arbitration*”, el árbitro, por encargo de las partes, debe escoger entre las ofertas finales realizadas antes de dar por finalizada la etapa de negociación, es decir, a diferencia del arbitraje convencional en el cual el árbitro puede alcanzar una solución propia con la única limitación de que esta se encuentre en cualquier punto dentro del continuo que va de la posición de una de las partes a la de la otra, en el arbitraje de oferta final el árbitro está constreñido a elegir la oferta *in toto* que se encuentre más cerca de la que él considera la posición adecuada².

Supongamos, para graficar con un ejemplo, que dos partes se encuentran discutiendo sobre el monto de los daños producidos en un accidente, las negociaciones son duras y ninguna cede en sus reclamos así que se llega a las siguientes ofertas finales: el agraviado sostiene que no se encuentra dispuesto a recibir menos de S/. 1'000.000.00 (Un millón y 00/100 nuevos soles) mientras que por su parte el causante del daño ofrece únicamente la suma de S/. 500,000.00 (Quinientos mil y 00/100 nuevos soles), por consiguiente, someten su diferencia a un arbitraje de oferta final.

En el caso propuesto el árbitro deberá establecer, en primer lugar, cuál es, en su opinión, el importe de los daños; si, para seguir con el ejemplo, él considerara que estos ascienden a S/ 700,000.00 (Setecientos mil y 00/100 nuevos soles) entonces le bastará comparar esta suma con las ofertas finales de las partes y, por tanto, declarará en el laudo que el monto a pagar será de S/. 500,000.00 (Quinientos mil y 00/100 nuevos soles) dado que, como es evidente, es la propuesta más cercana a la suma que él considera más adecuada

3. Los orígenes del *Final Offer Arbitration*

El *final offer arbitration* se denomina también *baseball arbitration* porque fue utilizado por primera vez para resolver los conflictos salariales entre los jugadores de la liga de beisbol americana y los dueños de los equipos. Aunque el arbitraje es una forma muy antigua de resolver conflictos laborales en los Estados Unidos³ y, aun cuando no fue la primera liga deportiva profesional que lo utilizó para resolver sus conflictos, sí puede afirmarse que corresponde a la

² CARREL, Michael y Bales, Richard. *Considering Final Offer Arbitration to Resolve Public Sector Impasses in Times of Concession Bargaining* en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2000185 , p. 1.

³ Según GOULD desde 1903 (GOULD, William B. *A primer on American labor law*, 4th ed., MIT, Massachusetts, 2004; p. 141.

liga de beisbol americana el mérito de haber adoptado⁴, desde 1974, un procedimiento arbitral llamado “caso único” por sus particulares características⁵.

El procedimiento en sí es muy sencillo: tiene como única actuación procesal una audiencia en la cual se presenta y fundamenta la demanda, se recibe la contestación, se presentan y discuten las pruebas (generalmente reportes estadísticos que dan cuenta del rendimiento del jugador), se escucha a los expertos de cada parte, los cuales explican y ponen en contexto los reportes mencionados.

Después, según relata ABRAMS:

“Dentro de las veinticuatro horas de realizada la audiencia, los árbitros deben elegir entre la demanda del jugador o la oferta del club. No puede proponerse una solución de compromiso, no existe explicación y tampoco demora”⁶.

El mismo autor, quien tuvo la oportunidad de participar como árbitro en este tipo de procedimientos, nos cuenta en qué consistió su labor en un caso particular:

“Resolver la disputa sobre el salario de un jugador involucra comparar su performance – tanto en el año anterior como a lo largo de su carrera- con la de otros jugadores de su misma categoría. Mi tarea era determinar si el jugador merecía más o menos de US \$ 725,000, el punto medio entre su demanda y la oferta del club. Si su justo valor en el mercado era \$ 1 más de \$725,000, su demanda era fundada.; si era \$1 menos, entonces su salario sería la cantidad ofrecida por el equipo. Yo tenía 24 horas para tomar mi decisión”⁷.

Aunque seguramente nos maravilla que un proceso arbitral dure únicamente dos días, lo más importante en este diseño procedimental no es tanto la celeridad que imprime a las actuaciones arbitrales sino, más bien, el efecto que este diseño tiene sobre la etapa de negociaciones al incrementar el riesgo que representa para las partes llegar hasta el arbitraje⁸. En efecto, las partes no solo enfrentan la posibilidad de ver desechada su propuesta completamente

⁴ Según DECK, FARMER y ZENG el arbitraje de oferta final fue propuesto por Carl M Stevens en un artículo publicado en 1966 titulado “Is Compulsory Arbitration Compatible with Bargaining?”. (DECK, Cary, FARMER, Amy y ZENG Dao-Zhi. *Amended Final-Offer Arbitration: Evidence from Laboratory* en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=726242, p. 2).

⁵ ABRAMS, Roger I. *The money pitch: baseball free agency and salary arbitration*, Temple University Press, Philadelphia, 2000; p. 146.

⁶ Ibid., p. 146-147.

⁷ Ibid. 154.

⁸ DICKINSON, David L. *A Comparison of Conventional, Final-Offer, and “Combined” Arbitration for Dispute Resolution*, Cornell University ILR School, Volume 57, Number 2, Article 7 (<http://digitalcommons.irl.cornell.edu/ilereview>), p. 289.

sino también saben que el brevísimo plazo que se le otorga al árbitro para decidir aumenta la posibilidad de error y, por consiguiente, aumenta también la incertidumbre del resultado.

4. Ventajas del *final offer arbitration*

En una negociación cuya resolución final, en caso de falta de acuerdo, va a ser decidida mediante arbitraje las partes pueden considerar que la decisión que finalmente adoptará el árbitro siempre será mejor que el acuerdo que pueden alcanzar tratando directamente con su contraparte, en estos casos se producirá el llamado "*chilling effect*", es decir, las partes "enfriarán" las negociaciones esperando que el árbitro solucione el problema por ellas⁹.

De acuerdo a la teoría este comportamiento estratégico es desalentado por el *final offer arbitration* pues por la forma en la que está diseñado este tipo de procedimiento la parte que realice la propuesta más razonable incrementará las posibilidades de que su posición sea elegida por el árbitro; de esta forma, se sostiene, las partes tienen un mayor incentivo para acercar sus posiciones y, finalmente, una mayor oportunidad de arreglar por si mismas sus diferencias¹⁰. Se puede afirmar, por ello, que el *final offer* está diseñado para que las partes resuelvan sus conflictos en forma negociada evitando recurrir al arbitraje¹¹.

Otra importante ventaja de este tipo de arbitraje es que impide que los árbitros resuelvan el conflicto simplemente dividiendo la diferencia (*split the difference*) entre las partes, alcanzando de ese modo una solución de compromiso que finalmente lo único que promueve es la adopción de posiciones irrazonables.

En efecto, cuando los involucrados en una negociación prevén este comportamiento en el árbitro lo que harán es incrementar o reducir sus ofertas para lograr que el punto medio de la diferencia se encuentre lo más cerca posible de sus puntos mínimos de acuerdo¹².

Adicionalmente, el arbitraje de oferta final atacaría el llamado *narcotic effect* del arbitraje, el cual ha sido definido como la propensión que crea el arbitraje para recurrir a él en forma habitual con el fin de evitar tanto una dura negociación, como la responsabilidad por los resultados derivados de ella¹³.

⁹ LOCK, Amy. *Hybrid processes in ADR Final-offer arbitration*, p. 1 en <http://epublications.bond.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1431&context=adr>

¹⁰ Ibid.

¹¹ ABRAMS, op.cit., p. 148.

¹² LOCK, Op. cit., p. 2.

¹³ BOLTON, Gary E. y KATOK, Elena. *Reinterpreting Arbitration's Narcotic Effect: An Experimental Study of Learning in Repeated*, Games and Economic Behavior 25, 1-33, 1998; p. 3.

Sin embargo, a pesar de todo, estas conclusiones, así como la evidencia empírica que las apoya, se encuentra sujeta a una amplia discusión¹⁴.

5. Modalidades del *final offer arbitration*

Se ha desarrollado dos modalidades del *final offer arbitration*, la primera, conocida como “*day*” es la que ya hemos mencionado, el árbitro recibe las ofertas de las partes y debe elegir la que se encuentra más cerca de la posición que considera correcta. En la versión “*night*” por el contrario, el árbitro no conoce de antemano las ofertas de las partes sino que primero debe llegar a su solución personal, y solo después, descubrirá los ofrecimientos realizados para elegir el más cercano a su posición¹⁵.

Se afirma que:

“Es más probable que la versión “*night*” funcione cuando las partes están negociando sobre un solo asunto –tal como salarios en el *baseball arbitration*. Es menos probable que funcione cuando las partes están funcionando sobre múltiples asuntos, porque en este caso es mucho más difícil comprobar cuál de las ofertas es la más cercana a la determinación del árbitro”¹⁶.

El *final offer arbitration* se ha incorporado también a otras formas de resolución de conflictos. Así, la doctrina menciona por ejemplo, el Med/Arb¹⁷ en la cual si la mediación resulta infructuosa en lugar de un arbitraje convencional las partes someten al mediador, convertido ahora en árbitro, su última oferta, autorizándolo a elegir la que se convertirá en el contenido de la decisión vinculante para ambas¹⁸.

Asimismo, se han propuesto otras variantes desarrolladas a partir del *final offer arbitration*, mencionaremos solo dos de ellas, la *double offer arbitration* y la *amended final offer arbitration*.

En la primera las partes no solo someten una oferta final sino que adjuntan a esta una segunda estimación, pero no de sus propias expectativas y tampoco sobre las de su contraparte, sino de la solución que esperan recibir del árbitro, es decir, del resultado deseado por el árbitro. Según la teoría las ofertas secundarias tenderán a converger haciendo innecesaria la resolución por el

¹⁴ Revítese, para un buen resumen de la discusión, BENSON, Bruce L. *Arbitration* – Encyclopedia of Law and Economics en <http://encyclo.findlaw.com/7500book.pdf>

¹⁵ CARREL, Michael y Bales, Richard, Op. cit., p. 24.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Mediación/Arbitraje.

¹⁸ RUBINO-SAMMARTANO, Mauro *International Arbitration Law and Practice*, Segunda Edición, Kluwer Law International, Holanda, 2001; p. 20.

árbitro pues el acuerdo se formara simplemente por el encuentro de estas segundas ofertas¹⁹.

En la *amended final offer* la oferta más cercana a la opinión del árbitro siempre será la ganadora pero la cantidad exacta que será pagada se determinara por la desviación de la oferta del perdedor respecto del valor determinado por el árbitro²⁰.

6. El arbitraje de oferta final en nuestro país

Una versión del arbitraje de oferta final se encuentra prevista en el artículo 65 del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo:

Artículo 65.- El laudo no podrá establecer una solución distinta a las propuestas finales de las partes ni combinar planteamientos de una y otra. El laudo recogerá en su integridad la propuesta final de una de las partes. Sin embargo, por su naturaleza de fallo de equidad, podrá atenuar posiciones extremas. Para la decisión deberán tenerse presente las conclusiones del dictamen a que se refiere el artículo 56.

En la línea de los planteamientos que hemos desarrollado anteriormente se sostiene que este tipo de arbitraje “es un importante mecanismo para imponer costos de disputa sobre el empleador y el sindicato, de tal manera que ambos prefieran llegar a una solución a través de un acuerdo negociado antes que asumir un arbitraje”²¹.

Lamentablemente, no hemos encontrado en nuestra rápida revisión ningún estudio que cuente con evidencia empírica sobre la efectividad de este tipo de arbitraje en nuestro país.

En cuanto al arbitraje privado, que resulta nuestra principal preocupación, parece evidente que no existe obstáculo alguno para que este diseño procesal pueda ser utilizado también en él pues, como debemos recordar, la mayor ventaja que se reconoce al arbitraje es su flexibilidad para ajustarse a las formas que las partes consideran más apropiadas para resolver sus conflictos sobre materias disponibles.

¹⁹ DICKINSON, David L. *Bargaining Outcomes with Double-Offer Arbitration*. *Experimental Economics*, 8(2), 145-66, Junio 2005 en http://libres.uncg.edu/ir/asu/f/Dickinson_David_2005_Bargaining_Outcomes.pdf

²⁰ DECK, Cary, FARMER, Amy y ZENG Dao-Zhi. *Amended Final-Offer Arbitration: Evidence from Laboratory* en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=726242, p. 3.

²¹ FLORES BORDA, Guillermo. *Teoría de Juegos y Derecho: “Arbitraje de Oferta Final”*, Center for Game Theory in Law en <http://www.escholarship.org/uc/item/7hc9g5p7>. Este artículo, por lo demás, es una magnífica introducción para el examen del arbitraje laboral de oferta final desde la perspectiva de la teoría de juegos.

El principio mencionado se ve plasmado en el artículo 34.1 de la Ley de Arbitraje (la Ley), el cual establece que las partes pueden determinar libremente las reglas a las que se someterán los árbitros en sus actuaciones, es decir, el diseño del proceso queda totalmente en manos de las partes involucradas.

Sin embargo, debe tenerse presente que la flexibilidad del arbitraje tiene también algunos límites pues, ya sea que se utilice el *final offer* en su forma original o junto con otros medios de resolución de conflictos, la elección del árbitro deberá plasmarse en un laudo respetando los requisitos formales establecidos en el artículo 55 de la Ley.

Una interrogante que resulta interesante plantearse es si en este tipo de laudos los árbitros deben cumplir con el deber de fundamentar el laudo, en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 56.1 de la Ley. En nuestra opinión quien pacta un *final offer arbitration*, conociendo que una de sus características es la falta de motivación de la decisión adoptada, está exonerando implícitamente al árbitro del deber de fundamentar el laudo.

Por tanto, desde nuestro punto de vista, si las partes desean un laudo motivado, en el cual se expliquen las razones que sustentan el precio de mercado que servirá para elegir entre las posiciones en conflicto, deberán pactarlo expresamente.

Sin embargo, un sano consejo para las partes que se sometan a esta forma procesal sería que establecieran en forma expresa si el laudo deberá o no ser motivado.

7. Palabras Finales

En nuestra opinión el arbitraje de oferta final no debería considerarse como una alternativa general al arbitraje convencional, nos parece, por el contrario, que este tipo de arbitraje solo resulta conveniente para conflictos muy acotados, generalmente de determinación de cuantía, que las partes deberán analizar cuidadosamente con el fin de acordar si deben resolverlos a través del arbitraje de oferta final.

Actualmente se escuchan muchas quejas sobre lo que se ha llegado a denominar la “judicialización” del arbitraje, con este rótulo se quiere denunciar la trasposición de las formas y vicios del proceso judicial al anteriormente flexible y célere proceso arbitral. Desde mi punto de vista esta “judicialización” también ha tenido algunas ventajas: ha permitido que muchas más personas utilicen el arbitraje como forma de resolver sus conflictos al dotar al proceso que origina de un ambiente más familiar para los usuarios inexpertos en esta forma de resolver conflictos²².

²² “Antes de rechazar todas las reglas arbitrales como perniciosas uno debería considerar que un sistema basado sobre la informalidad y la flexibilidad, como

La “judicialización” también permite que quienes temen la novedad cuenten con garantías similares a las de un proceso judicial y, por consiguiente, permite que los usuarios temerosos se adentren con más confianza en un proceso que, de otra forma, no sería utilizado masivamente.

Los actores más sofisticados, por otro lado, si quieren evitar esa denostada “judicialización” pueden pactar formas más elaboradas como el *final offer arbitration*, pues la maravillosa flexibilidad del arbitraje permite satisfacer los intereses tanto de los inexpertos como de los profesionales, debido a que estos últimos siempre podrán aligerar las garantías procesales, y las formalidades que estas implican, diseñando un procedimiento acorde a sus específicas necesidades.

Lima, 10 de junio de 2013

históricamente ha sido el caso del arbitraje, está permanentemente en peligro de llegar a ser un sistema cerrado. Sin reglas que guíen al recién llegado, un sistema puede llegar a ser un reservado solo para los iniciados, que hablan solamente su propio y arcano lenguaje, inaccesible para los forasteros que no saben cómo jugar el juego. Un conjunto de reglas, disponible y obligatorias para todos, permite a los aprendices a embarcarse en el arbitraje con la razonable confianza que al menos las más grandes rocas en el curso han sido identificadas” (John M. Townsend en el prólogo a GUSY, Martin F., HOSKING, James H. y SCHWARZ, Franz T. *A Guide to The ICDR International Arbitration Rules*, Oxford University Press, New York, 2011; p. v).