



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Internacional

ARBITRAJE DE ÚLTIMA OFERTA

UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor:

Alexis Muñoz Fuentes

Profesor Guía:

Eduardo Picand Albónico

Santiago, 2021

Índice

RESUMEN	4
INTRODUCCIÓN	5
PRIMERA PARTE	11
CAPÍTULO I	12
A. <i>Concepto del Arbitraje de Última Oferta</i>	13
i. Chilling Effect o enfriamiento de las negociaciones	14
ii. Costos en el Arbitraje	17
a. Teoría de Juegos	19
b. Zona de Acuerdo	21
c. Elementos del Arbitraje de Última Oferta	22
i. Los Costos	22
ii. Noción de Fallo Justo	23
iii. Incertidumbre	25
iv. Aversión al Riesgo	27
d. Calidad del Laudo	29
e. Conclusiones sobre la operatividad del Arbitraje de Última Oferta	31
B. <i>Ventajas y Desventajas del Procedimiento de Arbitraje de Última Oferta</i>	34
a. Ventajas del FOA	34
b. Desventajas del FOA	36
C. <i>Variantes</i>	36
a. Paquete Completo (<i>Whole Package</i>)	37
b. Asunto por Asunto (<i>Issue-by-Issue</i>)	38
c. Triple Oferta	40
d. FOA de múltiples rondas	41
a. Dobles Ofertas Finales	41
D. <i>Enfriamiento de las Negociaciones y el Arbitraje de Última Oferta como ‘antídoto’</i>	41
CAPÍTULO II	45
A. <i>Naturaleza Jurídica del Arbitraje de Última Oferta</i>	45
B. <i>Marco Normativo</i>	50
a. Regulación General	50
i. Arbitraje Doméstico e Internacional	50
ii. Regulación nacional del Arbitraje: Dualismo y Monismo	52
iii. Autonomía de la Voluntad	56
b. Reglas de Procedimiento	56
i. Ley de la Sede	57
ii. Autonomía de la Voluntad y determinación del procedimiento	58
iii. Reglas Suplementarias de Arbitraje de Última Oferta del Centro Internacional de Resolución de Disputas y la Asociación Americana de Arbitraje	60
C. <i>Lugar dentro del Arbitraje y los mecanismos alternativos de solución de conflictos</i>	65
a. ADR y Arbitraje	65
i. Alternative Dispute Resolution (ADR)	65
ii. Comparativa entre ADR (mediación) y Arbitraje	67
b. Arbitraje de Última Oferta y Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos	71
c. Arbitraje de Última Oferta y Arbitraje Convencional	73
SEGUNDA PARTE	75
CAPÍTULO III	76
A. <i>Arbitraje Salarial en la MLB</i>	76
B. <i>Disputas laborales en el sector público estadounidense</i>	79
C. <i>Disputas laborales en el sector privado del Reino Unido</i>	79
D. <i>Disputas derivadas del transporte</i>	80
E. <i>Disputas en materia de telecomunicaciones</i>	81
F. <i>Disputas tributarias</i>	82

<i>D. Otros contextos de aplicación práctica</i>	83
CAPÍTULO IV	87
<i>A. Tipos de controversias que se beneficiarían del procedimiento del FOA</i>	87
a. Consideraciones preliminares	87
b. Tipologías de conflictos que pueden beneficiarse del Arbitraje de Última Oferta	89
i. Asuntos de determinación de valores patrimoniales	90
ii. Creación artificial de condiciones de mercado	91
iii. Desbalances de poder	91
iv. Mantenimiento de la relación de las partes, bajos costos y rapidez del procedimiento	92
<i>B. Sectores en que se ha propuesto la aplicación del FOA</i>	93
a. Contextos regulatorios	94
b. Controversias en el Fútbol Europeo	94
c. Arbitraje Comercial Internacional	96
d. Contratos inteligentes	96
CAPÍTULO V	100
<i>A. Arbitrariedad, Razonamiento y Calidad de Laudos</i>	101
<i>B. Laudos Desproporcionados</i>	105
<i>C. Ejecutabilidad de Laudos FOA</i>	106
a. Reconocimiento y ejecución de laudo dictado sin referencia al derecho aplicable	107
b. Infrapetita	108
c. Infracción al debido proceso	108
TERCERA PARTE	111
CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS	112
BIBLIOGRAFÍA	118

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto el estudio del Arbitraje de Última Oferta, un procedimiento que si bien tiene larga data y es utilizado en diversos contextos en la actualidad, no es de común conocimiento por los juristas. Tratándose de un procedimiento innovador, reviste de interés por sus posibles aplicaciones para una variedad de conflictos que se beneficiarían de su particular mecánica y finalidad: se trata de un arbitraje que tiene por objetivo la consecución de un acuerdo negociado por las partes. La pregunta es si acaso es un procedimiento que es posible aplicar para disputas sometidas comúnmente al arbitraje comercial internacional, y si acaso es preferible frente a este último.

Para el desarrollo de esta investigación, se recopiló y analizó la doctrina relevante sobre la materia, tanto en su dimensión jurídica como matemática (es un procedimiento que ha sido objeto de modelos analíticos basados en la teoría de juegos), y se desarrolló sobre su marco normativo, contexto, y críticas desde el Derecho Internacional Privado. La conclusión de la investigación es que no solo se trata de un procedimiento arbitral sólido y eficiente, sino que también puede ser tremendamente útil para una variedad de conflictos, cuyas características son explicadas. Asimismo, se recomienda una evaluación previa para cada conflicto que se quiera someter al procedimiento, según los lineamientos que se exponen.

Abstract

The purpose of this paper is the study of Final Offer Arbitration, a procedure that, although has a long history and is currently used in several contexts, is not commonly known by jurists. Being an innovative procedure, it is of interest because of its possible applications for a variety of conflicts that would benefit from its particular mechanics and purpose: it is an arbitration that aims to achieve an agreement negotiated by the parties. The question is whether it is a procedure that can be applied to disputes commonly submitted to international commercial arbitration, and whether it is preferable to the latter.

For the development of this research, the relevant doctrine on the matter was compiled and analyzed, both in its legal and mathematical dimension (it is a procedure that has been the subject of analytical models based on game theory), and its normative framework, context, and criticisms from Private International Law were developed. The results shed light on the questions raised in the paper, and the conclusion is that it is not only a sound and efficient arbitration procedure, but that it can also be tremendously useful for a variety of conflicts, whose characteristics are explained. Furthermore, a prior evaluation is recommended for each dispute to be submitted to the procedure, according to the guidelines set forth.

Introducción

No hace mucho que el arbitraje se ha posicionado como uno de los medios de resolución de controversias más relevantes del panorama global, y su éxito contemporáneo es consecuencia de un desarrollo normativo y jurisprudencial realizado durante el Siglo XX. Si bien sus orígenes han sido rastreados hasta Roma¹ e incluso Grecia², no ha sido sino por los esfuerzos internacionales concretados en diversos instrumentos internacionales³ y el trabajo de diversas instituciones como, por ejemplo, la CNUDMI, que el arbitraje ha alcanzado la posición que ostenta actualmente.

En efecto, el uso del arbitraje no ha hecho más que aumentar en los últimos años. En el caso de la Cámara de Comercio Internacional, durante el año 2020 se recibieron 946 casos nuevos –la cifra más alta a la fecha–, de los cuales 929 se sometieron a las reglas de arbitraje de dicha institución, alcanzando el mayor número de casos administrados con arreglo al Reglamento de Arbitraje de la CCI (1.833). En igual tendencia, en el año 2020 se registró el mayor número tanto de partes implicadas en arbitraje (2.507) como de nombramientos o confirmaciones de árbitros (1.520), lo que constituye un récord para la institución⁴. De forma análoga, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA, por sus siglas en inglés) registró un alza de 18% en la cantidad de casos administrados bajo el Reglamento de Arbitraje LCIA para el mismo año respecto del anterior⁵, lo que constituye su máximo histórico. Otras instituciones administradoras de arbitraje también han visto incrementadas las cifras de casos administrados⁶.

¹ Villalba, Juan Carlos, Moscoso, Rodrigo. “Orígenes y Panorama Actual del Arbitraje”. *Prolegómenos: Derechos y Valores* Vol. 11, N° 22 (2008), p. 142.

² Sobre ello, ver: Ager, Sheila. *Interstate Arbitrations in the Greek World 337-90 B.C.* 1ª edición. Berkeley: University of California Press, 1996. 544 p.

³ Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrajes extranjeros; Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional; Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, entre otros

⁴ International Chamber of Commerce. *ICC Dispute Resolution 2020 Statistics Report*, 2020. Disponible en: <https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics-2020/> (última vez visitado el 26 de agosto de 2021).

⁵ London Court of International Arbitration. *2020 Annual Casework Report*, 2020. Disponible en: <https://www.lcia.org/News/lcia-news-annual-casework-report-2020-and-changes-to-the-lcia-c.aspx> (última vez visitado el 26 de agosto de 2021). Asimismo, comparando los casos registrados entre 2019 y 2020 en el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, se verificó un incremento de 38 casos (213 vs 175), constituyendo el segundo año con más carga en centro. Ver: <https://sccinstitute.com/about-the-scc/news/2021/scc-releases-statistics-for-2020/> (última vez visto el 13 de noviembre de 2021).

⁶ Casos similares se presentaron en el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC, por sus siglas en inglés), que en octubre de 2020 reportó un record histórico de 1.005 arbitrajes administrados, rompiendo el récord del año anterior (Singapur International Arbitration Centre. *SIAC Opens Office in New York and Announces New Record Caseload*, 3 de diciembre de 2020, disponible en: <https://www.siac.org.sg/69-siac-news/684-siac-opens-office-in-new-york-and-announces-new-record-caseload>, última vez visitado el 26 de agosto de 2021); y en el caso de Latinoamérica, el Centro de Arbitraje y Mediación de la

Existen múltiples razones que explican el auge del arbitraje respecto de otros mecanismos de solución de controversias tradicionales, como la litigación ante tribunales nacionales. Por una parte, los autores Alan Redfern y Martin Hunter esbozan dos principales razones por las que el arbitraje es preferible: la neutralidad tanto del lugar de arbitraje como del tribunal arbitral, y la capacidad de los laudos de ser ejecutados no solo en la sede en que fueron dictados, sino también en cualquier otro estado (cualidad comúnmente denominada ‘*enforcement*’)⁷. Otras razones generalmente aceptadas son la flexibilidad, autonomía, rapidez, y la calidad de experto que un árbitro puede tener sobre el tema sometido a su conocimiento. Lo anterior se vuelve más relevante en atención a la comparativa lentitud de los tribunales nacionales, su falta de flexibilidad y la poca incidencia de las partes en cuanto a las reglas del procedimiento.

Lo cierto es que el arbitraje es una herramienta poderosa que sirve satisfactoriamente los intereses de las partes que acuden a él en desmedro de la litigación nacional. Sin embargo, al mismo tiempo en que el arbitraje se acerca a su apogeo, distintos medios alternativos de resolución de conflicto se vuelven también cada vez más relevantes. Ejemplo de ello es la encuesta sobre arbitraje internacional de la Queen Mary University of London en colaboración con White & Case para el año 2021: 90% de los encuestados escogieron al arbitraje como su medio preferido de resolución de disputas, con un 59% de las preferencias escogiéndolas en conjunto con otros métodos alternativos de resolución de disputas, en contraste con el 31% que lo prefirió como única vía⁸. El contraste es notable si se compara con la encuesta de la misma autoría para el año 2015, en que solo el 34% de los encuestados prefirió el arbitraje en conjunto con otros *ADR*, contra un 56% que lo prefirió como fórmula independiente⁹.

¿Qué explica la inversión de estas cifras en media década? Son muchas las respuestas que pueden darse a este punto, y lo cierto es que la tendencia muestra que los mecanismos alternativos de solución de disputas, distintos al arbitraje, merecen ser tomados en consideración cuando se trata de escoger la forma

Cámara de Comercio de Santiago registró en 2019 un incremento de casos administrados del 19% respecto del año anterior, notando además un incremento de tasa 12% anual desde 2012 (Boletín N° 1/2020, disponible en: www.camsantiago.cl).

⁷ Redfern, Alan, y Hunter, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2015, pp. 28-29. Ver también: Mojašević, Aleksandar. “Final Offer Arbitration: an innovative institution in the ADR market”. *Facta Universitatis, Law and Politics* Vol. 14, N° 4 (2016), p. 484.

⁸ Se le clarificó a los encuestados que los medios alternativos de resolución de disputas podían tratarse de adjudicación, *dispute boards*, determinación de expertos, mediación y negociación, pero no arbitraje ni litigación. Queen Mary University of London. *2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World*, 2021, p. 5. Disponible en: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2021-international-arbitration-survey/> (última vez visitado el 26 de agosto de 2021).

⁹ Queen Mary University of London. *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*, 2015, p. 5. Disponible en: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2015/> (última vez visitado el 27 de agosto de 2021).

adecuada de canalizar los conflictos. Una explicación posible es que el arbitraje, con todas sus virtudes, en ocasiones no es ni suficiente ni adecuado por sí mismo para resolver satisfactoriamente una controversia.

Así es como se ha insinuado por parte de la academia que el arbitraje podría tener efectos negativos en otros tipos de soluciones. Ya en 1966, y refiriéndose a la negociación colectiva y al arbitraje obligatorio en relaciones laborales, Stevens indicó que este último puede tener por efecto el enfriamiento de las negociaciones entre las partes¹⁰, lo que se ha explicado como producto de la reducción del costo del desacuerdo en situaciones en que una o ambas partes estiman que pueden obtener mejores resultados en sede arbitral, y en que el incentivo a no recurrir al arbitraje es despreciable¹¹. También, se ha señalado que los árbitros convencionales adoptarían un punto medio entre las posiciones de las partes al momento de emitir su decisión, creencia que llevaría a las partes a estar menos dispuestas a comprometer entre sí antes del arbitraje y las incentivaría a tomar posiciones extremas¹².

En igual tendencia, se han manifestado como defecto o desincentivo del arbitraje su alto costo y falta de rapidez suficiente. Para hacer frente a las críticas sobre rapidez y costo, las instituciones de administración de arbitraje han emitido reglas de arbitraje acelerado o *fast track* para hacer más eficiente el procedimiento en cuanto a tiempo y costo¹³, como realizó primeramente la Cámara de Comercio de Génova en 1992¹⁴, y últimamente la Cámara de Comercio Internacional de París en 2017¹⁵.

Sin perjuicio de estos esfuerzos de adaptación de los reglamentos de arbitraje a las necesidades de sus usuarios, ilustrativo es el contraste entre el arbitraje convencional con los demás *ADR*, que en comparación se han caracterizado como “*más flexibles, menos regulados, donde las partes y su voluntad tienen mayor protagonismo, logrando así mecanismos de solución de conflictos más rápidos y con menor*

¹⁰ Boğaçhan, Çelen, Özgür, Onur. “*Final-offer arbitration with uncertainty averse parties*”. *Games and Economic Behavior* Vol. 109 (2018), p. 485. Ver también: Stevens, Carl. “Is compulsory arbitration compatible with bargaining?”. *Industrial Relations* Vol. 5, Nº 2 (1966), pp. 38–52.

¹¹ Feuille, Peter. “Final Offer Arbitration and the Chilling Effect”. *Industrial Relations* Vol. 14, Nº 3 (1975), p. 304.

¹² Tulis, Benjamin. “Final-Offer “Baseball” Arbitration: Contexts, Mechanics & Applications”. *Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law* Vol 20, Nº 1 (2010), p. 88.

¹³ Hage, Joséphine. “*Fast track arbitration: a time-efficient procedure that could hinder the award?*”, Jus Mundi, 2020. Disponible en: <https://blog.jusmundi.com/fast-track-arbitration-a-time-efficient-procedure-that-could-hinder-the-award/#easy-footnote-bottom-4-441> (última vez visitado el 29 de agosto de 2021).

¹⁴ Scherer, Matthias. “Acceleration of Arbitration Proceedings – The Swiss Way: The Expedited Procedure under the Swiss Rules of International Arbitration”. *German Arbitration Journal* Vol. 3, Nº 5 (2005), pp. 229-238.

¹⁵ Cámara de Comercio Internacional de París. “*ICC Rules of Arbitration*”, 2017. Ver también: Bühler, Michael, y Heitzmann, Pierre. “The 2017 ICC Expedited Rules: From Softball to Hardball?”. *Journal of International Arbitration* Vol. 34, Nº 2 (2017), pp. 121-148 (“La decisión de institucionalizar los procedimientos acelerados es una admisión implícita de que los objetivos del Reglamento de 2012 no se han cumplido a la hora de mejorar la eficiencia en tiempo y costes de los arbitrajes de la CCI”). Traducción propia

coste económico”¹⁶. Esto se explicaría por el hecho de que “*mientras que los ADR crean un clima de cooperación y confianza entre las partes, donde prima la buena fe y la comunicación fluida de las mismas, tanto en el arbitraje como en el proceso judicial, se gasta mucho tiempo y dinero en contraatacar los argumentos de la parte contraria a través de grandes equipos jurídicos, todo ello respetando las debidas garantías de la regulación correspondiente. En otras palabras, la confrontación y el respeto a las normas que la regulan, aspecto característico del proceso judicial y arbitral, es sinónimo de mayor duración en el tiempo y de mayor coste económico*”¹⁷.

Entonces, la cuestión que se muestra relevante es la posibilidad de que el arbitraje como medio no sea la mejor alternativa de solución para ciertos conflictos en que la rapidez, costo y dinámica del procedimiento no sea ideal; a pesar de los esfuerzos en adaptarlo a dichas necesidades. Es decir, casos en que sea preferible no eliminar la posibilidad de negociación entre las partes ni de el recurso a otros *ADR* que pueden reducir los costos de la solución del conflicto, así como aquellos casos en que la dinámica confrontacional del arbitraje no sea la adecuada y la negociación en buena fe sea preferible.

Es en este escenario en que se hace relevante el Arbitraje de Última Oferta o *Final Offer Arbitration* (‘FOA’)¹⁸: se trata de un procedimiento arbitral que introduce variaciones en la estructura del procedimiento poniendo drásticamente los incentivos en la solución del conflicto mediante un acuerdo entre las partes, sin dejar de resolver la controversia en caso de que éste no se alcance. Siendo una modalidad del arbitraje, aprovecha sus virtudes de neutralidad, confidencialidad, ejecutabilidad, y autonomía, entre otros, teniendo al mismo tiempo el potencial de reducir tremendamente los costos económicos del procedimiento y reducir el tiempo en que la controversia es resuelta. Si bien la consecución de un acuerdo entre las partes es solamente eventual, se trata de un procedimiento que ha mostrado ser eficiente en su propia dinámica y que en la actualidad se posiciona como una herramienta razonable para la resolución de ciertos conflictos¹⁹. En cierto sentido, puede considerarse una mezcla del procedimiento arbitral con elementos propios del resto de los *ADR*, sin necesariamente excluir su uso conjunto si se estima conveniente.

¹⁶ Macho, Carolina. “Los adr «alternative dispute resolution» en el comercio internacional”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* Vol. 5, Nº 2 (2013), p. 404.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ En este trabajo, se utilizarán indistintamente los términos ‘Arbitraje de Última Oferta’, ‘Final Offer Arbitration’, y ‘FOA’. Otras denominaciones del procedimiento son “Arbitraje de Oferta Final”, “Baseball Arbitration” o “Pendulum Arbitration”.

¹⁹ Por ejemplo, desde la década de 1970 que este método se utiliza como medio de resolución de disputas salariales de los jugadores de la *Major League Baseball* en Estados Unidos. Esto será revisado en profundidad más adelante.

Puede considerarse al FOA como una modulación del procedimiento arbitral, que fue primeramente propuesta por Stevens²⁰. Dicho autor explicó que bajo un modelo de decisión arbitral según un criterio de “uno u otro”, la decisión del árbitro es la posición “pre-arbitral” de una de las partes; posición que puede variar según el tipo de procedimiento utilizado. Según un procedimiento que denominó “Tipo 1”, en una primera fase las partes negocian libremente sin asistencia de un tercero, y una vez finalizada dicha etapa, en una segunda fase el tribunal adopta su decisión en favor de la posición de solo una de las partes según el expediente generado por las partes en la primera fase, sin audiencias ni presentaciones de ningún tipo. De acuerdo con el autor, “*bajo el Tipo I, el criterio de uno u otro está bien diseñado para fomentar una auténtica negociación prearbitral. En general, este criterio genera justo el tipo de incertidumbre sobre la ubicación del laudo arbitral que está bien calculado recomendar a las partes nociones máximas de prudencia y, por tanto, obligarlas a buscar seguridad en el acuerdo*”²¹.

La academia ha indicado como una de las principales funciones de FOA “*incitar a las partes a llegar a un acuerdo haciendo que el resultado del "desacuerdo" (ir al arbitraje) sea suficientemente costoso*”²². En otras palabras, el Arbitraje de Última Oferta utiliza el mecanismo arbitral con ciertas variaciones que hacen razonable para las partes alcanzar un acuerdo y adoptar posiciones conciliadoras en lugar de extremas.

La idea de esta exposición no es desconocer las bondades del arbitraje, sino explicar que existe una fórmula diversa para aquellas situaciones en las que el arbitraje convencional no es la solución adecuada. El propósito de este trabajo es proveer una visión actualizada y general sobre el FOA tanto en el concepto como en el panorama global, y explorar sus aplicaciones tanto en el arbitraje de disputas locales como internacionales, analizando la doctrina internacional y con el foco principalmente en su aplicación en forma sustitutiva del Arbitraje Convencional en el arbitraje comercial internacional. Para ello, la pregunta que orienta la investigación es la siguiente: ¿Es preferible y posible la aplicación del Arbitraje de Última Oferta como medio alternativo de solución de controversias que normalmente se resuelven mediante arbitraje convencional?

Para ello existen ciertas interrogantes que deben ser atendidas. Por un lado, es necesario determinar si acaso el acuerdo de las partes, lugar en que se ponen los incentivos en este modelo, es realmente superior

²⁰ Stevens, Carl. “Is compulsory arbitration compatible with bargaining?”. *Industrial Relations* Vol. 5, N° 2 (1966), pp. 38–52.

²¹ Stevens, Carl. “Is compulsory arbitration compatible with bargaining?”. *Industrial Relations* Vol. 5, N° 2 (1966), p. 46. Traducción propia.

²² Boğaçhan, Çelen, Özgür, Onur. “*Final-offer arbitration with uncertainty averse parties*”. *Games and Economic Behavior* Vol. 109 (2018), p. 485. Traducción propia.

a la resolución del conflicto por un tribunal arbitral. Asimismo, debe analizarse cuál ha sido la experiencia en la práctica de estos procedimientos, y determinar cuáles son los límites de su aplicación. También es necesario atender al tipo de relaciones jurídicas que pueden beneficiarse de un mecanismo como el descrito. Un análisis crítico de sus elementos en relación con el Derecho Internacional Privado es relevante, en la medida de que se analiza la aplicación del procedimiento para conflictos que en la actualidad suelen ser canalizados a través del arbitraje comercial internacional. Por lo anterior, es importante determinar si el procedimiento del Arbitraje de Última Oferta está sometido al régimen del arbitraje internacional y en armonía con el Derecho Internacional Privado.

Todas estas cuestiones serán objeto de discusión en esta exposición, la que se desarrollará de la siguiente manera. En una Primera Parte, se expondrá cual es el estado actual del Arbitraje de Última Oferta, apreciando su concepto, evolución y variantes, así como las ventajas y desventajas que presenta el modelo (Capítulo I). Luego, se analizará su naturaleza jurídica, las reglas aplicables y su lugar dentro del arbitraje internacional y los demás mecanismos de solución de conflictos (Capítulo II). En una Segunda Parte, se revisará su aplicación en la práctica (Capítulo III), y se explorará la posibilidad de una aplicación más difundida del procedimiento, discutiendo su expansión (Capítulo IV) y limitaciones (Capítulo V). Finalmente, en una Tercera Parte se analizarán las conclusiones y perspectivas futuras.

Primera Parte

CAPÍTULO I

Arbitraje de Última Oferta

El FOA se propuso por primera vez de forma abstracta en Estados Unidos a finales de la década de 1940 como herramienta para prevenir las huelgas laborales a gran escala, que los funcionarios gubernamentales temían que pudieran precipitar emergencias nacionales. En ese entonces, se debatió la posibilidad de utilizar algún tipo de mecanismo FOA para imponer acuerdos como alternativa a los procedimientos de resolución de conflictos Taft-Hartley promulgados por el Congreso estadounidense en 1947, y que establecía mecanismos para prevenir a los sindicatos de irse a huelga. Finalmente, los políticos estadounidenses decidieron no realizar este cambio²³. Sin embargo, la disconformidad con la huelga como medio para facilitar las negociaciones entre las partes persistió, y en este escenario el FOA se planteó como una alternativa ideal²⁴.

Fue recién en la década de 1970 en que el uso del FOA se volvió prominente en disputas salariales en el sector público. Estados como Wisconsin y Michigan establecieron el FOA como arbitraje obligatorio para resolver disputas laborales en los casos en que la huelga estaba legalmente prohibida (y cuando las negociaciones fracasaran). Asimismo, en el año 1974 se estableció el procedimiento para la resolución de disputas salariales en la Major League Baseball, que le otorgó su denominación más conocida de *baseball arbitration*. En los conflictos de negociación colectiva (de béisbol o de otro tipo), el procedimiento del FOA se consideraba una forma justa de abordar los desequilibrios de poder que surgían en las negociaciones²⁵.

Posteriormente, Peter Feuille escribió sobre determinados efectos que el arbitraje producía en las negociaciones de las partes, dificultándolas y esencialmente desincentivándolas²⁶(efecto al que llamó ‘*Chilling Effect*’, que se explica más adelante). El Arbitraje de Última Oferta se planteó como una alternativa real y eficiente para resolver dichos efectos y promover negociaciones de buena fe entre las partes.

²³ Chetwynd, Josh. “Play Ball? An Analysis of Final-Offer Arbitration, Its Use in Major League Baseball and Its Potential Applicability to European Football Wage and Transfer Disputes”. *Marquette Sports Law Review* Vol. 20, N° 1 (2009), p. 110.

²⁴ Gleason, Erin, y Sussman, Edna. “Final Offer/Baseball Arbitration: The History, The Practice, and Future Design, Alternatives to the High Cost of Litigation”. *The Newsletter of the International Institute for Conflict Prevention & Resolution* Vol. 37, N° 1 (2019), p. 1.

²⁵ Op. Cit, pp. 1 y 9.

²⁶ Feuille, Peter. “Final Offer Arbitration and the Chilling Effect”. *Industrial Relations* Vol. 14, N° 3 (1975), pp. 302-310.

De ahí en adelante, numerosos autores han desarrollado el procedimiento a la luz de distintas disciplinas, como la sociología, psicología y la matemática aplicada. Sin embargo, es el ámbito jurídico el que plantea mayor relevancia de análisis, y respecto al cual se ha producido el desarrollo de esta institución. En adelante, revisaremos el concepto, mecánicas y aplicaciones del procedimiento que si bien nació como medio de resolver disputas salariales en sectores específicos, cuenta con vocación general para la resolución de una variedad de conflictos entre particulares.

A. Concepto del Arbitraje de Última Oferta

Como ya se adelantó, el Arbitraje de Última Oferta es una variación del procedimiento arbitral que llamaremos “convencional”. Sin embargo, a diferencia de otras iteraciones del procedimiento, su foco no está tanto en la adaptación del procedimiento arbitral a necesidades específicas dentro del mundo del arbitraje²⁷, sino más bien en la adaptación del procedimiento a una fórmula de resolución de conflicto totalmente diferente.

El procedimiento arbitral tradicional consiste en el procedimiento de adjudicación por medio del cual las partes someten voluntariamente una disputa ante un tribunal arbitral que resuelve la controversia por medio de un laudo final, que es obligatorio para las partes. Esto se realiza a través de la presentación de memoriales, rendición de prueba y la realización de audiencias según la ley del procedimiento aplicable, con el objeto de que el Tribunal Arbitral resuelva la controversia en aplicación a la ley aplicable al fondo de la controversia.

Por el contrario, el Arbitraje de Última Oferta es el procedimiento por medio del cual las partes presentan sus últimas ofertas a un Tribunal Arbitral que está constreñido a escoger, sin modificación alguna, la última oferta de solo una de las partes²⁸, que se convierte en el laudo definitivo y obligatorio. No existe presentación de memoriales persuasivos, ni la rendición de prueba alguna, y los poderes del árbitro para la resolución de la controversia se ven severamente limitados.

¿Por qué las partes se someterían a un procedimiento de estas características? La respuesta debe comprender necesariamente la finalidad última del FOA: acercar a las partes de tal manera que estas

²⁷ Como sí lo es el procedimiento fast-track, por ejemplo, al cubrir la necesidad de procedimientos más rápidos.

²⁸ Feuille, Peter. “Final Offer Arbitration and the Chilling Effect”. *Industrial Relations* Vol. 14, N° 3 (1975), p. 302.

resuelvan su disputa por medio de un acuerdo negociado, o al menos hacerlo más probable, a través de incentivar las negociaciones en buena fe.

Es común que las partes indiquen que, de surgir una disputa entre ellas, antes que nada intentarán resolver el conflicto a través de la negociación “de buena fe” en lugar de recurrir directamente al arbitraje. Sin embargo, se ha indicado que, el término de “buena fe” es vago, y que aún cuando las partes negocien de buena fe, “*es poco probable que tengan éxito a menos que los implicados sean capaces de analizar las cuestiones cruciales con objetividad –y la objetividad es difícil de mantener cuando están en juego intereses vitales (y quizás incluso el futuro de la propia empresa)*”²⁹.

En efecto, existirían ciertas características del Arbitraje Convencional que serían un obstáculo para las negociaciones efectivas entre las partes de una disputa³⁰, y principalmente podemos hablar de dos: (i) *Chilling Effect* y (ii) bajos costos del arbitraje, que pasaremos a ver a continuación.

i. Chilling Effect o enfriamiento de las negociaciones

En primer lugar, el FOA se presenta como solución a una supuesta deficiencia del Arbitraje Convencional: el “*Chilling Effect*” o Enfriamiento de las Negociaciones. Este ‘efecto’ se ha considerado una crítica común al Arbitraje Convencional, y consiste en el desincentivo que la existencia del arbitraje entraña para las negociaciones de buena fe entre las partes; si cualquiera de las partes estima que puede obtener más del árbitro que de un acuerdo negociado con la contraparte, entonces recurrirá al arbitraje adoptando una posición extrema para inclinar la decisión del árbitro en su favor, evitando las negociaciones enteramente³¹.

La explicación de este efecto se basa en la probabilidad de que el laudo arbitral sea un compromiso de las demandas de las partes que se enfrentan en el procedimiento; la creencia de que el árbitro “divide la diferencia” o “*Splits the difference*”³² y adopta una posición entre las demandas de las partes en lugar de

²⁹ Redfern, Alan, y Hunter, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 40. Traducción propia

³⁰ Singh, Ramsumair. “Final Offer Arbitration in theory and practice”. *Industrial Relations Journal* Vol. 17, Nº 4 (1986), p. 329. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1468-2338.1986.tb00548.x> (última vez visitado el 5 de octubre de 2021). El autor señala que “una de las principales razones de la introducción del FOA es para remediar una aparente deficiencia del arbitraje convencional”.

³¹ Feuille, Peter. “Final Offer Arbitration and the Chilling Effect”. *Industrial Relations* Vol. 14, Nº 3 (1975), p. 304.

³² También conocido en inglés como “*Splitting the Baby*”.

adjudicar demandas según los hechos provados y la ley aplicable³³. Si las partes asumen este supuesto, existirá un gran incentivo para adoptar posiciones extremas y evitar concesiones durante las negociaciones previas³⁴, dado que extremar posiciones determina una ubicación del ‘punto medio’ más favorable. Asimismo, las partes actuarían en contra de sus intereses al realizar concesiones, y por ende sus posiciones serían divergentes³⁵, en el sentido de que ello inclinaría el fallo del árbitro en favor de la otra parte, al situar al punto medio más cerca de la posición de la contraparte³⁶.

El Arbitraje de Última Oferta busca precisamente contrarrestar este supuesto efecto del Arbitraje Convencional, en el entendido de que si el árbitro no puede resolver el asunto comprometiendo en el punto medio de las demandas de las partes, entonces escogerá la oferta que más se acerque a su propia noción de un fallo justo. La forma que tienen las partes de acercarse a dicha noción, respecto de la cual no tienen certeza, es a través de la razonabilidad, de modo tal que estarán incentivadas realizar ofertas moderadas y a acercar sus posiciones al punto que se estime razonable según los hechos del caso³⁷.

Sin embargo, es necesario indicar que la verdadera existencia de la práctica de dividir la diferencia por parte de los árbitros ha sido desmentida. En un trabajo conjunto de 2014³⁸, varios autores corroboraron que la idea del compromiso no es más que un mito que no solo no se encuentra justificado por datos empíricos, sino que es completamente refutada por ellos. En efecto, es cierto que existe la percepción de que los árbitros comprometen y que esta no se limita al arbitraje comercial internacional sino que también en controversias ICSID, pero diversas investigaciones abarcando una gran cantidad de datos³⁹

³³ Weber, Ana Carolina; Pascuzzo, Camine, et al. “Challenging the “Splitting the Baby” Myth in International Arbitration”. *Journal of International Arbitration* Vol. 31, Nº 6 (2014), pp. 719-734. Disponible en: <https://bit.ly/2rh9N8N> (última vez visitado el 13 de noviembre de 2021).

³⁴ Adams, Charles. “Final Offer Arbitration: Time for Serious Consideration by the Courts”. *Nebraska Law Review* Vol. 66, Nº 2 (1987), p. 215.

³⁵ Singh, Ramsumair. “Final Offer Arbitration in theory and practice”. *Industrial Relations Journal* Vol. 17, Nº 4 (1986), p. 329.

³⁶ Esta idea, como muchas en el contexto del Arbitraje de Última Oferta, puede explicarse matemáticamente. En efecto, el punto medio es sinónimo del *punto equidistante* entre ambas propuestas, que se asume como el punto que el árbitro tiene como referencia o punto de partida para decidir la disputa cuando este ‘divide la diferencia’. De tal forma, si una parte extrema su propuesta u oferta original, el punto medio se sitúa en una posición más cercana a su posición anterior, de tal manera que le es conveniente hacerlo.

³⁷ Singh, Ramsumair. “Final Offer Arbitration in theory and practice”. *Industrial Relations Journal* Vol. 17, Nº 4 (1986), p. 333.

³⁸ Weber, Ana Carolina; Pascuzzo, Camine, et al. “Challenging the “Splitting the Baby” Myth in International Arbitration”. *Journal of International Arbitration* Vol. 31, Nº 6 (2014), pp. 719-734. Disponible en: <https://bit.ly/2rh9N8N> (última vez visitado el 13 de noviembre de 2021).

³⁹ Los autores citan las siguientes investigaciones: Soia Mentschikoff. *Commercial Arbitration*, Columbia Law Review, LXI 846 (mayo 1961); James Deye & Lesly Britton. *Arbitration by the American Arbitration Association*, North Dakota Law Review, Vol. 70 Nº 2 (1994), Artículo 7, pp. 281-294; Richard Fullerton. *Searching for Balance in Conflict Management: The Contractor’s Perspective*, Dispute Resolution Journal, American Arbitration Association, Vol. 30 Nº 1 (2005), pp. 1-10; Keer, Stephanie, y Naimark, Richard. “Arbitrators Do Not ‘Split the baby’ – Empirical Evidence from International Business Arbitrations”. *Journal of International Arbitration* Vol. 18, Nº 5 (2001): pp. 573-578; Christopher Drahozal. *Busting Arbitration Myths*, Kansas Law Review, Vol. 56 Nº 3 (2008), pp. 663-677; y Asociación Americana de Arbitraje. *Splitting the Baby: A New*

demuestran que no se condice con la realidad. Así, una de las conclusiones más recientes señala que “*los resultados de este estudio muestran de forma contundente que los árbitros no realizan la práctica de [dividir la diferencia]*”⁴⁰.

A pesar de lo anterior, nada cambia en la evaluación del FOA. Se ha indicado que no es necesario que los árbitros obedezcan al sesgo del compromiso, sino que basta que las partes así lo crean para que este determine su actuación⁴¹. Esto es relevante, pues es la percepción que tengan las partes lo que determina su actuación, por más que no se ajuste a la realidad. Sin embargo, si es relevante considerar que las percepciones de los agentes de la industria cambian con el tiempo, por lo que el supuesto del *Chilling Effect* podría perder fuerza como fundamento del Arbitraje de Última Oferta en la medida de que la percepción del sesgo desaparezca.

Finalmente, otro ‘efecto’ atribuido al Arbitraje Convencional, similar al *Chilling Effect*, es el llamado “*Narcotic Effect*” o Efecto Narcótico. Básicamente, consiste en el supuesto efecto de la utilización reiterada del arbitraje, en el sentido de que una vez de que las partes lo han utilizado, es probable que lo vuelvan a utilizar en la resolución de sus conflictos y se abstengan de resolverlos sin él; volviéndose en alguna medida ‘dependientes’ del mecanismo⁴². Si bien inicialmente recibió cierto interés, lo cierto es que no es un supuesto de gran importancia, en la medida de que aplicaría para cualquier mecanismo de resolución de controversias por lo que no es propio del arbitraje, y, de hecho, también se ha planteado como crítica del Arbitraje de Última Oferta⁴³. De cualquier manera, pone de relieve un punto interesante: la cultura jurídica de ciertos ordenamientos jurídicos puede determinar el uso reiterado y por costumbre de ciertos medios de resolución de controversias, que sí puede tener cierta relevancia a la hora de evaluar

AAA Study (9 de marzo 2007). De igual forma, un nuevo estudio de la Asociación Americana de Arbitraje del año 2018 confirma los datos antes recogidos por la investigación. Un extracto de esto último puede revisarse en: Boyle, Ryan, y Lewin, Susan. “ADR does not mean splitting the baby”. *Corporate Counsel Business Journal* (2019). Disponible en: <https://go.adr.org/rs/294-SFS-516/images/AAA%202019%200304%20Boyle%20Lewin.pdf> (última vez visitado el 13 de noviembre de 2021).

⁴⁰ Keer, Stephanie, y Naimark, Richard. “Arbitrators Do Not ‘Split the baby’ – Empirical Evidence from International Business Arbitrations”. *Journal of International Arbitration* Vol. 18, N° 5 (2001), pp. 577-578.

⁴¹ Tulis, Benjamin. “Final-Offer “Baseball” Arbitration: Contexts, Mechanics & Applications”. *Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law* Vol 20, N° 1 (2010), p. 88.

⁴² Chaykowski, Richard. “Time to Tweak or Re-boot? Assessing the Interest Arbitration Process in Canadian Industrial Relations”. *C.D Howe Institute, commentary* N° 539 (2019), pie de página N° 8, p. 16. El autor explica, en el contexto de las relaciones laborales canadienses, que hay varias razones que explicarían este fenómeno: “[e]n primer lugar, las partes aprenden con el tiempo que es más fácil y menos costoso que un árbitro resuelva sus diferencias que hacerlo ellas mismas a través de una difícil negociación colectiva, lo que se traduce en mayores índices de impasse y dependencia del arbitraje. En segundo lugar, con cada uso, las partes llegan a comprender mejor el proceso y el razonamiento del árbitro; esto reduce la incertidumbre que rodea al proceso y que se supone que induce a los acuerdos voluntarios. En tercer lugar, la posibilidad de “salvar la cara” echando la culpa de un “mal resultado” al árbitro podría inducir a los funcionarios electos de los sindicatos a utilizar el arbitraje para evitar la responsabilidad política de las decisiones difíciles que podrían tomarse mejor en la negociación colectiva.”

⁴³ Borris, Christian, “Final Offer Arbitration from a Civil Law Perspective”. *Journal of International Arbitration* Vol. 24, N° 3 (2007), p. 315.

una salida ‘alternativa’ por medio de un acuerdo negociado cuando las partes acostumbran a usar el arbitraje, eventualmente causando resistencia.

ii. Costos en el Arbitraje

En segundo lugar, se ha planteado que, además de lo anterior, los costos de evitar el arbitraje no serían suficientemente altos. Efectivamente, resulta que los mecanismos de resolución de controversias pueden entenderse como mecanismos de asignación del costo del desacuerdo⁴⁴. Para ilustrar esto es pertinente mencionar que, en sus orígenes, el FOA se comparó directamente con la huelga⁴⁵. Mientras que la huelga –consecuencia del desacuerdo en disputas laborales– impone costos tanto en el empleador como en los trabajadores a través de la baja de productividad y no pago de salarios, el arbitraje puede imponer costos a las partes de diferentes maneras, ya sea en la forma de costas del procedimiento, honorarios de los abogados, tiempo, entre otras⁴⁶. Sin embargo, lo que ocurre es que la huelga implica costos muy superiores al arbitraje, lo que permitiría explicar el gran interés de las partes en una disputa laboral para evitar la huelga, y los comparativamente menores esfuerzos (o interés) de las partes en una disputa comercial de evitar el arbitraje.

Como se explicará, el análisis de costos es una parte importante del modelo del Arbitraje de Última Oferta, y la forma en que este mecanismo de arbitraje lo hace es “fundamentalmente diferente” al arbitraje convencional⁴⁷. Es a través de la evaluación de los costos de diferentes alternativas que las partes determinan su actuación. Por tanto, si los costos de una alternativa son relativamente bajos, no hay incentivos para evitarla. Si estos aumentan, la alternativa se vuelve menos atractiva y puede ser conveniente evadirla.

El Arbitraje de Última Oferta busca contrarrestar la asignación de costos que plantea el Arbitraje Convencional. En efecto, el FOA constituye una alternativa costosa para las partes si no logran ponerse de acuerdo, en el sentido de que implica un riesgo relevante de ‘perderlo todo’ si el laudo escoge la posición de la contraparte. Esto no es consecuencia del azar, sino que la estructura misma del FOA busca generar no solo riesgo de no obtener nada, sino que también la incertidumbre necesaria para aumentar los costos para las partes e incentivarlas a buscar la seguridad del acuerdo. En cualquier caso, y como ya

⁴⁴ Farber, Henry. “An Analysis of Final-Offer Arbitration”. *Journal of Conflict Resolution* Vol. 24, N° 4 (1980), p. 684. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/002200278002400407> (última vez visitado el 7 de octubre de 2021).

⁴⁵ Incluso, el FOA se presentó como alternativa para reemplazar la huelga en disputas laborales en el sector público en que debía protegerse la continuidad del servicio, como ya fue brevemente explicado.

⁴⁶ Farber, Henry. “An Analysis of Final-Offer Arbitration”. *Journal of Conflict Resolution* Vol. 24, N° 4 (1980), p. 684.

⁴⁷ *Ibidem*.

se mencionó, el diseño busca que, aún en caso de no lograrse un acuerdo, las posiciones de las partes se acerquen lo suficiente como para contrarrestar cualquier efecto de enfriamiento que de otra forma se asume que se habría producido.

Un tema relevante a este punto es que una crítica común del arbitraje son precisamente sus costos⁴⁸⁻⁴⁹. Cabe hacer la precisión de que acá no se desconoce esta circunstancia, y más bien la idea es observar a los costos del arbitraje, en sentido amplio, como un factor en la toma de decisiones de las partes involucradas en cuanto al medio por el cual canalizar sus desacuerdos. Si bien el arbitraje es costoso, no lo es tanto como para desincentivar su uso⁵⁰.

Entonces, en esencia, el FOA se presenta como una forma de procedimiento de resolución de controversias que, en lugar de incentivar la radicalización de las posiciones de las partes en la resolución del conflicto, incentiva que sus propuestas sean realistas y razonables y que se acerquen entre sí, a tal punto de que la convergencia en un acuerdo se vuelva no solo posible, sino probable. Como ha indicado un árbitro del FOA sobre los objetivos del procedimiento, “*ganar significa ser más razonable, que es la llave que abre la puerta al acuerdo*”⁵¹.

Muy elocuente es la explicación de Abramson: “*En lugar de que los participantes se postulen sobre quién ganará en el tribunal, los participantes están considerando quién presentará la oferta final más razonable. En lugar de que las ofertas de conciliación consistan en compromisos "dolorosos" de las posiciones de las partes en el tribunal, las ofertas de conciliación consisten en propuestas que se ajustan a las ofertas finales que están preparando para el árbitro. Como resultado, las partes pasan de una mentalidad de litigio y compromiso a una mentalidad de acuerdo razonable*”⁵².

⁴⁸ Esto es refrendado por la encuesta de la Queen Mary University of London, que en su edición de 2021 indicó que “el tiempo y costo han sido históricamente reconocidos como las mayores preocupaciones de los usuarios del arbitraje” (traducción propia). Incluso, se hizo presente que en la edición de 2018, el tiempo y costo fueron nombrados como las peores características del arbitraje, y que el deseo por mayor eficiencia se citó como el principal motor de la futura evolución del arbitraje. Queen Mary University of London. *2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World* (2021), p. 13. Disponible en: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2021-international-arbitration-survey/> (última vez visitado el 26 de agosto de 2021).

⁴⁹ Redfern & Hunter explican que si bien en un comienzo el arbitraje era un método poco costoso para la resolución de disputas, ello ya no es así. Indican una serie de razones, entre ellas: (i) los honorarios de los árbitros, a diferencia de los de los jueces, deben ser pagados por las partes; (ii) necesidad de pagar los costos administrativos de las instituciones de arbitraje, secretarios del tribunal, y otros costos como el arriendo de salas de reuniones o audiencias; y, más relevante, (iii) el pago de los honorarios de los abogados de las partes y los servicios de expertos. Redfern, Alan, y Hunter, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 36.

⁵⁰ Como se mencionó en la Introducción, los casos sometidos a los principales centros de arbitraje solo parecen aumentar.

⁵¹ Abrams, Roger. *The Money Pitch: Baseball Free Agency and Salary Arbitration*. 1ª edición. Philadelphia: Temple University Press, 2000, p. 153. Traducción propia

⁵² Abramson, Hal. “Final Offer Arbitration”. En: *Creative Problem Solver’s Handbook for Negotiators and Mediators. A Practical Approach* Vol. 2, editado por John W. Cooley, pp. 36-31. American Bar Association, Dispute Resolution Section, 2005, p. 27.

Así, el Arbitraje de Última Oferta es la adaptación o utilización del procedimiento arbitral para la consecución de acuerdos negociados. Esto se realiza a través del diseño de una estructura única que establece los incentivos y desincentivos necesarios para que las partes puedan acercarse a una solución conjunta y autorregulada. El Arbitraje de Última Oferta busca evitar la estrategia posicional de las partes en un procedimiento contencioso como el arbitraje y en las negociaciones mismas, incentivando un ambiente adecuado para que las partes se acerquen y logren solucionar su conflicto a través de un acuerdo. Para entender a cabalidad cómo la estructura del procedimiento es capaz de lograr lo anteriormente señalado, es necesario revisar detenidamente los elementos que lo componen, y cómo éstos interaccionan entre sí.

a. Teoría de Juegos

Un marco teórico adecuado para estudiar la mecánica del Arbitraje de Última Oferta es la Teoría de Juegos, cuyo estudio trata de manera formal y abstracta las decisiones óptimas que deben tomar diversos adversarios en conflicto. Se trata del estudio de modelos matemáticos que describen el conflicto y la cooperación entre sujetos racionales que toman decisiones en un contexto de interacciones estratégicas, es decir, interacciones en las que las personas, ‘jugadores’, adoptan comportamientos adecuados a las acciones de los demás⁵³. En otras palabras, se evalúan las decisiones estratégicas que adoptan las personas en consideración de las decisiones de las demás personas involucradas⁵⁴. Permiten evaluar comportamientos y explicar las decisiones que adoptan los jugadores.

En un modelo de juegos deben existir, al menos, tres elementos: (i) jugadores, un (ii) espacio de pura estrategia, y (iii) funciones de recompensas⁵⁵. El objetivo de los jugadores es maximizar sus propias recompensas a través de la toma de decisiones estratégicas, que tomen en consideración las decisiones e intereses de los demás jugadores. Dependiendo del contexto, estas recompensas pueden ser expresadas en diferentes valores; en el contexto económico o empresarial puede expresarse en la maximización de utilidades, pero en el caso de la ciencia política, puede expresarse en cantidad de votos.

⁵³ Gintis, Herbert. “A framework for the unification of the behavioral sciences”. *Behavioral and Brain Sciences* Vol. 30, N° 1 (2007), p. 2.

⁵⁴ A modo de ejemplo, la decisión individual de comprar o no un libro no depende de ninguna otra persona y por tanto no se considera una decisión estratégica. Es solo cuando la decisión de comprar o no el libro depende de la decisión de otra persona que la interacción, y por ende la decisión, se vuelve estratégica.

⁵⁵ Fudenberg, Drew, y Tirole, Jean. *Game Theory*. Primera edición. Cambridge: MIT Press, 1991, p. 4.

El Arbitraje de Última Oferta puede ser objeto de análisis bajo esta teoría⁵⁶. En efecto, los ‘jugadores’ en el Arbitraje de Última Oferta son las partes que proponen sus últimas ofertas, cuyo espacio de estrategia es el ámbito de negociaciones entre las partes y el procedimiento del FOA. Finalmente, la recompensa perseguida dependerá de los intereses de las partes, pero en consideración con los fines del proceso, es dable asumir que las partes buscan reducir los costos de la resolución del conflicto al mismo tiempo en que buscan maximizar el resultado mismo. En este entendido, se espera que las partes formulen las ofertas que tengan la mayor probabilidad de ser escogidas por el árbitro y que al mismo tiempo les reporten el mejor resultado posible de acuerdo a sus intereses. En otras palabras, las partes buscan el mejor resultado posible al menor costo.

Así, la estructura del FOA puede modelarse como un ‘juego’ en que las partes adoptan decisiones estratégicas, y su conducta depende de la conducta esperada de los demás. Esta teoría es relevante para el FOA porque permite explicar cómo los distintos elementos de su estructura crean los incentivos suficientes para que el mejor curso de acción para las partes sea el acuerdo negociado. Así, el resultado probable de la utilización del FOA es que las partes, actuando racionalmente, se acerquen lo suficiente como para lograr un acuerdo. Los distintos elementos en juego determinan el éxito de este fin, y el marco de la Teoría de Juegos permite evaluar las condiciones necesarias para que esto sea posible.

En razón de lo anterior, se revisarán a continuación los elementos centrales del Arbitraje de Última Oferta y como inciden en la conducta de las partes⁵⁷. Estos son: los (i) costos directos; (ii) la noción de fallo justo del árbitro; (iii) la incertidumbre; y la (iv) aversión al riesgo. Conceptos relevantes que se ven afectados por estos elementos son (1) la zona de acuerdo y (2) calidad del laudo, que por temas de orden se analizarán separadamente⁵⁸.

⁵⁶ Entre otros, así ha sido analizado por Brams & Merrill (1986) y Marc Kilgour (1994). Ver: Brams, Steven, y Merrill III, Samuel. “Binding Versus Final-Offer Arbitration: A Combination is Best”. *Management Science* Vol. 32, N° 10 (1986): pp. 1346-1355; Kilgour, Marc. “Game-theoretic properties of Final-Offer Arbitration”. *Group Decision and Negotiation* Vol. 3 (1994): pp. 285-301.

⁵⁷ Esta sección es principalmente una recopilación de los trabajos de los autores y sus conclusiones, ordenadas de tal forma de permitir al lector entender las principales características del procedimiento.

⁵⁸ Cabe tener presente que los modelos matemáticos que sustentan las conclusiones de los autores de esta sección son modelos analíticos que buscan comprender la esencia de las interacciones estratégicas, pero que no son representaciones perfectas de la realidad. En ese entendido, cada autor plantea modelos propios que estudian el juego en consideración a supuestos distintos y suposiciones específicas que buscan simplificar la realidad para estos fines, y así comprender su estructura básica. Por esta circunstancia hay que tener en cuenta que si bien los modelos planteados por los autores son útiles para explicar el funcionamiento y fundamento del Arbitraje de Última Oferta, más importante será la revisión de la experiencia práctica del procedimiento en el Capítulo III.

b. Zona de Acuerdo

Por zona de acuerdo o contrato se entiende aquella zona en que los intereses de las partes convergen y en que es posible llegar a un acuerdo. Las partes tienen rango amplio de intereses, dentro del cual se adopta una posición de negociación. Conocer la posición de una parte no implica conocer si sus intereses confluyen en alguna medida con los intereses de la contraparte, pero ciertamente es posible que esto ocurra. Aquellos puntos que ello ocurre forman la zona de acuerdo.

Esta zona tiene límites superiores e inferiores. El límite inferior de la zona de acuerdo es el acuerdo mínimo que una de las partes aceptaría en lugar de recurrir al FOA, en la medida de que le otorga una utilidad igual a la utilidad esperada bajo el FOA. El límite superior de la zona de contrato es el acuerdo máximo que la otra parte le otorgaría a la primera en lugar de la utilización del FOA⁵⁹.

Este concepto es relevante pues en la medida de que la zona de acuerdo determina la ubicación del acuerdo negociado (dado que ocurre dentro de dicha zona, y fuera de ella es imposible), su ubicación y tamaño es crucial para el análisis del efecto que el FOA tiene en las características de los acuerdos y en la incidencia del arbitraje. Mientras más grande sea la zona de contrato, más discreción tienen las partes en la negociación de su propio acuerdo y menos probable es que se recurra al arbitraje en primer lugar⁶⁰.

Hay diferentes elementos que determinan tanto la existencia como la amplitud o tamaño de la zona de acuerdo. Ciertamente la ubicación de esta zona depende de los intereses de las partes, pero puede verse afectada por factores tanto intrínsecos como extrínsecos a las partes. Factores internos serían la aversión al riesgo de cada una de las partes y la noción de fallo justo o razonabilidad esperada del árbitro, mientras factores extrínsecos vendrían a ser los costos del arbitraje en un sentido amplio y la incertidumbre respecto de la posición del árbitro respecto de la controversia.

Si bien una zona de acuerdo puede existir entre las partes a una determinada divergencia de expectativas sobre un asunto determinado, la ignorancia de su existencia y alcance puede derivar en un conflicto. Asimismo, en estas circunstancias el acuerdo es mucho más difícil. Una virtud del FOA es que a través de incentivar que las ofertas de las partes se acerquen, y dado que lo esperable es que las partes hagan sus ofertas con cierta cercanía a su propia noción de razonabilidad, es posible identificar con relativa certeza cuáles son los límites de la zona.

⁵⁹ Farber, Henry. "An Analysis of Final-Offer Arbitration". *Journal of Conflict Resolution* Vol. 24, Nº 4 (1980), p. 695.

⁶⁰ Op. Cit, pp. 694-695.

Cabe indicar que no todos los autores están de acuerdo en tomar como base la zona de contrato para el análisis de la conducta de las partes durante las negociaciones. Los autores King Li & Kang Rong sostienen que la caracterización es indirecta e imprecisa en el sentido de que solo establece un rango de posibles acuerdos entre las partes sin predecir cual de ellos será el definitivo⁶¹, y Crawford ha observado que determinar la probabilidad de un *impasse* directamente determinada por el tamaño de la zona de acuerdo es una simplificación que puede resultar engañosa⁶². Aún considerando las críticas, en general es razonable estimar el concepto para el análisis del FOA, aún cuando pueda ser una simplificación y aún cuando no de luces sobre la solución exacta que adopte el acuerdo.

c. Elementos del Arbitraje de Última Oferta

i. Los Costos

Se ha reconocido que la decisión de negociar depende, entre otros factores, de los costos relativos de negociar vs. los de recurrir al arbitraje⁶³. En efecto, los costos directos del arbitraje pueden incidir en el comportamiento de las partes en la medida de que mientras más altos sean, menos utilidades se esperan del resultado del arbitraje, y por ende las partes estarían más dispuestas a otorgar más en las negociaciones para evitar estos costos. Los costos en sí mismos generan un incentivo para negociar y acordar⁶⁴.

Es así como los costos directos del arbitraje tienden a aumentar el tamaño de la zona de contrato, aunque esto es así para cualquier tipo de mecanismo de resolución de disputas⁶⁵. Que aumente la zona de acuerdo es importante, pues mientras más extensa sea, mayores son los puntos en los que las partes pueden confluir, y entonces más probable se vuelve la suscripción de un acuerdo.

Interesante es observar que la asimetría en costos puede incidir también en la aversión al riesgo de una de las partes. Esto ocurre cuando los costos para una parte son superiores a los costos de la otra (por ejemplo, mayores honorarios de abogados que la contraparte). Mayores costos implican mayor riesgo

⁶¹ Li, King, y Rong, Kang. "The gambling effect of final-offer arbitration in bargaining". *Economic Theory* Vol. 69 (2020), p. 479. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s00199-018-1169-x> (última vez visitado el 9 de octubre de 2021).

⁶² Crawford, Vincent. "A comment on Farber's analysis of final-offer arbitration". *Journal of Conflict Resolution* Vol. 26, N°1 (1982): pp. 157-160.

⁶³ Wittman, Donald. "Final-Offer Arbitration". *Management Science* Vol. 32, N° 12 (1986), p. 1559.

⁶⁴ Adams, Charles. "Final Offer Arbitration: Time for Serious Consideration by the Courts". *Nebraska Law Review* Vol. 66, N° 2 (1987), p. 220.

⁶⁵ Farber, Henry. "An Analysis of Final-Offer Arbitration". *Journal of Conflict Resolution* Vol. 24, N° 4 (1980), p. 698.

por la mayor cantidad de recursos en juego, por lo que una consecuencia sería el aumento de la aversión al riesgo de la parte que debe incurrir en costos superiores. Esto afecta la zona de acuerdo en dos maneras; por un lado, el aumento de costos produce, a su vez, el aumento del tamaño de la zona de acuerdo pues las partes están más dispuestas a realizar concesiones para evitar el arbitraje; y por otro lado, además de aumentar, a su vez, por la mayor aversión al riesgo de una de las partes, la zona de contrato se movería desfavorablemente a la parte que incurre en costos superiores, en la medida de que estaría dispuesta a conceder más que la otra parte para evitar el arbitraje.

Así, si el aumento del tamaño de la zona de contrato se produce por un aumento en los costos, cuando estos aumentan solo para una de las partes, este efecto se ve exacerbado por un aumento de la aversión al riesgo de esa misma parte. Esto ha llevado a la conclusión de que el procedimiento del FOA tiende a magnificar el efecto de los costos directos⁶⁶.

Es notorio además que, dado que el Arbitraje de Última Oferta aumenta los costos del arbitraje, la negociación se vuelve el mecanismo más eficiente para resolver la disputa, o, en otras palabras, no existe una mejor alternativa al acuerdo negociado. Los costos funcionan como el incentivo para negociar de buena fe al radicalizar las consecuencias de no hacerlo.

Se han ideado formas de aumentar artificialmente los costos del Arbitraje de Última Oferta⁶⁷. Una forma es la estipulación de una ‘pena’ a ser pagada por la parte perdedora, adicional a no obtener nada; el efecto esperado es que sea instrumental en lograr un acuerdo rápidamente. Otra forma es establecer un marco temporal rígido, que además de agilizar el procedimiento serviría para hacer las ‘maniobras tácticas’ de la negociación más difíciles por la falta de tiempo, lo que contribuiría a las negociaciones en buena fe.

ii. Noción de Fallo Justo

En los modelos de FOA se asume, con total razonabilidad, que el árbitro se forma su propia visión de la resolución ‘justa’ de la disputa sometida a su decisión. Es asumido, también, que en aplicación del procedimiento el árbitro resuelve la elección entre ambas ofertas escogiendo la oferta que más se acerque a su ‘noción de fallo justo’⁶⁸.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ El autor plantea que hay que tener en cuenta que estas formulas en la práctica pueden ser bastante demandantes para las partes, sometiéndolas a gran presión. Borris, Christian, “Final Offer Arbitration from a Civil Law Perspective”. *Journal of International Arbitration* Vol. 24, N° 3 (2007), p. 309.

⁶⁸ Adams, Charles. “Final Offer Arbitration: Time for Serious Consideration by the Courts”. *Nebraska Law Review* Vol. 66, N° 2 (1987), p. 224. Cabe destacar que si las ofertas de las partes son equidistantes de su noción de fallo ideal, el árbitro escoge

Es importante tener conciencia de que el criterio utilizado por el árbitro para determinar cual sería la solución ‘justa’ es exógeno a la conducta de las partes, o, en otras palabras, depende de consideraciones propias del árbitro y completamente independiente de las ofertas de las partes⁶⁹. Así, ninguna de las partes puede influir en los criterios de justicia del árbitro a través de la persuasión, como ocurre en el Arbitraje Convencional en que las partes le indican al árbitro cual es la solución justa según la ley aplicable.

La noción que el árbitro tenga de cómo debería ser el laudo es importante para la actuación de las partes. Las posiciones u ofertas finales de las partes dependen de su evaluación del posible resultado del arbitraje. En la medida de que el árbitro está limitado a escoger solo una de las ofertas que se le presentan, y dado que escoge la oferta que más se acerca a su propia evaluación del caso, las partes deben ajustar sus ofertas a dicha noción si quieren aumentar las probabilidades de que su oferta sea escogida. Como se ha indicado con anterioridad, dado que se suele asumir que el árbitro busca la solución en el punto medio entre las posiciones de las partes, entonces lo mismo es decir que las partes deben acercarse en direcciones opuestas al punto medio entre ambas para aumentar sus probabilidades de ganar el laudo definitivo. Este curso de acción inevitablemente acercaría a las partes a un punto medio.

Asimismo, si una de las partes estima que la otra parte realizará una oferta más cercana a la solución que se espera del juez, entonces se verá obligada a ajustar su oferta para aumentar la probabilidad de que su propia oferta sea la escogida, o buscar directamente un acuerdo que implique un costo menor a ‘perderlo todo’. No hay que olvidar que en el FOA, como en cualquier ámbito en que se adoptan decisiones estratégicas, la decisión de una parte sobre dónde ubicar su última oferta depende también de la misma decisión que adopte la contraparte.

En esta medida, el parámetro que tienen las partes de lo que es y no es una oferta moderada y razonable depende de la expectativa que tengan de la opinión del juez al respecto.

cualquiera al azar. Boğaçhan, Çelen, Özgür, Onur. “*Final-offer arbitration with uncertainty averse parties*”. *Games and Economic Behavior* Vol. 109 (2018), p. 486.

⁶⁹ Farber, Henry. “An Analysis of Final-Offer Arbitration”. *Journal of Conflict Resolution* Vol. 24, Nº 4 (1980), p. 698. Se ha considerado el caso en que el árbitro se deje influenciar por las ofertas de las partes, lo que ocurriría cuando este no tenga completa información del caso, o no está completamente seguro sobre su fallo ideal. La conclusión ha sido que esto no afectaría ni la conducta de las partes ni las recompensas del procedimiento. Li, King, y Rong, Kang. “The gambling effect of final-offer arbitration in bargaining”. *Economic Theory* Vol. 69 (2020), p. 487.

Resulta que la estrategia óptima de las partes en el Arbitraje de Última Oferta depende críticamente de las expectativas de la evaluación que haga el árbitro del caso. Además, las partes, por lo general, tendrán diferentes expectativas de la decisión preferente del árbitro⁷⁰, lo que conlleva que cada parte estime la probabilidad de que el árbitro escoja su oferta de manera diversa y que por ello la posición óptima de cada una sea diferente.

Sin embargo, el criterio con el cual el árbitro evalúa la disputa es completamente desconocido para las partes. Si bien es posible que las partes tengan cierta certeza a su respecto, la incertidumbre genera otra clase de efectos sobre la zona de contrato y en la conducta de las partes. Este elemento se analizará a continuación.

iii. Incertidumbre

Cada parte estima la probabilidad de que el árbitro escoja su oferta distinto a la contraparte, lo que se debe a que no cuentan con completa certeza sobre la solución justa del árbitro. Esta incerteza ocurre por dos motivos⁷¹: o bien los jugadores están imperfectamente informados sobre las preferencias del árbitro, o bien el árbitro se sujeta a influencias estocásticas completamente independientes de las elecciones de las partes. De cualquier manera, la incerteza sobre lo que el árbitro considera la solución adecuada a la controversia cumple un rol importante en el modelo del Arbitraje de Última Oferta.

La incertidumbre acá presentada ha sido también explicada como ‘riesgo arbitral’⁷², en la medida de que las partes enfrentan un riesgo importante al someterse a la decisión de un tercero y cuyos criterios no conocen. La incertidumbre es capaz de aumentar el riesgo arbitral.

Como se explicó anteriormente, la actuación de las partes durante el FOA depende de la ubicación del fallo ideal del árbitro. Las partes confluyen hacia este punto cuando quieren maximizar sus posibilidades de ganar el laudo. Sin embargo, solo pueden hacer esto en la medida de que tengan cierta certeza de donde se encuentra este punto. Para graficarlo es útil pensar en extremos: si las partes conocieran con absoluta certeza cual sería la solución predilecta del árbitro, entonces presentarían ofertas idénticas a

⁷⁰ Adams, Charles. “Final Offer Arbitration: Time for Serious Consideration by the Courts”. *Nebraska Law Review* Vol. 66, N° 2 (1987), p. 235. El mismo autor ha sugerido que es probable que el demandante tenga expectativas superiores a las del demandado, y que si fueran menores a las expectativas de perder del demandado, el caso se resolvería fácilmente al ofrecer el demandado la cantidad suficiente para cubrir las expectativas del demandante.

⁷¹ Wittman, Donald. “Final-Offer Arbitration”. *Management Science* Vol. 32, N° 12 (1986), pp. 1552-1553.

⁷² Boğaçhan, Çelen, Özgür, Onur. “Final-offer arbitration with uncertainty averse parties”. *Games and Economic Behavior* Vol. 109 (2018), p. 486.

dicha solución. Por el contrario, si las partes fueran completamente ignorantes respecto de la noción que tenga el árbitro de como debe ser el laudo, entonces sus ofertas serían podrían ser por completo diversas. Para ellas, la probabilidad de que el árbitro escogiera su oferta sería la misma que la elección de la de la contraparte. Es decir, para las partes la elección sería por completo aleatoria, y no tendrían incentivos para converger.

Así es como la conclusión clásica sobre el efecto de la incertidumbre en la actuación en las partes es la siguiente: si la incertidumbre aumenta, las ofertas de las partes tienden a alejarse. Si aumenta la certidumbre, por el contrario, las ofertas tienden a acercarse al mismo punto⁷³.

Farber identificó ciertas consecuencias de la relación entre el nivel de incertidumbre, las últimas ofertas y el tamaño de la zona de contrato. Por un lado, indicó que el tamaño de la zona de contrato puede ser incrementada al aumentar la incertidumbre (según su opinión, si aumenta la incertidumbre las partes aumenta el riesgo, y por ende la aversión al riesgo de las partes las empuja a converger en más puntos con tal de evitar dicho riesgo). Por otro lado, explicó que el tamaño de la zona de contrato se reduce mientras más preciso sea el conocimiento de las partes sobre las preferencias del árbitro.

Pese a que parte de las conclusiones de Farber han sido criticadas, aún así es posible aplicarlas a la mayoría de los casos⁷⁴. Cabe destacar también que si la incertidumbre aumenta y por ende las partes pueden confluir con mayor claridad, esto podría ser perjudicial para las negociaciones, en la medida de que las partes al conocer el probable punto medio pierdan la necesidad de negociar un acuerdo distinto a éste punto.

Una idea relevante a este punto es que, en la actualidad, las partes de cualquier disputa sometida al conocimiento de un tribunal arbitral tienen la capacidad de investigar a los árbitros. Así, si bien las partes pueden desconocer cuál será la evaluación que realice el árbitro del caso, si pueden conocer el sistema jurídico que el árbitro ha estudiado y al cual ha dedicado su profesión; por tanto, la solución que dicho sistema jurídico proponga para un caso de características similares puede tenerse como la solución ‘justa’

⁷³ Farber, Henry. “An Analysis of Final-Offer Arbitration”. *Journal of Conflict Resolution* Vol. 24, N° 4 (1980), p. 694. En igual sentido, Boğaçhan, Çelen, Özgür, Onur. “Final-offer arbitration with uncertainty averse parties”. *Games and Economic Behavior* Vol. 109 (2018), p. 489.

⁷⁴ Si bien Crawford criticó el trabajo de Farber, el objeto de su crítica recae en ciertas de sus conclusiones derivadas de su modelo, que no resultan generalmente válidas. Así, critica la conclusión de que un aumento en el riesgo arbitral siempre causa que las ofertas de los negociadores se alejen, pues no es efectivo que ello siempre ocurra. Asimismo, indica que la conclusión de Farber de que más riesgo arbitral aumenta el tamaño de la zona de contrato no es generalmente válida, en el sentido de que dicha conclusión no es necesariamente correcta. Luego reconoce que las conclusiones de Farber se sostendrían en la mayoría de los casos. Crawford, Vincent. “A comment on Farber’s analysis of final-offer arbitration”. *Journal of Conflict Resolution* Vol. 26, N°1 (1982), pp.157–160.

del ordenamiento de ‘origen’ del juez, y así otorgar un aproximado razonable de la solución evaluada por el árbitro para el caso particular.

Además, no es posible dejar pasar recientes estudios sobre el efecto de la confianza exagerada en el FOA. Se ha sostenido que *“una de las razones por las que las negociaciones pueden fracasar es que los contendientes no comparten una creencia común y precisa sobre los resultados probables del arbitraje. Los datos demuestran que las creencias de los litigantes son más importantes que sus actitudes hacia el riesgo de los resultados cuando se negocia de cara al arbitraje”*. Se concluye que *“Los procedimientos de arbitraje creados para aumentar la incertidumbre de los resultados (y, por tanto, reducir los conflictos) pueden crear un exceso de confianza, lo que ha sido bien documentado en el contexto de la negociación. Por lo tanto, aunque en un principio se pensó que la incertidumbre de los resultados del arbitraje ayudaría a promover los acuerdos voluntarios, esa misma incertidumbre puede reducir inadvertidamente las tasas de acuerdo debido al optimismo del negociador”*⁷⁵.

iv. Aversión al Riesgo

Otro elemento estrechamente relacionado con el anterior es la aversión al riesgo de cada una de las partes. Este elemento influye no solo en el comportamiento de las partes, sino que también en el análisis del sesgo del árbitro en favor de una de ellas.

La aversión al riesgo consiste en el “rechazo o repugnancia”⁷⁶ frente al riesgo, que implica no estar dispuesto a asumir riesgos o querer evitarlos en la medida de lo posible. Una persona que tiene aversión al riesgo estará más dispuesta a conceder más de algo bueno por una menor probabilidad de algo malo que una persona neutra⁷⁷.

La conclusión general sobre este elemento puede ser atribuida nuevamente al trabajo de Farber, que indica que a medida de que la aversión al riesgo de las partes se reduce, la ubicación de sus ofertas se aleja, mientras que a medida de que aumenta la aversión al riesgo de las partes, la diferencia entre sus ofertas se aproxima a cero⁷⁸ (o, lo que es lo mismo, se acercan sus posiciones). Ante el gran riesgo de

⁷⁵ Dickinson, David. “How different procedures might succeed in settling disputes”. *Alternative dispute resolution, IZA World of Labor* (2014), p. 3. Disponible en: <https://wol.iza.org/articles/alternative-dispute-resolution/long> (última vez visitado el 11 de octubre de 2021).

⁷⁶ Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, 23.ª edición [versión 23.4 en línea] “aversión”. Disponible en: <https://dle.rae.es> (visitado por última vez el 10 de octubre de 2021).

⁷⁷ Wittman, Donald. “Final-Offer Arbitration”. *Management Science* Vol. 32, N° 12 (1986), p. 1558.

⁷⁸ Farber, Henry. “An Analysis of Final-Offer Arbitration”. *Journal of Conflict Resolution* Vol. 24, N° 4 (1980), p. 693.

‘perderlo todo’ si el laudo les es adverso, el incentivo de buscar “la seguridad del acuerdo” planteada por Stevens se ve exacerbado cuando las partes tienen una gran aversión al riesgo.

Sin embargo, es difícil que las partes tomen riesgos en igual medida. En el Arbitraje de Última Oferta, la parte que sea más adversa al riesgo tendrá el incentivo de realizar ofertas cercanas al punto medio entre las partes en mayor medida que la contraria⁷⁹, o, en otras palabras, realizará más concesiones que la contraparte. Esta persona se alejará de su posición preferida hacia una posición que le da mayores probabilidades de ganar, mientras que una persona con menor aversión al riesgo escogerá una posición que le favorece, aunque tenga una probabilidad menor de ser escogida⁸⁰.

Hay dos consecuencias relevantes de esta circunstancia. En primer lugar, al realizar ofertas más razonables y moderadas, la persona que tenga mayor aversión al riesgo tendrá más probabilidades de ganar el laudo en caso de no lograrse acuerdo. En segundo lugar, en caso de lograrse un acuerdo antes del laudo, este le será menor favorable a la parte que más temía el riesgo, dado que es esperable que haya realizado mayores concesiones que la contraparte para evitar el riesgo del fallo⁸¹.

La primera consecuencia es relevante para evaluar el sesgo del árbitro en escoger la oferta de una de las partes. En el contexto de disputas laborales resueltas a través del FOA, la circunstancia de ser los sindicatos los más ‘ganadores’ no necesariamente es indicador de que existe un sesgo arbitral que busque favorecerlos. En realidad, esto podría ilustrar solamente que los sindicatos tienen una mayor aversión al riesgo que los empleadores con los que negocian⁸². Sin embargo, Crawford en 1982 sostuvo que, al contrario de lo que a veces se ha supuesto en la literatura, es poco probable que el sesgo a favor del negociador menos adverso al riesgo sea más grave en FOA que en Arbitraje Convencional⁸³.

⁷⁹ Adams, Charles. “Final Offer Arbitration: Time for Serious Consideration by the Courts”. *Nebraska Law Review* Vol. 66, Nº 2 (1987), p. 238.

⁸⁰ Wittman, Donald. “Final-Offer Arbitration”. *Management Science* Vol. 32, Nº 12 (1986), p. 1558. Ver también: Farber, Henry. “An Analysis of Final-Offer Arbitration”. *Journal of Conflict Resolution* Vol. 24, Nº 4 (1980), p. 692.

⁸¹ Adams, Charles. “Final Offer Arbitration: Time for Serious Consideration by the Courts”. *Nebraska Law Review* Vol. 66, Nº 2 (1987), p. 238. En el mismo sentido, Crawford indica que “la utilidad de un negociador incrementa cuando su oponente se vuelve más adverso al riesgo”. Crawford, Vincent. “*Compulsory Arbitration, Arbitral Risk and Negotiated Settlements: A Case Study in Bargaining under Imperfect Information*”. *The Review of Economic Studies* Vol. 49, Nº 1 (1982), p. 74. Traducción propia.

⁸² Farber, Henry. “An Analysis of Final-Offer Arbitration”. *Journal of Conflict Resolution* Vol. 24, Nº 4 (1980), p. 697.

⁸³ Crawford, Vincent. “*Compulsory Arbitration, Arbitral Risk and Negotiated Settlements: A Case Study in Bargaining under Imperfect Information*”. *The Review of Economic Studies* Vol. 49, Nº 1 (1982), p. 74.

d. Calidad del Laudo

El Arbitraje de Última Oferta se diferencia del Arbitraje Convencional en un aspecto muy relevante: en éste la controversia se resuelve mediante un laudo obligatorio dictado por el árbitro, mientras que en aquel la decisión arbitral es meramente eventual. Una característica central del Arbitraje de Última Oferta es que su objetivo está más enfocado en evitar el procedimiento en favor de un acuerdo negociado que en buscar una solución a través del laudo. El éxito del FOA puede ser juzgado por la cantidad de veces que no se usa⁸⁴.

Sin perjuicio de aquello, es tremendamente relevante atender a aquellos casos en que el procedimiento arbitral se utiliza y en que el árbitro efectivamente adopta una decisión, puesto que el FOA no es capaz de generar los incentivos adecuados para acercar las posiciones de las partes si no se asegura que el riesgo del laudo quedará plasmado en una decisión válida, legítima y plenamente ejecutable. De otro modo, los grandes costos que el FOA pretende establecer no serán considerados por las partes si existe la posibilidad de que el laudo –que funciona como riesgo– no sea reconocido o sea susceptible de ser anulado.

Desde hace décadas se ha introducido la distinción entre laudos de buena o mala calidad en el contexto del FOA. Un laudo de buena calidad puede ser delineado como aquel que cuenta con legitimidad (es decir, es representativo de las concesiones entre las partes⁸⁵), validez (en principio, no adolece de algún vicio que permita su anulación) y ejecutabilidad (en el sentido de la cualidad de un laudo para ser susceptible de reconocimiento por las cortes nacionales). En el Arbitraje Convencional, los laudos están sometidos al escrutinio constante de las partes y sometidos a revisión a través de recursos de nulidad o excepciones a su ejecución. Dado que en el Arbitraje de Última Oferta los laudos no contienen una decisión en base a un derecho aplicable, y dado que se trata de un procedimiento por completo anómalo en contraste, la protección de los laudos es más compleja.

Sobre este tema se hará un análisis más detallado y profundo en el Capítulo V, junto con la revisión de las demás limitaciones y cuestionamientos que se han realizado al FOA. Por ahora, basta con la evaluación de cuales son los impactos de los elementos analizados hasta ahora pueden tener en la calidad del laudo.

⁸⁴ Singh, Ramsumair. "Final Offer Arbitration in theory and practice". *Industrial Relations Journal* Vol. 17, N° 4 (1986), p. 330.

⁸⁵ No lo será cuando las ofertas de las partes sean demasiado extremas.

La existencia de un laudo de buena calidad depende del éxito relativo del procedimiento del FOA, en la medida de que si bien no se evita que el conflicto se someta a la decisión de un tercero, si logra acercar las posiciones de las partes a un punto en que la diferencia entre ambas es mucho menor. La idea es que si las partes se acercaron lo suficiente, el laudo será más representativo de sus concesiones y del acuerdo al que podrían haber llegado, es decir, que razonablemente represente un acuerdo potencial. Un laudo de baja calidad no puede reflejar un potencial acuerdo negociado⁸⁶, lo que ocurre cuando las posiciones de las partes son extremas.

Cuando se aumenta la incerteza sobre la noción de fallo justo que tiene el árbitro, es generalmente aceptado que la zona en que ocurren los acuerdos aumenta de tamaño. Sin embargo, se ha indicado que esto es así a cambio de posiciones más extremas de las partes, que por lo señalado anteriormente llevarían a laudos de baja calidad⁸⁷.

Luego, resulta que cuando la incerteza sobre la noción de fallo justo que tiene el árbitro se reduce, las ofertas de las partes se acercan y convergen, produciendo ofertas que implican laudos de mayor calidad. Sin embargo, esto resultaría en que el árbitro imponga los términos de los acuerdos⁸⁸, aún indirectamente.

La conclusión de ambas circunstancias es que hay un intercambio fundamental entre la calidad de los laudos y la libertad de las partes de negociar un acuerdo no dictado por el árbitro⁸⁹.

Hay un par de consideraciones adicionales a las conclusiones de Farber. Por una parte, no importa tanto que la negociación sea perfecta como que sea conducente a lograr un acuerdo. Solo importará que las ofertas sean más extremas de lo que deberían cuando hagan tan improbable el acuerdo que el FOA pierda sentido. Esto es, cuando la probabilidad de acuerdos sea igual o menor que en el Arbitraje Convencional.

En relación con la aseveración de que al reducir la incerteza los acuerdos logrados o los laudos potenciales serían impuestos por las nociones de justicia del juez, cabe indicar que no se trata de una circunstancia tan grave como se plantea. Esto porque en un arbitraje las partes siempre han sido capaces de escoger a sus propios árbitros, confiando en su criterio y experiencia, para que éstos resuelvan la

⁸⁶ Farber, Henry. "An Analysis of Final-Offer Arbitration". *Journal of Conflict Resolution* Vol. 24, N° 4 (1980), p. 695.

⁸⁷ Op. Cit, p. 696.

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ Ibidem.

controversia justamente. Esto incluso es más patente en el caso de los árbitros con poderes *ex aequo et bono*, que resuelven la controversia en razón de sus nociones de prudencia y equidad.

Así, si las partes de un arbitraje convencional, sea en derecho o en equidad, escogen a árbitros adecuados y en quienes confían para una resolución correcta de la controversia, no se explica por qué habría problema en que el árbitro del procedimiento de última oferta imponga indirectamente sus nociones de justicia.

Aún más, es cuestionable que se plantee como causa de la convergencia de posiciones de las partes las nociones *internas* del árbitro, que no son compartidas a las partes. La relativa certeza o incerteza que tengan las partes sobre sus preferencias no necesariamente será efectiva, sino que tiene más relación con la confianza que cada una de las partes tenga sobre la efectividad de la información con la que cuentan.

De todas maneras ciertos esfuerzos pueden hacerse para aumentar la calidad de laudos que representan posiciones demasiado extremas durante el Arbitraje de Última Oferta, los que serán debidamente desarrollados en la sección correspondiente⁹⁰.

e. Conclusiones sobre la operatividad del Arbitraje de Última Oferta

Sobre la aplicación del FOA, diversos autores han llegado a conclusiones diversas, pero que refrendan su filosofía y mecánicas y complementan el análisis. Veamos.

Peter Feuille (1975), en su tiempo, indicó “*Sobre la base de las pruebas, ciertamente incompletas, de las que aquí se informa, los procedimientos de arbitraje de oferta final parecen tener un efecto menos inhibitorio de la negociación que los procedimientos de arbitraje convencionales. (...) la posibilidad de muerte súbita de "perder el juego" en el arbitraje de oferta final aparentemente induce a las partes a negociar sus propios acuerdos con una frecuencia proporcionalmente mayor a la que ocurre en los procedimientos de arbitraje convencionales menos costosos. Esta conclusión sugiere que el proceso de oferta final aumenta la compatibilidad del arbitraje y la negociación en mayor medida que el proceso convencional*”⁹¹.

⁹⁰ Esto será sin perjuicio de la aseveración de que la circunstancia de que en el procedimiento exista una probabilidad de que se emitan laudos inequitativos o de poca calidad significa que el procedimiento del FOA está funcionando correctamente. Feuille, Peter. “Final Offer Arbitration and the Chilling Effect”. *Industrial Relations* Vol. 14, N° 3 (1975), p. 310.

⁹¹ Feuille, Peter. “Final Offer Arbitration and the Chilling Effect”. *Industrial Relations* Vol. 14, N° 3 (1975), p. 309. Traducción propia.

Feuille se refería a que el aumento de costos que implica el FOA, que busca emular los costos que la huelga impone a las partes, es capaz de incentivar a las partes a negociar para evitar los costos de perderlo todo. Agregó que el propósito del concepto del FOA es hacer costoso para las partes estar en desacuerdo, y el árbitro de última oferta es el mecanismo para imponer estos costos⁹².

Henry Farber (1980), por su lado, concluyó que (i) la parte con mayor aversión al riesgo presenta una oferta más razonable que tiene mayores posibilidades de ser seleccionada; (ii) las ofertas tienden a alejarse cuando hay mayor incertidumbre, sin perjuicio de que sea aconsejable mantenerlo así para reducir el recurso al FOA y sin perjuicio de que deban ser atendidos los consecuentes laudos de menor calidad; y que (iii) los acuerdos negociados están sesgados en contra de la parte con mayor aversión al riesgo, que concede más (recordar que esto ha sido cuestionado por otros autores, que indican que este sesgo no tiene consecuencias prácticas)⁹³.

Donald Wittman (1986) añadió que el resultado esperado de un veredicto arbitral es crítico, ya que influencia el resultado del acuerdo negociado⁹⁴. Esto hace referencia al hecho de que lo que las partes esperen de la resolución del árbitro es relevante para determinar cual es la oferta que más utilidad les reporta, lo que asimismo influye en sus posiciones de negociación.

Ramsumair Singh (1986), sobre la experiencia en Gran Bretaña, explicó *“En un sentido curioso, el hecho de tener FOA puede fomentar por sí mismo una negociación colectiva realista e inducir a las partes a llegar a soluciones de mutuo acuerdo, evitando así el uso de FOA. El hecho de que las disposiciones del FOA apenas se hayan utilizado en Gran Bretaña daría cierto peso a esta opinión”*⁹⁵.

Con mayor modernidad, Chirstian Borris (2007) concluye lo siguiente: *“El arbitraje de béisbol o FOA es una forma de arbitraje que fomenta la solución rápida de los conflictos. Aunque no existen pruebas empíricas sobre la tasa de resolución en los procedimientos de FOA fuera de las Grandes Ligas de Béisbol, la alta tasa de resolución registrada en este campo de aplicación, así como la considerable presión sobre las partes, sugieren una tasa de resolución aún mayor que en el arbitraje convencional. Estos dos aspectos hacen que el arbitraje de béisbol sea una opción atractiva en las circunstancias*

⁹² Feuille, Peter. “Final Offer Arbitration and the Chilling Effect”. *Industrial Relations* Vol. 14, N° 3 (1975), p. 310.

⁹³ Farber, Henry. “An Analysis of Final-Offer Arbitration”. *Journal of Conflict Resolution* Vol. 24, N° 4 (1980), pp. 699-700.

⁹⁴ Wittman, Donald. “Final-Offer Arbitration”. *Management Science* Vol. 32, N° 12 (1986), pp. 1552 y 1560.

⁹⁵ Singh, Ramsumair. “Final Offer Arbitration in theory and practice”. *Industrial Relations Journal* Vol. 17, N° 4 (1986), p. 336. Traducción propia.

*adecuadas. Dado que puede aplicarse en el sistema jurídico alemán, así como en otros países de derecho civil, sin problemas significativos, las partes y sus abogados harían bien en considerar sus ventajas. Aplicado en las circunstancias apropiadas, el arbitraje de béisbol bien podría proporcionarles la oportunidad de hacer un home run.”*⁹⁶

Finalmente, Benjamin Tulis (2010) explicó que *“cuando se aplica correctamente, el arbitraje de oferta final puede ser una herramienta útil para facilitar la resolución previa a la audiencia. Además de la MLB y el empleo público, hay varios contextos que podrían beneficiarse del proceso (...) En estos contextos, cualquier acuerdo de arbitraje puede aplicarse de manera que promueva las teorías que sustentan el arbitraje de oferta final, en particular contrarrestando el efecto de "enfriamiento" de la negociación asociado al arbitraje convencional. La definición de un conjunto adecuado de criterios y la elección de la variación procesal apropiada pueden garantizar una aplicación correcta. Aunque el arbitraje de oferta final parece estar infrutilizado y a veces mal utilizado, si se aplica correctamente en el contexto adecuado, puede ser una valiosa alternativa al arbitraje convencional y proporcionar un proceso de arbitraje más eficiente, agradable y rentable”*⁹⁷.

Por otro lado, autores desde el campo del estudio de la toma de decisiones han tratado de explicar el éxito atribuido al FOA en contraste con el Arbitraje Convencional, indicando entre otras cosas que el procedimiento promueve ponerse en lugar de los demás⁹⁸. Explican que, en contraste con el Arbitraje Convencional en que se asume que el árbitro divide la diferencia, el Arbitraje de Última Oferta *“promueve la recopilación de información y la actividad concesiva de ambas partes. Este comportamiento se ve recompensado porque el laudo arbitral se concede al negociador que presenta la oferta percibida como más justa por el árbitro. Por lo tanto, los negociadores deben considerar no sólo su propio punto de vista, como en el arbitraje convencional, sino también la perspectiva de su oponente y del árbitro”*⁹⁹. Sobre aquel trabajo, Adams ha señalado: *“Al hacer que los negociadores miren más allá de sus propias perspectivas para ver las de sus oponentes, el arbitraje de oferta final parece animar a los negociadores a hacer una valoración más realista de su situación. Esta evaluación realista podría luego llevar a un acuerdo”*¹⁰⁰.

⁹⁶ Borris, Christian, “Final Offer Arbitration from a Civil Law Perspective”. *Journal of International Arbitration* Vol. 24, Nº 3 (2007), p. 317.

⁹⁷ Tulis, Benjamin. “Final-Offer “Baseball” Arbitration: Contexts, Mechanics & Applications”. *Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law* Vol 20, Nº 1 (2010), p. 130.

⁹⁸ Neale, Margaret, y Bazerman, Max. “The Role of Perspective-Taking Ability in Negotiating under Different Forms of Arbitration”. *Industrial Labor Relations Review* Vol. 36, Nº 3 (1983), pp. 378–388.

⁹⁹ Op. Cit, p. 380. Traducción propia.

¹⁰⁰ Adams, Charles. “Final Offer Arbitration: Time for Serious Consideration by the Courts”. *Nebraska Law Review* Vol. 66, Nº 2 (1987), p. 243. Traducción propia.

En efecto, dicho experimento desarrollado por Naele & Bazerman demostró que los sujetos con altas puntuaciones en un test psicológico diseñado para medir su capacidad de toma de perspectiva eran capaces de obtener mayores concesiones de sus oponentes y lograr resultados más favorables durante el proceso de negociación que los sujetos con bajas puntuaciones en el test¹⁰¹.

Como corolario de esta sección, cabe mencionar que las condiciones que hacen probable un acuerdo negociado bajo el FOA dependerán de muchísimos factores. Sin embargo, es necesario que los costos que la aplicación del procedimiento implique para las partes sean suficientemente altos para producir como efecto el que incluso las partes con poca aversión al riesgo encuentren como curso de acción óptimo el acuerdo negociado. Esto implica el análisis de los costos directos, la cuantía de la disputa, la aversión al riesgo de las partes, y la incertidumbre sobre las preferencias del juez encargado de la resolución de la controversia. Cabe tener en cuenta que la voluntad de las partes de adoptar el FOA dependerá, en cierta medida, de lo que las partes esperen conseguir si fallan en alcanzar un acuerdo negociado¹⁰².

B. Ventajas y Desventajas del Procedimiento de Arbitraje de Última Oferta

a. Ventajas del FOA

La principal ventaja del procedimiento del FOA es que hace más probable el acuerdo negociado entre las partes, por lo que los beneficios del acuerdo negociado se transmiten en cierta medida al FOA. Entre otros, se ha indicado que gozan de las siguientes características: (i) los acuerdos son económicos; (ii) los acuerdos mantienen el control del resultado en las mismas partes; y (iii) permiten la descongestión de las cortes¹⁰³.

Pero aún cuando este acuerdo no se produce, el procedimiento tendría la virtud de propiciar las negociaciones serias, realistas y en buena fe entre las partes para llegar a un acuerdo satisfactorio incluso antes de que el laudo sea dictado¹⁰⁴. Empuja a las partes a actuar con razonabilidad y consideración por

¹⁰¹ Neale, Margaret, y Bazerman, Max. "The Role of Perspective-Taking Ability in Negotiating under Different Forms of Arbitration". *Industrial Labor Relations Review* Vol. 36, N° 3 (1983), pp. 380-381, 386. Ver también: Adams, Charles. "Final Offer Arbitration: Time for Serious Consideration by the Courts". *Nebraska Law Review* Vol. 66, N° 2 (1987), p. 243.

¹⁰² Singh, Ramsumair. "Final Offer Arbitration in theory and practice". *Industrial Relations Journal* Vol. 17, N° 4 (1986), p. 330.

¹⁰³ Adams, Charles. "Final Offer Arbitration: Time for Serious Consideration by the Courts". *Nebraska Law Review* Vol. 66, N° 2 (1987), p. 213.

¹⁰⁴ Ruggero, Di Bella Danilo. "Final-Offer Arbitration: A Procedure to Save Time and Money?", Kluwer Arbitration Blog, 25 de Enero de 2019. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/25/final-offer-arbitration-a-procedure-to-save-time-and-money/> (última vez visitado el 11 de octubre de 2021).

la otra parte en sus propuestas, en la medida de que de otro modo reducen la posibilidad de que su oferta sea seleccionada.

En virtud de lo anterior, dado que Arbitraje de Última Oferta es capaz de generar una actitud de buena fe y consideración entre las partes, se ha considerado ideal para mantener las relaciones de las partes ante un procedimiento que convencionalmente es adversarial por naturaleza¹⁰⁵. Así es como, en un experimento para probar la eficacia del FOA, se determinó que “*Los resultados indican que las partes que entienden completamente el procedimiento de última oferta mantienen actitudes favorables respecto de sus oponentes y del acuerdo impuesto*”¹⁰⁶.

Lo anterior influye también en la satisfacción con el resultado, en la medida de que un acuerdo alcanzado mutuamente y de manera colaborativa, como ocurre en la negociación, otorga mayores niveles de satisfacción entre las partes y mejora las chances de que dicho acuerdo sea cumplido. Sobre ello, se ha indicado: “La cuestión crucial es si las partes, en determinadas circunstancias, están satisfechas con el resultado negociado. Este enfoque teórico se basa en el concepto psicoanalítico de satisfacción. ¿Cómo se sienten los negociadores con los acuerdos alcanzados? ¿Están subjetivamente satisfechos o incómodos con el resultado? En uno u otro caso, el resultado durará mucho o poco, según el marco externo e interno en el que se haya alcanzado el acuerdo”¹⁰⁷.

Aún más, el procedimiento reduciría costos finales y el tiempo del procedimiento, en la medida de que la carga del tribunal se aliviaría en gran medida dado que se le releva de la necesidad de confeccionar un laudo. Los abogados de las partes evitarían tener que defender posiciones extremas, lo que también reduciría los costos¹⁰⁸. El procedimiento del FOA se ha enunciado como una de las formas en que las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad para determinar el procedimiento arbitral, pueden darle rapidez al procedimiento¹⁰⁹.

¹⁰⁵ *Ibidem*. En igual sentido, ver: Tulis, Benjamin. “Final-Offer “Baseball” Arbitration: Contexts, Mechanics & Applications”. *Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law* Vol 20, N° 1 (2010), pp. 89 y 102; y Adams, Charles. “Final Offer Arbitration: Time for Serious Consideration by the Courts”. *Nebraska Law Review* Vol. 66, N° 2 (1987), p. 213.

¹⁰⁶ DeNisi, Angelo, y Dworkin, James. “Final-Offer Arbitration and the Naive Negotiator”. *Industrial Labor Relations Review* Vol. 35, N° 1 (1981), p. 87. Cabe mencionar que si bien el experimento puede ser blanco de críticas por utilizar como sujetos a estudiantes universitarios en lugar de representantes sindicales y empresariales reales, los autores justifican los resultados en la medida de que el procedimiento influyó en el comportamiento de las partes en el experimento.

¹⁰⁷ Pfetsch, Frank. “Power in International Negotiations: Symmetry and Asymmetry”. *Negotiations* Vol. 16, N° 2 (2011), p. 40.

¹⁰⁸ Ruggero, Di Bella Danilo. “*Final-Offer Arbitration: A Procedure to Save Time and Money?*”, Kluwer Arbitration Blog, 25 de Enero de 2019.

¹⁰⁹ Emanuele, Ferdinando, y Molfa, Milo. *Selected Issues in International Arbitration: The Italian Perspective*. Thomson Reuters, 2014, p. 3.

b. Desventajas del FOA

Hay ciertas desventajas que podría presentar el procedimiento del FOA. La más relevante es la posibilidad de emitir laudos de mala calidad, que arriesgue la ejecutabilidad del laudo y su legitimidad. Ya nos hemos referido a esta posibilidad en la sección D de este capítulo, y será tratada con detalle en el Capítulo V.

Otra desventaja importante es la poca pertinencia de este procedimiento para controversias de gran complejidad, en que, por un lado, sea improbable que las partes se pongan de acuerdo en los plazos y condiciones del FOA por la complejidad y magnitud del conflicto, y por otro, sea un conflicto en que se valore más la determinación exacta del conflicto. En efecto, cuando existe mucho en juego, sería contrario a los intereses de las partes someter la resolución del asunto a un procedimiento que no implique el conocimiento del caso por el árbitro que resolverá la controversia. En tales casos, es más adecuado que las partes sometan su disputa a un procedimiento de lato conocimiento y en que el árbitro tenga la posibilidad de emitir un fallo informado y que haya considerado todas las alegaciones de las partes.

Finalmente, la fórmula del Arbitraje de Última Oferta es un mecanismo difícil de digerir. Por un lado, la negociación en sí misma es la antonomasia del entrenamiento que han recibido los litigantes, y por otro, la perspectiva de someterse a un procedimiento en que sea una posibilidad ‘perderlo todo’ puede disuadir a las partes de someterse a un procedimiento de estas características, por muy loables que sean sus objetivos. Para contrarrestar estas consideraciones, es importante que se difundan los resultados que este mecanismo es capaz de otorgar y las experiencias de sus participantes, lo que dependerá en gran medida del éxito que tenga el funcionamiento del FOA en contextos que tradicionalmente son propios del Arbitraje Convencional.

C. Variantes

El procedimiento del Arbitraje de Última Oferta no es único, y con el paso del tiempo ha adoptado distintas formas o variantes, que han alterado tanto la forma de decisión del árbitro, dinámica del procedimiento y/o la cantidad de ofertas presentadas por las partes. La forma que adopte el procedimiento, y en particular la forma de selección de ofertas, también puede tener un impacto en la conducta de las partes durante la negociación¹¹⁰, al alterar algunos de los elementos que hemos revisado.

¹¹⁰ Feuille, Peter. “Final Offer Arbitration and the Chilling Effect”. *Industrial Relations* Vol. 14, Nº 3 (1975), p. 305.

En ese sentido, es tremendamente importante conocer las variantes disponibles y las consecuencias que ellas pueden tener en el procedimiento y en el resultado del proceso.

La distinción más importante se produce con el procedimiento de ‘paquete completo’ y el ‘asunto por asunto’, según la cantidad de ofertas que realizan las partes. Sin embargo, en la práctica se han desarrollado otras variantes que se enfocan en otros elementos del procedimiento, y lo importante al respecto es que las partes pacten la modalidad o variante de antemano.

a. Paquete Completo (*Whole Package*)

La fórmula clásica del Arbitraje de Última Oferta toma la forma de un arbitraje de “paquete completo” o “*Whole Package Selection*”. Esto hace referencia a que las partes bajo la modalidad de paquete completo presentan una oferta que contiene su posición respecto a todas las cuestiones objeto del conflicto¹¹¹. El árbitro es llamado a escoger el ‘paquete’ más razonable, sin análisis separado de las distintas materias como ocurre en la modalidad *issue-by-issue*, en que se presentan ofertas para cada una de las cuestiones disputadas.

Este procedimiento es el básico del FOA no sin una razón; la circunstancia de someter todos los asuntos en un ‘mismo saco’ aumentaría el efecto principal del FOA de acercar a las partes en una mayor medida que en aquellos procedimientos en que se discuten varias ofertas¹¹². La razón ha sido elocuentemente explicada por los comentaristas: este procedimiento “*preserva plenamente las ventajas iniciales de FOA. El mínimo grado de discrecionalidad por parte del árbitro se corresponde con un alto nivel de riesgo para las partes y les da un claro incentivo para hacer ofertas razonables. La alta presión también suele motivar a las partes a resolver al menos parte de su disputa antes de que comience el arbitraje*”¹¹³.

Como es de esperar, el procedimiento de paquete no ha estado exento de críticas. Tulis ha señalado que las partes podrían verse tentadas a incluir ofertas ‘escandalosas’ en un pequeño porcentaje de las cuestiones presentadas en una oferta que de otro modo sería razonable. Esto presentaría un problema para el árbitro, que debe evaluar la razonabilidad de una oferta que contiene elementos no razonables. Este problema se vería agravado en caso de que ambas partes actúen de esta manera, porque el árbitro

¹¹¹ Tulis, Benjamin. “Final-Offer “Baseball” Arbitration: Contexts, Mechanics & Applications”. *Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law* Vol 20, N° 1 (2010), p. 94.

¹¹² Feuille, Peter. “Final Offer Arbitration and the Chilling Effect”. *Industrial Relations* Vol. 14, N° 3 (1975), p. 309.

¹¹³ Borris, Christian, “Final Offer Arbitration from a Civil Law Perspective”. *Journal of International Arbitration* Vol. 24, N° 3 (2007), p. 309. Traducción propia.

podría verse enfrentado a dos ofertas que no son para nada razonables, poniéndole en la situación de no poder seleccionar una oferta razonable en absoluto¹¹⁴.

Por otro lado, el autor plantea que esta modalidad del procedimiento en realidad inhibiría la negociación de acuerdos. Explica que es más difícil acordar sobre el todo que respecto de algunas cosas por separado. Esta dificultad incentivaría a las partes a preferir la preparación de la oferta que más les convenga en lugar de negociar¹¹⁵. Al respecto, hay que considerar que si bien puede ser cierto que es más difícil ponerse de acuerdo respecto de múltiples asuntos al mismo tiempo, la idea de esta modalidad del arbitraje es que aumenta los costos del desacuerdo, dada la ínfima discrecionalidad del juez y los grandes riesgos de perder; es decir, aprovecha el principal mecanismo del FOA para incentivar el acuerdo y acercamiento de las partes. De todas formas, no es una crítica sin importancia y por eso el autor plantea que el FOA se aprovecha más cuando recae en la menor cantidad de disputas posible¹¹⁶ (en parte, explica el autor, porque evita a las partes la decisión sobre que variante es más adecuada entre paquete completo y asunto por asunto).

b. Asunto por Asunto (*Issue-by-Issue*)

En contraste con el FOA de paquete completo, en el *issue-by-issue* FOA se permite a las partes presentar diferentes ofertas sobre distintas materias, sobre las cuales el árbitro escogerá la oferta más razonable para cada materia sometida a su elección¹¹⁷.

Se ha razonado que esta variante del procedimiento otorga al árbitro cierta flexibilidad en el manejo de disputas de múltiples asuntos, pero reduciendo los incentivos de las partes de alcanzar un acuerdo sobre todas las cuestiones objeto de la controversia¹¹⁸. Además, se ha dicho que este procedimiento tiene la virtud de forzar que en las negociaciones las partes se pongan de acuerdo en al menos algunas de las áreas disputadas¹¹⁹, y que tiene la ventaja de permitir laudos diferenciados para asuntos diferentes¹²⁰.

¹¹⁴ Tulis, Benjamin. "Final-Offer "Baseball" Arbitration: Contexts, Mechanics & Applications". *Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law* Vol 20, Nº 1 (2010), pp. 102-103. Una propuesta para evitar esta eventual deficiencia del procedimiento es explicada en el Capítulo V.

¹¹⁵ Op. Cit, p. 103.

¹¹⁶ Op. Cit, p. 107.

¹¹⁷ Op. Cit, p. 94.

¹¹⁸ Feuille, Peter. "Final Offer Arbitration and the Chilling Effect". *Industrial Relations* Vol. 14, Nº 3 (1975), p. 305.

¹¹⁹ Tulis, Benjamin. "Final-Offer "Baseball" Arbitration: Contexts, Mechanics & Applications". *Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law* Vol 20, Nº 1 (2010), p. 103.

¹²⁰ Borris, Christian, "Final Offer Arbitration from a Civil Law Perspective". *Journal of International Arbitration* Vol. 24, Nº 3 (2007), p. 309.

Tulis también realiza ciertas críticas a este procedimiento¹²¹, indicando que puede ser contrario a los intereses del FOA. Indica que entregar mayor discreción al árbitro le devuelve la posibilidad de comprometer, lo que puede concretarse a través de la selección de las ofertas de las partes de manera equitativa (por ejemplo, resolver escogiendo las ofertas de una de las partes en algunos asuntos, y las ofertas de la contraparte en los demás). A medida que la cantidad de asuntos incrementa, mayor flexibilidad se le provee al árbitro y el FOA se vuelve más similar al Arbitraje Convencional¹²².

Un punto relevante para considerar es si acaso esta modalidad del FOA provoca el *Chilling Effect* que busca evitar en primer lugar. Tulis presenta el problema y concluye que, en realidad, hacer ofertas razonables es todavía en el beneficio estratégico de las partes, en la medida de que no tienen como predecir qué asuntos serán fallados a su favor y por ende no se produce el efecto.

La conclusión del citado autor es que si bien es cierto que el procedimiento por asuntos es más complejo que el de paquete único, en realidad aquella está más alineada con los objetivos del Arbitraje de Última Oferta. Esto porque si bien uno de los fines del procedimiento es limitar la discreción del árbitro, el mayor objetivo es la conclusión de acuerdos antes de la resolución por los árbitros¹²³.

Sin embargo, no hay que perder de vista que otros autores han estimado que a medida que el árbitro tiene más discreción, como ocurre con la habilidad de elegir entre variados temas en vez de escoger un paquete, menor es el efecto del procedimiento en evitar el efecto de enfriamiento de las negociaciones entre las partes¹²⁴.

La línea de fondo entre ambos mecanismos es que la elección por el procedimiento dependerá de las necesidades de las partes y las características de la disputa. Puede ser necesario para las partes resolver una disputa en su integridad rápidamente, para lo cual un procedimiento de paquete podría resultar más adecuado. Por otro lado, si las partes están en desacuerdo respecto de muchos temas que deben ser categorizados de manera separada, un arbitraje por asunto puede resultar un mecanismo eficiente para este fin. Sin embargo, la intuición pareciera indicar que para disputas complejas, en que existen muchos matices y en que cada elemento de la controversia no puede separarse de los demás, el procedimiento no

¹²¹ Tulis, Benjamin. "Final-Offer "Baseball" Arbitration: Contexts, Mechanics & Applications". *Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law* Vol 20, N° 1 (2010), p. 103.

¹²² Borris, Christian, "Final Offer Arbitration from a Civil Law Perspective". *Journal of International Arbitration* Vol. 24, N° 3 (2007), p. 309.

¹²³ Tulis, Benjamin. "Final-Offer "Baseball" Arbitration: Contexts, Mechanics & Applications". *Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law* Vol 20, N° 1 (2010), p. 104.

¹²⁴ Chaykowski, Richard. "Time to Tweak or Re-boot? Assessing the Interest Arbitration Process in Canadian Industrial Relations". *C.D Howe Institute, commentary* N° 539 (2019), pie de página N° 8, p. 10.

sería el más adecuado. Un tema no resuelto es qué ocurre cuando las partes pactan una de estas variantes pero luego el conflicto posee características que hacen aconsejable la otra fórmula de procedimiento. En tales casos, la voluntad de las partes de resolver un asunto mediante FOA podría ser contraproducente a sus propios intereses.

c. Triple Oferta

En algunos sectores se ha propuesto un sistema de FOA en que se presenten tres ofertas; la tercera siendo la recomendación de una investigación de los hechos realizada por terceros objetivos para establecer los hechos del caso, o “*fact-finding*”. Por ejemplo, a 1986, en el Estado de Iowa se contaba con un sistema de resolución de controversias laborales que involucraba mediación, *fact-finding*, y arbitraje mediante FOA. Las recomendaciones del *fact-finding* (según la evidencia presentada) constituían una oferta que podía ser adoptada por el árbitro, al igual que las ofertas de ambas partes.

Lo que resultó a los 5 años de utilizar el sistema fue que el 70% de todos los casos presentados a *fact-finding* fueron resueltos por las partes voluntariamente sin recurrir al FOA, y en los casos que fueron a Arbitraje de Última Oferta, los árbitros confirmaron las recomendaciones del *fact-finding* en el 80% de los casos. Sin embargo, resultaba cuestionable si acaso la resolución de la disputa mediante este mecanismo se debe al éxito del procedimiento o a que las partes estimaron que la recomendación sería inevitablemente la escogida por el árbitro¹²⁵.

Se ha indicado desde temprano que como consecuencia de la recomendación se reduce la incerteza acerca de la noción de fallo justo del árbitro¹²⁶. Esto tiene sentido, en la medida de que se trataría de una suerte de ‘decisión’ por parte de terceros independientes y objetivos, lo que haría razonable que fuera estimada a su vez razonable por el árbitro. Inevitablemente las partes convergerían en ese punto, haciendo el fallo del árbitro innecesario, por ambos estimar que el fallo se situaría alrededor de esa posición, o precisamente en dicha posición. Esto evitaría el objetivo de que las partes discutan su propio acuerdo, y tendría como efecto que la solución terminase siendo impuesta de todas maneras.

En este sentido se ha indicado que incluir la recomendación derivada del *fact-finding* sería contraintuitivo para la teoría subyacente de que el Arbitraje de Última Oferta facilita el acuerdo al acercar las ofertas de

¹²⁵ Singh, Ramsumair. “Final Offer Arbitration in theory and practice”. *Industrial Relations Journal* Vol. 17, Nº 4 (1986), p. 334.

¹²⁶ Farber, Henry. “An Analysis of Final-Offer Arbitration”. *Journal of Conflict Resolution* Vol. 24, Nº 4 (1980), p. 684.

las partes. Si las partes están preocupadas de la recomendación de los investigadores, es posible que no presenten ofertas razonables si saben que la recomendación determinará la oferta más razonable. Evitaría que las partes se acercaran al verdadero punto medio entre ambas¹²⁷. En palabras de una comentarista, “Esto hace que la FOA se mueva en la dirección del arbitraje convencional y elimina una buena parte de la incertidumbre calculada que Stevens alegó como una razón clave para los altos incidentes de la solución negociada”¹²⁸.

d. FOA de múltiples rondas

En esta modalidad de Arbitraje de Última Oferta se establecen varias rondas de ofertas, dándole más oportunidades a las partes de ajustar sus posiciones e idealmente lograr un acuerdo. Podría ser instrumental a la solución de disputas más complejas. Sin embargo, esta modalidad daría oportunidad a las partes de realizar ‘maniobras estratégicas’ durante la negociación, lo que frustraría el propósito del FOA de alcanzar un acuerdo rápidamente¹²⁹.

a. Dobles Ofertas Finales

Finalmente, también se ha planteado la posibilidad de que las partes entreguen dos ofertas alternativas, dando al tribunal la opción de escoger cualquiera de un total de cuatro ofertas. Se ha indicado que dando a las partes la oportunidad de entregar ofertas alternativas aumentaría las probabilidades de encontrar una solución aceptable para ambos lados¹³⁰. Se ha dicho que es una buena variante en la medida de que permite a las partes presentar una oferta ambiciosa sin dejar de presentar una más moderada¹³¹.

D. Enfriamiento de las Negociaciones y el Arbitraje de Última Oferta como ‘antídoto’

Uno de los supuestos más relevantes para la conceptualización del FOA es el llamado ‘*Chilling Effect*’ que el arbitraje convencional tendría sobre las negociaciones de las partes, que ya ha sido explicado. Sin embargo, se mantiene la interrogante por sus efectos en la práctica.

¹²⁷ Tulis, Benjamin. “Final-Offer “Baseball” Arbitration: Contexts, Mechanics & Applications”. *Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law* Vol 20, Nº 1 (2010), p. 99.

¹²⁸ Meth, Elissa. “Final Offer Arbitration: A Model for Dispute Resolution in Domestic and International Disputes”. *The American Review of International Arbitration* Vol. 10, Nº 3 (1999), p. 397.

¹²⁹ Borris, Christian, “Final Offer Arbitration from a Civil Law Perspective”. *Journal of International Arbitration* Vol. 24, Nº 3 (2007), p. 310.

¹³⁰ Op. Cit, p. 311.

¹³¹ Ruggero, Di Bella Danilo. “Final-Offer Arbitration: A Procedure to Save Time and Money?”, Kluwer Arbitration Blog, 25 de Enero de 2019.

Numerosos estudios han constatado que los índices de impasse/disputa en las estructuras jurídicas que exigen el arbitraje (arbitraje compulsivo) son más altos que en las estructuras jurídicas que tienen otros procedimientos de resolución de conflictos como paso final¹³².

Se han mencionado que el campo que proporciona la mayor cantidad de información acerca de los efectos del arbitraje en la negociación de las partes es la negociación colectiva en materia laboral. Es en esta área que se ideó el Arbitraje de Última Oferta, en la que se ha desarrollado principalmente, y asimismo es el sector en que se ha aplicado con mayor extensión que en otros asuntos. En este campo, uno de los estudios sobre la materia ha observado que una estructura legal que involucra arbitraje obligatorio entre las partes se asocia con una baja significativa en la probabilidad de acuerdos negociados en comparación con una estructura legal que permita la huelga de los trabajadores¹³³.

Según los datos recopilados por Michele Campolieti, Robert Hebdon & Benjamin Dachis en su publicación de 2016¹³⁴, de un total de 5.831 acuerdos negociados entre las partes en conflicto, 4.566 se concentraron en los regímenes legales en que existía derecho a la huelga, mientras que solo 791 acuerdos se suscribieron en estructuras legales en que se establecía arbitraje obligatorio¹³⁵. La conclusión de los autores es que el arbitraje se asocia con una menor probabilidad de alcanzar un acuerdo negociado entre las partes, y que el uso del arbitraje tiende a incrementar el uso del arbitraje en el futuro¹³⁶.

Estos datos permitirían explicar la necesidad de emular los costos de la huelga en el proceso arbitral para restringir el *Chilling Effect* y resguardar el interés público de evitar los efectos de la huelga en servicios públicos; necesidad que en parte se buscó satisfacer con el FOA en sus orígenes.

En efecto, y según se ha explicado durante esta exposición, el Arbitraje de Última Oferta es efectivo en contra de este fenómeno. Ilustrativo es el caso del Estado de Nueva Jersey, en Estados Unidos, que con anterioridad a 1995 contemplaba seis variaciones de arbitraje que las partes podían elegir para resolver

¹³² Chaykowski, Richard. "Time to Tweak or Re-boot? Assessing the Interest Arbitration Process in Canadian Industrial Relations". *C.D Howe Institute, commentary* N° 539 (2019), p. 15

¹³³ Campolieti, Michele; Hebdon, Robert, y Dachis, Benjamin. "Collective Bargaining in the Canadian Public Sector, 1978–2008: The Consequences of Restraint and Structural Change". *British Journal of Industrial Relations* Vol. 54, N° 1 (2016), pp. 192-213

¹³⁴ Los autores usaron los datos de 1978 a 2008 para estudiar los resultados de acuerdos negociados, duración de huelga, y salarios en el sector público canadiense

¹³⁵ Campolieti, Michele; Hebdon, Robert, y Dachis, Benjamin. "Collective Bargaining in the Canadian Public Sector, 1978–2008: The Consequences of Restraint and Structural Change". *British Journal of Industrial Relations* Vol. 54, N° 1 (2016), pp. 200-201.

¹³⁶ Op. Cita, pp. 210-211.

sus disputas, pero establecía que en caso de que las partes no pudieran ponerse de acuerdo, el arbitraje sería el Arbitraje de Última Oferta (distinguiendo entre FOA de paquete completo para materias puramente económicas, y la modalidad asunto por asunto para casos no económicos)¹³⁷. Luego, una propuesta legislativa buscó modificar la ley para establecer en ella el arbitraje convencional para todo evento; si bien dicho proyecto no se convirtió en ley, la regulación fue modificada para hacer el arbitraje convencional la alternativa por defecto, desplazando al Arbitraje de Última Oferta de dicha posición.

En el año 1999, un estudio analizó el efecto de esta modificación en el Estado de Nueva Jersey, encontrando que, al momento del cambio legislativo, la diferencia promedio entre las posiciones de las partes estudiadas¹³⁸ era de un 29%, mientras que en 1997 (el primer año completo bajo la modificación al arbitraje convencional), dicha diferencia fue de un 44%, y en 1998, un 55%¹³⁹. Si bien el autor de dichas cifras reconoce que son limitadas, si señala que “*sugieren que el arbitraje convencional puede hacer que las partes negocien con menos ahínco y dediquen más energías a preparar las posiciones para el arbitraje. Por lo tanto, el nuevo sistema por defecto puede estar forzando a las partes a distanciarse aún más y puede estar desalentando a cada parte a comprometerse*”¹⁴⁰.

Esto confirma los experimentos que, hasta esa fecha, se habían realizado. Sobre ellos, se ha sostenido que “[l]os resultados de los experimentos con el arbitraje de oferta final han sido sorprendentes, especialmente para la investigación en ciencias sociales. Con casi unanimidad, han demostrado que el arbitraje de oferta final es superior al arbitraje convencional a la hora de llevar a los negociadores a un acuerdo antes de la audiencia de arbitraje. Los experimentos han demostrado que las parejas negociadoras fueron capaces de resolver más cuestiones a través de la negociación si anticipaban el arbitraje de oferta final en lugar del arbitraje convencional. Cuando no se alcanzaba un acuerdo al final de las negociaciones, la separación entre ofertas y demandas era menor para el arbitraje de oferta final que para el arbitraje convencional. No sólo las ofertas y demandas finales estaban más juntas en

¹³⁷ Tulis, Benjamin. “Final-Offer “Baseball” Arbitration: Contexts, Mechanics & Applications”. *Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law* Vol 20, N° 1 (2010), p. 99.

¹³⁸ Sindicatos de Bomberos y Municipalidades.

¹³⁹ Strokes, Greg. “Solomon’s Wisdom: An Early Analysis Of The Effects Of The Police And Fire Interest Arbitration Reform Act In New Jersey”. *Journal of Collective Negotiations* Vol. 28, N° 3 (1999), p. 228.

¹⁴⁰ Strokes, Greg. “Solomon’s Wisdom: An Early Analysis Of The Effects Of The Police And Fire Interest Arbitration Reform Act In New Jersey”. *Journal of Collective Negotiations* Vol. 28, N° 3 (1999), p. 229. Traducción propia.

Además, esto estaría refrendado por un experimentado negociador, que sostiene, sobre el cambio legislativo: “[e]l procedimiento de arbitraje convencional no hace más que mantener a las partes separadas... que el aspecto justo y final de la Ley anterior al menos hacía que las partes elaboraran ofertas razonables. El procedimiento actual permite que ambas partes sean totalmente irrazonables, y aun así terminar con un laudo razonable. Esto “premia” la negociación de mala fe, lo que claramente no es el propósito de la Ley” Salzberg, Richard. “Dispute Resolution in Public Safety”. Comunicación presentada en: The Rutgers Conference in Public Sector Collective Negotiations in New Jersey, Camden, N.J, Rutgers University: 6 de noviembre de 1998, p. 16.

el arbitraje de oferta final que en el convencional, sino que también las ofertas y demandas iniciales estaban más juntas. Además, el arbitraje de oferta final generó mayores concesiones de ambas partes durante las negociaciones”¹⁴¹.

* * *

Finalmente, la realidad parece ser que el Arbitraje de Última Oferta es, efectivamente, una solución eficaz en contra del mencionado efecto de enfriamiento, aumentando la posibilidad de que las partes resuelvan sus conflictos en sus propios términos. Como se ha indicado por los comentaristas¹⁴², es un punto interesante que exista un modelo de arbitraje cuyo objetivo sea evitar por completo el procedimiento arbitral, y que la evidencia indique que la sola presencia de la cláusula arbitral que establezca el FOA usualmente lleve a un acuerdo antes de la necesidad de una audiencia. Sin embargo, es la propia contundencia del procedimiento la que establece los costos/cargas que incentivan dicho resultado.

¹⁴¹ Adams, Charles. “Final Offer Arbitration: Time for Serious Consideration by the Courts”. *Nebraska Law Review* Vol. 66, Nº 2 (1987), p. 241. A su vez, a este punto el autor cita los siguientes trabajos: Grigsby, D, y & Bigoness, W. “Effects of mediation and alternative forms of arbitration on bargaining behavior: A laboratory study”. *Journal of Applied Psychology* Vol. 67, Nº 5 (1982), pp. 552–554; Neale, Margaret, y Bazerman, Max. “Negotiating under different forms of arbitration”. *Industrial and Labor Relations Review* Vol. 36, Nº 3 (1983), p. 386.

¹⁴² Gleason, Erin, y Sussman, Edna. “Final Offer/Baseball Arbitration: The History, The Practice, and Future Design, Alternatives to the High Cost of Litigation”. *The Newsletter of the International Institute for Conflict Prevention & Resolution* Vol. 37, Nº 1 (2019), p. 9.

CAPÍTULO II

Ubicación dentro del Arbitraje Internacional y del mercado de ADR

Uno de los aspectos más relevantes del Arbitraje de Última Oferta es cómo éste se inserta en la regulación del arbitraje internacional y de los demás procedimientos para la resolución de controversias. Es por esto que en el Capítulo II revisaremos, en primer lugar, si acaso el procedimiento del FOA puede ser considerado un procedimiento arbitral propiamente tal. Luego, evaluaremos el marco normativo del arbitraje internacional y nacional aplicable al Arbitraje de Última Oferta en tanto arbitraje, y como ello puede afectar al FOA. Finalmente, terminaremos con una evaluación del lugar del procedimiento con referencia al panorama actual del arbitraje y los llamados mecanismos alternativos de solución de conflictos.

A. Naturaleza Jurídica del Arbitraje de Última Oferta

Los comentaristas han discutido acerca de la naturaleza jurídica del Arbitraje de Última Oferta; en particular, se ha puesto en duda de que se trate de un procedimiento arbitral propiamente tal.

Por un lado, el arbitraje es parte de lo que convencionalmente se conoce como “medios alternativos de solución de conflictos” (“ADR”, por sus siglas en inglés), si bien también se ha estimado que debe ser diferenciado de otros mecanismos como la mediación o la conciliación, por ser elementalmente muy similar al procedimiento judicial¹⁴³⁻¹⁴⁴. En igual sentido, se ha explicado que la diferencia fundamental es que, a diferencia de otros métodos alternativos de resolución de disputas, el arbitraje lleva a una decisión obligatoria para las partes.

¹⁴³ “El arbitraje presenta una alternativa al proceso judicial al ofrecer privacidad a las partes, así como flexibilidad procesal. Sin embargo, es fundamentalmente lo mismo en el sentido de que el papel del árbitro es el de juzgar. La función del juez y del árbitro no es decidir cómo puede resolverse más fácilmente el problema que da lugar a la disputa, sino repartir la responsabilidad de ese problema”. Redfern, Alan, y Hunter, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2015, pp. 40-41. Traducción propia

¹⁴⁴ La misión del árbitro sería la misma que la del juez. Henry Motulsky. *Études et notes sur l'arbitrage*. Francia: Dalloz, 1974., p. 6 (“la mission de l'arbitre est exactement la même que celle du juge”).

En este sentido, y entre otras múltiples opiniones, se ha definido al arbitraje como “*una institución por la cual un tercero resuelve una diferencia que divide a dos o más partes, en ejercicio de la misión jurisdiccional que le ha sido confiada por ellos*”¹⁴⁵.

Así, tenemos que, en esta clasificación, el arbitraje constituye un método muy particular de resolución de disputas, en la medida de que si bien se separa de la litigación ante tribunales nacionales, no es tan distinto en su estructura, lo que a su vez le separa de los demás *ADR*. En este escenario, podría estimarse al arbitraje una categoría por sí misma, en un punto intermedio entre los procedimientos estatales y los demás *ADR*.

Resulta que el Arbitraje de Última Oferta se vuelve aún más especial dentro de la categoría propia del arbitraje, por encontrarse en un punto medio entre el arbitraje y los demás *ADR*. Esto por el hecho de que, si bien mantiene elementos propios del arbitraje, también se diferencia significativamente respecto de la mayoría de los procedimientos arbitrales; diferencias que son difíciles de conciliar con el rol de adjudicación del Tribunal¹⁴⁶.

Entre estas diferencias, se pueden nombrar: la eliminación de la discrecionalidad del Tribunal para resolver la disputa, la resolución de un asunto sin referencia a un derecho aplicable o equidad, o la falta de exigencia de laudos razonados o justificados. Asimismo, la finalidad del procedimiento es, en parte, evitar el procedimiento y laudo arbitral por completo, lo que dista de la finalidad del arbitraje que consiste en la resolución del caso a través de una decisión por un tercero independiente.

Es por ello que se han puesto en duda que el FOA se trate de un procedimiento arbitral. Sobre el tema, y considerando las diferencias del FOA con un procedimiento de Arbitraje Convencional, uno de los principales comentaristas ha indicado que “*no se sabe con certeza si estas diferencias eliminan estos procedimientos del ámbito del arbitraje, pero, como mínimo, empujan los límites exteriores de la definición*”¹⁴⁷. Esto se vuelve más relevante en la medida de que una decisión estadounidense habría

¹⁴⁵ Jarrosson, Charles. *La notion d'arbitrage*, París: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Bibliotheque de Droit Privé, 1987, p. 372, citado en: González de Cossío, Francisco. “La naturaleza jurídica del arbitraje. Un ejercicio de balance químico”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* Vol. 8 (2008), p. 512.

¹⁴⁶ Se ha indicado que estos procedimientos “*implican la resolución vinculante de disputas por parte de un decisor privado, seleccionado por las partes, que dispone de las disputas legales, al tiempo que ofrecen oportunidades sustanciales de ser escuchados de manera adjudicativa*”, pero que “*también se caracterizan por diferencias significativas con la mayoría de los procesos arbitrales*”, como, por ejemplo, “*la eliminación de la discrecionalidad del tribunal para considerar los recursos o para resolver la disputa mediante la aplicación de la ley vigente a los hechos*” Born, Gary. *International Commercial Arbitration*. 3ª edición. Alphen aan den Rijn: Wolter Kluwers, 2021, p. 310.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

indicado que el árbitro no puede ser extirpado de la autoridad de “llegar a compromiso” según lo que la ley deja a discreción de las partes¹⁴⁸.

Esta discusión es relevante por las consecuencias que se siguen de un procedimiento arbitral y no respecto de procedimientos diversos que no califican como tal. El arbitraje ofrece la posibilidad a los particulares de resolver privadamente las controversias que se sigan de sus relaciones jurídicas, con las garantías de confidencialidad, neutralidad y de ejecución de lo juzgado. Esto último es tremendamente relevante, en la medida de que el arbitraje internacional otorga la garantía de que el laudo arbitral, obligatorio para las partes, podrá ser reconocido y ejecutado en prácticamente cualquier lugar del mundo¹⁴⁹. Así, el arbitraje internacional se apoya en un ‘complejo sistema público’ de leyes nacionales y tratados internacionales¹⁵⁰, que le entregan una regulación ‘universal’¹⁵¹ o un ‘marco constitucional’¹⁵² al arbitraje comercial internacional –sobre todo la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1958¹⁵³.

La eventual conclusión de que el Arbitraje de Última Oferta no constituye arbitraje implicaría que este no gozaría de ninguno de los mencionados atributos del arbitraje, no pudiendo aplicarse a su respecto ninguna regulación nacional ni internacional en la materia, extirpándole de su atributo más relevante: la ejecutabilidad o ‘*enforcement*’ internacional.

Esta circunstancia llevaría a considerar al FOA como un procedimiento alternativo de resolución de disputas en que la decisión carecería de obligatoriedad para las partes y por ende constituiría una mera recomendación para todos los efectos prácticos. Si bien el pacto arbitral implica sumisión a lo resuelto por el árbitro de última oferta, dicha decisión no podría ser ejecutada en sede nacional, por no constituir

¹⁴⁸ Cabe destacar que la Corte adopta la posición de que el árbitro es un agente de las partes, en la medida de que su laudo debe ser tratado como la representación de un acuerdo entre ellas; el árbitro, como delegado de las partes, puede hacer lo mismo que las partes podrían hacer si actuaran por sí mismas para resolver sus diferencias. *George Watts & Son, Inc. v. Tiffany & Co.*, 248 F.3d 577, 580-581 (7th Cir. 2001), de fecha 16 de abril de 2001.

¹⁴⁹ Sobre el particular, se ha dicho que “[l]a eficacia del arbitraje internacional exige que los laudos trasciendan las fronteras y sean aceptados por todos los tribunales y naciones”. Paulsson, Marike. *The 1958 New York Convention in Action*. 1ª edición. Alphen aan den Rijn: Wolter Kluwers, 2016, p. 13. Traducción propia

¹⁵⁰ Redfern, Alan, y Hunter, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 3

¹⁵¹ Redfern, Alan, y Hunter, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 60.

¹⁵² Born, Gary. *International Commercial Arbitration*. 3ª edición. Alphen aan den Rijn: Wolter Kluwers, 2021, p. 3.

¹⁵³ Si bien se considera el instrumento más importante en materia de arbitraje comercial internacional, los tratados internacionales en la materia no se limitan a ella. Tratados relevantes han sido: el (i) Protocolo de Ginebra sobre Cláusulas Arbitrales de 1923; la (ii) Convención de Ginebra para la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1927; la (iii) Convención de Panamá sobre Arbitraje Comercial Internacional. Asimismo, relevantes han sido en materia de arbitraje de inversiones los (iv) *Bilateral Investment Treaties* (BITs) y el (v) Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio CIADI o “ICSID”, por sus siglas en inglés).

laudo arbitral para las leyes nacionales, ni en sede internacional, por no calificar como laudo arbitral para los efectos de la Convención de Nueva York (que se aplica respecto de sentencias arbitrales, Art. 1º). Asimismo, el árbitro carecería de los poderes que le otorgan las leyes sobre arbitraje comercial internacional, como la facultad de ordenar medidas cautelares¹⁵⁴.

En otras palabras, la obligatoriedad de la decisión quedaría como mera obligación contractual, que, como cualquier otra, puede ser incumplida, y que obligaría a someter dicho incumplimiento a la decisión de otro tribunal, en otro procedimiento, para su reparación o ejecución. Esto frustraría completamente el objeto del FOA, en el sentido de que los riesgos de la decisión serían nulos y por ende el procedimiento carecería de los incentivos necesarios para acercar las posiciones de las partes. En definitiva, el procedimiento se volvería por completo inútil, y la pregunta acerca de si puede ser aplicable y preferible para disputas comerciales internacionales carecería de sentido.

En sentido contrario, la consideración del Arbitraje de Última Oferta como arbitraje implicaría aplicar a su respecto toda la regulación nacional e internacional en la materia, equiparando los efectos del laudo emitido dentro del procedimiento del FOA a los efectos de las sentencias dictadas por jueces estatales y otorgándole ejecutabilidad nacional e internacional. El FOA no terminaría en una decisión de papel, sino que proporcionaría una decisión vinculante y definitiva para la controversia, cumpliendo la finalidad del rol jurisdiccional. Se sometería a la regulación del Derecho Internacional Privado y operarían respecto del procedimiento una serie de instituciones que aseguran y respetan la autonomía de la voluntad y dan seguridad al tráfico jurídico internacional.

Sobre esto, es relevante lo indicado por Borris. El autor plantea que *“el arbitraje de béisbol conduce a soluciones vinculantes y ejecutables, por lo que se considera correctamente una forma de arbitraje. Ni las limitadas facultades del tribunal arbitral ni el frecuente dictado de laudos no motivados justifican una clasificación diferente”*¹⁵⁵. Sostiene que (i) la variación del procedimiento constituye un contrato procesal; que (ii) la resolución del caso sin referencia a ninguna ley aplicable no es impedimento para reconocer al FOA como arbitraje, en la medida de que aquello también ocurre con los arbitrajes *ex aequo et bono* (*“La aplicación estricta del derecho sustantivo está, por tanto, sujeta a la autonomía de la voluntad de las partes y se puede renunciar a ella”*); que (iii) la posibilidad de que el procedimiento termine sin un laudo (cuando se llega a acuerdo) es solo un aspecto formal que tampoco obsta a reconocer

¹⁵⁴ Art. 17 Ley Modelo CNUDMI. Disponible en:

https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration (última vez visitado el 1 de noviembre de 2021).

¹⁵⁵ Borris, Christian, “Final Offer Arbitration from a Civil Law Perspective”. *Journal of International Arbitration* Vol. 24, Nº 3 (2007), p. 314. Traducción propia

al FOA como arbitraje (y que, de hecho, es permitido por la Ley Modelo en su Art. 30); y que (iv) la falta de necesidad de otorgar las razones del laudo no es tampoco razón para cuestionar su naturaleza jurídica, en la medida de que está permitido por la Ley Modelo y que la falta de razones no es una causal para negar *enforcement* de laudos arbitrales extranjeros según la Convención de Nueva York¹⁵⁶.

Es razonable lo indicado por Borris, en la medida de que el arbitraje es en esencia un procedimiento consensual¹⁵⁷ en que prima la autonomía de la voluntad¹⁵⁸. En este entendido, las partes pueden adaptar el procedimiento a sus necesidades, sin que la modificación de ciertos elementos del procedimiento varíen su naturaleza jurídica¹⁵⁹. Sin embargo, lo anterior es cierto en la medida de que no se extirpe al procedimiento de su cualidad más esencial: la potestad (y deber) del árbitro de resolver el conflicto a través de una decisión que sea vinculante para las partes.

Adicionalmente, doctrina autorizada ha establecido no solo la validez de los acuerdos logrados durante el arbitraje, sino que también la naturaleza jurídica de los que son conocidos como ‘laudos consentidos’ o ‘*consent awards*’¹⁶⁰. Cuando un procedimiento arbitral finaliza mediante un acuerdo negociado, las partes están habilitadas para solicitar al árbitro su emisión como laudo arbitral¹⁶¹; el laudo dictado dentro del Arbitraje de Última Oferta cuando se logra un acuerdo puede ser considerado un laudo consentido.

Respecto de los laudos consentidos, se ha indicado lo siguiente: “*las partes tienen pleno derecho a resolver sus reclamaciones, incluso en arbitraje, y si lo hacen en forma de laudo consentido, tras haber presentado previamente sus respectivas posiciones en un proceso contradictorio, ese laudo debe ser*

¹⁵⁶ Borris, Christian, “Final Offer Arbitration from a Civil Law Perspective”. *Journal of International Arbitration* Vol. 24, Nº 3 (2007), pp. 312-314. Traducción propia.

¹⁵⁷ Redfern, Alan, y Hunter, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 2.

¹⁵⁸ Una autora española recalcó la importancia del principio, indicando que “[e]l principio de la autonomía de la voluntad, cabe insistir en ello, es el sustento de la institución del arbitraje y se erige en un principio capital en el mundo globalizado, en el que aspira a un papel propio, definidor de nuevas realidades jurídicas y de nuevos procedimientos de solución de conflictos a través de la armonización de los intereses en presencia”. También, “el arbitraje se configura como un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento”. Fernández Pérez, Ana. “Contornos de la autonomía de la voluntad en la configuración del arbitraje”. *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones* Vol. 6 Nº 3 (2013), pp. 844-845.

¹⁵⁹ Confirmando esta cualidad, la doctrina autorizada ha indicado: “*Algunas normas institucionales de arbitraje son más detalladas que otras, pero dentro de las líneas generales de cualquier norma aplicable, las partes de un arbitraje internacional son libres de diseñar un procedimiento adecuado para la disputa particular que les concierne. Este es otro de los atractivos del arbitraje internacional*”. Redfern, Alan, y Hunter, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 23. De igual manera, Gary Born ha indicado: “*uno de los beneficios percibidos del proceso arbitral es que el arbitraje puede estructurarse de manera que fomente la [consecución de acuerdos] y que la confidencialidad y (a veces) la colegialidad del proceso arbitral pueden facilitar los esfuerzos de conciliación*”. Born, Gary. *International Commercial Arbitration*. 3ª edición. Alphen aan den Rijn: Wolter Kluwers, 2021, p. 3270.

¹⁶⁰ Es decir, aquellos en que las partes han solicitado al árbitro la emisión de su acuerdo a través de un laudo. Más sobre ellos en el Capítulo V.

¹⁶¹ Esto ocurre, por ejemplo, en el Art. 36 (1) de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.

*vinculante y ejecutable para las partes en el arbitraje en virtud [de la Convención de Nueva York de 1958] y de la legislación nacional sobre arbitraje*¹⁶².

Todo lo anterior implica que el Arbitraje de Última Oferta es efectivamente un procedimiento arbitral y, como tal, es parte y se beneficia del sistema internacional del arbitraje, que a través de la capacidad de reconocer y ejecutar laudos en –prácticamente– cualquier estado, le otorga al FOA todos los atributos que hacen del laudo definitivo en dicho procedimiento gozar de eficacia plena. Esto que logra imponer efectivamente los costos del desacuerdo y constituir los riesgos necesarios para incentivar negociaciones de buena fe y acercar las posiciones de las partes.

B. Marco Normativo

A este punto se vuelve necesario explicar el marco jurídico general del arbitraje, tanto en su dimensión nacional como internacional, en la medida de que es aplicable al Arbitraje de Última Oferta, en tanto arbitraje. Asimismo, revisaremos la regulación particular del FOA establecida en las Reglas Suplementarias del Centro Internacional de Resolución de Disputas y la Asociación Americana de Arbitraje, y su respectivo alcance.

a. Regulación General

i. Arbitraje Doméstico e Internacional

El arbitraje puede ser regulado en dos dimensiones: arbitraje doméstico y arbitraje internacional. En la medida de que el Arbitraje de Última Oferta es una variación del procedimiento arbitral, la regulación del arbitraje le es aplicable en ambas dimensiones, según sea el caso.

El arbitraje nacional está regulado para cada país de manera autónoma, a través de leyes de aplicación local. Muchas veces, se regula en los códigos de procedimiento civil¹⁶³, aunque en otras se realiza en legislación separada¹⁶⁴. La principal característica de los arbitrajes domésticos es que no involucran elementos de conexión entre diferentes países.

¹⁶² Born, Gary. *International Commercial Arbitration*. 3ª edición. Alphen aan den Rijn: Wolter Kluwers, 2021, p. 3275.

¹⁶³ Tal es el caso de Argentina, Chile, Alemania e Italia, por nombrar algunos.

¹⁶⁴ En el caso de Colombia, por ejemplo, se regula el arbitraje nacional e internacional en la Ley 1.563 de 2012, si bien se establece regulación separada para cada uno. También es el caso de Brasil, que regula el arbitraje en la Ley 9.307 de 1996, modificada en 2015.

El Arbitraje Internacional, por su parte, se sostiene en una regulación más compleja, que involucra no solo el derecho local de un país, sino que los derechos nacionales de más de una jurisdicción y los tratados internacionales en materia de arbitraje.

Respecto al derecho nacional, el Arbitraje Comercial Internacional depende, para su efectividad, del soporte de diferentes sistemas legales, y en particular de la ley de arbitraje del país sede del arbitraje y la ley de arbitraje de los países en que se busca el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral¹⁶⁵. Asimismo, el tratado internacional más relevante en la materia es la ya mencionada Convención de Nueva York de 1958, que preocupándose de únicamente dos cuestiones –que los acuerdos de arbitraje sean respetados y que los laudos sean ejecutados– “*se ha convertido en la base sobre la que se construye el proceso arbitral internacional y, por tanto, en un baluarte de la seguridad de los contratos internacionales*”¹⁶⁶.

Así, tenemos que la regulación del arbitraje no es necesariamente uniforme, si bien un esfuerzo internacional ha buscado precisamente lo contrario. En este contexto ha sido tremendamente relevante el trabajo de la UNCITRAL a través de la Ley Modelo de 1985 (enmendada en 2006), que, a diferencia de los tratados internacionales, ha intentado regular específicamente la forma en que el procedimiento arbitral debe llevarse a cabo, aunque dejando espacio para la autonomía de las partes. Esta Ley Modelo es, efectivamente, un modelo de ley que se espera sea tomado en consideración por las diferentes naciones para la unificación de la regulación del arbitraje comercial internacional¹⁶⁷, siendo adoptada íntegramente por muchas naciones o al menos basándose en ella para la determinación de su ley interna.

La importancia de la Ley Modelo puede evaluarse en dos aspectos. En primer lugar, se ha cumplido con la intención de la Asamblea General en el sentido de uniformar la regulación de las naciones en materia

¹⁶⁵ Redfern, Alan, y Hunter, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 2.

¹⁶⁶ También relevante a este punto es que “*Las convenciones internacionales sobre arbitraje no prescriben (ni intentan prescribir) la forma en que debe llevarse a cabo un arbitraje internacional, sino que establecen ciertos principios generales*”. Paulsson, Marike. *The 1958 New York Convention in Action*. 1ª edición. Alphen aan den Rijn: Wolter Kluwers, 2016, pp. 1 y 64. Traducción propia

¹⁶⁷ “*La Asamblea General, (...) 2. Recomienda que todos los Estados examinen debidamente la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional*”. CNUDMI. *Resolución 40/72 de la Asamblea General de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, suscrita con fecha 11 de diciembre de 1985. Asimismo, en la página web que al respecto mantiene la CNUDMI, aclara que “*Las disposiciones de una ley modelo se preparan con el fin de ofrecer una pauta a los legisladores para que se planteen la posibilidad de incorporar la ley modelo a su derecho interno*”. Ver: https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status (última vez visitado el 7 de noviembre de 2021).

de arbitraje internacional, dado que la gran mayoría de las jurisdicciones han adoptado la ley o basado su legislación interna en la misma¹⁶⁸. En segundo lugar, los países que la han adoptado tienen una regulación más amigable con el arbitraje¹⁶⁹, lo que es relevante en particular en Latinoamérica ante el resquemor respecto de la institución arbitral durante el Siglo XX, el que parece estarse disipando de manera definitiva, en parte gracias a la suscripción de todos los países latinoamericanos de la Convención de Nueva York y de legislaciones nacionales bajo influencia directa o indirecta en la Ley Modelo¹⁷⁰.

Todo lo anterior lleva necesariamente a referirse a la distinción entre dualismo y monismo, que puede ser relevante para el tratamiento al Arbitraje de Última Oferta.

ii. Regulación nacional del Arbitraje: Dualismo y Monismo

En materia de regulación del arbitraje, el monismo y dualismo forman parte de una categoría de formas en las que un ordenamiento puede dar forma a la regulación arbitral, según si establecen un único tratamiento para el arbitraje doméstico e internacional, o si por el contrario le otorgan tratamiento diferenciado.

El monismo responde a aquellos sistemas legales en que la normativa del arbitraje internacional y doméstico se encuentra en un único cuerpo legal, otorgándole igual regulación a ambos tipos de arbitraje, y que “*tiende a ser bastante flexible y adaptado a estándares internacionales en cuanto a las funciones de los árbitros, la flexibilidad del procedimiento, los recursos existentes frente a las decisiones del tribunal arbitral, etc*”¹⁷¹. En términos generales, contemplan una regulación monista, entre otros, la

¹⁶⁸ De acuerdo con el sitio web que mantiene la CNUDMI al respecto, se ha promulgado legislación basada en la Ley Modelo en 85 Estados en un total de 118 jurisdicciones. CNUDMI, Situación actual Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006. Disponible en: https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status (última vez visitado el 7 de noviembre de 2021).

¹⁶⁹ Redfern, Alan, y Hunter, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 65.

¹⁷⁰ Ver: Fernández Arroyo, Diego. “La Evolución del Arbitraje en América Latina: De la supuesta hostilidad a la evidente aceptación”. En: *Arbitraje Comercial Internacional: Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros*, Organización de los Estados Americanos, editado por Magaly McLean, pp. 345-382. Disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_comercial_publicaciones_Reconocimiento_y_Ejecucion_de_Sentencias_y_Laudos_Arbitrales_Extranjeros_2015.pdf (última vez visitado el 8 de noviembre de 2021).

¹⁷¹ Rey Vallejo, Pablo. “El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: un estudio sobre formalización y judicialización”. *Vniversitas* Vol. 126 (2013), p. 210.

mayoría de los países europeos (como Alemania¹⁷², Italia¹⁷³, España¹⁷⁴) y naciones como Argentina¹⁷⁵ y Brasil¹⁷⁶.

Explicativo es el mensaje de la Ley de Arbitraje española, basada en la Ley Modelo UNCITRAL y vigente desde 2003, que señala lo siguiente: “*Son pocas y muy justificadas las normas en que el arbitraje internacional requiere una regulación distinta de la del arbitraje interno. Aun con la conciencia de que el arbitraje internacional responde en muchas ocasiones a exigencias distintas, esta ley parte de la base —corroborada por la tendencia actual en la materia— de que una buena regulación del arbitraje internacional ha de serlo también para el arbitraje interno, y viceversa. La Ley Modelo, dado que se gesta en el seno de la CNUDMI/UNCITRAL, está concebida específicamente para el arbitraje comercial internacional; pero su inspiración y soluciones son perfectamente válidas, en la inmensa mayoría de los casos, para el arbitraje interno*”¹⁷⁷. En este sentido, la regulación monista del arbitraje aplica idénticos estándares y soluciones a ambas formas de arbitraje, introduciendo solo excepcionales normas específicas para el arbitraje internacional¹⁷⁸.

Por otro lado, se denominan como dualistas aquellos sistemas que dan un trato diferenciado al arbitraje según este sea “nacional” o “internacional”, dependiendo de si la disputa que se somete a arbitraje cumple o no con determinados criterios que le dan al procedimiento el carácter de internacional, y que la misma ley prevé¹⁷⁹. El arbitraje doméstico recibe aplicación únicamente de derecho nacional, mientras que el arbitraje internacional se somete al ordenamiento internacional¹⁸⁰. Así, por ejemplo, ante la adopción de la Ley Modelo, las naciones se enfrentan a dos alternativas: adoptarla solo para el arbitraje interno, o adoptarla para regular también al arbitraje internacional.

¹⁷² En Alemania, la regulación del arbitraje, sin distinción, se encuentra en el Libro décimo del código de procedimiento civil, secciones 1026 a 1066. Es una adaptación casi literal de la Ley Modelo.

¹⁷³ La regulación del arbitraje en Italia se encuentra en el Código de Procedimiento Civil Italiano, Art. 806 a 840.

¹⁷⁴ La regulación del arbitraje en España se encuentra en la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje.

¹⁷⁵ La regulación del arbitraje en Argentina se encuentra en la Ley 27.449 de Arbitraje Comercial Internacional, de 4 de julio de 2018.

¹⁷⁶ La regulación del Arbitraje en Brasil se encuentra en la Ley 9.307 de 1996.

¹⁷⁷ Gobierno de España, Ministerio de la Presidencia. Boletín Oficial del Estado N° 309, 46098 (26 de diciembre del 2003)

¹⁷⁸ Sobre sistemas monistas, y citando a Espelgues Mota, Pablo Rey Vallejo indica lo siguiente: “*este tipo de regulaciones, en lo que respecta al arbitraje internacional, se limitan a introducir ciertos matices y reglas específicas cuyo contenido y grado de especialidad varían de país a país*”. Asimismo, indica el autor: “*Ahora bien, resulta evidente que existen algunos aspectos del arbitraje internacional y del arbitraje interno que no podrían tratarse ni medirse con el mismo rasero, ya que los intereses y las condiciones que dan origen a uno y a otro son diferentes, en su naturaleza. Ejemplo de ello puede ser lo relativo al tratamiento del orden público y el que se le da a los recursos de apelación o de anulación de los laudos arbitrales*”. Rey Vallejo, Pablo. “El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: un estudio sobre formalización y judicialización”. *Vniversitas* Vol. 126 (2013), pp. 211-214.

¹⁷⁹ Op. Cit, p. 211.

¹⁸⁰ Sin perjuicio de que las normas de arbitraje comercial internacional estén recogidas en leyes internas.

La diferencia de ambos sistemas puede ser relevante para el Arbitraje de Última Oferta, en la medida de que en los sistemas dualistas la consideración del procedimiento como arbitraje es más vulnerable cuando se trata de arbitrajes domésticos. Por un lado, si en un arbitraje internacional se pacta FOA como mecanismo específico, las consideraciones indicadas en secciones anteriores deberían determinar la consideración del procedimiento como una forma de arbitraje; no existen razones, en la regulación del arbitraje internacional, para considerar al FOA como un procedimiento distinto al arbitraje. Por el contrario, en un sistema dualista el arbitraje doméstico se sujeta exclusivamente al derecho nacional –en particular a las normas específicas sobre arbitraje nacional, muchas veces en el Código de Procedimiento Civil de dichos países–, sometiendo la consideración del FOA como arbitraje en la cultura jurídica de cada ordenamiento. Así, si bien el FOA puede ser reconocido como arbitraje en diferentes latitudes a nivel internacional, en derecho nacional puede ser excluido de esa categoría.

Esto responde a las diferentes tesis planteadas sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, y cuya recepción dependerá de la cultura jurídica de cada ordenamiento¹⁸¹. Así, tenemos las tradicionales tesis de (i) Doctrina Procesal o Jurisdiccionalista, (ii) Tesis Contractualista, (iii) Doctrina Mixta o Ecléctica, además de las recientes (iv) Doctrina arbitral o autónoma, y (v) Tesis Negocial-Procesal¹⁸².

En un caso como el de Chile, en que se sigue la doctrina jurisdiccionalista, se ha entendido al arbitraje doméstico como una jurisdicción equivalente a la de los Tribunales Ordinarios, donde la propia jurisprudencia ha reconocido la función pública que ejercen los árbitros¹⁸³. En este entendido, las cortes nacionales han entendido que la facultad de juzgar de los árbitros proviene de la ley, y no de las partes, quienes no tienen la capacidad de concederlo¹⁸⁴.

La importancia de lo anterior radica en el hecho de que si se equipara la función jurisdiccional de los jueces a la de los árbitros, la consideración del Arbitraje de Última Oferta como arbitraje propiamente

¹⁸¹ Así también lo ha considerado Francisco González de Cossío, al indicar que la elección por una u otra teoría sobre la naturaleza del arbitraje “...puede ocurrir por diversas razones, sea por la afinidad que un abogado o académico en particular sienta en base a su formación y experiencia personal, o simplemente porque se considere que un elemento pesa más como característico de la institución”. Francisco González De Cossío, Arbitraje, Porrúa, México D.F. (2011), citado en: Rey Vallejo, Pablo. “El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: un estudio sobre formalización y judicialización”. *Vniversitas* Vol. 126 (2013), p. 208.

¹⁸² Juan Eduardo Figueroa & Macarena Letelier. *El Arbitraje Doméstico e Internacional en Chile y su Jurisprudencia* (2020), pp. 129-130, disponible en: <https://www.camsantiago.cl/wp-content/uploads/2020/12/El-Arbitraje-Domestico-e-Internacional-en-Chile-y-su-Jurisprudencia-ALARB.pdf> (última vez visitado el 8 de noviembre de 2021).

¹⁸³ Juan Eduardo Figueroa & Macarena Letelier. *El Arbitraje Doméstico e Internacional en Chile y su Jurisprudencia* (2020), p. 130, citando a Elina Mereminskaya. *Arbitraje Doméstico e Internacional en Chile: en búsqueda de la armonía*, Arbitraje y Mediación en las Américas, p. 105, disponible en: https://www.camsantiago.cl/minisites/articulos_online/61_1_97-114.pdf (última vez visitado el 8 de noviembre de 2021).

¹⁸⁴ De Bonis, Domingo con Zugadi, María Nieves, de fecha 30 de noviembre de 1983, pp. 77-79. Citado en: Elina Mereminskaya. *Arbitraje Doméstico e Internacional en Chile: en búsqueda de la armonía*, Arbitraje y Mediación en las Américas.

tal se vuelve más difícil. Al menos, este procedimiento se encuentra en un área gris en lo relativo a su función y elementos, pues si bien en determinados escenarios resuelve la controversia mediante un laudo arbitral definitivo, el árbitro no cuenta con la facultad de comprometer entre las demandas de las partes, lo que puede ser visto como ausencia de un elemento esencial de la función jurisdiccional¹⁸⁵. Esto no solamente puede ocurrir en Chile, sino que también en cualquier país que siga una teoría de la naturaleza del arbitraje que implique sujeción a las funciones o principios de la jurisdicción estatal. Podría ocurrir también en Perú, por ejemplo¹⁸⁶.

En cambio, si se siguen las demás teorías, como la doctrina mixta (la más aceptada en derecho comparado¹⁸⁷), no parece existir problema alguno. Queda la interrogante sobre cómo unificar el criterio para Estados que adscriban a una tesis jurisdiccionalista.

Una respuesta ha sido el cambio normativo, para dotar al arbitraje de autonomía e independencia según la tendencia en derecho comparado¹⁸⁸. Sin embargo, si ello no ocurre, sería necesario que cualquier cuestionamiento sobre la naturaleza del arbitraje sea resuelta según un estándar pro arbitraje por los jueces estatales, sobre todo cuando las naciones sean suscriptoras de la Convención de Nueva York; debe enfatizarse en la incorporación de la Convención al derecho interno, y la aplicación de sus criterios con prevalencia sobre el derecho nacional.

¹⁸⁵ En efecto, y como ya se ha mencionado antes, una idea muy similar ha sido sostenida por un tribunal estadounidense, aún cuando en dicho país se contempla una regulación monista en base al capítulo primero del *Federal Arbitration Act* (FAA). *George Watts & Son, Inc. v. Tiffany & Co.*, 248 F.3d 577, 580-581 (7th Cir. 2001), de fecha 16 de abril de 2001.

¹⁸⁶ Se reconoce al arbitraje una “existencia jurídica de carácter jurisdiccional” según el Art. 139 N° 1 de la Constitución Política de 1993. Castillo, Mario, y Vásquez, Ricardo. “Arbitraje: Naturaleza y Definición”. *Derecho PUCP* Vol. 59 (2006), p. 276. Disponible en: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200601.012>

¹⁸⁷ Esta tesis sostiene lo siguiente: “postula una naturaleza privado-procesal del arbitraje, atendida sus dos fuentes: la ley y la voluntad de las partes, donde la primera establece el marco general y la segunda lo precisa. Esta posición es la más aceptada en el derecho comparado”. Juan Eduardo Figueroa & Macarena Letelier. *El Arbitraje Doméstico e Internacional en Chile y su Jurisprudencia* (2020), p. 130

¹⁸⁸ Juan Eduardo Figueroa & Macarena Letelier. *El Arbitraje Doméstico e Internacional en Chile y su Jurisprudencia* (2020), p. 131.

iii. Autonomía de la Voluntad

La autonomía de la voluntad es la piedra angular del arbitraje¹⁸⁹. Esto puede identificarse en la absoluta relevancia del Acuerdo Arbitral¹⁹⁰ y en la autonomía de las partes en el procedimiento¹⁹¹. El arbitraje encuentra su causa y razón en el consentimiento de las partes, en aplicación de su autonomía de la voluntad; es un sistema de resolución de controversias esencialmente consensual.

En el Arbitraje de Última Oferta, esto implica considerar (i) otra razón más para considerar al FOA arbitraje, entendiéndolo que es una variación del procedimiento que las partes pueden realizar en virtud de su autonomía para regular de mejor manera sus conflictos a través del arbitraje, lo que debe permitirse a la luz de los principios del arbitraje y su rol como mecanismo privado de resolución de controversias; y que (ii) las partes son libres de modular el procedimiento del FOA, creando iteraciones nuevas del mismo. Sobre esto, es importante considerar los elementos esenciales del procedimiento como fueron señalados en el Capítulo I, y evaluar que si han de variarse, que ello no afecte el sistema de distribución de costos y riesgos que el FOA utiliza para la consecución de sus fines.

b. Reglas de Procedimiento

En palabras de uno de los autores más relevantes de la última década, se entiende por derecho procesal del arbitraje “*el derecho que rige todos los aspectos del desarrollo del procedimiento arbitral, incluidos los procedimientos internos del arbitraje (como las normas de equidad procesal, los plazos y la confidencialidad) y la relación externa entre el arbitraje y los tribunales y el derecho de la sede del*

¹⁸⁹ “Un principio fundamental que rige el acuerdo de arbitraje internacional es el de la autonomía de las partes”; “es la columna vertebral o la piedra angular del procedimiento de arbitraje”. Fagbemi, Sunday. “The Doctrine of Party Autonomy on International Commercial Arbitration: Myth or Reality?”. *Journal of Sustainable Development Law and Policy* Vol. 6, N° 1 (2016), p. 224. Traducción propia

¹⁹⁰ “La cuestión de la validez del acuerdo arbitral -de su existencia misma- resulta un punto clave ya que el convenio arbitral es la “piedra angular del arbitraje”. En otras palabras, el arbitraje mismo “descansa sobre la base de la validez y eficacia del acuerdo arbitral”. Fresno de Aguirre, Cecilia. “El Acuerdo Arbitral como Piedra Angular del Arbitraje. El Rol de la Judicatura en el Control de su Validez”. En: *Arbitraje Comercial Internacional: Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros*, Organización de los Estados Americanos, editado por Magaly McLean, pp. 345-379. Disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_comercial_publicaciones_Reconocimiento_y_Ejecucion_de_Sentencias_y_Laudos_Arbitrales_Extranjeros_2015.pdf (última vez visitado el 8 de noviembre de 2021); Ver también: Fagbemi, Sunday. “The Doctrine of Party Autonomy on International Commercial Arbitration: Myth or Reality?”. *Journal of Sustainable Development Law and Policy* Vol. 6, N° 1 (2016), p. 224: “La piedra angular del arbitraje es el acuerdo de las partes para resolver su disputa por medio de un arbitraje”. Traducción propia

¹⁹¹ La autonomía de las partes es “el principio rector para determinar el procedimiento a seguir en un arbitraje comercial internacional”. Hunter, Martin, y Redfern, Alan. *Redfern and Hunter, with Blackaby and Partasides, Law and Practice of International Commercial Arbitration*. 4ª edición. Londres: Sweet & Maxwell, 2004, p. 315. Traducción propia. También, ver: Artículo 19(1) de la Ley Modelo UNCITRAL [determinación del procedimiento], que indica: “Con sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones”.

*arbitraje (como la anulación y el nombramiento y destitución de los árbitros)”*¹⁹². Las reglas aplicables al procedimiento deben ser distinguidas de la ley aplicable al fondo de una disputa arbitral.

El marco jurídico de las reglas de procedimiento del arbitraje es tremendamente relevante para el Arbitraje de Última Oferta, en la medida de que el procedimiento se centra en variar ciertos elementos convencionales del proceso arbitral. Relevantes son (i) la ley de la sede del arbitraje, y (ii) las reglas de procedimiento aplicable determinadas por las partes, que deben distinguirse unas de otras.

i. Ley de la Sede

La ley de la sede del arbitraje, esto es, del lugar en que jurídicamente se desarrolla el arbitraje, es tremendamente relevante para la determinación del procedimiento. Es también ampliamente conocida como *lex arbitri*, y “*legítima el arbitraje y por lo tanto apoya y supervisa el procedimiento*”¹⁹³.

Ilustrativo también ha sido un comentarista al indicar la importancia “crítica” de la ley de la sede: “*la legislación nacional de arbitraje (y las decisiones judiciales) de la sede del arbitraje casi siempre proporcionará el derecho procesal del arbitraje y regirá una amplia gama de cuestiones relativas tanto a la conducta procesal "interna" de los procedimientos arbitrales como a la relación "externa" entre el arbitraje y los tribunales nacionales*”; y “*la legislación sobre arbitraje de la sede proporciona el régimen jurídico básico, y a menudo obligatorio, en el que se desarrollan los procedimientos arbitrales internacionales; esa ley aborda todos (o prácticamente todos) los aspectos de un arbitraje internacional, incluidos los relativos a los acuerdos de arbitraje, los procedimientos arbitrales y los laudos arbitrales*”¹⁹⁴.

En definitiva, la ley de la sede proporciona el derecho procesal del arbitraje. Sin embargo, una distinción relevante en esta materia se produce cuando se analiza la ley de arbitraje de la sede –*lex arbitri*– y las reglas procedimentales que las partes han acordado contractualmente o en remisión a las reglas de una institución arbitral. En efecto, las últimas son aquellas reglas sobre conducción del procedimiento que las partes pactan para regular el procedimiento arbitral, mientras que la primera establece reglas imperativas que pueden implicar la limitación de variación de materias “internas” o “externas” al

¹⁹² Born, Gary. *International Commercial Arbitration*. 3ª edición. Alphen aan den Rijn: Wolter Kluwers, 2021, p. 1724. Traducción propia

¹⁹³ van Haersolte-van Hof, Jacomijn, y Koppe, Erik. “International Arbitration and the *lex arbitri*”. *Arbitration International* Vol. 31, N° 1 (2015), p. 30. Traducción propia

¹⁹⁴ Born, Gary. *International Commercial Arbitration*. 3ª edición. Alphen aan den Rijn: Wolter Kluwers, 2021, pp. 1650 y 1727. Traducción propia.

procedimiento, como, por ejemplo, las medidas provisionales que puede decretar el árbitro o el sistema recursivo respecto de un laudo arbitral.

Es relevante a este punto que gran cantidad de jurisdicciones ha adoptado como su ley de arbitraje la Ley Modelo UNCITRAL, o, al menos, inspirado su regulación en ella, estableciendo un sistema “amigable con el arbitraje”, como ha sido mencionado. Estos sistemas son deferentes con la determinación que sobre la conducción del procedimiento hagan las partes, lo que permitiría entender, a priori, que el procedimiento del Arbitraje de Última Oferta podría ser compatible con una gran cantidad de legislaciones nacionales sobre arbitraje comercial internacional. La dificultad radica, una vez más, en los sistemas que contemplan un régimen dualista, en que la ley aplicable al arbitraje doméstico podría significar menor flexibilidad para que las partes determinen el derecho aplicable al procedimiento cuando las disputas no tengan carácter de internacional.

ii. Autonomía de la Voluntad y determinación del procedimiento

Las partes son libres de determinar las normas aplicables a la conducción del procedimiento, en virtud de su autonomía de la voluntad. Se ha resaltado la autonomía de las partes en la determinación del procedimiento de la siguiente manera: “*La autonomía de las partes es el principio rector para determinar el procedimiento a seguir en un arbitraje internacional. Es un principio refrendado no sólo en las legislaciones nacionales, sino también por las instituciones arbitrales internacionales de todo el mundo, así como por instrumentos internacionales como la Convención de Nueva York y la Ley Modelo*”¹⁹⁵.

Para este fin, las partes regulan el procedimiento contractualmente, a través de, por ejemplo, la elección de la cantidad de árbitros o normas sobre confidencialidad. Asimismo, y lo que comúnmente se verifica en la práctica, las partes suelen hacer aplicables, por referencia, las normas sobre procedimiento de una institución arbitral. Ejemplo de esto son las reglas de arbitraje internacional de la ICC¹⁹⁶, arbitraje

¹⁹⁵ Redfern, Alan, y Hunter, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 355.

¹⁹⁶ Cámara de Comercio Internacional de París. *Arbitration Rules 2021*, disponibles en: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/> (última vez visitado el 9 de noviembre de 2021).

internacional y nacional CAM Santiago¹⁹⁷, LCIA¹⁹⁸, SIAC¹⁹⁹, entre otras. Todas ellas contemplan requisitos para su aplicación, comúnmente la necesidad de hacer referencia a ellas en la correspondiente cláusula arbitral, indicándolas como aplicables.

Estas reglas deben ser compatibles con la ley de arbitraje doméstico, en caso de tratarse de un arbitraje nacional. Asimismo, en caso de ser un arbitraje internacional, deben cumplir con las reglas de arbitraje comercial internacional de la ley de la sede del arbitraje y ajustarse a las consideraciones de orden público de la sede, así como someterse a las reglas de convenciones internacionales en materia de arbitraje comercial internacional²⁰⁰.

De esta manera, las partes regulan el procedimiento en términos específicos, lo que debe ser respetado por el tribunal arbitral. A través de estas reglas, las partes definen los detalles del arbitraje, como los plazos, forma de las actuaciones, notificaciones, entre otros.

Lo importante es que estas reglas de procedimiento pueden ser adaptadas para la utilización del procedimiento del Arbitraje de Última Oferta, así como lo han sido para procedimientos de inversiones²⁰¹ y *fast-track*²⁰². El misma tendencia, en 2015 fueron emitidas las que, hasta ahora, son las únicas reglas de arbitraje institucionales que regulan el procedimiento de arbitraje de última oferta: las Reglas Suplementarias de Arbitraje de Última Oferta del Centro Internacional de Resolución de Disputas (ICDR, en sus siglas en inglés) y la Asociación Americana de Arbitraje (AAA).

¹⁹⁷ Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago. *Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional* (vigente desde 2006) disponible en: <https://www.camsantiago.cl/servicio/arbitraje-internacional/> (última vez visitado el 9 de noviembre de 2021). Ver también: Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago. *Reglamento Procesal de Arbitraje Nacional del CAM Santiago* (vigente desde 2021), disponible en: <https://www.camsantiago.cl/servicio/arbitraje-nacional/> (última vez visitado el 9 de noviembre de 2021).

¹⁹⁸ London Court of International Arbitration. *LCIA Arbitration Rules* (2020), disponible en: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx (última vez visitado el 9 de noviembre de 2021).

¹⁹⁹ Singapur International Arbitration Center. *SIAC Rules 2016*, disponible en: <https://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2016> (última vez visitado el 9 de noviembre de 2021).

²⁰⁰ Redfern, Alan, y Hunter, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2015, pp. 353-354.

²⁰¹ Por ejemplo, la SIAC emitió en 2017 sus reglas de arbitrajes de inversiones: Singapur International Arbitration Center. *SIAC Investment Rules 2017*, disponible en: <https://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-investment-arbitration-rules> (última vez visitado el 9 de noviembre de 2021).

²⁰² Un ejemplo son las reglas de la CCI para procedimientos abreviados, incluidos por primera vez en 2017: Cámara de Comercio Internacional de París. *Expedited Procedure Provisions*, disponibles en: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/expedited-procedure-provisions/> (última vez visitado el 9 de noviembre de 2021).

iii. Reglas Suplementarias de Arbitraje de Última Oferta del Centro Internacional de Resolución de Disputas y la Asociación Americana de Arbitraje

Estas reglas fueron emitidas en el año 2015 para “*proporcionar a las partes un mejor entendimiento del proceso de modo que las partes pueden manejar y evaluar los riesgos y beneficios de la adopción de este proceso de arbitraje*”²⁰³. Estas reglas proponen un marco para este tipo de arbitraje, que no tiene precedente normativo alguno, y otorgan una mayor definición, construcción, y predictibilidad al procedimiento de Arbitraje de Última Oferta, regulando desde la presentación de la primera oferta preliminar hasta el laudo arbitral.

Tal como reconocen las reglas suplementarias, el FOA involucra el deseo de las partes de resolver su disputa antes del arbitraje, a través de una serie preliminar de ofertas que se pretende acerquen a las partes entre si en lugar de polarizar sus posiciones, y que pueden ser negociadas, mediadas o intercambiadas en otro procedimiento de resolución de disputas²⁰⁴. Las partes intercambian estas ofertas durante el procedimiento, siendo las últimas ofertas intercambiadas poco antes del comienzo de la audiencia de arbitraje.

En la guía práctica de la Sociedad Americana del Arbitraje se reconoce lo siguiente: “*un aspecto clave de este enfoque es que existe un incentivo para que una parte presente un número muy razonable, ya que esto aumenta la probabilidad de que el árbitro o los árbitros seleccionen ese número. En algunos casos, el proceso de presentación de las cifras acerca tanto a las partes que la disputa se resuelve sin necesidad de una audiencia*”²⁰⁵.

El mensaje de las reglas suplementarias indica que el requisito de intercambiar múltiples ofertas preliminares tiene dos propósitos estratégicos: (1) requerir a las partes examinar cuidadosamente el valor real del caso antes de realizar una extensiva y costosa preparación del arbitraje; y (2) permitir a las partes evaluar las diferencias entre sus respectivas posiciones al momento del intercambio de las ofertas. La

²⁰³ ICDR & AAA. *Reglas Suplementarias de Arbitraje de Última Oferta del Centro Internacional de Resolución de Disputas y la Asociación Americana de Arbitraje* (2015), p. 3 . Traducción Propia.

Disponible en: <https://www.adr.org/sites/default/files/Final%20Offer%20Supplementary%20Arbitration%20Procedures.pdf>

²⁰⁴ ICDR & AAA. *Reglas Suplementarias de Arbitraje de Última Oferta del Centro Internacional de Resolución de Disputas y la Asociación Americana de Arbitraje* (2015), p. 3.

²⁰⁵ También se sugiere una redacción para la cláusula que se remita a las reglas suplementarias. American Arbitration Society. *Drafting Dispute Resolution Clauses, A Practical Guide* (2013), p. 30. Disponible en: https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Drafting%20Dispute%20Resolution%20Clauses%20A%20Practical%20Guide.pdf (última vez visitado el 20 de diciembre de 2021).

idea es que si las diferencias son suficientemente reducidas de modo que el costo y riesgo de proceder a la audiencia son considerados indeseados, el acuerdo se vuelve posible.

Como se vuelve rápidamente evidente, el procedimiento establecido por las reglas suplementarias es uno de múltiples rondas, lo que ha sido explicado en el Capítulo I.

Sin embargo, prosigue el mensaje, si los esfuerzos por lograr un acuerdo fracasan, el tribunal escogerá solo una de las ofertas finales como su fallo, luego de considerar toda la evidencia presentada por las partes en las audiencias. Las partes estarían incentivadas a evaluar honestamente los méritos de su caso y los potenciales riesgos y beneficios de proceder a la audiencia al decidir sus respectivas últimas ofertas; la parte que adopte una posición extrema en lugar de razonable (sea sobreestimando su pretensión o adoptando una posición de rechazo absoluto a la pretensión del otro), se arriesgan a que el tribunal escoja la opción de la contraparte. El incentivo de las partes a considerar seriamente los beneficios del acuerdo y del valor de las ofertas presentadas se explica por el riesgo de “todo o nada”²⁰⁶.

Al igual que cualquier acuerdo arbitral, el procedimiento del FOA puede ser adoptado al momento del acuerdo de arbitraje o luego de que la disputa ha surgido. La idea de las reglas es ser suplementarias a las reglas de arbitraje convencional establecidas por la ICDR o la AAA.

1. Aplicabilidad

Las reglas “*Aplican a cualquier disputa proveniente de un acuerdo que establezca arbitraje según estas reglas, o cuando las partes han acordado arbitrar sus disputas según cualquier otras reglas de la ICDR o la AAA en que las partes hayan establecido que el arbitraje tomará la forma de “oferta final”, “baseball o “mejor última oferta”*”²⁰⁷.

Se le otorga discreción a la ICDR o AAA para aplicar o no las reglas suplementarias a un caso particular, garantizándoles a las partes la posibilidad de someter toda disputa sobre la aplicabilidad o no aplicabilidad ante el árbitro de la controversia para una determinación final. En caso de inconsistencia entre las reglas suplementarias y otras reglas de la ICDR o AAA, vencen las reglas suplementarias, sin

²⁰⁶ ICDR & AAA. *Reglas Suplementarias de Arbitraje de Última Oferta del Centro Internacional de Resolución de Disputas y la Asociación Americana de Arbitraje* (2015), p. 4.

²⁰⁷ ICDR & AAA. *Reglas Suplementarias de Arbitraje de Última Oferta del Centro Internacional de Resolución de Disputas y la Asociación Americana de Arbitraje* (2015), p. 6.

perjuicio de la autoridad final de los árbitros para resolver cualquier inconsistencia entre el acuerdo arbitral y las reglas suplementarias.

2. Intercambio de las ofertas

Según las reglas, cada parte intercambiará directamente con la otra parte al menos dos ofertas de acuerdo luego de comenzado el arbitraje y antes de la audiencia arbitral. La primera oferta no se presentará más de 45 días después del comienzo del arbitraje, y la segunda no se intercambiará después de 45 días antes de la audiencia²⁰⁸. Las ofertas no se compartirán con el Tribunal Arbitral.

Cabe preguntarse cual es la consecuencia en caso de que una o ambas partes decidan negarse a intercambiar la cantidad de ofertas indicadas, o cualquiera de ellas. Es razonable considerar que, en tal caso, debiera aplicarse el Art. 3 inciso final de las reglas, que indica que si una de las partes no presenta una oferta de acuerdo u oferta final, el tribunal podrá proceder con el arbitraje. En definitiva, lo que es realmente importante es la no presentación de una última oferta, ante lo cual las reglas previenen que no alterará el procedimiento en manera alguna.

3. Intercambio de ofertas finales

Las reglas establece que al menos dos semanas antes del comienzo de la audiencia, cada parte debe presentar su oferta final a la otra parte o partes y al tribunal arbitral (discrecionalmente, el Tribunal puede requerir que estas ofertas se presenten en un momento anterior o posterior, pero nunca después de iniciada la audiencia). Para garantizar el intercambio simultáneo de ofertas finales, las partes deben presentar sus ofertas al tribunal, que debe mantenerlas, sin abrirlas, hasta recibir todas las ofertas, y luego distribuirlas a todas las partes de forma tan simultánea como sea posible. En ese momento, las partes (pero no el Tribunal) podrán ver las ofertas²⁰⁹.

De esta manera, antes de una eventual audiencia se intercambiarán al menos 3 ofertas: dos intercambios de negociaciones preliminares, más una oferta final al menos dos semanas antes de la audiencia. El Tribunal no abrirá las ofertas finales hasta que la audiencia se haya cerrado. Para la producción de su

²⁰⁸ ICDR & AAA. *Reglas Suplementarias de Arbitraje de Última Oferta del Centro Internacional de Resolución de Disputas y la Asociación Americana de Arbitraje* (2015), p. 6.

²⁰⁹ ICDR & AAA. *Reglas Suplementarias de Arbitraje de Última Oferta del Centro Internacional de Resolución de Disputas y la Asociación Americana de Arbitraje* (2015), pp. 6 y 7.

laudo, el tribunal solo dará consideración a la oferta final presentada por cada una de las partes (y no las ofertas anteriores).

Cabe reiterar que, si una de las partes no presenta una oferta de acuerdo u oferta final, el tribunal podrá proseguir con el arbitraje, como indica el inciso final de la regla tercera.

4. Correcciones a las ofertas finales

Salvo acuerdo de las partes, no existe el derecho de corregir las ofertas finales que hayan sido presentadas al Tribunal Arbitral. Si dichas correcciones se presentan, se seguirá el procedimiento del Art. 3, considerando que éstas pueden ser presentadas, si es necesario, dentro de dos semanas antes del comienzo de la audiencia únicamente.

5. Alcance de la oferta final

Tal como indica la regla quinta²¹⁰, la oferta final de cada una de las partes será una única cantidad monetaria que incluya todas los incumplimientos, controversias y pretensiones que provengan o se relacionen con el contrato o transacción entre las partes del arbitraje, incluyendo sin limitación todas las pretensiones afirmativas, defensas, intercambios, y demandas reconventionales que son objeto del arbitraje.

La oferta debe identificar la divisa aplicable a la suma, incluyendo la parte que es responsable de su pago y a quien se debe realizar el mismo. El Tribunal Arbitral puede prescribir la forma de las ofertas.

Cada oferta final debe excluir el interés previo o posterior al laudo, que será añadido por el tribunal a su laudo final según sea aplicable y apropiado. Las ofertas también deben excluir los costos asociados con el arbitraje, que serán determinados y distribuidos según las reglas aplicables al arbitraje.

En esta parte surge la interrogante de qué debe entenderse por interés aplicable y apropiado. A juicio de este trabajo, debe entenderse que el interés es aquel determinado según las reglas del derecho aplicable

²¹⁰ ICDR & AAA. *Reglas Suplementarias de Arbitraje de Última Oferta del Centro Internacional de Resolución de Disputas y la Asociación Americana de Arbitraje* (2015), p. 7.

al fondo de la controversia, ante la necesidad de otorgarle al árbitro una norma que pueda aplicar y la necesidad de evitar excesos en la determinación de los intereses²¹¹.

Asimismo, conviene hacer notar que estas reglas parecen excluir su aplicación respecto de controversias de carácter extracontractual, dado que se refieren a controversias que provengan o se relacionen con el contrato o transacción entre las partes. Sin embargo, un esfuerzo debiera hacerse en interpretar que estas reglas pueden aplicarse a cualquier controversia que establezca la aplicación de las reglas, como indica el Art. 1, que debe preferirse.

6. Laudo

El Tribunal Arbitral está limitado a escoger solo una de las ofertas finales presentadas por las partes, y su laudo estará basado solo en la escogida, más los intereses, costos u honorarios que sean determinados por el laudo según las reglas del arbitraje, derecho aplicable, o acuerdo entre las partes. El laudo será fundado, indicando el racionamiento de su selección de una oferta sobre la otra²¹².

Es interesante a este punto que se impide que la decisión del árbitro sea arbitraria, en el sentido de que elección debe basarse en un criterio de razonabilidad.

Una posible crítica a esta regla es la obligación a fundamentar el fallo, porque limita la aleatoriedad de la selección del juez que incide en la incertidumbre que su elección genera para las partes. Sin embargo, esta crítica no se sostiene, porque la incertidumbre genera los costos deseados no porque las partes temen una elección arbitraria, sino porque las partes tienen incertidumbre sobre cual es el criterio de razonabilidad que escogerá el juez (soluciones en casos parecidos, criterios de cierta ley, máximas de experiencia, entre otros infinitos criterios), de manera tal que para ellas la elección podrá parecer arbitraria cuando tengan absoluta incerteza sobre sus “preferencias” o criterios, sin perjuicio de que si exista un criterio de razonabilidad que permite al árbitro escoger una de las ofertas.

²¹¹ Considerando que la estipulación de intereses máximos convencionales suele ser una norma imperativa y de orden público de los países, por lo que la sujeción a algún límite es necesaria para evitar problemas de reconocimiento y ejecución de una eventual sentencia o acuerdo sobre la materia.

²¹² ICDR & AAA. *Reglas Suplementarias de Arbitraje de Última Oferta del Centro Internacional de Resolución de Disputas y la Asociación Americana de Arbitraje* (2015), p. 8.

7. Modificaciones por acuerdos de las partes

Lo relevante a este punto es que las partes pueden modificar los procedimientos indicados en las reglas suplementarias mediante un acuerdo escrito²¹³.

C. Lugar dentro del Arbitraje y los mecanismos alternativos de solución de conflictos

El Arbitraje de Última Oferta se posiciona como un mecanismo de solución de conflictos atípico, diferente tanto de los *ADR* tradicionales como del Arbitraje Convencional pero buscando prestados elementos de ambos. Así, por un lado, comprende elementos propios de los procedimientos jurisdiccionales o contenciosos como lo es el arbitraje, y por otro, buscando a través de su estructura que la solución del conflicto sea alcanzada por los propios participantes de la disputa en un entorno colaborativo, elemento propio de los *ADR*. En esta sección revisaremos cual es el lugar que ocupa el FOA entre los *ADR* y el Arbitraje Convencional, y cual puede ser el rol que cumple en dicho espacio.

Primeramente revisaremos (i) los mecanismos que caen bajo los límites de los *ADR* y su diferenciación con el arbitraje. Luego, compararemos al (ii) Arbitraje de Última Oferta con los *ADR*, y finalmente revisaremos (iii) los contrastes y semejanzas del FOA con el Arbitraje Convencional.

a. ADR y Arbitraje

i. Alternative Dispute Resolution (ADR)

En la década de 1960, el interés por los mecanismos alternativos de solución de conflictos o “*MASC*” comenzó en los Estados Unidos como una extensión del movimiento de reforma legal del sistema de justicia²¹⁴, y ya desde mediados de la década de 1970 que el autor John Barton²¹⁵ levantaba alarmas por el rápido crecimiento de las demandas en la justicia ordinaria en Estados Unidos, lo que marcó la necesidad de explorar con seriedad las alternativas para resolución de conflictos. Planteada la crisis de los sistemas judiciales clásicos²¹⁶, los *ADR* se han desarrollado como importantes mecanismos no solo

²¹³ ICDR & AAA. *Reglas Suplementarias de Arbitraje de Última Oferta del Centro Internacional de Resolución de Disputas y la Asociación Americana de Arbitraje* (2015), p. 8.

²¹⁴ Goldberg, Stephen; Green, Eric, y Sander, Frank. *Dispute resolution*, Toronto: Little Brown, 1985, citado en: Goss, Joanne. “An Introduction to Alternative Dispute Resolution”, *Alberta Law Review* Vol. 34, Nº 1 (1995), p. 2.

²¹⁵ Barton, John. “Behind the Legal Explosion”. *Stanford Law Review* Vol. 27 (1975), pp. 576-584.

²¹⁶ Así, por ejemplo, se plantó en: Redorta, Josep. “Entorno de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos”. *Revista de Mediación* Año 2, Nº 3 (2006), pp. 28-37.

para aliviar la carga de los tribunales de justicia, sino que también para otorgar una resolución más adecuada a los conflictos civiles y comerciales. Cabe hacer mención al hecho de que el término “alternativo” no es de pacífica utilización por la doctrina, de ahí que se haya optado por identificar la “A” con otros vocablos como “apropiado” o “adecuado”²¹⁷.

La industria de los *ADR* es grande. Según el sitio web de la Asociación Americana de Arbitraje, la institución estuvo involucrada en resolver 216.533 casos entre enero y julio de 2020. Una de las razones de este éxito sería que los participantes valoran los *ADR* incluso cuando no logran una solución²¹⁸.

Los *ADR* han sido definidos como una “*amplia variedad de métodos por los que se resuelven los conflictos y las disputas de forma distinta al litigio*”²¹⁹. Los métodos convencionales que son recogidos por la definición de *ADR* suelen contar con la negociación, mediación, la conciliación, la facilitación, buenos oficios, y el arbitraje.

Entre sus elementos, destacan²²⁰ la (i) autonomía privada, su (ii) naturaleza contractual, (iii) flexibilidad, (iv) rapidez y bajo costo, y (v) solución conforme a los intereses de las partes²²¹. Sobre este último elemento, es relevante hacer el contraste de los *ADR* con mecanismos convencionales como el juicio, en la medida de que los primeros “*están diseñados para satisfacer los intereses de las partes, no para resolver los conflictos ajustándose estrictamente a Derecho*”²²².

Lo anterior obliga a advertir que se ha separar también al arbitraje convencional de los *ADR*, dado que también se dedica a resolver controversias en aplicación de derecho aplicable o equidad, y no a satisfacer intereses que pueden estar en conflicto entre las partes. Dadas las similitudes entre el arbitraje y el juicio en la resolución de controversias (a lo que cabe agregar sus cualidades adversariales o de oposición, y no colaborativas) se ha estimado que el arbitraje debe ser diferenciado de otros mecanismos como la

²¹⁷ Macho, Carolina. “Los adr «alternative dispute resolution» en el comercio internacional”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* Vol. 5, Nº 2 (2013), p. 401.

²¹⁸ Balzer, Benjamin, y Schneider, Johannes. “Managing a Conflict: optimal alternative dispute resolution”. *RAND Journal of Economics* Vol. 52, Nº 2 (2021), pp. 415.

²¹⁹ Goss, Joanne. “An Introduction to Alternative Dispute Resolution”. *Alberta Law Review* Vol. 34, Nº 1 (1995), p. 2.

²²⁰ Macho, Carolina. “Los adr «alternative dispute resolution» en el comercio internacional”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* Vol. 5, Nº 2 (2013), pp. 399-401. Cabe hacer mención que la autora agrega el requisito necesario de la asistencia de un tercero, elemento cuya adición no es pacífica.

²²¹ Más elementos podrían agregarse, como por ejemplo la voluntariedad de los participantes en someterse a estos mecanismos, y la confidencialidad del procedimiento.

²²² Macho, Carolina. “Los adr «alternative dispute resolution» en el comercio internacional”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* Vol. 5, Nº 2 (2013), p. 400.

mediación o la conciliación, por ser elementalmente muy similar al procedimiento judicial, como fue explicado con anterioridad²²³.

En este sentido se ha señalado con contundencia: *“a pesar de las similitudes que el arbitraje pueda tener con los ADR -como la confidencialidad, la imparcialidad o la general utilización de expertos para actuar de terceros, o la posibilidad de acordar otros extremos configuradores del procedimiento-, las diferencias entre ambos son suficientemente importantes como para entender que aquel no puede ser considerado un método alternativo de resolución de conflictos. Ni comparten la misma naturaleza -el arbitraje es contractual-jurisdiccional y los ADR son puramente contractuales-; ni gozan de las mismas características -los ADR son más flexibles e informales, apenas están regulados, todo ello con el fin de resolver las controversias de la forma más rápida y económica posible; mientras que el arbitraje es más rígido, a la vez que es objeto de una mayor reglamentación con el fin de aportar garantías suficientes a las partes, haciendo el procedimiento más lento y costoso”*²²⁴.

De esta forma, la posición que adopta esta investigación es la de separar a los ADR del arbitraje. Además, desde otro punto de vista, en el marco de las ADR *“es necesario diferenciar entre la heterocomposición, en la que el tercero impone su decisión y lo hace como un juez, fundado en la misma autonomía de la voluntad con fuerza de cosa juzgada su decisión -proceso arbitral-, y la autocomposición, en la que el tercero no se halla supra partes sino inter partes, no hay imposición a las partes, sino que son estas las que acuerdan llegar a puntos de encuentro o a una solución consensuada del conflicto”*. En los ADR autocompositivos, que excluyen al arbitraje, lo que es relevante es la búsqueda de las soluciones pacíficas, evitar la escalada del conflicto y trabajar con las partes para alcanzar una solución o una buena gestión del conflicto existente²²⁵.

ii. Comparativa entre ADR (mediación) y Arbitraje

Autores han dedicado tiempo para comparar al arbitraje con los demás mecanismos tradicionalmente asociados a los ADR. Sin embargo, en esta sección el enfoque se limitará a la comparación del arbitraje con la mediación como punto de referencia. Esto no plantea mayor dificultad, en la medida de que la

²²³ *Supra*, N° 143 y 144.

²²⁴ Macho, Carolina. “Los adr «alternative dispute resolution» en el comercio internacional”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* Vol. 5, N° 2 (2013), p. 405.

²²⁵ Baraona, Silvia. “Las ADR en la Justicia del Siglo XXI, en especial la mediación”. *Revista de derecho Universidad Católica del Norte* Vol. 18, N° 1 (2011), p. 197.

mediación sin lugar a dudas ocupa un lugar de especial importancia dentro de estos mecanismos²²⁶, siendo el que más desarrollo ha tenido durante los últimos años²²⁷.

La mediación es un mecanismo de solución de controversias en que participa un tercero—neutral para asistir a que las partes lleguen a una solución de su controversia sin que la decisión u opinión que el tercero pueda sugerir sea ejecutable. Si bien existe debate en torno al concepto y diferencias entre mediación y conciliación, se trataría más bien de un debate semántico y sin contenido sustancial²²⁸.

La mediación ha ido de a poco asumiendo un papel esencial dentro de los *ADR*, convirtiéndose en una de las mejores opciones para diversos campos de conflictos como familiares, comerciales, penales, entre otros²²⁹. Sin embargo, en el ámbito del comercio internacional, todavía se mantiene como un mecanismo de poco uso cuando se compara con el arbitraje comercial internacional y la litigación comercial internacional²³⁰.

Entre los factores que influyen la elección de la mediación destacan varias de sus características, como la imparcialidad (86%), rapidez (85%), confidencialidad (83%), flexibilidad del procedimiento (82%), costos (81%), entre otros. Los dos últimos en términos de influencia para determinar la elección son ejecutabilidad (67%) y finalidad (65%) de la mediación²³¹. Como ya es posible apreciar, son reconocidos como puntos débiles de la mediación su capacidad de ejecutar el acuerdo alcanzado y su capacidad para finalizar el conflicto

²²⁶ Así, por ejemplo, lo señala Silvia Baraona: “*En el desarrollo de las ADR ha ido poco a poco asumiendo un papel esencial la mediación, convirtiéndose en todos los ordenamientos jurídicos y en todas áreas, en la mejor de las opciones, siquiera inicialmente, para la gestión del conflicto y en su caso para la evitación del mismo*”. Baraona, Silvia. “Las ADR en la Justicia del Siglo XXI, en especial la mediación”. *Revista de derecho Universidad Católica del Norte* Vol. 18, N° 1 (2011), pp. 202-203.

²²⁷ Además, para los efectos de este trabajo, la mediación como negociación guiada no ofrece mayores diferencias con la negociación más que la intervención de un tercero mediador, sin perjuicio de los beneficios que ofrece la primera respecto de la segunda. Asimismo, parte de la doctrina ha asimilado la conciliación a la mediación, discusión que, si bien no explicaremos mayormente, es suficiente para entender a la mediación como el referente dentro de los ADR.

²²⁸ González de Cossío, Francisco. “La naturaleza jurídica del arbitraje. Un ejercicio de balance químico”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* Vol. 8 (2008), pp. 513-514.

²²⁹ Baraona, Silvia. “Las ADR en la Justicia del Siglo XXI, en especial la mediación”. *Revista de derecho Universidad Católica del Norte* Vol. 18, N° 1 (2011), pp. 202-203.

²³⁰ En cifras de la reciente encuesta de la Academia Internacional de Resolución de Disputas de Singapur (“SIDRA”, por sus siglas en inglés), que tomo en consideración el uso de mecanismos de ADR entre 2016 y 2018, en la elección de método, el arbitraje comercial internacional es elegido en un 74%, la litigación comercial internacional en un 49%, y la mediación comercial internacional en un 26%. Sin embargo, cuando se combinan las cifras de la mediación con las del uso híbrido de mediación con otro mecanismo (27%), el uso alcanza un 53%. La encuesta admitía más de una preferencia. Academia Internacional de Resolución de Disputas de Singapur. *SIDRA International Dispute Resolution Survey: 2020 final report* (2020), p. 46.

²³¹ Las cifras se refieren a la cantidad de encuestados que consideró al elemento como crucial o importante para determinar su elección por la mediación, en que cada encuestado podía escoger más de una opción a la vez. Academia Internacional de Resolución de Disputas de Singapur. *SIDRA International Dispute Resolution Survey: 2020 final report* (2020), p. 46.

Un buen punto de comparación entre los principales *ADR* y el arbitraje es entregado por Goltsman, Hörner, Pavlov y Squintani: “*En el arbitraje, un tercero neutral emite una decisión tras escuchar las pruebas y los argumentos de cada una de las partes. Aunque tanto el acuerdo de arbitraje como la presentación de estos argumentos son voluntarios, la decisión del árbitro es vinculante, en el sentido de que los tribunales la ejecutarán contra una parte reticente. En cambio, en la mediación, el tercero neutral no tiene autoridad para imponer un acuerdo. En cambio, se limita a sugerir un acuerdo que debe ser aceptable para el responsable de la decisión. Por último, en la negociación no facilitada, o "cheap talk", las dos partes intercambian directa y voluntariamente información de un lado a otro, hasta que el decisor toma su decisión final*”²³².

Asimismo, Redfern & Hunter han indicado, sobre la mediación y el arbitraje, que “*La facultad (y el deber) de un tribunal arbitral de dictar decisiones vinculantes distingue al arbitraje como método de resolución de conflictos de otros procedimientos, como la mediación y la conciliación, cuyo objetivo es llegar a una solución negociada. El procedimiento a seguir para llegar a una decisión vinculante es flexible, adaptable a las circunstancias de cada caso particular. No obstante, se trata de un procedimiento judicial y la falta de actuación judicial de un tribunal puede ser sancionada con la anulación o la no ejecución del laudo de dicho tribunal. Ningún requisito similar regula los procedimientos que deben seguirse cuando las partes son asistidas para llegar a un acuerdo negociado por mediación, conciliación o algún otro proceso de este tipo*”²³³.

Lo primero que llama la atención es lo que ya se ha mencionado: el arbitraje constituye un procedimiento jurisdiccional que lo separa de los *ADR* propiamente tales. Sin embargo, de ambas transcripciones hay un elemento que sobresale, y que constituye la principal diferencia (y crítica) entre ambos mecanismos: los métodos *ADR*, en principio, no poseen una fórmula para finalizar de manera necesaria y vinculante los conflictos que se someten a su procedimiento. Precisamente, los elementos de ejecutabilidad y finalidad fueron los peores evaluados en la encuesta SIDRA en cuanto a nivel de satisfacción: ambos finalizaron en último lugar con un 55% de satisfacción entre los encuestados²³⁴, lo que se relaciona con el bajo nivel relativo de importancia asignado a ambos elementos indicados al comienzo de esta sección.

²³² Goltsman, Maria; Hörner, Johannes; Pavlov, Gregory, y Squintani, Francesco. “Mediation, arbitration, negotiation”. *Journal of Economic Theory* Vol. 144, Nº 4 (2009), p. 1398.

²³³ Redfern, Alan, y Hunter, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 24.

²³⁴ Academia Internacional de Resolución de Disputas de Singapur. *SIDRA International Dispute Resolution Survey: 2020 final report* (2020), p. 49. La encuesta admitía más de una preferencia.

Como contraste, el Arbitraje Comercial Internacional otorga una decisión final y vinculante para ambas partes, pudiendo obligar a la parte deudora al cumplimiento efectivo de lo fallado. Es a través de los diferentes tratados y esfuerzos internacionales que se le ha dotado al arbitraje de gran ejecutabilidad, sobretodo con la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrajes Extranjeros.

Así, si bien el arbitraje comparte con los mecanismos de *ADR* cualidades como la confidencialidad, flexibilidad del procedimiento e imparcialidad, se diferencia en elementos de gran importancia para los usuarios, como lo es la capacidad para terminar con el conflicto y la capacidad para ejecutar lo acordado²³⁵. Tanto es así que quienes le dan gran importancia a estos dos últimos prefieren sistemáticamente un procedimiento que les otorgue estas garantías –arbitraje comercial internacional–, cuya preferencia se expresa en un 74%.

Esta diferencia afecta a la mediación en un nivel práctico, al ser en contraste preferida en un 26%, lo que es lamentable para un mecanismo colaborativo que no solo es rápido, de bajo costo, y eficiente, sino que también es una alternativa que puede otorgar a las partes de un conflicto la forma adecuada para resolverlo. La pregunta, entonces, es si acaso estos resultados podrían variar en un futuro y qué es necesario para que ello ocurra.

Sobre esto, existen dos formas de otorgar a la mediación la cualidad de *enforcement* de la que carece: (i) el Convenio de las Naciones Unidas sobre Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (la Convención de Singapur de 2018), y (ii) la utilización de mecanismos híbridos de solución de disputas.

Por un lado, la Convención de Singapur, cuya vigencia comenzó en septiembre 2020, busca ser un símil de la Convención de Nueva York en la medida de que tiene por finalidad otorgar ejecutabilidad internacional a acuerdos derivados de la mediación comercial. La Convención de Singapur contempla principios generales (Art. 3), requisitos para hacer valer los acuerdos de transacción (Art. 4), motivos para negar el otorgamiento de medidas para hacer valer el acuerdo (Art. 5), entre otros. El primer principio general es bastante ilustrativo: “*Cada Parte en la Convención ordenará la ejecución de los*

²³⁵ Así ha sido destacado por los comentaristas. Redfern & Hunter han escrito: “*el resultado final del proceso arbitral será una decisión vinculante y no (como en la mediación o la conciliación) una recomendación que las partes son libres de aceptar o rechazar a su antojo (...) En este sentido, un laudo arbitral difiere de un acuerdo celebrado como resultado de una mediación u otra forma de resolución alternativa de conflictos (ADR), que sólo es vinculante contractualmente*”. Redfern, Alan, y Hunter, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 29.

acuerdos de transacción de conformidad con sus normas procesales y en las condiciones establecidas en la presente Convención”²³⁶.

A la fecha, la Convención ha sido suscrita por 55 países, incluyendo a Singapur, Estados Unidos, China, India, Chile y Brasil, entre otros. A medida de que la Convención adquiriera un mayor reconocimiento, es probable que crezca la satisfacción con la ejecutabilidad y que este factor deje de ser un punto de crítica al uso de la mediación. En este sentido, la mediación comercial internacional podría alcanzar al arbitraje comercial internacional como un mecanismo popular en la resolución de conflictos.

Por otro lado, la utilización de mecanismo híbridos de resolución de disputas que contemplen la mediación es otra de las formas en las que puede otorgársele mayores probabilidades de enforcement a los acuerdos derivados de la mediación. En efecto, “*el uso combinado de la mediación y el arbitraje puede ofrecer a las partes la posibilidad de eliminar este impedimento [falta de ejecutabilidad] convirtiendo su acuerdo de mediación en un laudo arbitral de consentimiento que sería ejecutable de conformidad con la Convención de Nueva York*”²³⁷. Así, el mecanismo Med-Arb puede ocuparse no solo para permitir que los temas no resueltos en la mediación se sometan a arbitraje, sino que también para el caso en que las partes han resuelto sustancialmente todos los litigios en la mediación, pero necesitan asegurar la ejecutabilidad de dicho acuerdo a través de un laudo arbitral²³⁸. Además, esto también ocurriría mezclando el Arbitraje de Última Oferta con otros mecanismos de *ADR*²³⁹.

b. Arbitraje de Última Oferta y Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos

El Arbitraje de Última Oferta se encuentra en una posición atípica respecto de los *ADR* en un sentido tradicional. Hemos visto que la doctrina distingue a los *ADR* del proceso judicial pero también lo hace respecto del arbitraje. Sin embargo, en este contexto, el Arbitraje de Última Oferta no puede ser

²³⁶ CNUDMI. Convenio de las Naciones Unidas sobre Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (2018), p. 5.

²³⁷ Tezuka, Hiroyuki. “Chapter 23: Rise of Hybrid Arbitration/Mediation in the Era of the Singapore Mediation Convention”. En: *International Arbitration: When East Meets West – Liber Amicorum Michael Moser*, editado por Neil Kaplan, Michael Pryles, et al, pp. 277-290. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2020, p. 279.

²³⁸ *Ibidem*.

²³⁹ La combinación de FOA con otras formas de mecanismos alternativos de resolución de conflictos es también una técnica utilizada por algunos estados de Estados Unidos. Por ejemplo, Wisconsin aplicó un sistema en el que la Comisión de Revisión Laboral e Industrial del estado investigaba el conflicto, ofrecía una mediación si había un impasse y luego utilizaba el FOA como opción final. La Ley de Relaciones entre Empleadores y Empleados de Nueva Jersey ofrece a las partes un menú de seis opciones de arbitraje, entre las que se incluyen cinco que utilizan diversas formas de FOA, desde el FOA por temas hasta el FOA por paquetes, pasando por enfoques híbridos que utilizan ambas formas. Chetwynd, Josh. “Play Ball? An Analysis of Final-Offer Arbitration, Its Use in Major League Baseball and Its Potential Applicability to European Football Wage and Transfer Disputes”. *Marquette Sports Law Review* Vol. 20, N° 1 (2009), p. 114.

entendido ni como mecanismo autocompositivo como los *ADR* ni completamente hetercompositivo como el arbitraje convencional. Veamos.

El Arbitraje de Última Oferta contiene elementos del arbitraje convencional, en el sentido de que se trata de un procedimiento en que un tercero imparcial escucha a ambas partes y adopta una decisión final que se materializa en una sentencia vinculante para las partes, que resuelve la controversia. Sin perjuicio de lo anterior, el FOA utiliza dichos elementos del arbitraje como medio para propiciar un ambiente adecuado para la negociación entre las partes en conflicto, de manera tal que de hacer probable un acuerdo negociado que en otras circunstancias sería improbable. Esto es, el FOA utiliza el mecanismo hetercompositivo del arbitraje con el objeto de que las partes solucionen por su cuenta su conflicto, logrando resolverlo de manera autocompositiva antes de que se llegue siquiera a una sentencia.

Por lo anterior es que ha de entenderse que el FOA se encuentra en un punto medio entre el arbitraje convencional y los demás *ADR*, por contener elementos que, al menos, lo posicionan en un área gris.

Ahora bien, antes se revisaron las cifras sobre el estado actual de la mediación comercial, que arrojaron como principales puntos débiles de la mediación su ejecutabilidad y finalidad. Considerando los elementos del FOA, esta podría tenerse como una tercera fórmula para solventar dichas deficiencias pero también para acercar a usuarios a mecanismos más adecuados para la resolución de conflictos.

En efecto, cuando las partes no puedan alcanzar un acuerdo negociado, por cualquier motivo, pueden estar seguros de que el procedimiento del FOA le dará punto final a la controversia, utilizando como último recurso un laudo arbitral. Asimismo, esta resolución goza con todas las cualidades de los laudos arbitrales, pudiendo ser reconocida y ejecutada en prácticamente cualquier parte del mundo. Tanto la finalidad como la ejecutabilidad son aseguradas.

Lo que es más, el procedimiento del FOA podría funcionar como puerta de entrada al mundo de los *ADR* para quienes confían en el arbitraje pero no en otros medios de resolución de conflictos. Esto por lo que ya se ha mencionado: se aseguran los elementos que los usuarios del arbitraje comercial internacional

más valoran²⁴⁰, ofreciendo un mecanismo más rápido y menos costos, factores respecto de los cuales los usuarios plantearon mayores niveles de insatisfacción²⁴¹.

Para finalizar, corresponde mencionar que se ha propuesto como modalidad del Arbitraje de Última Oferta su combinación con una etapa de mediación, en un procedimiento de varias rondas. Sobre ello: *“Otra variante prevé varias rondas de ofertas, con rondas de negociación mediada entre ellas. Esta forma híbrida de resolución de conflictos ofrece a las partes la oportunidad de realizar maniobras estratégicas, de forma similar a las rondas múltiples de FOA. Sin embargo, se incluye un mediador neutral no sólo para controlar estas tendencias, sino también para fomentar un acuerdo en las rondas de negociación entre la presentación de ofertas”*²⁴².

c. Arbitraje de Última Oferta y Arbitraje Convencional

En este escenario, y como se ha explicado en secciones anteriores, podría estimarse al arbitraje una categoría en sí misma, en un punto intermedio entre los procedimientos estatales y los demás *ADR*. Ahora bien, el Arbitraje de Última Oferta puede diferenciarse también del arbitraje, dado que si bien mantiene elementos propios del arbitraje, también se diferencia significativamente respecto de la mayoría de los procedimientos arbitrales; diferencias que, como se ha explicado, son difíciles de conciliar con el rol de adjudicación del Tribunal²⁴³. Las diferencias entre ambos procedimientos se mencionaron al tratar la naturaleza jurídica del Arbitraje de Última Oferta.

Es por esto que esta investigación es de la opinión de que el Arbitraje de Última Oferta es parte de una categoría propia dentro de los procedimientos de arbitraje. Al explicar la naturaleza jurídica del

²⁴⁰ Los usuarios del arbitraje comercial internacional valoraron como elementos más influyentes al momento de escoger dicho mecanismo para sus conflictos a la ejecutabilidad en primer lugar con un 87% y finalidad en un tercer lugar con un 80%, solo después de la imparcialidad. La encuesta admitía más de una preferencia. Academia Internacional de Resolución de Disputas de Singapur. *SIDRA International Dispute Resolution Survey: 2020 final report (2020)*, p. 27.

²⁴¹ Los usuarios del arbitraje comercial internacional valoraron en cuanto a su influencia para determinar su elección pro el procedimiento a la velocidad y al costo en quinto y séptimo lugar, respectivamente. En cuanto a la satisfacción con ambos elementos, la rapidez o velocidad marcó un 30% y el costo un 25%, ambos en último lugar por lejos. La encuesta admitía más de una preferencia. Academia Internacional de Resolución de Disputas de Singapur *SIDRA International Dispute Resolution Survey: 2020 final report (2020)*, pp. 27-28.

²⁴² Borris, Christian, “Final Offer Arbitration from a Civil Law Perspective”. *Journal of International Arbitration* Vol. 24, Nº 3 (2007), p. 311.

²⁴³ Se ha indicado que estos procedimientos *“implican la resolución vinculante de disputas por parte de un decisor privado, seleccionado por las partes, que dispone de las disputas legales, al tiempo que ofrecen oportunidades sustanciales de ser escuchados de manera adjudicativa”*, pero que *“también se caracterizan por diferencias significativas con la mayoría de los procesos arbitrales”*, como, por ejemplo, *“la eliminación de la discrecionalidad del tribunal para considerar los recursos o para resolver la disputa mediante la aplicación de la ley vigente a los hechos”* Born, Gary. *International Commercial Arbitration*. 3ª edición. Alphen aan den Rijn: Wolter Kluwers, 2021, p. 310.

procedimiento del FOA frente a la discusión de si constituye realmente arbitraje propiamente tal, respondimos afirmativamente.

Por otro lado, ya explicamos por qué el Arbitraje de Última Oferta puede ser preferible en contraste con el arbitraje convencional por su eficiencia en alcanzar una resolución adecuada a los conflictos entre las partes, al incentivar el acuerdo negociado por ellas antes del inicio del arbitraje, solución que se estima que es superior a la impuesta por un tercero.

* * *

En definitiva, el Arbitraje de Última Oferta se puede aplicar tanto en el contexto nacional o internacional de un Estado, con las precisiones específicas para cada uno según la regulación del arbitraje de cada cual y la cultura jurídica que mantengan. Aún más, existen reglas suplementarias que regulan el procedimiento del Arbitraje de Última Oferta aplicadas en conjunto con las reglas de arbitraje, si bien la prevención es que éstas se aplican solo respecto de los arbitrajes sometidos a las reglas de la Asociación Americana de Arbitraje y el Centro Internacional de Resolución de Disputas.

Ahora bien, el Arbitraje de Última Oferta es un mecanismo atípico dentro del mercado de los *ADR*, estando en un punto medio entre el arbitraje convencional y el resto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Si bien contiene elementos de ambos, se trata de un mecanismo innovador y que puede llegar a ser un verdadero aporte al campo, sobretodo como puente entre los usuarios del arbitraje y los *ADR*.

Segunda Parte

CAPÍTULO III

El Arbitraje de Última Oferta en la Práctica

Hasta el momento se ha revisado el concepto, mecánica y ubicación del Arbitraje de Última Oferta, así como diversos asuntos relacionados con el procedimiento. Se han explicado las ventajas y desventajas del procedimiento, su normativa suplementaria, y su origen. Sin embargo, persiste la pregunta por su aplicación en la práctica.

A pesar de haber sido discutido y conceptualizado antes de la llegada del año 2000, el Arbitraje de Última Oferta no ha encontrado tanta difusión práctica como el debate académico podría insinuar²⁴⁴. Su presencia en la práctica ha permanecido reservada para ciertas áreas específicas. En esta sección revisaremos cuáles son estos espacios en los que se ha confiado su utilización.

El Arbitraje de Última Oferta ha sido utilizado principalmente en dos contextos, ambos en Estados Unidos: resolución de disputas salariales de la *Major League Baseball*, y en la resolución de disputas laborales en el sector público de algunos estados. Sin embargo, también ha sido utilizado en otros sectores más específicos, como disputas en el sector de transporte, telecomunicaciones, y tributarias. Veremos estas y otras en lo siguiente.

A. Arbitraje Salarial en la MLB

Sin duda, el sector más ligado al Arbitraje de Última Oferta es el arbitraje salarial en la liga profesional de béisbol estadounidense, o *Major League Baseball* (MLB). Fue una de las primeras organizaciones en adoptar el mecanismo del FOA, y junto con la popularidad del deporte y buenos resultados ayudaron a que el procedimiento se volviera conocido. No por nada es que el apodo más difundido del FOA es el de “arbitraje de béisbol” o “*baseball arbitration*”, si bien en la MLB se le denomina ‘FOSA’ o ‘*Final Offer Salary Arbitration*’.

²⁴⁴ Algunos autores han sostenido que su aplicación teórica no se traslada a la realidad. Ver: Feigenbaum, Charles. “Final Offer Arbitration: Better Theory Than Practice”. *Industrial Relations* Vol. 14, Nº 3 (1975), pp. 311–317.

La adopción temprana del procedimiento se explica por los históricos problemas de los jugadores de béisbol en la liga. Desde 1879 que en ella se estableció un “sistema de reserva” o monopolio que permitía a los equipos retener a sus jugadores por toda la duración de sus carreras, quienes ante la imposibilidad de cambiar de equipo vieron sus salarios estancarse. Numerosos intentos de eliminar el sistema fallaron hasta que, luego de una huelga de 13 días en 1972, en 1973 se alcanzó un acuerdo de negociación colectiva que introdujo el arbitraje como medio para resolver las disputas salariales de los jugadores con sus equipos, estableciéndose el FOA. Luego, en 1976 y como consecuencia de otro acuerdo, se instauró el sistema de “agente libre”, que permitió a los equipos retener a sus jugadores por un máximo de 6 años, liberándolos como agentes libres cuando dicho plazo se cumpliera y permitiéndoles negociar con cualquier equipo. Fue la combinación de ambas la que le dio significancia al arbitraje salarial, pues se volvió relevante negociar el salario durante los años en que el jugador no podía separarse de su equipo, debiendo cualquier discrepancia ser resuelta a través del FOA²⁴⁵.

Sobre las razones de escoger el FOA en lugar del arbitraje convencional no existen muchas explicaciones. Si bien se ha insinuado que uno de los principales participantes de las negociaciones a comienzos de 1970 habría estado especialmente abierto a la posibilidad y que la celeridad habría sido una de las principales características del sistema que se pretendía instaurar²⁴⁶, lo relevante es determinar cuales han sido las razones para mantener el sistema hasta la actualidad, por casi 50 años. Esta razón probablemente nos reconduce a su efectividad: “*parece ser que el arbitraje de oferta final ha logrado su objetivo, al menos hasta cierto punto, de conseguir que las partes lleguen a un acuerdo antes del arbitraje o, al menos, que presenten cifras que estén dentro del mismo rango*”²⁴⁷.

El sistema funciona en cuatro etapas: primero, los jugadores son elegibles para recurrir al arbitraje; luego, presentan su solicitud, pero las partes no intercambian ofertas; luego, intercambian ofertas y llegan a acuerdos antes del arbitraje; y finalmente, en caso de que lo anterior no se logre, una etapa de arbitraje salarial. El arbitraje se lleva a cabo ante un panel de tres árbitros neutrales. Las partes pueden negociar salarios en cualquier momento antes de que el panel resuelva las ofertas, y esto ocurre en la mayoría de

²⁴⁵ De todas maneras, no todos los jugadores pueden recurrir al FOA. Para determinar la elegibilidad para el FOA, se establecen requisitos de tiempo que se cuentan solo con días en que el jugador aparece en la lista activa del equipo, siendo lo común que los jugadores de entre 3 y 6 años de servicio sean elegibles.

²⁴⁶ Chetwynd, Josh. “Play Ball? An Analysis of Final-Offer Arbitration, Its Use in Major League Baseball and Its Potential Applicability to European Football Wage and Transfer Disputes”. *Marquette Sports Law Review* Vol. 20, N° 1 (2009), pp. 109 y 123.

²⁴⁷ Rosner, Scott, y Shropshire, Kenneth. *The Business of Sports*. 2ª edición. Burlington: Jones and Bartlett Learning, 2011, p. 270.

los casos. Durante el periodo 2007 a 2010, el 68% de los jugadores elegibles para arbitraje a través de FOA logró un acuerdo incluso *antes* del intercambio de ofertas en el procedimiento²⁴⁸.

Otorgando evidencia empírica del funcionamiento del sistema, el autor Roger Blair analizó los datos históricos del FOSA entre 1990 y 2010. Durante todo el periodo, 1.987 solicitudes fueron interpuestas, siendo la mayoría de ellas objeto de acuerdos, rondando el 90% (1.772 casos fueron objeto de acuerdo). La tasa de acuerdos varió, su mínimo siendo 80% en 1994 y su máximo 97,3% en 2009²⁴⁹.

Con más modernidad, desde el 2011 al 2017 inclusive, los jugadores y sus equipos intercambiaron ofertas finales en 269 ocasiones, pero sólo procedieron a una audiencia de arbitraje en 45 ocasiones (es decir, menos del 17% de las veces)²⁵⁰. La evidencia parece confirmar que el Arbitraje de Última Oferta ha cumplido su finalidad.

En aquellos casos en que el caso si llega a ser oído por el panel arbitral, el mismo autor sostiene que el criterio para definir que oferta resulta ‘ganadora’ (esto es, la noción de fallo justo de los árbitros) es el valor de mercado del jugador²⁵¹. El panel arbitral comenzaría su análisis en el punto de quiebre o punto medio entre las ofertas de las partes; si el valor de mercado del jugador fuera al menos un centavo mayor al punto medio, entonces su oferta ganaría, pero perdería si su valor fuese un centavo menor²⁵². Al examinar las cifras de arbitrajes FOSA efectivamente fallados durante el periodo 1990-2010, se muestra que los jugadores perdieron 60,5% del tiempo. Como explicación tentativa, se arguye que la ‘agresividad’ de los jugadores puede afectar su objetividad llevándolos a sobrestimar su probabilidad de ganar y a proponer ofertas excesivas que reducen sus probabilidades²⁵³.

²⁴⁸ Hill, Richard, y Jolly, Nicholas. “Negotiated Settlement Under MLB Final-Offer Salary Arbitration System”. *Contemporary Economic Policy* Vol. 32, Nº 2 (2014), p. 534. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/coep.12048>

²⁴⁹ Blair, Roger. *Sports Economics*. Nueva York: Cambridge University Press, 2012, p. 419.

²⁵⁰ Vishwanathan, Navneet. “File and Trial: Examining Valuation and Hearings in MLB Arbitration”. *Baseball Research Journal* (2019). Disponible en: <https://sabr.org/journal/article/file-and-trial-examining-valuation-and-hearings-in-mlb-arbitration/> (última vez visitado el 16 de diciembre de 2021).

²⁵¹ Asimismo, en aquellos casos en que se llega a acuerdo, se sigue también una lógica de mercado: los acuerdos ocurren cuando los equipos esperan perder más de lo que el jugador espera ganar. El activo del jugador (su derecho a arbitraje) fluye a la parte que más lo valora (el equipo), que lo compra pagando un precio que se traduce en el salario del jugador. Blair, Roger. *Sports Economics*. Nueva York: Cambridge University Press, 2012, p. 421.

²⁵² Blair, Roger. *Sports Economics*. Nueva York: Cambridge University Press, 2012, p. 419.

²⁵³ Op. Cit, pp. 426-427.

B. Disputas laborales en el sector público estadounidense

Durante la década de 1970, en ciertos estados de Estados Unidos, se adoptó el Arbitraje de Última Oferta para hacer frente a disputas laborales en que la huelga estaba legalmente prohibida²⁵⁴. Si bien primero fueron Wisconsin y Michigan, luego se extendió a Minnesota, Connecticut, Iowa, entre otros. Según ha sido reportado, el sistema tuvo éxito temprano, con incrementos en la consecución de acuerdos de hasta 25%²⁵⁵.

Como es de esperarse, la mayoría de los estados que permiten la negociación colectiva en el sector público prohíben el derecho a huelga, y como consecuencia proporcionan mecanismos alternativos de resolución de controversias (mediación, arbitraje consultivo, *fact-finding*), entre los cuales se encuentra el FOA. Hasta 2013, 14 estados habían codificado el Arbitraje de Última Oferta para la resolución de disputas de negociación colectiva²⁵⁶, con ciertas limitaciones dependiendo del tipo de trabajador²⁵⁷. En algunos estados el procedimiento está limitado a la determinación de salarios o similares (asuntos económicos), pero en otros también se permite su uso para cuestiones no económicas, como la determinación de si los policías están habilitados para llevar consigo sus armas cuando se encuentran fuera de servicio. Asimismo, algunos estados adoptan modelos de FOA en paquete (Washington, Oregon, Illinois, Indiana), mientras otros prefieren un procedimiento por asuntos (Michigan, Iowa, Ohio). Solo Nueva Jersey adopta un enfoque híbrido: cuando las partes no se ponen de acuerdo sobre un método de arbitraje disponible, el árbitro puede aceptar ofertas globales en relación con los elementos económicos y ofertas específicas en relación con los elementos no económicos²⁵⁸.

C. Disputas laborales en el sector privado del Reino Unido

En la década de 1980, el Arbitraje de Última Oferta fue incorporado de manera voluntaria por empresas en el sector privado del Reino Unido como mecanismo de resolución de controversias en acuerdos de

²⁵⁴ Chetwynd, Josh. "Play Ball? An Analysis of Final-Offer Arbitration, Its Use in Major League Baseball and Its Potential Applicability to European Football Wage and Transfer Disputes". *Marquette Sports Law Review* Vol. 20, N° 1 (2009), p. 112.

²⁵⁵ Chetwynd, Josh. "Play Ball? An Analysis of Final-Offer Arbitration, Its Use in Major League Baseball and Its Potential Applicability to European Football Wage and Transfer Disputes". *Marquette Sports Law Review* Vol. 20, N° 1 (2009), p. 113.

²⁵⁶ Son los siguientes: Iowa, Maine, Connecticut, Minnesota, Oklahoma, Pennsylvania, Washington, Michigan, Wisconsin, New Jersey, Ohio, Oregon, Illinois, Indiana. Carrell, Michael, y Bales, Richard. "Considering Final Offer Arbitration to Resolve Public Sector Impasses in Times of Concession Bargaining". *The Ohio State Journal on Dispute Resolution* Vol. 28, N° 1 (2013), pp. 24-25.

²⁵⁷ Por ejemplo, en Oklahoma y Michigan se estableció solo respecto de bomberos y policías, mientras que en Iowa, Connecticut y Minnesota se estableció para todo trabajador estatal.

²⁵⁸ Carrell, Michael, y Bales, Richard. "Considering Final Offer Arbitration to Resolve Public Sector Impasses in Times of Concession Bargaining". *The Ohio State Journal on Dispute Resolution* Vol. 28, N° 1 (2013), pp. 24-25.

negociación colectiva que, por lo general, establecían también la prohibición de la huelga²⁵⁹. Cabe destacar, no obstante, que se ha mencionado que el contexto en el Reino Unido era diferente al contexto estadounidense, dado que²⁶⁰ (i) las cláusulas prohibitivas de huelga no estaban legalmente permitidas y por tanto eran inaplicables, y (ii) no todos los acuerdos contaban con mecanismos para obligar el uso del FOA, debiendo ambas partes consentir nuevamente en su uso.

Teniendo lo anterior en consideración, cabe destacar que los comentaristas del Reino Unido concluyeron que el FOA es efectivo solo cuando va acompañado de mecanismos como la mediación o conciliación, pero que de todas formas el FOA junto con la mediación es más efectivo en evitar disputas cuando se compara con el mecanismo de mediación y arbitraje convencional²⁶¹.

D. Disputas derivadas del transporte

En 1987, se estableció el FOA como mecanismo de resolución de controversias ligadas al transporte en Canadá²⁶², como una de las opciones disponibles para los cargadores para resolver conflictos con los transportistas. Con algunas exclusiones, el FOA puede utilizarse para resolver conflictos sobre el transporte de mercancías por vía aérea, ferroviaria o marítima.

Recientemente, y basándose en la experiencia de Canadá, la Junta de Transporte de Superficie (*'STB'* por sus siglas en inglés) de Estados Unidos ha propuesto establecer un procedimiento de última oferta para determinar la razonabilidad de las tarifas en los casos más pequeños. Como resumen, indican: “*La Junta de Transporte de Superficie propone un nuevo procedimiento para impugnar la razonabilidad de las tarifas ferroviarias en los casos de menor cuantía. En este procedimiento, la Junta decidiría un caso seleccionando la oferta final del demandante o del demandado, sujeto a un calendario procesal acelerado que se adhiere a plazos firmes*”²⁶³.

²⁵⁹ Metcal, David, y Milner, Simon. “Final Offer Arbitration in Great Britain: Style and Impact”. *National Institute Economic Review* Vol. 142, N° 1 (1992), p. 75. Disponible en: <https://doi.org/10.1177%2F002795019214200105>

²⁶⁰ Op. Cit, p. 76.

²⁶¹ Op. Cit, p. 82.

²⁶² Introducido en la Ley Nacional de Transporte de 1987, hoy la Ley Canadiense de Transporte de 1996 (*Canada Transportation Act 1996*). Regulada en la Parte IV, desde la sección 159. Disponible en: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-10.4/FullText.html#h-56733> (última vez visitado el 16 de diciembre de 2021).

²⁶³ Junta de Transporte de Superficie. *Final Offer Rate Review; Expanding Access to Rate Relief. Notice of proposed rulemaking; request for comments*, 17 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://www.federalregister.gov/documents/2019/09/17/2019-20093/final-offer-rate-review-expanding-access-to-rate-relief> (última vez visitado el 16 de diciembre de 2021).

E. Disputas en materia de telecomunicaciones

En el año 2000, el Arbitraje de Última Oferta fue introducido como mecanismo de resolución de disputas en la Comisión Canadiense de Radio y Telecomunicaciones (*'CRTC'*, por sus siglas en inglés), que está llamada a resolver controversias relacionadas con las leyes de telecomunicaciones y de difusión. La Comisión había notado una alta demanda en sus recursos, indicando que *“los procesos que permiten la rápida resolución de estos litigios son esenciales si la Comisión quiere minimizar la carga de sus recursos y, lo que es más importante, si quiere lograr su objetivo de una competencia justa y sostenible”*²⁶⁴. Derivados de sus prácticas recientes, el FOA fue uno de los mecanismos ofrecidos²⁶⁵.

Frente a cuestionamientos y propuestas para cambiar el mecanismo, la Comisión ha salido en defensa del FOA. Considerando que el objetivo de la norma es garantizar que los consumidores no se vean privados del servicio durante un litigio, enfatizó en que ha sido un recurso útil para las partes cuando las negociaciones fracasan²⁶⁶.

Relevante es también que, en Estados Unidos, la Comisión Federal de Comunicaciones (*'FCC'*, por sus siglas en inglés) impuso la FOA como condición para autorizar una fusión vertical en el sector de la radiodifusión en 2011, al aprobar un *Joint Venture* entre Comcast Corporation y NBC Universal. Para aprobar la operación, se establecieron diversas condiciones para proteger a los distribuidores de televisión por cable en sus negociaciones con Comcast/NBCU, una de ellas siendo la posibilidad de los distribuidores de recurrir al FOA al surgir una disputa sobre los precios, términos y condiciones de la retransmisión de la programación de Comcast/NBCU²⁶⁷.

²⁶⁴ Comisión Canadiense de Radio y Telecomunicaciones. *Nota Pública 2000-65*, Ottawa, 12 de mayo de 2000. Disponible en: <https://crtc.gc.ca/eng/archive/2000/pb2000-65.htm> (última vez visitado el 16 de diciembre de 2021).

²⁶⁵ Comisión Canadiense de Radio y Telecomunicaciones. *Boletín de información sobre radiodifusión y telecomunicaciones CRTC 2013-637*, Ottawa, 28 de noviembre de 2013, párrafos 17 a 26. Disponible en: <https://crtc.gc.ca/eng/archive/2013/2013-637.htm> (última vez visitado el 16 de diciembre de 2021).

²⁶⁶ Comisión Canadiense de Radio y Telecomunicaciones. *Política de regulación de la radiodifusión CRTC 2015-96, Let's Talk TV*, Ottawa, 15 de marzo de 2015, párrafo 102. Disponible en: https://www.ctvnews.ca/polopoly_fs/1.2288258!/httpFile/file.pdf (última vez visitado el 16 de diciembre de 2021).

²⁶⁷ Comisión Federal de Comunicaciones. *FCC Grants Approval of Comcast-NBCU Transaction. Memorandum Opinion and Order*, N° 10-56, 18 de enero de 2011, Sección VII: Remedio de Arbitraje Comercial, pp. 127 – 132. Disponible en: <https://www.fcc.gov/proceedings-actions/mergers-transactions/comcast-corporation-and-nbc-universal-mb-docket-10-56> (última vez visitado el 16 de diciembre de 2021).

F. Disputas tributarias

Se ha planteado que el Arbitraje de Última Oferta podría ser beneficioso para resolver disputas tributarias de doble tributación, al menos en el contexto estadounidense. La doctrina ha identificado que las partes de dichas controversias suelen preferir el arbitraje para resolver sus conflictos antes que dejárselo a la litigación nacional, no sin cierto resquemor por parte de los países. En efecto, se ha criticado la pérdida de soberanía, falta de experiencia, complejidad del proceso, altos costos, entre otros²⁶⁸. El Arbitraje de Última Oferta ofrecería mayor margen a los países en el procedimiento arbitral, forzando al panel arbitral a escoger una solución presentada por alguno de los países eliminando así la preocupación por la pérdida de soberanía y previniendo que el árbitro divida la diferencia²⁶⁹. En este contexto, se ha indicado que “cuando se calibra cuidadosamente, (...) el FOA debería facilitar, en lugar de enfriar, la solución y la cooperación a largo plazo, y pone a los Estados, y no a los tribunales, en el asiento del conductor. Los acuerdos de arbitraje también pueden reducir ciertos costes de soberanía (no hay motivación ni valor de precedente para los laudos) y pueden desbloquear el consentimiento de los Estados al arbitraje cuando tradicionalmente no existe o es muy cuestionado”²⁷⁰.

Esta idea no es nueva. Ya en el año 1993, la compañía tecnológica Apple Inc. y el Servicio de Impuestos Internos norteamericano (‘IRS’, por sus siglas en inglés) se enfrascaron en una disputa derivada de una auditoría realizada a Apple por sus años fiscales 1984-1986, que concluyó con la IRS presentando un ajuste de precios de transferencia de 114,6 millones de dólares, alegando que Apple había inflado los costes en los que había incurrido en relación con sus filial de Singapur, ante lo cual Apple apeló²⁷¹. Dado que desde 1990 las disputas en la materia pueden someterse a arbitraje en lugar de litigación²⁷², las partes sometieron su controversia a Arbitraje de Última Oferta.

El procedimiento se llevó a cabo ante un panel de tres árbitros (un juez federal retirado, un economista y un experto del sector). El procedimiento siguió la modalidad de asunto por asunto, uno por cada año

²⁶⁸ Grlica, Ivo. “Chapter 14: Baseball Arbitration: Comparison of the Rules under the U.S.-Canada Tax Treaty with the Rules under the Multilateral Instrument”. En: *OECD Arbitration in Tax Treaty Law, Series on International Tax Law* Vol. 111, editado por Majdanska, Alicja y Turcan, Laura, pp. 317-336. Viena: Linde, 2018, p. 319.

²⁶⁹ Grlica, Ivo. “Chapter 14: Baseball Arbitration: Comparison of the Rules under the U.S.-Canada Tax Treaty with the Rules under the Multilateral Instrument”. En: *OECD Arbitration in Tax Treaty Law, Series on International Tax Law* Vol. 111, editado por Majdanska, Alicja y Turcan, Laura, pp. 317-336. Viena: Linde, 2018, p. 320.

²⁷⁰ Pauwelyn, Joost. “Baseball arbitration to resolve international law disputes: Hit or miss?”. *Florida Tax Review* Vol. 22, N° 1 (2018), p. 42. Traducción propia.

²⁷¹ *After Successful Use of Baseball Arbitration, Apple, IRS Both Declare Themselves Winners*, Alternatives to the high cost of litigation, Vol. 11 N° 12 (1993), p. 163.

²⁷² Sansing, Richard. “Voluntary binding arbitration as an alternative to tax court litigation”. *National Tax Journal* Vol. 50, N° 2 (1997), p. 279. Disponible en: <https://doi.org/10.1086/NTJ41789257>

fiscal objeto de la controversia. El procedimiento duró aproximadamente dos meses, y el panel emitió su decisión a las dos semanas siguientes de la audiencia. Una de las partes involucradas indicó que “*aunque la necesidad de llegar a una cifra realista no logró por sí misma un acuerdo, ‘acercó a las partes’*”²⁷³. Desde entonces, Estados Unidos ha sido pionero en la inclusión de FOA en los tratados fiscales internacionales para resolver disputas en el marco de dichos tratados, de lo cual es un ejemplo el tratado de doble tributación entre Estados Unidos y Canadá, entre otros²⁷⁴.

Lo que reviste mayor interés, sin embargo, es la inclusión del Arbitraje de Última Oferta como mecanismo por defecto para la resolución de disputas en el Convenio Multilateral de la OCDE para la Implementación de Medidas Relacionadas con Tratados Fiscales para evitar la Erosión de la Base y el Traslado de Beneficios²⁷⁵ (‘*MLI*’, por sus siglas abreviadas en inglés), que entró en vigor el 1 de julio de 2018. Sujeto al cumplimiento de determinados supuestos, el tratado contempla un procedimiento de oferta final para resolver estas controversias por un lapso de dos años, si bien permite a las partes escoger otro mecanismo. El Convenio proporciona reglas precisas respecto del comienzo del procedimiento, que finalizará en un laudo que no será publicado ni tendrá valor alguno como precedente²⁷⁶.

Como corolario de lo anterior, un comentarista concluye: “*la solución del arbitraje de béisbol para los asuntos fiscales internacionales, que se introdujo por primera vez a través de sólo unos pocos tratados de Estados Unidos, ha probado, tanto en la práctica como resistiendo el debate académico crítico, que finalmente ha de ser incluido en el proyecto insignia de la OCDE como una fórmula de arbitraje por defecto que promete una adopción mucho más amplia del arbitraje obligatorio en el futuro*”²⁷⁷.

D. Otros contextos de aplicación práctica

Existen muchos más contextos en que se ha establecido o utilizado el Arbitraje de Última Oferta en la práctica; esta revisión no busca ser absolutamente exhaustiva. Sin embargo, todavía hay contextos que

²⁷³ *After Successful Use of Baseball Arbitration, Apple, IRS Both Declare Themselves Winners*, Alternatives to the high cost of litigation, Vol. 11 N° 12 (1993), p. 163.

²⁷⁴ También en tratados con Alemania, Bélgica, Francia y Suiza. Para más detalles ver: Grlica, Ivo. “Chapter 14: Baseball Arbitration: Comparison of the Rules under the U.S.-Canada Tax Treaty with the Rules under the Multilateral Instrument”. En: *OECD Arbitration in Tax Treaty Law, Series on International Tax Law* Vol. 111, editado por Majdanska, Alicja y Turcan, Laura, pp. 317-336. Viena: Linde, 2018, pp. 322-326.

²⁷⁵ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Convenio Multilateral para la Implementación de Medidas Relacionadas con Tratados Fiscales para evitar la Erosión de la Base y el Traslado de Beneficios (2016). Disponible en: <https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm> (última vez visitado el 16 de diciembre de 2021).

²⁷⁶ Para más detalles sobre el instrumento, su ámbito de aplicación, y el procedimiento específico que establece, ver: Grlica, Ivo. “Chapter 14: Baseball Arbitration: Comparison of the Rules under the U.S.-Canada Tax Treaty with the Rules under the Multilateral Instrument”. En: *OECD Arbitration in Tax Treaty Law, Series on International Tax Law* Vol. 111, editado por Majdanska, Alicja y Turcan, Laura, pp. 317-336. Viena: Linde, 2018, pp. 328-336.

²⁷⁷ Op. Cit, p. 336.

revisten de interés. Se explicará (i) la regla de última oferta en el Panel Eléctrico chileno, (ii) el FOA como mecanismo de resolución de controversias en el nuevo ‘Media Code’ australiano, y (iii) el ‘No Surprises Act’ estadounidense.

En primer lugar, la Ley General de Servicios Eléctricos chilena contempla un procedimiento de oferta final para la resolución de controversias que se sometan al conocimiento del Panel de Expertos eléctricos²⁷⁸⁻²⁷⁹. Si bien no se trata de un arbitraje propiamente tal, es relevante en la medida de que sí se establece una regla de oferta final, que para todos los efectos funciona de la misma manera que el FOA. Sobre la aplicación de esta regla en el sistema eléctrico chileno, se ha explicado: “*Por ejemplo, en una discusión tarifaria en el mercado eléctrico, las posiciones alcistas (de las empresas reguladas) y a la baja (del regulador) no deberían alejarse de forma excesiva del punto óptimo que garantice rentabilidad adecuada a las primeras y precios justos al segundo (regulador como representante de la sociedad). Un juez que debe optar por alguna de las alternativas rechazará la petición que en mayor medida se aleje de ese punto óptimo, porque se entiende que el juez buscará tal punto*”²⁸⁰. Esto favorecería las posibilidades de acuerdo, pues las posiciones estratégicas no deberían estar alejadas, lo que favorece soluciones colaborativas²⁸¹.

Esta regla no buscaría alcanzar la mejor solución posible, sino que la más razonable jurídica y técnicamente. Sobre la regla, se indica que esta permite reducir los costos del sistema judicial, y en general otorga gran eficiencia al sistema²⁸². De cualquier forma, se plantea el problema que, como organismo técnico compuesto por letrados y no letrados, el procedimiento podría no ajustarse a las exigencias del debido proceso²⁸³. Sin embargo, ello dice relación con el organismo mismo del Panel, y no con la regla de oferta final.

²⁷⁸ Artículo 211 LGSE (cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra actualmente en el DFL 4 de 2007): “El dictamen del panel de expertos se pronunciará exclusivamente sobre los aspectos en que exista discrepancia, debiendo optar por una u otra alternativa en discusión, sin que pueda adoptar valores intermedios”. Las materias sobre las que conoce el Panel están establecidas en el Art. 208 de la Ley.

²⁷⁹ Los principales objetivos de la reforma legislativa que estableció la regla de oferta final consideraba la disminución de la judicialización del sector eléctrico y crear un mecanismo que incentivase que las propias partes resolvieran su discrepancia. Tijmes, Jaime. “El arbitraje de oferta definitiva en la legislación eléctrica chilena”. *Revista Jurídicas* Vol. 12, N° 2 (2015), p. 92.

²⁸⁰ Carrasco, Nicolás. “La regla de oferta final en el panel eléctrico chileno”. *Derecho PUCP* N° 81 (2018), p. 450.

²⁸¹ *Ibidem*.

²⁸² *Op. Cit*, p. 451.

²⁸³ *Op. Cit*, pp. 453-456.

En segundo lugar, otro contexto en el que se ha establecido el FOA es en la regulación de servicios médicos en Estados Unidos. En relación con las facturas médicas ‘sorpresa’²⁸⁴, la *No Surprises Act* o Ley Sin Sorpresas establece un sistema de protección federal a los consumidores a contar de 2022. La protección exige a los planes de salud privados que cubran estas reclamaciones fuera de la red y apliquen el reparto de costes dentro de la red, y prohíbe a los médicos, hospitales y otros proveedores cubiertos facturar a los pacientes un importe superior al de la participación en los costes dentro de la red por facturas médicas sorpresa²⁸⁵.

En el caso de controversias en la determinación del importe por las facturas sorpresa fuera de la red, la Ley establece un proceso que comienza con negociaciones entre las partes (planes y proveedores), y en caso de que éstas fracasen, un proceso federal de resolución de conflictos independiente (‘IDR’, por sus siglas en inglés) ante entidades certificadas elegidas por el *HHS*²⁸⁶, que se asemeja al Arbitraje de Última Oferta. El plan y el proveedor presentarán cada uno su mejor oferta para el importe de pago fuera de la red de una reclamación. La entidad IDR parte de la presunción de que el QPA²⁸⁷ es el importe correcto, pero puede tener en cuenta otros factores, como la agudeza del paciente, el nivel de formación y experiencia del proveedor tratante, las cuotas de mercado de ambas partes y los esfuerzos de buena fe realizados en el pasado por ambas partes para llegar a un acuerdo de red. A continuación, la entidad IDR elige la oferta que considera más adecuada, que se convierte en el pago fuera de la red para esa factura. La IDR cobrará una tarifa por cada arbitraje y la parte perdedora deberá pagar esa tarifa²⁸⁸.

Otro contexto en que se aplica el procedimiento de Arbitraje de Última Oferta es en el nuevo Código de Negociación Obligatoria de Medios de Comunicación y Plataformas Digitales, o ‘*Media Code*’ australiano. Según el Código, los operadores de "servicios de plataforma digital designados" (como los servicios de noticias de Facebook y Google, a quienes se les aplica por el momento) en Australia deberán negociar y pagar a las empresas informativas australianas registradas por compartir sus contenidos en

²⁸⁴ Las facturas médicas sorpresa surgen cuando los consumidores asegurados reciben inadvertidamente atención de hospitales, médicos u otros proveedores fuera de la red que no habían elegido, y que aumentan considerablemente los costos médicos.

²⁸⁵ Pollitz, Karen. “*No Surprises Act Implementation: What to Expect in 2022*”, Kaiser Family Foundation, Health Reform, 10 de diciembre de 2021, acceso el 17 de diciembre. Disponible en: <https://www.kff.org/health-reform/issue-brief/no-surprises-act-implementation-what-to-expect-in-2022/> (última vez visitado el 17 de diciembre de 2021).

²⁸⁶ Departamento de Salud y Servicios Humanos, o *United States Department of Health and Human Services*, en inglés.

²⁸⁷ ‘Qualifying Payment Account’, es decir, la tarifa media que los planes pagan a los proveedores de la red en una zona geográfica.

²⁸⁸ Pollitz, Karen. “*No Surprises Act Implementation: What to Expect in 2022*”, Kaiser Family Foundation, Health Reform, 10 de diciembre de 2021, acceso el 17 de diciembre. Disponible en: <https://www.kff.org/health-reform/issue-brief/no-surprises-act-implementation-what-to-expect-in-2022/> (última vez visitado el 17 de diciembre de 2021). Ver también: Adler, Loren; Fiedler, Matthew; Ginsburg, Paul; Hall, Mark; Ippolito, Benedic, y Trish, Erin. “*Understanding the No Surprises Act*”, Brookings, USC-Brookings Schaeffer on Health Policy, 4 de febrero de 2021, acceso el 17 de diciembre de 2021. Disponible en: <https://www.brookings.edu/blog/usc-brookings-schaeffer-on-health-policy/2021/02/04/understanding-the-no-surprises-act/> (última vez visitado el 17 de diciembre de 2021).

línea²⁸⁹. El gobierno australiano indicó que el Código es necesario para abordar los desequilibrios fundamentales de poder de negociación entre las empresas de medios de comunicación australianos y las principales plataformas digitales²⁹⁰.

Lo que interesa para este trabajo es que el nuevo *Media Code* australiano establece un procedimiento para resolver disputas que se susciten entre las corporaciones de plataformas digitales y las empresas de noticias en torno al precio: Arbitraje de Última Oferta obligatorio, siempre que se trate de un asunto de remuneración²⁹¹. El procedimiento solo puede ser invocado por las empresas de noticias luego de que las partes hayan negociado en buena fe durante al menos tres meses. El procedimiento de arbitraje previsto en el Código es breve, directo y prescriptivo, y se permite la participación de la Comisión Australiana de Competencia y Consumo (*‘ACCC’*, por sus siglas en inglés)²⁹².

* * *

En este capítulo se revisaron los principales contextos en que se ha establecido el Arbitraje de Última Oferta, sea como arbitraje o instalando una regla de última oferta. Lo relevante es que existen múltiples aplicaciones del procedimiento en la práctica, y en todos el fundamento de su establecimiento es el mismo: se trata de un procedimiento capaz de acercar a las partes y lograr acuerdos antes de la resolución por un tercero. En los casos en que se ha utilizado el procedimiento (por ejemplo, en la MLB o para resolver disputas laborales en el sector público estadounidense) se puede ver satisfacción con sus resultados, que comprobarían su planteamiento teórico. En todo caso, más allá de la explicación de por qué el Arbitraje de Última Oferta es capaz de conseguir estos resultados (en referencia al planteamiento teórico, mecánica y a sus críticas), lo cierto es que el procedimiento se ha usado efectivamente en la práctica, y en algunos casos por casi medio siglo; y en los casos en que recién se está aplicando, la justificación descansa en los mismos fundamentos que hemos revisado a lo largo de este trabajo.

²⁸⁹ Morrison, James, y Williams, Erika. “*Facebook (temporarily) Un-Friends Australia: Arbitration as a Tool in Online Media Regulation*”, Kluwer Arbitration Blog, 26 de marzo de 2021. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/03/26/facebook-temporarily-un-friends-australia-arbitration-as-a-tool-in-online-media-regulation/> (última vez visitado el 17 de diciembre de 2021).

²⁹⁰ Barbaschow, Asha. “*Facebook and Google are still fighting Australia's Media Bargaining Code*”, zdnet, 19 de enero de 2021, acceso el 17 de diciembre de 2021. Disponible en: <https://www.zdnet.com/article/facebook-and-google-are-still-fighting-australias-media-bargaining-code/> (última vez visitado el 17 de diciembre de 2021).

²⁹¹ Esto es, la remuneración que se pagará a una empresa informativa registrada por la puesta a disposición de los contenidos informativos de la empresa informativa registrada en favor del servicio de plataforma digital designado.

²⁹² Morrison, James, y Williams, Erika. “*Facebook (temporarily) Un-Friends Australia: Arbitration as a Tool in Online Media Regulation*”, Kluwer Arbitration Blog, 26 de marzo de 2021. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/03/26/facebook-temporarily-un-friends-australia-arbitration-as-a-tool-in-online-media-regulation/> (última vez visitado el 17 de diciembre de 2021).

CAPÍTULO IV

Difusión del Arbitraje de Última Oferta

El objeto último de esta investigación es evaluar si el procedimiento del Arbitraje de Última Oferta puede ser exportado a diferentes contextos en los que podría ser un aporte real para la dar una solución adecuada a los conflictos. Luego de haber indagado en los contextos en que el FOA se aplica efectivamente, la idea es determinar si el éxito percibido en dichas áreas puede traspasarse a otros sectores, y de ser así, qué conflictos se beneficiarían del procedimiento. En este capítulo, se revisarán aquellos sectores que podrían beneficiarse de una alternativa como Arbitraje de Última Oferta o a un procedimiento con sus características.

Como veremos, hay ciertas cuestiones que deben evaluarse al momento de optar por el FOA, y que en definitiva determinarán si un conflicto específico, cualquiera que sea, es o no de aquellos que pueden someterse efectivamente al Arbitraje de Última Oferta. Al final, revisaremos cuales son los sectores en que los comentaristas han propuesto la utilización del procedimiento, y las razones que han esbozado al respecto.

A. Tipos de controversias que se beneficiarían del procedimiento del FOA

a. Consideraciones preliminares

Para comenzar, Tulis mencionó tres puntos principales para la evaluación de los contextos en que el Arbitraje de Última Oferta podría ser de utilidad, que se refieren esencialmente a aquellos los elementos que hacen que el arbitraje de oferta final sea propicio en un contexto determinado.

Primero, las partes deben ser sofisticadas. Con esto se hace referencia a que las partes que se sometan a Arbitraje de Última Oferta deben conocer el procedimiento y entenderlo para que éste funcione²⁹³. La teoría es que, si una parte no entiende los objetivos del arbitraje de oferta final, el proceso puede ser mal utilizado. Como explicación, Tulis indica que si dos partes poco sofisticadas están involucradas en una disputa, pueden ver la oferta más razonable de un oponente como una concesión: *“Esta parte puede no*

²⁹³ DeNisi, Angelo, y Dworkin, James. “Final-Offer Arbitration and the Naive Negotiator”. *Industrial Labor Relations Review* Vol. 35, Nº 1 (1981), p. 78-79.

*entender que es probable que un árbitro de oferta final elija la oferta más razonable y, como resultado, la parte puede negarse imprudentemente a presentar su propia oferta razonable*²⁹⁴. Entrenamiento es necesario para solucionar esto, en caso de que las partes sean inexpertas²⁹⁵.

Segundo, el autor sostiene que el procedimiento funciona mejor cuando es estandarizado para conflictos en que la prioridad es mantener la relación entre las partes²⁹⁶. Efectivamente, así es en la MLB y en las disputas del sector público estadounidense. En la MLB, las partes conocen cuales son los requisitos para ser elegible para arbitraje salarial, y conocen con certeza cuándo se llevará a cabo, de ser solicitado (las fechas para arbitraje son idénticas para cada año, durante el periodo fuera de temporada). Asimismo, en aquellos casos en que se estableció el procedimiento para disputas laborales del sector público, el FOA se ha convertido en un procedimiento regular o previsible para cuando los acuerdos de negociación colectiva están próximos a vencer.

Por esta razón, señala el autor, es necesario mantener el procedimiento tan amigable como sea posible; la justificación de esto sería el hecho de que las partes en los campos mencionados continúan trabajando juntos durante y después del conflicto²⁹⁷. Aunando a lo anterior, otra razón lógica para mantener un ambiente amigable es la necesidad de un ambiente colaborativo para sacar el mayor provecho a una negociación.

Tercero, el Arbitraje de Última Oferta es mejor utilizado cuando los acuerdos alcanzados antes del laudo contienen elementos que el laudo arbitral no puede otorgar²⁹⁸. El autor pone como ejemplo nuevamente el caso de la MLB, en que los acuerdos suelen contener elementos adicionales a la determinación salarial, como bonos, extensiones de contrato y otros incentivos que no están disponibles a través de un laudo arbitral. Lo anterior dice relación con los elementos autocompositivos del FOA, en la medida de que el objeto del procedimiento –la consecución de un acuerdo negociado– es más probable cuando las partes son capaces de ‘agrandar la torta’ para la solución del conflicto de una manera que no está disponible por alguna alternativa a la negociación; técnica que se utiliza en la negociación y mediación para alcanzar soluciones colaborativas.

²⁹⁴ Tulis, Benjamin. “Final-Offer “Baseball” Arbitration: Contexts, Mechanics & Applications”. *Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law* Vol 20, N° 1 (2010), p. 106. Traducción propia.

²⁹⁵ “Al mismo tiempo, existe el riesgo de que las partes desinformadas (...) no comprendan plenamente el funcionamiento del FOA, se aferren a su demanda extrema y pierdan casos. La formación y el desarrollo de capacidades podrían aliviar esta preocupación”. Pauwelyn, Joost. “Baseball arbitration to resolve international law disputes: Hit or miss?”. *Florida Tax Review* Vol. 22, N° 1 (2018), p. 58.

²⁹⁶ Tulis, Benjamin. “Final-Offer “Baseball” Arbitration: Contexts, Mechanics & Applications”. *Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law* Vol 20, N° 1 (2010), p. 106.

²⁹⁷ *Ibidem*.

²⁹⁸ *Op. Cit.* pp. 106-107.

Aún más, es posible agregar a la consideración las cualidades de rapidez, bajo costo y eficiencia del procedimiento del FOA. El procedimiento funcionaría especialmente para evitarle a las partes un proceso largo y debilitante económicamente²⁹⁹ (aunque lo anterior también aplicaría servir para solucionar sus efectos no económicos, como el desgaste emocional y/o estrés para los involucrados, y similares).

Como comentario aparte, Tulis sostiene que es mejor usar el Arbitraje de Última Oferta respecto de la menor cantidad posible de asuntos. El autor reconoce que el procedimiento de todas formas reviste de utilidad para los casos en que existan varios asuntos, pero que cuando se trata de una cantidad limitada las partes se ahorran el dilema de escoger la mejor variación para su disputa³⁰⁰⁻³⁰¹.

Otras consideraciones han sido planteadas por Borris³⁰². Primeramente, el autor indica que el procedimiento del FOA no es una alternativa general al arbitraje, ya que si bien es beneficioso para algunos contextos, no es conveniente en otros escenarios. Así, por lo general, se debe considerar la posibilidad de recurrir a la FOA si ambas partes comparten la preferencia por una solución mediante un acuerdo negociado, y si las partes están dispuestas a someterse a la mayor presión del procedimiento. El autor plantea como escenarios en que el FOA sería de utilidad aquellos en que una solución rápida sea más importante que una solución ‘exacta’, que requeriría audiencias complejas y agotadoras.

Todo lo anterior se relaciona con lo explicado como desventaja del FOA en el Capítulo I: la poca pertinencia de este procedimiento para controversias de gran complejidad, en que, por un lado, por la complejidad y magnitud del conflicto, sea improbable que las partes se pongan de acuerdo dentro de los plazos y condiciones que establece el FOA, y por otro, que se trate de un conflicto en que se valore más la determinación exacta de las diferencias.

b. Tipologías de conflictos que pueden beneficiarse del Arbitraje de Última Oferta

La doctrina ha identificado con cierta dispersión los tipos de conflictos que son susceptibles de ser resueltos mediante el FOA. Principalmente, se trata de conflictos en que el objeto de la controversia es

²⁹⁹ Tulis, Benjamin. “Final-Offer “Baseball” Arbitration: Contexts, Mechanics & Applications”. *Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law* Vol 20, N° 1 (2010), p. 107.

³⁰⁰ *Ibidem*.

³⁰¹ Para más recomendaciones sobre el uso del Arbitraje de Última Oferta, ver: Pauwelyn, Joost. “Baseball arbitration to resolve international law disputes: Hit or miss?”. *Florida Tax Review* Vol. 22, N° 1 (2018), pp. 59-60.

³⁰² Borris, Christian, “Final Offer Arbitration from a Civil Law Perspective”. *Journal of International Arbitration* Vol. 24, N° 3 (2007), pp. 316-317

dinero, en que se quieren recrear las condiciones de mercado, solucionar desbalances de poder, y aquellos que particularmente se ven beneficiados por las cualidades del FOA, como su bajo costo, mantención de la relación, y rapidez.

i. Asuntos de determinación de valores patrimoniales

Se ha indicado el procedimiento puede ser aplicable para asuntos monetarios que al final del día no pudieron ser resueltos³⁰³. Se ha indicado que el Arbitraje de Última Oferta “*es una forma interesante, rápida y eficaz de resolver cuestiones monetarias de suma cero*” y que “*Puede utilizarse para resolver puntos de fricción financieros en las negociaciones, por ejemplo, cuando se trata de acordar el precio de un producto o servicio, o cuando se fija la tasa de regalías en una licencia, o el valor de un activo*”³⁰⁴.

En efecto, el Arbitraje de Última Oferta fue primero aplicado en la MLB precisamente para solucionar problemas salariales de los jugadores. Además, también ha sido ampliamente aplicado en Estados Unidos para solucionar conflictos laborales, que son en gran medida disputas por determinación de salarios, remuneraciones en general, y condiciones laborales. Adicionalmente, puede ser útil para la fijación de tarifas, lo que se confirma en contextos ya revisados, como la regla del Panel de Expertos en el sector eléctrico chileno o en el proyecto de la Junta de Transporte de Superficie de Estados Unidos que busca establecer un procedimiento de última oferta para determinar la razonabilidad de las tarifas en los casos más pequeños.

Ahora bien, la utilidad reportada en disputas monetarias podría deberse a que las posiciones de las partes pueden contrastarse con un estándar homogéneo: el dinero. En los casos que implican una evaluación compleja de los derechos y posiciones litigiosas (es decir, no monetarias), las partes deben considerar cuidadosamente si el arbitraje de base es la opción correcta. Hay que tener en cuenta que las evaluaciones complejas a menudo no pueden realizarse en el corto plazo que suele ser uno de los principales beneficios de la FOA³⁰⁵. Asimismo, también podría deberse a que las disputas monetarias son numéricas (es decir,

³⁰³ Abramson, Hal. “Final Offer Arbitration”. En: *Creative Problem Solver’s Handbook for Negotiators and Mediators. A Pragmatic Approach* Vol. 2, editado por John W. Cooley, pp. 36-31. American Bar Association, Dispute Resolution Section, 2005, p. 26.

³⁰⁴ Friedrich Glasl. *Chapter 8: Disputes*, en: Michael Leathes. *Negotiation: Things Corporate Counsel Need to Know but Were Not Taught*, Kluwer Law International (2017), pp. 163-164. Traducción propia.

³⁰⁵ Borris, Christian, “Final Offer Arbitration from a Civil Law Perspective”. *Journal of International Arbitration* Vol. 24, N° 3 (2007), p. 316.

van de 0 a 100, por ejemplo)³⁰⁶, lo que amplía el campo de aplicación a otras controversias no monetarias ni patrimoniales pero que también sean numéricas.

ii. Creación artificial de condiciones de mercado

El Arbitraje de Última Oferta puede ser un recurso útil para replicar condiciones de mercado cuando el acceso al mismo no está disponible³⁰⁷. En efecto, es el caso del FOSA de la MLB de Estados Unidos: como el jugador está imposibilitado de desvincularse de su equipo durante una extensión de tiempo no menor, y por ello incapacitado para acceder al mercado de traspasos, el procedimiento del FOSA le permite negociar con su propio equipo en condiciones similares al mercado para el reajuste de su sueldo según su valor de mercado. En efecto, “*el proceso de arbitraje de oferta final permite así a las partes recrear el mercado preservando la amabilidad de la relación de negociación ‘cerrada’*”³⁰⁸.

Así, el panel arbitral comenzaría su análisis en el punto de quiebre o punto medio entre las ofertas de las partes; si el valor de mercado del jugador fuera al menos un centavo mayor al punto medio, entonces su oferta ganaría, pero perdería si su valor fuese un centavo menor³⁰⁹.

iii. Desbalances de poder

El Arbitraje de Última Oferta se ha visto también como una forma de solucionar desequilibrios de poder entre las partes, lo que habría sido parte de la justificación de la introducción del FOA a la liga de béisbol norteamericana³¹⁰. Es completamente lógico, en la medida de que, si bien la circunstancia de que una parte ostente mayor poder que la otra no necesariamente implica una desventaja para la parte ‘débil’, si es necesario un equilibrio suficiente para que una parte no imponga sus condiciones sobre la otra³¹¹.

³⁰⁶ Pauwelyn, Joost. “Baseball arbitration to resolve international law disputes: Hit or miss?”. *Florida Tax Review* Vol. 22, N° 1 (2018), p. 55.

³⁰⁷ *Ibidem*.

³⁰⁸ Tulis, Benjamin. “Final-Offer “Baseball” Arbitration: Contexts, Mechanics & Applications”. *Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law* Vol 20, N° 1 (2010), p. 107.

³⁰⁹ Blair, Roger. *Sports Economics*. Nueva York: Cambridge University Press, 2012, p. 419.

³¹⁰ Gleason, Erin, y Sussman, Edna. “Final Offer/Baseball Arbitration: The History, The Practice, and Future Design, Alternatives to the High Cost of Litigation”. *The Newsletter of the International Institute for Conflict Prevention & Resolution* Vol. 37, N° 1 (2019), pp. 1 y 9.

³¹¹ Pfetsch, Frank. “Power in International Negotiations: Symmetry and Asymmetry”. *Négociations* Vol. 16, N° 2 (2011), p. 54. El autor indica que si bien puede existir un desequilibrio de poder como base de la relación, durante las negociaciones esta asimetría puede manifestarse de diversas formas y ser reducida (sea, por ejemplo, por los intentos de una parte de equipararse a la otra o por la introducción de un tercero que reduzca la inequidad de poder).

Además de ser parte de la ecuación que incluyó al FOA en el arbitraje salarial de la MLB, la cualidad del procedimiento de última oferta para equiparar la cancha justificó también su inclusión en el *Media Code* australiano. Como se indicó en el capítulo anterior, el gobierno australiano indicó que el Código es necesario para abordar los desequilibrios fundamentales de poder de negociación entre las empresas de medios de comunicación australianos y las principales plataformas digitales³¹².

iv. Mantenimiento de la relación de las partes, bajos costos y rapidez del procedimiento

Tal como se ha mencionado durante toda la exposición, el procedimiento de Arbitraje de Última Oferta es útil para resolver todas aquellas controversias en que sea prioridad mantener la relación de las partes en conflicto, los costos a un nivel razonable, y rapidez en la resolución. Estas son, precisamente, las principales características atribuidas al procedimiento del FOA: “la rapidez, el bajo coste y la sencillez siguen siendo las ventajas más citadas de la FOA”³¹³. Al respecto, nos remitimos a lo desarrollado al evaluar las ventajas del FOA, en el Capítulo I.

Sin embargo, puede adicionarse lo indicado por Joost Pauwelyn, refiriéndose al atractivo del FOA para las disputas de derecho internacional: “Si para los litigios sobre el salario del béisbol o el arbitraje comercial, la rapidez, el bajo coste y la simplicidad del FOA son atractivos, en el ámbito del derecho internacional, tres características adicionales pueden hacer que el FOA sea especialmente apropiado: (i) la reducción de los costes de soberanía, (ii) la preferencia por las soluciones negociadas, (iii) el menor efecto paralizante [chilling effect] sobre la elaboración de normas y las relaciones más amplias. En lugar de un juego de suma cero entre los Estados y los tribunales internacionales, el FOA proporciona un papel clave a los adjudicadores de terceros, dejando a los Estados en el asiento del conductor. El FOA puede, por tanto, permitir la solución obligatoria de controversias cuando, de otro modo, los Estados no podrían aceptarla”³¹⁴.

Efectivamente, El FOA reduce ciertos costes de soberanía ya que limita al adjudicador a elegir una de las propuestas de las partes. En el marco del FOA los tribunales no pueden desarrollar su propia solución.

³¹² Asha Barbaschow. *Facebook and Google are still fighting Australia's Media Bargaining Code*, zdnet, 19 de enero de 2021, acceso el 17 de diciembre de 2021. Disponible en: <https://www.zdnet.com/article/facebook-and-google-are-still-fighting-australias-media-bargaining-code/> (última vez visitado el 17 de diciembre de 2021).

³¹³ Pauwelyn, Joost. “Baseball arbitration to resolve international law disputes: Hit or miss?”. *Florida Tax Review* Vol. 22, Nº 1 (2018), p. 54. Traducción propia.

³¹⁴ Pauwelyn, Joost. “Baseball arbitration to resolve international law disputes: Hit or miss?”. *Florida Tax Review* Vol. 22, Nº 1 (2018), p. 50. Traducción propia.

Asimismo, la preferencia por las soluciones negociadas es lógica, considerando que uno de los objetivos principales del FOA es estimular las negociaciones y empujar a las partes a una solución de mutuo acuerdo. Ya ha sido tratado el enfriamiento que el arbitraje tradicional tiene en las negociaciones entre las partes y que el FOA ayuda a contrarrestar³¹⁵.

Sobre los bajos costos, rapidez y sencillez del procedimiento, aunque pueden ser menos importantes para los litigios de derecho internacional en que el número de casos es relativamente bajo, estas características –especialmente el bajo coste y la simplicidad– pueden hacer que el FOA sea especialmente atractivo para los países pequeños o en desarrollo con escasos recursos financieros y/o humanos³¹⁶.

B. Sectores en que se ha propuesto la aplicación del FOA

Sin perjuicio de que la lista de campos en que el Arbitraje de Última Oferta puede ser aplicable efectivamente no es taxativa, algunos autores ya lo han propuesto para algunos contextos específicos y concretos. Revisaremos brevemente algunos de ellos, en particular su aplicación (i) para resolver controversias en el contexto regulatorio, (ii) conflictos de transferencias en el fútbol europeo, y (iii) su aplicación en conjunto con los contratos inteligentes.

El Arbitraje de Última Oferta también se ha propuesto para una aplicación más difundida en el arbitraje comercial internacional, lo cual coincide con el objeto de este trabajo. Además, y solo por mencionar algunos, también se ha propuesto para resolver controversias de propiedad intelectual³¹⁷, como remedio en operaciones de fusión³¹⁸, para la resolución de disputas patrimoniales en el divorcio³¹⁹, y como

³¹⁵ Pauwelyn, Joost. “Baseball arbitration to resolve international law disputes: Hit or miss?”. *Florida Tax Review* Vol. 22, N° 1 (2018), pp. 51-54.

³¹⁶ Pauwelyn, Joost. “Baseball arbitration to resolve international law disputes: Hit or miss?”. *Florida Tax Review* Vol. 22, N° 1 (2018), p. 54.

³¹⁷ Plant, David. *We Must Talk Because We Can - Mediating International Intellectual Property Disputes*. París: ICC Publishing, 2008, pp. 107-108. Ver también: Lemley, Mar, y Shapiro, Carl. “A Simple Approach to Setting Reasonable Royalties for Standard-Essential Patents”. *Berkeley Technology Law Journal* Vol. 28, N° 2 (2013): pp. 1135-1166. Disponible en: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1125645> (última vez visitado el 20 de diciembre de 2021), para una proposición de que el titular de la patente esencial estándar se vea obligado a entrar en un FOA obligatorio con cualquier licenciatario dispuesto a determinar la tasa de regalías.

³¹⁸ T. Scott Thomson. *Final Offer Arbitration (FOA) as a merger remedy. Prospectives of an Economist*, Fordham Antitrust Conference, 13 de septiembre de 2019, disponible en: https://www.bateswhite.com/media/event/182_2019.09.13.Thompson.Fordham.conf.pdf (última vez visitado el 20 de diciembre de 2021).

³¹⁹ Schwartzman, Rachel. “Utilizing Final-Offer Arbitration to Settle Divorces: A Proposal and Analysis”. *American Bar Association, Family Law Quarterly* Vol. 53, N° 1 & 2 (2019). Disponible en: https://www.americanbar.org/groups/family_law/publications/family-law-quarterly/volume-53/issue-1/utilizing-finaloffer-arbitration-settle-divorces-proposal-and-analysis/ (última vez visitado el 20 de diciembre de 2021).

mecanismo de resolución de disputas en la Organización Mundial de Comercio, y disputas de inversiones³²⁰.

a. Contextos regulatorios

Es claro que el FOA puede utilizarse como herramienta regulatoria de fijación de tarifas, como es el caso de la regla de oferta final para el Panel de Expertos eléctricos en Chile, el mecanismo de resolución de disputas del *Media Code*, o el mecanismo para la determinación de precios por servicios no cubiertos en la regulación de servicios médicos estadounidense (No Surprises Act), todos actualmente establecidos por la legislación nacional de cada uno de esos países. También, se han desarrollado modelos de FOA para su aplicación en la regulación³²¹.

La pregunta es por qué otros mercados regulados se verían beneficiados por el procedimiento y sobre qué elementos. Sobre lo segundo, y dado lo explicado extensamente en este trabajo, no cabe duda de que el FOA es una herramienta útil para resolver conflictos monetarios respecto de los cuales no existe acuerdo. Y dado que en el ámbito regulatorio las agencias con los regulados forman una relación permanente, en este campo el FOA parece cumplir con todos los requisitos para una aplicación idónea.

Sobre lo primero, un primer acercamiento nos lleva a considerar, en general, a la regulación de servicios públicos, en que se cobran tarifas determinadas por la prestación de un servicio para la comunidad. En este ámbito, la determinación de tarifas es una de las principales actividades del regulador, y ante ello es común que se susciten desencuentros con los regulados (lógicamente, el regulado buscará incrementar la tarifa mientras que el ente regulador buscará mantenerla al menor valor posible³²²). Este sector podría beneficiarse de un mecanismo como el indicado, sin perjuicio de otras aplicaciones regulatorias en mercados diferentes.

b. Controversias en el Fútbol Europeo

Otro de los sectores en que se ha propuesto la aplicación del FOA es, sin sorpresa, para las disputas salariales en deportes distintos del béisbol, principalmente debido a la rapidez con la que resuelve el conflicto: “[el FOA] *ha demostrado ser especialmente útil para garantizar que todas las disputas se*

³²⁰ Pauwelyn, Joost. “Baseball arbitration to resolve international law disputes: Hit or miss?”. *Florida Tax Review* Vol. 22, N° 1 (2018), pp. 60-62.

³²¹ Ver, por ejemplo: Montero, Juan Pablo. “A Model of Final Offer Arbitration in Regulation”. *Journal of Regulatory Economics* Vol. 28, N° 1 (2005), pp. 23-46.

³²² Carrasco, Nicolás. “La regla de oferta final en el panel eléctrico chileno”. *Derecho PUCP* N° 81 (2018), p. 450.

resuelvan rápidamente, ya sea por acuerdo mutuo entre las partes o por audiencias rápidas. Esta celeridad, que parece haber sido una de las principales características que pretendían los arquitectos del sistema, sugiere que podría ser útil también para otros deportes”³²³.

Así es como se propone el FOA para resolver disputas salariales en el fútbol europeo. En el caso de el Comité de Apelaciones de la Liga de Fútbol (*‘FLAC’* por sus siglas en inglés), que revisa las disputas de transferencias de jugadores en Inglaterra bajo ciertas circunstancias, un estudio realizado en la década de 1980 experimentó con la aplicación del FOA³²⁴, ante el palpable incremento de la litigación y baja de los acuerdos negociados en dicho contexto. Si bien el autor reconoció que sin dudas el procedimiento acerca a las partes, concluyó que no fue suficiente y que la distancia se mantuvo sustancial. Sin embargo, modernamente se ha estimado que el FLAC podría ser un gran candidato para la aplicación del FOA, con algunos cambios³²⁵ y dadas las semejanzas que plantea el mecanismo utilizado por la institución con el procedimiento del FOA (en particular, características de un procedimiento rápido y directo)³²⁶.

Sobre si puede aplicarse el FOA de manera más amplia en el fútbol europeo, se ha indicado que es improbable³²⁷ pero que de todas formas podría tener valor como una herramienta ad hoc o como mecanismo doméstico en la mayoría de los países europeos. Se indica que las ventanas de traspasos están claramente determinadas (lo que pone presión en el proceso y que, según lo indicado por Tulis, serviría para hacer del procedimiento uno regular, como ocurre en la MLB) y que las disputas son netamente económicas: determinación del valor del traspaso o del salario y otras compensaciones³²⁸.

³²³ Chetwynd, Josh. “Play Ball? An Analysis of Final-Offer Arbitration, Its Use in Major League Baseball and Its Potential Applicability to European Football Wage and Transfer Disputes”. *Marquette Sports Law Review* Vol. 20, N° 1 (2009), p. 109.

³²⁴ Wood, John. “Pendulum arbitration: a modest experiment”. *Industrial Relations Journal* Vol. 19, N° 3 (1988), pp. 244-247.

³²⁵ En específico, podría operar como modelo del Arbitraje de Última Oferta si “mejorara sus criterios de decisión, agregar el componente del FOA y optara por la elección de un panel independiente”. Chetwynd, Josh. “Play Ball? An Analysis of Final-Offer Arbitration, Its Use in Major League Baseball and Its Potential Applicability to European Football Wage and Transfer Disputes”. *Marquette Sports Law Review* Vol. 20, N° 1 (2009), p. 143.

³²⁶ El autor también menciona que el procedimiento podría ser útil, en general, para disputas de traspasos de jugadores. Chetwynd, Josh. “Play Ball? An Analysis of Final-Offer Arbitration, Its Use in Major League Baseball and Its Potential Applicability to European Football Wage and Transfer Disputes”. *Marquette Sports Law Review* Vol. 20, N° 1 (2009), pp. 140-143.

³²⁷ Sería improbable por la cultura jurídica europea en la materia. En detalle, se indican como obstáculos: (i) la circunstancia de que el Arbitraje de Última Oferta no ha sido particularmente acogido por los países europeos con sistemas de *civil law*, y (ii) la probable necesidad de acuerdos de negociación colectiva entre los jugadores y la administración del equipo para su aplicación; acuerdo que es del todo improbable y no estaría permitido por la UEFA ni la división europea de la FIFA. Chetwynd, Josh. “Play Ball? An Analysis of Final-Offer Arbitration, Its Use in Major League Baseball and Its Potential Applicability to European Football Wage and Transfer Disputes”. *Marquette Sports Law Review* Vol. 20, N° 1 (2009), p. 143.

³²⁸ Chetwynd, Josh. “Play Ball? An Analysis of Final-Offer Arbitration, Its Use in Major League Baseball and Its Potential Applicability to European Football Wage and Transfer Disputes”. *Marquette Sports Law Review* Vol. 20, N° 1 (2009), pp. 143-144.

De cualquier manera, por la popularidad del deporte y una eventual aplicación exitosa, la aplicación del Arbitraje de Última Oferta en este contexto podría constituir una importante ayuda a la difusión del procedimiento, como ocurrió originalmente con su aplicación en el béisbol estadounidense.

c. Arbitraje Comercial Internacional

Siendo el principal objeto de esta investigación, el Arbitraje de Última Oferta se ha aplicado también para disputas comerciales. Prueba de ello son las reglas suplementarias de 2015 y la guía práctica desarrollada por la Sociedad Americana de Arbitraje mencionadas en el Capítulo II. Ahora bien, su aplicación podría ser más extendida, para lo cual es necesario referirse a las principales dificultades que se han identificado del procedimiento, lo que se verá en el Capítulo V.

d. Contratos inteligentes

También se ha propuesto la aplicación del Arbitraje de Última Oferta en el contexto de los ‘Contratos Inteligentes’ o ‘*Smart Law*’³²⁹. Los contratos inteligentes son “*códigos ejecutables que se ejecutan en la parte superior de la blockchain para facilitar, ejecutar y hacer cumplir un acuerdo entre partes no fiables sin la participación de un tercero de confianza (...) En comparación con los contratos tradicionales, los contratos inteligentes permiten a los usuarios codificar sus acuerdos y relaciones de confianza proporcionando transacciones automatizadas sin la supervisión de una autoridad central*”³³⁰. La tecnología *blockchain* y los contratos inteligentes superan a los contratos tradicionales o ‘de papel’ al automatizar la ejecución de los acuerdos cuando se cumplen las condiciones: cumplidas las condiciones indicadas por las partes y programadas en el sistema, el contrato se ejecutará dentro del sistema sin necesidad de acción por las partes.

³²⁹ Si bien excede a este trabajo, es necesario indicar que los contratos inteligentes funcionan en base a una cadena de bloques o *blockchain*, que constituye una base de datos que registra de manera segura y descentralizada todas las transacciones realizadas en el sistema sin descansar en un tercero confiable. Ejemplos de estos sistemas son Bitcoin, o Ethereum, criptomonedas que se sostienen de la tecnología de *blockchain*. Ver: Khan, Shafaq; Loukil, Faiza; Ghedira-Guegan, Chirine; Benkhelifa, Elhadj, y Bani-Hani, Anoud. “Blockchain smart contracts: Applications, challenges, and future trends”. *Peer-to-Peer Networking and Applications* Vol. 14 (2021), pp. 2901-2925. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s12083-021-01127-0>

³³⁰ Khan, Shafaq; Loukil, Faiza; Ghedira-Guegan, Chirine; Benkhelifa, Elhadj, y Bani-Hani, Anoud. “Blockchain smart contracts: Applications, challenges, and future trends”. *Peer-to-Peer Networking and Applications* Vol. 14 (2021), p. 2901. Traducción propia.

En efecto, Grlica³³¹ indica: “*el arbitraje de béisbol también podría encajar perfectamente con la tecnología moderna para resolver disputas en el contexto de los modelos de negocio innovadores de blockchain y la llamada "smart law", en una suerte de 'Arbitraje Inteligente'.* Como ejemplo, señala el caso de una disputa digital en que existen dos alternativas de resolución, la que se abriría a votación de un panel de expertos independientes o una comunidad de criptomonedas más amplia (conocido como *Crowd Justice*³³²). Indica que la votación sería eficiente, barata, rápida y transparente, pero que además la ejecución de un laudo arbitral podría ejecutarse automáticamente en *blockchain* a través de contratos inteligentes previos al mecanismo, y en que ambas partes pongan la cantidad en disputa en una billetera electrónica. El autor concluye que “*este 'arbitraje inteligente' puede proporcionar oportunidades inimaginables para la descentralización y, posiblemente, la amplia privatización de ciertos dominios esenciales de los poderes del Estado, tales como un sistema de resolución de disputas judiciales y la ejecución*”.

* * *

No cabe duda de que el Arbitraje de Última Oferta es capaz de ser aplicado eficazmente en diversos dominios, sin perjuicio de que ciertas controversias sean especialmente idóneas para recibir la aplicación de un procedimiento de estas características. Como revisamos, son las disputas monetarias o patrimoniales las que resultan más adecuadas para utilizar el procedimiento, sin perjuicio de que también pueda ser relevante para otro tipo de disputas, como la determinación de condiciones de trabajo que no impliquen remuneraciones (por ejemplo, la implementación de ciertas medidas dentro de una organización para el bienestar de los trabajadores), o para resolver controversias en contextos regulatorios.

En especial, y atendiendo a los resultados identificados, es claro que el procedimiento muestra gran afinidad con los conflictos normalmente sometidos a Arbitraje Comercial Internacional, que comúnmente tienen por objeto la determinación de valores pecuniarios o numéricos y que requieren de hace largo tiempo de soluciones rápidas y económicas. Si bien las controversias en esta sede suelen ser complejas, nada obsta que las controversias que revistan la simplicidad suficiente y valoren las ventajas

³³¹ Grlica, Ivo. “Chapter 14: Baseball Arbitration: Comparison of the Rules under the U.S.-Canada Tax Treaty with the Rules under the Multilateral Instrument”. En: *OECD Arbitration in Tax Treaty Law, Series on International Tax Law* Vol. 111, editado por Majdanska, Alicja y Turcan, Laura, pp. 317-336. Viena: Linde, 2018, p. 336. Traducción propia.

³³² El *Crowd Justice* o justicia popular es “*esencialmente un sistema de jurado en línea, en el que un número limitado de usuarios o todos los usuarios con acceso a una determinada plataforma votan sobre cómo decidir un disputa*”. Kreis, Falco, y Kaulartz, Markus. “Smart Contracts and Dispute Resolution – A Chance to Raise Efficiency?”. *ASA Bulletin* Vol. 37, N° 2 (2019), p. 347. Traducción propia.

del FOA acudan al procedimiento. Asimismo, su economía en términos de costos y de tiempo podría ser capaz de atraer al arbitraje comercial un sinnúmero de controversias que de otra forma, por los altos costos del Arbitraje Convencional, no acudiría al arbitraje. El uso del FOA en estos casos podría aumentar tanto la cantidad de conflictos sometidos a alguna forma de *ADR*, y ser al mismo tiempo un procedimiento adecuado, rápido y eficiente para resolver tales asuntos. Todo esto sin perjuicio de las críticas que se he han realizado desde el Derecho Internacional Privado al Arbitraje de Última Oferta, que serán revisadas en el próximo capítulo.

En otro orden de ideas, cabe hacer presente que tampoco se ven obstáculos relevantes para la utilización del procedimiento para determinar indemnizaciones por daños extracontractuales no patrimoniales. La determinación del daño moral ha estado siempre dentro de los elementos más complejos de la responsabilidad extracontractual. El procedimiento del Arbitraje de Última Oferta o de una regla similar podría utilizarse para la determinación particular de los daños morales una vez que los demás elementos han sido debidamente acreditados y establecidos por el tribunal, judicial o arbitral.

Esto implicaría una etapa de discusión de responsabilidad y luego una etapa de determinación del daño que requeriría menor participación del tribunal y mayor participación de las partes. Esto es relevante porque la determinación del daño suele ser una de las áreas que mayor complejidad reviste para el tribunal, y que contiene mayores elementos técnicos. Dicho lo anterior, una etapa procesal de última oferta podría ser útil para determinar específicamente el monto a indemnizar, permitiendo que las partes se acerquen y propongan indemnizaciones razonables (y, cómo no, que logren un acuerdo que pueda ser presentado ante el tribunal para su autorización de ser necesario). Dado que la responsabilidad ya estaría determinada, los incentivos estarían puestos en realizar ofertas razonables para ambas partes de la disputa y no adoptar posiciones extremas³³³. Así, se aumentaría la satisfacción de las partes con el resultado y, en el caso de los tribunales nacionales, se reduciría la carga y tiempo de dedicación.

Sin embargo, caben destacar algunas dificultades, según la jurisdicción y su legislación de que se trate. En Chile, así como en la vasta mayoría de los países del *civil law*, existe la exigencia absoluta de acreditar el daño solicitado para que éste pueda ser concedido por el tribunal; lo mismo ocurre con los arbitrajes en derecho que apliquen la legislación sustancial de uno de estos países. Adicionalmente, existe el

³³³ Sin perjuicio de ciertas situaciones particulares, como lo son los baremos indemnizatorios que se utilizan en la actualidad por los tribunales chilenos para unificar la determinación de daños morales. Estos baremos, ya ampliamente utilizados, podrían reducir la incertidumbre respecto a la noción de fallo justo que tenga el tribunal, en la práctica determinando ofertas muy cercanas a dichos baremos. De todas formas, podrían operar como incentivos para que se logren acuerdos por estas cifras sin necesidad de un fallo del tribunal.

principio de reparación integral del daño, que implica que el daño debe indemnizarse completamente pero no más allá de él; es decir, ni más ni menos del daño sufrido. No necesariamente el procedimiento del Arbitraje de Última Oferta implica la ausencia de prueba sobre el daño ni reparación excesiva o insuficiente, pero en la medida de que el laudo/fallo no suele ir acompañado de justificación sustancial ni es necesariamente coherente con el derecho aplicable (por ejemplo, la oferta ganadora podría no justificarse en la prueba rendida, o no considerar los elementos probatorios de la contraria), objeciones relevantes podrían ser planteadas en los respectivos recursos contra el fallo. Asimismo, una etapa probatoria respecto del daño podría truncar en cierta medida la eficiencia del FOA.

Entonces, si bien un procedimiento de última oferta podría ser eficiente, rápido y conveniente para reducir la carga de los tribunales de justicia en esta materia específica, este se opondría a los principios de la reparación del daño en diversas jurisdicciones, y también ciertas exigencias procesales para su determinación. En tales casos, parece compleja la aplicación de un procedimiento de éstas características sin un cambio legislativo en dicho sentido, aunque bien podría idearse un sistema para la aplicación de una regla de oferta final cuando ciertas condiciones en torno a la legitimidad del fallo sean cumplidas.

CAPÍTULO V

Límites a la Expansión del Arbitraje de Última Oferta

Llegando a la parte final de esta investigación, ha sido extensamente evaluado el procedimiento del Arbitraje de Última Oferta tanto en su teoría como en su aplicación práctica en distintas partes del mundo y en contextos diferentes, a veces distintos al arbitraje propiamente tal. Propuesto hace largo tiempo, el FOA ha estado expuesto tanto a abalanzas como a críticas, siendo estas últimas relevantes para que se reconozca como un procedimiento viable en diferentes contextos. A lo largo de esta investigación se han revelado muchas de estas críticas al Arbitraje de Última Oferta en una multiplicidad de asuntos, y hacerse cargo de estas críticas y determinar su valor es crucial para la difusión y aplicación del procedimiento, y es por ello que en este capítulo serán identificadas y evaluadas en su mérito. En ciertos casos, se proponen soluciones para ciertas falencias efectivas o eventuales.

Entre los principales aspectos criticados respecto del FOA puede contarse (i) la necesidad de laudos razonados y arbitrariedad de los laudos, (ii) falta de ofertas razonables y laudos desproporcionados, y (iii) la ejecutabilidad de los laudos derivados del FOA. Además, cabe recordar la discusión por su naturaleza jurídica, que fue explicada y analizada en el Capítulo II.

No está de más recordar que uno de los objetos de este trabajo es evaluar la difusión del FOA en el Arbitraje Comercial Internacional, contexto en que predomina el procedimiento convencional del arbitraje. Es por ello que las críticas que serán consideradas tienen el foco puesto en el contexto del arbitraje, y que si bien se trata de temas comunes al procedimiento de última oferta (sea establecido en un arbitraje o no), pueden perder relevancia cuando se trata de aplicar el procedimiento a contextos distintos³³⁴.

³³⁴ Por ejemplo, en contextos regulatorios como la regla de oferta final en el sistema de resolución de controversias del sector eléctrico chileno, dificultades como la protección de la ejecutabilidad de laudos arbitrajes derivados del FOA o la discutida naturaleza jurídica del FOA como arbitraje no se muestran como conflictos relevantes para su aplicación. Esto se explica porque se trata de un procedimiento regulado en la ley y no derivado de la autonomía de las partes, y porque no se somete al entramado del arbitraje comercial internacional ni nacional.

A. Arbitrariedad, Razonamiento y Calidad de Laudos

Una de las críticas más difundidas del Arbitraje de Última Oferta es la posible arbitrariedad del laudo arbitral. Dadas las cualidades del FOA y en específico la particular forma en que se decide la controversia (i.e. la elección de una oferta sin la posibilidad de que el árbitro pueda construir un laudo propio), se cuestiona que no exista la *exigencia* de entregar los fundamentos de la elección, o el razonamiento del tribunal.

La ausencia de esta exigencia no es *per se* problemática. Cuando las partes llegan a un acuerdo negociado antes o durante el procedimiento de Arbitraje de Última Oferta, esta crítica pierde todo valor: no existe un laudo propiamente tal. En todo caso, es posible que las partes presenten el acuerdo al árbitro para que este lo emita como laudo arbitral, pero incluso en dicho caso se reconoce explícitamente por las reglas de arbitraje más difundidas que dicho laudo no requerirá ser justificado. Así, el Art. 36 (1) de las Reglas de Arbitraje UNCITRAL lo reconoce: “*Si, antes de que se dicte el laudo, las partes convienen una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dictará una orden de conclusión del procedimiento o, si lo piden las partes y el tribunal lo acepta, registrará la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes. Este laudo no ha de ser necesariamente motivado*”³³⁵.

Asimismo, no existe problema en doctrina para la utilización de este recurso para fines prácticos. Sobre estos laudos –denominados “laudos consentidos” o ‘*consent awards*’–, la doctrina ha indicado: “*A menudo se percibe que un laudo consentido proporciona un mayor grado de seguridad y ejecutabilidad que un simple acuerdo de conciliación: en particular, un laudo consentido puede ser ejecutado como un laudo bajo la Convención de Nueva York y la legislación nacional de arbitraje (por ejemplo, si contiene una obligación de pago), en lugar de requerir una demanda por incumplimiento de contrato. Un laudo consentido también puede tener beneficios prácticos, como conferir un grado de formalidad al acuerdo de conciliación de las partes*”³³⁶. Como se ve, cuando las partes consiguen un acuerdo y lo presentan al tribunal, no solo no existen problemas en que el acuerdo se emita a través de un laudo, sino que es altamente recomendado por razones de seguridad y ejecución, aún a pesar de no estar justificado.

³³⁵ CNUDMI. *Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010)*, Nueva York, 2011, p. 27.

³³⁶ Born, Gary. *International Commercial Arbitration*. 3ª edición. Alphen aan den Rijn: Wolter Kluwers, 2021, pp. 3270-3271.

En realidad, es en el caso de que las partes no alcancen un acuerdo negociado que la falta de fundamento de los fallos se puede volver un problema. En efecto, cuando las partes no llegan a un acuerdo, el tribunal arbitral está obligado a dictar un laudo escogiendo la oferta de alguna de las partes como resolución definitiva. En este caso nos encontramos con un laudo propiamente tal, que es consecuencia de la función adjudicataria del tribunal arbitral. Este laudo, entonces, está sujeto a ser dejado sin efecto o a la negación de *enforcement* internacional.

Entonces, la falta de fundamentación o razonamiento en el laudo ¿determina su nulidad o la imposibilidad de que éste sea reconocido y ejecutado internacionalmente? A decir verdad, no existe dicha exigencia en la Convención de Nueva York de 1958, que entre sus motivos para negar *enforcement* de un laudo arbitral no contempla la falta de fundamentación de un fallo, ni en muchas de las leyes estatales en lo referido a la nulidad del laudo arbitral, que en su vasta mayoría han adoptado la Ley Modelo UNCITRAL o se han basado en ella.

Sin embargo, se ha afirmado que de todas maneras “*las partes esperan que el procedimiento cumpla con los principios básicos del debido proceso para garantizar unos niveles mínimos de objetividad, equidad y justicia. Esto incluye la comprensión de las razones por las que los árbitros han llegado a sus conclusiones. Un razonamiento insuficiente o deficiente tiende a insatisfacer a las partes (o al menos a una de ellas) y, en última instancia, corre el riesgo de socavar la legitimidad del arbitraje al dar lugar a la desconfianza en la adjudicación arbitral*”³³⁷. Y, en efecto, en la modernidad la mayoría de los países han exigido que los laudos sean razonados, salvo las partes hayan acordado otra cosa³³⁸.

De esta forma, la falta de fundamentación de un laudo arbitral puede plantear dudas sobre el procedimiento de Arbitraje de Última Oferta, sobre todo por la posibilidad de que los laudos emitidos en este contexto sean de mala calidad. En efecto, uno de los principales riesgos del Arbitraje de Última Oferta es precisamente la dictación de un laudo de baja calidad. Recordando lo visto en el Capítulo I, resulta que un laudo derivado de un procedimiento en que las partes lograron acercar sus posiciones y ambas presentaron ofertas razonables tiene el potencial de ser un laudo de calidad: dado que ambas ofertas son razonables, el laudo que escoja cualquiera de ellas tendrá el mismo carácter. No obstante, si durante el procedimiento se presentan ofertas extremas, irracionales o poco razonables, lo que puede

³³⁷ Frank, Jacob. “Insufficient reasoning — a proper basis for setting aside an award?”. *Swedish Law Journal* (2019), p. 867. Disponible en: <https://svjt.se/svjt/2019/866> (última vez visitado el 21 de diciembre de 2021). Traducción propia.

³³⁸ Un ejemplo de esto es el Art. 31 de la Ley Modelo CNUDMI, el Art. 37 de la Ley de Arbitraje Española, o el Art. 823(5) del Código de Procedimiento Civil Italiano. Para más detalle de los elementos a considerar, ver: Born, Gary. *International Commercial Arbitration*. 3ª edición. Alphen aan den Rijn: Wolter Kluwers, 2021, pp. 3291-3300.

ocurrir cuando las partes no conocen o entienden el procedimiento, el laudo representará una decisión carente a su vez de convergencia, racionalidad o razonabilidad. Esta es una crítica que se ha planteado como particularmente perjudicial en el caso de un FOA de paquete completo, en que la oferta ganadora sea más razonable que la contraria pero de todas formas contenga elementos altamente irracionales o extremos. Ante ello, el árbitro no puede dejar de escoger alguna de las ofertas, por muy mala que sea³³⁹.

Estos laudos podrían aumentar un problema de fundamentación del laudo, en la medida de que es mucho más cuestionable un laudo poco razonable o de mala calidad que tampoco presente justificación razonable por parte del Tribunal, impidiendo a las partes conocer el razonamiento del Tribunal en estimar o desechar sus ofertas. Tiene importancia, además, por la solidez que deben tener los laudos arbitrales para ser reconocidos de forma internacional.

Sin embargo, y sin desconocer la importancia de laudos razonados, esta problemática es más aparente que real, por los siguientes motivos: (i) el laudo emitido dentro del Arbitraje de Última Oferta es capaz de cumplir con el estándar de razonamiento de los laudos; (ii) la necesidad de laudos razonados no es una exigencia absoluta; y (iii) es posible reconocer y ejecutar laudos arbitrales no razonados.

El estándar de justificación o razonamiento puede explicarse de la siguiente manera: *“El requisito esencial de la motivación en un laudo arbitral es que el tribunal identifique las cuestiones que son dispositivas en la disputa y explique, de forma concisa, el proceso de pensamiento que subyace a su decisión: esto implica exponer las premisas probatorias materiales para la decisión del tribunal, el contenido de las normas legales relevantes y las disposiciones contractuales y por qué esas normas conducen a un resultado específico dadas las determinaciones probatorias del tribunal”*³⁴⁰. El árbitro o panel arbitral de un Arbitraje de Última Oferta puede cumplir con cada uno de estos requerimientos: puede indicar las cuestiones en disputa, explicar que llega al fallo en aplicación de las normas relevantes indicadas por las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad –esto es, las reglas del FOA–, y explicar que la aplicación de lo anterior lo lleva a escoger la oferta que sea ‘ganadora’ por ser más cercana a su noción de justicia. También, podía señalar sin problemas el por qué de dicha noción según lo

³³⁹ El FOA “deja a las partes espacio para equivocarse tanto como quieran. Si ninguna de las partes presenta una propuesta de laudo razonable, el tribunal tiene que elegir una y dictar un laudo que no es razonable a primera vista. Aunque esto puede gustar a los entusiastas del sistema contencioso, todavía no se ha puesto de moda como método para resolver disputas comerciales internacionales”. Kirby, Jennifer. “How Far Should An Arbitrator Go to Get It Right?”. En: *The Powers and Duties of An Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer*, editado por P. Shaughnessy & S. Tung, pp. 193-200. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2017, p. 196. Ver también: Rosner, Scott, y Shropshire, Kenneth. *The Business of Sports*. 2ª edición. Burlington: Jones and Bartlett Learning, 2011, p. 269.

³⁴⁰ Born, Gary. *International Commercial Arbitration*. 3ª edición. Alphen aan den Rijn: Wolter Kluwers, 2021, pp. 3293-3294.

planteado por las partes³⁴¹. La idea principal es que, por más que el laudo *parezca* arbitrario por no estar razonado, en la realidad si existe un proceso de pensamiento detrás de la elección y que puede ser expresado por el árbitro, aún cuando este procedimiento de elección sea sustantivamente distinto al de un arbitraje convencional, en que otro tipo de decisión se espera del tribunal.

Asimismo, y respecto del segundo punto, las jurisdicciones que exigen que los laudos sean razonados permiten que dicha exigencia sea eliminada por las partes, que consienten en que no es necesario un laudo arbitral razonado para la resolución de su controversia. Esto abre claramente la posibilidad de que las partes, cuando pactan Arbitraje de Última Oferta, indiquen expresamente que el laudo no requiere ser razonado. Si bien sería aconsejable que lo hicieran, en todo caso no parece ser necesario dada las características del FOA, en que un laudo razonado no tiene mucho sentido.

Finalmente, es posible reconocer y ejecutar un laudo arbitral no razonado o justificado, incluso en aquellos países en que se exige esta circunstancia³⁴². Asimismo, en *U.S. Steel Mining Co., LLC v. Wilson Downhole Servs.* se buscó la nulidad de un laudo arbitral derivado de un procedimiento de Arbitraje de Última Oferta bajo el argumento de que, al no ser razonado, la elección del árbitro había sido manifiestamente irracional (estándar para anular laudos en el derecho estadounidense). La Corte desestimó el recurso, indicando que la falta de justificación del laudo en el FOA no era razón suficiente para considerar que existía una decisión manifiestamente irracional, estándar excepcional para anular laudos, considerando que las partes aceptaron someterse a “*baseball arbitration*”³⁴³. Esto refuerza la idea de que el procedimiento del FOA, por su naturaleza, no requiere de un deber de fundamentación.

Dicho todo lo anterior, la circunstancia de que los laudos que ponen fin al FOA no estén razonados no debiera ser obstáculo alguno para su validez y eficacia. De todas formas es aconsejable (i) que las reglas del FOA a que se sometan las partes o el pacto arbitral contengan mención expresa de que no es necesario que el laudo sea razonado, y/o (ii) que el árbitro que emita un laudo en el Arbitraje de Última Oferta

³⁴¹ Claro que, en tal caso, se hace especialmente necesario que el laudo sea confidencial. El laudo debiera ser secreto para mantener la incertidumbre sobre la matriz de justicia o razonabilidad de un árbitro determinado. Si fuese público, en un caso similar las partes podrían conocer cuál es la preferencia del juez, y reducir la incertidumbre del procedimiento de manera relativamente perjudicial.

³⁴² “*Existe una autoridad sustancial para la proposición de que los laudos no razonados serán reconocidos y ejecutados en los tribunales extranjeros, incluso en los estados que requieren laudos razonados en los arbitrajes sentados en su territorio, siempre que los laudos no razonados fueran permitidos en la sede del arbitraje. Por otro lado, algunos tribunales se han negado a reconocer los laudos no motivados cuando la ley de la sede del arbitraje exigía que los laudos fueran motivados*”. Born, Gary. *International Commercial Arbitration*. 3º edición. Alphen aan den Rijn: Wolter Kluwers, 2021, p. 3298.

³⁴³ Ver: *U.S. Steel Mining Co., LLC v. Wilson Downhole Servs.*, No. 02:00CV1758, 2006 WL 2869535 (W.D. Pa. Oct. 5, 2006), de fecha 5 de octubre de 2006. El tribunal arbitral consideró la necesidad de fundamentar su laudo, pero declaró que no lo haría. Cabe destacar que Estados Unidos es uno de las pocas jurisdicciones en que no se requiere que los laudos sean razonados.

razone de la manera antes enunciada³⁴⁴, o incluso incluyendo en el laudo las razones dadas por la parte vencedora para elegir su oferta³⁴⁵.

B. Laudos Desproporcionados

En esta materia nos estamos refiriendo al mismo supuesto de laudos de mala calidad que se han mencionado en la doctrina como uno de los principales riesgos del Arbitraje de Última Oferta. Sin embargo, al hablar de laudos desproporcionados el foco no es evaluar la validez o eficacia de un laudo arbitral de mala calidad, sino que lo que se analiza es un laudo que materialmente se presenta como injusto. Recordando, se entiende que un laudo es cualitativamente deficiente cuando ninguna de las ofertas es razonable (es decir, se apartan de lo que el árbitro considera justo), lo que implica que el árbitro debe escoger alguna como su laudo a pesar de considerarla injusta.

Sobre el tema, Gary Born indica: “*Al mismo tiempo, debido a que el árbitro no es libre de elaborar su propio laudo, y a que las partes inevitablemente participan en juegos tácticos, el arbitraje de béisbol puede producir resultados arbitrarios o desproporcionados*”³⁴⁶. Si bien el procedimiento otorga satisfacción a las partes en mayor medida que el arbitraje convencional cuando funciona como debería (esto es, cuando se logra un acuerdo negociado), cuando no lo hace (y se requiere de un laudo), un laudo desproporcionado, que parezca arbitrario e injusto puede dejar a las partes completamente insatisfechas.

En cualquier caso, el procedimiento del Arbitraje de Última Oferta no está diseñado para otorgar una solución necesariamente justa sino que a incentivar negociaciones eficientes y de buena fe que lleven a un acuerdo. Incluso, la posibilidad de un laudo injusto es parte del riesgo que el FOA utiliza para incentivar la consecución de acuerdos.

Además de ello, ya se ha explicado que la existencia de un laudo de mala calidad (por ejemplo, uno desproporcionado) no afecta al laudo ni cambia el estándar de justificación del fallo. Sin embargo, de todas formas es relevante abordar los problemas de justicia material que un laudo puede tener, en la medida de que un procedimiento que genera resultados injustos no proporciona seguridad ni confianza

³⁴⁴ Esto ha sido recomendado por otros autores, ver: Ruggero, Di Bella Danilo. “*Final-Offer Arbitration: A Procedure to Save Time and Money?*”, Kluwer Arbitration Blog, 25 de Enero de 2019. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/25/final-offer-arbitration-a-procedure-to-save-time-and-money/> (última vez visitado el 11 de octubre de 2021).

³⁴⁵ Pauwelyn, Joost. “Baseball arbitration to resolve international law disputes: Hit or miss?”. *Florida Tax Review* Vol. 22, N° 1 (2018), p. 49.

³⁴⁶ Born, Gary. *International Commercial Arbitration*. 3ª edición. Alphen aan den Rijn: Wolter Kluwers, 2021, pp. 309-310.

a las partes que deseen utilizarlo. Entonces, si bien no necesariamente un laudo será injusto, es necesario adoptar ciertas medidas para el caso en que si lo sea, de modo de otorgar legitimidad al procedimiento y mejorar sus prospectos de ser difundido.

Este problema parece ser referido al FOA de paquete completo, y no tanto en el caso de FOA asunto por asunto, lo que promueve una ventaja de esta última modalidad sobre la primera³⁴⁷. En efecto, en esta última modalidad, un resultado percibido como injusto en alguna cuestión no afectará la determinación de las demás, y como fue explicado en el Capítulo I, esta modalidad del FOA mantiene los incentivos básicos del procedimiento³⁴⁸. El problema se suscita cuando, debiendo el árbitro escoger sin cambios una oferta que decide todas las cuestiones en controversia, se encuentra con que la oferta más razonable al mismo tiempo involucra posiciones inaceptables y poco razonables (y, por tanto, siendo la otra oferta aún peor en este sentido).

Por ello, en caso de que ello ocurra, el árbitro podría ordenar la repetición del procedimiento pero esta vez bajo la modalidad por asunto. De esta manera, las partes, que mezclaron propuestas razonables con otras extremas o que no consideraban el interés de la otra parte, se verán obligadas a negociar estos últimos aspectos de manera individual, debiendo negociarlas de buena fe. Esta proposición no afectaría los incentivos del FOA, puesto que se trata de una decisión eventual y que aumentaría los costos y tiempos de un procedimiento que las partes escogieron precisamente para mantenerlos a raya. Asimismo, funcionaría como sanción para las partes que no negocian de buena fe e intentan pasar ofertas extremas mezcladas con las razonables. Es decir, operaría como un incentivo más para negociar de buena fe, al presentar para efectos prácticos una sanción a las partes que involucren esta estrategia.

C. Ejecutabilidad de Laudos FOA

En algunos contextos, el FOA facilita la ejecución: *“En las disputas salariales del béisbol, la cifra elegida se incluye automáticamente en un contrato estándar que las partes firmaron al entrar en el arbitraje. En las disputas fiscales de FOA, el resultado se incluye en un acuerdo MAP”*³⁴⁹. Sin embargo, en el arbitraje internacional existen ciertas características del Arbitraje de Última Oferta que pueden

³⁴⁷ En efecto, se ha identificado que esta modalidad resolvería el problema planteado. Singh, Ramsumair. “Final Offer Arbitration in theory and practice”. *Industrial Relations Journal* Vol. 17, N° 4 (1986), p. 333.

³⁴⁸ Citando a Tulis, mencionamos que en la modalidad de asunto por asunto, hacer ofertas razonables es todavía en el beneficio estratégico de las partes, en la medida de que no tienen como predecir qué asuntos serán fallados a su favor y por ende no se produce el efecto de enfriamiento.

³⁴⁹ Pauwelyn, Joost. “Baseball arbitration to resolve international law disputes: Hit or miss?”. *Florida Tax Review* Vol. 22, N° 1 (2018), p. 58. Traducción propia.

suscitar inconvenientes a la hora del reconocimiento y ejecución de los laudos que terminen el procedimiento. Entre esas, autores han identificado posibles vicios de los que puede adolecer el laudo, como la *infrapetita*, infracciones al debido proceso, o la no aplicación de la ley escogida por las partes. También, la exigencia de laudos razonados podría implicar defectos del laudo; sin embargo, ya vimos que no es problema para el *enforcement*, dado que, entre otras razones, se han ejecutado laudos no justificados aún en países que lo exigen.

a. Reconocimiento y ejecución de laudo dictado sin referencia al derecho aplicable

Uno de los posibles problemas de un laudo dictado dentro de un procedimiento de Arbitraje de Última Oferta es la falta de referencia al derecho aplicable a la controversia. En efecto, puede parecer cuestionable que el tribunal esté obligado a dictar una resolución que puede no ser conforme con el derecho sustantivo aplicable ni a criterios de equidad.

Sin embargo, dicho cuestionamiento sería infundado: *“Es comúnmente reconocido en el arbitraje internacional que el tribunal puede ser facultado por las partes para emitir una decisión ex aequo et bono, completamente independiente de la ley aplicable (...) La aplicación estricta del derecho sustantivo está, pues, sujeta a la autonomía de la voluntad de las partes y se puede renunciar a ella. De ello se desprende que las partes son libres de obligar al tribunal a dictar una resolución que pueda ser contraria al derecho sustantivo”*³⁵⁰. Precisamente, en el FOA lo que hay es una elección según lo que al juez le parece más justo; lo que cambia es que el juez no está llamado a confeccionar un laudo según su criterio de justicia y equidad, sino que a escoger la oferta que parezca más razonable o cercana a dicho criterio.

De todas formas, para erradicar cualquier duda al respecto, debe entenderse que el deber del árbitro o tribunal arbitral no es resolver la controversia en aplicación del derecho sustantivo, sino que, según la autonomía de la voluntad de las partes, tiene el deber de escoger la oferta que más razonable le parezca. Lo que se espera del árbitro es, entonces, esencialmente distinto.

³⁵⁰ Esto se recoge, entre otros, en el artículo 28, sección 3 de la Ley Modelo de la CNUDMI. Borris, Christian, “Final Offer Arbitration from a Civil Law Perspective”. *Journal of International Arbitration* Vol. 24, N° 3 (2007), p. 313. Traducción propia.

b. Infrapetita

Otra crítica que se ha planteado es la posibilidad de que el laudo sea deficiente por no considerar todas las cuestiones en la disputa, es decir, por adolecer de un vicio de *infrapetita* que cabría dentro de lo previsto en el artículo 34(2)(iii) y 36(a)(iii) de la Ley Modelo CNUDMI y el artículo V(1)(c) de la Convención de Nueva York³⁵¹. Una consecuencia de que cada parte redacte su propio laudo es que resulta improbable que mencione en su propuesta las objeciones o reconvencciones planteadas por la parte contraria, salvo que lo haga para rebatirla. Por lo tanto, un laudo de este tipo no podría cumplir el mandato del árbitro de abordar todas las cuestiones relevantes de la controversia³⁵².

Este eventual defecto del laudo arbitral debe mirarse con seriedad, puesto que si bien la naturaleza del Arbitraje de Última Oferta implica *per se* la posibilidad de que el resultado no sea equitativo, si debe dar la confianza de que la resolución de la controversia dará finalidad a todos y cada uno de las cuestiones en que las partes no pudieron llegar a acuerdo. Es decir, si un laudo no contiene una solución que incluya todos estos elementos, parte de la controversia no obtendrá la finalidad que entrega un laudo final, cualidad que el FOA pretende entregar a las partes, a diferencia de la mediación.

Como propuesta para la superación de este obstáculo, las reglas de arbitraje pertinentes que regulen el FOA deben contener una regla que obligue a las partes a presentar ofertas que consideren todas las cuestiones involucradas en la disputa, so pena de no ser consideradas por el árbitro al escoger la oferta ‘ganadora’. Esta regla debería ir acompañada de la facultad del árbitro de solicitar la completitud de la presentación que carezca de estos requisitos, y la necesaria conversación con las partes al inicio del procedimiento para definir el objeto de la disputa (lo que puede realizarse, por ejemplo, al establecer los términos de referencia del arbitraje).

c. Infracción al debido proceso

También se ha planteado que el Arbitraje de Última Oferta presentaría problemas para el debido proceso. En particular, sería difícil demostrar que una parte pudo presentar sus argumentos, ya que es poco probable que el laudo, redactado en su contenido por la parte contraria, incluya los argumentos o las

³⁵¹ Ruggero, Di Bella Danilo. “*Final-Offer Arbitration: A Procedure to Save Time and Money?*”, Kluwer Arbitration Blog, 25 de Enero de 2019. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/25/final-offer-arbitration-a-procedure-to-save-time-and-money/> (última vez visitado el 11 de octubre de 2021).

³⁵² Ruggero, Di Bella Danilo. “*Final-Offer Arbitration: A Procedure to Save Time and Money?*”, Kluwer Arbitration Blog, 25 de Enero de 2019. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/25/final-offer-arbitration-a-procedure-to-save-time-and-money/> (última vez visitado el 11 de octubre de 2021).

reconvenciones de la parte cuyo proyecto de laudo no fue seleccionado. Esto haría que el laudo fuera impugnabile por el motivo del artículo 34(2)(ii) de la Ley Modelo de la CNUDMI o inaplicable por el motivo del 36(a)(ii) de la Ley Modelo de la CNUDMI y el artículo V(1)(b) de la Convención de Nueva York³⁵³.

Nuevamente, especial consideración debe tenerse por la naturaleza del Arbitraje de Última Oferta. Hay que considerar que no resulta convincente que una parte que se somete a un procedimiento atípico como lo es el FOA, conociendo su finalidad y mecanismo, alegue infracción al debido proceso por el mero cumplimiento del procedimiento escogido. Es un procedimiento en que el laudo arbitral está establecido porque las partes necesitan dar término a la controversia en caso de que las negociaciones fracasen, pero lo esencial es que las partes consigan un acuerdo negociando entre ellas.

Entonces, no existiría infracción al debido proceso cuando la oferta no considera las alegaciones realizadas por la contraparte durante el proceso. Esta circunstancia no implica que no hayan sido consideradas esas alegaciones, sino que las partes no lograron ningún acuerdo sobre ellas. El laudo, en realidad, es solo la materialización del riesgo que impone el FOA y respecto del cual las partes consintieron.

No obstante, ello no implica que no se deba cumplir con el debido proceso de alguna forma. Lo que ocurre, entonces, es que el requerimiento del debido proceso se satisface de forma diversa.

Así, podría estimarse que el debido proceso se cumple cuando las partes tienen la misma oportunidad para presentar y explicar sus ofertas al tribunal. Esto involucra, por un lado, la misma oportunidad para presentar la misma cantidad de ofertas, y por otro, la misma oportunidad para explicar la oferta y sus justificaciones durante la audiencia, si las partes llegaran a ella. Sólo cuando el procedimiento impida a las partes estos requerimientos mínimos de debido proceso es que podría producirse una infracción susceptible de anular o de volver inaplicable un laudo arbitral.

* * *

³⁵³ Ruggero, Di Bella Danilo. “*Final-Offer Arbitration: A Procedure to Save Time and Money?*”, Kluwer Arbitration Blog, 25 de Enero de 2019. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/25/final-offer-arbitration-a-procedure-to-save-time-and-money/> (última vez visitado el 11 de octubre de 2021).

En definitiva, el Arbitraje de Última Oferta es un procedimiento que ha sido criticado pero que, no obstante ello, goza de la solidez suficiente para presentarse como un procedimiento válido y viable para la resolución de un abanico importante de conflictos. En efecto, existen argumentos de peso para superar gran parte de las críticas, y espacio para permitir modificaciones o variantes que mejoren sus prospectos frente a ellas. Es por eso que la conclusión ha de ser que el Arbitraje de Última Oferta está inmediatamente disponible para ser aplicado en cualquier controversia en la que se considere apropiado –especialmente disputas comerciales de carácter internacional, que por sus cualidades podrían beneficiarse del FOA en gran medida –, sin que consideraciones en torno a su reconocimiento y ejecución entren en juego como factores de preocupación.

Tercera Parte

Conclusiones y Perspectivas

En la introducción de este trabajo se adelantó que existen situaciones en las que el Arbitraje Convencional no es la fórmula adecuada para resolver una controversia, y en las que, en cambio, el Arbitraje de Última Oferta sí podría posicionarse como mecanismo adecuado y eficiente para canalizar el conflicto. El propósito de este trabajo desde el comienzo fue proveer una visión actualizada del procedimiento de FOA, que, si bien existe de hace largo tiempo, no ha tenido la difusión que podría esperarse en la actualidad.

Nuestra pregunta de investigación fue: ¿Es preferible y posible la aplicación del Arbitraje de Última Oferta como medio alternativo de solución de controversias que normalmente se resuelven mediante arbitraje convencional?

Ante ello, se realizó una investigación acerca de los fundamentos teóricos del Arbitraje de Última Oferta, sus aplicaciones prácticas, y las opiniones que, al respecto, han manifestado diversos comentaristas. Expresados en Capítulos del I al V, revisamos el concepto, elementos y mecánicas del Arbitraje de Última Oferta; su Ubicación dentro del Arbitraje Internacional y del Mercado de ADR; el Arbitraje de Última Oferta en la Práctica; la Difusión del Arbitraje de Última Oferta; y los Límites a su Expansión.

En el Capítulo I, vimos que el Arbitraje de Última Oferta nace como respuesta al efecto de enfriamiento que el Arbitraje Convencional tiene sobre las negociaciones de las partes, como consecuencia de la percibida “división de la diferencia” que hacen los árbitros, al redactar su laudo en un punto intermedio entre las posiciones de las partes. Asimismo, se estima que el Arbitraje Convencional importa bajos costos al desacuerdo, en el sentido de que los costos de estar en desacuerdo no son lo suficientemente altos como para incentivar las negociaciones efectivas entre las partes de un conflicto.

Revisamos también que el Arbitraje de Última Oferta descansa en los modelos derivados de la teoría de juegos, y desarrollamos sobre los principales elementos que influyen en la operativa del FOA: los costos en sentido amplio, la noción de fallo justo del árbitro, la incertidumbre, y la aversión al riesgo. Revisamos también cómo estos elementos se involucran en la determinación de la zona de acuerdo y en la calidad de los laudos. También, explicamos las principales ventajas y desventajas del FOA. Indicamos como ventajas la economía de los acuerdos, mayor control sobre el resultado, descongestión de las cortes,

rapidez, mantención de relación entre las partes, y negociaciones en buena fe, entre muchas otras que se pueden encontrar. Por otro lado, analizamos ciertas desventajas, como la eventual mala calidad de los laudos, la poca pertinencia del procedimiento para disputas complejas, y la fricción que puede existir para la adopción del procedimiento.

Vimos también algunas de las variantes más difundidas del procedimiento, como lo son el FOA de paquete completo, por asuntos, de triple oferta, doble oferta, y múltiples rondas. Concluimos en su momento que el Arbitraje de Última Oferta es efectivo en contra del fenómeno del *Chilling Effect* explicado como consecuencia de la percepción de que los árbitros dividen la diferencia, y repasamos ciertas experiencias que darían fuerza a esta afirmación. Vimos también que, si bien la veracidad de esto último ha sido desmentida en los hechos, es la natural percepción de los agentes (clientes y/o abogados) la que es determinante en su conducta.

En el Capítulo II revisamos la discusión de si el Arbitraje de Última Oferta es o no un procedimiento arbitral propiamente tal. Indicamos que la respuesta de esta interrogante es de suma importancia, en la medida de que sólo tratándose de un procedimiento arbitral es que el FOA puede operar de la manera para la que fue pensada, es decir, solo produce sus efectos cuando queda recogida bajo la regulación nacional e internacional de arbitraje, cumpliendo con la regulación del Derecho Internacional Privado. De otra forma, indicamos que el procedimiento pierde toda fuerza y es incapaz de imponer los incentivos necesarios para fomentar una negociación efectiva, colaborativa, y de buena fe. Es más, la respuesta afirmativa a esta cuestión es esencial no solo porque determina la utilidad práctica del procedimiento, sino que también su marco jurídico y la posibilidad de su difusión a otros contextos, y en especial como fórmula para resolver disputas comerciales internacionales. Concluimos que el Arbitraje de Última Oferta, en si mismo, es efectivamente un procedimiento arbitral, y que como tal se aprovecha del sistema nacional e internacional del arbitraje, sin contradicción al Derecho Internacional Privado.

Hicimos un breve repaso del marco normativo del arbitraje, que involucra el sistema internacional derivado de instrumentos internacionales, como lo es la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros o la Convención de Panamá sobre Arbitraje Comercial Internacional, y de esfuerzos internacionales para la unificación del derecho privado en la materia, como lo es la Ley Modelo UNCITRAL, de gran éxito. Vimos también que es relevante la distinción entre dualismo y monismo de la regulación del arbitraje a nivel local, en la medida de que una regulación dualista podría implicar problemas para la adopción tranquila del FOA, por la cultura jurídica

y concepciones en torno a instituciones relevantes que podrían expresar un contraste con la particular forma de arbitraje que constituye el FOA.

Revisamos también que la autonomía de la voluntad es la piedra angular del arbitraje, y que ello toma especial relevancia en la conceptualización del FOA. En efecto, es a través de ésta que las partes pueden pactar Arbitraje de Última Oferta, descubrir nuevas variantes del mismo, y pactar las normas de procedimiento que estimen convenientes y que se adapten al FOA.

Hicimos un recorrido por las normas del procedimiento que entran en juego en el caso del FOA, considerando que se trata de un procedimiento arbitral que modifica en gran medida las normas convencionales en cuanto al procedimiento. Especial atención le dedicamos a Reglas Suplementarias de Arbitraje de Última Oferta del Centro Internacional de Resolución de Disputas y la Asociación Americana de Arbitraje del año 2015, en tanto único cuerpo normativo que hasta la fecha existe entre las principales instituciones arbitrales.

Luego, de manera breve, repasamos los *ADR* y su creciente importancia en el mundo de la resolución de disputas. Separamos al Arbitraje Convencional del resto de los *ADR*, a pesar de que en ciertos sentidos se ha estimado parte de la misma categoría, por las sustantivas diferencias que plantea respecto de los demás. Evaluamos cuál es la participación que tiene el FOA en el mapa de Arbitraje Convencional y los *ADR*, para terminar concluyendo que se trata de un procedimiento anómalo para ambas categorías, y por tanto lo consideramos una suerte de categoría por sí mismo, en atención a sus especiales características que lo ubican en un punto intermedio entre ambos.

En el Capítulo III revisamos los sectores en que el Arbitraje de Última Oferta se ha aplicado en la práctica, estableciéndose por la legislación pertinente o producto de instrumentos internacionales. Entre ellos, identificamos a las disputas salariales en el procedimiento FOSA de la MLB, disputas laborales en el sector público de ciertos estados de Estados Unidos, disputas laborales en el sector privado del Reino Unido, disputas derivadas del transporte en Canadá y Estados Unidos, disputas en materia de telecomunicaciones en Canadá (y un proyecto para aplicarlo, nuevamente, en Estados Unidos), y en disputas tributarias en aplicación del Convenio Multilateral de la OCDE para la Implementación de Medidas Relacionadas con Tratados Fiscales para evitar la Erosión de la Base y el Traslado de Beneficios. Otros sectores mencionados fueron la resolución de controversias en el mercado eléctrico chileno, a instancias de un ente regulador, como mecanismo de resolución de controversias en el nuevo Código de Negociación Obligatoria de Medios de Comunicación y Plataformas Digitales, en Australia,

y como mecanismo para resolver diferencias en la nueva Ley Sin Sorpresas estadounidense, que otorga protección federal a los consumidores de servicios médicos.

Como quedó en evidencia, Estados Unidos ha sido el principal impulsor del procedimiento del Arbitraje de Última Oferta, aplicándolo en contextos de mayor popularidad o difusión y proponiéndolo en instrumentos internacionales.

En el Capítulo IV revisamos si el Arbitraje de Última Oferta puede ser ‘exportado’ a otros sectores, y bajo qué condiciones. Vimos ciertas consideraciones previas que deben tomarse en cuenta para cualquier controversia en que se evalúe la aplicación del FOA. Luego, consideramos como tipologías de conflicto que pueden beneficiarse del Arbitraje de Última Oferta: (i) asuntos de determinación de valores patrimoniales, (ii) para crear condiciones de mercado de manera artificial, (iii) para corregir desbalances de poder, y (iv) para todos aquellos conflictos que se benefician especialmente de sus principales ventajas, como los costos reducidos, rapidez, y el efecto positivo en la relación de las partes. Asimismo, vimos en que contextos se ha propuesto la utilización del FOA, desarrollando un poco en los contextos regulatorios, controversias en el fútbol europeo, y en los llamados “*Smart Contracts*”. Concluimos que, además de los sectores en que el procedimiento se ha propuesto como alternativa, en disputas comerciales internacionales el procedimiento se muestra idóneo para una serie de conflictos, en especial por su economía y rapidez respecto de asuntos de determinación de valores patrimoniales, además de los efectos positivos que ofrece para la relación de las partes –beneficiosos para cualquier conflicto.

Finalmente, en el Capítulo V se dedicó atención a las principales críticas que se le han realizado al procedimiento del FOA, todas relevantes no solo para la viabilidad práctica del procedimiento, sino que también para su coherencia con las principales instituciones del Derecho Internacional Privado, como lo son la validez de los laudos, su reconocimiento y ejecución extraterritorial, y en general su armonía con los diversos ordenamientos que pueden entrar en juego en un conflicto internacional. En particular, se defendió al procedimiento de la presunta arbitrariedad de los laudos y la ausencia de la exigencia de laudos razonados, se evaluó el real impacto de los laudos de mala calidad y sus efectos en la justicia material de los fallos (bajo el título de “Laudos Desproporcionados”), y se le tomó el peso a ciertas críticas ligadas a la falta de ejecutabilidad de los laudos derivados de un procedimiento de Arbitraje de Última Oferta. La conclusión en este punto es que el Arbitraje de Última Oferta es un procedimiento sólido y completamente ejecutable, en completa armonía con las instituciones relevantes del Derecho Internacional Privado y del Arbitraje Comercial Internacional.

Un objetivo de la investigación consistía en observar si acaso es posible difundir el procedimiento para que sea aplicado en conflictos y contextos que tomarían ventaja de él, en particular respecto de disputas normalmente sometidas a arbitraje convencional. Sobre ello, se observaron muchas áreas en que el procedimiento es aplicado en la actualidad, y se revelaron varias propuestas para aplicarlo en otros sectores. Examinamos cuáles son los elementos que debe tener un conflicto para determinar si es adecuado para resolverlo. Es más, de las principales críticas realizadas al procedimiento, se proporcionó argumentación relevante tanto por autores como original de este trabajo, y se concluyó que no son suficientes para obstar la solidez y eficacia del Arbitraje de Última Oferta. Aún más, para las críticas más problemáticas, se propusieron soluciones simples que son capaces de adaptar el procedimiento para cubrir las sin mayores inconvenientes, lo que a su vez muestra la capacidad de adaptación del FOA y de sus reglas, mientras no se afecte su mecánica básica. Se indicó que la aplicación del Arbitraje de Última Oferta para disputas comerciales internacionales, mayormente sometidas en la actualidad a alguna forma de Arbitraje Convencional, está inmediatamente disponible y exenta de debilidades reales a la luz del Derecho Internacional Privado y en particular a la regulación del arbitraje comercial internacional (sin perjuicio de su posible aplicación a contextos de arbitraje en sede nacional, en la medida de que la tendencia es a unificar los regímenes nacionales e internacionales, lo que haría la conclusión indicada aplicable por extensión al arbitraje nacional).

Así, en este trabajo se cumplieron los objetivos de investigación, desarrollando todos los puntos que eran relevantes para dar respuesta a la pregunta de investigación. En particular, la respuesta es que el Arbitraje de Última Oferta es un procedimiento *completamente aplicable* a las disputas que en la actualidad se someten a Arbitraje Convencional, y no sólo eso, es también *preferible para una serie de conflictos*, siendo los conflictos comerciales internacionales parte de ellos, pero no limitado a ellos. Entre las cualidades que debe tener un conflicto, destacan las disputas monetarias o numéricas, la necesidad de equiparar el poder de las partes para permitir una negociación efectiva, y la necesidad de generar condiciones de mercado en que no es posible acceder a él. Asimismo, entre las preferencias de las partes en conflicto, destacan la preferencia por una solución rápida, económica y autogenerada, la mantención de la relación de las partes, y la finalidad y ejecutabilidad que entrega un laudo derivado del FOA. Vimos que el Arbitraje de Última Oferta no sólo funciona como alternativa al Arbitraje Convencional, sino que también se presenta como gran alternativa de entrada al mundo de los *ADR*, y que puede proporcionar lo mejor de ambos mundos.

Por último, permanecen ciertas incógnitas que no pudieron ser tratadas en este trabajo, y que pueden aportar valiosas perspectivas para el ulterior desarrollo de esta temática. Entre ellos, relevante es la

exploración de aún más campos en que aplicar el procedimiento, y la proposición de maneras para aplicarlo en específico a dichos campos. Como ejemplo de esto, se adelantó que en materia de procedimientos de indemnizaciones por daños morales podría aplicarse para reducir la complejidad de la determinación del daño e incentivar un arreglo amistoso que involucre menores costos tanto para las partes como para los tribunales, si bien queda pendiente realizar una propuesta específica para dicho contexto

Muy importante es también concluir que, para la difusión del procedimiento, es necesario que más centros de arbitraje emitan sus propios reglamentos de Arbitraje de Última Oferta. Si bien por ahora solo existe un reglamento dentro de los centros más importantes alrededor del mundo, no parece complejo que más centros emitan las propias para conjugarlas con sus propios reglamentos de arbitraje nacional o internacional.

No es necesario que para dicha tarea se tome como base las Reglas Suplementarias del Centro Internacional de Resolución de Disputas y la Asociación Americana de Arbitraje. Sin embargo, si ese fuera el caso, sería interesante analizar qué reglas pueden o deben ser modificadas con arreglo a los elementos del FOA vistos en este trabajo. Por lo pronto, se revela como importante (i) la exigencia de laudos razonados según un estándar especial para el procedimiento, según lo explicado, (ii) la repetición de ofertas cuando el laudo amenace ser manifiestamente desproporcionado o de mala calidad, (iii) la exigencia de que las ofertas se refieran a cada una de las cuestiones disputadas, so pena de no ser consideradas, y (iv) reglas relativas al cumplimiento de las exigencias del debido proceso con atención en la especial naturaleza del procedimiento.

Bibliografía

I. Libros

Ager, Sheila. *Interstate Arbitrations in the Greek World 337-90 B.C.* 1ª edición. Berkley: University of California Press, 1996. 544 p.

Redfern, Alan, y Hunter, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration.* 6ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2015. 928 p.

Hunter, Martin, y Redfern, Alan. *Redfern and Hunter, with Blackaby and Partasides, Law and Practice of International Commercial Arbitration.* 4º edición. Londres: Sweet & Maxwell, 2004. 661 p.

Fudenberg, Drew, y Tirole, Jean. *Game Theory.* Primera edición. Cambridge: MIT Press, 1991. 572 p.

Henry Motulsky. *Ecrits*, tomo II: *Études et notes sur l'arbitrage.* Francia: Dalloz, 1974. 542 p.

Paulsson, Marike. *The 1958 New York Convention in Action.* 1ª edición. Alphen aan den Rijn: Wolter Kluwers, 2016. 296 p.

Born, Gary. *International Commercial Arbitration.* 3º edición. Alphen aan den Rijn: Wolter Kluwers, 2021. 4250 p.

Emanuele, Ferdinando, y Molfa, Milo. *Selected Issues in International Arbitration: The Italian Perspective.* Thomson Reuters, 2014. 329 p.

Plant, David. *We Must Talk Because We Can - Mediating International Intellectual Property Disputes.* París: ICC Publishing, 2008. 185 p.

Jarrosson, Charles. *La notion d'arbitrage*, París: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Bibliotheque de Droit Privé, 1987, citado en: González de Cossío, Francisco. “La naturaleza jurídica del arbitraje. Un ejercicio de balance químico”, Anuario Mexicano de Derecho Internacional Vol. 8 (2008).

González De Cossío, Francisco. *Arbitraje*. Porrúa, México D.F., 2011, citado en: Rey Vallejo, Pablo. “El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: un estudio sobre formalización y judicialización”, *Vniversitas* Vol. 126 (2013): pp. 200-237.

Rosner, Scott, y Shropshire, Kenneth. *The Business of Sports*. 2ª edición. Burlington: Jones and Bartlett Learning, 2011. 770 p.

Blair, Roger. *Sports Economics*. Nueva York: Cambridge University Press, 2012. 556 p.

Goldberg, Stephen; Green, Eric, y Sander, Frank. *Dispute resolution*, Toronto: Little Brown, 1985, citado en: Goss, Joanne. “An Introduction to Alternative Dispute Resolution”, *Alberta Law Review* Vol. 34, N° 1 (1995): pp. 1-33.

Abrams, Roger. *The Money Pitch: Baseball Free Agency and Salary Arbitration*. 1ª edición. Philadelphia: Temple University Press, 2000. 240 p.

II. Capítulos de libros

Tezuka, Hiroyuki. “Chapter 23: Rise of Hybrid Arbitration/Mediation in the Era of the Singapore Mediation Convention”. En: *International Arbitration: When East Meets West – Liber Amicorum Michael Moser*, editado por Neil Kaplan, Michael Pryles, et al, pp. 277-290. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2020.

Friedrich Glasl. “Chapter 8: Disputes”. En: *Negotiation: Things Corporate Counsel Need to Know but Were Not Taught*, editado por Michael Leathes, pp. 137-176. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2017.

Kirby, Jennifer. “How Far Should An Arbitrator Go to Get It Right?”. En: *The Powers and Duties of An Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer*, editado por P. Shaughnessy & S. Tung, pp. 193-200. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2017.

Abramson, Hal. “Final Offer Arbitration”. En: *Creative Problem Solver’s HandBook for Negotiators and Mediators. A Pracademic Approach* Vol. 2, editado por John W. Cooley, pp. 36-31. American Bar Association, Dispute Resolution Section, 2005.

Grlica, Ivo. “Chapter 14: Baseball Arbitration: Comparison of the Rules under the U.S.-Canada Tax Treaty with the Rules under the Multilateral Instrument”. En: *OECD Arbitration in Tax Treaty Law, Series on International Tax Law* Vol. 111, editado por Majdanska, Alicja y Turcan, Laura, pp. 317-336. Viena: Linde, 2018.

Fernández Arroyo, Diego. “La Evolución del Arbitraje en América Latina: De la supuesta hostilidad a la evidente aceptación”. En: *Arbitraje Comercial Internacional: Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros*, Organización de los Estados Americanos, editado por Magaly McLean, pp. 345-382. Disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_comercial_publicaciones_Reconocimiento_y_Ejecucion_de_Sentencias_y_Laudos_Arbitrales_Extranjeros_2015.pdf

Fresnedo de Aguirre, Cecilia. “El Acuerdo Arbitral como Piedra Angular del Arbitraje. El Rol de la Judicatura en el Control de su Validez”. En: *Arbitraje Comercial Internacional: Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros*, Organización de los Estados Americanos, editado por Magaly McLean, pp. 169-204. Disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_comercial_publicaciones_Reconocimiento_y_Ejecucion_de_Sentencias_y_Laudos_Arbitrales_Extranjeros_2015.pdf

III. Artículos de revista

Scherer, Matthias. “Acceleration of Arbitration Proceedings – The Swiss Way: The Expedited Procedure under the Swiss Rules of International Arbitration”. *German Arbitration Journal* Vol. 3, N° 5 (2005): pp. 229-238.

Villalba, Juan Carlos, Moscoso, Rodrigo. “Orígenes y Panorama Actual del Arbitraje”. *Prolegómenos: Derechos y Valores* Vol. 11, N° 22 (2008): pp. 141-170.

Mojašević, Aleksandar. “Final Offer Arbitration: an innovative institution in the ADR market”. *Facta Universitatis, Law and Politics* Vol. 14, N° 4 (2016): pp. 483-493. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.22190/FULP1604483M>

Boğaçhan, Çelen, Özgür, Onur. “Final-offer arbitration with uncertainty averse parties”. *Games and Economic Behavior* Vol. 109 (2018): pp. 484-500. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.geb.2018.01.007>

Stevens, Carl. “Is compulsory arbitration compatible with bargaining?”. *Industrial Relations* Vol. 5, N° 2 (1966): pp. 38-52.

Feuille, Peter. “Final Offer Arbitration and the Chilling Effect”. *Industrial Relations* Vol. 14, N° 3 (1975): pp. 302-310.

Tulis, Benjamin. “Final-Offer “Baseball” Arbitration: Contexts, Mechanics & Applications”. *Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law* Vol 20, N° 1 (2010): pp. 85-130.

Bühler, Michael, y Heitzmann, Pierre. “The 2017 ICC Expedited Rules: From Softball to Hardball?”. *Journal of International Arbitration* Vol. 34, N° 2 (2017): pp. 121-148.

Macho, Carolina. “Los adr «alternative dispute resolution» en el comercio internacional”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* Vol. 5, N° 2 (2013): pp. 398-427.

Chetwynd, Josh. “Play Ball? An Analysis of Final-Offer Arbitration, Its Use in Major League Baseball and Its Potential Applicability to European Football Wage and Transfer Disputes”. *Marquette Sports Law Review* Vol. 20, N° 1 (2009): pp. 109-146.

Gleason, Erin, y Sussman, Edna. “Final Offer/Baseball Arbitration: The History, The Practice, and Future Design, Alternatives to the High Cost of Litigation”. *The Newsletter of the International Institute for Conflict Prevention & Resolution* Vol. 37, N° 1 (2019): pp. 9-11.

Singh, Ramsumair. “Final Offer Arbitration in theory and practice”. *Industrial Relations Journal* Vol. 17, N° 4 (1986): pp. 329-338. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1468-2338.1986.tb00548.x>

Weber, Ana Carolina; Pascuzzo, Camine, et al. “Challenging the “Splitting the Baby” Myth in International Arbitration”. *Journal of International Arbitration* Vol. 31, N° 6 (2014): pp. 719-734. Disponible en: <https://bit.ly/2rh9N8N>

Adams, Charles. “Final Offer Arbitration: Time for Serious Consideration by the Courts”. *Nebraska Law Review* Vol. 66, Nº 2 (1987): pp. 213-248.

Boyle, Ryan, y Lewin, Susan. “ADR does not mean splitting the baby”. *Corporate Counsel Business Journal* (2019). Disponible en: <https://go.adr.org/rs/294-SFS-516/images/AAA%202019%200304%20Boyle%20Lewin.pdf>

Keer, Stephanie, y Naimark, Richard. “Arbitrators Do Not ‘Split the baby’ – Empirical Evidence from International Business Arbitrations”. *Journal of International Arbitration* Vol. 18, Nº 5 (2001): pp. 573-578.

Chaykowski, Richard. “Time to Tweak or Re-boot? Assessing the Interest Arbitration Process in Canadian Industrial Relations”. *C.D Howe Institute, commentary* Nº 539 (2019): pp. 1-32.

Borris, Christian, “Final Offer Arbitration from a Civil Law Perspective”. *Journal of International Arbitration* Vol. 24, Nº 3 (2007): pp. 307-317.

Farber, Henry. “An Analysis of Final-Offer Arbitration”. *Journal of Conflict Resolution* Vol. 24, Nº 4 (1980): pp. 683-705. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/002200278002400407>

Gintis, Herbert. “A framework for the unification of the behavioral sciences”. *Behavioral and Brain Sciences* Vol. 30, Nº 1 (2007): pp. 1-61. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0140525X07000581>

Brams, Steven, y Merrill III, Samuel. “Binding Versus Final-Offer Arbitration: A Combination is Best”. *Management Science* Vol. 32, Nº 10 (1986): pp. 1346-1355. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1287/mnsc.32.10.1346>

Kilgour, Marc. “Game-theoretic properties of Final-Offer Arbitration”. *Group Decision and Negotiation* Vol. 3 (1994): pp. 285-301.

Li, King, y Rong, Kang. “The gambling effect of final-offer arbitration in bargaining”. *Economic Theory* Vol. 69 (2020), pp. 475-496. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s00199-018-1169-x>

Crawford, Vincent. "A comment on Farber's analysis of final-offer arbitration". *Journal of Conflict Resolution* Vol. 26, N°1 (1982): pp. 157-160.

Wittman, Donald. "Final-Offer Arbitration". *Management Science* Vol. 32, N° 12 (1986): pp. 1551-1561.

Dickinson, David. "How different procedures might succeed in settling disputes". *Alternative dispute resolution, IZA World of Labor* (2014): 71. Disponible en: <https://wol.iza.org/articles/alternative-dispute-resolution/long>

Crawford, Vincent. "Compulsory Arbitration, Arbitral Risk and Negotiated Settlements: A Case Study in Bargaining under Imperfect Information". *The Review of Economic Studies* Vol. 49, N° 1 (1982): pp. 69-82.

Neale, Margaret, y Bazerman, Max. "The Role of Perspective-Taking Ability in Negotiating under Different Forms of Arbitration". *Industrial Labor Relations Review* Vol. 36, N° 3 (1983): pp. 378-388.

DeNisi, Angelo, y Dworkin, James. "Final-Offer Arbitration and the Naive Negotiator". *Industrial Labor Relations Review* Vol. 35, N° 1 (1981): pp. 78-87.

Pfetsch, Frank. "Power in International Negotiations: Symmetry and Asymmetry". *Négociations* Vol. 16, N° 2 (2011): pp. 39-56.

Meth, Elissa. "Final Offer Arbitration: A Model for Dispute Resolution in Domestic and International Disputes". *The American Review of International Arbitration* Vol. 10, N° 3 (1999).

Campolieti, Michele; Hebdon, Robert, y Dachis, Benjamin. "Collective Bargaining in the Canadian Public Sector, 1978–2008: The Consequences of Restraint and Structural Change". *British Journal of Industrial Relations* Vol. 54, N° 1 (2016): pp. 192-213.

Strokes, Greg. "Solomon's Wisdom: An Early Analysis Of The Effects Of The Police And Fire Interest Arbitration Reform Act In New Jersey". *Journal of Collective Negotiations* Vol. 28, N° 3 (1999): pp. 219-231.

Grigsby, D, y & Bigoness, W. “Effects of mediation and alternative forms of arbitration on bargaining behavior: A laboratory study”. *Journal of Applied Psychology* Vol. 67, N° 5 (1982): pp. 549-554.

Neale, Margaret, y Bazerman, Max. “Negotiating under different forms of arbitration”. *Industrial and Labor Relations Review* Vol. 36, N° 3 (1983).

Fernández Pérez, Ana. “Contornos de la autonomía de la voluntad en la configuración del arbitraje”. *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones* Vol. 6 N° 3 (2013): pp. 841-860.

Rey Vallejo, Pablo. “El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: un estudio sobre formalización y judicialización”. *Vniversitas* Vol. 126 (2013): pp. 200-237.

Castillo, Mario, y Vásquez, Ricardo. “Arbitraje: Naturaleza y Definición”. *Derecho PUCP* Vol. 59 (2006): pp. 273-284. Disponible en: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200601.012>

Fagbemi, Sunday. “The Doctrine of Party Autonomy on International Commercial Arbitration: Myth or Reality?”. *Journal of Sustainable Development Law and Policy* Vol. 6, N° 1 (2016): pp. 223-246.

van Haersolte-van Hof, Jacomijn, y Koppe, Erik. “International Arbitration and the lex arbitri”. *Arbitration International* Vol. 31, N° 1 (2015): pp. 27-62.

Barton, John. “Behind the Legal Explosion”. *Stanford Law Review* Vol. 27 (1975), pp. 576-584.

Redorta, Josep. “Entorno de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos”. *Revista de Mediación* Año 2, N° 3 (2006): pp. 28-37.

Balzer, Benjamin, y Schneider, Johannes. “Managing a Conflict: optimal alternative dispute resolution”. *RAND Journal of Economics* Vol. 52, N° 2 (2021): pp. 415-445.

Goss, Joanne. “An Introduction to Alternative Dispute Resolution”. *Alberta Law Review* Vol. 34, N° 1 (1995): pp. 1-33.

Baraona, Silvia. “Las ADR en la Justicia del Siglo XXI, en especial la mediación”. *Revista de derecho Universidad Católica del Norte* Vol. 18, N° 1 (2011): pp. 185-211.

González de Cossío, Francisco. “La naturaleza jurídica del arbitraje. Un ejercicio de balance químico”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* Vol. 8 (2008): pp. 509-525.

Goltsman, Maria; Hörner, Johannes; Pavlov, Gregory, y Squintani, Francesco. “Mediation, arbitration, negotiation”. *Journal of Economic Theory* Vol. 144, N° 4 (2009): pp. 1397-1420.

Feigenbaum, Charles. “Final Offer Arbitration: Better Theory Than Practice”. *Industrial Relations* Vol. 14, N° 3 (1975): pp. 311-317.

Hill, Richard, y Jolly, Nicholas. “Negotiated Settlement Under MLB Final-Offer Salary Arbitration System”. *Contemporary Economic Policy* Vol. 32, N° 2 (2014): pp. 533-543. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/coep.12048>

Carrell, Michael, y Bales, Richard. “Considering Final Offer Arbitration to Resolve Public Sector Impasses in Times of Concession Bargaining”. *The Ohio State Journal on Dispute Resolution* Vol. 28, N° 1 (2013): pp. 2-36.

Metcal, David, y Milner, Simon. “Final Offer Arbitration in Great Britain: Style and Impact”. *National Institute Economic Review* Vol. 142, N° 1 (1992): pp. 75-87. Disponible en: <https://doi.org/10.1177%2F002795019214200105>

Pauwelyn, Joost. “Baseball arbitration to resolve international law disputes: Hit or miss?”. *Florida Tax Review* Vol. 22, N° 1 (2018): pp. 40-76

Sansing, Richard. “Voluntary binding arbitration as an alternative to tax court litigation”. *National Tax Journal* Vol. 50, N° 2 (1997): pp. 279-296. Disponible en: <https://doi.org/10.1086/NTJ41789257>

Tijmes, Jaime. “El arbitraje de oferta definitiva en la legislación eléctrica chilena”. *Revista Jurídicas* Vol. 12, N° 2 (2015): pp. 90-102.

Carrasco, Nicolás. “La regla de oferta final en el panel eléctrico chileno”. *Derecho PUCP* N° 81 (2018): pp. 443-461.

Lemley, Mar, y Shapiro, Carl. “A Simple Approach to Setting Reasonable Royalties for Standard-Essential Patents”. *Berkeley Technology Law Journal* Vol. 28, N° 2 (2013): pp. 1135-1166. Disponible en: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1125645>

Schwartzman, Rachel. “Utilizing Final-Offer Arbitration to Settle Divorces: A Proposal and Analysis”. *American Bar Association, Family Law Quarterly* Vol. 53, N° 1 & 2 (2019). Disponible en: <http://www.americanjournalofmediation.com/Article%20%20-%20RACHEL%20SCHWARTZMA%20-%20Utilizing%20Final%20Offer%20Arbitration%20to%20Settle%20Divorces%20.pdf>

Montero, Juan Pablo. “A Model of Final Offer Arbitration in Regulation”. *Journal of Regulatory Economics* Vol. 28, N° 1 (2005): pp. 23-46.

Wood, John. “Pendulum arbitration: a modest experiment”. *Industrial Relations Journal* Vol. 19, N° 3 (1988): pp. 244-247.

Khan, Shafaq; Loukil, Faiza; Ghedira-Guegan, Chirine; Benkhelifa, Elhadj, y Bani-Hani, Anoud. “Blockchain smart contracts: Applications, challenges, and future trends”. *Peer-to-Peer Networking and Applications* Vol. 14 (2021): pp. 2901-2925. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s12083-021-01127-0>

Kreis, Falco, y Kaulartz, Markus. “Smart Contracts and Dispute Resolution – A Chance to Raise Efficiency?”. *ASA Bulletin* Vol. 37, N° 2 (2019): pp. 336-357.

Frank, Jacob. “Insufficient reasoning — a proper basis for setting aside an award?”. *Swedish Law Journal* (2019): pp. 866-881. Disponible en: <https://svjt.se/svjt/2019/866> (última vez visitado el 21 de diciembre de 2021).

IV. Artículos en línea

Ruggero, Di Bella Danilo. “*Final-Offer Arbitration: A Procedure to Save Time and Money?*”, Kluwer Arbitration Blog, 25 de Enero de 2019. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/25/final-offer-arbitration-a-procedure-to-save-time-and-money/> (última vez visitado el 11 de octubre de 2021).

Morrison, James, y Williams, Erika. “Facebook (temporarily) Un-Friends Australia: Arbitration as a Tool in Online Media Regulation”, Kluwer Arbitration Blog, 26 de marzo de 2021. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/03/26/facebook-temporarily-un-friends-australia-arbitration-as-a-tool-in-online-media-regulation/>

Hage, Joséphine. “Fast track arbitration: a time-efficient procedure that could hinder the award?”, Jus Mundi, 2020. Disponible en: <https://blog.jusmundi.com/fast-track-arbitration-a-time-efficient-procedure-that-could-hinder-the-award/#easy-footnote-bottom-4-441> (última vez visitado el 29 de agosto de 2021).

Vishwanathan, Navneet. “File and Trial: Examining Valuation and Hearings in MLB Arbitration”. *Baseball Research Journal* (2019). Disponible en: <https://sabr.org/journal/article/file-and-trial-examining-valuation-and-hearings-in-mlb-arbitration/>

V. Artículos de prensa

Barbaschow, Asha. “Facebook and Google are still fighting Australia's Media Bargaining Code”, zdnet, 19 de enero de 2021, acceso el 17 de diciembre de 2021. Disponible en: <https://www.zdnet.com/article/facebook-and-google-are-still-fighting-australias-media-bargaining-code/>

Pollitz, Karen. “No Surprises Act Implementation: What to Expect in 2022”, Kaiser Family Foundation, Health Reform, 10 de diciembre de 2021, acceso el 17 de diciembre. Disponible en: <https://www.kff.org/health-reform/issue-brief/no-surprises-act-implementation-what-to-expect-in-2022/>

Adler, Loren; Fiedler; Matthew; Ginsburg, Paul; Hall, Mark; Ippolito, Benedic, y Trish, Erin. “Understanding the No Surprises Act”, Brookings, USC-Brookings Schaeffer on Health Policy, 4 de febrero de 2021, acceso el 17 de diciembre de 2021. Disponible en: <https://www.brookings.edu/blog/usc-brookings-schaeffer-on-health-policy/2021/02/04/understanding-the-no-surprises-act/> (última vez visitado el 17 de diciembre de 2021).

VI. Conferencia

Salzberg, Richard. “Dispute Resolution in Public Safety”. Comunicación presentada en: The Rutgers Conference in Public Sector Collective Negotiations in New Jersey, Camden, N.J, Rutgers University: 6 de noviembre de 1998.

VII. Recursos en línea

International Chamber of Commerce. *ICC Dispute Resolution 2020 Statistics Report*, 2020. Disponible en: <https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics-2020/>

London Court of International Arbitration. *2020 Annual Casework Report*, 2020. Disponible en: <https://www.lcia.org/News/lcia-news-annual-casework-report-2020-and-changes-to-the-lcia-c.aspx>

Queen Mary University of London. *2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World*, 2021. Disponible en: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2021-international-arbitration-survey/>

CNUDMI. Situación actual Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006. Disponible en: https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status

Juan Eduardo Figueroa & Macarena Letelier. *El Arbitraje Doméstico e Internacional en Chile y su Jurisprudencia* (2020). Disponible en: <https://www.camsantiago.cl/wp-content/uploads/2020/12/El-Arbitraje-Domestico-e-Internacional-en-Chile-y-su-Jurisprudencia-ALARB.pdf>

Juan Eduardo Figueroa & Macarena Letelier. *El Arbitraje Doméstico e Internacional en Chile y su Jurisprudencia* (2020), citando a Elina Mereminskaya. *Arbitraje Doméstico e Internacional en Chile: en búsqueda de la armonía*, Arbitraje y Mediación en las Américas. Disponible en: https://www.camsantiago.cl/minisites/articulos_online/61_1_97-114.pdf

Gobierno de España, Ministerio de la Presidencia. *Boletín Oficial del Estado N° 309, 46098* (26 de diciembre del 2003). Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2003/12/26/pdfs/A46097-46109.pdf>

American Arbitration Society. *Drafting Dispute Resolution Clauses, A Practical Guide* (2013). Disponible en: https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Drafting%20Dispute%20Resolution%20Clauses%20A%20Practical%20Guide.pdf

Academia Internacional de Resolución de Disputas de Singapur. *SIDRA International Dispute Resolution Survey: 2020 final report* (2020). Disponible en: <https://sidra.smu.edu.sg/sidra-international-dispute-resolution-survey-final-report-2020>

Junta de Transporte de Superficie. *Final Offer Rate Review; Expanding Access to Rate Relief. Notice of proposed rulemaking; request for comments*, 17 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://www.federalregister.gov/documents/2019/09/17/2019-20093/final-offer-rate-review-expanding-access-to-rate-relief>

Comisión Canadiense de Radio y Telecomunicaciones. *Nota Pública 2000-65*, Ottawa, 12 de mayo de 2000. Disponible en: <https://crtc.gc.ca/eng/archive/2000/pb2000-65.htm>

Comisión Canadiense de Radio y Telecomunicaciones. *Boletín de información sobre radiodifusión y telecomunicaciones CRTC 2013-637*, Ottawa, 28 de noviembre de 2013. Disponible en: <https://crtc.gc.ca/eng/archive/2013/2013-637.htm>

Comisión Canadiense de Radio y Telecomunicaciones. *Política de regulación de la radiodifusión CRTC 2015-96, Let's Talk TV*, Ottawa, 15 de marzo de 2015. Disponible en: https://www.ctvnews.ca/polopoly_fs/1.2288258!/httpFile/file.pdf

Comisión Federal de Comunicaciones. *FCC Grants Approval of Comcast-NBCU Transaction. Memorandum Opinion and Order*, N° 10-56, 18 de enero de 2011, Sección VII: Remedio de Arbitraje Comercial, pp. 127-132. Disponible en: <https://www.fcc.gov/proceedings-actions/mergers-transactions/comcast-corporation-and-nbc-universal-mb-docket-10-56>

After Successful Use of Baseball Arbitration, Apple, IRS Both Declare Themselves Winners, Alternatives to the high cost of litigation, Vol. 11 N° 12 (1993). Disponible en línea.

T. Scott Thomson. *Final Offer Arbitration (FOA) as a merger remedy. Perspectives of an Economist*, Fordham Antitrust Conference, 13 de septiembre de 2019. Disponible en: https://www.bateswhite.com/media/event/182_2019.09.13.Thompson.Fordham.conf.pdf

VIII. Reglamentos de arbitraje

ICDR & AAA. *Reglas Suplementarias de Arbitraje de Última Oferta del Centro Internacional de Resolución de Disputas y la Asociación Americana de Arbitraje* (2015). Disponible en: <https://www.adr.org/sites/default/files/Final%20Offer%20Supplementary%20Arbitration%20Procedures.pdf>

Cámara de Comercio Internacional de París. *Arbitration Rules 2021*, disponibles en: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>

Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago. *Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional* (vigente desde 2006) disponible en: <https://www.camsantiago.cl/servicio/arbitraje-internacional/>

Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago. *Reglamento Procesal de Arbitraje Nacional del CAM Santiago* (vigente desde 2021), disponible en: <https://www.camsantiago.cl/servicio/arbitraje-nacional/>

London Court of International Arbitration. *LCIA Arbitration Rules* (2020), disponible en: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx

Singapur International Arbitration Center. *SIAC Rules 2016*, disponible en: <https://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2016>

Singapur International Arbitration Center. *SIAC Investment Rules 2017*, disponible en: <https://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-investment-arbitration-rules>

Cámara de Comercio Internacional de París. *Expedited Procedure Provisions*, disponibles en: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/expedited-procedure-provisions/>

CNUDMI. *Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010)*, Nueva York, 2011. Disponible en: <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>

IX. Instrumentos internacionales

CNUDMI. *Resolución 40/72 de la Asamblea General de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, suscrita con fecha 11 de diciembre de 1985. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_buenas_practicas_Ley_modelo_CNUDMI.pdf

Convenio de las Naciones Unidas sobre Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (2018). Disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/mediation_convention_s.pdf

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. *Convenio Multilateral para la Implementación de Medidas Relacionadas con Tratados Fiscales para evitar la Erosión de la Base y el Traslado de Beneficios* (2016). Disponible en: <https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm>

Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, Nueva York, 1958. Disponible en: <https://www.newyorkconvention.org/spanish>

Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, Ciudad de Panamá, 1975. Disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-35_arbitraje_comercial_internacional.asp

X. Jurisprudencia

George Watts & Son, Inc. v. Tiffany & Co., 248 F.3d 577, 580-581 (7th Cir. 2001), de fecha 16 de abril de 2001.

De Bonis, Domingo con Zugadi, María Nieves, de fecha 30 de noviembre de 1983. Citado en: Elina Mereminskaya. *Arbitraje Doméstico e Internacional en Chile: en búsqueda de la armonía*, Arbitraje y Mediación en las Américas.

U.S. Steel Mining Co., LLC v. Wilson Downhole Servs., No. 02:00CV1758, 2006 WL 2869535 (W.D. Pa. Oct. 5, 2006), de fecha 5 de octubre de 2006.