



“(...) el árbitro o tribunal arbitral deberá entender que las ofertas de las partes son extremas y, por tanto, no brindan información útil respecto del valor ideal del laudo arbitral, cuando están muy distanciadas. En este caso, el árbitro o tribunal arbitral deberá asignar un mayor peso relativo a su propio concepto de los hechos.”

Teoría de Juegos y Derecho: Arbitraje de Oferta Final

79

Guillermo Flores Borda*

ABSTRACTO

El artículo pretende demostrar que el sistema de arbitraje de oferta final (en que el árbitro o tribunal debe escoger una de las ofertas de las partes sin modificarla como laudo arbitral, incrementando la incertidumbre respecto del resultado) es preferible al sistema de arbitraje convencional (en que el árbitro o tribunal arbitral no impone una de las ofertas de las partes como laudo arbitral y escoge cualquier punto intermedio, disminuyendo la incertidumbre respecto del resultado) para la resolución de controversias laborales en procesos de negociación colectiva, dado que la incertidumbre respecto del resultado que trae consigo el primero fomentará que las partes prefieran llegar a un acuerdo negociado en la etapa de negociación directa antes que dilucidar su controversia bajo este sistema de arbitraje.

Al respecto, Robert J. Aumann (Premio Nobel de Economía 2005) propone una diferenciación bastante didáctica entre el arbitraje convencional y el arbitraje de oferta final y los incentivos que ambos generan¹:

“(...) Digamos que los empleadores y los sindicatos están en desacuerdo respecto del monto de los salarios que los trabajadores deberían percibir. (...) El sindicato podría ir a la huelga, pero quizás el arbitraje sea un mejor medio. Ustedes firman un acuerdo estableciendo que un árbitro decidirá el monto de los salarios. Cada parte presenta su caso. El empleador quiere pagar relativamente poco. El sindicato presenta su caso; quiere un monto relativamente grande. Y luego el árbitro adopta su decisión. Presumiblemente, establecerá un punto medio (he will compromise). El punto medio (compromise) hace que el mundo gire.

Así, el árbitro adopta una posición entre la oferta del empleador y la demanda del sindicato. ¿Qué incentivos crea eso? Los incentivos que ese sistema crea son que el sindicato exagere su demanda y que el empleador ofrezca menos que lo que está dispuesto a otorgar, porque sabe que el árbitro establecerá un punto medio. Ambas partes ofrecerán una posición (bargaining position); y ellos intentarán justificar la posición (bargaining position), por lo que no darán información precisa al árbitro. El árbitro no sabrá que está pasando. Él operará

* Director del Center for Game Theory in Law. Abogado de Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya (Banking, Capital Markets and Project Finance practice)

¹ AUMANN, Robert J., “Game Engineering”, en <http://www.ratio.huji.ac.il/dp.php>, Center for the Study of Rationality, The Hebrew University of Jerusalem, Discussion Paper No. 518, Israel, 2009, página 10. El documento es una transcripción de la conferencia dictada por Aumann en la Universidad Koźmiński en Varsovia, Polonia, con fecha 14 de mayo de 2008.

entre la niebla, y el resultado no es bueno, y muy seguramente llevará a más problemas laborales. Y todo esto es por el principio que el punto medio (compromise) es una cosa tan maravillosa.

(...) En el 'arbitraje de oferta final' el sistema es el mismo, cada parte presenta su caso, pero cada parte es alentada a presentar su demanda mínima. Los trabajadores son alentados a decir qué es lo menos que esperan, y el empleador es alentado a decir qué es lo máximo que está dispuesto a otorgar. (...) ¿Cuál es la diferencia? El árbitro no está autorizado para establecer un punto medio (compromise) (...) debe escoger una de las dos ofertas. (...).

Parece una locura, ¿cierto? Tú no estás autorizado para establecer un punto medio (compromise). ¿Cuáles son los incentivos que esto crea? Los incentivos son exactamente opuestos a los que fueron antes. Ahora es valioso para cada parte el ser lo más razonable posible, para generar una impresión muy razonable en el árbitro. Cada parte desea que el árbitro acepte su posición, por lo que intentará dar la impresión de que no está pidiendo mucho, que está haciendo una demanda muy razonable. La idea es que así las posiciones estarán más cerca una de la otra, e incluso pueden encontrarse. Pero aún si no se encuentran, ya no importa tanto que posición sea aceptada. Mientras que antes podías tener un rango de entre 50 y 120, y luego el árbitro podía haber decidido en, digamos, 90, ahora quizás el empleador ofrezca 72 y el sindicato 76 y luego él tiene que otorgar 72 ó 76; pero ahora ya no hace mayor diferencia. Así, has incentivado a las partes a ser razonables y a proporcionar información precisa al árbitro, y el procedimiento arbitral trabaja mucho mejor (...)"

En tal sentido, el arbitraje de oferta final no sólo promueve los acuerdos negociados, sino que, aún cuando estos no se den, el laudo arbitral reflejará una solución más “justa” debido a la mayor precisión de la información presentada al árbitro y a la razonabilidad de las ofertas.

I. INTRODUCCIÓN

Generalmente, los individuos prefieren asumir un rol social dado que todo individuo con un rol social (si bien asume un costo social) será compensado con un ingreso social, producto del costo social asumido por el resto de individuos, el cual podría comprender compensaciones monetarias o beneficios de otra índole.

En tal sentido, cada individuo determina su función de utilidad individual proveniente de la asunción de un rol social u otro a través de la comparación del ingreso social a obtener con el costo social a asumir.

Una de las decisiones más importantes en la vida de un individuo es la decisión de asumir el rol social de ser un trabajador o no, así como de establecer en qué profesión u oficio desarrollarse y en cuál no. Así, el individuo maximiza su función de utilidad individual mediante la elección de la profesión o el oficio que se encuentre (o que éste considere que se encuentra) más acorde a sus capacidades y perspectivas personales.

Una vez habiendo decidido asumir el rol social de trabajador, así como la profesión u oficio a desarrollar, el individuo enfrenta la decisión de establecer dónde desarrollar tal profesión u oficio elegido. En un marco general, el individuo debe decidir entre dos (2) estrategias: (i) desempeñar su profesión u oficio en el sector público; o, (ii) desempeñar su profesión u oficio en el sector privado.

Al respecto, cuando el individuo inicie el desarrollo de su profesión u oficio en el sector público o en el sector privado, éste obtendrá el reconocimiento de derechos tales como la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva y el derecho a huelga.

De manera general, el ejercicio del derecho a huelga por parte de los trabajadores suele tener impacto únicamente respecto de las funciones de utilidad individuales del empleador y el trabajador (y, eventualmente, el consumidor del servicio o producto).

Sin embargo, existen servicios de utilidad pública (comúnmente denominados “servicios públicos esenciales”) respecto de los cuales el ejercicio del derecho de huelga podría impactar en las funciones de utilidad individuales del empleador y el trabajador y en la propia función de utilidad social, dado que la paralización en su prestación podría generar repercusiones respecto de todo el resto de individuos.

Por lo expuesto, diversos países suelen establecer prohibiciones genéricas a la realización de huelgas por parte de trabajadores que prestan servicios de utilidad pública mediante normas legales, con la finalidad de evitar un impacto irreversible respecto de la función de utilidad social. Sin embargo, como es evidente, tal prohibición genérica no suele ser del agrado de los trabajadores, dado que es percibida como una injustificada superposición de la función de utilidad social y funciones de utilidad individuales ajenas sobre la función de utilidad individual propia.

En esta línea, Long y Feuille² señalan lo siguiente:

“Dado que la mayoría de empleados públicos no tienen un derecho de jure a llevar a cabo una huelga, mucha atención ha sido puesta en lo relacionado a un balance de intereses: ¿cómo la negociación de impasses puede ser resuelta de manera de proteger los intereses de ambas partes en la mesa, si se niega a los empleados públicos la posibilidad de manipular los costos de disputa de la administración pública de manera efectiva,

2 LONG, Gary y FEUILLE, Peter, “Final-Offer arbitration: “Sudden Death” in Eugene” en *Industrial and Labor Relations Review*; Cornell University, Volumen 27, Estados Unidos, 1974, p. 186.

y al mismo tiempo proteger el interés público de recibir continuamente servicios gubernamentales esenciales?”

Al respecto, cabe señalar que todo desacuerdo entre el empleador y el sindicato impone costos sobre ambos (denominados “costos de disputa”), siendo los más importantes los provenientes de la realización de una huelga. Las tasas de disputa (*i.e.* la posibilidad de no llegar a un acuerdo negociado y que una disputa ocurra) son menores cuando los costos de disputa son muy altos. Siendo así, la amenaza de huelga suele ser una importante herramienta del sindicato para incrementar los costos de disputa de su empleador (y los propios, ya que de no llegar a un acuerdo negociado deberá asumir los costos de la realización de la huelga) y forzarlo (y a sí mismo) a llevar a cabo una negociación colectiva.

Así, Farber y Katz³ mencionan que:

“La amenaza de huelga – que impone costos a ambas partes – actúa como un incentivo para las partes para llegar a una solución negociada; formalmente, la huelga crea una “zona de contrato” o un rango de soluciones potenciales que ambas partes consideran preferibles a una huelga. El reciente incremento en la sindicalización del sector público ha suscitado esfuerzos para elaborar procedimientos de solución de controversias en este sector sin recurrir a la huelga. La intervención vinculante de una tercera parte en la forma de arbitraje es una alternativa que ha sido utilizada en una serie de jurisdicciones”.

Como puede observarse, la amenaza de huelga suele incrementar los costos de disputa para ambas partes y, en consecuencia, promover la realización de una negociación colectiva. No obstante, el arbitraje también implica costos de disputa que podrían llevar a las partes a preferir un acuerdo negociado, pero sin acarrear los efectos adversos que la realización de una huelga generaría.

Al respecto, Long y Feuille⁴ señalan que: *“En la mayoría de las jurisdicciones del sector público, la huelga está vetada y algún tipo de maquinaria formal de resolución de impasses es provista, bajo la cual una tercera parte asiste al empleador y al sindicato en llegar a un acuerdo sin un paro de labores (las cursivas son nuestras)”.*

En tal sentido, los países que establecen prohibiciones genéricas de huelga suelen promover la utilización de sistemas de arbitraje a efectos de incrementar los costos de disputa de ambas partes para que éstas opten por un acuerdo negociado y así salvaguardar tanto el interés individual de cada uno de los trabajadores que prestan servicios públicos esenciales (a quienes se les otorga un mecanismo alternativo para hacer presión respecto de

sus demandas) como el interés social de que tales servicios se continúen prestando.

Así, Bazerman y Farber⁵ mencionan que:

“De central importancia en el proceso de negociación colectiva es el mecanismo para resolver controversias que aparecen cuando las partes fallan en llegar a un acuerdo. Éste determina no sólo los términos del acuerdo en todos los casos sino también la probabilidad de llegar a un acuerdo sin recurrir al mecanismo de solución de controversias. En tanto la huelga es el modo dominante para solucionar controversias que surgen en el curso de la negociación de contratos laborales, los procedimientos arbitrales se han vuelto particularmente importantes en áreas tales como el sector público donde las huelgas no están permitidas.”

Por lo expuesto, la aplicación del arbitraje es claramente una herramienta de vital importancia para la resolución de conflictos laborales, más aun en aquellos casos en que el ejercicio del derecho de huelga se encuentra restringido a efectos de preservar el interés social mediante una norma legal. No obstante, no todos los sistemas de arbitraje fomentan comportamientos de concesión entre las partes.

Al respecto, Farber⁶ menciona que:

“La búsqueda de una alternativa aceptable respecto de la huelga para resolver controversias laborales en el sector público ha llevado al desarrollo de una variedad de esquemas con este propósito”.

Siendo esto así, el presente artículo tiene por objeto dar una explicación amplia respecto de las características esenciales del arbitraje laboral, así como desarrollar los dos (2) sistemas de arbitraje utilizados en la actualidad para la resolución de tales conflictos laborales: (i) el arbitraje convencional (*conventional arbitration*) (“Arbitraje Convencional”); y, (ii) el arbitraje de oferta final (*final-offer arbitration*) (“Arbitraje de Oferta Final”).

II. ANÁLISIS JUEGO-TEORÉTICO DEL ARBITRAJE LABORAL.

1. Importancia del estudio del arbitraje laboral

Como señaláramos, el arbitraje laboral es un importante mecanismo para imponer costos de disputa sobre el empleador y el sindicato, de tal manera que ambos prefieran llegar a una solución a través de un acuerdo negociado antes que asumir un arbitraje. Los costos de disputa del arbitraje laboral están relacionados con la incertidumbre

3 FARBER, Henry S. y KATZ, Harry C., “Interest Arbitration, Outcomes, and The Incentive to Bargain”, en *Industrial and Labor Relations Review*, Volumen Nro. 33, Nro. 1, Cornell University, Estados Unidos de América, 1979, p. 55.

4 LONG, Gary y FEUILLE, Peter, *op.cit.*, p. 186.

5 BAZERMAN, Max H. y FARBER, Henry S., “Arbitrator Decision Making: When are Final Offers Important?”, en <http://www.nber.org/papers/w1183.pdf>, National Bureau of Economic Research, Working Paper No. 1183, Estados Unidos de América, 1983, p. 1.

6 FARBER, Henry S., “An Analysis of Final-Offer Arbitration”, en *The Journal of Conflict Resolution*, Volumen Nro. 24, Nro. 4, SAGE Publications Inc., Estados Unidos, 1980, p. 683.

que enfrentan tanto el empleador como el sindicato de manera individual respecto de si el laudo arbitral le será favorable o desfavorable, y en qué medida.

No obstante, el estudio del arbitraje laboral tiene también una gran importancia económica y juego-teórica.

Respecto a su importancia económica, Gibbons⁷ señala que: *“Entender el arbitraje es importante por diferentes razones. Primero, el arbitraje juega un importante rol en la asignación de recursos, especialmente en controversias salariales (...).”*

Al respecto, dado el rol del arbitraje laboral como mecanismo de asignación de recursos en conflictos laborales, su análisis económico debería enfocarse en generar un marco económico formal que permita a los árbitros modelar adecuadamente su propio concepto de “laudo justo” y lograr que éste sea percibido como tal por las partes, de manera que las tasas de disputa se vean reducidas en beneficio de la sociedad.

Respecto de su importancia juego-teórica, Bloom y Cavanagh⁸ señalan lo siguiente:

“El arbitraje es un mecanismo fascinante de estudiar para los economistas. (...) los sistemas de arbitraje proveen excelentes ajustes para probar algunas de las más básicas proposiciones de la teoría de juegos. El arbitraje es esencialmente un juego (...) en el cual un número pequeño de jugadores puede ser fácilmente identificado. La disponibilidad de información del mundo real en situaciones en que existen incentivos para comportarse estratégicamente provee notables oportunidades para el análisis del comportamiento juego-teórico. (...) en la medida en que los mecanismos de arbitraje pueden ser estructurados en diferentes maneras, el estudio del arbitraje puede llevar a diseños mejorados.”

El arbitraje laboral comprende: (i) un juego no-cooperativo en que las partes desarrollan comportamiento estratégico mediante la manipulación de los hechos y las ofertas debido a la existencia de información incompleta; (ii) estructuras básicas de juegos no-suma-cero en la etapa de negociación previa y juegos suma-cero al interior del procedimiento arbitral; y, (iii) la formulación de equilibrios de Nash por parte del árbitro para llevar a cabo la creación de su concepto de “laudo justo”, de manera que sea aceptado por las partes.

Asimismo, el análisis juego-teórico puede llevar a la reestructuración de los sistemas de arbitraje laboral existentes, a fines de hacerlos más efectivos en la disminución de las tasas de disputa. El ejemplo más cercano es la modificación del mecanismo de determinación del laudo arbitral del Arbitraje Convencional para llevar a cabo la creación del Arbitraje de Oferta Final.

Finalmente, la importancia del análisis juego-teórico del arbitraje laboral radica en la posibilidad de estructurar sistemas de arbitraje laboral que impliquen la asunción de costos de disputa tales que las partes siempre prefieran llegar a un acuerdo negociado antes que asumir un arbitraje, fomentando así la reducción de las tasas de disputa.

En tal sentido, Manzini y Mariotti⁹ señalan lo siguiente: *“Aun cuando la opción de ir al arbitraje no se utilice, puede ser que tenga un impacto en los resultados negociados por las partes. Es decir, los resultados de las negociaciones han sido muy diferentes cuando el arbitraje no ha estado disponible, y no se debe deducir que esta opción es irrelevante o inútil cuando no se le utilice”.*

2. Características juego-teóricas del arbitraje laboral

(i) Arbitraje como juego no-cooperativo.

En principio, el arbitraje posee la estructura para ser un juego cooperativo, ya que suele existir una etapa de negociación directa previa en que las partes se encuentran frente a frente y pueden transferirse información mutuamente para llegar a una solución justa para ambas. En el caso en que las partes no lleguen a un acuerdo vinculante en la etapa de negociación directa, estas darán inicio al proceso de arbitraje en que aún mantendrán contacto directo, además de contar con la participación de un tercero que les ayudará a establecer la ubicación del laudo justo.

Así, desde un punto de vista idealista, dado que la finalidad del arbitraje es establecer el laudo más justo para ambas partes, estas aún deberían tener incentivos positivos para transferir toda la información disponible al árbitro o tribunal arbitral para que este pueda determinarlo.

En tal sentido y en tanto la justicia fuera el objetivo común de las partes, tanto la etapa de negociación directa previa como el arbitraje deberían ser mecanismos alternativos de resolución de conflictos de comunicación ilimitada y de formulación de acuerdos vinculantes entre las partes. Es decir, las partes deberían trabajar como una alianza en la transferencia de información, con tal de generar el mejor resultado común.

No obstante, el arbitraje es actualmente utilizado como un juego no-cooperativo, dado que las partes actúan de manera independiente, sin mayor comunicación o colaboración entre ellas que permita al árbitro o tribunal arbitral tener acceso a toda la información disponible o información veraz en manos de aquéllas.

7 GIBBONS, Robert, “Learning in Equilibrium Models of Arbitration”, en *The American Economic Review*, Volumen 78, No. 5, Estados Unidos de América, 1988, p. 896.

8 BLOOM, David E. y CAVANAGH, Christopher L., “Negotiator Behavior under Arbitration”, en *The American Economic Review*, Volumen 77, No. 2, Estados Unidos de América, 1987, p. 353.

9 MANZINI, Paola y MARIOTTI, Marco, “Arbitration and Mediation: An Economic Perspective”, en <ftp://repec.iza.org/RePEc/Discussionpaper/dp528.pdf>, Institute for the Study of Labor (IZA), Alemania, 2002, p. 19.

Al respecto, Kalai y Rosenthal¹⁰ señalan lo siguiente:

“Dos jugadores, que jugarán un juego cooperativo, son incapaces de llegar a un acuerdo vinculante concerniente a una acción en común. Ellos pasan al arbitraje. El árbitro busca asignar un resultado justo (en algún sentido) al juego (...) La mayor dificultad es que si el árbitro debe apoyarse en los jugadores para la revelación de información sobre el juego, los jugadores pueden tener incentivos para mentir, dependiendo de sus expectativas de cómo será utilizada la información que provean. En nuestra perspectiva, el problema del árbitro es el de diseñar un nuevo juego no-cooperativo para los jugadores y una función de los resultados en este juego no-cooperativo para los resultados del juego original. Sería maravilloso si, basado sólo en su información incompleta, el árbitro pudiera siempre construir un juego no-cooperativo con un único par de estrategias no-dominadas que diera lugar a un resultado justo que fuera Pareto-óptimo en el juego original.”

En tal sentido, cada parte suele transferir únicamente aquella información que asume que le otorgará un laudo arbitral favorable o transferir información falsa con tal de maximizar su propia función de utilidad individual.

(ii) Arbitraje como juego suma-cero.

Debido a la naturaleza no-cooperativa del arbitraje, este tiende a ser un juego suma-cero en que la parte ganadora recibe exactamente lo que entrega la parte perdedora.

Las partes no transmiten toda la información respecto de las ofertas que realmente podrían asumir, con lo que el árbitro o tribunal arbitral sólo puede emitir laudos “distributivos” en los que no crea un mayor valor, sino que sólo distribuye aquel valor que las partes le han comunicado que existe.

Sin embargo, desde un punto de vista idealista, si las partes transfirieran las ofertas que realmente podrían asumir al árbitro o tribunal arbitral, este podría emitir laudos “integrativos” mediante la creación de mayor valor.

Por ejemplo, si un empleador tan sólo poseyera S/. 10,000 (Diez Mil Nuevos Soles) en una cuenta bancaria, lo cual no alcanza para pagar los beneficios ascendentes a S/. 2 (Dos Nuevos Soles) a cada uno de sus diez mil (10,000) empleados, éste podría adoptar dos (2) posiciones: (i) en el mundo real, el

empleador diría que no cuenta con ningún dinero para distribuir o que este es mucho menor a los S/. 10,000 (Diez Mil Nuevos Soles) existentes; o, (ii) en un mundo idealista, el empleador indicaría que posee S/. 10,000 (Diez Mil Nuevos Soles).

Si hiciera esto último, el árbitro o tribunal arbitral se encontraría en capacidad de establecer un laudo integrativo y establecer, por ejemplo, que los S/. 10,000 (Diez Mil Nuevos Soles) sean invertidos y se pague a los trabajadores con los réditos y no con el capital invertido.

(iii) Arbitraje como juego de información incompleta.

Como señaláramos anteriormente, un juego de información incompleta es aquel en que cada jugador no conoce al menos uno de los dos (2) elementos siguientes: (a) los pagos propios y los del otro jugador; y, (b) las estrategias disponibles para él y para el otro jugador.

En tal sentido, el arbitraje es un juego de información incompleta, dado que si bien las partes podrían llegar a conocer las estrategias disponibles para él mismo y para el otro jugador, difícilmente podrán establecer los pagos a recibir por él mismo y por el otro jugador ya que el establecimiento de éstos es llevado a cabo por el árbitro o tribunal arbitral cuyas preferencias no son conocidas por las partes.

Por otro lado, el árbitro o tribunal arbitral también afronta un juego de información incompleta, al ser que las partes no le transfieren toda la información o información veraz respecto al caso en concreto, con lo cual le es prácticamente imposible establecer cuáles son las estrategias disponibles para las partes.

Sin embargo, dado que el árbitro o tribunal arbitral entiende que se encuentra en un juego no-cooperativo de información incompleta, éste pretenderá discernir qué información debe utilizar y cuál no para establecer un laudo lo más justo posible para ambas partes. En tal sentido, Card¹¹ señala que: *“En esencia, la información bilateralmente asimétrica necesita de una tercera parte neutral como un árbitro final de quién hizo qué.”*

Asimismo, el hecho de que el árbitro o tribunal arbitral sólo cuente con información incompleta tendrá como consecuencia que el concepto de “laudo justo” que llegue a generarse por sí mismo no sea igual al que se hubiera generado de haber contado con información completa. Es decir, la manipulación de la información por las partes genera la formulación de laudos arbitrales que no son realmente justos.

10 KALAI, Ehud y ROSENTHAL, Robert W., “Arbitration of Two-Party Disputes under Ignorance”, en <http://www.kellogg.northwestern.edu/research/math/papers/215.pdf>, Center for Mathematical Studies in Economics and Management Science, Northwestern University, Discussion Paper No. 215, Estados Unidos de América, 1976, p. 1.

11 CARD, David E., “Arbitrators as lie detectors”, en <http://www.irs.princeton.edu/pubs/pdfs/172.pdf>, Industrial Relations Section, Department of Economics, Princeton University, Working Paper No. 172, Estados Unidos de América, 1983, p. 29.

3. Causas juego-teoréticas de la utilización del arbitraje laboral

Existirían diversas causas por las cuales las partes en un proceso de negociación colectiva no llegarían a un acuerdo negociado en la etapa de negociación directa y, al no poder encontrar una solución en común, decidirían acceder al arbitraje laboral.

Al respecto, Farber¹² señala lo siguiente:

“Existen dos grandes explicaciones para la falla en llegar a un acuerdo. La primera puede ser llamada problemas de información. Si las partes tienen expectativas divergentes respecto del resultado del desacuerdo, esto puede compensar los costos de desacuerdo y resultar en la inexistencia de una zona de contrato con resultados posibles. Por ejemplo, si cada parte espera que un árbitro sea relativamente favorable a su bando, podrían no estar dispuestas a conceder lo suficiente (...) La segunda gran causa (...) (implica que) el recurso de arbitraje puede ocurrir si una de las partes o la otra quiere colocar la responsabilidad de un resultado desfavorable sobre los hombros de un tercero (el árbitro). (...) (Esto) puede ser importante por razones políticas si los líderes necesitan convencer a su circunscripción de que no fueron responsables de un mal resultado”.

84

A nuestro entender, la segunda causa propuesta por Farber implicaría un sencillo traslado de la responsabilidad de uno o ambos jugadores a un tercero que no necesariamente explica la razón del desacuerdo al interior de la etapa de negociación directa.

En nuestra opinión, la causa principal de la utilización del arbitraje como mecanismo de resolución final en los procesos de negociación colectiva es la situación de asimetría informativa en la que se encuentran los jugadores en la etapa de negociación directa, que sería lo que explica la existencia del desacuerdo.

En tal sentido, consideramos que la asimetría informativa podría ser subdividida en:

(i) Asimetría informativa endógena.

Como es evidente, cada uno de los jugadores tiene incentivos para: (a) no trasladar a su contraparte determinada información verdadera que se encuentra en su poder y no le es favorable; y/o, (b) trasladar información falsa a su contraparte que le sea favorable.

En tal sentido, la retención de información verdadera y el traslado de información falsa llevan a una situación de asimetría informativa en que cada uno de los jugadores se encuentra en una cuasi-imposibilidad de conocer la función de utilidad individual real de su contraparte al interior de la etapa de negociación directa.

La asimetría informativa endógena entre el empleador y el sindicato implicaría que: (a) el empleador no se encuentra en capacidad de conocer el monto de aumento salarial que realmente necesitan los trabajadores representados por el sindicato; y, (b) el sindicato no se encuentra en capacidad de conocer la real capacidad económica del empleador.

En tal sentido, cada jugador decide emitir ofertas tentativas con la intención de generarse un concepto realista respecto de la función de utilidad individual real de su contraparte.

Al respecto, Farber y Bazerman¹³ señalan lo siguiente:

“(...) Una clase de modelos que ha sido sugerida (...) como una explicación (...) está basada en la idea de que existe información asimétrica en manos de la parte 1 que la parte 2 trata de conocer haciendo ofertas que la parte 1 es libre de aceptar o rechazar (...). Las compañías tienen información privada sobre su rentabilidad que no pueden transmitir de manera creíble al sindicato. En un modelo de dos períodos, el sindicato formula una demanda en el primer período que la compañía aceptará si es altamente rentable (resultando en un acuerdo) y rechazará si es poco rentable (resultando en desacuerdo) (...). La firma sólo puede hacer creíble el hecho de que es poco rentable si incurre en el costo de desacuerdo.”

Al igual que el sindicato formula demandas salariales tentativas superiores al aumento que realmente necesita para conocer la real rentabilidad del empleador, el empleador formula ofertas de aumento salarial menores al solicitado por el sindicato, que el sindicato acepta si considera que el monto es suficiente o rechaza si considera que es insuficiente, a fin de conocer el monto del aumento salarial que el sindicato realmente necesita. En tal sentido, de manera similar al empleador, el sindicato sólo puede hacer creíble su posición de que el aumento salarial propuesto es insuficiente al comunicar al empleador que prefiere ir al arbitraje y asumir los costos de disputa respectivos antes que aceptar su oferta.

Siendo así, cada parte únicamente podría hacer creíble su posición rechazando la oferta de la contraparte y decidiendo llevar la controversia al arbitraje laboral, lo que genera un rechazo de ofertas mutuo en la etapa de negociación directa.

Asimismo, cabe resaltar que el empleador no sólo podría querer transmitir información privada verdadera respecto de su rentabilidad de manera creíble, sino también información privada falsa. En tal sentido, el empleador que posee información sobre su rentabilidad que señale que sí podría otorgar el aumento salarial en la medida solicitada por el

12 FARBER, Henry S., op.cit., p. 686.

13 BAZERMAN, Max H. y FARBER, Henry S., “Divergent Expectations as a Cause of Disagreement in Bargaining: Evidence from a Comparison of Arbitration Schemes”, en *The Quarterly Journal of Economics*, Volumen Nro. 104, Nro. 1, The Massachusetts Institute of Technology (MIT) Press, Estados Unidos de América, 1989, p. 115.

sindicato preferiría transmitir información falsa de manera creíble mediante la asunción de los costos de disputa (*i.e.* sometimiento de la controversia a arbitraje laboral).

Finalmente, una razón adicional para transmitir información falsa durante la etapa de negociación directa vendría dada por el hecho de que las concesiones que hayan realizado durante esta etapa podrían ser usadas en su contra por el árbitro o tribunal arbitral al momento de establecer el laudo arbitral.

En tal sentido, Farber y Bazerman¹⁴ mencionan lo siguiente:

“(Una) explicación de desacuerdo concierne a la característica estructural del proceso arbitral de que los árbitros a menudo reciben información de las partes sobre el curso de las negociaciones en las audiencias. En este contexto, será difícil para las partes “retirarse” de las concesiones hechas en la negociación a fin de presentar las ofertas óptimas a los árbitros. Por ejemplo, si la oferta óptima del sindicato para el árbitro es un incremento salarial de 10% pero 6% es su equivalente de certeza (lo menos que aceptará en la negociación), el sindicato puede ser reacio a conceder muy por debajo de 10% si un acuerdo (entra las partes) es incierto por miedo a que una oferta de acuerdo de, digamos, 8% sea usada en su contra en la audiencia con el árbitro”.

(ii) Asimetría informativa exógena.

Como señaláramos anteriormente, el arbitraje es un juego de información incompleta en que el establecimiento de los pagos a ser entregados a cada jugador es llevado a cabo por el árbitro o tribunal arbitral cuyas preferencias no son conocidas por las partes.

En tal sentido, al ser que existe una cuasi-imposibilidad de conocer la función de utilidad individual real del árbitro o tribunal arbitral, los jugadores podrían tener expectativas divergentes respecto del resultado del arbitraje laboral que podría llevar a cada uno a asumir una posición de optimismo y/o exceso de confianza en la negociación directa respecto del laudo arbitral que obtendrían de someter su controversia al arbitraje laboral.

Al respecto, Farber y Bazerman¹⁵ señalan lo siguiente:

“uno de los rompecabezas persistentes en el análisis de la negociación es el porqué hay desacuerdo en aquellos casos en que el acuerdo parece ser de interés de ambas partes. Por ejemplo, en las negociaciones obrero-patronales, el desacuerdo impone costos (de arbitraje o de huelga) sobre

las partes sin incrementar los recursos disponibles a ser repartidos entre las dos partes. Las fallas en la negociación llevan a huelgas costosas, disminución de la armonía en el lugar de trabajo y amenazas a la sobrevivencia de la organización y los empleos de sus miembros. (...) Una explicación prominente para el desacuerdo en la negociación es que las partes tienen expectativas relativamente optimistas respecto del resultado final si ellos fallan en llegar a un acuerdo. En el caso en que una tercera parte dará una decisión si las partes fallan en llegar a un acuerdo, ambas partes esperan recibir una decisión relativamente favorable de la tercera parte (...) Neale y Bazerman (1983) encontraron fuerte evidencia de las expectativas relativamente optimistas cuando preguntaron a sujetos en un experimento de negociación sobre la posibilidad de que su oferta final sea aceptada. La media (...) fue de 68%. Tal optimismo relativo puede impedir suficientes concesiones en el proceso de negociación (...)”

Asimismo, respecto del comportamiento de concesión de los jugadores, Dickinson¹⁶ señala que:

“Neale y Bazerman (1985) estudiaron el exceso de confianza del negociador en un experimento de juego de roles y encontraron que los negociadores con mucha confianza (overconfident negotiators) hacen menos concesiones (are less concessionary) que otros negociadores”.

Es decir, la perspectiva optimista de cada uno de los jugadores en la negociación directa genera que prefieran realizar pequeñas o nulas concesiones en la etapa de negociación directa, al estimar que la solución mediante un acuerdo negociado les otorgaría un pago menor que aquél que podrían obtener mediante un laudo arbitral. En tal sentido, la actitud antagónica de los jugadores en la negociación directa estaría directamente relacionada con lo que cada una de las partes, bajo su perspectiva optimista, espera obtener de no llegar a un acuerdo negociado.

Siendo así, la actitud de los jugadores en la negociación directa está directamente relacionada con sus expectativas respecto del comportamiento del árbitro o tribunal arbitral que dictará el laudo arbitral.

Por tanto, un sistema de arbitraje adecuado sería aquél diseñado con la finalidad de eliminar el optimismo y/o exceso de confianza en la negociación directa respecto de un posible laudo arbitral en caso los jugadores no llegaran a un acuerdo negociado, dado que esto fomentaría conductas de concesión entre los jugadores en la etapa de negociación directa.

14 Ibid. p. 116.

15 Ibid., p. 99.

16 DICKINSON, David L., “A comparison of Conventional, Final-Offer, and “Combined” Arbitration for Dispute Resolution”, en *Industrial and Labor Relations Review*, Cornell University, Volumen Nro. 57, Nro. 2, Estados Unidos de América, 2004, p. 296.

Es decir, un sistema de arbitraje adecuado debe implicar un costo de disputa tan alto que desincentive el deseo de los jugadores de hacer uso de él, lo cual podría lograrse mediante un sistema que incremente la incertidumbre de los jugadores respecto del laudo arbitral.

4. Finalidad juego-teorética del arbitraje laboral

Como señaláramos anteriormente, el comportamiento de concesión de los jugadores está directamente relacionado con los costos de disputa que asumirían de no llegar a un acuerdo negociado en la etapa de negociación directa.

Al respecto, la amenaza de huelga suele ser el incentivo negativo que lleva a las partes a preferir un acuerdo negociado antes que asumir los altos costos de disputa que su realización implicaría.

En tal sentido, Farber y Katz¹⁷ señalan que:

“Las huelgas crean una zona de contrato de potenciales soluciones consideradas superiores al resultado de la huelga por ambas partes al imponer los costos directos del ingreso no percibido sobre ambas partes. Cada parte está dispuesta a sacrificar algunas ganancias potenciales con tal de no asumir los costos de la huelga”.

86

Sin embargo, debe analizarse que, en caso no se llegara a un acuerdo negociado, los costos de disputa de una huelga no sólo afectarían las funciones de utilidad individuales de los jugadores partes de la negociación directa, sino también, en alguna proporción, las funciones de utilidad de otros individuos ajenos al juego y la función de utilidad social.

Cabe resaltar que el efecto negativo de la asunción de tales costos de disputa tendría un impacto mucho mayor, y hasta irremediable, en el caso de los denominados “servicios públicos esenciales”, lo que explicaría la existencia de la prohibición genérica de llevar a cabo una huelga en diversas jurisdicciones.

Por lo tanto, en aras de no afectar la función de utilidad social en las jurisdicciones donde no existe tal prohibición y con la finalidad de otorgar al sindicato un mecanismo de manipulación de costos de disputa del empleador donde sí existe, es necesario desarrollar un mecanismo alternativo que imponga costos de disputa similares a los de la amenaza de huelga únicamente sobre las funciones de utilidad individuales de los jugadores partes de la negociación directa.

Al respecto, Ashenfelter y Bloom¹⁸ señalan lo siguiente:

“En un caso típico donde el arbitraje es usado para resolver tales disputas laborales, trabaja-

dores y empleadores tienen relaciones de largo plazo que preferirían que continúen indefinidamente. Sin embargo, es necesario cambiar los términos del contrato de empleo conforme el mercado laboral cambia y esto causa disputas acerca de en cuánto debería incrementarse la compensación de estos trabajadores. Para evadir huelgas costosas, el arbitraje es algunas veces utilizado como el procedimiento para resolver sus controversias de compensación. Se acepta de manera general que, si las partes someten sus controversias a arbitraje, enfrentarán cierta incertidumbre sobre qué incremento salarial seleccionará el árbitro”.

En tal sentido, el sistema de arbitraje deberá estar diseñado con el objetivo expreso de eliminar el optimismo y/o exceso de confianza en la negociación directa respecto de un posible laudo arbitral en caso los jugadores no llegaran a un acuerdo negociado, dado que esto fomentaría conductas de concesión entre los jugadores en la etapa de negociación directa y evitaría que éstos hagan uso del arbitraje. Tal objetivo podría ser logrado en tanto el sistema de arbitraje diseñado incremente la incertidumbre de los jugadores respecto del laudo arbitral.

Así, Bloom y Cavanagh¹⁹ mencionan lo siguiente:

“(…) La observación de Carl Stevens (1966) de que los mecanismos de arbitraje pueden ser diseñados de maneras que desincentivan su uso fue recibida entusiastamente (…) Stevens prefería el arbitraje a la huelga como un mecanismo de imponer costos de desacuerdo sobre las partes y así promover las soluciones voluntarias. Estos costos están compuestos por los costos directos de usar el mecanismo arbitral y los costos indirectos generados por la interacción de la incertidumbre arbitral y la aversión al riesgo de los disputantes (…)” (el subrayado es nuestro).

En tal sentido, un sistema de arbitraje adecuado sería aquél que desincentive su propio uso mediante el fomento de la obtención de acuerdos negociados por parte de los jugadores en la etapa de negociación directa.

Al respecto, Çelen²⁰ indica lo siguiente:

“La disponibilidad y el uso prudente del arbitraje ha sido señalado como un estímulo necesario para negociaciones bilaterales exitosas en la mayoría de situaciones. Se ha argumentado que, en las negociaciones obrero-patronales, la sola existencia del arbitraje vinculante reemplaza la amenaza de una huelga y crea incentivos para las partes para llegar a un acuerdo y resolver controversias sin recurrir al arbitraje. Long y Feuille (1974) argumentan que un procedimiento de arbitraje exitoso es uno que no es utilizado; uno que induce el acuerdo directo durante los

17 FARBER, Henry S. y KATZ, Harry C., op.cit., página 60.

18 ASHENFELTER, Orley y BLOOM, David, “Lawyers as Agents of the Devil in a Prisoner’s Dilemma Game”, en <http://www.nber.org/papers/w4447.pdf>, National Bureau of Economic Research (NBER), Working Paper No. 4447, Estados Unidos de América, 1993, p. 6.

19 BLOOM, David E. y CAVANAGH, Christopher L., “Negotiator Behavior under Arbitration”, op.cit., p. 354.

20 ÇELEN, Bogaçhan, “Final Offer Arbitration with Multiple Issues”, en: <http://faculty.smu.edu/ozerturk/bogac-foa.pdf>, New York University, Estados Unidos de América, 2003, p. 2.

procedimientos. Similarmente, Nelson (1975) afirma que la meta del arbitraje es hacer el arbitraje innecesario (...)

En tal sentido, la finalidad juego-teórica del arbitraje laboral debería ser evitar su propia utilización a favor de la promoción de comportamiento de concesión en la etapa de negociación directa.

III. ANÁLISIS JUEGO-TEORÉTICO DEL SISTEMA DE ARBITRAJE CONVENCIONAL.

1. Descripción general

Como señaláramos anteriormente, el arbitraje es un juego no-cooperativo de información incompleta, por lo que las partes desarrollarán comportamiento estratégico mediante la manipulación de los hechos y sus propuestas de solución (*i.e.* sus ofertas).

En tal sentido, cada una de las partes remitirá al árbitro o tribunal arbitral una oferta que considera “justa” bajo su propia versión de los hechos, con lo que la oferta será extremadamente favorable para la parte que la emite.

Una vez que estas ofertas extremas sean remitidas al árbitro o tribunal arbitral, este las analizará bajo la premisa de que aquéllas no reflejan las verdaderas funciones de utilidad individuales de las partes, sino que corresponden a maximizaciones de las mismas.

Siendo así, el árbitro o tribunal arbitral evaluará las versiones de los hechos remitidas por las partes y generará un concepto propio de los hechos para sí, bajo el cual emitirá su propio concepto de “laudo justo” que no corresponderá a ninguna de las ofertas extremas remitidas por las partes. Al respecto, Bloom²¹ señala lo siguiente: “(...) Bajo arbitraje convencional, a un árbitro se le pide simplemente adoptar una decisión que represente su mejor juicio (judgment) de una solución justa.”

Es decir, si existen dos puntos Y_u (oferta del sindicato) e Y_m (oferta del empleador), Y_s (el laudo arbitral) podrá ser cualquier punto entre Y_u e Y_m , pero nunca igual a cualquiera de ellos. En tal sentido, bajo Arbitraje Convencional, el laudo arbitral será un punto medio entre las ofertas de las partes.

Al respecto, cabe señalar que la capacidad del árbitro de establecer un punto medio como laudo arbitral generaría comportamiento estratégico negativo por parte de las partes que “enfriaría” el desarrollo de comportamiento de concesión al interior de la etapa de negociación directa, según señala Zeng:²²

“El arbitraje convencional es el procedimiento más tradicional para solucionar controversias. CA requiere que una tercera parte (un árbitro)

escuche las ofertas de los disputantes, basado en las cuales el árbitro impone una solución final que es justa desde su punto de vista. En CA, aunque el árbitro es libre para diseñar (fashion) una solución de su elección, y la decisión arbitral debe ser un punto medio (compromise) entre las ofertas de los disputantes, una decisión arbitral es más o menos influida por las ofertas de los disputantes. Por lo tanto, cada parte debería tener un incentivo para exagerar su oferta. En otras palabras, CA provee un incentivo a los disputantes para evadir las concesiones pre-arbitrales, o CA “enfriá” cualquier tendencia de los disputantes para alcanzar un acuerdo por ellos mismos.”

2 El “efecto escalofrío” (*chilling effect*)

De manera previa al Arbitraje Convencional, las partes son colocadas una frente a la otra en la etapa de negociación directa a fin de que intercambien propuestas de solución (*i.e.* ofertas). No obstante, las partes saben que su controversia será resuelta mediante Arbitraje Convencional de no llegar a un acuerdo negociado.

Al ser que el Arbitraje Convencional no representa costos de disputa significativos para las partes (dado que el árbitro o tribunal arbitral establecerá un punto medio como laudo arbitral, no afectando grandemente a ninguna de las partes), éstas prefieren no realizar concesiones significativas en la etapa de negociación directa. A esto se denomina el “efecto escalofrío” del Arbitraje Convencional.

Respecto a esto, Bloom²³ señala:

“Los mecanismos de arbitraje convencional han sido objetados por diversos motivos, el más serio de los cuales es que ellos “enfrián” (chill) el proceso de negociación que precede al arbitraje. Este argumento está basado en la creencia de que los laudos bajo arbitraje convencional tienden a ser puntos medios (compromises) entre las posiciones finales de las partes, proveyendo a las partes de un incentivo para evitar las concesiones pre-arbitraje.”

Asimismo, Dickinson²⁴ menciona que: “Se piensa que CA “enfriá” (*chill*) la negociación, dado que los laudos arbitrales son considerados un punto intermedio (*compromise*) entre las posiciones de negociación finales de los disputantes.”

Al respecto, cabe señalar que los costos de disputa están inversamente relacionados con las tasas de disputa; en consecuencia, llegar a un acuerdo negociado en una negociación directa que será seguida de Arbitraje Convencional es más difícil dado que los costos de disputa relacionados con este sistema arbitral son relativamente bajos.

21 BLOOM, David E., “Arbitrator Behavior in Public Sector Wage Disputes”, <http://www.nber.org/papers/w2351.pdf>, National Bureau of Economic Research (NBER), Working Paper No. 2351, Estados Unidos de América, 1987, p. 1.

22 ZENG, Dao-Zhi, “An Amendment to Final-Offer Arbitration”, en *Mathematical Social Sciences*, Volumen Nro. 46, J.F. Laslier, Estados Unidos de América, 2003, p. 10.

23 Ibid.

24 DICKINSON, David L., *op.cit.*, p. 289.

Así, Ashenfelter, Currie, Farber y Spiegel²⁵ señalan que:

“(…) las tasas de disputa están inversamente relacionadas a los costos monetarios de disputa. Las tasas de disputa fueron mucho más bajas en los casos en que el arbitraje no se encontraba disponible de tal manera que el pastel completo se perdía en caso de una disputa. Esto confirma la importancia empírica del así llamado “efecto escalofrío” (chilling effect) sobre las negociaciones que se ha señalado que es producido por la adopción de sistemas arbitrales (de Arbitraje Convencional).”

A modo de ejemplo, asumamos que el sindicato requiere un aumento de 9x (siendo 7x lo que realmente necesita) y el empleador ofrece un aumento de x (siendo 3x lo que realmente puede pagar), siendo la media de 5x. Si en la etapa de negociación directa el sindicato redujera su demanda a 7x y el empleador mantuviera su oferta en x, la media sería de 4x. En tal sentido, la realización de una concesión por parte del sindicato en la etapa de negociación directa generaría que: (i) la media se tornara favorable al empleador en la negociación directa; y, (ii) el sindicato ingresara al Arbitraje Convencional en situación de desventaja, ya que el árbitro o Tribunal Arbitral entenderá que el sindicato realmente necesita 7x y no 10x y que la media real es 4x. Siendo así, aún cuando ambas partes realicen alguna concesión, la media será favorable a aquélla que realizó una menor.

88

Al respecto, Brams y Merrill²⁶ señalan lo siguiente:

“El arbitraje convencional pareciera aún menos satisfactorio para inducir a las dos partes a hacer ofertas justas y razonables. Es más, cada parte tiene un incentivo para exagerar su oferta para la otra parte (e.g. en las disputas obrero-patronales, el sindicato pediría grandes aumentos salariales, la administración (ofrecería) aumentos minúsculos o, incluso, reducciones), bajo la presunción de que el árbitro elegirá un punto intermedio (compromise) entre las dos ofertas. Si el árbitro probablemente “dividirá la diferencia” (split the difference), existe una obvia ventaja para cada parte en hacer una oferta extrema, ya que esto tenderá a empujar la media (average) – y el acuerdo esperado – hacia la posición favorable a uno mismo.”

Asimismo, Farber y Bazerman²⁷ señalan que:

“Aunque el uso de este tipo de arbitraje (arbitraje convencional) se ha venido incrementando, los críticos han identificado un número de consecuencias molestas para el proceso de negocia-

ción. La más importante de éstas es la posibilidad de que el árbitro “divida la diferencia” (split the difference) entre las ofertas de las partes, dando por resultado un “enfriamiento” de la negociación y una excesiva confianza en el árbitro para llegar a un acuerdo. Esto ocurrirá si las partes mantienen posiciones polares con la finalidad de influir el laudo arbitral más favorablemente.”

Por otro lado, cabe señalar que el árbitro o tribunal arbitral optará siempre por un punto medio dado que entiende que la gran distancia entre las ofertas (debido a que éstas no serían las reales funciones de utilidad individuales de las partes, sino sólo maximizaciones de las mismas) implica que éstas no transfieren información útil respecto de la real ubicación del punto de equilibrio. En tal sentido, el árbitro o tribunal arbitral entiende que el “laudo justo” se encuentra dentro del rango entre x y 9x, pero que no sería ninguno de los dos (2) extremos.

Al respecto, Farber y Bazerman²⁸ mencionan:

“Luego de alguna experiencia con esta forma de arbitraje en el sector público, se ha argumentado que el árbitro tendría un incentivo para dividir la diferencia (split the difference) entre las últimas ofertas de las partes resultando en un “enfriamiento” de la negociación, dado que cada parte mantiene posiciones extremas a fin de recibir un laudo arbitral favorable en caso que las partes fallen en alcanzar un acuerdo negociado.”

Por lo expuesto, las partes no tendrían incentivos positivos para realizar concesiones significativas (o, cuando menos, concesiones) al interior de la negociación directa cuando enfrentan una segunda etapa de Arbitraje Convencional que establecerá un punto medio como laudo arbitral.

En tal sentido, Long y Feuille²⁹ señalan que:

“Los laudos en el arbitraje convencional tienden a estar basados sobre el principio del punto intermedio (compromise): el laudo arbitral otorga más de lo que el empleador ha ofrecido y menos de lo que el sindicato ha pedido. Consecuentemente, puede argumentarse que es ventajoso para cada parte entrar a los procedimientos arbitrales sin haber otorgado mucho por adelantado (...) El arbitraje convencional tiene un “efecto escalofrío” (chilling effect) sobre la negociación de buena fe al ser que cada parte se abstiene (de hacer concesiones) anticipando la remisión de la controversia a un árbitro (...) existe evidencia de que el arbitraje convencional ha reducido a menudo el incentivo para negociar.”

25 ASHENFELTER, Orley, CURRIE, Janet, FARBER, Henry S. y SPIEGEL, Matthew, “An Experimental Comparison of Dispute Rates in Alternative Arbitration Systems”, en *Econometrica*, Volumen Nro. 60, Nro. 6, The Econometric Society, Estados Unidos de América, 1992, p. 1430.

26 BRAMS, Steven J. y MERRILL, Samuel III, “Binding versus Final-Offer Arbitration: A Combination is Best” en *Management Science*, Volumen Nro. 32, Nro. 10, INFORMS (Institute for Operations Research and the Management Sciences), Estados Unidos de América, 1986, p. 1347.

27 BAZERMAN, Max H. y FARBER, Henry S., “Arbitrator Decision Making: When are Final Offers Important?”, en *Industrial and Labor Relations Review*, Volumen Nro. 39, Nro. 1, Cornell University, Estados Unidos de América, 1985, p. 76.

28 BAZERMAN, Max H. y FARBER, Henry S., “Divergent Expectations as a Cause of Disagreement in Bargaining: Evidence from a Comparison of Arbitration Schemes”, op.cit. p. 101.

29 LONG, Gary y FEUILLE, Peter, op.cit., p. 189.

3. El “efecto narcótico” (*narcotic effect*)

Como señalamos, el Arbitraje Convencional no representa costos de disputa significativos para las partes dado que la incertidumbre respecto del laudo arbitral es limitada, al ser que el árbitro o tribunal arbitral siempre establecerá un punto medio como solución, lo cual podría generar cierta preferencia por este sistema.

Al respecto, Farber y Currie³⁰ señalan: “*Existen (...) razones por las cuales el uso del arbitraje puede llevar a la dependencia: el uso del arbitraje (Convencional) podría reducir la incertidumbre sobre el arbitraje, reduciendo así el costo de las partes de usar el proceso*”.

Asimismo, las partes preferirían utilizar el Arbitraje Convencional antes que negociar responsablemente en la etapa de negociación directa, dado que esto último implicaría que las partes lleven a cabo comportamiento de concesión (*i.e.* realizar concesiones) que disminuiría sus funciones de utilidad individuales.

En tal sentido, el hecho de que el Arbitraje Convencional no represente costos significativos para las partes genera que la etapa de negociación directa sea percibida por ellas únicamente como un paso previo y obligatorio para poder acceder al Arbitraje Convencional (por lo que prefieren no llevar a cabo comportamiento de concesión), en lugar de entenderla como una oportunidad para generar una solución “justa” a su disputa, al poder trasladarse toda la información disponible.

Así, una vez que el Arbitraje Convencional es utilizado, las partes interiorizan la percepción de que este sistema implica una forma poco costosa de solucionar sus disputas y harán uso de éste cada vez que se encuentre a su disposición, sin percatarse que un acuerdo común negociado en la etapa de negociación directa les hubiera permitido intercambiar mayor información para llegar a una solución más justa al caso concreto en la que ambos habrían aportado sus perspectivas.

Al respecto, Bolton y Katok³¹ mencionan que:

“La (...) explicación para el sobreuso (overuse) que juega un rol aquí es conocido como el efecto narcótico (narcotic effect). La formulación clásica de esa hipótesis fue planteada por Wirtz (1963): “Los negociadores se dirigirán al arbitraje como una liberación fácil y que forma hábito respecto de la obligación de una negociación dura y responsable.”

De igual manera, Farber y Currie³² señalan lo siguiente:

“El arbitraje obligatorio se ha convertido en un importante método para resolver controversias de negociaciones colectivas en el sector público. Sin embargo, muchos investigadores de relacio-

nes industriales han expresado su preocupación de que el uso del arbitraje esté asociado con el crecimiento de la dependencia en la intervención arbitral y un quiebre en la capacidad de las partes para negociar un acuerdo. Este problema ha sido denominado el efecto “narcótico” o “adictivo” del arbitraje.”

Asimismo, la adicción al Arbitraje Convencional podría verse exacerbada por el hecho de que las partes no tengan expectativas realmente pesimistas respecto del referido sistema arbitral, dado que el árbitro o tribunal arbitral siempre establecerá un punto medio como laudo arbitral bajo Arbitraje Convencional.

En tal sentido, Farber y Katz³³ señalan:

“(...) si las partes tienen expectativas relativamente pesimistas sobre el laudo arbitral, luego podría haber espacio para un acuerdo negociado. De otro lado, si las partes tienen expectativas relativamente optimistas sobre el comportamiento del árbitro, esto tenderá a desalentar un acuerdo negociado al reducir la zona de contrato (...).”

En consecuencia, las principales consecuencias del “efecto narcótico” del Arbitraje Convencional en la etapa de negociación directa serían: (i) la reducción del comportamiento de concesión, lo cual impide que las partes aprendan protocolos (*i.e.* mecanismos de negociación a ser aplicados en futuras negociaciones); y, (ii) la exacerbación del comportamiento antagónico, ya que las partes ya no buscan una solución en común y justa para ambos, sino tan sólo una individualmente favorable.

4. Modelos de laudo arbitral en Arbitraje Convencional

Bajo Arbitraje Convencional, el árbitro o Tribunal Arbitral podría desarrollar su concepto de “laudo justo” bajo tres (3) modelos, según éstos estén basados en: (i) los hechos únicamente; (ii) las ofertas únicamente; y, (iii) los hechos y las ofertas.

(i) Modelo basado únicamente en los hechos del caso.

Bajo este modelo, el árbitro o Tribunal Arbitral examina únicamente los hechos del caso, por lo que su concepto de “laudo justo” estará basado únicamente en estos.

En tal sentido, la función Y_s (el concepto de “laudo justo”) estaría determinada únicamente por la función Y_e (el concepto de “laudo justo” respecto de los hechos), representándose de la siguiente manera:

$$Y_s = Y_e$$

30 FABER, Henry S. y CURRIE, Janet, “Is Arbitration Addictive?: Evidence from the Laboratory and the Field” en <http://www.nber.org/papers/w3952.pdf>, National Bureau of Economic Research (NBER), Working Paper No. 3952, Estados Unidos de América, 1992, p. 2.

31 BOLTON, Gary E. y KATOK, Elena, “Reinterpreting Arbitration’s Narcotic Effect: An Experimental Study of Learning in Repeated Bargaining”, en *Games and Economic Behavior* Volumen Nro. 25, Academic Press, Estados Unidos de América, 1998, p. 3.

32 FABER, Henry S. y CURRIE, Janet, *op.cit.*, p. 1.

33 FABER, Henry S. y KATZ, Harry C., *op.cit.*, p. 58.

No obstante, un laudo arbitral basado únicamente en el análisis de los hechos del caso sería inadecuado para resolver un caso en concreto, dado que el análisis de las ofertas de las partes puede brindar importante información al árbitro o Tribunal Arbitral.

Al respecto, el análisis de las ofertas por parte del árbitro o Tribunal Arbitral generaría diversas ventajas al árbitro o tribunal arbitral, siendo las principales las siguientes:

- (a) Las ofertas permiten establecer un rango de aceptación del laudo arbitral.

Cuando el árbitro o Tribunal Arbitral no lleva a cabo un análisis de las ofertas de las partes para generar el laudo arbitral, éste no se encuentra en capacidad de establecer un rango de valores aceptados por las partes para la función Y_s .

A modo de ejemplo, asumamos que Y_u (oferta del sindicato) tiene un valor de 2 e Y_m (oferta del empleador) tiene un valor de 4.

Cuando el árbitro o Tribunal Arbitral toma en cuenta los valores de Y_u e Y_m , éste entiende que Y_s podrá ser cualquier valor que se encuentre al interior del rango entre 2 y 4, ya que un valor fuera de este rango no sería aceptado por cuando menos una de las partes. Asimismo, el árbitro o Tribunal Arbitral entiende que Y_s no podrá ser un valor muy cercano a 2 ó 4 para que sea aceptado por ambas partes, lo cual determina que Y_s termine siendo un punto cercano, pero no igual, a la media entre 2 y 4.

Asimismo, al hacer esto, las partes entenderán que el laudo arbitral propuesto no está basado únicamente en la percepción del árbitro o Tribunal Arbitral de los hechos, sino que sus demandas explícitas han sido analizadas para su elaboración.

- (b) Las ofertas trasladan información que no puede ser transmitida directamente por las partes al árbitro o tribunal arbitral.

Como señaláramos anteriormente, Y_u e Y_m representarán maximizaciones de las reales funciones de utilidad individuales de las partes, por lo que el árbitro o tribunal arbitral debe tener en cuenta que estas ofertas no representan información real sino comportamiento estratégico.

En tal sentido, el árbitro o Tribunal Arbitral podría obtener valiosa información de las ofertas respecto de las reales necesidades del sindicato y la real capacidad de pago del empleador, ya que Y_u sería un valor mayor que el realmente necesario para cubrir las necesidades de los trabajadores miembros del sindicato e Y_m sería un valor menor al que realmente puede pagar el empleador.

A modo de ejemplo, si el empleador ofrece un valor de 2 y el sindicato demanda un valor de 4, el árbitro o Tribunal Arbitral deducirá que: (1) el empleador tiene una real capacidad de más de 2; (2) los trabajadores miembros del sindicato realmente necesitan menos de 4; y, (3) el laudo arbitral se encontraría en un punto cercano al valor 3.

- (c) El nivel de aceptación del laudo arbitral promueve la recontractación del árbitro o Tribunal Arbitral.

Cuando el árbitro o tribunal arbitral ha analizado las ofertas de las partes con la finalidad de establecer un rango de aceptación para el laudo arbitral y obtener información respecto de las reales necesidades de los trabajadores miembros del sindicato y la real capacidad de pago del empleador, el laudo arbitral generado será un punto medio entre las ofertas de las partes y sus reales funciones de utilidad individuales.

En tal sentido, el laudo arbitral generado bajo tales parámetros debería fomentar la recontractación del árbitro o tribunal arbitral por las partes, dado que, en principio: (1) contaría con un alto nivel de aceptación; (2) sería asumido como imparcial; y, (3) sería percibido como de bajo riesgo, al ser un punto medio.

- (ii) Modelos basados únicamente en las ofertas de las partes.

Respecto de los laudos arbitrales basados únicamente en las ofertas, existirían dos (2) modelos para generarlos a partir de: (a) la división de la suma de las ofertas; y, (b) la valoración independiente de las ofertas.

- (a) División de la suma de las ofertas (*split the difference*).

El nombre original de este modelo es “divide la diferencia” (*split the difference*), lo cual podría llevar a confusión.

En realidad, la propuesta del modelo implica sumar los valores de las ofertas del sindicato y el empleador (y no restar el valor de la oferta del empleador respecto del valor de la oferta del sindicato), para luego dividir el resultado entre dos (2), dando por resultado un valor medio.

En tal sentido, el laudo arbitral sería obtenido de la siguiente manera:

$$Y_s = \frac{Y_m + Y_u}{2}$$

Al respecto, es evidente que un modelo como este sería inadecuado, dado que las partes tendrían incentivos para:

- (1) Remitir maximizaciones irracionales de sus funciones de utilidad individuales como ofertas al ser que el laudo arbitral sería favorable a quien haya remitido la oferta más irracional, lo que haría imposible un acuerdo común negociado en la etapa de negociación directa.
- (2) Utilizar el Arbitraje Convencional cada vez que se encuentre disponible al ser que la incertidumbre respecto del resultado del Arbitraje Convencional sería inexistente, dado que el laudo arbitral sería tan sólo una división de las ofertas, lo que fomentaría su uso por sobre la negociación responsable en la etapa de negociación directa.

No obstante, conforme a lo señalado en el inciso (a) del numeral (i) de la presente subsección I.3.4, Y_s suele ser un punto cercano, pero no igual, a la división de la suma de las ofertas, para que sea aceptado por ambas partes.

- (b) Valoración independiente de las ofertas.

Bajo el modelo de división de la suma de las ofertas anteriores, el árbitro o tribunal arbitral otorgaba un mismo peso tanto a la oferta del sindicato como a la del empleador.

Sin embargo, bajo el modelo de valoración independiente de las ofertas, el árbitro o tribunal arbitral otorga un peso distinto a cada una de las ofertas, de acuerdo a su razonabilidad, por lo que las partes tienen incentivos positivos para moderarlas y no remitir maximizaciones extremas de sus funciones de utilidad individuales.

En tal sentido, el laudo arbitral sería representado de la siguiente manera:

$$Y_s = \delta Y_m + (1 - \delta) Y_u$$

Donde δ representa el peso relativo que el árbitro o tribunal arbitral coloca sobre la oferta del empleador Y_m , poniendo el resto $(1 - \delta)$ sobre la oferta del sindicato.

No obstante, un modelo como éste sería evidentemente inadecuado, dado que el árbitro o tribunal arbitral no establecerá el peso relativo δ a colocar sobre la oferta del empleador de manera aleatoria, sino respecto de un estándar.

Al respecto, Bazerman y Farber³⁴ señalan lo siguiente: “Es irrazonable (...) argumentar que los árbitros ignoran los hechos de un caso y se enfocan exclusivamente en las ofertas de las partes. Si esto fuera cierto, las partes tendrían incentivos para hacer sus ofertas finales muy extremas. Un factor importante para mantener las ofertas razonables es que el árbitro

juzgará que las ofertas extremas son irrazonables y pondrá menos peso sobre tales ofertas. A fin de juzgar una oferta como razonable o irrazonable, el árbitro debe tener un estándar contra el cual juzgar las ofertas. Este estándar seguramente estará basado en los hechos del caso.”

En tal sentido, luego de haber analizado los modelos desarrollados en los numerales (i) y (ii) de la presente subsección I.3.4, consideramos que un modelo de laudo arbitral adecuado debería estar necesariamente basado en los hechos del caso y en las ofertas de las partes.

- (iii) Modelo basado en los hechos del caso y las ofertas de las partes.

Como mencionamos anteriormente, un modelo de laudo arbitral debería estar basado tanto en los hechos del caso como en las ofertas de las partes para ser considerado adecuado.

Al respecto, un modelo adecuado estaría representado según se indica a continuación:

$$Y_s = \Psi Y_e + (1 - \Psi) [\delta Y_m + (1 - \delta) Y_u]$$

El parámetro Ψ representa el peso relativo que el árbitro o tribunal arbitral coloca sobre su concepto de los hechos (Y), poniendo el resto $(1 - \Psi)$ sobre las ofertas del empleador y el sindicato.

No obstante, al igual que en el caso del inciso (b) del numeral (ii) de la presente subsección I.3.4, el árbitro o tribunal arbitral no establecerá el peso relativo Ψ a asignar a los hechos de manera aleatoria, sino respecto de un estándar como la calidad de las ofertas de las partes, ya que, de otro modo, éstas podrían tener incentivos positivos para presentar ofertas extremas.

Siendo así, el peso relativo Ψ debe ser una función de la diferencia entre las ofertas de las partes. Así, el peso relativo Ψ que el árbitro asigne a los hechos del caso estará directamente relacionado con la distancia que exista entre las ofertas de las partes, que es una manera objetiva de establecer qué tan extremas son:

$$\Psi = f(Y_u - Y_m)$$

El árbitro o tribunal arbitral deberá entender que las ofertas de las partes no son extremas y, por tanto, brindan información útil respecto del valor ideal del laudo arbitral cuando están poco distanciadas, ya que una diferencia pequeña daría a entender que las partes tienen una idea similar del laudo arbitral para el caso en concreto. En este caso, el árbitro o tribunal arbitral deberá asignar un mayor peso relativo a las ofertas de las partes.

Por otro lado, el árbitro o tribunal arbitral deberá entender que las ofertas de las partes son extremas y, por tanto, no brindan información útil respecto del valor ideal del laudo arbitral, cuando están muy distanciadas. En este caso, el árbitro o tribunal arbitral deberá asignar un mayor peso relativo a su propio concepto de los hechos.

IV. ANÁLISIS JUEGO - TEORÉTICO DEL SISTEMA DE ARBITRAJE DE OFERTA FINAL

1. Descripción general

Como indicáramos en la sección I.3.1, bajo Arbitraje Convencional, el árbitro o tribunal arbitral genera un concepto propio de los hechos (Y) a partir del cual modela su concepto de “laudo justo” (Y), que no corresponde a ninguna de las ofertas de las partes (Y_u o Y_m) sino que es un punto medio entre estas.

Asimismo, se señaló que, debido a su modalidad de formulación de laudos arbitrales, el sistema de Arbitraje Convencional tendría dos (2) efectos negativos respecto de la etapa de negociación directa denominados: (i) el “efecto escalofrío” (*chilling effect*); y, (ii) el “efecto narcótico” (*narcotic effect*).

Debido a los efectos negativos del Arbitraje Convencional, Carl Stevens, en el artículo denominado “*Is Compulsory Arbitration Compatible with Bargaining?*”, publicado en el año 1966, señaló que los sistemas arbitrales (en específico, el Arbitraje Convencional, que era el único utilizado en ese entonces) debían ser modelados de manera que ellos mismos desincentivaran su uso en favor del desarrollo de comportamiento de concesión en la etapa de negociación directa, creando lo que ahora se conoce como Arbitraje de Oferta Final.

En tal sentido, Bolton y Katok³⁵ mencionan que:

“La preocupación por las consecuencias del sobreuso (overuse) ha influenciado el arbitraje en la práctica (...). La razón para las ofertas finales comienza con el reclamo de que, cuando pueden decidir libremente, los árbitros tienden a dividir la diferencia (split the difference) entre las posiciones de negociación finales, y así “enfrían” el incentivo a comprometerse durante las negociaciones. El procedimiento de oferta final ofrece un remedio sencillo: prohíbe los laudos en que se “divide la diferencia” y limita al árbitro a elegir entre las propuestas finales de los negociadores.”

Bajo Arbitraje de Oferta Final, a diferencia del Arbitraje Convencional, el laudo arbitral no será igual a Y_s (el concepto de “laudo justo” del árbitro o tribunal arbitral),

sino que deberá ser igual a Y_u (oferta del sindicato) o Y_m (oferta del empleador) y nunca un punto medio entre éstas.

Así, Gibbons³⁶ señala lo siguiente: “*En el arbitraje de oferta final, las partes presentan ofertas salariales simultáneamente y el árbitro impone una de ellas como la solución; en el arbitraje convencional, la elección de la solución del árbitro es ilimitada.*”

Asimismo, Dickinson³⁷ menciona que:

“La idea original detrás de la sugerencia de que FOA incrementaría los acuerdos negociados respecto de CA³⁸ es que FOA³⁹ elimina el “medio” de la distribución del acuerdo del árbitro, por lo que se incrementa la incertidumbre relativa a CA, así que los disputantes con aversión al riesgo tendrán controversias más bajas en FOA que en CA.”

Al respecto, cabe señalar que el árbitro o tribunal arbitral no elige Y_u o Y_m como laudo arbitral de manera aleatoria, sino que elegirá la oferta más cercana a su concepto de “laudo justo” (*i.e.* Y) bajo la asunción de que ésta es más razonable que la oferta más lejana, por lo que las partes tienen incentivos positivos para moderar sus ofertas.

Así, Wittman⁴⁰ menciona que:

“En el arbitraje de oferta final, las dos partes de una disputa transmiten sus ofertas finales a un árbitro. El árbitro elige como la solución vinculante la oferta que está más cerca de su visión propia del resultado apropiado. El arbitraje de oferta final es utilizado para resolver disputas obrero-patronales que implican empleados públicos (...) y para resolver controversias salariales en las ligas mayores de béisbol.”

Asimismo, Bloom y Cavanagh⁴¹ mencionan que:

“El arbitraje de oferta final provee a los negociadores un incentivo para moderar sus posiciones dado que posiciones menos extremas presumiblemente tienen más altas probabilidades de ser seleccionadas por el árbitro.”

En tal sentido, el Arbitraje de Oferta Final crearía en las partes dos (2) tipos de incertidumbre que genera en ellas incentivos negativos para maximizar sus ofertas e incentivos positivos para moderarlas:

- (i) Incertidumbre respecto del concepto de “laudo justo” del árbitro o tribunal arbitral, dado que las partes no tienen capacidad de conocer de antemano cómo éste es generado.
- (ii) Incertidumbre respecto del laudo arbitral, dado que cada parte entiende que este no solo depende de la moderación de su propia oferta, sino también

35 BOLTON, Gary E. y KATOK, Elena, op.cit., p. 2.

36 GIBBONS, Robert, op.cit., p. 896.

37 DICKINSON, David L., op.cit., p. 291.

38 Conventional Arbitration

39 Final Offer Arbitration

40 WITTMAN, Donald, “Final-Offer Arbitration”, en Management Science, Volumen Nro. 32, Nro. 12, Estados Unidos de América, 1986, p. 1551.

41 BLOOM, David E. y CAVANAGH, Christopher L., “Negotiator Behavior under Arbitration”, op.cit., p. 356.

del concepto de “laudo justo” del árbitro o tribunal y del nivel de moderación de la oferta de la contraparte, que no puede conocer.

Al respecto, Farber y Katz⁴² señalan:

“Se argumenta que el arbitraje convencional “enfriaría la negociación” dado que las partes tienen poca o ninguna incertidumbre sobre el comportamiento del árbitro. El arbitraje de oferta final ha sido sugerido como una alternativa al arbitraje convencional que está bien diseñada para generar exactamente el tipo de incertidumbre sobre la localización del laudo arbitral que está bien calculado para obligar a las partes a buscar seguridad en el acuerdo (negociado). Así, el arbitraje de oferta final fue concebido como una técnica para incrementar la incertidumbre sobre la decisión del árbitro”.

Así, el impacto del laudo arbitral sobre las partes es mayor bajo Arbitraje de Oferta Final que bajo Arbitraje Convencional debido a lo siguiente:

- (i) Bajo Arbitraje Convencional, el impacto del laudo arbitral (al ser un punto cercano a la media de las ofertas) sobre las partes es: (a) conocido, dado que ambas saben de antemano que el laudo arbitral depende únicamente del concepto de “laudo justo” del árbitro o tribunal arbitral; y, (b) reducido, dado que ambas entienden que el laudo arbitral implicará una reducción parcial y nunca total de la oferta perdedora, por lo que una derrota no representa un gran riesgo para la parte perdedora.

Siendo así, los costos de disputa del Arbitraje Convencional son bajos y las tasas de disputa en la etapa de negociación directa cuando se utiliza este sistema arbitral son altas, por lo que las probabilidades de llegar a un acuerdo negociado en la etapa de negociación directa son bajas.

En tal sentido, bajo Arbitraje Convencional, las partes no tienen incentivos positivos para llevar a cabo comportamiento de concesión en la etapa de negociación directa, por lo que formulan ofertas irrazonables que no representan sus funciones de utilidad individuales reales.

Al respecto, Ashenfelter, Currie, Farber y Spiegel⁴³ señalan:

“Bajo el arbitraje convencional, no existen ofertas vinculantes hechas al árbitro. Aunque nuestros sujetos experimentales se propusieron ofertas uno al otro en el camino para alcanzar acuerdos, estas ofertas son una forma de “habla barata” (cheap talk) bajo CA dado que los negociadores no pagaron penalidad alguna por hacer deman-

das indignantes. Bajo FOA (...), sin embargo, las partes remitieron ofertas finales que podrían bien ser aceptadas e implementadas a través del proceso arbitral. Las demandas indignantes son costosas en estos sistemas ya que pueden llevar al árbitro a aceptar la propuesta del oponente”.

- (ii) Bajo Arbitraje de Oferta Final, el impacto del laudo arbitral (al ser igual a la oferta más razonable y nunca un punto medio entre las ofertas) sobre las partes es: (a) desconocido, dado que las partes no pueden estimar cuál será el laudo arbitral al ser que éste no será igual al concepto de “laudo justo” del árbitro o tribunal arbitral, sino que dependerá de éste y de cuánto modere cada parte su oferta; y, (b) alto, dado que ambas entienden que el laudo arbitral implicará una reducción total de la oferta perdedora, por lo que una derrota representa un gran riesgo para la parte perdedora.

Al respecto, DeNisi y Dworkin⁴⁴ señalan:

“Una de las ventajas comúnmente atribuidas al arbitraje de oferta final es que dado que el “perdedor” bajo tal procedimiento debe asumir el costo de vivir con la oferta final de su opositor, las partes estarán muy motivadas para solucionar la disputa por ellos mismos antes que someterse a arbitraje”.

Siendo así, los costos de disputa del Arbitraje de Oferta Final son altos y las tasas de disputa en la etapa de negociación directa cuando se utiliza este sistema arbitral son bajas, por lo que las probabilidades de llegar a un acuerdo negociado en la etapa de negociación directa son altas.

Siendo así, debido a las distintas características del impacto del laudo arbitral diseñado bajo Arbitraje de Oferta Final respecto de aquel formulado bajo Arbitraje Convencional, ambos sistemas generarían efectos distintos respecto de la etapa de negociación directa.

Al respecto, Notz y Starke⁴⁵ señalan:

“Estas diferencias sugieren que los dos tipos de arbitraje deberían tener efectos diferentes sobre el proceso de negociación. Primero, las aspiraciones pre-negociación deberían verse afectadas, con las partes que anticipan un arbitraje de oferta final mostrando niveles de aspiración menores que los de aquéllos que anticipan un arbitraje convencional. Segundo, en la negociación real aquéllos que anticipan un arbitraje de oferta final deberían conceder más en un esfuerzo de alcanzar un acuerdo que aquéllos que anticipan un arbitraje convencional. Tercero, aquéllos que esperan un arbitraje de oferta final deberían sentirse más res-

42 FARBER, Henry S. y KATZ, Harry C., op. cit., p. 60.

43 ASHENFELTER, Orley, CURRIE, Janet, FARBER, Henry S. y SPIEGEL, Matthew, op. cit., p. 1428.

44 DENISI, Angelo S. y DWORKIN, James, B. “Final-Offer and the Naive Negotiator”, en *Industrial and Labor Relations Review*, Cornell University, Volumen Nro. 35, Nro. 1, Estados Unidos de América, 1981, p. 78.

45 NOTZ, William W. y STARKE, Frederick A., “Final-Offer versus Conventional Arbitration as Means of Conflict Management” en *Administrative Science Quarterly*, Volumen Nro. 23, Nro.2, Cornell University, Estados Unidos de América, 1978, p. 190.

pensables por los resultados de la negociación que aquéllos que esperan un arbitraje convencional.”

Por lo expuesto, cada una de las partes preferirá moderar su oferta lo más posible y llegar a un acuerdo negociado en la etapa de negociación directa antes que verse obligada a hacer uso del Arbitraje de Oferta Final y asumir el riesgo de una derrota total y los costos de disputa señalados.

Al respecto, Dickinson⁴⁶ señala lo siguiente:

“En CA, el árbitro es libre de imponer cualquier acuerdo, en tanto que las reglas de FOA estipulan que el árbitro está limitado a elegir entre una de las ofertas finales de los disputantes. FOA fue originalmente diseñado para incrementar los costos de incertidumbre del arbitraje y así inducir más acuerdos.”

No obstante, si bien cada una de las partes entiende que debe moderar su oferta lo más posible para que ésta sea elegida como laudo arbitral bajo Arbitraje de Oferta Final, esta moderación se llevará a cabo únicamente hasta un punto cercano a su mejor estrategia para llegar a un acuerdo negociado.

Al respecto, Bloom⁴⁷ señala:

“(…) bajo arbitraje de oferta final, se requiere a cada parte remitir al árbitro una sola oferta final y el árbitro está obligado a tomar una decisión que consta de una u otra de esas ofertas finales, sin establecer un punto intermedio (without compromise). El arbitraje de oferta final tiene la intención de inducir comportamiento de concesión por parte de los negociadores con aversión al riesgo (risk-averse bargainers), cada uno de los cuales percibe un intercambio entre la probabilidad de ganar el arbitraje y el tamaño del pago que ellos recibirán si ganan.”

Finalmente, cabe señalar que aun cuando las partes no logran un acuerdo negociado en la etapa de negociación directa, cada una de ellas preferirá moderar su oferta lo más posible al interior del Arbitraje de Oferta Final para que sea la elegida como laudo arbitral y así evitar una derrota total, lo cual brindará información útil al árbitro o tribunal arbitral respecto del valor real de Y_s .

A modo de ejemplo, asumamos que en un caso específico Y_m tiene un valor inicial de 1, Y_u tiene un valor inicial de 8 y el mejor y más justo acuerdo negociado tiene un valor de 5.

Dado que las partes conocen que su controversia será sometida a Arbitraje de Oferta Final de no llegar a un acuerdo negociado en la etapa de negociación directa, Y_m se modera a un valor de 2 e Y_u se modera a un valor de 6, pero aun así no llegan a adoptar un acuerdo negociado.

Aun cuando las partes no hubiesen llegado a un acuerdo negociado, el Arbitraje de Oferta Final permite que el árbitro o tribunal arbitral obtenga información útil respecto del valor real de Y_s , dado que la moderación de las ofertas llevada a cabo por las partes reduce el rango de su posible ubicación (i.e. el árbitro o tribunal arbitral tiene menos posibilidades de laudo arbitral para analizar, lo que simplifica su labor). Asimismo, el Arbitraje de Oferta Final tendría un efecto favorable para ambas partes, ya que el laudo arbitral tendría un valor más cercano al mejor y más justo acuerdo negociado que aquel que se hubiera obtenido en un Arbitraje Convencional en que el rango de posible ubicación de Y_s no se ve reducido.

2. Rol del sistema arbitral

Como señaláramos en la sección I.2.4, la finalidad juego-teórica del arbitraje laboral debe ser desincentivar su propio uso en favor de la promoción de comportamiento de concesión en la etapa de negociación directa.

Al respecto, el Arbitraje de Oferta Final implica costos de disputa sumamente altos para ambas partes, ya que la parte que lleve a cabo menor comportamiento de concesión (i.e. realice menos concesiones y modere menos su oferta) sufriría una reducción total de su oferta y perdería por completo.

En esta línea, Long y Feuille⁴⁸ señalan lo siguiente:

“(…) bajo el procedimiento de oferta final, un árbitro no sería libre de establecer un punto medio (to compromise) entre las posiciones de las partes sino que le sería requerido aceptar una posición o la otra in Toto (…) el proceso, en lugar de enfriar la negociación, inducirá a las partes a desarrollar su posición más razonable de manera previa a la decisión del árbitro. La posibilidad de que cualquiera de las partes “pueda perder completamente el juego de pelota” tiene la intención de actuar como un incentivo psicológico, económico y político para que las partes lleguen a un acuerdo (…) el procedimiento de oferta final funciona como un mecanismo similar a la huelga al imponer severos costos de desacuerdo en una manera en que el arbitraje convencional no lo hace.”

Debido a esto, ambas partes preferirán moderar sus ofertas lo más posible para evitar el uso del Arbitraje de Oferta Final, lo cual reducirá las tasas de disputa e incrementará las probabilidades de llegar a un acuerdo negociado en la etapa de negociación directa.

En tal sentido, los altos costos de disputa relacionados con el Arbitraje de Oferta Final desincentivarían su uso y cumplirían con la finalidad juego-teórica del arbitraje laboral señalada.

46 DICKINSON, David L., op.cit., p. 289.

47 BLOOM, David E., op.cit., p. 1.

48 LONG, Gary y FEUILLE, Peter, op.cit., p. 190.

Al respecto, Farber⁴⁹ señala lo siguiente:

“El rol de cualquier mecanismo de resolución de controversias en el proceso de negociación colectiva, ya sea una huelga o una forma de arbitraje, es imponer costos sobre las partes en caso de desacuerdo con el fin de proveer un incentivo a las partes para llegar a un acuerdo negociado. La huelga impone costos sobre las partes directamente a través de salarios y producción perdidos. Los esquemas arbitrales también pueden imponer costos directamente sobre las partes en la forma de tarifas de abogados, pagos a los árbitros, tiempo y similares. Aunque los costos directos pueden ser importantes, el primer canal a través del cual FOA impone costos sobre las partes es fundamentalmente diferente. Es la incertidumbre concerniente al laudo arbitral combinada con la aversión al riesgo de las partes lo que hipotéticamente hace de FOA una alternativa costosa (...) La incertidumbre de las partes concerniente a qué es lo que el árbitro considera justo alienta los acuerdos negociados”.

3. Modalidades de Arbitraje de Oferta Final

El Arbitraje de Oferta Final puede llevarse a cabo bajo dos (2) modalidades, de acuerdo a la cantidad de ofertas que deba ser presentada por cada una de las partes al árbitro o tribunal arbitral, denominadas: (i) Arbitraje de Oferta Final con paquete único; y, (ii) Arbitraje de Oferta Final con doble paquete.

(i) Arbitraje de Oferta Final con paquete único (FOA package).

Bajo Arbitraje de Oferta Final con paquete único, cada una de las partes debe remitir una única oferta final al árbitro o tribunal arbitral, que establecerá como laudo arbitral aquélla que se encuentre más cerca de su concepto de “laudo justo”.

(ii) Arbitraje de Oferta Final con doble paquete (dual FOA package).

Bajo Arbitraje de Oferta Final con doble paquete, cada una de las partes tiene la posibilidad de presentar dos (2) ofertas finales ante el árbitro o tribunal arbitral.

La posibilidad de que las partes puedan proponer dos (2) ofertas finales distintas les brinda una mayor flexibilidad para:

- (a) Llevar a cabo la formulación de las ofertas, ya que podrían enfocar cada una en una materia distinta (e.g. el empleador podría presentar al sindicato una oferta enfocada en un aumento salarial y otra en beneficios sociales).
- (b) Afrontar las presiones sobre su accionar al interior del sistema arbitral (e.g. el sindicato podría presentar al empleador una oferta con

diversos pedidos de sus miembros sólo para complacerlos y otra moderada a fin de que sea aceptada por el empleador).

Asimismo, la posibilidad de que las partes puedan proponer dos (2) ofertas finales distintas genera una mayor incertidumbre en las partes respecto del laudo arbitral.

Al respecto, Long y Feuille⁵⁰ señalan lo siguiente:

“Las ofertas duales incrementan la incertidumbre sobre ambos lados de la mesa. Si una parte sólo tuviera que presentar una oferta, parece razonable esperar que esta oferta sea próxima a su posición final de negociación (i.e. su posición final en la etapa de negociación directa) y la otra parte estaría al tanto de esto. Esta certidumbre relativa es sustancialmente reducida cuando cada parte puede presentar dos ofertas, ya que aún si una oferta sí fuera próxima a su posición final de negociación, la otra podría no serlo. Esta incertidumbre no sólo pone presión sobre ambas partes para ser más “razonables” en sus ofertas, sino que también incrementa la probabilidad que cada parte pueda tener una oferta tan cercana a una oferta de la otra parte que ambos bandos puedan alcanzar su propio acuerdo.”

No obstante, debemos señalar que el Arbitraje de Oferta Final con doble paquete no es utilizado actualmente debido a que su estructura, si bien trae consigo los efectos positivos señalados, y las diferencias respecto del Arbitraje de Oferta Final con paquete único son difícilmente explicables a las partes y a los legisladores que implementarán el marco legal.

Por lo tanto, el Arbitraje de Oferta Final con paquete único suele ser la modalidad de Arbitraje de Oferta Final usualmente empleada para resolver conflictos laborales.

4. Modelo de laudo arbitral bajo Arbitraje de Oferta Final

Como señaláramos en el numeral (iii) de la sección I.3.4, un modelo de laudo arbitral adecuado debería estar basado tanto en los hechos del caso como en las ofertas de las partes.

En tal sentido, el Árbitro o Tribunal arbitral deberá establecer su propio concepto de “laudo justo” (Y) de acuerdo al siguiente modelo de laudo arbitral:

$$Y_s = \gamma Y_e + (1 - \gamma) [\delta Y_m + (1 - \delta) Y_n]$$

No obstante, bajo Arbitraje de Oferta Final, el árbitro o tribunal arbitral no podrá imponer Y_s como laudo arbitral, sino que éste deberá ser igual a Y_n (oferta del sindicato) o Y_m (oferta del empleador), dependiendo

49 FARBER, Henry, op.cit., p. 684.

50 LONG, Gary y FEUILLE, Peter, op.cit., página 198.

de cual sea la oferta más cercana a su concepto de “laudo justo” (Y_j).

Por lo tanto, el Árbitro o Tribunal Arbitral elegirá la oferta del empleador (Y_m) si la diferencia entre su concepto de “laudo justo” (Y_j) y la oferta del empleador (Y_m) es menor que la diferencia entre la oferta del sindicato (Y_u) y su concepto de “laudo justo”:

$$Y_s - Y_m < Y_u - Y_s$$

Al reordenar las variables, puede observarse que la probabilidad de que la oferta del empleador (Y_m) sea elegida es igual a la probabilidad de que el concepto de “laudo justo” (Y_j) del árbitro o tribunal sea menor a la media de las ofertas:

$$\Pr(\text{ch M}) = \Pr\left(Y_s < \frac{Y_m + Y_u}{2}\right)$$

Debido a que se asume que la oferta del empleador (Y_m) siempre será baja, el hecho que la media de las ofertas sea mayor al concepto de “laudo justo” (Y_j) implicaría

que la oferta del sindicato (Y_u) es muy alta y, por tanto, irrazonable.

Por otro lado, el Árbitro o Tribunal Arbitral elegirá la oferta del sindicato (Y_u) si la diferencia entre su concepto de “laudo justo” (Y_j) y la oferta del empleador (Y_m) es mayor que la diferencia entre la oferta del sindicato (Y_u) y su concepto de “laudo justo”:

$$Y_s - Y_m > Y_u - Y_s$$

Al reordenar las variables, puede observarse que la probabilidad de que la oferta del sindicato (Y_u) sea elegida es igual a la probabilidad de que el concepto de “laudo justo” (Y_j) del Árbitro o Tribunal sea mayor a la media de las ofertas:

$$\Pr(\text{ch U}) = \Pr\left(Y_s > \frac{Y_m + Y_u}{2}\right)$$

Debido a que se asume que la oferta del empleador (Y_m) siempre será baja, el hecho que la media de las ofertas sea menor al concepto de “laudo justo” (Y_j) implicaría que la oferta del sindicato (Y_u) es baja y, por tanto, razonable.