



Raffo Velásquez Meléndez^(*)

Arbitraje Laboral Potestativo como *Final Offer Arbitration*^(**)

Facultative Labour Arbitration as Final Offer Arbitration

Resumen: El presente artículo explica cómo se ha formado y perfilado el arbitraje potestativo laboral mediante las sentencias del Tribunal Constitucional, con el fin de que los trabajadores o el empleador pueden recurrir y solicitar el inicio de un arbitraje al que su contraparte deberá someterse obligatoriamente, sin necesidad de cláusula arbitral o acuerdo previo. El sistema constitucional exige que el arbitraje laboral sea un mecanismo subsidiario ante la respuesta negativa de las negociaciones previas.

Palabras clave: Arbitraje Laboral Potestativo - Negociación - Salario - Empleador - Trabajador.

Abstract: This article explains how it was formed and shaped the Facultative Labour Arbitration optional by the judgments of the Constitutional Court, in order to that the workers or the employer may resort and request the initiation of arbitration which their counterpart must be submitted obligatorily, without previous arbitration clause or agreement. The constitutional system requires that the labor arbitration has to be an alternative mechanism to the negative response of the previous negotiations.

Keywords: Final Offer Arbitration - Baseball - United States - Damaska - Negotiation - Salary - Employer - Worker.

1. Una Historia mal contada

Un no tan joven abogado despierta inspirado a ponerse a escribir ese cuento que hace tiempo viene meditando y que le hará salir de su rutina de escritos legales. Pronto su poca cultura literaria y escasa imaginación le pasan la factura, pues el relato del abogado escritor evidencia su poca

(*) Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Especialista en Prevención y Solución de Conflictos. Consejero en el Estudio Miranda & Amado Abogados.

(**) Nota del Editor: el presente artículo fue recibido el 31 de marzo del 2015 y aprobada su publicación el 15 de abril del mismo año.

Arbitraje Laboral Potestativo como Final Offer Arbitration *Facultative Labour Arbitration as Final Offer Arbitration*

originalidad. El escenario que describe es similar al del libro “El Proceso” de Kafka y el personaje principal se parece mucho a él, un letrado que se dice procesalista y constitucionalista y, por añadidura, “arbitrólogo” (habilidades que el ego le dice que domina, pero que la sensatez y la realidad le obligan a no proclamar).

Pero veamos de qué trata su historia.

Un abogado experto ha oído de un proceso arbitral difícil de comprender para las mentes procesalistas, arbitrales y constitucionales. Desde luego, se siente especial, y confía en que el intrincado proceso al que se enfrenta no será reto para sus engañosos conocimientos jurídicos.

Lo primero que sabe es que se trata de un arbitraje obligatorio, en donde, de darse el supuesto habilitante, las partes no tienen más opciones que aceptar la competencia arbitral. Por un momento cree que el reto se acabó y que debe dar una respuesta ya acostumbrada: “La norma es inconstitucional, por lo que la controversia debe trasladarse a la vía judicial donde se solicite su inaplicación y se discuta el fondo del caso”. Luego se entera que la constitucionalidad de esa vía arbitral ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional e incluso por organismos supranacionales. No le queda más que abordar la regulación del proceso arbitral.

Se pone a revisar la ley para averiguar qué temas se ventilan en la demanda y contestación. La respuesta que encuentra es simple a la vez que inverosímil para sus ojos ortodoxos: no hay demanda, ni contestación. Esto hace que empiece a padecer una incertidumbre similar a la que experimentó cuando quiso saber si la posesión es un hecho o un derecho o, cuando trató de definir la naturaleza jurisdiccional o no del arbitraje.

Entonces, hace lo que solo las grandes mentes del Derecho pueden hacer, se pregunta por la naturaleza jurídica de ese proceso. Otra vez cree que encontró la salida, pues se dice a sí mismo: “Si no hay demanda, ni contestación, entonces no hay proceso. La esencia de éste es que exista controversia o *litis* como diría el maestro Carnelutti. De modo que esto es cualquier cosa, menos un proceso”.

Muy poco le dura su sentimiento triunfal al notar que sí existe controversia que es decidida por un Tribunal Arbitral.

De inmediato se pregunta por esa decisión, qué soluciona el proceso y cómo lo hace. La respuesta le sorprende aún más que el hecho de saber que está ante un arbitraje sin autonomía de la voluntad. No hay demanda ni contestación, sino que cada parte debe llevar su propuesta de solución desde el inicio, el Tribunal debe elegir una y descartar otra. No hay opción de un punto medio, se elige por entero una propuesta, que termina siendo el laudo, y se descarta, también por completo, la otra opción.

El abogado ahora sí se siente atrapado en un proceso que no comprende. Le vuelve esa sensación extraña y perturbadora de que es un mortal más en el mundo jurídico y que la sensatez le susurra cada cierto tiempo.

Todo lo que creía saber no le sirve, que es lo mismo que no saber nada. Un proceso sin justicia aristotélica en donde no se busque dar a cada uno lo que corresponde, es contradictorio con cada discurso legal que ha leído o escuchado. Y es que si uno de los actores sólo tiene un poco de razón y el otro tiene otro tanto de razón, los árbitros no podrán elegir una combinación de las propuestas, no tienen opción de fijar un punto medio. Es todo o nada.

Las dudas van y vienen, y se asientan más en él cada vez que mira a ese proceso arbitral a través del vitral de sus clásicos conocimientos jurídicos. El abogado experto se interroga cómo saber si el laudo está debidamente motivado, pues si es un laudo redactado por una de las partes, no le queda claro cómo es que rige la exigencia de motivación?, eso le lleva a preguntarse si ¿importa la prueba o no?, o a reclamar ¿cómo se debe persuadir al Tribunal a elegir una opción y descartar otra?

En fin, será mejor que dejemos ahí la historia, pues, muy probablemente, es un intento inútil por amenizar la presentación de las dudas que



Raffo Velásquez Meléndez

pueden surgir en torno a un proceso de estructura tan poco usual como el arbitraje laboral potestativo. En todo caso, si luego de soportar ese discurso, el lector sigue ahí, lo mejor será que recompensemos su generosidad y abordemos, de una buena vez, el real del sentido que subyace en ese arbitraje.

2. El Arbitraje Laboral Potestativo

2.1. Su creación

En agosto del 2009 una decisión (y sus aclaratorias) del Tribunal Constitucional inició el camino para perfilar el arbitraje potestativo laboral⁽¹⁾. A ella se sumaron otros fallos⁽²⁾ que han dejado en claro que el arbitraje previsto en el artículo 61 del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas (LRC) es potestativo, ordenando incluso que una empresa se someta al arbitraje iniciado por un sindicato. Esto quiere decir que ante negociaciones colectivas infructuosas, los trabajadores o el empleador pueden solicitar el inicio de un arbitraje al que su contraparte deberá someterse, sin necesidad de cláusula arbitral o acuerdo previo.

Según el Tribunal Constitucional, esto pretende evitar un estado de indefensión de los trabajadores, pues bastaría la negativa del empleador para evitar el arbitraje como medio pacífico de negociación colectiva, obligando a ejercer el derecho de huelga como medio no pacífico de negociación. En ese sentido, Farber y Katz recuerdan que “Las huelgas crean una zona de potenciales acuerdos que ambas partes consideran superiores al resultado de una huelga que impone costos directos en los ingresos no percibidos por ambos lados. Cada parte está dispuesta a sacrificar alguna potencial ganancia con tal no evitar los costos de la huelga”⁽³⁾.

Antes de esos fallos, la lectura común de la norma citada era que regulaba un típico arbitraje voluntario, de modo que bastaba la negativa de una de las partes para que no sea

activado. Los trabajadores entonces tenían aún la posibilidad de recurrir a la huelga que, en tanto derecho constitucional, sería una forma legítima de presionar o incentivar una negociación colectiva con la empresa.

En línea con los nuevos criterios del Tribunal Constitucional, el artículo 61-A del Reglamento de la LRC reconoce que estamos ante un arbitraje potestativo, delimitando los supuestos que habilitan su uso. Dispone así que cabe su acceso en: (i) la primera negociación colectiva cuando las partes no se ponen de acuerdo sobre los alcances o el contenido del eventual convenio; y, (ii) cuando existen actos de mala fe de cualquiera de las partes que procuren dilatar, entorpecer o evitar un acuerdo⁽⁴⁾.

Veremos que la consecuencia lógica de una negociación de mala fe es que quien lo cometa esté impedido de iniciar el arbitraje.

La incorporación de ese arbitraje potestativo ha inundado las revistas y libros de derechos con comentarios a favor y en contra. Una de las principales críticas atañe a su existencia misma, pues se considera inaudito un arbitraje sin autonomía de la voluntad, sin acuerdo previo de ambas partes en someterse al mismo.

Otra crítica más elaborada dice que ese arbitraje partiría de una lectura inconstitucional pues, en el caso de la negociación colectiva, eliminaría el ejercicio de ese derecho fundamental, pues si un árbitro impone una

- (1) STC 3561-2009-AA, Caso Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao contra la Asociación Peruana de Operadores Portuarios, la Asociación Peruana de Agentes Marítimos y la Asociación Marítima del Perú.
- (2) STC 2566-2012-AA, publicado el 16 de julio de 2013, Caso Sindicato Nacional de Unidad de Trabajadores contra la SUNAT y STC 3243-2012-AA, publicada el 26 de mayo de 2014, Federación de Trabajadores del Sector Comunicaciones del Perú contra Telefónica Gestión de Servicios Compartidos S.A.C.
- (3) Henry S. Farber y Harry C. KATZ, “*Interest arbitration, outcomes, and the incentive to bargain,*” en *Industrial and Labor Relations Review*, 33 (1979), 56.
- (4) Cabe indicar que, la Resolución Ministerial 284-2011-TR establece la obligación de ambas partes negociar de buena fe y enumera una lista no taxativa de actos de mala fe que perturban la negociación colectiva.

Arbitraje Laboral Potestativo como Final Offer Arbitration *Facultative Labour Arbitration as Final Offer Arbitration*

decisión ya no es una negociación. Y respecto de la huelga, se desincentivaría su ejercicio ante la falta de un acuerdo, cuando lo que corresponde, en tanto derecho constitucional, es incentivarlo.

Curiosamente, la nota común en las posturas que se ponen a favor de ese arbitraje potestativo rehúyen a responder a las críticas planteadas y sólo hablan de sus beneficios, resaltando que se habría creado un mecanismo que fuerza negociar de buena fe a las empresas (obvian la posibilidad de mala fe de los trabajadores).

2.2. Su regulación

El Reglamento de la LRC establece que luego de tres meses de negociaciones infructuosas, las partes tienen habilitado la posibilidad de acudir a un arbitraje en donde se resuelva lo que no pudo llegar a un acuerdo. Sin embargo, suele ocurrir que se inician arbitrajes donde se trasladan asuntos que no estaban en el pliego de reclamos y, por ende, que no pasaron a una negociación. Tal arbitraje estará viciado, pues como resaltan las críticas a este sistema, la negociación colectiva exige que antes exista eso, una negociación, sólo si ésta se frustra, se podrá pasar a la etapa arbitraje, donde la solución se impone y no se negocia.

En suma, sólo si la negociación directa fracasa, concurriría el supuesto que prevé la norma y los fallos del Tribunal Constitucional para entrar a un arbitraje que permita llegar a una solución. El sistema constitucional entonces exige que el arbitraje laboral sea un mecanismo subsidiario que opera ante el fracaso de las negociaciones.

Ya entrados al arbitraje, llama la atención que desde un inicio cada una de las partes deba ofrecer su propuesta de laudo que incorpora una negociación colectiva. El árbitro sólo puede

elegir por entero una de las propuestas y, por consiguiente, rechazar la otra, no teniendo opción de un punto medio o de ponderar una solución que recoja una parte de acá y otra de allá. Podemos recordar aquí las dudas que se planteaba el personaje de la historia inicial: no se aplica la justicia aristotélica que impregna a todo el sistema jurídico, en donde se debe dar a cada uno lo que corresponde. Eso ocurre indefectiblemente cuando se aplican normas de orden público, en donde la solución ya está digitada por el legislador.

Por eso se dispone que en el arbitraje laboral no se ventile materias de índole jurídica, sino económica en donde se discuten, por ejemplo, aumentos de salarios o beneficios económicos específicos, cuyos montos o criterios no están previstos en norma jurídica alguna, sino que depende del acuerdo entre trabajador y empleador. Eso evita acudir a una lógica aristotélica y enfocarse en una lógica negocial. De ahí que sea legítimo que el árbitro pueda elegir por entero una propuesta de laudo de las partes, pues no hay una solución ya digitada del legislador.

Eso de ningún modo significa que el árbitro tenga total discrecionalidad para elegir una propuesta. Si bien no debe motivar el laudo que ha propuesto una de las partes, sí debe motivar su elección, es decir, como mínimo debe decir por qué considera que la oferta que elige es mejor que la otra, lo que implica precisar por qué una propuesta se adecúa más con la realidad de los hechos⁽⁵⁾.

(5) La realidad que sustenta la elección es una exigencia mínima del ejercicio de toda potestad discrecional. Señala Desdentado Daroca que "si para ejercer una determinada potestad discrecional la Administración parte de la concurrencia de unos determinados hechos, esos hechos deben existir, pues la determinación de los mismos no es objeto de potestad discrecional que corresponda a la Administración; ésta no puede inventar la realidad ni desfigurarla". Eva Desdentado Daroca, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico* (Navarra: Aranzadi, 1999), 211 y 212. De igual modo, García de Enterría y Fernández señalan que: "Toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como presupuesto fáctico de la norma cuya aplicación se trata. Este hecho ha de ser una realidad como tal hecho (...) y ocurre que la realidad es siempre una y solo una: no puede ser y no ser al mismo tiempo (...) La valoración de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad, como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la



Raffo Velásquez Meléndez

Si a esa exigencia de la debida motivación le sumamos el derecho del contradictorio, defensa y prueba que ejercen las partes en el proceso arbitral, se debe concluir que el árbitro debe explicar también por qué descarta los argumentos de una parte contra la oferta de su contraparte que, finalmente, fue la que aceptó el árbitro. En efecto, si la norma prevé el ejercicio de esos derechos, pero no se exige a los árbitros ninguna clase de análisis de lo que dicen las partes o de las pruebas que ofrecen, sería lo mismo que negarles la posibilidad de ejercicio. De nada sirve una defensa o una prueba que no se valora.

Nuevamente, eso no habilita a los árbitros a construir la solución más “adecuada”, sino que su tarea es motivar en términos comparativos, decir por qué una solución es más adecuada que la otra, a pesar de los vicios que la otra parte haya denunciado.

3. Arbitraje laboral potestativo como **final offer arbitration**

3.1 El recurso al derecho comparado.

A estas alturas queda algo claro cómo funciona el arbitraje laboral potestativo, pero aún es necesario explicar la lógica que subyace en ese sistema, lo que nos permitirá comprender sus alcances y llenar algunos vacíos en su regulación.

No obstante, para aclarar más el panorama puede ser mejor que acudamos al derecho comparado, pues este arbitraje tiene la misma estructura, y por ello exige similares precauciones, que el llamado *final offer arbitration*. Ésta es una modalidad especial de arbitraje que surgió en las negociaciones colectivas de las Ligas Mayores de Beisbol de los Estados Unidos, aunque, ciertamente, es poco común su uso en otros campos como, por ejemplo, en las negociaciones salariales de algunos funcionarios públicos⁽⁶⁾.

Esa modalidad arbitral no tuvo problemas en ser incorporado al sistema estadounidense gracias a su cultura procesal. Para comprender esto último es necesario recordar los patrones de análisis que usa Damaska. Y es que los sistemas procesales pueden tener autoridades jerárquicas en donde hay un cuerpo profesional de juzgadores que aspiran a una aplicación uniforme del Derecho para lo cual usan reglas fijas, en cambio, en el modelo de autoridades paritarias, interesa más aplicar la justicia común en un caso concreto que seguir reglas abstractas, por lo que no requieren una profesionalización en sus funcionarios⁽⁷⁾.

Por eso es que, continúa Damaska, en el modelo jerárquico las decisiones incorporarán los criterios, políticas o valores que impone un Estado activista a través de sus normas. En cambio, en el modelo coordinado es más probable que existe un Estado reactivo a intervenir en la solución de los casos, se dejará más libertad a las partes para resolver sus controversias⁽⁸⁾.

Aunque no existen modelos puros, sino combinaciones, lo cierto es que nuestros litigios muestran una estructura más semejante con el modelo jerárquico-activo. Esto porque nuestra lógica frente a todo proceso judicial o arbitral es que el órgano resolutor debe emitir decisiones justas, acercándose a la verdad de los hechos y, en virtud de ellos, aplicar correctamente la norma o regla dictada por el legislador.

Administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. El milagro podemos decir, no tiene cabida en el campo del Derecho Administrativo”. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 12° ed. (Lima: Palestra-Temis, 2006), 509 y 510.

- (6) Una enumeración de la normativa que, de algún modo acoge modelos similares o parecidos a este arbitraje en Amy Moor Gaylord, “Interest Arbitration – Pros, Cons and How Tos”. ABA 2010 Annual Meeting - Section of Labor and Employment Law (San Francisco, August 2010), 13 y subsiguientes.
- (7) Mirjan Damaška, *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Traducción de Andrea Morales Vidal (Chile: Jurídica de Chile, 2000), 33-35.
- (8) Mirjan Damaška, *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, 129 y 140.

Arbitraje Laboral Potestativo como Final Offer Arbitration *Facultative Labour Arbitration as Final Offer Arbitration*

Como en el arbitraje laboral potestativo ese razonamiento al que estamos acostumbrados no aplica, se genera toda una confusión de conceptos como la que experimentó el personaje de la historia inicial. Y es que, como veremos, ese tipo de arbitraje se adecúa más a un modelo paritario-reactivo que es el que rige en la cultura procesal estadounidense y que, sin embargo, puede ser aplicado en las negociaciones colectivas de nuestro sistema, pues el escenario que procura este derecho es que, precisamente, prime la voluntad de las partes en un acuerdo y no que se imponga una regla de derecho.

En todo caso, debemos tener siempre presente que hay un problema que difícilmente desaparecerá y es que la lógica en que descansa el arbitraje laboral potestativo es distinta a lo tenemos asentado como idea de Derecho o de proceso. Bien señala Sacco que el Derecho de un país lo dictan las reglas, la doctrina, las máximas experiencia y la jurisprudencia, a los que llama formantes, y que en conjunto dan una idea del derecho aplicable⁽⁹⁾. En nuestro caso, las reglas jurídicas estatuyen un arbitraje potestativo que los formantes nacionales nos obligan a leer de un modo que nos lleva a aplicaciones incoherentes, pero que pueden ser corregida si es consciente de los diferentes formantes que sustentan este nuevo sistema arbitral.

3.2. El *Final offer arbitration* de las Ligas Mayores de Beisbol⁽¹⁰⁾

En los inicios del béisbol de ese país, los jugadores migraban de clubes según la oferta y demanda. Eso empezó a ser un problema para los dueños de los clubes quienes, acostumbrados a manejar a los jugadores, temían perderlos cada año. En secreto concertaron que cada club elija cinco jugadores que ningún otro podría quitar o recibir, aunque no tardaron mucho en extender luego ese acuerdo a todos sus jugadores. Crearon entonces una cláusula de reserva en donde, a falta de acuerdo entre jugador y club, el contrato se renovaba automáticamente por un año.

Desde luego, cada año los clubes se negaban a renegociar los términos del contrato y, como el aumento de salarios no era una exigencia jurídica, no había tribunales a donde los jugadores puedan acudir. Es decir, los clubes no tenían ningún incentivo para sentarse a negociar. De modo que una vez que un jugador entraba a un club, debía permanecer allí según sus condiciones originales o retirarse del béisbol porque ningún otro club lo aceptaría.

En 1922⁽¹¹⁾, 1953⁽¹²⁾ y 1972⁽¹³⁾ la Corte Suprema de EEUU desestimó demandas contra las cláusulas de reserva al considerar que las reglas de la ley antimonopolio no aplicaban al caso. Pero en el último caso señaló que las arbitrariedades existentes podían ser corregidas con medidas o adecuaciones del legislativo y no con decisiones de los tribunales. Eso allanó el camino para que la Asociación de Jugadores de Béisbol realice una negociación colectiva con los dueños de los clubes en donde acordaran mantener las cláusulas de reserva, siempre que las discusiones salariales se ventilen en arbitrajes. Sin darse cuenta, los clubes habían firmado el fin de sus ventajas en las negociaciones.

En 1975, un árbitro resolvió la reclamación *Messersmith v. Dodgers*, interpretando que la cláusula de reserva sólo permitía la renovación automática por un año, luego del cual el jugador es libre. Los dueños de clubes temían el éxodo de jugadores, y éstos temían que se hagan nuevas concertaciones para rebajarles los salarios. Eso incentivó nuevas negociaciones colectivas que fueron perfilando los arbitrajes salariales.

(9) Rodolfo Sacco, "Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law," en *American Journal of Comparative Law* 39 (1991), 21-23.

(10) Cfr. Robert A. McCORMICK, "Baseball's Third Strike: The Triumph of Collective Bargaining in Professional Baseball," *Vanderbilt Law Review*, No. 35 (1982), 1131 y subsiguientes. Jonathan M. Conti, "The Effect of Salary Arbitration on Major League Baseball," *Sports Lawyers Journal* 5 (1998), 221 y subsiguientes.

(11) *Federal Baseball Club Inc. of Baltimore v. National League of Professional Clubs* (259 U.S. 200).

(12) *Toolson v. The New York Yankees, Inc.* (346 U.S. 356).

(13) *Flood v. Kuhn*, 407 U.S. 258.



Raffo Velásquez Meléndez

Así, luego de cada temporada de juegos, se inician las negociaciones de salarios y, de no llegar a un acuerdo, arbitrajes en donde jugador y club formulan sus ofertas finales a un árbitro (*final offer arbitration*) ante quien exponen y justifican de modo confidencial sus propuestas. El árbitro optará sólo por una de las ofertas, sin poder crear un punto medio o una combinación de propuestas. Sin embargo, no es una elección enteramente discrecional, sino que debe sustentarse en ciertos elementos objetivos como el rendimiento, capacidad de liderazgo y marketing que genera el jugador, o en salarios comparables, defectos físicos o mentales, entre otros.

Desde luego, en todo momento es posible que las partes lleguen a un acuerdo, al menos hasta antes de elegirse la propuesta que formará parte del laudo. Este supuesto es común pues el temor a que prevalezca la oferta de la contraparte, que se desconoce, empuja a llegar a un acuerdo. El sistema parece descansar en el refrán: más vale malo conocido, que bueno por conocer.

3.3. Estructura económica y conductual del *Final offer arbitration*.

La lógica del *final offer arbitration* es generar incentivos para que, si las partes actúan racionalmente, lleven adelante una negociación de buena fe. Si sabemos que el árbitro elegirá sólo una de las ofertas planteadas, el temor a que elijan la opción de la contraparte exigirá que cada uno haga su mejor oferta posible. Una mejor oferta otorga más probabilidades de éxito. Esto forzará un sinceramiento de las pretensiones, un genuino compromiso de obtener un acuerdo justo, por lo que las ofertas estarán más cerca de un punto medio y no en extremos totalmente opuestos.

Algunos autores estiman que la asimetría de información entre las partes favorecerá también la negociación, pues si éstas no saben en qué documentos sustentará su pedido la otra parte, se elevará el temor de perder y se forzará la negociación. Por ello es que sistemas de *final offer arbitration*, como el arbitraje

de las Ligas Mayores de Béisbol, establecen audiencias confidenciales entre cada parte y el árbitro, a fin de mantener la asimetría de información como un medio de incentivar la negociación.

Sin embargo, tales sistemas pueden ser criticados fácilmente pues la asimetría de la información es un obstáculo que más bien frustra o perturba la actuación racional y los acuerdos eficientes. Y es que las partes incurrirían en irracionalidades como el exceso de confianza sobre sus posiciones, lo que les inclinaría a hacer ofertas inaceptables para la otra parte en la creencia que, ante la falta de acuerdo, tendrán buenas opciones en el arbitraje⁽¹⁴⁾. Estarán menos dispuestos a ceder y negociar.

Recuerda Sunstein que:

“La gente tiene un juicio interesado sobre lo que es justo y, asimismo, tiende a ser irrealmente optimista y excesivamente confiada sobre su manera de juzgar (...) ¿Por qué es que muchos conflictos no llegan a acuerdos? Parte de la respuesta está en el sesgo de autoservicio [autoconfianza] –la creencia de que uno merece más de lo que el resto de la gente suele creer- afecta a ambas partes de la negociación, lo cual hace que el acuerdo sea muy difícil”⁽¹⁵⁾.

Tal sesgo en el comportamiento, podría ser evitado o atenuado si las partes pueden conocer qué información maneja su contraparte, de modo que pueden calcular mejor sus opciones y acercarse así a un sinceramiento de sus propuestas y a negociaciones de buena fe en donde hagan sus mejores ofertas posibles.

(14) Cfr. Lucian Arye Bebchuk, “Litigation and settlement under imperfect information,” *Rand Journal of Economics*, Vol. 15, No. 3 (California, 1984), 406.

(15) Cass Sunstein, “Análisis conductual del Derecho”. Traducción de José Antonio Salgado Silva. *Themis* 62 (Lima, 2012), 58. Véase Colin Camerer y Dan Lovallo, “Overconfidence and excess entry”. En Kahneman & Tversky (editores), *Choices, values and Framesk* (Cambridge University Press, 2000), 414 y subsiguientes.

Arbitraje Laboral Potestativo como Final Offer Arbitration *Facultative Labour Arbitration as Final Offer Arbitration*

Tal escenario no elimina las irracionalidades como la aversión al riesgo que padecen las partes, pero tal aversión no es por el desconocimiento de las opciones que tiene la contraparte, sino porque no se tiene certeza sobre qué decidirá el árbitro. Y es que las personas no actúan racionalmente en escenarios de riesgos, pues dejan pasar opciones más beneficiosas para conservar otras menos ventajosas pero seguras. Como demostraron Kahneman (Premio Nobel de Economía 2002) y Tversky (fallecido en 1996), a las personas les disgusta más perder que ganar, de modo que las partes preferirán la certeza de pactar y perder algo concreto, frente a la incertidumbre de afrontar situaciones en donde, por ejemplo, tienen el 50% de opciones de ganar y el 50% de probabilidades de perder. Más aún, si se sabe que el árbitro no tiene opción de moderar o combinar las propuestas, sino que debe elegir sólo una de las ofertas.

Por eso es que existen otros tipos de *final offer arbitration* en donde las ofertas, documentos que los sustentan, y audiencias ante el árbitro son en presencia y con contradictorio de la otra parte, sistema que se asemeja más al arbitraje potestativo laboral y que, ciertamente, se adecúa mejor a nuestras exigencias constitucionales de contradictorio ya advertidas. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el *final offer arbitration* del béisbol no atenta contra el derecho al contradictorio pues allí se discute una única materia (salarios), de modo que las partes ya saben sobre qué ejercer sus defensas.

En todo caso, se debe tener en cuenta que el escenario buscado por el *final offer arbitration* es uno en donde se facilite y, de algún modo, empuje a negociar. Por lo que ese sistema busca contrarrestar el "efecto desaliento" que el arbitraje ordinario ocasiona en las negociaciones de las partes. Señala Feuille⁽¹⁶⁾ que los árbitros regularmente optan por una posición intermedia, lo que obstaculiza la negociación de buena fe, pues si las partes creen eso, no tendrán incentivos a ceder en sus posiciones para negociar, sino que, por el contrario, encontrarán más beneficios en tomar posiciones extremas. Eso explicaría porque las demandas de indemnización tienen ingentes números, a pesar que el actor sabe que le corresponde un pago menor. Total, se deben decir, si no le dan

lo que pide en exceso, no estarán perdiendo nada.

Si por desventura un árbitro se desvía del sistema del *final-offer*, optando por una solución intermedia o por una combinación de las ofertas, ya por consideraciones de justicia o por otras razones que estima valiosas, se generaría un perjuicio que atravesaría a todo el sistema. Se quebraría la confianza y los incentivos que invitan a hacer la mejor oferta posible. Éstas ya no serían necesarias pues se sabe que el árbitro podrá adecuarlas, lo que finalmente generará el efecto desaliento que se quiso evitar.

Eso también acabaría con los incentivos para la negociación extra-arbitral entre las partes. Si los árbitros tienen facultades de adecuación, entonces las partes tendrán menos aversión al riesgo de que prospere por entero la oferta del lado contrario y, por tanto, menos necesidad de negociar.

Y es que, como resaltan Farber y Katz, las preferencias de las partes para asumir riesgos determinan el tamaño de la zona de negociación, mientras que las diferentes expectativas a corto plazo sobre la decisión del árbitro, pueden modificar la zona de potenciales acuerdos según el riesgo que perciban las partes. En suma, concluyen los autores, es crucial para la operación de este tipo de arbitraje crear una zona de contrato, donde la aversión al riesgo domine sobre las partes⁽¹⁷⁾. De hecho, Carl M. Steven, el creador teórico del *final offer arbitration* señalaba que ese arbitraje estaba diseñado para generar la incertidumbre justa sobre la dirección que tendría el laudo, lo que estaba pensado para obligar a las partes a preferir la seguridad de un acuerdo⁽¹⁸⁾.

(16) Peter Feuille, "Final offer arbitration and the chilling effect," citado por Benjamin A. Tulis, "Final-offer 'baseball' arbitration: contexts, mechanics & applications," *Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law*, No. 20 (New Jersey, 2010), 89.

(17) Farber y Katz, "Interest arbitration, outcomes, and the incentive to bargain," 59.

(18) Carl M. Stevens, "Is Compulsory Arbitration Compatible With Bargaining?", en *Industrial and Labor Relations Review* 5 (1966), 46.



Raffo Velásquez Meléndez

En resumen, el *final offer arbitration* descansa en la idea de que, en lugar de desalentar la negociación, ésta debe ser alentada. Se recurre para ello a la aversión al riesgo en unos sistemas y en otros, además de eso, a la asimetría de información de las partes. La idea, de cualquier modo, es crear incentivos: (i) a favor de la negociación (más vale malo conocido que bueno por conocer); y, (ii) a favor de la buena fe entre las partes, de modo que hagan su mejor oferta posible (eso facilita un acuerdo y, a la vez, eleva las probabilidades de éxito en un arbitraje).

No obstante, falta una nota adicional y esencial para que el sistema funcione. Recuerda Meth que el temor al *final offer arbitration* invita a las partes a negociar, pues ese arbitraje empieza a verse como “una bomba de hidrógeno a punto de explotar que se pone en la mesa de negociación, y cuyo terror hace que las partes eviten tener que usarlo”⁽¹⁹⁾. La característica típica de esta modalidad arbitral es desincentivar su propio uso e invitar a negociar para evitar el riesgo de pérdida.

Esa cualidad sólo podrá ser posible si el *final offer arbitration* es un medio obligatorio de solución de controversias. El temor sólo surge cuando no hay opción de escapar a esa modalidad de litigio del todo o nada. Allí es cuando se puede forzar una negociación, pues de no llegar a un acuerdo, será inevitable caer en el temido arbitraje. Si fuera un medio facultativo de solución de controversias, bastaría la negativa de una de las partes para desactivar la bomba de hidrógeno ¿Quién teme una bomba que puede desactivar solo con su melodiosa voz? Nadie, por lo que no habrá aversión al riesgo, ni necesidad de negociar. El sistema simplemente no funcionaría.

4. Conclusión: otro enfoque del arbitraje potestativo laboral

Nuestros malhadados prejuicios abogadiles no deben hacernos descartar el análisis económico y conductual de una regulación laboral, más aún si nos permite lograr una mejor explicación a un sistema arbitral que bajo nuestros clásicos cánones de análisis jurídico, resulta bastante extraño.

El análisis realizado deja en evidencia que el propósito del arbitraje laboral potestativo es, curiosamente, incentivar que la solución no llegue por la vía arbitral, sino por un acuerdo entre las partes. Propósito que encuentra respaldo constitucional en el ejercicio del derecho a la negociación colectiva, pues se genera un escenario para favorecer el acuerdo voluntario entre las partes antes que esperar a una solución impuesta por un tercero.

Incluso si volvemos a nuestros clásicos atavíos jurídicos diremos que el incentivo de la negociación es, además de constitucional, una exigencia internacional impuesta por el artículo 4, del Convenio OIT 98 (ratificado por el Perú), sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva. Esta norma dispone que los estados deban adoptar medidas adecuadas para estimular y fomentar el pleno desarrollo y uso de una negociación voluntaria. Creemos que el arbitraje laboral potestativo cumple con esa exigencia, pues es un mecanismo diseñado para incentivar el acuerdo entre las partes antes que el “acuerdo” impuesto por árbitros.

Esa lectura permitiría superar las críticas sobre la existencia de un arbitraje sin autonomía de la voluntad, pues, como ningún derecho es absoluto, puede decirse que tal autonomía ha sido ponderada con el derecho a la negociación colectiva, llegando a una solución en donde se permite un arbitraje obligatorio pero restringido a ciertas materias y donde la finalidad del sistema es incentivar el acuerdo antes que la solución de un tercero.

No obstante, son necesarias medidas adicionales para asegurar que el sistema funcione. Por ejemplo, la doctrina

(19) Elissa M. Meth, “Final Offer Arbitration: A Model for Dispute Resolution in Domestic and International Disputes,” *The American Review of International Arbitration* 10, (Columbia Law School, 1999), 388.

Arbitraje Laboral Potestativo como Final Offer Arbitration *Facultative Labour Arbitration as Final Offer Arbitration*

estadounidense critica el *final offer arbitration* pues genera un efecto narcótico, incentiva a ir a la vía arbitral cada vez que sea posible, lo que no está mal, pero sí puede generar efectos nocivos si no se toman ciertos reparos.


Así, ante un arbitraje que falla a favor del empleador, los sindicatos podrían activar en los sucesivos años otros arbitrajes por la misma materia hasta toparse con árbitros que leen de modo más favorable el mismo pedido que otros árbitros descartaron, eso no sólo haría incoherente el sistema sino que, además, relativizaría los efectos de cosa juzgada que genera cada laudo. Para evitar tal supuesto deberían implementarse medidas para restringir la negociación de materias ya arbitradas, por ejemplo, exigiendo la concurrencia de nuevos elementos que no se tomaron en cuenta en el arbitraje anterior o el paso de cierto tiempo ante de volver a discutir el mismo asunto.

Otro vicio que suele encontrarse en *final offer arbitration* y también en el arbitraje laboral potestativo, es que las partes introducen en sus propuestas de laudo, puntos inaceptables que no fueron materia de negociación. Pero, como saben que el árbitro debe elegir por entero una fórmula, añaden elementos que de modo independiente no hubieran sido aceptados. Por ello estimamos conveniente otorgar al árbitro la potestad de excluir ciertos puntos ilícitos, no negociados o incoherentes,

que es muy distinto de la potestad para moderar o crear una solución intermedia.

Una forma adicional de asegurar un real negociación colectiva es exigiendo que aquella parte que no mostró un real propósito de ceder o negociar, no pueda acudir al arbitraje. Y es que suele ocurrir que los sindicatos formulan sus pliegos de reclamos negándose a sentar a negociar, o rechazando de plano toda la contraoferta del empleador. En tales supuestos en donde no hay un propósito real de negociar, no debe habilitarse el uso del arbitraje, cuya finalidad precisamente es que las partes negocien. Además, una idea que nuestra mente ortodoxa tiene bien asentada es que nadie puede beneficiarse de su propio incumplimiento.

Finalmente, para incentivar aún más la aversión al riesgo e incitar la negociación, podría pensarse en optar por aquella versión del *final offer* donde la oferta es conocida por el árbitro luego que determinó los hechos y tomó una decisión. Allí recién vería qué oferta le parece más razonable. Aunque señalan Carrel y Bales⁽²⁰⁾ que ese sistema funcionaría mejor cuando se discute una única materia. Nosotros añadiríamos que puede que ese escenario sea el único en donde las partes sabrán sobre qué ejercer sus defensas y contradictorio. Tal vez eso explique por qué nuestro arbitraje laboral potestativo acoge un sistema donde, desde un inicio, el árbitro conoce las propuestas de las partes, lo que parece más adecuado cuando los asuntos a discutirse son varios, lo que facilita las defensas de las partes y el contradictorio.

Estas y otras dudas irán surgiendo en el uso del arbitraje laboral potestativo, los que podrán ser debidamente afrontados si se comprende cómo es que debe funcionar aquel sistema y dejamos de lado alguno de nuestras típicas formas de análisis de los litigios. 

(20) Michael Carrel y Richard Bales, "Considering Final Offer Arbitration to Resolve Public Sector Impasses in Times of Concession Bargaining," *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 28 (2013), 32 y 33.