

INDICE

INTRODUCCIÓN	4
CAPITULO I	
DEFINICION DEL SISTEMA ARBITRAL ESTADOUNIDENSE	8
1.1. DESCRIPCIÓN DEL SISTEMA ARBITRAL AMERICANO	8
1.2. LA IMPORTANCIA DE ESTUDIAR EL ARBITRAJE AMERICANO DESDE TEORÍA DEL JUEGO	12
1.3. EL LAUDO	19
1.3.1. Reglas aplicables al Laudo	19
1.3.2. Sistemas de generación de Laudos	21
1.3.2.1. <i>Sistema Convencional</i>	
1.3.2.2. <i>Split the difference</i>	
1.3.2.3. <i>FOA (Final-Offer Arbitration)</i>	
CAPÍTULO II	
ARBITRAJE Y TEORÍA DE JUEGOS BÁSICA	25
2.1 ARBITRAJE COMO JUEGO COOPERATIVO	25
2.2. ARBITRAJE COMO JUEGO NO-COOPERATIVO	29
2.3. ARBITRAJE COMO JUEGO ESTOCÁSTICO	30
2.4. ARBITRAJE COMO JUEGO BAYESIAN	32
2.5. ARBITRAJE COMO JUEGO ITERATIVO	35
CAPITULO III	
EL TEOREMA DE COSTO-RIESGO	42
3.1. CONCEPTOS PRELIMINARES	42
3.1.1. El Teorema de Coase	42
3.1.2. El Equilibrio de Nash	49
3.1.3. El Óptimo de Pareto	50
3.2. TEOREMA DEL COSTO-RIESGO	57

CAPITULO IV	
LA ELECCIÓN DEL ÁRBITRO	65
4.1. INTRODUCCIÓN A LA ELECCIÓN DE ÁRBITROS	65
4.1.1. La necesidad del análisis del sistema de elección de árbitros	65
4.1.2. Libertad en la elección de árbitros	67
4.2. MODELOS DE ELECCIÓN	68
4.2.1. Modelo 1	68
4.2.2. El Modelo 2	70
4.3. REVELATION PRINCIPLE	77
4.3.1. Información Completa	77
4.3.2. Información Perfecta	78
4.3.3. El Concepto de Revelation Principle	79
4.3.4. EL Contexto de Revelation Principle	80
4.4. THE NARCOTIC EFFECT	82
CAPITULO V	
CONVENTIONAL ARBITRATION Y FINAL OFFER ARBITRATION	87
5.1. CONVENTIONAL ARBITRATION	87
5.2. FOA – FINAL OFFER ARBITRATION	96
5.2.1. Concepto de Final-Offer Arbitration –FOA	98
5.2.2. Subtipos de Final-Offer Arbitration – FOA	101
5.3. RISK AVERSION	102
5.4. FEELINGS OF RESPONSIBILITY	106
5.5. NASH EQUILIBRIUM	111
CAPÍTULO VI	
FINAL-OFFER ARBITRATION EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA	113
6.1. INTRODUCCIÓN	113
6.2. APLICACIÓN DE FINAL-OFFER ARBITRATION – FOA EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA	128
6.2.1 California	129
6.2.2 Iowa	130
6.2.3. Nueva Jersey	130

6.2.4.	Connecticut	134
6.2.5.	Oregon	137
6.2.6.	Wisconsin	139
6.2.7.	El caso canadiense	143
6.3.	EL USO DE AGENTES	145

CAPÍTULO VII

FINAL OFFER ARBITRATION (FOA) Y SU IMPLEMENTACIÓN EN PERÚ

7.1.	LAS HUELGAS COMO UN PROBLEMA ECONÓMICO	150
7.2.	EL PERÚ Y LA HUELGA	153
7.3.	FINAL-OFFER ARBITRATION EN EL PERÚ	155
7.4.	PROPUESTA LEGISLATIVA	159

CONCLUSIONES	165
---------------------	------------

BIBLIOGRAFÍA	168
---------------------	------------

INTRODUCCIÓN

"Discourage litigation. Persuade your neighbors to compromise whenever you can. Point out to them how the nominal winner is often a real loser -- in fees, expenses, and waste of time. As a peacemaker the lawyer has a superior opportunity of being a good man. There will still be business enough." - Abraham Lincoln

Si se le preguntara a un niño o adulto cuál es la materia de aprendizaje que más detestó o detesta aún, existe cerca de 80% de probabilidad de que responda: MATEMÁTICAS.

Y ella no tiene la culpa de ello, sino que la vergüenza debiera recaer en quienes la comunican a aquellas mentes ávidas de conocimiento.

Por lo pronto, lo interesante de las ciencias no son las elaboradas fórmulas, sino sus muy interesantes aplicaciones.

Para muestra, un botón:

Sabía usted que¹:

- el número de fotografías que hay que tomar a un grupo para asegurar que todos los que posan aparezcan con los ojos abiertos en la imagen es igual al número de personas dividido entre 3,

- que la gente encontraría una manera de posponer su muerte si eso la calificara para una tarifa más baja en el impuesto de sucesiones,
- que los agujeros negros satisfacen los requisitos técnicos para ser la localización del Infierno,
- que las tostadas siempre caen al suelo por el lado de la mantequilla, o,
- que la probabilidad exacta de que Mijail Gorbachov sea el Anticristo es de 8.606.091.751.882 contra 1.

Seguramente no y, lo que es más difícil de creer es que son resultados de investigaciones científicas serias y reales.

Usted debe estarse preguntado en este momento: ¿Cuál es el motivo por el cual hablamos de burdas aplicaciones matemáticas, que nada tienen que ver con Derecho?

Perdone usted, pero debía idear alguna manera de capturar su atención.

Mi anhelo es atraer su interés al estudio de la denominada THEORY OF GAMES, y su aplicación en DERECHO, más específicamente en el campo del ARBITRAJE, y la aplicación del sistema de arbitraje FOA – FINAL-OFFER ARBITRATION en el Perú.

La TEORIA DEL JUEGO implica un método matemático de decisión en el que una situación competitiva es analizada para determinar el equilibrio que optimice los resultados para las partes, quienes deberán emplear las mejores opciones de sus sets de estrategias.

¹ Información tomada de la página web de los Premios Ig Nobel, sobre investigación improbable, que hace

En cristiano, que de existir un conflicto entre usted y otra persona, sepa usted cuál es la mejor decisión a tomar para maximizar su utilidad y minimizar la del rival, y que tal solución le permita mantener su relación a futuro.

La Tesis se encuentra dividida en seis (6) capítulos, siendo los siguientes:

CAPITULO I DEFINICION DEL SISTEMA ARBITRAL ESTADOUNIDENSE

En este capítulo se realizará una descripción general del arbitraje en Estados Unidos de América, haciendo mención de los tres (3) sistemas de generación de laudos existentes.

CAPÍTULO II ARBITRAJE Y TEORÍA DE JUEGOS BÁSICA

En este capítulo se llevará a cabo una descripción del arbitraje en tanto juego no-cooperativo, bayesian e iterativo. La voluntad del autor es que el juego del arbitraje termine por ser uno de naturaleza no-iterativa.

CAPITULO III EL TEOREMA DE COSTO-RIESGO

Aquí se desarrollará el teorema propuesto por el autor, referido a que todo costo de transacción implica un riesgo intrínseco, y es este riesgo y no el costo el que determina la realización de un negocio determinado.

CAPITULO IV LA ELECCIÓN DEL ÁRBITRO

Aquí pretendemos que se analice la elección de los árbitros no ya como un simple paso previo al arbitraje, sino como una estrategia más del set disponible.

CAPITULO V CONVENTIONAL ARBITRATION Y FINAL OFFER ARBITRATION

En este punto desarrollamos ambos sistemas, con la finalidad de hacer evidentes las carencias del primero y las ventajas del segundo.

CAPÍTULO VI FINAL-OFFER ARBITRATION EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

primero leer y, luego, reflexionar: <http://improbable.com/ig/>

En este capítulo desarrollamos brevemente la historia de cómo el arbitraje de oferta final nació, a partir de la necesidad de control sobre los movimientos sindicales.

CAPÍTULO VII

FINAL OFFER ARBITRATION (FOA) Y SU IMPLEMENTACIÓN EN PERÚ

En este punto estudiamos la posibilidad de la implementación del arbitraje de oferta final como medio de resolución de conflictos ante una inminente huelga y planteamos nuestra propuesta legislativa.

CAPITULO I

DEFINICION DEL SISTEMA ARBITRAL ESTADOUNIDENSE

1.1. DESCRIPCIÓN DEL SISTEMA ARBITRAL AMERICANO

El estudio del Arbitraje aquí expuesto está diseñado a partir del sistema arbitral estadounidense, debido a que, en la actualidad, es el sistema sobre el cual se ha realizado mayor análisis desde la perspectiva de la Teoría del Juego.

Así, la Corte Suprema ha definido el arbitraje desde una descripción de beneficios respecto de éste sobre otros sistemas.

La Corte, en el año 1995, en el caso Allied – Bruce Terminix², reconoció los siguientes beneficios:

- El Arbitraje es menos caro que el litigio.
- El Arbitraje posee reglas más simples.
- El Arbitraje minimiza la hostilidad.
- El Arbitraje no interrumpe las relaciones comerciales entre las partes.
- El Arbitraje es más flexible en lo referente a la asignación de fechas.

La diferencia estaría basada en que el arbitraje provee a las partes con los mismos resultados que ellos alcanzarían en la corte, pero con una fracción del tiempo y el costo, lo cual es una diferencia de carácter económico.

Así también, ha establecido un principio de aplicación obligatoria en materia arbitral:

“El Arbitraje es un paso posterior a la Mediación”

La Mediación es un proceso consensual por el que una tercera parte ayuda a las partes en disputa a resolver sus diferencias, buscando una solución satisfactoria mutua.

La parte neutral, conocida como mediador, asiste a las partes en el establecimiento de negociaciones, pero *no tiene autoridad para imponer una decisión a las partes*, lo que la diferencia del arbitraje.

La Mediación seguida de Arbitraje permite a las partes resolver su disputa mediante la mediación y si algunos puntos quedan sin resolver después del proceso, ya sólo este remanente será resuelto por medio de un arbitraje.

Es decir, se ha pensado en el Arbitraje como un medio de solución de conflictos *subsidiario*.

Se establece también que la persona que actuó como mediador no debería actuar como árbitro, puesto que no tendría sentido esperar que la decisión variara con un mismo decidor. Además, el mediador, de una forma u otra, debe haber adelantado opinión, con lo que quita imparcialidad al sistema (veremos que el concepto de imparcialidad es importante en Game Theory, incluso llegando a la radicalización, mediante el concepto de juego estocástico, el cual analiza el juego como exento de injerencia de la naturaleza de las cosas).

Finalmente, las partes comprenden que ellas tuvieron, en un inicio, un derecho u oportunidad de litigar sus disputas a través de una corte y dejar que un juez o jurado decidan su caso, pero que, finalmente, ellos han elegido resolver sus disputas a través del arbitraje. Esta suerte de renuncia va de la mano con el concepto de *solución negociada*, que impregna el sistema arbitral estadounidense.

² ALLIED BRUCE TERMINIX COS., INC., et al. v. DOBSON et al., <http://www.law.cornell.edu/supct/html/93-1001.ZS.html>

De esta forma, la revisión del laudo arbitral por una corte judicial es un recurso inadmisibile en la mayoría de estados y, en los estados en que es permitido lo es sólo si se ha dado una mala práctica por parte del árbitro, y no respecto del laudo en sí.

Esto permite una mayor seguridad respecto de la decisión por las partes, ya que conceptualmente se entiende que la decisión por un arbitraje implica una renuncia al derecho de acción, aunque en la práctica no sea así; mas es un importante avance en busca del fortalecimiento del sistema arbitral.

El Arbitraje americano tiene fundamento en la “Arbitration Bill of Rights”³, del cual se desprenden principios que determinarán la actuación de las partes en el Arbitraje.

De nuestra observación, hemos considerado los principios 9 y 11 como los más importantes para nuestro estudio.

Principio 9

“ Establecimiento y Mediación:

El proceso preferible es el método por el que las mismas partes resuelven sus disputas”

Es decir, un medio por el que no se utilicen métodos adversalistas.

Alguien podría aseverar que esta proposición tiene fundamento en el Teorema de Coase, que plantea que, de existir costos de transacción bajos, las partes pueden solucionar su conflicto por ellas mismas, basadas en negociaciones privadas. De ser que los costos de transacción fueran altos, se haría necesaria la intervención de un tercero o la creación de un mecanismo que simule la solución de un acuerdo negociado.

³ Arbitration Bill of Rights with Commentary, <http://www.adrforum.com/users/naf/resources/ArbitrationBillOfRights2.pdf>

Creo que la participación de un tercero siempre implica, en algún sentido, la distorsión en la elección del equilibrio más eficiente, dado que el tercero tiene siempre una función de utilidad propia (preferencias) que pueden no ser las mismas que las preferencias de las partes.

Lo que aquí se ha querido reflejar es que, al resolver entre los jugadores mismos el conflicto, el sistema intenta promover la estabilidad de las relaciones entre las partes a futuro, a partir de la generación de equilibrios que optimicen los pagos para ambos. Asimismo, la elección del equilibrio eficiente no quedará “infectado” por las preferencias del tercero.

La Sección 10 de la Ley de Arbitraje permite que las partes, de desearlo, formulen una solicitud de mediación voluntaria, sin pago administrativo adicional, en orden de fomentar la solución producto de negociaciones responsables.

Respecto del Teorema de Coase, éste está formulado en base a costos de transacción y externalidades, por lo que su análisis está dirigido a la reducción más eficiente del costo social, antes que a garantizar la estabilidad de la relación a futuro.

Principio 11

“Descubrimiento razonable:

Las partes deben tener acceso a la información que ellos necesitan para hacer una presentación razonable de su caso al árbitro”

Esto implica que los mismos métodos para obtener información que existen en sede judicial deben estar disponibles en el arbitraje, ya que las partes deben intercambiar la información que posean, además de existir acceso razonable a la información por las partes y otras personas que no formen parte del proceso. De esta manera, el árbitro tiene la facultad de requerir de las partes, de oficio o a

petición de parte, la información que considere necesaria para la resolución del caso y puede sancionar a la parte que se niegue a seguir la directiva, al interior del denominado paso de *Discovery*.

La transferencia de información indiscriminada permite la reducción de costos de información (de obtención de la información entre una parte y otra), y a la vez permite que, una vez formulados los equilibrios, éstos se mantengan estables.

Así pues, la información es un elemento importante en el proceso de aprendizaje de protocolos, los cuales permitirán que no haya Sobreuso del Arbitraje; tema este el cual será estudiado en breve.

1.2. LA IMPORTANCIA DE ESTUDIAR EL ARBITRAJE AMERICANO DESDE TEORÍA DEL JUEGO

Como bien mencionan Bloom y Cavanagh⁴, existen 3 razones por las cuales el estudio del Arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos es interesante desde la perspectiva de la Teoría del Juego.

- “1. Las posibilidades de análisis empírico.
Los resultados son relativamente fáciles de cuantificar para propósitos de análisis empírico (...) El estudio del Arbitraje puede llevar consigo importantes descubrimientos al interior de mecanismos legales más complejos los cuales son relativamente difíciles de modelar (...)

2. Los sistemas de Arbitraje proveen excelentes oportunidades para probar algunas de las más básicas proposiciones de

⁴ BLOOM, David E. y CAVANAGH, Christopher L., “Negotiator Behavior under Arbitration”, en *The American review*, Volumen 77, N° 2, Papers and Proceedings of the Ninety-Ninth Annual Meeting of the American Economic Association, U.S.A., Mayo de 1987, página 353.

Teoría de Juego. El Arbitraje es esencialmente un juego con reglas simples y bien especificadas. La disponibilidad de información del “mundo real” en situaciones en las cuales existen incentivos para comportarse estratégicamente provee remarcables oportunidades para el análisis del comportamiento juego-teorético.

3. (...) Como los mecanismos de Arbitraje pueden ser estructurados en diversas maneras, estudiar el Arbitraje puede llevar a diseños más elaborados.”

Es decir, el estudio del Arbitraje permite establecer moldes para laudos futuros y también permite estudiar los sistemas de resolución de conflictos mediante otros mecanismos.

Así también, Gibbons⁵ explicó que una razón importante por la cual llevar a cabo el estudio del Arbitraje es que *“es una institución que permite a las partes escribir un contrato incompleto ex ante limitando así el comportamiento oportunista ex post”*.

Esto quiere decir que, al momento de establecer el contrato o cláusula arbitral, no se conocen aún las estrategias a jugar cuando se desate la disputa, porque el conflicto aún no existe, pero, luego, los jugadores no podrán actuar según su libre parecer, buscando su beneficio individual, debido a que cualquiera de ellos puede solicitar el inicio del arbitraje.

Además, considero que podría ser importante el análisis del Arbitraje a partir de Teoría del Juego desde la perspectiva de cómo afecta el resultado de éstos al estado de cosas (status quo) o bienestar social (social welfare).

Ciertamente, en algunos casos, el laudo arbitral podría estar generando cambios al exterior de la relación de los jugadores en el arbitraje. Esto podría llevarnos a la pregunta de si lo que se busca con un arbitraje es la consecución de la función de bienestar individual de cada una de las partes, o debe también analizarse la función social.

Esta última posibilidad implicaría que los árbitros tengan que buscar dos finalidades o, más bien, que su intervención respete 2 prerrogativas:

- Generar un EQUILIBRIO OPTIMO PARA LOS JUGADORES mediante la optimización de las funciones de utilidad individuales de éstos en el juego.
- No alterar el EQUILIBRIO DE BIENESTAR SOCIAL EXISTENTE, puesto que la maximización de las funciones de utilidad individuales podría implicar una minimización de la función de bienestar social.

Ahora bien, parece tarea ardua esta de compatibilizar las funciones de utilidad individuales con la función de bienestar social.

Un primer acercamiento podría venir dado por el denominado TEOREMA DE ARROW, por el cual Arrow pretendía mostrar la imposibilidad de compatibilizar todas las funciones de utilidad individuales en una única función de bienestar social, que cumpliera con todas las anteriores. Dentro de esta función se encontrarían las preferencias económicas tanto individuales como aquella social.

⁵ GIBBONS, Robert, "Learning in Equilibrium Models of Arbitration", en The American Economic Review, Volumen 78, N° 5, U.S.A., Diciembre de 1988, página 896

Un análisis práctico respecto del mencionado teorema es realizado por Howard Raiffa⁶.

Algunos otros como Rasmusen,⁷ consideran que la naturaleza puede ser introducida como un jugador más. Nótese que de asumir esto, ya nos habríamos ahorrado el trabajo de compatibilizar las preferencias individuales y sociales, ya que la misma naturaleza introduce sus patrones de preferencia como un tercer jugador. Es decir, la función social no sería una compatibilización de todas las individuales, sino tan sólo una función más.

Mas, para que el equilibrio resultante siempre cumpla, deberíamos asumir que la naturaleza es siempre estable (Mas, vuélvase a notar que si la naturaleza es siempre estable, sería como si este jugador sólo se adaptara a las estrategias de los otros dos, con lo que, en realidad, no habríamos aportado nada al estudio de la materia).

Esto último trae a colación el tema de si los laudos deberían plasmarse desde la perspectiva del Óptimo de Pareto o a partir del Equilibrio de Nash.

Por un lado, el óptimo de Pareto comprende 2 principios:

1.- Principio Débil

Este principio asume que un estado de cosas "x" es preferible a un estado de cosas "y", si "x" es mejor para todos que "y".

2.- Principio Fuerte

⁶ RAIFFA, Howard y LUCE, R. Duncan, "Games and Decisions: Introduction and Critical Survey", Dover Publications, U.S.A, 1989, página 333.

⁷ RASMUSEN, Eric, "Games and Information: an introduction to game theory", Blackwell, U.S.A, 2001, página 16.

El estado de cosas “x” es socialmente preferible al estado de cosas “y”, si al menos una persona se encuentra en mejor posición en el estado “x” y ninguna se ve afectada por el paso de “y” a “x”.

Por otro lado, un Equilibrio de Nash es aquel en que ninguno de los jugadores tiene incentivos para cambiar unilateralmente su estrategia. Si todos los jugadores han elegido su estrategia y ningún jugador se beneficia cambiando la suya propia mientras los otros mantienen las suyas invariables, luego el actual set de estrategias y los pagos están en Equilibrio de Nash.

Este punto será estudiado en el tercer capítulo, pero ha de notarse que el primero implica una apreciación del bienestar social al interior del razonamiento del laudo, que no posee el Nash Equilibrium.

Note también que tener en cuenta el bienestar social implicaría, en muchos casos, la minimización de los pagos a otorgar a los jugadores, con lo que se desincentiva introducir este elemento al análisis y, también, el SOBREUSO (OVERUSE) del Arbitraje.⁸

Habiendo incidentalmente recaído en el tema del OVERUSE, vale la pena hacer algunas anotaciones.

Ya Bolton y Katok ⁹ han mencionado que el sobre-uso crónico implica potenciar la ineficiencia, dado que los negociadores se hacen dependientes del arbitraje, por lo que cada vez que recurren a él disminuyen sus posibilidades de solucionar sus controversias por sí mismos.

⁸ Siendo así, se presume que toda maximización de la función social implica una minimización de las funciones individuales, y viceversa. Es decir, la utilidad social es inversamente proporcional a toda utilidad individual.

⁹ BOLTON, Gary E. y KATOK, Elena, “Reinterpreting Arbitration’s Narcotic Effect: An Experimental Study of Learning in Repeated Bargaining”, en *Games and Economic Behavior* N° 25, página 2.

También existen pruebas en el campo de que los pagos otorgados por un árbitro no son tan eficientes como los obtenidos por acuerdos voluntarios.

A este respecto, Farber y Katz¹⁰ mencionan la existencia de una zona de contrato (contract zone) en la que se encontrarían potenciales acuerdos voluntarios con pagos más eficientes que los que se podrían recibir en un arbitraje, mas, también menciona que tal existencia es necesaria, pero no suficiente para preferir un acuerdo voluntario.

Así pues, aún cuando los acuerdos producto de negociaciones responsables garanticen mejores y más eficientes pagos, los jugadores prefieren mayoritariamente el Arbitraje, lo que denota DEPENDENCIA.

Es decir, los jugadores, a partir del sobre-uso crónico, pierden parcialmente la capacidad de generar acuerdos por ellos mismos, y se genera una necesidad de recurrir a un árbitro para la solución de conflictos.

Así, Reder y Neumann¹¹ establecieron que la experiencia ganada por los negociadores les permite *“aprender sobre los patrones de comportamiento del otro durante el proceso de negociación y desarrollar protocolos para guiar subsiguiente actividad de negociación”*

Un protocolo es un método generado por iniciativa de las partes para intercambiar información de manera más sencilla entre las partes. Estos se generan a partir de la experiencia ganada en negociaciones responsables anteriores.

Los protocolos implican una disminución en los costos de disputa y quienes tienen más protocolos tienden a su vez a disminuir las probabilidades de disputa.

¹⁰ FARBER, Henry, “An Analysis of Final-Offer Arbitration” en Journal of Conflict Resolution, Diciembre de 1980, páginas 683-705

¹¹ REDER, Melvin W. y NEUMANN, George R., “Conflict and Contract: The Case of Strikes”, en The Journal of Political Economy, Volumen 88, No. 5. Octubre de 1980, página 867.

Pero, los protocolos implican concesiones para su elaboración y tales concesiones serán más lentas conforme menor sea el costo de resistencia.

Es decir, si resistirse a conceder costara menos que establecer protocolos, los jugadores se resistirían más y habría menos y más lentas concesiones.

Asimismo, si los costos de disputa son bajos, las probabilidades de disputa son más altas.

Entonces una primera conclusión podría ser que ahí donde existe un deseo de maximización de utilidad por parte de un jugador, se disminuyen las probabilidades de generar protocolos. Así, una posición egoísta implica más caras negociaciones ya que no existen protocolos, con lo que se desincentiva la solución negociada y se incentiva el arbitraje.

Séparse así que:

“Un Arbitraje sólo es posible en tanto uno o dos jugadores desean maximizar su utilidad”

Habiendo visto que los costos de disputa son inversamente proporcionales a la probabilidad de disputar, Bloom¹² señaló que el arbitraje, si bien reduce los costos de disputar, no los elimina.

Así, existiendo un espacio en que es mejor no disputar, aún en el arbitraje existe algún nivel de aprendizaje.

Respecto de la DEPENDENCIA, existen 2 explicaciones bastante aceptadas.

1.- Los costos de disputa bajos incrementan las probabilidades de una disputa.

El arbitraje implica dejar todo en manos del árbitro, con lo que los costos de disputa de las partes son trasladados al árbitro.

2.- El llamado EFECTO NARCÓTICO

Como plasmara Wirtz¹³, los negociadores ven el arbitraje como una salida fácil a la obligación de establecer una negociación dura y responsable.

Así, los negociadores prefieren reducir sus costos de disputa y recurrir a la sede arbitral. Este efecto se analizará de manera más detallada posteriormente.

Por último, es interesante observar cómo las preferencias del árbitro pueden imponerse al momento de laudo.

1.3. EL LAUDO

1.3.1. Reglas aplicables al Laudo

En el National Law Journal de Noviembre del 2003, Curtis Brown¹⁴ estableció 10 reglas para establecer pagos justos a los jugadores al interior de un arbitraje.

Las reglas que son de nuestro interés son:

2. Establecer lo que queda cubierto por el acuerdo de arbitraje

¹² BOLTON, Gary E. y KATOK, Elena, "Reinterpreting Arbitration's Narcotic Effect: An Experimental Study of Learning in Repeated Bargaining", Ob. Cit. página 5.

¹³ Ibidem, página 3.

¹⁴ BROWN, Curtis, "Striking a fair balance in agreements" en The National Law Journal, Volumen 26, N° 12, USA, Noviembre de 2003.

Al especificar cuales son las disputas que quedan dentro del acuerdo de arbitraje se permite delimitar lo que llamamos la zona de contrato (contract zone), siendo que lo que queda dentro de ella no debería ser arbitrable, porque el acuerdo entre las partes llevaría a pagos más eficientes. (...)

3. *Especifica si se permite el recurso de revisión en sede judicial:*

Es importante resaltar que siempre que se recurre a un arbitraje debe quedar claro que es un sistema de juego preferentemente no iterativo, por lo que, en principio, el recurso de revisión no debería ser permitido o, cuando menos, debe quedar restringido.

El recurso de revisión será debidamente desarrollado en el Capítulo II, en Arbitraje como Juego No Iterativo.

4. *Invocar la Ley Federal*

Debido a que los estados tienen diferentes leyes de arbitraje es adecuado establecer la regla a aplicar, para así evitar conflictos respecto de este punto a futuro.

Es claro que si dos jugadores de estados diferentes se ven en oportunidad de iniciar un arbitraje, ambos querrán recurrir a la ley estatal que maximice sus utilidades, por lo que este punto debe quedar establecido ex ante (como mencionáramos señala Gibbons líneas arriba.)(...)

7. *Considerar los costos de la otra parte.*

Económicamente se asume que quien tiene una mayor capacidad

económica tiene una mayor capacidad de negociación. Así, la parte con tal capacidad se encuentra en una posición de ventaja frente al otro jugador. Para equiparar el juego, algunos estados establecen que la parte que ostente esta capacidad debe pagar de manera parcial o total los costos del arbitraje. No obstante, esto no implica que la mayor capacidad de negociación sea algo que, a priori, debe ser limitado, pero sí aquella que provenga netamente de la mayor capacidad económica)

10. Limitar los daños punitivos.

Este punto será desarrollado al interior de Arbitraje como Juego Cooperativo, en el Capítulo II.

1.3.2. Sistemas de generación de Laudos

Finalmente, señalar que el sistema arbitral americano promueve 3 sistemas de laudar, a partir de la noción de Farber y Bazerman¹⁵:

1.3.2.1. Sistema Convencional

El árbitro, a partir de los hechos del caso, establece los pagos a partir de su concepto de justicia, y, en base a argumentos legales, establece a quién corresponde el derecho.

Este sistema, desde la respectiva estadounidense, es ya obsoleto, puesto que se ha considerado que el objetivo de las partes en un arbitraje no es determinar quién tiene la razón, sino que se establezcan los pagos a otorgar respecto de cada jugador de la manera más eficiente. Además,

¹⁵ FARBER, Henry S. y BAZERMAN, Max H., "Arbitrator Decision Making: When are Final Offers Important?", en *Industrial and Labor Relations Review*, Vol.umen 39, N°1. Octubre de 1985.

cuando se da la razón a una de las partes, se determina calificativos de índole moral respecto de éstas, las que perjudican la estabilidad de la relación comercial presente o futura.

1.3.2.2. *Split the difference*

El árbitro observa los montos sobre los que se arbitra (lo que uno está dispuesto a dar y lo que el otro dispuesto a recibir) y genera un cuadro de máximos y mínimos para ambos jugadores, determinando cuál es la diferencia entre una y otra estrategia, dando un equilibrio y estableciendo los pagos.

La solución estará basada netamente en las ofertas de las partes sin importar los hechos.

1.3.2.3. *FOA (Final-Offer Arbitration)*

El árbitro toma las dos ofertas finales de las partes y elige una.

Este modelo involucra ya los dos factores: lo que el árbitro considera justo a partir de los hechos y las ofertas finales de las partes.

Este sistema permite al árbitro extraer información sobre las preferencias de los negociadores a partir de sus ofertas finales (es decir, existe un incentivo para comunicar estratégicamente al árbitro las preferencias a través de las ofertas finales, lo que no ocurre en el sistema de split the difference.)

También otorga incentivos para moderar las pretensiones, porque las ofertas menos extremas tienen mayor posibilidad de ser aceptadas.

Si el sistema FOA es mal utilizado y los negociadores no transmiten información de preferencias al árbitro, se vuelve un simple juego de azar con posibilidades de 50% para cada jugador de ganar, lo cual, aunque no parezca, termina por ser bueno, ya que desincentiva el sobre-uso del arbitraje y fomenta las negociaciones y el aprendizaje de protocolos.

También observaron que cuando se permite que el árbitro ponga mayor peso sobre los hechos cuando la calidad de las ofertas es mal, el árbitro se apoya fuertemente en la parte fáctica (los hechos) y menos en la parte económica (las ofertas). Es decir, existiría cierto límite respecto de la capacidad de manipular al árbitro y llevarlo al resultado con el pago que más nos conviene. Ese límite sería la baja calidad de las ofertas.

Esto implica que los negociadores deben asumir los costos de formular una buena oferta, lo cual es bueno porque les otorga responsabilidad respecto del resultado final.

Señalaron también que:

“El porqué los árbitros consideran las ofertas al formular sus pagos es una pregunta compleja, y su respuesta descansa más allá del rango de nuestro estudio. Tres posibilidades son las que el árbitro podría estar considerando:

- 1) en orden de incrementar la aceptación de los pagos por las partes,
- 2) en orden de incrementar la probabilidad de ser contratado por las partes en casos futuros,
- 3) hay información sobre los hechos del caso en las ofertas que no está disponible para el árbitro de manera directa”¹⁶

¹⁶ Ibid, página 26.

Esta última posibilidad confirma el hecho de que los negociadores tienen la capacidad de transmitir sus preferencias e información por medio de sus ofertas finales, apreciaciones las cuales quizás no son transmitidas de manera directa al árbitro porque, podría ser, los negociadores mismos no conocen sus preferencias claramente.

CAPÍTULO II

ARBITRAJE Y TEORÍA DE JUEGOS BÁSICA

2.1 EL ARBITRAJE COMO JUEGO COOPERATIVO

El juego cooperativo tiene 3 características básicas:

- a) La existencia de cooperación
- b) Transferencia de información entre los jugadores
- c) Acuerdos Vinculantes

Nash ha considerado la factibilidad de la transformación de juegos cooperativos en no-cooperativos, mas aun no hay pruebas de poder hacer lo contrario.

Considero que la posibilidad de convertir tales juegos podría venir con la iteratividad del juego (opinión que es más una cuestión de intuición que de razonamiento, concepto que veremos más adelante), pero no hay pruebas matemáticas existentes.

Respecto del punto a)

1. Se ha dispuesto que, al haber diferentes leyes arbitrales, siempre se invoque la Federal Arbitration Act, para evitar una confrontación respecto de la ley a aplicar. Así, es necesario establecer también la jurisdicción.

Véase que el hecho de que el caso sea analizado bajo una ley común ayuda a que las estrategias que puedan adoptar los jugadores estén limitadas, con lo que se apoya a la generación del juego estocástico que explicaremos en el siguiente

punto.

2. La Mediación debe ser previa al Arbitraje.

La solución amigable y no impositiva debe ser preferida, para no dañar las relaciones existentes entre las partes.

Además, la mediación, al ser de estas características, sí apoya la adopción y aprendizaje de protocolos y en ella no existe dependencia (porque el árbitro no decide por los jugadores). Es decir, permite que los jugadores ganen cierta “capacidad de cooperar” que no hubieran obtenido de no haber habido mediación previa.

3. Siempre hay que considerar no solo la ganancia propia, sino como afecta esto a la otra parte en costos.

Así, algunas leyes estatales especifican que el jugador más fuerte debe cubrir alguno o la totalidad de los costos del arbitraje.

Lo que se ha pretendido es simular un equilibrio, porque si existiera un desbalance en la capacidad de negociación entre las partes, luego, al no haber un punto de equilibrio fijo no podría sostenerse que la solución dada en el laudo por el arbitro sea la única o, en todo caso, la mejor, por lo que se podría decir que existe soluciones mejores dentro del cuerpo convexo conformado por los máximos y mínimos de ambos jugadores (zona de contrato), lo que implicaría que hay probabilidad de error.

4. Limitar los daños punitivos es parte de la cooperación, porque ayuda a simular un equilibrio entre las partes.

Cuando un árbitro lauda, establece cuál será la reparación a pagar, según los

costos generados a la parte afectada.

Además, establece el pago de daños punitivos, que es un monto que no tiene un límite determinado (ya que no tiene causalidad directa) y que castiga por el daño ocasionado, aunque éste ya fue reparado con el otorgamiento de la reparación.

Es decir, la reparación es otorgada para reparar el daño y los daños punitivos funcionan como un incentivo negativo para que no se vuelva a realizar la conducta.

La pregunta es si la reparación no es ya un incentivo negativo:

Desde la Teoría del Juego lo sería, debido a que, si lo que se busca es que exista un punto de equilibrio, este equilibrio ya ha sido restablecido con el pago por reparación que retorna las cosas al estado anterior, y que ya es una penalidad, pero con causalidad directa.

La imposición de daños punitivos genera un desequilibrio, porque se obliga a un jugador a asumir costos que no tienen una causa directa.

Así, al generarse un desequilibrio, el juego podría volverse iterativo¹⁷, porque habría que jugar un nuevo juego para devolver el equilibrio a la relación, porque el jugador que asume tal costo lo percibe como injusto.

Es por esto que se recurre a las cortes luego: se pretende restablecer el equilibrio en un nuevo juego.

Es esta la razón por la cual se pide a los árbitros, desde la Teoría del Juego, que se limiten los daños punitivos o no se otorguen; para que el juego no se torne iterativo.

Respecto del punto b)

¹⁴ Juego iterativo: aquel que consta de un número de repeticiones de un juego denominado “juego base”.

Usted se debe estar preguntando:

¿Por qué es necesario que las partes compartan la información?

¿No sería suficiente con que el árbitro tuviera toda la información para garantizar un laudo basado en equilibrios?

Pregúntese ahora: Si yo fuera una parte, entrego la información que avala mi posición y, luego, el árbitro laudo en mi contra, ¿lo aceptaría o recurriría a los tribunales? (Normalmente, una vez dado el laudo arbitral se cierra la posibilidad de luego solicitar la revisión en sede judicial, mas, en algunos estados, es permitido excepcionalmente).

Seguramente usted haría lo segundo, pues no comprendería el porqué del laudo.

Lo que el juego cooperativo desea es que usted conozca toda la información sobre la que el árbitro simulará la existencia de un equilibrio, para que luego el equilibrio no sea cuestionado.

Lo que aquí planteamos es, en definitiva, que la asimetría informativa es determinante respecto de la capacidad de cooperar de las partes. Es decir, a menor información común (mayor asimetría), menor cooperación. Así, podemos afirmar que el nivel de asimetría informativa es inversamente proporcional al nivel de cooperación existente.

Respecto de c)

La idea del Juego Cooperativo es que el acuerdo sea vinculante, de tal forma que usted no pueda modificarlos y que éstos sean oponibles.

Si el juego cooperativo aceptara la modificación, esto implicaría que acepta que hay errores al interior del equilibrio, lo que implicaría que tal equilibrio no es real y se habría cometido una injusticia y el juego se tornaría iterativo, porque usted querrá cambiar el acuerdo.

Por eso, parte del acuerdo es que usted acepte no cuestionar el equilibrio.

Así, desde la Teoría del Juego, se espera que el acuerdo sea obligatorio, irrecurrible e inmodificable

Llegados a este punto, quisiera hacer de notar lo siguiente:

El Arbitraje es un juego no-cooperativo, ya que las partes en un proceso arbitral suelen ver al contrario como un adversario a vencer, por lo que no cooperan los unos con los otros, ocultan información y, finalmente, intentan evitar la ejecución del laudo. Sin embargo, se debe intentar conseguir la mayor cooperación entre la partes. Así, podemos decir que el arbitraje es un juego no-cooperativo, al que hay que dar una perspectiva cooperativa.

Es decir, debemos guiar nuestra voluntad a generar un arbitraje lo más cooperativo posible, lo cual partirá del modelo que el árbitro decida modelar.

2.2. EL ARBITRAJE COMO JUEGO NO-COOPERATIVO

El Arbitraje es, por naturaleza, un juego no-cooperativo, ya que no existe una real transferencia de información

.

Sin embargo, lo señalado líneas arriba es la propuesta por “cooperativizar lo no-cooperativo”, mediante ciertos mecanismos que permitan que el sistema se amolde para la generación de resultados similares a los de un juego cooperativo.

Si bien en legislaciones como la Ley Modelo UNCITRAL se establece la obligación de transferir todos los documentos relevantes a la otra parte, este modelo no es seguido en su mayoría.

Artículo 24(3) –Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional

“3) De todas las declaraciones, documentos o demás información que una de las partes suministre al tribunal arbitral se dará traslado a la otra parte. Asimismo deberán ponerse a disposición de ambas partes los peritajes o los documentos probatorios en los que el tribunal arbitral pueda basarse al adoptar su decisión.”

Para muestra tenemos la tan conocida expresión “bury it”, que implica la realización de la entrega de los documentos de relevancia a la otra parte, pero adjuntando una pila mucho mayor de otros que son innecesarios, con la finalidad de que la otra parte no se percate de la existencia de los primeros.

Así, los abogados suelen evadir su responsabilidad sin incurrir en una falta punible.

La ley debería prever una penalidad para la realización de tal conducta, para así generar incentivos negativos frente a ésta. Esto es necesario dado que la falta de información distorsiona el resultado del juego, ya que sólo se puede garantizar un equilibrio óptimo cuando ésta es completa y perfecta.

La redacción del artículo debería señalar la necesidad de que la comunicación del documento se dé de manera adecuada.

2.3. ARBITRAJE COMO JUEGO ESTOCÁSTICO

La creación de los juegos estocásticos fue obra de Lloyd Shapley¹⁸.

El concepto comprendía juegos con un horizonte finito (terminating stochastic games, que son juegos que no se repiten indefinidamente) e infinito (non-

¹⁴ SHAPLEY, L.S., “Stochastic Games”, en PNAS, No. 39, USA, 1953, pág. 1930 - 1935

terminating stochastic games, que son juegos que se repiten innumerables veces). Pero la particularidad de los juegos estocásticos es que pueden ser definidos como estáticos, puesto que tienen las siguientes características:

- un espacio de tiempo finito
- un espacio de acciones finito

Luego, el juego se presume como aislado de la afectación de factores externos.

Como mencionan Herings y Peeters¹⁹, un juego así tiene un número de “etapas” finito, en las cuales cada uno de los jugadores tiene que realizar una “decisión” (simultánea e independientemente del otro jugador). Estas decisiones implicarán los pagos a recibir por los jugadores y una probabilidad de cambio en el set de etapas posibles.

De hecho, el arbitraje es un juego del primer tipo, pues no suelen tener una etapa de apelación al interior de ellos.

La falta de una segunda etapa en el arbitraje implicará que, siendo el equilibrio perfecto en la primera y única etapa, éste sea inalterable. Piénsese que un equilibrio bien estructurado será satisfactorio para ambas partes y, si ha sido elaborado estudiando adecuadamente los pagos posibles, debería ser perfecto para la situación.

El hecho de que no deba existir una etapa de apelación bien podría deberse a que necesariamente habrá una variación en la segunda etapa del juego, la cual, si el equilibrio de la primera etapa fue correctamente elaborado, sería siempre en perjuicio de las partes. Además, una segunda etapa en el arbitraje no garantiza un mejor laudo, ya que el laudo inicial no será revisado por un superior jerárquico,

¹⁵ HERINGS P., y PEETERS, Ronald, “Equilibrium Selection in Stochastic Games”, Universiteit Maastricht Publications, Holanda, 2001, pág 1-2

sino que por tan sólo un tribunal distinto. Es decir, no se garantiza un laudo mejor, sino uno distinto.

Los jugadores “perdedores” en la primera etapa encuentran un incentivo positivo para iterar el juego en la sola posibilidad del cambio de laudo, sin observar el riesgo asociado de su probable menor calidad. Es decir, el “perdedor” observa sólo el costo de disputar (creyendo que le es conveniente disputar por la posibilidad del cambio), mas no repara en el riesgo asociado de obtener un equilibrio ineficiente. Esta carencia en el análisis se observará en el punto referido al Teorema de Costo-Riesgo, más adelante.

Es nuestra apreciación que, en el caso de un arbitraje, toda alteración será en desmedro de ambos jugadores.

Así, sostenemos que el, el Arbitraje debe ser un *terminating stochastic game de una sola etapa*.

2.4. EL ARBITRAJE COMO JUEGO BAYESIAN

Un juego bayesian es aquel en que la información sobre las características de los otros jugadores es incompleta.

El concepto de información incompleta es distinto al concepto de información imperfecta, debido a que el primer concepto está referido al desconocimiento parcial de las características del jugador, mientras que el segundo está referido al desconocimiento de las estrategias que el otro jugador pueda adoptar.

Es decir, pueden existir juegos en que la información sea completa, pero imperfecta; lo cual es más sencillo que generar un juego con información perfecta (en el que la información sea completa o incompleta), dado que el set de acciones

puede ser fácilmente variado mediante un cambio de una característica del jugador o un factor externo.

Para que el juego sea siempre de información incompleta se requiere que la naturaleza sea introducida como un jugador en el modelaje del juego (idea de la cual ya habíamos hablado en el capítulo anterior).

Esto no es difícil de realizar en un Arbitraje debido a que una relación conflictual necesariamente viene dada dentro de una realidad (en este punto, alguien podría asumir que la naturaleza podría no ser introducida como jugador para hacer ver sus efectos, y ser simplemente una variable del juego. Esto es en parte cierto y en parte falso: la naturaleza, si bien no actúa tomando decisiones frente a cada acción de los jugadores en la realidad, sí tiene un alto grado de predictibilidad en su accionar, lo cual la hace más similar a un jugador que al mero azar).

La naturaleza elige al azar un “tipo de jugador” para cada jugador, que implica cuál es la función de pago del jugador (es decir, la manera como suele tomar decisiones con la finalidad de maximizar su beneficio).

En el juego bayesian, la existencia de la información incompleta implica que al menos uno de los jugadores no conozca el tipo de otro, pudiendo ser que ninguno conozca el tipo de los demás (esto refuerza el hecho de que, al no saber el tipo, la información siempre será imperfecta). Al no conocerse los tipos de al menos un jugador, los jugadores que no los conocen (que normalmente son todos) actúan bajo creencias.

El Arbitraje, al igual que un proceso judicial, son claramente juegos bayesian (y, seguramente en más del 99% de casos, de información imperfecta).

Es importante analizar que un arbitraje basado en creencias sería inútil, puesto que, dada la información incompleta, no podría decirse que se ha transferido toda o la mayoría de la información, con lo que el equilibrio podría no ser estable.

Sin embargo, y en respuesta a esto, se originó lo que se ha llamado el “Revelation Principle”.

Este principio establece que para cualquier equilibrio en un juego bayesian existe un mecanismo de incentivos compatibles para fomentar la revelación directa de información bajo los mismos o mejores resultados favorables que sin revelarla.

Así los requisitos para la existencia del “Revelation Principle” son:

- la existencia de información incompleta
- usualmente, dos jugadores
- un tercero que es denominado “agente”, quien actúa como árbitro y diseña el mecanismo para que las partes, denominadas “principales”, trasladen información y así generar un mejor resultado para ambas

Es decir, dentro de un juego bayesian siempre hay incentivos para que los agentes (quienes, si no conocen los tipos, intentarán conocerlos a partir del mecanismo) comuniquen cuál es su tipo e impongan las restricciones referentes a la compatibilidad de incentivos.

Es decir, un árbitro debería tener en claro que es necesario que las partes, al menos, conozcan el tipo del agente decisor, lo cual permite a los jugadores entender cuál será la naturaleza del equilibrio a futuro, y así poder elegir mejor las acciones del set a tomar.

Como conclusión a partir del Revelation Principle, podríamos decir que es labor del legislador, en primer lugar, y del árbitro, en segunda oportunidad, diseñar

maneras de fomentar el traslado directo de información de los tipos, los cuales contienen las expectativas de los jugadores e información valiosa que puede ser conocida mediante las expectativas de pagos que, como dijimos en el primer capítulo, pueden trasladar información que no puede ser conocida directamente.

Una perspectiva interesante es la presentada por Strausz²⁰, en que establece que, ante la carencia de información privada por parte del agente (es decir, en caso el árbitro no otorgue la información sobre cuál es su propio tipo) o cuando exista más de un agente (es decir, se establezca una segunda instancia), el resultado obtenido puede ser sub-óptimo.

Esto apoya nuestra versión de que el arbitraje debe constar de una sola instancia y no permitir su revisión por otro agente, dígase, el poder judicial.

2.5. EL ARBITRAJE COMO JUEGO ITERATIVO

El juego iterativo es aquel que consta de un número de repeticiones de un juego denominado “juego base” (que es lo mismo que decir “etapa”).

Si bien la repetición de un juego puede generar, como observáramos, aprendizaje de protocolos, en los arbitrajes tal aprendizaje, si bien existe, es mínimo, por lo que no es adecuada la repetición.

Además, la repetición de un juego genera un elemento especial: la posibilidad de retaliación. De este modo, quien gana en una primera etapa debería de esperar, como un factor propio a la segunda, que el otro jugador juegue las estrategias de su set que le generen mayor daño al ganador de la etapa anterior.

¹⁶ STRAUSZ, Roland, “Deterministic Mechanisms and the Revelation Principle”, Free University of Berlin Publications, Alemania, 2002, pág. 1-6

Queda entendido entonces que la presencia de este nuevo elemento implica una disminución del aprendizaje. Incluso cuando este aprendizaje exista, el jugador perdedor preferirá las estrategias que no impliquen protocolos, porque en éstas hay más espacio para la retaliación.

Los juegos iterativos pueden ser “finitos” o “infinitos”.

Los juegos infinitos comprenden la existencia del “discount factor”, que implica que con la disminución de interés haya un incremento en la probabilidad de terminar el juego en el siguiente nivel.

Al ser que el Arbitraje sólo comprende una etapa, está dentro de los juegos finitos. Al no ser infinito, no cuenta con el discount factor, existiendo un efecto inverso. Así, se genera un mayor interés en continuar el juego, y esto, sumado al efecto de retaliación, contribuye a requerir de una segunda etapa. Esto tiene que ver también con el efecto narcótico, puesto que en tanto exista un perdedor, los jugadores sentirán dependencia (puesto que la escalada de conflicto se acentúa y las partes sienten que son, con cada etapa que transcurre, menos capaces de solucionar sus problemas por sí mismos).

Entonces, creemos que es necesario apuntar que el arbitraje no siempre trae malos resultados, pero para evitar estos efectos debemos proponer que sea un juego no iterativo, finito, de una sola etapa (si bien el efecto inverso del discount factor no desaparecerá, es posible limitar sus efectos si los árbitros evitan dar soluciones como las del sistema judicial en que se dan ganadores y perdedores, y resumen su laudo a solucionar la controversia basándose en equilibrios que ayuden a mantener las relaciones entre los jugadores a futuro).

Obsérvese lo siguiente:

El equilibrio es perfecto si:

- hubo cooperación

-hubo transferencia y conocimiento total de la información

-los acuerdos son vinculantes

y

- el arbitro decidió en base a toda la información disponible

(sobre este punto decimos disponible y no toda la información debido a que asumimos que el Arbitraje es un juego bayesian).

Si esto fue así, no habría razón para repetir el juego, ya que, de hacerlo, podríamos estar generando un nuevo equilibrio ineficiente.

Ahora, usted debe estarse preguntando:

Entonces, ¿por qué se puede revisar en algunos estados la decisión por la vía judicial?

A continuación, le explicaré el porqué.

Como usted ve, el laudo no puede ser revisado en sede arbitral por una razón:

Para nosotros, el equilibrio generado es el más eficiente para el juego presentado. La iteración del juego no puede garantizar un equilibrio de mejor calidad, sino tan sólo uno distinto.

Es decir, no reconocemos ningún error porque matemáticamente no hay posibilidad de que exista. Más bien, la iteración si implicaría un perjuicio.

En todo caso, si existe una variación en la resolución, podría deberse a la presencia del efecto inverso del discount factor y a que el deseo de retaliación ha sido transmitido como información al árbitro, y este lo toma en cuenta al momento de laudar.

Por eso, si se desea revisar el laudo, se hará en sede judicial (en la cual el concepto de justicia es más una cuestión legal y hasta moral, por lo que no entran a tallar razonamientos matemático-económicos).

Ahora viene un cuestionamiento clave sobre la iteratividad:

Si se revisa judicialmente el laudo, el decisor será otro, por lo que, ¿aun se podría decir que es el mismo juego y que, por lo tanto, se ha vuelto iterativo?

La gran parte de matemáticos cree que para que sea el mismo juego debe haber el mismo decisor, pero el autor de este trabajo piensa que no.

Así, para el autor, sí se itera el juego si se revisa en sede judicial, ya que la función del decisor no es más que dar la solución o equilibrio, sin cambiar la partes ni la información (*mismas partes + misma información= mismo equilibrio*).

Entonces, puede cambiar el equilibrio si se itera y cambia el decisor?

Y si se cambiara el equilibrio, ¿por qué dijo el autor que el equilibrio en el arbitraje era perfecto?

A la primera pregunta, la experiencia nos dice que hay altas probabilidades de que se cambie la decisión. Pero eso no implica que el equilibrio anterior no haya sido perfecto, sino que se da lo que Nash ha llamado variable T de Transformación, que genera experiencia (el aprendizaje en el arbitraje ya dijimos es limitado y la experiencia ganada respecto de los protocolos podría ser usada para saber cómo evadirlos, o como información complementaria para una mejor retaliación).

A la segunda, respondemos que sostenemos que el equilibrio en el arbitraje era perfecto para ese arbitraje no iterativo, pero si se vuelve un juego iterativo, teóricamente el concepto de perfección es distinto (esto fue estudiado por Raiffa²¹ respecto de la aplicación de Nash para el Teorema de Minimax, al que introdujo la variable T de Transformación, para expresar que, cuando un juego se repite, se va ganando experiencia, la cual no es posible obtener en un solo juego, por lo que el concepto de perfección varía. Además, ha de considerarse los elementos discount factor y retaliación).

²¹ RAIFFA, Op. Cit.

Por otro lado, el laudo arbitral no es percibido como vinculante por las partes, y mucho menos como final.

Las partes perdedoras buscan siempre una salida a la vinculación generada mediante la solicitud de revisión judicial, la cual suele basarse en una supuesta violación al orden público.

La sola posibilidad de repetir el juego incentiva a las partes a continuar el arbitraje en una siguiente etapa, pudiendo ser:

ARBITRAL: el Recurso de Apelación a segunda instancia arbitral, del artículo 62° de la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572

JUDICIAL: los Recursos de Apelación y Anulación, de los artículos 63 al 78 de la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572

Siendo así, una ley como la nacional peruana fomenta un sistema ineficiente por dos (2) razones:

- Al saber las partes que existe la posibilidad de establecer una segunda instancia arbitral, no dudarán en emplearla, incurriendo en costos de transacción mayores para ellos, tanto como para el sistema; costos los cuales no representan un beneficio para las partes, pero sí la asunción de un riesgo de declive en la calidad del laudo.
- La visión detrás de la posibilidad de recurrir a una segunda instancia no es compatible con la segunda instancia arbitral.

Esto debido a que la posibilidad de recurrir a una segunda instancia en el poder judicial tiene por motivo que la sentencia sea revisada por un superior jerárquico, al cual se presume con mayor preparación y experiencia, por lo que debería dar una mejor solución al caso concreto (o validar la sentencia de primera instancia, lo cual indicaría que ésta era de buena calidad.)

En el caso de la segunda instancia arbitral se generan costos que no traen consigo un mejor resultado. Es decir, una segunda instancia arbitral no garantiza un laudo de mayor calidad, sino, tan sólo, uno nuevo y distinto.

Aquí lo que ocurre es que las partes analizan los costos, pero no el riesgo asociado a éstos. Es decir, comparan el costo de una segunda instancia arbitral frente al supuesto beneficio de tener la posibilidad de cambio del laudo (si son derrotados), sin observar el riesgo de obtener un laudo con un equilibrio ineficiente en la segunda instancia.

Además, al no poder basarse en nuevos medios probatorios y tener que opinar en base sólo a los autos, es poco probable la variación del laudo de primera instancia.

Al no tener nueva información y al ser que no se considera un mejor tribunal que el de primera instancia (saben que si así lo pensarán las partes habrían sido elegidos para la primera instancia), las probabilidades de que el laudo varíe son mínimas, ya que el tribunal de segunda instancia asumirá que el anterior estaba mejor informado.

Finalmente, debemos observar que si las partes son conscientes de que tienen la posibilidad de recurrir a una segunda instancia en caso pierdan en la primera, esta posibilidad dejara de serlo para pasar a ser una estrategia más del set. Esto repercutirá en el fortalecimiento del “narcotic effect”, ya que las partes no asumirán negociaciones responsables a un nivel adecuado en la primera instancia, sino que se harán más dependientes del arbitraje (dado que el arbitraje será no sólo el medio de resolución de conflictos en primera instancia, sino también su chance de oponerse al resultado en segunda.)

Un buen sistema de arbitraje no debe permitir la repetición del juego, que lo transforme en un juego iterativo.

CAPITULO III

EL TEOREMA DE COSTO-RIESGO

Este es el punto donde debo empezar a trazar lo que será el teorema que propongo, pero antes y para ser mejor comprendido, debo desarrollar algunas herramientas:

3.1. CONCEPTOS PRELIMINARES

3.1.1. El Teorema de Coase

El Teorema de Coase consta de 2 (dos) formulaciones:

1. “Si los costos de transacción son iguales a cero, no importa la solución legal que se adopte, pues siempre las partes involucradas, a través de transacciones en el mercado, llegarán a la solución más eficiente”²².
2. “Si los costos de transacción son significativamente superiores a cero, sí importa la solución legal que se adopte para llegar a la solución más eficiente.”²³

Es decir, cuando los costos de transacción son bajos, las partes pueden llegar al resultado eficiente por sí mismas. Si son altos, se hace necesaria la creación de un mecanismo que permita generar un resultado similar al que se hubiera obtenido de haber costos de transacción cero.

Podría decirse, incluso, que, en realidad, lo que propone la segunda parte del teorema (en nuestro caso, a costos de transacción altos, resolución por un tercero), es un traslado de costos.

²² BULLARD, Alfredo, “Ronald Coase y el Sistema Jurídico”, en Derecho y Economía: el análisis económico de las instituciones”, Palestra, Lima, Perú, 2006, página 102

²³ Ibid, página 103

Aquí podemos hacer las siguientes críticas:

En primer lugar, la búsqueda del Teorema de Coase no está dirigida, necesariamente, a la satisfacción de las funciones de preferencias de las partes implicadas, sino a la reducción del costo social.

Así, la búsqueda está dirigida a generar una función social eficiente, antes que funciones individuales eficientes.

Primera afirmación: la reducción del costo social genera un beneficio social o evita un perjuicio social, pero no necesariamente genera un beneficio a las partes como individuos.

Segunda afirmación: la función social y las funciones individuales pueden ambas llegar a ser eficientes, pero a partir del análisis de equilibrios (mediante mecanismos que comprendan ambos tipos de funciones), y no de costos.

En segundo lugar, el Teorema de Coase está basado en el análisis de costos de transacción únicamente. Sin embargo, el análisis de costos de transacción no garantiza la consecución de un equilibrio eficiente, que implique una solución que pueda ser sostenida en el tiempo. Antes bien, para generar un equilibrio eficiente, debe analizarse las funciones de utilidad individuales y la aversión al riesgo de cada una de las partes.

Así también, si el árbitro debe basar su decisión en la consecución de la función social eficiente, quizás se estará dejando de lado las funciones individuales de las partes. De igual manera, si el árbitro desea satisfacer las funciones individuales de las partes, es poco probable que se esté cumpliendo con la obtención de una función social. Esto es consecuente con el Teorema De Arrow.

Tercera afirmación: la búsqueda de la función social traslada, en alguna medida, costos a las funciones individuales; y viceversa.

Además, un equilibrio eficiente sólo puede crearse cuando la aversión al riesgo es baja o puede ser minimizada. Cuando la aversión al riesgo es alta, es preferible que exista un mecanismo que regule el sistema, para poder simularlo.

Cuarta afirmación: La creación de un equilibrio eficiente depende de la aversión al riesgo de cada una de las partes.

Quinta afirmación: no se pueden lograr eficientemente ambos tipos de funciones, la social y las individuales, a la vez, sin la ayuda de un mecanismo, en el caso de la aversión al riesgo alta.

En tercer lugar, al decir que cuando los costos de transacción son significativamente mayores a cero se requerirá del empleo de una solución legal específica (que sería el árbitro en nuestro caso), no se hace más que consolidar la idea de que existe *dependencia al mecanismo* por parte de las partes. Es decir, se asume que los jugadores no son lo suficientemente capaces de llegar al equilibrio eficiente frente a costos altos. Sin embargo, no es que las partes no puedan llegar solas al equilibrio eficiente dados los costos altos, sino debido al riesgo que se asigna a tales costos.

Sexta afirmación: La dependencia al mecanismo está ligada a la aversión al riesgo asignada por las partes a los costos de transacción, y no a los costos de transacción en sí mismos.

Pongamos un ejemplo:

Existe un vendedor de comida enlatada con fecha de vencimiento vencida, y personas pobres dispuestas a comprar este bien “malogrado”. Los compradores deciden adquirir este bien “malogrado” dado que cuesta la mitad que el bien “en

buen estado". Es decir, adquieren dos bienes "malogrados" al costo de un bien "en buen estado". Tanto el vendedor como los consumidores saben que el bien está "malogrado".

Aplicando el Teorema de Coase, este negocio sería ineficiente, dado que el vendedor estaría externalizando sus costos de adquirir un producto "en buen estado" a un mayor precio, además de los costos de asumir la responsabilidad por los daños a la salud de los compradores. El costo social de tener tantos "enfermos" es alto. Mas, sin este mercado, los pobres carecerían de alimento.

Sin embargo, el teorema no se pone a pensar en otros factores, como la "experiencia ganada". Si las partes siguen consumiendo el bien "malogrado" es porque quizás ya saben que "no les hace nada", y eso hace que el mercado sea "eficiente para ellos". Esta "experiencia ganada" es una expresión de aversión al riesgo baja: el vendedor sabe que no se producen daños a la salud de los consumidores y éstos saben que al comerla no se causan daño a sí mismos, por lo que la aversión al riesgo de ambos es baja. Si la aversión al riesgo es baja, pues llegan ambos a un equilibrio eficiente por sí mismos. La aversión al riesgo baja implica que son eficientes tanto las funciones individuales como la función social.

En cambio, si el producto causara que uno de cada dos consumidores enfermara, el mercado sería ineficiente porque tanto el vendedor como los consumidores sabrían que hay daños a la salud, y su aversión al riesgo sería alta. Pero, ¿debe este mercado morir? ¿Qué hay del 50% de consumidores pobres conformes? En este caso, de aversión al riesgo alta, la función social no es eficiente y algunas funciones individuales sí lo son.

En este caso, debe generarse un mecanismo que permita reducir la aversión al riesgo, o simule una aversión al riesgo baja. Por ejemplo, que se obligue al vendedor a contratar un seguro que responda por los posibles daños a la salud de los consumidores pobres. De esta manera no se elimina el mercado, el vendedor

ha trasladado parte de su riesgo a la aseguradora y los consumidores saben que hay quien responda por los daños. Es decir, se reduce el riesgo de ambas partes y el mercado sigue operando.

En el caso del arbitraje, la aversión al riesgo trabaja de la siguiente manera:

Cuando los costos de transacción son altos, los jugadores prefieren no asumir la negociación responsable entre ellos y trasladarle el costo de llegar a un acuerdo al tercero. Así, cuando los costos de transacción de llegar a un acuerdo son bajos, estos tienen un valor de 1, y cuando los costos de transacción de llegar a un acuerdo son altos, tienen un valor de $1+x$. En el caso de costos de transacción altos, las partes deciden que x sea trasladado al tercero eligiendo arbitrar la disputa, por lo que el costo de arbitrar termina siendo igual al costo de negociar (desde la perspectiva de las partes) cuando los costos de transacción son bajos. Lo que habría que considerar es si realmente pueden ser trasladados todos los costos extras(x) al sistema arbitral, además de considerar que la solución menos eficiente del arbitraje respecto de una negociación generará nuevos costos a futuro.

A primera vista, parecería más eficiente para ambas partes el trasladar el costo de negociar al árbitro, ya que las partes asumirían menores costos arbitrando que negociando frente a costos de transacción altos. Mas, un acuerdo negociado en común siempre será un punto de equilibrio más eficiente que el punto de equilibrio producto de un arbitraje, por lo que el riesgo de obtener un equilibrio de menor calidad o ineficiente debe ser analizado.

Así, nuestro análisis no debe basarse en costos de transacción, sino en el riesgo que está asociado a éstos, dado que se puede trasladar el costo del arbitraje, mas no el riesgo asociado al arbitraje.

Si sabemos que una negociación tiene mayores costos pero un mejor equilibrio, frente a un arbitraje que tiene menores costos pero un peor equilibrio, debemos entender que la negociación implica un menor riesgo que el arbitraje. Es decir, debemos analizar también que existe un *riesgo de arbitrar* (el peor equilibrio producto del arbitraje, frente al mejor equilibrio producto de la negociación) ligado a los costos de transacción de arbitrar.

Sin embargo, las partes no se percatan de este *riesgo de arbitrar*, ya que sus análisis están basados en los costos de transacción actuales, antes que en el riesgo de arbitrar asumido a futuro (un peor equilibrio que afectará la relación a futuro), por lo que debe establecerse un mecanismo que incremente el riesgo del arbitraje, de manera de hacerlo evidente y así fomentar que las partes opten por la negociación responsable. Este mecanismo podría ser el Final-Offer Arbitration, el que analizaremos en la segunda parte.

Así, puede plantearse lo siguiente, en relación con el arbitraje:

Cuando existen equilibrios con pagos eficientes dentro de la “zona de contrato” a costos de transacción bajos (1), los jugadores podrán, mediante una negociación responsable, llegar a una solución a su disputa.

Cuando existen tales equilibrios eficientes dentro de la “zona de contrato”, pero a costos de transacción altos (1+x), las partes preferirán recurrir a un tercero.

Los costos de transacción bajos implican que la operación de ubicar el equilibrio eficiente es no compleja, mientras que cuando los costos de transacción son altos la operación de encontrar el equilibrio eficiente es compleja.

Cuando la operación de ubicar el equilibrio eficiente es no compleja, el riesgo de arbitrar (de tener un equilibrio ineficiente) es bajo, porque es fácil encontrar el equilibrio eficiente.

En cambio, cuando la operación de ubicar el equilibrio eficiente es compleja, el riesgo de arbitrar (de tener un equilibrio ineficiente) es alto, porque es difícil encontrar el equilibrio eficiente.

Es decir, los costos de transacción de negociar son directamente proporcionales al riesgo de arbitrar. Así, ante costos de transacción de negociar altos, el riesgo de arbitrar será alto. Pero, las partes ante costos de transacción de negociar altos deciden trasladarlos a un tercero, y no se percatan del riesgo de arbitrar, el cual no es trasladable, ya que al árbitro no le afecta en lo absoluto el otorgar un equilibrio ineficiente.

Finalmente, la “zona de contrato” es el cuerpo convexo dentro del que se encuentran los potenciales equilibrios de acuerdos voluntarios, con pagos más eficientes que los obtenibles a través de un arbitraje.

Ahora bien, fuera de la zona de contrato se encuentran los mínimos y máximos imposibles.

Por mínimos imposibles, entendemos a los mínimos que no serían aceptados porque ofrecen pagos menores que los que se hubiera podido obtener sin entrar al juego, por lo que son inaceptables.

Por máximos imposibles entendemos aquellos que, dado que maximizan las ganancias de un jugador a más allá de lo esperado por b, el jugador b nunca los aceptaría, porque toda maximización de a implica una minimización de su contraparte b.

En la generación de equilibrios no se suelen utilizar los máximos o los mínimos imposibles porque no serían aceptados por uno o ambos jugadores.

3.1.2. El Equilibrio de Nash

Un equilibrio de Nash es aquel en que ninguno de los jugadores tiene incentivos para cambiar unilateralmente su estrategia. Si todos los jugadores han elegido su estrategia y ningún jugador se beneficia cambiando la suya propia mientras los otros mantienen las suyas invariables, el actual set de estrategias y los pagos están en Equilibrio de Nash.

El Equilibrio de Nash es estable si se da que un pequeño cambio por un jugador lleva a una situación en que se dan 2 condiciones:

- a. el jugador que no realiza cambios es porque ya está jugando su mejor estrategia y no tiene una mejor estrategia que adoptar en la nueva circunstancia.
- b. El jugador que sí realizó el cambio está jugando ahora con una peor estrategia.

El Equilibrio de Nash es un set de estrategias para juegos finitos y no-cooperativos entre dos o más jugadores, en el que ningún jugador puede incrementar su pago cambiando su propia estrategia, claramente aplicable a un arbitraje.

Es decir, que cada jugador actúe cooperativamente favorece a todos y que un jugador juegue no-cooperativamente sólo lo perjudica a él.

Esto implica que no existen incentivos para dejar de lado un Equilibrio de Nash, ya que favorece a todos respecto de los pagos a otorgar, y tiene estabilidad (es

estable por su propia naturaleza, ya que no es posible salir de él sin afectarse a sí mismo, por lo que es preferible continuar con la estrategia ya iniciada).

Además, como menciona Leven Kockesen¹⁸, los equilibrios de Nash cumplen con la condición de ser “self enforcing agreements”, en el sentido de que ningún jugador tiene motivos para desviarse de su estrategia mientras no lo hagan los otros jugadores. Es decir, la propuesta, por ser beneficiosa para todos, y perjudicial si se actúa unilateralmente, es obligatoria en sí misma, sin necesidad de coerción alguna.

Así queda claro que:

Un Equilibrio de Nash siempre es preferido por los jugadores.

3.1.3. El Óptimo de Pareto

El Óptimo de Pareto consta de 2 formulaciones:

1.- Principio Débil

Este principio asume que un estado de cosas “x” es preferible a un estado de cosas “y”, si “x” es ordinalmente mejor para todos que “y”.

Para entender esto hay que saber cuál es el significado de ordinal.

Un sistema ordinal es aquel que establece la utilidad que poseen las cosas para cada uno de nosotros, pero sólo de manera individual. Un sistema cardinal es uno que sí permite la comparación interpersonal de utilidad.

Lo que hace débil a este principio es que es poco probable que sin tener la capacidad de comparar la utilidad del estado “x” entre los miembros de una

¹⁸ KOCKESEN, Leven, “*The Nash Equilibrium*”, Columbia University Publications, USA, 2006, página 4

sociedad, todos lo acepten de manera unánime. Es decir, sin conocer cada una de nuestras preferencias, es poco lógico que adoptemos una preferencia unánime.

La comparación interpersonal de utilidades ha sido, desde siempre, un dolor de cabeza para los matemáticos de todos los tiempos, porque es poco factible crear funciones que expresen cada una la preferencia ordinal de un grupo determinado y, mucho más complicado, generar una función que sea la unión de todas aquellas preferencias, que represente una función social de utilidad. Como ya mencioné, hasta ahora el intento más conocido es el Teorema de Arrow, el que demostró que tal función era improbable.

2.- Principio Fuerte

El estado de cosas “x” es socialmente preferible al estado de cosas “y”, si al menos una persona se encuentra en mejor posición en el estado “x” y ninguna se ve afectada por el paso de “y” a “x”.

Así, cuando ya no es posible mejorar en el paso de un estado a otro, se ha arribado al denominado Óptimo de Pareto.

Esto sí puede ser probado en la realidad, porque sí es posible afirmar que existen intercambios en que ambas partes están mejorando su situación, y no necesitan comparar sus utilidades.

En políticas públicas, es evidente que todo aquel resultado que no sea Pareto-eficiente debe ser descartado.

Sin embargo, es fácil observar que siempre pueden existir un número limitado de jugadores que quedarán en desventaja, por lo que habrá que compensarles.

Se observa entonces que si se diera el caso que una minoría poderosa ostentara la mayoría de recursos, esto sería pareto-optimal si se compensara adecuadamente a los que caen en desventaja, ya que el concepto no establece parámetros de distribución justa de los pagos.

Si una situación “x” es mejor que “y” para todos menos una persona, porque ésta se encontrará en una desventaja tal que no puede ser compensada, no nos encontraremos en un Óptimo de Pareto, lo que nos lleva a afirmar que el concepto promueve la mantención del status quo existente, el cual ya es bastante injusto.

Ahora una afirmación más

UN EQUILIBRIO NO PUEDE SER PREFERIDO SOLO POR SER OPTIMO DE PARETO, SINO QUE DEBE SER A SU VEZ EQUILIBRIO DE NASH

- Si sólo fuera Óptimo de Pareto, debe descartársele porque no propicia pagos justos por sí mismo,

Al no existir el concepto de obligatoriedad de pagos justos en un Óptimo de Pareto, se entiende que en el laudo podría haber distribuciones justas, como podría no haberlas.

De ser que no las hubiera y se ha adoptado tal equilibrio como la base del laudo, se puede dar paso al *efecto de retaliación*. Es decir, el jugador respecto del que no se hizo una distribución justa de los pagos tiene incentivos para vengarse del otro jugador por la mala distribución, en una etapa posterior.

Es decir, al tomar como base del laudo a un equilibrio que sólo cumple con ser Óptimo de Pareto, se fomenta la iteratividad del juego, puesto

que aquel que no está conforme llevará el laudo a revisión para intentar corregir la injusta distribución.

- Si sólo fuera Equilibrio de Nash debe preferírsele como solución para las partes, ya que hay distribución de pagos justos, pero si, además, fuera posible implementar un sistema de bienestar social, tal equilibrio que cumpla ambas condiciones debe ser preferido sobre el que sólo cumpla con una de las dos condiciones.

Ahora bien, la necesaria relación entre el Equilibrio de Nash y el Óptimo De Pareto ya ha sido probada por Nash en lo que se ha denominado NBS (Nash Bargaining Solution). La explicación otorgada por Raiffa ¹⁹es, a mi parecer, la más adecuada para nuestro estudio, por lo que a ella nos referiremos.

Se menciona que hay 2 jugadores, 1 y 2, quienes no tienen la posibilidad monetaria para llegar a un acuerdo entre ambos, dado que no tienen incentivos para transferir información entre sí. Claramente, en este caso los costos de transacción de las partes son altos para llegar a un acuerdo sólo mediante las negociaciones entre ellos, por lo que prefieren no realizar las negociaciones, y que sea un árbitro quien determine el sistema de distribución adecuado para ambos.

En el sistema podremos observar que hay distintos intercambios, denominados T, T', entre otros. Entre todos los posibles intercambios existe uno muy especial, que representa el status quo, en que, en realidad, ningún intercambio se da: T*.

Asociado a cada intercambio T existe un par de utilidades²⁰, (u,v) que representan la utilidad de T para 1 y 2 respectivamente.

¹⁹ **RAIFFA**, Op. Cit. Pág. 124 - 128

²⁰ La utilidad es lo que representa para cada jugador un pago determinado. Como habíamos mencionado, un pago x no tiene el mismo valor para una persona que para otra, porque cada una tiene preferencias distintas.

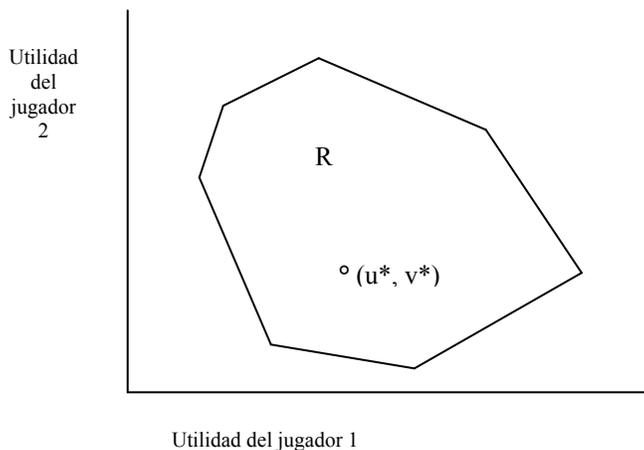
Para T^* , existen las utilidades u^* y v^* , para 1 y 2 respectivamente.

Como ya habíamos mencionado, existen innumerables intercambios posibles, que son representados por un punto cada uno en un plano.

Así, R es el set de todos los puntos que representan un intercambio posible.

R es un cuerpo convexo y cerrado²¹. Todo problema de negociación posee esta región R y un punto tal como (u^*, v^*) , que es el conjunto de utilidades para 1 y 2 en el status quo.

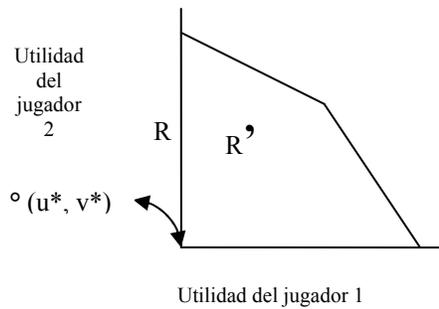
Así, 1 desea los puntos de equilibrio que se encuentran más a la derecha, y 2 los que se encuentran más hacia arriba.



Así las cosas, los pagos a la izquierda y de bajo del status quo no son posibles, por ser minimizaciones de los pagos deseados por 1 y 2 respectivamente.

Entonces, la zona de contrato con los equilibrios posibles queda recortada de esta manera.

²¹ Es cerrado porque sólo existen un número finito de intercambios posibles, que son los que se encuentran al interior de R . Obsérvese también que R es lo que habíamos llamado anteriormente la "zona de contrato".



Raiffa señala que la fórmula de Nash implica:

Cambiar el origen de las utilidades de tal forma que el punto (u^*, v^*) es transformado en el punto $(0,0)$, donde $(0,0)$ equivaldría a decir que si se mantiene el status quo no existen ganancias ni utilidades para ninguna de las partes. Además, debajo del status quo o a la izquierda todo pago es malo para alguna de las dos partes, por lo que no están dentro de la zona de contrato.

Así, se forma la figura R' , que está dentro de R y equivale a los mejores pagos tanto para 1 como para 2.

Dentro del cuerpo R' , se encuentra un único equilibrio que es conocido como el “**pago justo**”, denominado (U_0, V_0) .

Tal pago (U_0, V_0) es mayor que el status quo (u^*, v^*) , por lo que es un paso a un estado mejor siempre, con lo cual cumple con ser una solución pareto-optimal.

La fórmula de Nash cumple con 4 presunciones:

1.- Invariabilidad con respecto a la transformación de la utilidad.

Quiere decir que en cualquier punto de equilibrio del cuerpo R' se da la misma utilidad para los jugadores, en tanto tal punto de equilibrio sea un pago justo (U_0, V_0) para ambos.

2.- Óptimo de Pareto.

Si siempre (U_0, V_0) otorga una utilidad mayor que el estado anterior, dígase el status quo, y que no existe ningún otro punto de equilibrio (osea cualquier otro posible (u, v)) que sea mejor que (U_0, V_0) , entonces se está en el Óptimo de Pareto.

3.- Independencia de las alternativas irrelevantes.

Es decir, si otros (u, v) son posibles, pero siempre (U_0, V_0) es el mejor pago, éste será el equilibrio en que estará basada la única solución posible para el arbitraje.

La existencia de otras opciones o su posterior aparición no afectan en nada a (U_0, V_0) como el único pago justo, que es óptimo de Pareto y Equilibrio de Nash.

4.- Simetría

Que implica que la utilidad pagada al jugador 1 debe ser la misma que la utilidad pagada a 2 (es decir $U_0 = V_0$). Recordemos que el hecho de que ambos reciban la misma utilidad no significa que ambos jugadores deban recibir la misma cantidad de dinero, porque cada uno le asigna una utilidad distinta a un mismo objeto.

Ahora bien, queda claro que Nash ya había probado que existen Equilibrios de Nash que pueden ser a su vez Óptimos de Pareto, con lo que tales equilibrios son los que poseen pagos justos y también serán invariables.

Habiendo desarrollado las herramientas más comunes, así como sus características más saltantes, procedo a formular el, por el momento, denominado TEOREMA DEL COSTO-RIESGO.

3.2. TEOREMA DEL COSTO-RIESGO

El Teorema de Costo-Riesgo consta de 5 postulados, los dos primeros referidos a la existencia de un equilibrio tal que sea un Equilibrio de Nash y Óptimo de Pareto a su vez, el tercero a una reformulación del Teorema de Coase y los dos últimos a la necesaria relación entre los costos de transacción y un riesgo intrínseco a éstos.

Postulado 1

Si un equilibrio en la zona de contrato cumple con ser Equilibrio de Nash y Óptimo de Pareto, este equilibrio debe ser el adoptado por el árbitro como solución.

Como ya mencionamos líneas arriba, no basta con que un equilibrio sea pareto-optimal, sino que es necesario que cumpla con ser Equilibrio de Nash.

De esta manera, cuando el equilibrio cumple con ser Equilibrio de Nash, se está obligando a que el laudo fomente una distribución justa entre las partes, evitando así la posibilidad de generar el efecto de retaliación ya mencionado, así como la iteratividad (repetición) del juego que se pueda generar, al solicitar la revisión judicial.

Además, en un Equilibrio de Nash no existen incentivos para cambiar de estrategia si el otro jugador no cambia la suya, ya que el cambio unilateral no genera ningún beneficio para quien lo realiza, pero sí implica un perjuicio para éste.

El concepto de Óptimo de Pareto aportará un bienestar mayor que en la etapa previa al laudo en el arbitraje, ya que necesariamente las partes deberán estar en una situación mejor. Además, si se ha llegado al Óptimo de Pareto no hay incentivos para pedir la revisión judicial, porque no se puede mejorar tal situación.

Por último, como ya habíamos mencionado, un equilibrio tal que sea pareto-optimal y nash equilibria tiene un valor agregado: cumple con las funciones de utilidad individuales de las partes, así como con la función de bienestar social.

Postulado 2

Si este equilibrio eficiente no es tomado como base para el laudo, el árbitro estaría imponiendo sus preferencias personales.

El árbitro es también un jugador, por lo cual también presenta ciertas preferencias las cuales quedan comprendidas en una función de utilidad individual, al igual que las partes. Valga la pena aclarar que su función de utilidad no implica necesariamente la consecución de un beneficio para él, sino que puede venir comprendida por su concepto de acuerdo justo entre las partes.

Así, es evidente que si un equilibrio tal que cumple con ser el más beneficioso para las partes y que es imposible de ser cambiado (porque no hay incentivos para hacerlo), no es adoptado por el árbitro como base de su laudo, algo está mal.

Es probable que un equilibrio de esta naturaleza pase desapercibido para ambas partes, que quizás no cuenten con la información completa del juego o parte de la información del otro jugador, pero no para el árbitro que sí cuenta con toda la información disponible en el juego.

Es decir, teóricamente no podemos asumir su desconocimiento, así que el único motivo por el que podría no estarse adoptando tal equilibrio como solución sería porque el árbitro ha preferido adoptar otro equilibrio como solución, poniendo un mayor peso a su función de utilidad individual propia, dejando de lado aquel equilibrio que es nash equilibria y pareto-optimal a la vez.

También, puede ser que si bien el equilibrio sea el adecuado para ambos jugadores, a los ojos del árbitro no lo sea, ya que en su función de utilidad individual él concibe otro acuerdo como el “punto justo”, por lo que decide no adoptarlo.

Si el árbitro impone sus preferencias personales en el laudo, comete una falta, puesto que obvia el pago más eficiente, por lo que debe aplicársele algún tipo de sanción, porque no sólo perjudica a los jugadores con la imposición de un equilibrio inadecuado. El Arbitraje suele tratar sobre conflictos de naturaleza económica, y un conflicto mal resuelto no sólo afecta a las partes de ese conflicto, sino que tiene un efecto exponencial. Es decir, esto podría repercutir en un juego más grande, en el mercado global, de ser que el equilibrio obviado sea nash equilibria y pareto-optimal a la vez. Si sólo fuera nash equilibria, sólo se estaría afectando a las partes.

La segunda parte está referida a una nueva versión del Teorema de Coase, el cual ya expliqué y señalé que un análisis basado sólo en costos de transacción no es útil, porque tales costos son sólo uno de los elementos del análisis que se debe realizar antes de adoptar una decisión.

Además mencioné que Coase asumía que los jugadores eran incapaces de llegar a un acuerdo por ellos mismos cuando estos costos de transacción son altos, lo cual es falso.

Líneas arriba hemos trazado un primer esbozo, que ahora se planteará en términos matemáticos.

Como ya vimos, en un cuerpo convexo que representa la zona de contrato existen un gran número de posibles soluciones, de las cuales son pocas aquellas que cumplen con ser (U_0, V_0) .

Si el Teorema de Coase decía que frente a costos de transacción altos, debe establecerse una solución legal y, frente a costos de transacción bajos, las partes deben dar solución a su desacuerdo entre ellos mismos, yo digo que:

Postulado 3

Cuando existen equilibrios eficientes (U_0, V_0) dentro de la “zona de contrato” a costos de transacción de negociar bajos (1), los jugadores podrán, mediante una negociación responsable, llegar a una solución a su disputa.

Cuando existen equilibrios eficientes (U_0, V_0) dentro de la “zona de contrato”, pero a costos de transacción de negociar altos $(1+x)$, las partes preferirán recurrir a un tercero.

Este postulado implica que son los costos de transacción de negociar los que determinan que las partes decidan recurrir o no al arbitraje. Así, frente a costos de transacción de negociar altos, las partes recurrirán a un tercero, para poder trasladarle los costos que no desean asumir. Así, (1) son los costos de transacción de negociar razonablemente aceptables por las partes, y (x) el exceso respecto de éstos. Con la acción de recurrir al arbitraje, lo que se busca es externalizar, antes que internalizar, los costos de transacción de la negociación responsable.

Postulado 4

Todo costo viene ligado a un riesgo intrínseco a aquél. Es el riesgo asociado al costo, y no el costo por sí solo, el que determina la realización de un negocio.

Así, los costos de transacción de negociar son directamente proporcionales al riesgo de arbitrar.

Así pues, lo que pretendo proponer con este postulado es algo sumamente obvio pero poco mencionado: todo costo de transacción tiene un riesgo vinculado a él, y es este riesgo el que determina que se lleve a cabo una acción o no.

Cuando los costos de transacción de negociar son altos, el riesgo de arbitrar será alto, ya que se hace más difícil encontrar el punto de equilibrio (U_0, V_0); y esto no es sólo poco sencillo para las partes, sino que también lo será para el árbitro que deba resolver la disputa.

Así, cuando la partes se encuentran ante costos de transacción de negociar altos deciden trasladarlos a un tercero, y no se percatan del riesgo de arbitrar, el cual no es trasladable, ya que al árbitro no le afecta en lo absoluto el otorgar un equilibrio ineficiente.

Veamos el ejemplo siguiente:

¿Es el costo de operar un sistema de servicio público de agua potable económicamente eficiente?

Observemos que los costos de llegar a un acuerdo respecto de si ha de ser dado mediante una empresa privada o una empresa estatal serán los primeros. Luego existirán costos de transacción para determinar quién y cómo se generará la infraestructura. Además existen costos de información, puesto que deberá determinarse la forma en que se operará el servicio, según las necesidades de los usuarios respecto de cada punto de ubicación.

Finalmente, tengamos en cuenta que el retorno, en el caso de los servicios públicos y por cuestiones del propio mercado, suele ser cercano o igual al costo

de producción del servicio prestado, con lo que no hay grandes ganancias para el operador.

Al parecer, económicamente es ineficiente, puesto que las ganancias apenas cubrirán los costos de operar el sistema.

Algunos dirán que se obtiene una gran utilidad para los usuarios del poder acceder a un servicio de agua potable organizado, antes que tener que vérselas todos en el libre mercado (que ya ocurre en Lima, con los camiones cisterna que llegan a los pueblos jóvenes a vender el agua más cara de Sudamérica). Sin embargo, esa es la utilidad de los usuarios, de una parte del sistema, pero, ¿cuál es la utilidad del estado?

Y esto es lo que planteo: el estado no obtiene una utilidad real, económicamente hablando, sino que su “utilidad” se encuentra en la evasión del riesgo. Si retirara el servicio, enfrentaría el riesgo de tener que enfrentarse ante los millones de usuarios airados, lo cual implica un costo político.²⁵ Es decir, si nos referimos únicamente a los costos no encontraremos utilidad alguna para el estado; es en el riesgo evadido asociado al costo en el que se encuentra aquella función de utilidad.

En el caso del arbitraje, las partes observan los costos de transacción de acceder a una segunda instancia arbitral y, aparentemente, son “baratos”. Esto dado que sólo implican ponerse de acuerdo en que tal segunda instancia exista, frente al supuesto “beneficio” de tener a mano la posibilidad de solicitar un cambio del laudo arbitral, por si se perdiese. Es decir, en un análisis costo-beneficio sencillo, parece ser lo más adecuado para ambos jugadores. Sin embargo, los jugadores no están observando la existencia de un riesgo intrínseco a este costo: el laudo podría ser ineficiente, más aún cuando ya hemos observado que el laudo de segunda instancia no garantiza ser mejor, sino tan sólo distinto. Asimismo, las

partes se hacen más dependientes del sistema arbitral para resolver sus disputas, con lo cual existe un aprendizaje mínimo de protocolos y se refuerza el “narcotic effect” ya desarrollado.

Lastimosamente, los riesgos no suelen ser evidentes a los jugadores, ya que si éstos fueran conscientes de la existencia del riesgo asignado a cada costo, otra sería la historia.

Postulado 5

El Riesgo asociado al costo de transacción debe hacerse evidente a las partes.

Como comentáramos, el riesgo asociado a los costos de transacción no suele ser observado en el análisis realizado por la partes, al momento de tomar una decisión respecto de la realización de un negocio. Muchas veces esto se debe a que el riesgo asociado al costo no es evidente a las partes, por lo que no lo analizan.

Siendo así, cuando el riesgo no sea percibido adecuadamente por las partes debe crearse un mecanismo que le haga evidente o le incremente, de tal manera que pueda ser observado y tomado en cuenta para el análisis del negocio.

Finalmente, existen tres diferencias básicas respecto de nuestro teorema con el planteado por Coase.

Primero, al estar el Teorema de Costo-Riesgo planteado en términos de equilibrios, observa no sólo los costos de transacción, sino también, la utilidad y su comparación interpersonal, la aversión al riesgo, además de introducir el concepto de “pago justo”, dado que no sería útil el recurrir a un arbitraje que no genera un

²⁵ El Grupo GTTT - Game Theory Think Tank se encuentra realizando investigaciones para la publicación de un artículo especialmente dedicado a la comprensión de la naturaleza del llamado “costo político”.

pago adecuado o que no genere a las partes una mejoría respecto de su estado anterior.

Es decir, el análisis basado en equilibrios es una evolución del basado tan sólo en costos de transacción, que permite tener un panorama más completo de la solución para determinar el laudo.

Segundo, al ser un equilibrio basado en el Teorema de Costo-Riesgo, que propone que el laudo sea a la vez un Equilibrio de Nash y sea pareto-optimal, siempre será más eficiente que una solución generada por los propios jugadores.

Se diferencia de lo propuesto por Coase en que él propone que sea un tercero quien laude el conflicto cuando los costos de transacción sean altos, sin importar que el resultado sería peor que el que las partes pudieron haber generado por sí mismos.

En cambio, en el caso del Teorema de Costo-Riesgo, el pago siempre será mejor que el pudieran proponer las partes, ya que es pareto-optimal y Equilibrio de Nash a la vez, con lo que los jugadores no pueden generar un pago mejor por ellos mismos.

Por último, el Teorema de Costo-Riesgo permite evitar la realización de negocios ineficientes que, bajo un análisis simple de costo-beneficio, podrían llevarse a cabo, dado que se asumen sin analizar los riesgos intrínsecos.

CAPITULO IV

LA ELECCIÓN DEL ÁRBITRO

4.1. INTRODUCCIÓN A LA ELECCIÓN DE ÁRBITROS

4.1.1. La necesidad del análisis del sistema de elección de árbitros

Podría cuestionarse el porqué es necesaria la realización del estudio de la selección de los árbitros al interior de un arbitraje.

Para responder a esta pregunta citamos a Bloom y Cavanagh²⁶

“El análisis de la selección del árbitro es interesante por muchas razones. Primero, ésta da información directa de las características de los árbitros que los negociadores encuentran deseables. Segundo, (...) puede dar perspectivas sobre si la negociación colectiva y el arbitraje son primeramente instituciones de conflicto o cooperación. Tercero, puede proveer información sobre la sofisticación estratégica de los negociadores y sobre la importancia de la interacción estratégica en negociación. Finalmente, el proceso de selección de árbitros podría estar muy relacionado al uso del arbitraje”

Es decir, el análisis de esta etapa previa al arbitraje podría dar luces sobre el impacto que puedan tener los diversos mecanismos de selección, una vez iniciado el arbitraje.

Si entendemos por estrategia la elección de una acción según la naturaleza del jugador al que nos enfrentemos, no cabe duda de que la elección del árbitro es una. Uno realiza la elección del árbitro propio con la finalidad de obtener un beneficio de éste.

²⁶ Op. Cit, BLOOM, David E. y CAVANAGH, Christopher L., página 355

Tal estrategia no lo es sólo respecto de la parte a que nos enfrentamos, sino también respecto del árbitro mismo, quien también es un jugador.

El árbitro posee también una función de utilidad individual propia y toma decisiones que afectan a las partes, basadas en la ley o en su leal saber y entender. En un arbitraje, las estrategias a tomar por las partes no pueden estar diseñadas con la sola finalidad de hacer frente a la contraparte, sino también a las posibles estrategias del árbitro que, con su intervención, puede generar un resultado no querido para una o ambas, en aplicación de sus preferencias individuales.

Las decisiones que tome el árbitro estarán claramente dirigidas a beneficiar a una u otra parte, ya que se verá influenciado por los argumentos presentados.

Así, la imparcialidad requerida al árbitro es de carácter previo al proceso. Sería iluso de nuestra parte asumir que aquel se mantiene en tal posición hasta el momento previo preciso antes de la emisión del laudo. Tal imparcialidad, durante y luego del proceso, es sólo teórica y no real.

Es claro que el propio accionar de las partes no está dirigido a generar un laudo justo, sino uno conveniente para una u otra.

Bien señalan Ashenfelter, Currie, Farber y Spiegel²⁷ respecto de un estudio realizado el año 1990:

“... (las) decisiones arbitrales aceptables contienen un elemento de azar. La idea clave es que ya que las partes juegan un rol en la selección del árbitro que decidirá la disputa, los árbitros que se sabe favorecerán a una u otra de las partes son eliminados. El proceso de

²⁷ ASHENFELTER, Orley, CURRIE, Janet, FARBER, Henry, SPIEGEL, Matthew, “An Experimental Comparison of Dispute Rates in Alternative Arbitration Systems”, National Bureau of Economic Research, Working Paper 3417, Estados Unidos de América, 1990, Página 2.

selección crea incentivos en los árbitros para mantener características que los hagan intercambiables por otros árbitros”

Es decir, todos los árbitros simulan (durante el período anterior al proceso) ser imparciales, para así poder ser elegidos y, luego, no ser recusados por la contraparte de quien los ha elegido. Las partes buscarán un árbitro que simule ser imparcial frente a la contraparte, pero que le garantice a la parte que lo escogió que tomará partido por él. De esta forma, a diferencia de la esposa del César, sólo hay necesidad de parecerla

Siendo así, la elección de los árbitros es la estrategia más importante en el juego del arbitraje.

Ahora bien, ¿de qué tipo de estrategia se trata?

La estrategia a jugar por cada una de las partes es denominada *maximin*. Así, la parte A elige su árbitro para maximizar su utilidad y minimizar la de la parte B. B hará lo propio.

El árbitro elegido será aquel que garantice a la parte que lo escoge la mayor maximización de utilidad posible respecto de su interés.

Esta maximización sólo podría ser garantizada por un árbitro matemático o, en su defecto, economista; acompañado de un árbitro abogado que le ayude a argumentar tal maximización en base a derecho.

4.1.2. Libertad en la elección de árbitros

En la actualidad, las legislaciones arbitrales señalan, en su generalidad, que, en principio, las partes son libres de determinar el número de árbitros, señalando la Ley de España que ha de ser un número impar.

UNCITRAL - Artículo 10° inciso 1

“Las partes son libres de determinar el número de árbitros”

ESPAÑA - Artículo 13°

“El número de árbitros que será siempre impar, y las reglas para el nombramiento del Presidente del colegio Arbitral, en el caso de ser varios, se fijarán por las partes de común acuerdo”

PERÚ - Artículo 21°

“Las partes podrán determinar libremente el procedimiento para el nombramiento de los árbitros”

Así también, tales normas señalan que, a falta de acuerdo, el número de árbitros habrá de ser tres (3), siendo que cada parte podrá escoger uno, y el tercero (que será el presidente del tribunal) será escogido por los dos (2) árbitros ya designados.

Lo importante para nosotros, en el análisis de teoría de juego aplicada, es que las diferentes legislaciones suelen dar libertad a las partes en lo referente a la selección de sus árbitros, con lo que también permiten que la elección de árbitros sea un set de estrategias más mediante el cual buscar la maximización de utilidad deseada.

4.2 MODELOS DE ELECCIÓN

4.2.1. Modelo 1

El Modelo 1 es el utilizado por UNCITRAL, Perú y España

Tal modelo señala que si una o ambas partes fallan en nombrar su árbitro, o si ya habiendo nombrado sus árbitros estos no se ponen de acuerdo en la elección del tercero presidente, será el poder judicial quien nombre (a los árbitros de las partes o al tercero presidente).

En el análisis, esto podría ser un gran problema, dado lo siguiente:

Este *Modelo 1* consta de 2 etapas:

Primera Etapa.- Cada una de las partes nombra su propio árbitro

Segunda Etapa.- Estos dos árbitros nombran al Presidente, que será un árbitro distinto a ellos.

La Primera Etapa es un Dilema del Prisionero clásico.

Las partes : A y B

Las estrategias : Cooperar (C) y No Cooperar (NC)

PARTE B	Cooperar	No Cooperar
PARTE A		
Cooperar	1	2
No Cooperar	3	4

Para estos efectos:

- COOPERAR = elegir árbitro
- NO COOPERAR = no elegir árbitro

Y los recuadros significarán:

- 1.- A y B eligen a sus árbitros
- 2.- A elige a su árbitro y B no
- 3.- B elige a su árbitro y A no
- 4.- Ni A ni B eligen a sus árbitros

En el Modelo 1, las partes se encuentran frente a un Juego No Cooperativo.

En todo juego no cooperativo, la mejor estrategia es siempre No Cooperar.

A y B, al ser jugadores comunes con aversión al riesgo, prefieren No Cooperar al ser que el resultado del arbitraje es incierto.

Es decir, A ó B, al No Cooperar, evitan que el arbitraje se realice.

4.2.2. El Modelo 2

Sin embargo el modelo colombiano es distinto al anterior, ya que los árbitros son nombrados de manera conjunta por las partes:

Artículo 118° - Ley 446 de 1998:

"Las partes conjuntamente nombrarán y determinarán el número de árbitros, o delegarán tal labor en un tercero, total o parcialmente. En todo caso el número de árbitros será siempre impar. Si nada se dice a este respecto los árbitros serán tres (3), salvo en las cuestiones de menor cuantía en cuyo caso el arbitro será uno solo.

Cuando se trate de arbitraje en derecho, las partes deberán comparecer al proceso arbitral por medio de abogado inscrito, a menos que se trate de asuntos exceptuados por la ley."

Luego, el presidente será elegido por ellos y entre ellos.

Artículo 20° - Decreto 2279 de 1989:

"Aceptados los cargos por todos los árbitros, se instalará el tribunal en el lugar que adopte conforme al presente Decreto; acto seguido elegirá un presidente de su seno y un secretario distinto de ellos, quien tomará posesión ante el presidente."

Ahora bien, el modelo consta también de 2 (dos) etapas:

1°.- las partes eligen a los árbitros de manera conjunta (no estrategia maximin.)

2°.-los árbitros eligen a un presidente, de entre ellos.

La Primera etapa es un juego cooperativo:

PARTE 2	Cooperar	No Cooperar
PARTE 1		
Cooperar	1	2
No Cooperar	3	4

- 1.- Las partes cooperan y eligen juntas los 3 árbitros
- 2.- A coopera y B no coopera
- 3.- B coopera y A no coopera
- 4.- Ambas partes no cooperan

(y el director del centro de arbitraje elige a los árbitros, lo cual les otorga un pago sub-óptimo a ambas partes.)

A diferencia del Modelo 1, las partes, al elegir conjuntamente a los árbitros, tienen capacidad de transferirse información y comunicarse entre sí, por lo que hay mayores posibilidades de que se generen acuerdos vinculantes respecto de los árbitros.

En un juego cooperativo como éste, el cuadrante 1 sería el único equilibrio de Nash.

Aunque no era necesario (al ser que la mejor estrategia tanto para A como para B es COOPERAR), la penalidad por NO COOPERAR es que el director del centro de arbitraje haga las designaciones que no hayan hecho las partes.

Artículo 15^a inciso 4 - Decreto 2651 de 1991:

“En caso de no aceptación o si las partes no han nombrado, el Centro las citará a audiencia para que éstas hagan la designación total o parcial de los árbitros. El Centro hará las designaciones que no hagan las partes.”

Es decir, el Modelo 2 refuerza la cooperación entre las partes y, por tanto:

1. Genera una relación previa con efectos positivos a posteriori.
2. Los árbitros en este modelo sí serán totalmente imparciales.

Explicaciones

1. Al tener que elegir conjuntamente los árbitros, las partes entablarán una relación cooperativa que mostrará sus efectos positivos en las etapas de

negociación o al finalizar el arbitraje (habrá altas probabilidades de que las partes acepten el laudo como justo y no soliciten revisión judicial, además de fortalecer y mantener la relación comercial entre ellas.)

2. Aquí, a diferencia del Modelo 1, las partes no podrán incrementar su utilidad mediante la elección de un árbitro parcial a ellos.

Esto debido a que es un juego cooperativo y las partes deberán elegir a los árbitros conjuntamente. A no aceptará que B coloque un árbitro que sea favorable a este último, ni viceversa(es decir, ni A ni B podrán jugar estrategias maximin.)

Al ser que ni A ni B pueden proponer un árbitro amigo, ya que la otra parte no lo aceptará, la única solución es que elijan juntos a los árbitros que aparenten ser los más imparciales.

Así, de ser que:

A proponga un árbitro amigo  B no acepta.

B proponga un árbitro amigo  A no acepta.

Finalmente sería el director del centro de arbitraje quien elija los árbitros, otorgándoles árbitros sub-óptimos, por lo que las partes preferirán elegir los árbitros aparentemente más imparciales conjuntamente. Este sería un escenario no querido por las partes.

Como las partes no desean que el anterior escenario ocurra, prefieren adoptar una posición cooperativa, por lo que en este modelo sí hay incentivos para la elección de árbitros imparciales.

De esta manera, A buscará un árbitro que sea imparcial respecto de ella misma (para que B lo acepte), pero que también lo sea respecto de B (para que así ella tampoco se beneficie.) De la misma manera hará B.

Como resultado, los árbitros elegidos por ambas partes serán imparciales respecto de ambas.

Así, aquí la IMPARCIALIDAD DE LOS ÁRBITROS ya no sería tan sólo teórica.

Una pregunta podría originarse respecto al Modelo 2:

¿Qué ocurre si A y B deciden que cada uno puede elegir un árbitro, el cual podrá ser parcial a su elector?

En este caso, aún quedaría por elegir al tercer árbitro.

Asumamos que A proponga que se elija al tercer árbitro al azar.

Un B tonto aceptaría, ya que asume que el azar no favorece a uno u otro, sin tomar en cuenta que el azar también es una función o variable que puede ser medida.

Un B astuto se preguntaría el por qué A le ha propuesto este sistema (quizás A ya ha llevado varios arbitrajes en este centro y conoce a muchos de los árbitros del mismo.)

B astuto desconfiará inmediatamente de tal propuesta, ya que asumirá que A tiene motivos por los cuales pedir que este árbitro se elija bajo ese sistema. De igual manera ocurriría si B fuera quien propone.

Ambos preferirán elegir al tercero restante conjuntamente, antes que por azar (tomemos en cuenta que las partes suelen presentar aversión al riesgo, y el azar implica uno muy grande.)

Aquí surgiría un problema clave:

- Cuando ambas partes eligen 3 árbitros imparciales también se garantiza que sea quien sea elegido presidente del tribunal, este cargo será ocupado por un tercero imparcial.
- En cambio, cuando cada parte elige un árbitro y el tercero restante es elegido conjuntamente sólo hay un 33.3% de probabilidad de que el presidente del tribunal sea imparcial (recordemos que el presidente no es elegido por las partes, sino por el tribunal.) A temerá que el árbitro que sea elegido presidente sea el árbitro de B, y viceversa.

Considero que antes que darse la posibilidad el uno al otro de elegir un árbitro parcial cada uno, y así generar el riesgo de que el presidente del tribunal pueda ser parcial hacia uno de ellos, preferirán ambos elegir (cada uno por su lado y sin pactarlo) árbitros imparciales y así garantizar la imparcialidad del tercero.

Como señala Nash, este caso sería un juego pro-cooperativo, en que no hay una coordinación pactada entre las partes, pero la aversión al riesgo genera un resultado que se asemeja a un juego cooperativo.

Ejemplo:

Existen 4 empresas, cada una con $\frac{1}{4}$ de participación en el mercado.

No hay comunicación entre ellas, pero sin embargo nadie intenta tomar el mercado de alguna de las otras para sí.

Aunque no han coordinado sus estrategias, el miedo a perder su $\frac{1}{4}$ en la competencia los mantiene sin competir.

A no deseará elegir su propio árbitro parcial, ya que con esa estrategia le da la opción a B de hacer lo propio, y así provoca la probabilidad de que el presidente sea el árbitro de B. Igualmente hará B.

La aversión al riesgo los mantendrá alejados de este sub-sistema y optarán por el Modelo 2 de elección conjunta.

Como nota aparte señalamos que en pocos casos se ha solicitado al centro de arbitraje colombiano que nombre los 3 árbitros al azar (mediante programa de ordenador), con lo que se genera un pago sub-óptimo frente al pago óptimo del modelo de elección conjunto, pero garantiza relativamente) la imparcialidad de los árbitros (ya que la imparcialidad se volverá relativa si alguna de las partes ya ha llevado varios arbitrajes ahí, o ambas lo han hecho, pero una en mayor número que el otro.)

Cabe señalar que este sería un caso de extrema aversión al riesgo, con probabilidad de ocurrencia mínima.

La Segunda etapa del Modelo 2 es distinta a la del Modelo 1, ya que en este último el presidente era alguien externo a sus electores.

En cambio, en el Modelo 2, el presidente será uno de los árbitros elegidos por las partes.

Esto podría generar un conflicto en países como U.S.A., en que el presidente suele ser mejor remunerado que los demás árbitros del tribunal, mas no en países como Perú o Colombia, en que el pago es el mismo.

Aún así, en Perú una segunda etapa semejante podría generar conflicto al interior de los árbitros, porque el haber sido presidente del tribunal genera buena reputación para ser elegido como árbitro para arbitrajes posteriores.

En Colombia, que es de donde proviene este modelo, no existe tal conflicto, mas no por astucia del legislador, sino por causas externas.

Me explico:

En Colombia, el presidente debe abrir una cuenta donde son depositados su salario y los de los otros árbitros miembros del tribunal, además de montos menores para trámites administrativos.

Al momento de pagar impuestos, el presidente tiene la dificultad de probar cuáles eran ingresos propios y cuáles no, por lo que le trae más de un dolor de cabeza con el fisco.

Por ese motivo, suelen “tirarse la pelota” unos a otros hasta que alguno (normalmente el más inexperto de los árbitros) acepta el cargo.

Un sistema ideal sería aquel en que las partes, al momento de elegir los 3 árbitros, definan también quién de ellos desean que sea el presidente, para evitar el “peloteo”.

4.3. REVELATION PRINCIPLE

De manera previa al concepto de Revelation Principle, es necesario determinar los conceptos de “información completa” e “información perfecta”.

4.3.1. Información Completa

Es el conocimiento que se tiene respecto de la *estructura* del juego y del *tipo* de jugador, mas no necesariamente del juego en sí.

Por ejemplo, si uno lee la Ley General de Arbitraje puede hacerse una idea bastante vaga y general de la estructura del mismo, pero esto no es suficiente para predecir el resultado de un arbitraje en particular.

Una subasta pública en cambio tiene una estructura fija, por lo que es un juego de información completa y su resultado es más sencillo de calcular.

Es decir, el Arbitraje es un juego de información incompleta, ya que no es posible señalar que posea una estructura fija en cada caso en particular, mas aún cuando el árbitro y las partes suelen tener alguna capacidad para alterarla.

4.3.2. Información Perfecta

Es el conocimiento de las posibles *acciones* – *estrategias* de los demás jugadores en el juego.

Uno normalmente no tiene capacidad real de predecir las acciones de la contraparte al interior de un arbitraje particular, por lo que el arbitraje es un juego de información imperfecta.

Los juegos de información perfecta lo son también de información completa, ya que al conocerse con exactitud la estructura, se pueden conocer también las posibles estrategias.

De igual manera, los juegos de información incompleta suelen ser de información imperfecta, como en el caso del arbitraje. Estos últimos son denominados “juegos bayesian”, en honor a su creador, Bayes.

Así, el Arbitraje es un juego de información:

Incompleta: porque la estructura no es estable y puede variar según las partes y el árbitro lo deseen.

Imperfecta: porque no se conocen todas las posibles acciones de las partes.

Ahora bien, de lo afirmado alguien podría pensar que un juego como el arbitraje no tiene posibilidad de ser predicho, es decir, no tiene solución. Y esta afirmación sería un error.

4.3.3. El Concepto de Revelation Principle

El Revelation Principle es un mecanismo de transferencia de información verdadera de los tipos de cada jugador, con la finalidad de obtener un resultado acorde al Equilibrio de Nash, en los juegos bayesianos.

El denominado “tipo” contiene información privada, características esenciales y posibles acciones del jugador, que pueden ayudarnos a predecir el resultado del juego.

La información privada que se tiene le permite al jugador saber qué posición tomar frente a las posibles estrategias del rival. Una vez tomada una posición, se procede a planificar las contra-estrategias frente a las estrategias del adversario.

Por ejemplo, en el arbitraje, el tipo podría consistir en la posición de una parte respecto a la forma de solución del arbitraje.

Digamos que la Parte 1 tiene 3 posibles tipos, determinados por sus posibles estrategias:

α_1 – maximizar su utilidad (tipo agresivo)

α_2 – minimizar la utilidad de la contraparte (tipo cauteloso)

α_3 – cooperar para obtener un equilibrio de beneficio común (tipo cooperador)

La contraparte no responderá de igual manera a todos los tipos posibles, ya que si la parte 1 juega α_3 , a aquella le es más conveniente cooperar también.

4.3.4. EL Contexto de Revelation Principle

- Existen 2 partes en conflicto (llamados “agentes”.)
- Un tercero, que utiliza el mejor mecanismo para llegar al mejor resultado (llamado “principal”.)
- Información incompleta respecto del tipo, de la parte frente a su contraparte y ante el árbitro.

Este contexto es fácilmente aplicado al arbitraje, ya que es un juego de información incompleta e imperfecta en que existen 2 partes y un árbitro o tribunal arbitral.

Como mencionamos, el elemento más importante es la información, dado que de ésta se generan las características esenciales del jugador y, finalmente, se planifican las acciones.

La labor del árbitro debe ser, como administrador del mecanismo, forzar la mayor transferencia de información posible.

Hay información general que las partes darán a conocer para iniciar el caso.

Sin embargo, mantendrán en su poder información privada que afecta a sí mismo o favorece a la contraparte.

El Revelation Principle y su mecanismo ya se encuentran en la Ley UNCITRAL.

Artículo 24(3) – Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional:

“3) De todas las declaraciones, documentos o demás información que una de las partes suministre al tribunal arbitral se dará traslado a la otra parte. Asimismo deberán ponerse a disposición de ambas partes los peritajes o los documentos probatorios en los que el tribunal arbitral pueda basarse al adoptar su decisión.”

Sin embargo, no ha sido copiado por el resto de legislaciones.

Este artículo obliga a transferir toda la información sobre la cual se tenga control desde el inicio del arbitraje al árbitro y a la contraparte, bajo penalidad.

Este mecanismo trabaja con la Aversión al Riesgo.

La parte prefiere dar a conocer toda la información a su disposición, ya que, de esconder alguna, se crea un riesgo para sí mismo, ya que no hay certeza de si la información que se esconde es conocida o no por la contraparte o el árbitro.

Es preferible entonces darla a conocer y así evitar el riesgo.

Debemos mencionar que Roland Strausz²⁸ señala lo siguiente:

“(…) Si el diseñador del mecanismo trabaja con un solo agente, un *revelation principle* en términos de pagos puede ser establecido. En procesos con más de un agente, tal resultado no puede ser obtenido, implicando que los mecanismos directos pueden volverse sub-óptimos.”

²⁸ STRAUSZ, Roland, “Deterministic Mechanisms and the Revelation Principle”, en <http://sites.wiwiw.fu-berlin.de/bester/roland/papers/detm/detm.pdf>, Free University of Berlin, Alemania, September 2002, página 6

Es decir, el Revelation Principle garantiza conocer la información total y de manera óptima de una de las partes, mas no de todas. Hasta el momento no ha sido publicado un estudio matemático respecto de si es posible generar el mismo resultado respecto de 2 ó más partes, de manera óptima.

Sin embargo, creo que es un avance bastante importante, ya que ningún otro mecanismo garantiza conocer toda la información de una de las partes.

4.5. THE NARCOTIC EFFECT

En el mes de julio del 2006 inicié observaciones sobre niños con edades entre 9 y 12 años, siendo en total 12 niños, divididos en 6 parejas, aplicando el siguiente experimento, durante dos meses:

Se colocaba un chocolate en la mesa del comedor, se hacía que lo vieran ambos niños y, luego, se observaba cómo establecerían a quién correspondía.

La idea era conocer cuáles eran los métodos utilizados por los niños para resolver sus disputas.

Los menores tendían a resolver sus conflictos mediante la decisión de un adulto imparcial, normalmente uno de sus padres.

Las primeras veces, los niños perdedores (que eran los de mayor edad) terminaban por aceptar la decisión.

Sin embargo, luego de varias repeticiones, los niños perdedores ya no llevaban el conflicto a ser resuelto por un adulto imparcial, sino que solicitaban al otro niño que se echara a suertes (jugando piedra-papel-tijeras o lanzando una moneda.)

Luego de varias repeticiones decidiendo al azar, el niño menor trataba de volver al sistema del adulto imparcial y el niño mayor pretendía continuar en el de azar. Finalmente, al ser opuestas sus propuestas decidían negociar y dividir el chocolate en 2 partes iguales.

Es decir, existen dos (2) efectos:

a) Efecto positivo

1° Los niños menores prefieren, en un inicio, el sistema arbitral.

b) Efecto negativo

2° Dada la baja calidad de los laudos y/o la falta de equidad, los niños mayores prefieren trasladarse a un sistema distinto.

(En 1° y 2° trasladan sus costos de negociación a un tercero o una variable.)

3° Deciden negociar y asumir sus costos generándose un equilibrio justo.

La lección aprendida: la negociación responsable lleva a mejores pagos que la resolución del conflicto por un tercero.

Así, El *NARCOTIC EFFECT* es de 2 tipos:

- POSITIVO: “Los negociadores se volverán hacia el arbitraje como una manera (...) fácil de liberarse de la obligación de una negociación dura y responsable.(...) Ir al arbitraje genera dependencia hacia el procedimiento”²⁹

²⁹ BOLTON, Gary E., KATOK, Elena, “Reinterpreting Arbitration’s Narcotic Effect: An Experimental Study of Learning in Repeated Bargaining”, Games and Economic Behavior 25, Estados Unidos de América, 1998, página 3.

Es decir, las partes prefieren no asumir sus costos de transacción (llamados “costos de disputa”) y trasladárselos a un tercero, evitando la negociación responsable. Además, un primer arbitraje genera la adicción hacia el sistema, ya que las partes se hacen adictas a trasladar sus costos.

Por último, el efecto narcótico no sólo es respecto a una adicción al uso del arbitraje, sino que también implica una disminución de la capacidad de aprendizaje en negociación.

- NEGATIVO :”En algún punto, el uso del procedimiento (arbitraje) tiende a disminuir la probabilidad de disputa (...) Las tasas de disputas caen puesto que los negociadores se vuelven insatisfechos frente al arbitraje, ya sea por desacuerdo con los laudos o porque el ser novatos en el uso del arbitraje empieza a notarse.”³⁰

Así, las partes, luego del uso del arbitraje en repetidas ocasiones quedan insatisfechas con el sistema y deciden no utilizarlo más.

Es decir, hay un primer momento en que hay una escalada del conflicto y, luego, una disminución del mismo. Ahora bien, ¿cómo llegan las partes de adoptar el arbitraje y luego renunciar a él hasta negociar por sí mismos?

En un arbitraje, los costos de disputa son menores para las partes, ya que éstos son trasladados al árbitro. Sin embargo, “... (el) arbitraje reduce, pero no elimina, los costos de disputa.”³¹

Es decir, al haber algunos costos de disputa para las partes, éstas tendrán que realizar algún nivel de negociación, con lo cual aprenderán uno del otro (aunque en menor medida que en una negociación pura.)

³⁰ Ibid, página 4.

Así, puede afirmarse que “la intervención del árbitro retrasa el proceso por el cual los negociadores aprenden a resolver sus diferencias por ellos mismos”³², pero no lo elimina.

El aprendizaje permite establecer protocolos de comportamiento entre las partes, con lo cual las futuras negociaciones serán más rápidas y sencillas.

Esto termina por generar 2 (dos) efectos:

- Uno positivo: Las partes, a posteriori, preferirán negociar por sí mismas y obtendrán mejores resultados que en un arbitraje.
- Uno negativo: Las partes, a priori, ya habrán realizado varios arbitrajes con resultados sub-óptimos, respecto de los que se hubieran obtenido negociando.

Una nota importante es que en el referido estudio de Bolton y Katok, éstos se colocaron en 2 supuestos:

- (i) negociaciones con posible arbitraje posterior
- (ii) negociaciones sin posible arbitraje posterior

(i) Cuando se daba a las partes la posibilidad de ir a un arbitraje, las partes ponían poco esfuerzo en llegar a un acuerdo común en las negociaciones.

Es decir, veían la etapa previa de negociaciones como un requisito a ser salvado de manera previa al acceso al arbitraje, antes que como la posibilidad de lograr una solución en común y más adecuada.

³¹ Ibid, página 5.

³² Ibidem

Esto podría dar luz respecto al porqué de la inutilidad de la conciliación judicial, la cual también es vista como un simple requisito a cumplir antes de continuar litigando.

(ii) Ahora bien, cuando no se les dio la posibilidad de un arbitraje posteriori, las partes mostraron mayor empeño en llegar a un acuerdo común en las negociaciones. Además, se observó que las partes parecían suavizar sus posiciones, ya que entendían que un acuerdo sólo sería posible si ambos estaban dispuestos a cooperar y ceder en algo.

En conclusión, cuando hay la posibilidad de arbitraje posterior, “el aprendizaje (...) tiende a ser más lento que sin ella: en este sentido, el arbitraje tiene un efecto narcótico. (...) El arbitraje tiene dos influencias: primero, los negociadores prefieren insistir en sus requerimientos. Segundo, la tasa en la que los negociadores moderan sus requerimientos (...) es menor (que la de una negociación).”³³

Es decir, al saber las partes que la solución la dará un tercero a favor de una u otra parte, lo importante para ellas no es llegar a un acuerdo justo en común, sino forzar que la propuesta propia sea la que el árbitro dé por solución.

No hay mayor interés en moderarse, ya que el árbitro de todas formas favorecerá sólo a una de las dos partes.

Sin embargo, existe un sistema de laudar que puede ayudar a que las partes moderen sus propuestas por ellas mismas al interior de un arbitraje: el sistema FOA – Final Offer Arbitration, el cual será estudiado en el siguiente capítulo.

³³ Ibid, página 27.

CAPITULO V

CONVENTIONAL ARBITRATION Y FINAL OFFER ARBITRATION

5.1. CONVENTIONAL ARBITRATION

Conventional Arbitration o CA, como lo llamaremos de aquí en adelante, es el sistema que usamos a diario, en el cual un árbitro lauda basado en los hechos y, en menor proporción, en las ofertas de las partes.

El laudo del árbitro suele encontrarse en el concepto que el maneja de “laudo justo”, que suele ser un punto intermedio entre las ofertas de ambas partes.

Así, los árbitros evalúan los hechos de un caso y generan un laudo basado en lo que consideran justo.

Así también, Knotz y Starke señalan que, en CA:

“Las partes están advertidas de que si ellas no pueden alcanzar un acuerdo en un tiempo determinado, un árbitro calificado se basará en las perspectivas de ambas partes para arribar a un compromiso equitativo que sería vinculante.”³⁴

Finalmente, respecto de la independencia del árbitro al establecer la solución, señalan que, “el árbitro es libre de imponer cualquier solución que él o ella prefiera.”³⁵

El Modelo General de CA (CA), que es el modelo actual y el cual estudiaremos aquí, está compuesto por la suma de 2 (dos) sub-sistemas, que tiempo atrás se analizaba de manera separada:

³⁴ NOTZ, William y STARKE, Frederick, “Final Offer Versus Conventional Arbitration as Means of Conflict Management”, en *Administrative Science Quarterly*, Volumen 23, No. 2, Estados Unidos de América, 1978, página 193

³⁵ Op. Cit., ASHENFELTER, Orley, CURRIE, Janet, FARBER, Henry, SPIEGEL, Matthew, página 1

- *CA Primigenio*: en el que el laudo está basado únicamente en los hechos, y se establece un punto medio entre las posturas que tengan asidero en tales hechos.
- *Split The Difference*: “los árbitros generan un laudo basado estrictamente en las ofertas de las partes, sin observar los hechos del caso.”³⁶

En este sub-sistema, el árbitro sólo observaba las ofertas hechas por las partes y generaba un punto medio entre ellas, sin importar los hechos.

En los tiempos en que eran aplicados por separado, ambos sub-sistemas eran duramente criticados.

El *CA Primigenio* carecía de una visión económica, ya que se basaba netamente en valoraciones subjetivas, establecidas a partir de los hechos.

Por su parte, *Split The Difference* carecía de una visión fáctica, ya que no observaba los hechos y, en aquellos tiempos, al interior de los círculos de estudios, ya era vox populi que los árbitros sí eran influenciados por la percepción de los hechos que las partes les comunicaban.

Dado que ambos sub-sistemas carecían de la visión que ostentaba el otro, se decidió que fueran fusionados en un solo gran sistema (*el Modelo General CA*), cubriendo así sus carencias.

Así, el *Modelo General CA*, al combinar los 2 sub-sistemas, genera un laudo que es influenciado tanto por los hechos como por las ofertas.

Como veremos a continuación, tal doble influencia es tan sólo aparente, ya que “el modelo general permitía que el peso que el árbitro pusiera sobre los hechos estuviera en relación a (...) la calidad de las ofertas.”³⁷

De esta manera:

-Si hay buena calidad de ofertas, el árbitro lauda sólo sobre ellas.

-Si hay mala calidad de ofertas, el árbitro no lauda sobre ellas, sino sólo sobre los hechos.

Como vemos, la calidad de las ofertas es la clave.

Así, mediante la manipulación de la calidad de las ofertas, la supuesta doble influencia puede desaparecer, dado lo siguiente:

Matemáticamente existe el siguiente modelaje:

“Más formalmente, supongamos que 2 partes (A y B) están negociando sobre la determinación de una variable Y (el monto a repartir o la situación a dirimir.) A prefiere valores más altos de Y, mientras que B prefiere valores más bajos de Y. Digamos que la noción del árbitro del valor apropiado (el que hemos llamado “laudo justo”) sea Yf.

En CA, el árbitro simplemente impone Yf, así que: $Y=Yf$ ³⁸

Así, Yf es un punto medio (entre las ofertas de A y B) influenciado tanto por las ofertas como por los hechos del caso.

Una oferta de buena calidad es aquella que está cerca de Yf.

³⁶ BAZERMAN, Max H. and FARBER, Henry S., "Arbitrator Decision Making: when are Final Offers Important?", NBER Working Paper Series, Vol. w1183, Estados Unidos de América, 1983, página 23

³⁷ Ibidem

³⁸ Op. Cit., ASHENFELTER, Orley, "An Experimental Comparison of Dispute Rates in Alternative Arbitration Systems", página 4.

Una oferta de mala calidad es aquella que está lejos de Y_f .

Si hay una buena calidad de ambas ofertas (es decir, ambas están cerca de Y_f), las partes le están comunicando al árbitro que tienen una concepción similar de los hechos y que entienden que hay un punto medio que ambas consideran justo. Aquí, el árbitro dará Y_f por laudo y todos felices.

El problema es que, bajo el *Modelo General CA*, es improbable que las partes propongan ofertas cercanas a Y_f .

Recordemos que el componente económico del *Modelo General CA* es el sub-sistema *Split The Difference*.

En este sub-sistema, el árbitro tomaba un punto medio entre las 2 (dos) ofertas presentadas.

Por ejemplo, asumamos que 2 ofertas de buena calidad son ($Y_B = 10$ y $Y_A = 100$), luego ($Y_f = 55$.)

Si el árbitro aplica *Split The Difference*, existen incentivos para ambas partes para proponer sus ofertas más extremas: sabiendo que el árbitro “dividirá el pie”, B tiene motivos para dar ofertas menores que Y_B (es decir, B busca un valor menor que Y_f) y A los tiene para dar ofertas mayores que Y_A (es decir, A busca un valor mayor que Y_f .)

Ahora bien, ante la mala calidad de las ofertas, el árbitro las dejará de lado y se apoyará en los hechos para laudar, con lo que se termina por aplicar únicamente el sub-sistema *CA Primigenio*, el cual no garantiza un “laudo justo” (económicamente hablando), ya que se ha perdido la visión económica.

Esto es consecuente con el denominado “*Chilling Effect*”.

Así pues, bien señala Gordon:

“(CA) Conventional Arbitration es comúnmente criticada por el “*chilling effect*” que puede tener sobre los incentivos de las partes para negociar de buena fe, cuando ellos podrían tener razones para creer que un resultado más atractivo puede resultar del arbitraje antes que de la negociación”³⁹

En ese sentido, mencionan Bolton y Katok que:

“Cuando se les permite decidir libremente, los árbitros tienden a dividir la diferencia entre las posiciones de negociación finales y, de esta manera, espantan (chill) el incentivo para comprometerse durante las negociaciones.”⁴⁰

En la misma línea, Dickinson observa que:

“La efectividad de un procedimiento arbitral yace en su habilidad para inducir acuerdos negociados. Se cree que CA espanta (*chill*) la negociación.”⁴¹

Así también, menciona que:

“CA tiene un “*chilling effect*” sobre las negociaciones y ofertas porque las partes estaban motivadas a hacer ofertas extremas cuando encaraban a un árbitro que se pensaba dividiría la diferencia (“*split the difference*”).”⁴²

Finalmente, concluye Celen que:

³⁹ GORDON, Spencer, “Final Offer Arbitration in the New Era of Major League Baseball”, Bepress Legal Series, Working Paper 1326, en <http://law.bepress.com/expresso/eps/1326/>, Estados Unidos de América, 2006, página 9

⁴⁰ Op. cit., BOLTON, Gary E., KATOK, Elena, “Reinterpreting Arbitration’s Narcotic Effect: An Experimental Study of Learning in Repeated Bargaining”, página 2.

⁴¹ DICKINSON, David, “A Comparison of Conventional, Final Offer, and “Combined” Arbitration for Dispute Resolution, en *Industrial & Labor Relations Review*, Volume 57, Issue 2, Artículo 7, Estados Unidos de América, 2004, página 289

“La mayor crítica contra CA es el “*chilling effect*” que podría crear sobre las negociaciones. Si las partes creen que el árbitro dividirá la diferencia (“*split the difference*”) entre sus ofertas, es de su interés hacer extremos sus pedidos.”⁴³

El “Efecto Espanto” o “*Chilling Effect*” es denominado de esta manera ya que ahuyenta los incentivos que podrían tener las partes para negociar responsablemente, cuando las partes saben que, de no llegar a un acuerdo común en las negociaciones, un árbitro dividirá la diferencia (“*Split The Difference*”) y generará un punto medio entre sus ofertas.

El “Efecto Espanto” es generado por el factor económico del Modelo General CA, el “*Split The Difference*”.

Me explico:

1.- Mediante negociaciones responsables, las partes podrán llegar a un acuerdo cercano al punto medio justo Yf, pero les demandaría asumir costos de transacción altos. Las partes, antes que asumir tales costos, prefieren trasladarlos al árbitro; y, así, los costos de transacción de CA son menores que los de una negociación responsable.

2.- Las partes saben que, en las negociaciones responsables, obtendrían Yf. Sin embargo, en un arbitraje bajo el sistema CA, las partes tienen la opción de manipular sus ofertas para obtener un mayor pago al “dividirse la diferencia” (“*split the difference*”).

Las partes, antes que aceptar el pago producto de un punto medio justo en las negociaciones, prefieren la opción de maximizar sus posiciones en un arbitraje.

⁴² “Literature Review: Final Offer Arbitration”, en www.dir.ca.gov/chswc/BasebalArbFfinal.htm

⁴³ CELEN, Bogachan, “Final Offer Arbitration with Multiple Issues”, mimeografiado por Columbia University, Estados Unidos de América, 2007, en <http://faculty.smu.edu/ozerturk/bogac-foa.pdf>, página 2

Si las ofertas son muy extremas, el árbitro no las tomará, dejará de lado el Modelo General CA, y aplicará sólo el CA Primigenio, con lo que sólo se basará en los hechos.

Aún esto, al igual que el *Modelo General CA*, es preferido por las partes porque, al igual que las ofertas, las versiones de los hechos pueden ser manipuladas para maximizar cada una su posición.

Así, las partes, engeuecidas por los bajos costos de transacción y la probabilidad de obtener pagos mayores (dejando de lado los costos altos de transacción de una negociación, pero que traen consigo un pago justo para ambos) prefieren utilizar el arbitraje *Modelo General CA*, sin evaluar los reales riesgos que esto conlleva.

1) Señala Dickinson⁴⁴

“Las expectativas divergentes a priori de la noción de un laudo justo del árbitro (por parte de las partes) son una explicación prominente del desacuerdo en la negociación (...) Las expectativas divergentes pueden reducir la zona de contrato y hacer un acuerdo común menos posible.”

Es decir, al ser que en CA los incentivos no son hacia la convergencia de posiciones, sino hacia la divergencia (maximizar posiciones) de las mismas, la zona de contrato en que se encuentran los posibles puntos de acuerdo se hace más pequeña, habiendo menos puntos de acuerdo disponibles, haciendo un acuerdo común menos probable o casi imposible.

Normalmente en CA, el laudo será un punto fuera de la zona de contrato, con lo que una o ambas partes no quedarán satisfechas.

2) Como ya observamos, los laudos no son “económicamente justos” bajo el sistema CA, ya que se encuentran fuera de la zona de contrato, con lo que no cumplen con ser equilibrios de Nash. La parte o partes descontentas buscarán reclamar esta decisión en otra instancia, fomentándose la iteración del juego.

3) El Gobierno de California indica lo siguiente:

“En CA (...), el contenido informacional de las ofertas podría ser inexistente. Bazerman y Farber (1986) encontraron que los árbitros tratan el contenido informacional de las ofertas como una función inversa a la distancia entre las ofertas. Si las ofertas se convierten en muy extremas (...), los árbitros actúan como si las ofertas contuvieran menos información sobre el acuerdo correcto. (...) Las ofertas tendrían más información bajo FOA que bajo CA.”

Así pues, cuando las ofertas son extremas y, por lo tanto, alejadas del punto Yf (que es el equilibrio de Nash para tal arbitraje), comunican una de las siguientes opciones

Opción 1 – Las partes no tienen información acerca de Yf, por lo que no pueden llegar a un acuerdo común.

Opción 2 – Las partes tienen información de Yf, pero prefieren no comunicarla al árbitro, para evitar que el árbitro dé con el laudo justo y, así, las partes puedan maximizar sus opciones.

No obstante las partes, en tanto jugadores racionales, tienen un concepto de Yf (o cercano a él.) No es que las partes no sepan de Yf, sino que el Modelo General CA da incentivos para alejarse del laudo justo. Así, lo que ocurre normalmente es la Opción 2 y no la Opción 1.

⁴⁴ Op. Cit., DICKINSON, David, “A Comparison of Conventional, Final Offer, and “Combined” Arbitration

De esta manera, ante ofertas más extremas, menor información es transmitida al árbitro respecto de la localización de Yf para las partes, por lo que termina basándose en los hechos (es decir, aplicando CA Primigenio.)

4) Por último, Notz y Starke⁴⁵ aseveran que:

“Si la continuación de una relación entre las partes siguiendo arbitraje puede ser tomada como un indicador de su éxito o su fracaso, el descubrimiento de Bonn’s (1972) sobre que menos de una de cada cinco relaciones de negocios fue retomada entre usuarios del arbitraje de la industria textil, provee alguna información indirecta sobre los efectos de CA (...)”

La idea original del arbitraje como MARC es que sea una solución rápida a un conflicto comercial sin romper la relación comercial, existente antes del arbitraje (es decir, solucionar el impasse particular sin afectar el negocio general.)

Ahora bien, el Modelo General CA no logra esto por lo siguiente:

Como señalamos, el Sistema CA termina por ser resuelto mediante CA Primigenio, que está únicamente basado en los hechos. Los hechos poseen una carga subjetiva asignada por cada parte a ellos; es decir, tiene perspectivas encontradas, al basarse en posiciones y no en intereses.

La carga subjetiva termina por hacer de un conflicto comercial un tema personal.

Así, al final de un proceso arbitral mediante Modelo General CA, ya no son 2 partes A y B, sino un ganador y un perdedor, con las consecuencias que se acarrearán, como la pérdida de confianza y antagonismo, básicamente, lo cual refuerza el *efecto de retaliación*.

for Dispute Resolution, página 295

⁴⁵ Op. Cit., NOTZ, William y STARKE, Frederick, “Final Offer Versus Conventional Arbitration as Means of Conflict Management”, página 201

El Sistema *Modelo General CA* falla porque contiene un elemento subjetivo (los hechos del CA Primigenio) y un elemento objetivo mal desarrollado (que no es el hecho de usar las ofertas, sino del mal uso que se hace de ellas en Split the Difference.)

Creo que un sistema de arbitraje justo, rápido, económico y que no rompa la relación comercial debe estar basado en un único elemento objetivo (las ofertas, pero bien utilizadas) y que, a su vez, desincentive el uso del arbitraje como medio de resolución de conflictos, por lo que a continuación desarrollaremos un sistema con tales características: FOA – Final Offer Arbitration.

5.2. FOA – FINAL OFFER ARBITRATION

El Sistema FOA –Final Offer Arbitration nació por propuesta del matemático Carl Stevens, en febrero de 1966, por intermedio de su artículo denominado “Is Compulsory Arbitration compatible with Bargaining?”⁴⁶.

En éste, señaló que el Modelo General CA no promovía la realización de negociaciones. Por lo tanto, resaltó la necesidad de que un sistema adecuado sería aquél que estuviera basado en las ofertas finales y que contenga un gran riesgo para las partes, de tal forma que la aversión al riesgo sea tan fuerte que prefieran negociar antes que arbitrar, promoviendo así el mismo sistema su no-uso.

Los dos (2) usos más comunes del FOA son:

- (i) forzar las negociaciones laborales entre trabajadores y empleadores del sector público (ejemplo: el California Labor Code 4065 de 1993), y

- (ii) en la Major League Baseball, para resolver disputas salariales para jugadores que aún no son elegibles para ser agentes libres y sólo pueden negociar con su club actual (ejemplo: Collective Bargaining Agreement de 1976.)

Ambos puntos tienen algo en común: los usos estarían referidos a materia laboral, más explícitamente a salarios y beneficios laborales. Esto debido a que el sector laboral, para su correcto desarrollo, requiere de los beneficios de FOA en mayor medida que los demás, para así evitar la reducción en la producción.

Estos beneficios son:

- (i) Una solución rápida:
Una empresa no se puede dar el lujo de dejar de funcionar por largo tiempo, dado que perdería dinero.
- (ii) No rompe la relación existente :
No hay tiempo para retirar personal e incorporar nuevo cada momento, dados los costos de entrenamiento y la experiencia perdida.

Sin embargo, en la actualidad se emplea en todo el ámbito comercial, ya que en una relación entre empresas es necesario salvar los impasses rápidamente, al igual que lo es mantener la relación comercial, para continuar el negocio como hasta el momento antes de la controversia.

Así, uno de los primeros estados en adscribirse la Sistema FOA en materias de índole económica fue Michigan, en el año 1970.

⁴⁶ En *International Library of Critical Writings in Economics*, Edward Elgar Publishing Ltd., Año 2002, N°

5.2.1. Concepto de Final-Offer Arbitration -FOA

Mencionan Starke y Notz:

“En Final Offer Arbitration las partes son comunicadas antes de las negociaciones que si no llegan a un acuerdo por ellas mismas, un árbitro les pedirá remitir sus ofertas finales (...)”⁴⁷

“(...) Si no logran un acuerdo durante el tiempo dado, un árbitro calificado se basará sólo en las ofertas finales de cada lado y luego seleccionará una u otra de las dos, la que él sienta como más equitativa para ambas partes.”⁴⁸

Asimismo, señalan Hanany, Kilgour y Gerchak que:

“Un laudo arbitral es impuesto si ningún acuerdo es alcanzado para una fecha específica. Este laudo es dado por FOA, un procedimiento que se cree ampliamente que induce a los negociadores a adoptar “posiciones razonables” (...) Bajo FOA, el árbitro, o panel arbitral, debe decidir entre las propuestas de un lado u otro; promediarlas o combinar las posiciones de las partes no está permitido.”⁴⁹

Finalmente, acota Gordon ⁵⁰que:

“Esta visión impone drásticas restricciones sobre la discreción del árbitro y provee a cada parte un incentivo para ofrecer una propuesta razonable o defendible.”

147, Volumen 2, páginas 261 a 275

⁴⁷ Op. cit., NOTZ, William y STARKE, Frederick, “Final Offer Versus Conventional Arbitration as Means of Conflict Management”, página 190

⁴⁸ Ibid, página 193

⁴⁹ HANANY, Eran, KILGOUR, Marc, GERCHAK, Yigal, “Final-Offer Arbitration and Risk Aversion in Bargaining”, publicado en línea en *Articles in Advance*, por Management Science, Estados Unidos de América, Septiembre 2007, en <http://www.eng.tau.ac.il/~hananye/BFOA.pdf>, página 2

⁵⁰ Op. Cit., GORDON, Spencer, “Final Offer Arbitration in the New Era of Major League Baseball”, página 9

“FOA también crea incentivos para un acuerdo distributivo y basado en intereses al excluir los temas no financieros del arbitraje.”

Así pues, el Sistema FOA está compuesto por dos (2) momentos:

- (i) Negociación previa al arbitraje:
 - Dos partes, cada una con una postura inicial extrema, negocian entre sí, tratando de llegar a un acuerdo por ellas mismas.
 - Se les advierte que, de no lograrlo, un árbitro aplicará FOA.

- (ii) De haber acuerdo:

Las partes generan un acuerdo común en las negociaciones como solución a su conflicto y no llega a realizarse el arbitraje FOA.

- (iii) De no haber acuerdo:

El árbitro deberá aplicar el Sistema FOA.

El Primer Paso: tomar las dos ofertas finales (una de cada parte) y generar un punto medio (que debería cumplir con ser a su vez un Equilibrio de Nash), entre ellas. Este punto medio será empleado como su concepto básico de un “laudo justo”, pero no podrá ser el laudo final. Las partes pueden mantener sus posturas iniciales extremas o formular posturas nuevas moderadas (lo común es que las partes moderen sus ofertas iniciales.)

El Segundo Paso: observar las dos ofertas finales y dar por laudo final la oferta final más cercana al punto en que se encuentra el concepto de “laudo justo” del árbitro.

El modelo matemático es el siguiente:

“En Final-Offer Arbitration, dado que el árbitro no es libre de imponer Y_f (que es el punto medio), el árbitro selecciona la oferta final más cercana a Y_f .

Dado que la parte A ofrece Y_A (la oferta final de A) y la parte B ofrece Y_B , el árbitro seleccionaría la oferta de Y_B si y sólo si:

$$|Y_f - Y_B| < |Y_A - Y_f|^{51}$$

- (i) (Si Y_B es menor que Y_f e Y_A es mayor que Y_f), entonces Y_A es mayor que Y_B . (Es decir, la diferencia entre el punto medio Y_f y la oferta final de B, es menor que la diferencia entre la oferta final de A y el punto medio Y_f .)
- (ii) Y_B es más cercano a Y_f que Y_A .

Si la parte A prefiere valores altos de Y mientras que la parte B prefiere valores más pequeños, entonces $Y_A > Y_B$.

Así, Y_B es menor a Y_f y más cercana a Y_f , por lo que será la oferta final preferida por el árbitro.

Es decir, la oferta más moderada (más cercana a Y_f , que es el punto medio) es la tomada por solución.

La pregunta más importante a hacerse sería si el punto medio Y_f existe en FOA, al ser que, al inicio, cada parte presenta dos posturas extremas, entre las que no pareciera haber punto de convergencia.

Así, Hanany, Kilgour y Gerchak señalan haber descubierto que “para todo posible par de ofertas iniciales (...) hay un rango de acuerdo (zona de contrato) preferido

por ambas partes frente al Sistema FOA. En otras palabras, FOA crea un incentivo para alcanzar un acuerdo negociado.”⁵²

Esto debido a que se crea una zona de contrato que está conformada por posibles puntos de acuerdo mutuo entre las partes.

5.2.2. Subtipos de Final-Offer Arbitration - FOA

Existen diversos tipos de FOA, según las siguientes características:

Por su comprensión de la oferta:

- FOA-Package o Tradicional: la oferta es sólo una por cada parte, presentada como un globo, pero puede comprender en ella varios ítems. En FOA-Package, el árbitro elige una de las dos ofertas finales, tomando como decisión uno de ambos globos en su totalidad.
- FOA-Item-by-Item: las partes presentan cada uno su oferta final, como un globo. Sin embargo, el árbitro toma una decisión respecto de cada ítem contenido en las ofertas finales de las partes, por lo que se estarían realizando varios sub-arbitrajes de oferta final.

Por la cantidad de ofertas:

- FOA-Package: sólo se presenta una oferta final por parte, como un globo.

⁵¹ Op. Cit., ASHENFELTER, Orley, CURRIE, Janet, FARBER, Henry, SPIEGEL, Matthew, “An Experimental Comparison of Dispute Rates in Alternative Arbitration Systems”, página5

⁵² Op. cit., HANANY, Eran, KILGOUR, Marc, GERCHAK, Yigal, “Final-Offer Arbitration and Risk Aversion in Bargaining”, , Página 3

- FOA-Multi-item-Package: las partes tienen la opción de presentar dos ofertas finales cada una. Esto hace que las partes puedan proponer dos soluciones distintas que se enfoquen en dos materias distintas, con la finalidad de obtener una u otra, lo cual flexibiliza las estrategias de los jugadores, ya que reduce la aversión al riesgo, porque cuando menos obtendrían algo de ambos. Por ejemplo, en el arbitraje con sindicatos, se suele presentar una oferta enfocada en un aumento salarial (pero proponiendo también beneficios sociales, como una materia secundaria) y otra basada en beneficios sociales (pero proponiendo también un aumento salarial, pero no centrándose en éste.)

5.3. RISK AVERSION

Toda persona posee, en mayor o menor medida, cierta aversión al riesgo.

Mayor es el riesgo a asumir cuando la decisión final no depende de uno mismo, sino de un tercero (el árbitro.)

Mucho mayor es el riesgo cuando la decisión final no es un punto medio entre ambas posiciones, sino que el laudo será una u otra de las posturas extremas (asumiendo que las partes decidan no cooperar y suavizar sus ofertas.)

Cuando las partes son comunicadas que, de no llegar a un acuerdo común bajo negociaciones, se someterán a la decisión final de un tercero mediante el Sistema FOA en un arbitraje, la aversión al riesgo se incrementa notoriamente para ambas partes (ya que no hay “punto medio” como en CA, en que ambos pueden salir ganando algo o cuando menos no perdiendo el todo.)

Esto genera que las partes pongan más ahínco en llegar a un acuerdo común bajo negociaciones, para evitar la solución drástica del Sistema FOA.

Es decir, el Sistema FOA tiene un efecto contrario al “chilling effect” que ahuyentaba la posibilidad de negociación en CA.

Así, señala Gordon que:

“Final Offer Arbitration incrementa el riesgo inherente de que una tercera parte neutral promueva la oferta final del adversario. Este potencial de *perder completamente* en FOA desaparece el chilling effect que, de otra manera, ocurriría. También, actúa como un incentivo psicológico, económico y político para que las partes alcancen su propio acuerdo.”⁵³

La importancia del Sistema FOA radica en su efecto de “promoción de negociación previa al arbitraje”.

En esta línea, Hanany, Kilgour y Gerchak mencionan que:

“La implicancia es que la real contribución de FOA puede ser su efecto saludable sobre la negociación previa (al arbitraje) (...) Una de nuestras conclusiones es que, en la razonable asunción de que al menos una parte presenta aversión al riesgo, el conocimiento de que el desacuerdo será resuelto por FOA (si no se llega a un acuerdo común en la negociación previa) constituye un resultado frente al que las partes prefieren los acuerdos mutuos, en Equilibrio de Nash”⁵⁴

Así pues, mediante el Sistema CA, las partes preferían el arbitraje antes que la negociación, ya que podían deshacerse de costos de transacción, pues se los trasladaban al árbitro. Siendo así, no analizaban el riesgo asignado al costo de arbitrar, de recibir un equilibrio de menor calidad en el arbitraje, respecto del equilibrio a obtener producto de una negociación.

⁵³ Op. cit., GORDON, Spencer, “Final Offer Arbitration in the New Era of Major League Baseball”, *Bepress Legal Series*, página 7

⁵⁴ HANANY, Eran, KILGOUR, Marc y GERCHAK, Yigal, “How the Prospect of Final-Offer Arbitration Affects Bargaining”, con apoyo de The Social Sciences and Humanities Research Council of Canada, en <http://orgwww.bwl.univie.ac.at/DDM/Gerchak.pdf>, página 11

Por el contrario, bajo el Sistema FOA, las partes asumen costos de transacción mayores si prefieren el arbitraje a la negociación, dada la incertidumbre creada por el Sistema FOA. Asimismo, el sistema hace evidente a las partes el riesgo de recibir un equilibrio de menor calidad en el arbitraje.

Por su parte, Stevens ha argumentado que:

“FOA genera justo el tipo de incertidumbre que se calcula compele a las partes a buscar seguridad en un acuerdo (en la negociación, antes que en el arbitraje.) Farber enfatiza que (...) el canal primario por el que FOA impone costos sobre las partes es fundamentalmente diferente. Es la incertidumbre respecto al laudo arbitral combinada con la aversión al riesgo lo que hace a FOA una alternativa costosa.”⁵⁵

Así también, Chelius y Dworkin argumentan que FOA incrementa los costos de fallar en llegar a un acuerdo negociado, por lo que también incrementa la posibilidad de que las partes acuerden.

Los resultados potenciales bajo FOA imponen costos más altos, porque las ofertas finales de las partes están fuera de la zona de contrato.

Así, las partes, en la etapa de negociación previa, plantean posturas iniciales extremas (que son sus ofertas finales hasta ese momento.) Al ver que si una no modera su oferta, la otra tampoco lo hará, no se formará una zona de contrato en la cual negociar, con lo que les aplicarían el Sistema FOA. Ante la aversión al riesgo, generada por el Sistema FOA, prefieren moderar sus posturas iniciales en las negociaciones, generar una zona de contrato y formular un acuerdo negociado justo.

⁵⁵ Op. Cit, En “Literature Review: Final Offer Arbitration”

“(…) La anticipación de este tipo (mediante la comunicación a las partes de que se aplicará el Sistema FOA si no llegan a un acuerdo) incrementa la presión sobre las partes para tomar posiciones realistas (léase moderadas) y acordar sus disputas por ellos mismos a través de negociación, sin el uso del arbitraje.”⁵⁶

Otro de los logros del Sistema FOA es que, al ser que el árbitro no “dividirá el pie”, sino que adoptará la oferta más cercana al punto que él considera el laudo justo, las partes evitan proponer sus ofertas más extremas y procuran acercarse a Yf lo más posible, con lo que se eliminan las ofertas irrazonables.

Bien señala Celen:

“La incertidumbre sobre el comportamiento del árbitro es un ingrediente esencial de la efectividad de FOA (...) En este modelo, el árbitro se forma una idea del laudo apropiado. La incertidumbre proviene de la certeza de que las partes no conocen el laudo apropiado del árbitro, aunque comparten una noción común de éste. Para las 2 partes la incertidumbre crea una disyuntiva entre hacer una oferta que podría incrementar su posibilidad de ganar (una oferta moderada cercana a Yf), o una que pueda resultar en un mejor pago si es elegida como laudo (una oferta extrema alejada de Yf, con poca probabilidad de ser elegida.) El mecanismo elimina las ofertas irrazonables”⁵⁷

En este mismo sentido, la aversión al riesgo generada por FOA es tal que las partes prefieren mayoritariamente negociar, antes que arbitrar.

Hanany, Kilgour y Gerchak señalan que:

“En los hechos, FOA frecuentemente no es necesario, en la Major League Baseball (...) sobre el 80% de las negociaciones salariales que podían ir a

⁵⁶Op. cit., NOTZ, William y STARKE, Frederick, “Final Offer Versus Conventional Arbitration as Means of Conflict Management”, página 190

⁵⁷ Op. Cit., CELEN, Bogachan, “Final Offer Arbitration with Multiple Issues”, página 3

arbitraje alcanzaron un acuerdo negociado. Nosotros mostramos que la aversión al riesgo de al menos una de las partes explica este fenómeno.”⁵⁸

Asimismo, mencionan que:

“La disponibilidad del arbitraje (FOA) afecta los resultados en la negociación dramáticamente.”⁵⁹

Esto debido a que las partes prefieren moderar sus ofertas en la etapa de negociación y llegar a un acuerdo negociado en común, antes que ir al Sistema FOA y asumir el riesgo de una derrota total.

5.4. FEELINGS OF RESPONSIBILITY

En líneas anteriores, hemos señalado que el arbitraje, en general, promueve la irresponsabilidad de las partes.

Esto dado que las partes, al verse anunciadas que de no llegar a un acuerdo negociado en común, un árbitro bajo el Sistema CA resolverá su conflicto por ellas, prefieren un arbitraje, en el que pueden trasladar sus costos de transacción a un árbitro, antes que asumir estos costos por ellos mismos, mediante la realización de una negociación en común.

Como podemos deducir, esta irresponsabilidad sólo sería posible en el Sistema CA, mas no en FOA.

⁵⁸ Op. cit., HANANY, Eran, KILGOUR, Marc, GERCHAK, Yigal, “Final-Offer Arbitration and Risk Aversion in Bargaining”, página 1

⁵⁹ Ibidem

En un arbitraje CA (en que se observan los hechos y se divide la diferencia entre las ofertas), las partes prefieren acceder al arbitraje, ya que en éste podrán maximizar sus intereses, ya sea bien manipulando las ofertas o los hechos.

En un caso así, las partes ven la negociación previa como un requisito más que cumplir, y no como una buena oportunidad para llegar a un acuerdo negociado en común. Esto dado que en una negociación, el resultado sería un punto medio Yf, mientras que en un arbitraje CA, tanto YA como YB pueden ser maximizados.

En conclusión, en el Sistema CA existen incentivos para ser irresponsable, ya que los costos de transacción son menores que los de una negociación llevada responsablemente.

En cambio, en un arbitraje FOA (en que sólo se observa la calidad de las ofertas y se escoge la más cercana al punto medio o laudo justo denominado Yf) las partes no pueden maximizar sus ofertas, sino que, más bien, deben moderarlas para hacerlas más atractivas respecto a la perspectiva del árbitro.

En este caso, las partes ya no ven la negociación como un simple requisito para arbitrar, sino como una oportunidad de llegar a un acuerdo negociado en común y así, de esta manera, poder evitar la incertidumbre del Sistema FOA.

Esto debido a que, en el Sistema FOA, la incertidumbre respecto del laudo incrementa los costos de transacción, frente a los costos del Sistema CA o de una negociación responsable.

Así, los costos de transacción son:

CA < *NEGOCIACIÓN RESPONSABLE* < FOA

Sabiendo que un arbitraje genera un resultado sub-óptimo respecto al de una negociación responsable, es preferible un sistema que desincentive el uso del arbitraje.

Ese sistema es el Sistema FOA.

Así, bien señalan Notz y Starke:

“(…) aquellos que esperan final-offer arbitration (FOA) deberían sentirse más responsables por los resultados de la negociación que aquellos que esperan conventional arbitration (CA).”⁶⁰

Esto debido a que la sensación de responsabilidad en la negociación previa es mayor cuando mayores son los costos de transacción a asumir en la etapa de arbitraje siguiente.

Es decir, los “feelings of responsibility” existentes en la negociación son proporcionales a los costos de transacción a asumir en la etapa posterior al arbitraje.

Asimismo, a mayor responsabilidad asumida en las negociaciones, menor riesgo a asumir en el arbitraje.

Así, bajo el Sistema CA, la sensación de responsabilidad será menor, dado que las partes saben que los costos de transacción pueden ser trasladados al árbitro, lo cual no es posible en el Sistema FOA.

Bajo el Sistema FOA, la sensación de responsabilidad es mayor durante la negociación previa, dado que las partes saben que los costos serán más altos

⁶⁰ Op. Cit., NOTZ, William y STARKE, Frederick, “Final Offer Versus Conventional Arbitration as Means of Conflict Management”, página 191

dada la incertidumbre sobre el laudo, al ser que el árbitro no podrá establecer un punto medio y tendrá que elegir una oferta u otra.

No obstante, los “feelings of responsibility” se presentan tanto durante como luego de la negociación. Notz y Starke presumen su presencia en la etapa posterior:

“(…) Si final-offer arbitration (FOA) y conventional arbitration (CA) tienen efectos diferentes en el comportamiento durante la negociación, luego estos efectos deberían también influenciar el comportamiento de los negociadores después de la negociación.”⁶¹

La explicación: si los jugadores han asumido costos de transacción en la negociación previa, se harán responsables del resultado, dado que lo cuidarán, al ser que les ha costado obtenerlo. Así también, los jugadores serán más responsables frente a negociaciones futuras.

En el Sistema FOA, si las partes, a pesar de haberse esforzado, no llegaran a un acuerdo negociado en común, posteriormente en el arbitraje se esforzarán por no perder lo obtenido, lo cual condicionará su conducta hacia una mayor cooperación en el arbitraje.

Siendo así, la sensación de responsabilidad se trasladará al arbitraje, llevando a las partes a moderar sus ofertas finales acercándose ambas al punto Yf, simulándose así el acuerdo producto de una negociación en el laudo.

En el Sistema CA, las partes no asumirán costos en la negociación y buscarán pasar lo más rápido posible al arbitraje, donde pueden manipular sus ofertas y trasladar los costos del proceso al árbitro. Al ser que la actitud de las partes ha sido no-cooperativa en la negociación previa (ya que no sólo no habrán intentado, sino que evitarán llegar a un acuerdo negociado en común, para así poder

⁶¹ Ibid, página 192

maximizar sus intereses en el arbitraje CA), el proceso arbitral se verá también invadido por un afán no-cooperativo, buscando ambas una maximización individualista.

Así, el tener tal responsabilidad entre manos en FOA genera un efecto especial, al que se refieren Notz y Starke:

“La anticipación de final-offer intervention estimula la reducción de diferencias entre las partes.”⁶²

Ante un sistema donde el tamaño de las diferencias puede alterar el valor de los costos de transacción a asumir, es preferible reducir las mismas, para asumir los menos posibles.

Siendo así, las partes moderarán sus ofertas, reduciéndose cada vez más la distancia entre éstas y los intereses que representan, acercándose así por propia voluntad al punto medio Yf, haciéndose menor el conflicto.

Finalmente, el Sistema FOA es generador de un riesgo mayor que el Sistema CA y mucho mayor que el de las negociaciones previas. Esto implica que la aversión al riesgo sea mayor en el Sistema FOA que en el Sistema CA.

Sin embargo, siempre habrá una de las partes que presente una mayor aversión al riesgo que la otra. Ésta intentará cooperar lo más posible en las negociaciones, ya que evitará con mayor intensidad el recurrir al Sistema FOA.

Tal cooperación debiera consistir en una gran moderación de su oferta al interior de las negociaciones previas, la cual se hará más drástica en el arbitraje FOA.

Así, concluyen Hanany, Kilgour y Gerchak que:

⁶² Ibid, página 199

“La Aversión al Riesgo explica por qué las partes llegan a un acuerdo (negociado en común), antes que someterse a FOA. Si al menos una parte presenta aversión al riesgo, luego existirán acuerdos que ambas partes encuentren preferibles a FOA (...) FOA induce a la parte con más aversión al riesgo a ser menos demandante: Si es así, esta parte gana más seguido (...) Las investigaciones muestran que la parte con mayor aversión al riesgo ganará más seguido bajo FOA.”⁶³

Al ser que la parte con mayor aversión al riesgo modera más su oferta, ésta se hace más atractiva al árbitro, por lo que resulta siendo la oferta final elegida.

5.5. NASH EQUILIBRIUM

Como ya mencionáramos, el Equilibrio de Nash suele ser el más utilizado en términos de pagos justos al interior de un arbitraje.

Un sistema de arbitraje que permita generar un equilibrio de Nash como laudo arbitral debería de ser preferido por sobre otros sistemas, ya que permite una distribución económica más adecuada del resultado, producto de las ofertas planteadas por las partes.

En el Sistema CA es prácticamente imposible hablar de un Equilibrio de Nash como solución, por dos (2) motivos:

- Las partes tienden a maximizar sus intereses haciendo poco probable cualquier tipo de equilibrio.

⁶³ Op. cit., HANANY, Eran, KILGOUR, Marc, GERCHAK, Yigal, “Final-Offer Arbitration and Risk Aversion in Bargaining”, página 6

- Las ofertas en CA no transmiten información sobre donde se encuentra el punto medio o laudo justo, según el concepto de las partes, al árbitro.

Sin embargo, un sistema como FOA, en que las partes no pueden manipular sus ofertas y deben tender a cooperar para poder tener opción a ganar, sí promueve la existencia de puntos de equilibrio, garantizándose así una distribución más económicamente justa para las partes.

“El modelo resulta en un Equilibrio de Nash, esto es un par de ofertas donde ninguna de las partes puede manipular su resultado esperado en el arbitraje, bajando o subiendo sus ofertas.”⁶⁴

Además, el Sistema FOA no sólo garantiza un resultado en equilibrio de Nash como laudo, sino también en la etapa de negociaciones previas al arbitraje.

Debido al incremento del riesgo cuando se anuncia a las partes que se aplicará el Sistema FOA de no llegar a un acuerdo negociado en común en las negociaciones previas, las partes presentan una mayor responsabilidad en éstas que los lleva a preferir llegar a un equilibrio adecuado en la etapa previa, para no correr el riesgo de que no se llegue a uno en la aplicación del arbitraje FOA:

“Una negociación con desacuerdos a ser resuelta mediante FOA tiene un equilibrio de Nash.”⁶⁵

En conclusión, bajo el Sistema FOA el resultado será un equilibrio de Nash tanto en las negociaciones previas (si se llega a solucionar en esta etapa), como en el arbitraje (de no llegarse a un acuerdo negociado en común en las negociaciones previas.)

⁶⁴ Op. cit. “Literature Review: Final Offer Arbitration”

⁶⁵ Op. cit., HANANY, Eran, KILGOUR, Marc y GERCHAK, Yigal, “How the Prospect of Final-Offer Arbitration Affects Bargaining”, página 12

CAPÍTULO VI

FINAL-OFFER ARBITRATION EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

6.1. INTRODUCCIÓN

El Arbitraje en Estados Unidos es una herramienta resolución de conflictos de larga data. Así lo reporta Massey⁶⁶:

“Mucho tiempo antes de que el hombre blanco arribara a los Estados Unidos los primeros nativos americanos usaban el arbitraje no sólo para resolver sus disputas al interior de una tribu, sino también para resolver disputas entre tribus diferentes. George Washington, el primer presidente de nuestra nación, colocó una cláusula arbitral en su testamento que establecía que si una disputa se generaba acerca del contenido del documento, un panel de tres árbitros debería implementarse y dar una decisión final y vinculante para resolver la disputa. El Presidente Washington recalcó que consideraba cualquier decisión arbitral respecto de su testamento tan final y vinculante como cualquier decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos”

Sin embargo, el fenómeno del arbitraje inició su explosión en los Estados Unidos en los años 20, con la aprobación de la New York Arbitration Act. Esta norma fue el modelo utilizado para la creación de la Federal Arbitration Act (FAA) de 1925 y la inspiración para el Uniform Arbitration Act (UAA) original de 1955. Finalmente, la Revised Uniform Arbitration Act (RUAA) fue aprobada por la National Conference of Commissioners en agosto del año 2000.⁶⁷

⁶⁶ MASSEY, Robert V., “History of Arbitration and Grievance Arbitration in the United States”, Institute for Labor Studies and Research, en http://www.wvu.edu/~exten/depts/ilsr/arbitration_history.pdf

⁶⁷ Es importante señalar que la FAA (Sección 9 del U.S. Code) es cuestionada por proveer reglas que permiten que proveedores de servicios y productos integren cláusulas en los contratos con consumidores que establecen compulsory arbitration para todo caso, negando a éstos su derecho a tutela jurisdiccional y/o a iniciar class-actions. Para mayor referencia, ver el caso “Muhammad v. County Bank of Rehoboth Beach, Delaware.”

Este fenómeno sería, a mi parecer, consecuencia directa de la Primera Guerra Mundial.

Me explico:

En el año 1918 el Presidente Wilson estableció la National War Labor Board (NWLB), debido al ingreso de los Estados Unidos en la Primera Guerra Mundial. Ésta estaba conformada por representantes de los empleadores y de los trabajadores. La labor de la NWLB era de mediación ante posibles huelgas y paros por parte de los trabajadores (quienes ya en ese tiempo presentaban una gran capacidad de organización sindical, por lo que era común el ejercicio de presión por parte de este sector hacia sus empleadores y el gobierno), que pudieran generar problemas en la producción nacional en un momento de crisis. Obsérvese que en esta primera etapa la NWLB no tenía poderes vinculantes, sino sólo de mediación entre las partes.

De manera posterior, el 12 de enero de 1942, frente al ingreso de los Estados Unidos en la Segunda Guerra Mundial, el Presidente Franklin Delano Roosevelt promulgó la “Executive Order 9017 Establishing the National War Labor Board”, en la cual re-instituía la NWLB, pero ahora estaría conformada por 12 miembros, 4 de la administración gubernamental, 4 de los empleadores y 4 de los trabajadores. Asimismo, el proceso comprendería una primera etapa de negociaciones directas y, si no prosperaban, la NWLB tomaría jurisdicción, decidiendo ella misma si aplicaría mediación, arbitraje voluntario o arbitraje bajo sus propias reglas.

Aquí debemos mencionar que existen dos (2) tipos de arbitraje clásicos, según la materia negociada:

- *Interest arbitration*: en que se negocia nuevos contratos o se renegocia los ya existentes.

- *Grievance arbitration*: por el que se interpreta los acuerdos colectivos entre empleadores y trabajadores.

Así, la NLRB daría inicio no sólo a la explosión en el uso del arbitraje, sino al uso del *Grievance compulsory arbitration* (es decir, *grievance arbitration* impuesto de manera obligatoria a las partes) en cuestiones laborales.

Esto último es de capital importancia en nuestra investigación, dado que el Sistema FOA es una modalidad de *grievance compulsory arbitration*, con un sistema de negociaciones previas. Así también, el Sistema FOA tiene su mayor campo de aplicación en materias laborales, con especial énfasis en la MLB (Major League Baseball), la NFL (National Football League) y trabajadores del sector público que brindan servicios públicos.

Durante el lapso de tiempo entre ambos episodios, la capacidad de organización sindical se iba incrementando.

Uno de los eventos más recordados es la Huelga General de San Francisco de 1934.

Todo habría comenzado por la solicitud de los estibadores de la costa oeste de ser reconocidos como un sindicato, así como regirse por el sistema “*closed shop*”⁶⁸ y establecer un “*unión hiring hall*”⁶⁹.

⁶⁸ Es el sistema por el que una persona sólo puede ser contratada por una empresa en tanto pertenezca al sindicato de trabajadores de dicho negocio. Su uso en los Estados Unidos actualmente es considerado ilegal. Por el contrario, “*open shop*” es el sistema por el cual cualquier persona, sea miembro del sindicato o no, puede ser contratada.

⁶⁹ Es el sistema por el que el empleador se somete a una organización auspiciada por el sindicato de la empresa, o el mismo sindicato, que será la que contrate a los nuevos trabajadores. Para ser contratados, se les exige hacerse miembros del sindicato de manera previa. Se presume que el uso de los “*unión hiring hall*” es voluntario, ya que sino encubriría un sistema de “*closed shop*”.

Los empleadores plantearon una solución mediante arbitraje, pero a condición de que los estibadores aceptaran mantener el sistema de “open shop”, por lo que los estibadores rehusaron la propuesta de arbitrar el conflicto.

Así, el reportero Mike Quin⁷⁰ relata los hechos de la Huelga General:

“No había bombas

Tampoco había mafias de huelguistas.

Estos existían solo en las páginas de los diarios que caricaturizaban el evento como si fuera una revolución Bolchevique, y conjuraban visiones de multitudes tempestuosas, con antorchas en mano, por las calles de la ciudad. (...) Pero la gente, en general, no se dejaba impresionar por los encabezados que hablaban de una violencia comunista. Ellos sabían mejor que nadie. Ellos podían mirar a su alrededor y ver por ellos mismos que la Huelga General se llevaba disciplinada y organizadamente. Ni las mafias ni las bombas formaban parte de aquella (...)

Signos garabateados y carteles en las ventanas de la mayoría de las pequeñas tiendas y restaurants se podían leer así: “CERRADO HASTA QUE LOS MUCHACHOS GANEN”; o “ESTAMOS CON USTEDES, AMIGOS... AGUANTEN”; o “CERRADO HASTA QUE LOS ESTIBADORES OBTENGAN SU HIRING HALL”; o “CERRADO. SIMPATIZANTE DEL ILA (Asociación Internacional de Estibadores.)”

Cierto. Existía una ordenanza en San Francisco que prohibía los piquetes de huelga. Pero era normalmente vista por las autoridades como no-práctica y nunca se había ejercido realmente, especialmente en grandes huelgas como ésta. A lo largo del tiempo entre la huelga marítima hasta el momento ningún esfuerzo había sido hecho para hacerla cumplir, ni nadie había dado un indicio de que el más leve esfuerzo sería hecho.

The Chronicle decía:

“Doscientos cincuenta comunistas y la policía tuvieron una sangrienta batalla por la tarde de ayer cerca a El Embarcadero – la segunda más grande movilización en lo que va de la huelga de estibadores en la semana. (...)

A pesar de los relatos de la prensa, el público era capaz de tener su propia impresión de lo que venía aconteciendo, si aún no una idea clara. Y esta impresión era mala, respecto de los empleadores y la administración.”

Sobre si la solicitud de los estibadores era correcta o no (el establecimiento de un sistema “*closed shop*” y de un “*union hiring hall*”):

Prima facie, podría decirse que la pertenencia a un sindicato es un derecho, y no una obligación, que podría limitar el derecho al trabajo, en el caso en particular.

Sin embargo, hemos de tener en cuenta que en esa época el proceso sindical estaba recién iniciando y que los trabajadores veían el sistema “*closed shop*” como una manera de fortalecerse como institución. Más aún cuando los empleadores explotaban la debilidad de los sindicatos para lograr acuerdos colectivos abusivos, pagando salarios bajos y no otorgando mayores beneficios sociales, o entorpecían el proceso de sindicalización, negándose muchas veces a contratar trabajadores que formaran parte de un sindicato, o haciéndoles firmar acuerdos de que no integrarían uno a futuro.

Es decir, los empleadores buscaban que los sindicatos tuvieran la menor cantidad de miembros posible, mediante un sistema de “*open shop*”. Frente a esto, los trabajadores debían fomentar un sistema de “*closed shop*”, para lograr fortalecerse como institución, en su lucha por reivindicar sus derechos.

⁷⁰ QUIN, Mike, “The Big Strike”, en *The Pacific Historical Review*, Volumen 19, N° 4, University of California Press, 1950, páginas 436 a 437.

Sin embargo, sin importar si el pedido de los estibadores era justo o no, podemos percatarnos que hasta ese momento no existía una manera real de reprimir las huelgas que pudieran generar pérdidas graves a la economía nacional; siendo la fuerza el único recurso disponible. Como observamos, el empleo de este elemento generaba la simpatía de la gente para con los reprimidos, sin importar la naturaleza de su pedido.

El uso de la fuerza incrementaba aún más los costos de la administración, puesto que ahora debería lidiar con los estibadores y el concepto del pueblo. Esto se pudo evitar si hubiera existido un sistema de arbitraje obligatorio, al cual los estibadores no hubieran podido negarse. Ésta pudo haber sido una excelente oportunidad para el Sistema FOA.

Si bien la Huelga General de San Francisco es una de las más recordadas, no fue la única que puso en peligro la economía nacional, siendo éstas innumerables.

Siendo así, el Congreso decidió crear una norma que prohibiera las prácticas laborales injustas por parte de los empleadores, pretendiendo aplacar indirectamente la reacción de los trabajadores. Así, se dictó la National Labor Relations Act (NLRA), también conocida como Wagner Act, en 1935.

Esta norma pretendía apaciguar los ánimos de los distintos sindicatos, por lo que sólo hacía mención a prácticas injustas de los empleadores (las que serían investigadas por la agencia federal denominada National Labor Relations Board), mas no a aquéllas de los trabajadores. Así también, la norma sólo alcanzaba a los empleadores del sector privado, y, dentro de este grupo, no cubría al sector transporte, que se encontraba bajo la Railway Relations Act o RLA.

El acta establecía que cada trabajador tenía dos (2) opciones frente al sindicato de su empresa: unirse a él o no hacerlo, pero debía pagar los montos que fueran

cobrados a los miembros, si la mayoría decidía formar un sindicato o ya era parte del mismo.

Además, establecía que el empleador sólo podría contratar a aquel trabajador que adoptara una de estas dos opciones, lo cual implicaba establecer un sistema “*closed shop*”.

De esta manera se pretendía promover el fortalecimiento institucional de los sindicatos y establecer limitaciones al accionar del empleador dirigido a debilitar tales organizaciones. Como es obvio, esta norma no gustó al sector empresarial en lo absoluto, por lo que establecieron grandes lobbies con tal de modificarla.

Así, la Corte Suprema, en un afán por moderar la posición del sector laboral privado, estableció dos precedentes:

- *NLRB v. Mackay Radio & Telegraph Co. (1938)*:

Este precedente dio nacimiento a lo que se denomina la “*doctrina Mackay*”, la que opera de la siguiente manera: un trabajador que entra en una huelga legal no puede ser despedido, pero el empleador puede reemplazarlo. El huelguista sigue siendo considerado trabajador (en el papel), pero tan sólo tiene el derecho de reclamar su puesto cuando éste quede vacante y, si aún no ha encontrado otro puesto similar o mejor. Es decir, el reemplazante debía renunciar para que el huelguista vuelva a trabajar.

Esto funcionaría ahí donde existe un sindicato fuerte y donde los pobladores que serán reemplazantes se sientan identificados con la causa de los huelguistas.

Sobre los efectos de la aplicación de la “doctrina Mackay”, estos operan a dos (2) niveles: (i) generan conflictos entre los huelguistas y los reemplazos y (ii) generan conflictos entre los huelguistas y aquellos huelguistas que rompen las filas para recobrar su puesto antes de ser reemplazados.

Sobre ambos efectos, comentan Kohler y Getman⁷¹:

“Lealtad significaba que los reemplazos (que se denominan “scabs” o costras) no debían ser ayudados (por aquellos ex huelguistas que hayan podido recobrar sus puestos). Brent Gay, un operador de maquinaria senior, explicó:

Algunos de ellos vienen a preguntarte sobre problemas: “Cuál piensas tú que es el problema?” Yo les digo, “No lo sé.” Finalmente le dije a un chico, “Yo podría decirte como solucionarlo. Pero no lo haré. Cada vez que lo hago le estoy cortando la garganta a uno de los chicos de fuera, y no voy a hacer eso.” “Oh, entiendo.” Nunca me volvió a preguntar algo después de eso.”

Esto no será posible en el Perú, ya que el artículo 401 del Proyecto de Ley General del Trabajo señala que está prohibido contratar personal de reemplazo, salvo que la huelga sea declarada ilegal. A mi parecer, esta excepción se volverá una generalidad.

La más grande ira era dirigida hacia los “crossovers”, huelguistas que habían abandonado la huelga y cruzado la línea de piquete (antes de ser reemplazados.) Cinco años después de que la huelga finalizara, uno de los “crossovers” comentaba su amarga perspectiva de la huelga y su resultado.

“Alguna gente no volverá a hablarme, de aquellos que conozco por veinte años. Los veo cara a cara y aún así no me hablan. Esa es su elección. Muchas veces, los saludo con las manos o digo hola, pero no importa si es en la calle o en la fábrica. Podría preguntarles cómo les va en el día o decirles buenos días y ellos me hubieran respondido. Pero eso ya no se ve en estos días, no me hablan en lo absoluto. (...) No hay paz en este valle (...) Poco tiempo después, se mudó a Alaska.(...)”

Un ex – huelguista quedó sorprendido por su propia reacción frente a la muerte de uno de los reemplazos como resultado de un accidente, seis años luego de finalizada la huelga. “Normalmente soy muy compasivo y simpatizo con los desafortunados. Sin embargo, después de leer el artículo, le dije a mi mujer, “Creo que habrá un “costra” menos en la fábrica.” No es que me regocije en la muerte de un hombre, pero sentir simpatía por un “costra” es difícil.”

Otro fabricante de papel senior describió el cambio en él como “increíble”.

“Yo era el tipo de persona que si alguien necesitaba ayuda yo estaría ahí. Dos años atrás un auto se salió del camino. El chico estaba aún en el auto, de cabeza. Él debía decirme quién era, de dónde era y dónde trabajaba antes que yo lo ayudara. Si me daba las respuestas erróneas, yo seguía mi camino al banco y no hacía nada. Es duro. Eso es lo que han creado.”

- *NLRB v. Virginia Electric & Power Co. (1938):*

La Sección 8 de la NLRA, referida a “unfair labor practices” del empleador, establecía que la NLRB podía regular el discurso del

⁷¹ KOHLER, Thomas C. y GETMAN, Julius G., “The Story of NLRB v. Mackay Radio & Telegraph Co.:

empleador, mas no establecía los límites en que esto podría ser hecho. En esta línea, el caso NLRB v. Virginia Electric & Power Co. Introdujo el siguiente límite:

“En Thomas v. Collins, 323 U.S. 516 (1945), (...) la Corte dejó en claro que (...) Virginia Electric establecía que los intentos de los “empleadores” de persuadir (a los trabajadores) respecto de unirse o no a sindicatos se encuentran dentro de la garantía de la Primera Enmienda [salvo que], a esta persuasión sean añadidos otros elementos como coerción, o similares.(...)

En suma, en Virginia Electric sólo el discurso de campaña coercitivo podría, constitucionalmente hablando, violar el Acta. Sin importar el contenido, el discurso no-coercitivo se mantenía constitucionalmente protegido.”⁷²

Finalmente, en el año 1947, el sector empresarial logró su cometido, con la creación de la LMRA- Labor Management Relations Act, también como conocida como *Taft-Hartley Act*.

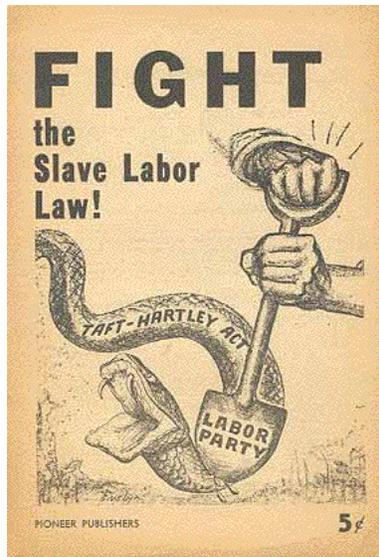
El Presidente Truman denominó el proyecto como “slave labor bill” (proyecto de ley del trabajo-esclavitud.)⁷³

Aquí, un panfleto publicado en la época de la aprobación del Acta:

The High Cost of Solidarity”, Boston College Law School Faculty Papers, Paper 160, 2006, página 51 y 52.

⁷² LARSEN-BRIGHT, Shawn J., “Free Speech and the NLRB’s Laboratory Conditions Doctrine”, 2002, en <http://www.law.nyu.edu/JOURNALS/LAWREVIEW/ISSUES/vol77/no1/Larsen-Bright.pdf>, páginas 211-212.

⁷³ Cabe indicar que Truman vetó el proyecto de ley tardíamente, por lo que la ley fue igualmente aprobada. La mayoría asume que este acto fue sólo realizado como una acción populista, para obtener el voto de las masas, con miras a las elecciones de 1948.



Esta ley incluía los siguientes cambios:

- Prohibía las “huelgas por jurisdicción”, mediante la que los miembros de un sindicato entran en huelga para presionar al empleador a asignar a una determinada labor a los miembros que representa.
- Prohibía los boicots y piquetes en áreas comunes.
- Elimina las “closed shops”, pero se establece el sistema “unión shop”. Este sistema implica que el empleador debe despedir a quienes evaden el pago de la membresía al sindicato, mas no tiene esa obligación si el trabajador es retirado del sindicato por otro motivo. Sin embargo, cada estado tenía el derecho de aprobar leyes dirigidas a impedir las “union shops”, con lo que el trabajador ya no tenía que ser miembro de un sindicato o pagar la membresía. A estas leyes se les denominó “right-to-work-laws”.
- Se exige un aviso al empleador por parte del sindicato de sesenta días, previos al inicio de una huelga. Luego se otorgaba un período de ochenta días, denominados “injunction period”. Si no se llegaba a un acuerdo aún, el Presidente tenía el derecho de intervenir, en el caso que la huelga pudiera ocasionar una emergencia nacional.

- Se excluye a los supervisores de la cobertura del Acta, dado que solían aliarse a los trabajadores, con lo que la producción se venía abajo.
- Se dio el derecho a los empleadores de solicitar a la NLRB tenga a bien verificar si el sindicato en su empresa representaba o no a los trabajadores. Asimismo, se otorgó el derecho a los trabajadores de desacreditar a su sindicato e invalidar cualquier convenio colectivo. Esta parte tenía el efecto siguiente: los trabajadores entraban en huelga; el empleador contrataba “scabs”; los “scabs”, al ya estar trabajando, podían votar respecto a la representatividad del sindicato o a los convenios; los “scabs” votaban contra el sindicato y los acuerdos para preservar sus trabajos que, en inicio, eran temporales.

Esto no hizo sino incrementar el número de huelgas en los Estados Unidos.

Por otro lado, los empleados del sector público, entusiasmados por lo obtenido por los del sector privado con la NLRA, y creyéndose capaces de evitar la promulgación de una ley como la *Taft-Hartley Act* para su sector, iniciaron su propio proceso sindicalista a partir de los años 50.

Así pues, un sistema que venía cayendo en picada se volvió el modelo a seguir por aquellos que se encontraban en crecimiento.

Al ser que el sector público no se encontraba bajo la cobertura de la NLRA o la *Taft-Hartley Act*, cada estado quedó en libertad de regular a sus trabajadores públicos, siguiendo un modelo similar al de las normas del sistema privado.

Siendo así, las normas promulgadas en ambos sectores limitaban el ejercicio de derechos sindicales, así como afectaban a la organización interna de los diferentes sindicatos.

Poco a poco, las huelgas se fueron enfocando en tres sectores específicos:

- Transportes: La Huelga de Estibadores de la Costa Este de 1962 y la Huelga del Tránsito de New York de 1966
- Educación: Las Huelgas de Maestros de Florida y New York de 1968 y la de Filadelfia de 1972
- Servicios Públicos: La Huelga Nacional de Servicios Postales de 1970

En el año 1970, la situación en el sector transporte se hizo insostenible, por lo que el presidente Nixon decidió enviar un comunicado denominado “64 – Special Message to the Congress on Labor Dispute in the Transport Industry”, con fecha 27 de febrero.

En ella mencionaba que las llamadas “provisiones de emergencia” previstas en la RLA (Railway Labor Act, que es aplicable a los trabajadores del sector transporte) eran invocadas en un promedio de 4 veces al año, con lo que habían pasado de último recurso a primera herramienta. Esta intervención por parte del estado había venido debilitando las relaciones entre el gobierno y los sindicatos.

Mientras tanto, la *Taft-Hartley Act* sólo permitía intervenir en huelgas que implicaran una emergencia nacional, sin establecer los parámetros dentro de los que se realizaría dicha intervención.

Por lo tanto, ante la poca aceptación en la aplicación de la RLA y la inoperatividad de la *Taft-Hartley Act*, Nixon propone la enmienda de la *Taft-Hartley Act* y la promulgación de la EPIPA – Emergency Public Interest Protection Act – el 27 de febrero de 1970.

En ella se plantean tres opciones que debían:

1. Extender el cooling-off period 30 días más a los 80 días establecidos por la *Taft-Hartley Act*, para que las partes puedan negociar.

2. Requerir a los trabajadores que el servicio sea prestado de manera parcial, respecto de aquellos sectores en los cuales sea imprescindible.
3. Establecer FOA – Final Offer Arbitration: cada parte remite una o dos ofertas⁷⁴ a la Secretaría del Trabajo. Las partes contarán con 5 días más para negociar (para que puedan acercarse mutuamente y se dé la disminución de las diferencias ante el inminente FOA.) Si no llegan a un acuerdo negociado en común, ellas mismas deberán elegir 3 árbitros, de manera conjunta. De no lograr acuerdo sobre los miembros, el Presidente los elegirá.

Este fue el primer intento de Nixon de impulsar la utilización de FOA, el cual no tuvo respuesta, ya que el Congreso ni siquiera revisó el proyecto.

Luego vendría la Huelga de Puertos de la Costa Oeste, que dio inicio en Julio de 1971.

El 25 de Setiembre, Nixon lanzaría un comunicado llamado “Statement About The West Coast Dock Strike”, en que señalaba: “Esta huelga ya ha tomado demasiado tiempo. Espero que las partes hagan un nuevo, renovado y determinado esfuerzo para ver que esto termine y termine rápidamente.”⁷⁵

En el último párrafo del artículo 387 del Proyecto de Ley General del Trabajo podemos observar que en Perú será, en el futuro, aplicable la intervención directa del estado, en caso de huelgas que representen atentados al interés público:

“(…)En el caso de que los trabajadores hayan optado por la huelga y esta se prolongue excesivamente en el tiempo, comprometiendo gravemente a las partes o sector productivo o derive en actos de violencia o de cualquier forma asuma

⁷⁴ La opción de dar 2 ofertas finales es denominada “multi-item package” (ya que las partes pueden presentar dos ítems u ofertas, a diferencia del sistema común, en que sólo se puede establecer una.) Esta opción proviene de la región de Eugene, Oregon.

⁷⁵ <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/print.php?pid=3156>

características graves por su magnitud o consecuencias, el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, puede intervenir mediante Resolución Ministerial fundamentada, disponiendo la reanudación de las labores, sin perjuicio de promover el arreglo directo u otras formas de solución pacífica. De fracasar estas, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo resuelve el conflicto de forma definitiva.”⁷⁶

Sobre el tema, la Revista *Time* publicó un artículo denominado “The Dock Strike Mess”⁷⁷, el 29 de noviembre de 1971, en el que se mencionaba lo siguiente:

“Primero la Costa Oeste sucumbía ante una huelga en el mes de julio; lo cual se terminó al menos temporalmente cuando Nixon invocó el período de reflexión de 80 días de Taft-Hartley Act, el 6 de octubre, pero muchos puertos todavía son obstruidos con navíos estancados. Entonces, en octubre, algunos trabajadores portuarios del Este y de la Costa del Golfo entraron en huelga. La semana pasada se esparció por todos excepto siete pequeños puertos al Sur, varando aproximadamente 200 barcos. (...) Por causa del incremento en el uso de componentes producidos fuera del país, se asume que la huelga traerá consigo un gran efecto sobre los grandes manufactureros americanos.(...) Los granjeros de Illinois han perdido hasta el momento \$ 15 millones en ventas irre recuperables.”

El 21 de enero la huelga aún continuaba, por lo que Nixon remitió el siguiente comunicado al Congreso denominado “Special Message to the Congress Transmitting Proposed Legislation to Arbitrate the West Coast Dock Strike and Urging Passage of the Crippling Strikes Prevention Act”.

En ella, Nixon remarcaba que el día 4 de Octubre de 1971 se había visto obligado a hacer uso de las provisiones de emergencia de la Taft-Hartley Act, con lo que se dio inicio al colling-off period de 80 días. Habiendo concluido éste, no había

⁷⁶ Proyecto de Ley General del Trabajo – Proyecto de Ley No.67/2006-CR –

⁷⁷<http://64.233.169.104/search?q=cache:7ZDeSkheEiQJ:www.time.com/time/magazine/article/0,9171,877471,00.html%3Fiid%3Dchix-sphere+nixon+dock+strike&hl=es&ct=clnk&cd=3&gl=pe>

habido acuerdo alguno. Siendo así, Nixon requería del uso, nuevamente, del Sistema FOA, por lo que escribió lo siguiente: “Ellos (las partes) me obligan a remitir esta legislación especial al Congreso y requerir una vez más alguna acción legislativa que nos permita lidiar con futuras disputas que puedan generar emergencia en transportes sin la necesidad de esta suerte de legislación ad hoc que no podrá nunca deshacer el daño ya hecho”.⁷⁸

Nuevamente, ninguna acción legislativa fue adoptada, respecto a la imposición del Sistema FOA.

Sin embargo, fue así como el Sistema FOA dejó de ser sólo una herramienta de arbitraje comercial y de la Major League Baseball, para pasar a ser una herramienta gubernamental ante las constantes huelgas en el ámbito laboral.

Actualmente, el Sistema FOA se encuentra incorporado en la legislación de diversos estados, para disputas laborales en el sector público, como veremos a continuación.

6.2. APLICACIÓN DE FINAL-OFFER ARBITRATION – FOA EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Según la United States General Accounting Office (GAO), en un estudio solicitado por el senador McCain en el año 2003, los siguientes estados tienen mecanismos FOA como medio alternativo de resolución de conflictos⁷⁹:

⁷⁸ <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/print.php?pid=3430>

⁷⁹ <http://www.gao.gov/new.items/d03652.pdf>, página 33. Nótese que se indica que California sólo tendría binding arbitration , mas no FOA, lo cual es erróneo, según mostramos a continuación.

Table 2: States That Include Binding Arbitration or Last, Best Offer Arbitration as a Dispute Resolution Option

	State	Type of arbitration included in resolution options
1	California	Binding arbitration
2	Maine	Binding arbitration
3	Illinois	Last offer arbitration
4	Michigan	Last offer arbitration
5	Oklahoma	Last offer arbitration
6	Tennessee	Last offer arbitration
7	Colorado	Binding arbitration and last offer arbitration
8	Connecticut	Binding arbitration and last offer arbitration
9	Delaware	Binding arbitration and last offer arbitration
10	District of Columbia	Binding arbitration and last offer arbitration
11	Hawaii	Binding arbitration and last offer arbitration
12	Iowa	Binding arbitration and last offer arbitration
13	Maryland	Binding arbitration and last offer arbitration
14	Minnesota	Binding arbitration and last offer arbitration
15	Montana	Binding arbitration and last offer arbitration
16	Nevada	Binding arbitration and last offer arbitration
17	Ohio	Binding arbitration and last offer arbitration
18	Oregon	Binding arbitration and last offer arbitration
19	Pennsylvania	Binding arbitration and last offer arbitration
20	Rhode Island	Binding arbitration and last offer arbitration
21	Texas	Binding arbitration and last offer arbitration
22	Washington	Binding arbitration and last offer arbitration
23	Wisconsin	Binding arbitration and last offer arbitration

Source: Harvard University.

A continuación, los estados que presentan la legislación más interesante en la materia:

6.2.1 California (FOA-package)

En el California Labor Code Sección 4065, encontramos lo siguiente, respecto a cómo habrá de decidirse acerca de la incapacidad física de un trabajador, cuando ambas partes presentan evaluaciones médicas que difieren entre sí, para efectos de otorgar la compensación por discapacidad:

“(a) En los casos donde el empleador o empleado hayan obtenido evaluaciones de limitaciones e impedimentos permanentes de un evaluador médico calificado bajo la Sección 4061 y cualquier parte contesta la evaluación médica de la otra parte, el juzgado de compensación de trabajadores (WCJ, por sus siglas en inglés) o el tribunal de apelaciones deberán limitarse a elegir entre cualquiera de los “niveles de incapacidad” propuesto por las partes.”⁸⁰

De esta manera, el WCJ queda limitado a elegir entre uno u otro de los “niveles de incapacidad” propuestos por las partes, como paquete.

6.2.2 Iowa (FOA-item-by-item)

En el Iowa Code 2007, Capítulo 20 (Public Employment Relations), Punto 20.22 (Binding Arbitration) señala, en su artículo 11:

“11. La mayoría del panel de árbitros debe seleccionar en quince días después de su primera reunión la oferta más razonable, a su juicio, de las ofertas finales sobre cada ítem remitido por las partes, o las recomendaciones del procurador sobre cada ítem.”⁸¹

6.2.3. Nueva Jersey

En el New Jersey Administrative Code N.J.A.C. Título 19, Subtítulo F, Capítulo 16, denominado “Negotiations, Impasse Procedures and Compulsory Interest Arbitration Labor Disputes in Public Fire and Police Departments”, proveía, hasta el año 1996, que cuando las partes no llegaran a decidir qué mecanismo de resolución de conflictos usar, el arbitraje sería bajo el Sistema FOA, tanto para los

⁸⁰ <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=lab&group=04001-05000&file=4060-4068>

⁸¹ <http://nxtsearch.legis.state.ia.us/NXT/gateway.dll/2007%20Iowa%20Code/2007code/1/27534?f=templates&fn=default.htm>

bomberos como para los policías, en el Sub-capítulo 1, punto 19:16-1.1 (Purpose of Procedures), inciso (c):

“(c) Adicionalmente, el acta prevé el sometimiento de las materias en disputa a un procedimiento de arbitraje final y vinculante acordado y aprobado mutuamente o a un procedimiento de final-offer, como se encuentra en N.J.S.A. 34:13-16d (2).”⁸²

Sin embargo, The Police and Fire Public Interest Arbitration Reform Act, vigente desde el 10 de Enero de 1996 hasta la fecha, cambió el texto de N.J.AC., por el siguiente, instaurando el Sistema CA como aplicable en caso de no llegar a acuerdo respecto al mecanismo a utilizar:

“(c) Adicionalmente, el acta prevé el sometimiento de las materias en disputa a un procedimiento de arbitraje final y vinculante acordado y aprobado mutuamente o bajo conventional arbitration, como se encuentra en N.J.S.A. 34:13-16d (2).”

Así, también modificó el texto de la N.J.S.A. (New Jersey Employer-Employee Relations Act), punto 34:13-16(d), dejándolo como sigue:

“d. El siguiente procedimiento será utilizado si las partes fallan en llegar a un acuerdo sobre el procedimiento final para la resolución de una disputa:(...)”

(2) (...) el procedimiento para proveer una resolución final de las materias en disputa deberá ser un arbitraje vinculante bajo el que el laudo (...) sea determinado por conventional arbitration.(...)”⁸³

Sin embargo, como bien señalamos, el Sistema CA sólo es impuesto cuando las partes no llegan o no han tomado acuerdo alguno respecto al procedimiento para resolver su controversia. Así, las partes pueden pactar resolver su disputa bajo el

⁸² http://www.state.nj.us/perc/njac19_16.pdf, página 2

⁸³ http://www.state.nj.us/perc/html/34_13a7statute.html

Sistema FOA, lo cual la misma New Jersey Employer-Employee Relations Act prevé en el punto 34:13A–16(c), numerales 2), 3) y 6):

“c. Procedimientos finales que pueden ser aprobados incluyen, pero no deberán estar limitados a los siguientes:

(...)

(2) Arbitraje en el que el laudo del árbitro o panel arbitral está limitado a decidir entre (a) la oferta final del empleador y (b) la oferta final del representante del trabajador, como un único paquete.

(3) Arbitraje en el que el laudo está limitado a decidir entre (a) la oferta final del empleador y (b) la oferta final del representante del trabajador, respecto de cada materia en disputa, con una decisión sobre una base issue-by-issue.

(6) Arbitraje en el que el laudo sobre las materias económicas en disputa está limitado a una decisión entre (a) la oferta final del empleador sobre las materias económicas como un único paquete y (b) la oferta final del representante del trabajador sobre las materias económicas como un único paquete; y, sobre cualquier materia no-económica en disputa, el laudo está limitado a una decisión entre (a) la oferta final del empleador sobre cada materia en disputa y (b) la oferta final del representante del trabajador sobre esa materia.”⁸⁴

Es decir, el numeral (2) establece un Sistema FOA-package y el numeral (3) un Sistema FOA-issue-by-issue, ambos para todas las materias tanto económicas como no-económicas.

Lo novedoso vendría a ser lo contenido en el numeral (6), que establece que los dos sub-sistemas actúen paralelamente:

- FOA-package, para las materias económicas

- FOA-issue-by-issue, para cada una de las materias no-económicas.

Esto tiene una explicación sencilla:

Cuando un árbitro toma una decisión respecto al laudo, las materias no-económicas suelen influenciar en la decisión a tomar respecto a las económicas.

Por ejemplo, digamos que en un arbitraje FOA se decidirán 4 temas: si la huelga fue ilegal (no-económico), si la huelga fue generada por la presión del empleador (no-económico), si debe haber un aumento de salario (económico) y si debe crearse un bono por el aniversario del sindicato (económico.)

Digamos que A (empleador) señala que la huelga fue ilegal, que no hubo presión del empleador, que no debe haber aumento, y que no debe crearse el bono. A su vez, B señala (trabajador) que no lo fue, que hubo presión del empleador, que sí debe haber aumento de 100 soles, y que debe crearse un bono de 50 soles.

Digamos que el árbitro tiene como punto Yf (respecto a la huelga) que la huelga sí fue ilegal, que no se debió a la presión ejercida por el empleador (respecto a la presión del empleador), (respecto al aumento) que debe haber aumento de 100 soles, y (respecto al bono) que debe haber un bono por aniversario de 50 soles.

Si se decidiera en FOA-package, el árbitro podría decidir reducir o no otorgar el aumento y el bono, porque sus puntos Yf para el aumento y el bono se verían afectados por sus puntos Yf para la huelga y la presión, respectivamente.

Para nosotros, las materias no-económicas no deben afectar al laudo respecto a las materias económicas.

⁸⁴ ibidem

Las materias no-económicas tienen siempre una carga subjetiva (cada materia no-económica contiene su propia carga), mientras que las materias económicas no la poseen, en principio. Si las partes o el árbitro deciden que las primeras deben afectar a las segundas, se está generando que las materias no-económicas trasladen su carga subjetiva a las materias económicas, lo que distorsiona el análisis de los puntos Yf para estas últimas. Así también, las materias no-económicas, al tener cada una su propia carga, tampoco deben “contaminarse” entre sí, al ser analizadas.

Sin embargo, creemos que las materias económicas sí deben de tener algún impacto entre ellas. En el ejemplo, si se otorga el aumento de 100 soles, pues debería reducirse o no crearse el bono solicitado por el trabajador.

Si se decidiera por FOA-issue, el árbitro podría dar una solución para cada uno de los cuatro temas, pero quizás obviaría el impacto que debe haber entre las materias económicas.

Esa es la utilidad del modelo propuesto por tal acta: las materias no-económicas no “contaminan”, con su carga subjetiva, el análisis de las materias económicas, y las materias no-económicas no se “contaminan” entre sí (por el FOA-issue-by-issue para materias no-económicas.) Asimismo, las materias económicas sí se afectan entre sí (por el FOA-package para materias económicas.)

6.2.4. Connecticut (FOA-issue-by-issue)

El Connecticut Code, Título 5 (State Employees), Capítulo 68 (Collective Bargaining for State Employees), Sección 5-276a (Timetable for negotiations between employer and designated employee organization), establece lo siguiente:

“(c) Si, después de un periodo de negociación razonable, o, en el caso de una negociación de un acuerdo colectivo existente en que se revise tal acuerdo en referencia a cualquier materia que afecte salarios, horas u otras condiciones de empleo, después de noventa días de iniciadas tales negociaciones, las partes son incapaces de llegar a un acuerdo, ambas partes o cualquiera de ellas puede iniciar un arbitraje remitiendo al State Board of Mediation and Arbitration una lista de los puntos en los cuales se ha llegado a un impasse. Si tal remisión no es hecha de manera conjunta, una copia de la remisión debe ser enviada a la otra parte.

(...)

(e) (...) (4) (...) Al hacer tal laudo, el árbitro debe elegir la oferta final más razonable sobre cada uno de los puntos controvertidos basado en los factores de la subdivisión (5) de esta subsección. (...)

(5) Los factores a ser considerados por el árbitro para llegar a una decisión son: la historia de las negociaciones entre las partes incluyendo aquéllas que llevaron a este proceso; las condiciones de empleo existentes en grupos de trabajadores similares; los salarios, beneficios complementarios y condiciones de trabajo que prevalezcan en el mercado laboral, incluyendo compensaciones salariales directas, sobretiempo y prima, vacaciones, feriados y otros beneficios de permisos, seguros, pensionarios, médicos y de hospitalización, alimentos y ropa proporcionados y toda otra ventaja recibida de los empleadores; la capacidad de pago del empleador; cambios en el costo de vida; y los intereses y bienestar de los trabajadores.”⁸⁵

Los factores señalados en el punto 5 sirven como parámetro para que el árbitro determine adecuadamente la ubicación de su punto medio Yf.

En el caso de Connecticut, el Sistema FOA no es obligatorio (compulsory/mandatory), sino que es una alternativa otorgada a las partes de no llegar a un acuerdo negociado en común. Sin embargo, en la práctica, es como si

⁸⁵ <http://law.justia.com/connecticut/codes/title5/sec5-276a.html>

fuera un compulsory arbitration, dado que el estado siempre lo invocará de no llegar a un acuerdo negociado en común.

Como indica el numeral (4), el Sistema será de FOA-issue-by-issue.

Lo interesante del caso de Connecticut es que el árbitro, al momento de laudar, debe basar su decisión respecto de cada punto controvertido, en factores previamente establecidos por la norma, los cuales son netamente económicos.

Es decir, el árbitro no podrá basarse en elementos subjetivos (hechos o actitudes), sino que sólo en elementos objetivos, a excepción del primero, que es “la historia de las negociaciones entre las partes incluyendo aquéllas que llevaron a este proceso”.

El porqué: como bien sabemos, debe existir una etapa de negociación previa a la aplicación del Sistema FOA. En esta etapa previa se les indica que de no llegar a acuerdo, habrá un arbitraje FOA. Normalmente, si no llegan a un acuerdo en las negociaciones, una o ambas partes moderarán sus ofertas de manera importante para el arbitraje, por la aversión al riesgo.

En el caso de Connecticut, si bien las partes saben que el Sistema FOA es opcional en teoría, en la práctica el estado lo invocará de no llegar a un acuerdo común en las negociaciones. Así, ambas partes saben que unas negociaciones infructuosas llevarán a un arbitraje FOA, por lo que moderan sus ofertas en las negociaciones.

Así, cuando se le pide al árbitro que tenga en cuenta la historia de las negociaciones previas es porque el legislador desea que el árbitro dé algún beneficio a aquella parte que se haya presentado más cooperadora (que haya moderado más su oferta), lo cual al fin y al cabo también es un factor económico.

No se impone el Sistema FOA para las huelgas dado que éstas están prohibidas para los empleados públicos en este estado, por la Sección 5-279. Dado que los trabajadores seguirán laborando mientras el conflicto es resuelto, el Sistema FOA otorga una solución rápida al problema.

6.2.5. Oregon

Cabe resaltar que el Oregon Code es considerado el mejor diseñado, en el capítulo referente a resolución de conflictos entre empleadores y trabajadores.

En el Capítulo 243 (Public Employee Rights and Benefits), Sección 712 del Oregon Code, se establece que, transcurridos 150 días de negociaciones de buena fe sin llegar a un acuerdo negociado en común, cualquiera de las partes (salvo aquélla que hubiera negociado con mala fe) puede solicitar al Employment Relations Board que nombre un mediador. Luego de nombrado éste y transcurridos 15 días de mediación, cualquiera de las partes podrá declarar la existencia de un impasse.

Así, las partes deberán remitir sus ofertas finales y el mediador las hará públicas. Dentro de los siguientes 30 días posteriores a que el mediador las haya hecho públicas, las partes pueden pedir que se nombre un “fact-finder” (alguien que investigue los hechos.) Si transcurren 30 días desde que el mediador hizo públicas las ofertas finales (si no pidieron un fact-finder), o si transcurren 30 días desde la entrega del reporte del fact-finder (de haberlo solicitado), el empleador puede adoptar todo o parte de su propia oferta final y los trabajadores podrán ir a huelga. Esto se da debido a la necesidad de que los trabajadores públicos sigan prestando el servicio respectivo, dado que podrían estar entorpeciendo la mediación con la finalidad de ejercer presión sobre el empleador para lograr sus demandas.

Asimismo, en la Sección 726 señala que la participación ilegal en una huelga está determinada por la pertenencia o no del trabajador a una unidad de negociación con un representante reconocido. Si es miembro de una unidad tal, su participación será legal, y viceversa.

La forma de selección del árbitro es también interesante (Sección 746): si las partes no llegan a nombrar a un árbitro en común, el Employment Relations Board les entrega una lista de 7 árbitros, de los cuales cada parte deberá eliminar 3, siendo el primer turno otorgado a la suerte. Luego de eliminados 6 nombres, el nombre restante será el del árbitro. Si sólo una de las partes elimina sus 3 nombres, el Employment Relations Board podrá nombrar cualquiera de los 4 restantes.

Una nota más es que, si el arbitraje implica una institución considerada como dentro del sistema de “high school education”, el órgano de representación estudiantil de esa institución deberá nombrar 3 representantes que tendrán acceso a todas las negociaciones previas al arbitraje y podrán dar opiniones y salidas de buena fe.

Además, la Sección 746, punto (5) establece el Sistema FOA como el aplicable:

“(5) Luego de 30 días después de la conclusión de las audiencias o de aquellos periodos adicionales que las partes pudieran haber acordado, el árbitro deberá elegir sólo uno de los paquetes de ofertas finales enviados por las partes (...)”⁸⁶

Cabe resaltar que en la ciudad de Eugene (Oregon), autodenominada “the world’s greatest city of the arts & outdoors”, se ha establecido una modificación especial del Sistema FOA, denominada “multi-item package”, aplicable a bomberos, oficiales de policía y empleados municipales.

“Multi-item package” implica que cada parte puede presentar 2 ofertas finales.

⁸⁶ <http://www.leg.state.or.us/ors/243.html>

Es “multi-item” porque cada una de las ofertas puede contener más de un punto controvertido, pero cada oferta hará mayor incidencia en un punto distinto.

Por ejemplo, digamos que hay 2 puntos controvertidos en disputa A y B. La oferta 1 presentaría una posición moderada de A, pero una posición extrema de B; mientras que la oferta 2 presentaría una posición moderada de B y una posición extrema de A.

Es “package” porque el árbitro no podrá analizar punto por punto de la oferta, sino que tendrá que elegir una de las cuatro ofertas como globo.

Así, comentan Long y Feuille⁸⁷:

“Cada parte puede remitir 2 ofertas finales. Esta oportunidad dual incrementa grandemente la flexibilidad de ambas partes en su presentación a los árbitros (...) Esto fue demostrado en el primer caso de arbitraje con bomberos, en el cual la primera oferta de la ciudad consistía en incrementos salariales y la oferta alternativa consistía en incrementos de beneficios.”

6.2.6. Wisconsin

En el Capítulo 111, Subcapítulo IV (Municipal Employment Relations) encontramos que se ha hecho una distinción entre dos clases de empleados municipales:

1. Fuerzas del orden y bomberos
2. Cualquier otro trabajador municipal

⁸⁷ LONG, Gary y FEUILLE, Peter, “Final-Offer Arbitration: “Sudden Death” in Eugene”, en Industrial and Labor Relations Review, Volumen 27, No. 2, 1974, USA, página 198.

Ambos sistemas son similares, al ser que incluyen una etapa de negociaciones previas. Sin embargo, la diferencia más saltante es la capacidad de participación que se otorga a los usuarios, cuando se trata de los trabajadores municipales en general.

En lo referente a trabajadores municipales:

“(6) (...)

d. Antes de dar su decisión arbitral, el árbitro podrá, por su propia voluntad o a pedido de una de las partes, conducir una reunión abierta al público con motivo de dar la oportunidad a ambas partes de explicar o presentar sus argumentos acerca de su oferta completa en todos las materias (...). El árbitro deberá adoptar sin mayor modificación la oferta final de una de las partes sobre todos los puntos controvertidos (...)⁸⁸

Respecto de estos empleados municipales, se ha dado la opción de una audiencia pública a las partes. Las ventajas de ésta serían que las apreciaciones de los usuarios podrían servir a las partes como un “pre-laudo” o “mock-arbitration”, ya que, a partir de las opiniones del público, podrían tener una idea de lo que sería el laudo en el arbitraje real, generando en ellas un concepto de en qué medida deberían moderar sus ofertas finales para que sean aceptadas como laudo.

Sin embargo, observándolo de otra perspectiva, es parte de una estrategia a favor del empleador: dado que los usuarios desean que el servicio se continúe dando lo más pronto posible, podrían hacer presión sobre la oferta de los trabajadores, haciéndoles creer a éstos que es necesario que adopten una moderación muy fuerte de su oferta. O, podría darse que afecte la impresión que el árbitro tenía respecto de cuál era la oferta a ser elegida.

“7m)(...)”

⁸⁸ www.legis.state.wi.us/statutes/Stat01111.pdf, página 25

8b) Amenaza a la salud o seguridad pública. En cualquier momento luego de que una organización laboral haya dado aviso de una huelga (...) el empleador municipal o cualquier ciudadano directamente afectado por tal huelga puede solicitar a la corte que intervenga en la huelga. Si la corte encuentra que la huelga posee una inminente amenaza a la salud o seguridad pública, la corte podrá, dentro de las 48 horas después de recibida la petición pero luego de la notificación a las partes y de haber realizado una audiencia, dar una orden intervenir inmediatamente la huelga, y en adición deberá ordenar a las partes que envíen una nueva oferta final sobre todos los puntos controvertidos para arbitraje final y vinculante(...) El árbitro podrá omitir todos los pasos preliminares y comenzar inmediatamente a arbitrar la disputa.”⁸⁹

Asimismo, nuevamente observamos la capacidad de participación de los usuarios, dado que este párrafo les ha otorgado la posibilidad de solicitud de intervención por parte del estado, en una huelga legal, pero que contenga una potencial amenaza a la salud o seguridad pública.

En lo referente a fuerzas del orden y bomberos:

“111.77 Acuerdo de disputas en unidades de negociación colectiva compuestas por las fuerzas del orden y bomberos: En los departamentos de bomberos y en las agencias de las fuerzas del orden de la ciudad y el condado, los empleadores y empleados municipales tienen el deber de negociar colectivamente de buena fe incluyendo el deber de abstenerse de huelgas o cierres y cumplir con los procedimientos establecidos líneas abajo:⁹⁰” (...)

Es decir, tanto las fuerzas del orden como los bomberos quedan imposibilitados de iniciar una huelga, y están limitados a los medios de negociación que se indican en el articulado. Así, las partes, luego de una negociación, tienen dos tipos de arbitraje a escoger:

⁸⁹ Ibid, página 29

“(4) Pueden haber 2 formas alternativas de arbitraje:

(a) Forma 1. El árbitro deberá tener poder para determinar todos los asuntos en disputa incluyendo salarios, horas y condiciones de empleo.

(b) Forma 2. La comisión deberá señalar un investigador que determine la naturaleza del impasse. El investigador de la comisión deberá comunicar a la comisión por escrito, transmitiendo copias de tal aviso a las partes de cada punto que se sabe está en disputa. Tal aviso deberá contener la oferta final de cada parte como sea conocida por el investigador al momento del cierre de la investigación. Ninguna de las partes podrá enmendar su oferta final de ahí en adelante, excepto con la aceptación por escrito de la otra parte. El árbitro deberá seleccionar la oferta final de una de las partes y deberá emitir un laudo incorporando tal oferta sin modificación.”

(5) Los procedimientos deberán ser llevados bajo la Forma 2 al menos que las partes acuerden de manera previa a la audiencia que la Forma 1 deberá regir.”⁹¹

La primera forma establece un arbitraje de conciencia, en que el árbitro tiene la libertad de generar un laudo según su parecer. La segunda forma, el sistema FOA, es la obligatoria, salvo pacto en contrario.

Una nota saltante sobre los criterios en que se basará el laudo, de Wisconsin Association of School Boards, es la siguiente:

“El criterio (del árbitro al elegir una de las ofertas finales) se enfoca ahora más en la capacidad de pagar la oferta final y en las condiciones económicas en la jurisdicción del empleador, que en los acuerdos logrados en jurisdicciones similares. El Acta 27 distingue el criterio en 3 categorías de distinto peso.

⁹⁰ Ibid, página 31

La primera categoría, “Factor con el Más Grande Peso”, se relaciona con la habilidad del patrón de cubrir el costo de cualquier oferta debido a restricciones dadas sobre el empleador por una limitación de gasto o ingresos impuesta por el estado (...) Este criterio adicional fue dado para asegurar que los empleadores no sean requeridos de aceptar una oferta que no puedan pagar.

La segunda categoría, “Factor con Más Peso”, se relaciona a las condiciones económicas locales en el área del empleador (...) Este criterio fue dado añadido para asegurar que las condiciones económicas de la jurisdicción del empleador sean establecidos como precedentes, antes que la comparación con acuerdos de otros empleadores.

La tercera categoría, “Otros factores a considerar”, se relaciona con criterios históricos estatutarios (...)”⁹²

6.2.7. El caso canadiense

BILL C-312⁹³ (Final Offer Arbitration in respect of the West Coast Ports Operations Act)

Esta norma presenta 2 singularidades:

“9(3) *Final Offer – Failure to submit final offer.*”

⁹¹ Ibid, página 32

⁹² <http://www.wasb.org/employee/decisions051101.html>

⁹³

<http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=2331553&Language=e&Mode=1&File=25>

Si cualquiera de las partes falla en remitir su oferta final al árbitro en el tiempo establecido (...) (15 días), el árbitro deberá seleccionar la oferta final remitida por la otra parte.”

Las ofertas finales son la única información que posee el árbitro para hacerse una idea de cuál es el punto Yf para el caso en particular, y así poder laudar eligiendo la oferta final más moderada. Si las partes no remiten tales ofertas finales, estarían privando al sistema de información útil para generar un laudo eficiente. Es decir, fomentan la ineficiencia del sistema respecto a su disputa.

En Wisconsin, la salida ante la no remisión de oferta final por una de las partes es tener como tal a la última declaración escrita que ésta haya realizado. Esta salida evita una dilación innecesaria del sistema, ya que de otra manera debería esperarse a que la oferta final sea remitida o investigar más a fondo cuál podría ser tal. Sin embargo, esta salida salva el hecho, pero deja impune a la parte que no fue diligente.

La existencia de una norma drástica como la 9(3) hace que las partes presenten una alta aversión al riesgo respecto de no remitir su oferta, por lo que, en la realidad, se verán incentivados negativamente a hacerlo y lo harán.

10(3) Decision not to be reviewed

“La decisión del árbitro (...) es final y no podrá ser cuestionada o revisada en ninguna corte.”

Dado que muchas veces se tiende a discutir la idoneidad del Sistema FOA como medio de resolución de conflictos, dado que la solución es una polarización – la elección de una oferta u otra –, es preferible establecer explícitamente que no debe haber posibilidad de revisión judicial alguna, para limitar la iteración del juego.

Por último, cabe señalar que el Sistema FOA es utilizado como medio de resolución de disputas laborales en otros países como Nueva Zelanda, Australia, Gran Bretaña e Irlanda, donde es llamado “pendulum arbitration” o “flip flop arbitration”.

6.3. EL USO DE AGENTES

Para obtener los mejores resultados posibles del Sistema FOA, es recomendable la asesoría de expertos en su uso, por 2 motivos, como bien indican Ashenfelter y Dahl⁹⁴:

- a) “Ellos (los agentes) podrían tornar al árbitro a favor de su posición independientemente de los hechos.
- b) Ellos podrían ayudar a eliminar las ineficiencias en la conducta del comportamiento estratégico.”

Respecto de a), los agentes tienen el conocimiento para modelar y moderar en la medida necesaria la oferta final de su principal (la parte a quien representan), basándose en elementos netamente objetivos cuando sea preferible para éste que el árbitro no se enfoque en los hechos. Así, el árbitro se enfoca más en la presentación de la oferta final que en los hechos acontecidos.

Respecto de b), es recomendable su contratación dado que los agentes, con su experiencia, tienen la capacidad adquirida de calcular la posición del punto Yf del árbitro. Conociendo éste, tienen una noción clara de cual debe de ser el nivel en que han de moderar la oferta final de su principal (la parte a la que representan), la

⁹⁴ ASHENFELTER, Orley y DAHL, Gordon B., “Strategic Behavior, Self-serving biases, and the role of expert agents: an empirical study of final-offer arbitration”, Working Paper 11189, National Bureau of Economic Research, Estados Unidos de América, 2003, página 1.

cual éste no posee. Al no poseer tal cualidad, las partes presentan un comportamiento estratégico ineficiente, siendo que o no moderan su oferta lo suficiente (haciéndola poco atractiva al árbitro), o la moderan demasiado (haciéndola atractiva, pero ineficiente, porque si fuera elegida perderán potenciales ganancias respecto del punto Yf.)

Las investigaciones señalan que los sindicatos siempre deben contratar agentes, a diferencia de los empleadores:

“La tasa de victoria del empleador es de alrededor de 40 por ciento cuando ninguna parte usa un agente, una tasa que no es estadísticamente diferente de la tasa de victoria cuando ambos usan agente (...) Si las partes de una disputa no cambian sus ofertas finales al contratar agentes las partes encaran un dilema del prisionero: contratar un agente paga, pero si ambas partes lo hacen sucede lo mismo que si ninguna lo hiciera. De cualquier manera, las partes generalmente cambian sus ofertas finales en respuesta a la contratación de agentes, dado que les importa no sólo ganar, sino también el incremento salarial a obtener.”⁹⁵

Es decir, la contratación de agentes debe llevarse a cabo con la finalidad de que éstos hagan las ofertas finales de los principales más atractivas al árbitro, mediante la moderación de las mismas. Si un principal contrata un agente y no le permite a éste jugar con el elemento objetivo, lo estaría limitando a no realizar acción alguna o a basarse en elementos subjetivos los cuales podrían no serle favorables.

Respecto del Dilema del Prisionero generado:

⁹⁵ Ibid, página 5.

SINDICATO	Contratar	No Contratar
EMPLEDOR		
Contratar	40, ¿?	100 , 0
No Contratar	0, 100	40, ¿?

Siendo que la tasa de victoria del empleador es de 40% si (ambos contratan) y (ambos no contratan):

- Cuando el Empleador No Contrate, el Sindicato debe Contratar, con lo que el SINDICATO GANA.
- Cuando el Empleador Contrate, el Sindicato debe Contratar, para mantener la tasa de victoria en 40% y evitar que se dispare, con lo que NO SE SABE QUIEN GANA (porque si bien el empleador asegura su tasa de 40%, no se sabe aún a cuánto ascenderá la tasa de victoria del trabajador.)

El Sindicato tiene como estrategia dominante CONTRATAR.

El Sindicato siempre debe CONTRATAR, ya sea para GANAR o para mantener el riesgo estable.

Finalmente, como ya señalamos antes, la contratación de los agentes siempre llevará a cambiar las ofertas finales de los principales que los contratan, dado que aquéllos tienen mayor conocimiento sobre la posible ubicación del punto Yf. Así, en teoría, deberían ayudar a que la moderación no sea ni muy poca ni excesiva, sino exactamente la necesaria, dado que las partes no sólo desean que sus ofertas sean las elegidas, sino también ganar/ahorrar dinero con ellas.

Continuando con la contratación de agentes, ésta no suele ser poco costosa, más aún cuando está referida a profesionales con especialización en arbitrajes de naturaleza laboral. Esto, sumado a las demoras del proceso, suele generar costos que los sindicatos se ven imposibilitados de aceptar.

Así, la TWU – Transport Workers Union of America – ha adoptado como solución lo que ha tenido a bien denominar “arbitraje expedito” (expedited arbitration), la que describe a continuación:

“La TWU ha intentado manejar estos problemas de dos maneras. Primero, nosotros hemos recomendado a nuestros sindicatos locales el usar sus propios oficiales al presentar casos. La Internacional ha llevado a cabo sesiones de entrenamiento en técnicas de presentación de casos de arbitraje (...) Además, la Internacional ayudará en proveer técnicas de arbitraje y asistiendo al sindicato local en la medida de lo posible.

Segundo, la Internacional ha hecho suya una política de promoción de negociación de cláusulas de “arbitraje expedito” en todos los contratos de los sindicatos locales.”⁹⁶

Los elementos claves de tal procedimiento son:

1. Un árbitro permanente es acordado por ambas partes para conocer todos los casos. Esto reduce las demoras de tiempo en la selección de un árbitro. En situaciones donde un árbitro permanente no pueda ser acordado, ambas partes acuerdan tomar el primero disponible de la American Arbitration Association o el Federal Mediation and Conciliation Service.

⁹⁶ http://local530.twuatd.org/why_do_unions_use_arbitration_in.htm

2. Las partes acuerdan eliminar los abogados, transcripciones o resúmenes.
3. Los datos fácticos son remitidos al árbitro en la mayor cantidad posible, reduciendo el uso de testigos.
4. Los laudos son otorgados en 30 días. Las opiniones (sobre el laudo), si se otorgan, son drásticamente cortas.”

CAPÍTULO VII

FINAL OFFER ARBITRATION (FOA) Y SU IMPLEMENTACIÓN EN PERÚ

7.1. LAS HUELGAS COMO UN PROBLEMA ECONÓMICO

Una huelga puede ser observada desde el sector al que afecta, público o privado, y desde la actividad económica a la cual comprende.

Sin embargo, debe entenderse que una huelga no sólo genera efectos para la actividad económica comprendida, sino que se observan efectos colaterales en otras. Asimismo, una huelga en el sector privado puede tener efectos colaterales en el sector público; y viceversa.

Así, no sólo las partes implicadas directamente en una huelga son las afectadas, sino también todos aquellos que realizan una actividad con menor o mayor relación con ésta. En este concepto recae cualquier usuario de tal actividad y el mismo mercado como ente vivo.

Para los siguientes ejemplos, asumamos siempre la existencia de una huelga en una empresa privada de actividad minera, dedicada a la extracción de oro:

Desde la perspectiva de un usuario, digamos, de objetos fabricados con oro: esta persona se acercará a adquirir, como lo hace normalmente, un aro de oro. Se dará con la sorpresa de que el valor del aro se ha incrementado considerablemente. La persona asumirá que esta alza es algo eventual (como sí es) y ya no adquirirá el bien en ese momento. La sensación de encarecimiento percibida por el usuario no cesará con la huelga, sino que perdurará algún tiempo. Al ser que se vende menos aros por el tiempo que sean considerados “caros”, será necesario menos oro, por lo que también será necesaria la reducción de sueldos o deshacerse de algunos

trabajadores. Como dicen coloquialmente, “what goes around, comes around”.

Desde la perspectiva del mercado, éste también ha perdido, ya que el dinero por la compraventa de oro y de aros no ha circulado o lo ha hecho con menor velocidad, y es la circulación lo que genera valor. Y no sólo será el dinero de estas transacciones el que no circule o lo haga más lentamente, ya que durante la huelga no se pagarán salarios y luego de ésta se pagarán menores, por lo que los trabajadores tendrán una menor capacidad de consumo (o, cuando menos, de ahorro.) Nuevamente, “what goes around...”.

Además se habrán afectado otras actividades económicas negativamente; como el transporte (por la no distribución) y la manufactura (porque el material se habrá encarecido y comprarán y producirán menos.) En la actividad financiera ocurriría algo curioso, ya que se afectaría positivamente, de tener reservas de oro que puedan ser vendidas rápidamente, y negativamente, de tener participación accionaria en la empresa minera en cuestión.

Esto mismo ocurrirá respecto de una huelga en cualquier otra actividad económica del sector privado.

La situación en el sector público es aún peor, pues implica un componente político.

Los usuarios de servicios del sector público no reaccionan de la misma manera en que lo hace un usuario de un servicio o bien del sector privado.

Un “usuario privado” tiende a entender el incremento en el precio o desaparición del producto o servicio como una reacción del mercado. Es

decir, un bien era poco consumido y se incrementó su precio para justificar el costo de producción, o desapareció dado que ya no era consumido en lo absoluto. El “usuario privado” lo entiende y se traslada a otro servicio o producto, sin más.

Sin embargo, este razonamiento no es aplicable a un “usuario público”.

Para los servicios públicos hay siempre un mercado cautivo. Si el servicio público desaparece, el usuario no lo entenderá como una reacción del mercado. Mucho mayor es el problema si el servicio o producto se venía dando en monopolio. El “usuario público” exigirá que el servicio o producto sea restablecido, con inmediatez. Y lo exigirá al funcionario responsable, lo que genera un costo político (por una posible afectación de reputación.)

Es decir, una huelga en el sector público no sólo trae un “costo social inverso”⁹⁷, sino que también un costo político, a ser asumido por el aparato estatal.

El estado, naturalmente, se preocupará más por el costo político, antes que por el costo social inverso.

Así, invertirá recursos ineficientemente para calmar los ánimos de los usuarios, dándoles un servicio o producto alternativo de manera rápida, dado que el costo político tiende a crecer si no es eliminado. Recién luego, el estado pensará en una manera de solucionar el real problema, el del costo social inverso.

Finalmente, existe un traslado de costos inobservado:

⁹⁷ Un costo social común es aquel que se genera cuando “x” produce un bien, y en el proceso de producción se están trasladando costos a “y”, que vendría a ser la sociedad. Un “costo social inverso” es el costo que “x” le traslada a “y” al no producir. Estos costos podrían ser, por ejemplo, de información, ya que “y” tendrá que buscar otro productor, y de coordinación, ya que “y” tendrá que pactar un nuevo precio con el nuevo productor.

La responsabilidad por la realización de huelgas no sólo recae en el empleador directo, sino también en el estado que no cuenta con un adecuado sistema de resolución de conflictos, que sea obligatorio para todo caso y en ambos sectores. Siendo así, el estado debe asumir los costos de generar un sistema adecuado. Al no haberlo hecho aún, los usuarios somos quienes asumimos el costo, ya que nos ha sido trasladado por la inoperancia del estado.

7.2. EL PERÚ Y LA HUELGA

La pregunta no puede ser ¿cuánto afecta una huelga a mis intereses?, sino ¿cuánto afecta una huelga a mi país?

Luego, hay que preguntarse qué ocurre si no es sólo una, sino muchas, y qué pasa si estas muchas se concentran en una actividad económica específica.

Según información de INEI – Instituto Nacional de Estadística e Informática⁹⁸ – y el Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo⁹⁹, se han registrado, de enero a junio del año 2007, 40 huelgas en el sector privado, involucrando a 23,692 trabajadores y habiéndose perdido 1'086,344 horas hombre.

El mes en que se registra la mayor cantidad de huelgas es el mes de junio, con 12 huelgas, 3,555 trabajadores involucrados y 506,200 horas hombre perdidas. Las huelgas se distribuyeron en los siguientes sectores: explotación de minas y canteras (04), industria manufacturera (04), construcción (02), administración pública y defensa (01) y enseñanza (01).

El número de horas hombre perdidas, respecto del período enero-junio 2006, se ha incrementado en un 472%. Esto podría ser un indicador del

⁹⁸ <http://www1.inei.gob.pe/web/aplicaciones/siemweb/index.asp?id=003>

⁹⁹ MTPE, “Informe Estadístico Mensual”, junio 2007, año 12, Número 133, página 65

fortalecimiento de los sindicatos hacia adentro, respecto de la organización y disciplina para con sus miembros.

Si bien no se ha registrado una en el mes de junio, cabe señalar que la actividad de transporte es una de las más afectadas por las huelgas, siendo que suele llamarse a “paro de transportistas” con habitualidad. El más importante ocurrido en lo que va del año 2007 sería el paro general de transportistas de 48 horas, iniciado el 19 de marzo. Los transportistas exigían esta vez, no la reivindicación de un derecho, sino una amnistía general para las licencias de conducir retenidas, suspendidas e inhabilitadas.

Respecto del sector público, si bien el estado no guarda reportes estadísticos, para nadie es novedad que en éste también se registran importantes movilizaciones, siendo las actividades más afectadas las de educación y servicios médicos.

Algunos ejemplos:

- La huelga de maestros afiliados al SUTEP, con motivo de protesta frente a la Ley de Carrera Pública Magisterial, aseverando que se vulneraría derechos ganados por los trabajadores, programada para 2 semanas e iniciada el 05 y finalizada el 20 de julio del 2007. Luego, los maestros solicitarían que no se descuente los haberes de aquellos que participaron de la huelga.

De manera previa, se había realizado una huelga de hambre, iniciada con fecha 21 de junio. Esta huelga tuvo graves efectos en el turismo, sobre todo en la región de Cusco, por lo que la Ministra Mercedes Araoz tuvo que intervenir, sin mayor éxito.

- El Paro Médico de afiliados a la FMP – Federación Médica Peruana – (programado para una duración de 3 días), iniciado el 15 y finalizado el 18 de agosto del 2007. En principio se dijo, por parte de la FMP, que la huelga se realizaba con miras a generar conciencia sobre la mala implementación de los diversos centros hospitalarios del país, y la carencia de recursos para realizar una adecuada. Sin embargo, luego se determinaría que la huelga tenía por objetivo reclamar respecto de la Asignación Extraordinaria por Trabajo Asistencial (AETA) y los sueldos de los jubilados y pensionistas.

Si observamos cuidadosamente, en los dos casos anteriores, las huelgas tuvieron la duración que los propios sindicatos habían establecido para las mismas, de 2 semanas la primera y 3 días la segunda. Es decir, el estado no tuvo mayor capacidad de reacción, y la que tuvo fue insuficiente para resolver el conflicto con sus trabajadores.

Y si esto es así, se debe en gran parte a la carencia, en nuestra legislación, de un mecanismo alternativo de resolución de conflictos adecuado. Como queda claro, creo que el único adecuado es FOA – Final Offer Arbitration – o Arbitraje de Oferta Final.

7.3. FINAL-OFFER ARBITRATION EN EL PERÚ

FOA – Final Offer Arbitration – ya ha sido visto como un mecanismo de resolución de conflictos adecuado a la problemática nacional.

Así, podemos encontrar en el Proyecto de Ley General del Trabajo – Proyecto de Ley No.67/2006-CR – un primer intento de introducir el sistema en el Perú.

“Artículo 393.- Contenido del Laudo Arbitral

El laudo arbitral no podrá establecer una solución distinta a las propuestas finales de las partes. Excepcionalmente, podrá atenuar posiciones extremas, sin desnaturalizarlas y fundamentando su decisión.”

Si bien, como se observa en la norma referida, ya hay un primer intento de hacer del arbitraje de oferta final el método por el cual se resuelva en todo arbitraje laboral, se ha hecho una modificación que podría desnaturalizar el sistema.

El artículo consiste de dos (2) oraciones:

“El laudo arbitral no podrá establecer una solución distinta a las propuestas finales de las partes (...)”

Esta primera oración respeta el espíritu del sistema FOA, al ser que establece que la única solución posible es la elección de una u otra oferta final, sin establecer puntos medios entre éstas.

Es la segunda oración la que causa preocupación:

“(...) Excepcionalmente, podrá atenuar posiciones extremas, sin desnaturalizarlas y fundamentando su decisión.”

El Sistema FOA está basado en la aversión al riesgo de una o ambas partes.

El riesgo es creado a partir de la indicación a las partes que, de no llegar a resolver su disputa mediante un acuerdo negociado en común en la etapa de negociaciones previas al arbitraje de oferta final, su conflicto será resuelto por un árbitro o panel arbitral que sólo podrá dar por solución una de las dos ofertas finales presentadas por las partes, sin modificarla en lo absoluto.

Así, el riesgo a que la solución elegida sea la oferta final más extrema de la contraparte genera que las partes prefieran llegar a un acuerdo negociado en común o, cuando menos, moderen en cierta medida sus ofertas finales para que la contraparte haga lo propio, en las negociaciones previas.

Así, el Sistema FOA incentiva a las partes a resolver su disputa en las negociaciones previas y desincentiva el uso del arbitraje. Lo que se busca es que las partes internalicen sus costos en la negociación, antes que externalizarlos y trasladarlos en un arbitraje.

Ahora bien, pongámonos en el siguiente supuesto:

Inician negociaciones previas, y las partes moderan sus ofertas finales en las negociaciones, mas no llegan a un acuerdo negociado en común. Es decir parte 1, presentó como oferta inicial α_1 , y parte 2 β_1 . En las negociaciones, parte 1 moderó su oferta a α_2 , e igualmente parte 2 a β_2 . Sin embargo, no llegaron a un equilibrio en común. El árbitro resolverá eligiendo entre las ofertas finales α_2 y β_2 , según cual sea la más cercana al punto Y_f . Aquí la aversión al riesgo del Sistema FOA ha funcionado, por lo que la presencia de la segunda oración no tendría mayor importancia, ya que no sería aplicable, dado que las posiciones ya no son extremas al ingresar al arbitraje.

Sin embargo, ¿qué ocurriría si, al final de las negociaciones previas, las partes mantuvieran sus ofertas finales extremas (α_1 y β_1)?

En este caso, la segunda oración sería aplicable, al ser que la aversión al riesgo no ha funcionado y las ofertas finales se mantienen extremas. El árbitro elegiría una de ambas ofertas finales y la moderará.

¿Cuáles son los efectos de esta segunda oración?

Primero, se eliminaría toda aversión al riesgo. Las partes tienden a moderar sus ofertas finales para que la contraparte haga lo mismo, y así llegar a un acuerdo negociado en común antes que ingresar al arbitraje de oferta final y tomar el riesgo de que la oferta final extrema de la contraparte sea la elegida. Si se da la opción al árbitro de moderar las ofertas finales extremas, pues él la tomará y moderará la oferta lo más posible hasta llegar a un punto medio, ya que tiene en su imaginario el punto Y_f , que es su preferencia. Las partes presumen que el árbitro tomará tal opción.

Siendo así, el riesgo habrá desaparecido, puesto que las ofertas finales extremas jamás serán la solución elegida, sino que el árbitro simulará una moderación que debió ocurrir en las negociaciones previas.

Segundo, se desincentiva las negociaciones responsables. Es la aversión al riesgo lo que hace que las partes negocien responsablemente en las negociaciones previas. Es decir, si las partes negocian responsablemente no es por un deseo idealista, sino con la intención de que en estas negociaciones la contraparte modere su oferta final extrema, frente al miedo a perder de manera radical. Si el árbitro tiene la facultad de moderar las ofertas finales extremas, se da a entender que una oferta final extrema no será elegida sin moderarse, por lo que el miedo a que la oferta extrema de la contraparte sea la elegida ha desaparecido, y se ha desvanecido el riesgo. Así, ante la ausencia del riesgo, las partes no tienen incentivos para negociar responsablemente, ya que de todas formas se elegirá una oferta moderada (aunque artificialmente), y no una extrema.

Tercero, las partes han trasladado sus costos de negociación. Las partes deberían negociar responsablemente y moderar sus ofertas finales extremas por ellas mismas, al interior de las negociaciones previas. Sin

embargo, no lo harán ante la carencia de incentivos, por lo que será el árbitro quien asuma los costos de simular la moderación de la oferta final extrema elegida.

Cuarto, el Sistema FOA se hace inútil. El Sistema FOA tiene por objetivo, mediante la aversión al riesgo de perder radicalmente, generar la cooperación de las partes en las negociaciones previas. Si el riesgo de que la oferta extrema de la contraparte sea elegida es inexistente, al ser que el laudo siempre será un punto medio (como en un arbitraje CA), pues el Sistema FOA no puede generar los resultados deseados en las negociaciones previas y su aplicación no tendría mayor importancia.

Dados estos cuatro posibles efectos, y ante el alto riesgo de su ocurrencia, consideramos preferible el retiro de la segunda oración del artículo 393 del Proyecto de Ley General del Trabajo.

Asimismo, consideramos que la aplicación del Sistema FOA es una materia compleja que requiere de un articulado más extenso al establecido en aquella propuesta, por lo que, a continuación, procederemos a dar nuestra propuesta legislativa, realizando modificaciones y adiciones al articulado ya existente en el Proyecto de Ley General del Trabajo.

7.4. PROPUESTA LEGISLATIVA

Remplazar los artículos 387 a 396 del Proyecto de Ley General del Trabajo, por los siguientes:

CAPITULO VI: Arbitraje

387.-Sometimiento a arbitraje

Cualquiera de las partes puede proponer el sometimiento del diferendo a arbitraje al término de la negociación directa o de la conciliación, sin perjuicio de recurrir, en forma alternativa o sucesiva, a otros medios pacíficos de solución. El tipo de arbitraje, en caso sea este el mecanismo de resolución de conflictos elegido voluntariamente por las partes, sólo podrá ser el arbitraje de oferta final.

En el caso de que los trabajadores hayan optado por la huelga y ésta se prolongue excesivamente en el tiempo, comprometiendo gravemente a las partes o sector productivo o derive en actos de violencia o de cualquier forma asuma características graves por su magnitud o consecuencias, el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, puede intervenir mediante Resolución Ministerial fundamentada, disponiendo el inicio de arbitraje de oferta final obligatorio.

388.-Período de negociación¹⁰⁰

Las partes contarán con 5 días para realizar negociaciones de buena fe, sabiendo que de no llegar a un acuerdo negociado en común respecto de todos los puntos controvertidos, su disputa será resuelta mediante arbitraje de oferta final.

Si llegaran a un acuerdo negociado en común respecto de todos los puntos controvertidos, este será dado por solución y no se dará inicio al arbitraje de oferta final.

389.-Arbitraje y huelga

Una vez sometido el diferendo a arbitraje de oferta final, los trabajadores deben abstenerse de recurrir a la huelga.

390.-Composición del tribunal arbitral

Las partes, en el transcurso de los cinco días calendario siguientes a la aceptación o en el transcurso de los diez días calendario siguientes de la imposición del arbitraje, según sea el caso, deberán:

- a) Elegir conjuntamente al panel arbitral, que siempre deberá estar compuesto por 3 árbitros.

- b) Nombrar conjuntamente al presidente del tribunal arbitral.

Cuando las partes no lleguen a un acuerdo respecto del punto a), el centro de arbitraje o el Ministerio, según sea el caso, otorgará a las partes una lista compuesta de siete nombres de posibles árbitros. Cada parte tendrá la opción de eliminar dos nombres, lo cual se hará en turnos, pudiendo eliminarse sólo un nombre por turno, decidiendo a suerte la parte que tendrá el primer turno. Los tres nombres restantes serán quienes conformen el tribunal arbitral. De ser que una o ambas partes eliminen sólo un nombre o ningún nombre, el centro de arbitraje o el Ministerio, según corresponda, podrá elegir el tribunal arbitral de entre los nombres de posibles árbitros restantes.

Cuando las partes no lleguen a un acuerdo respecto del punto b), el centro de arbitraje o el Ministerio, según corresponda, pedirá a ambas partes que eliminen cada una un nombre de la lista de tres árbitros del tribunal arbitral, decidiendo a suerte la parte que tendrá el primer turno. El nombre restante será el del presidente del tribunal arbitral. De ser que sólo una o ninguna de las partes elimine un nombre, el centro de arbitraje o el Ministerio, según corresponda, podrá elegir el presidente del tribunal arbitral.

¹⁰⁰ Es necesario un período de negociación, dado que será en éste donde la aversión al riesgo respecto del

391.- Remisión de Ofertas Finales

Culminado el período de negociación sin haber llegado a un acuerdo negociado en común, las partes deberán remitir al tribunal arbitral:

- a) Una relación de los puntos controvertidos acordados y una relación de los puntos controvertidos no acordados, diferenciando las materias económicas y las materias no económicas, de haberse llegado a un acuerdo parcial.
- b) Una relación de los puntos controvertidos no acordados, diferenciando las materias económicas y las materias no económicas, de ser que no hubieren llegado a acuerdo negociado en común respecto a ninguno de los puntos controvertidos.

En ambos casos, ambas partes podrán remitir 2 ofertas finales cada una, bajo la modalidad de “multi-item package”. Es decir, cada oferta final podrá contener más de un punto controvertido, pero el árbitro no podrá analizar cada oferta desagregándola punto por punto, sino que tendrá que decidirse por una oferta final como paquete.

392.-No Modificación de Ofertas Finales

Una vez recibida la notificación conteniendo la(s) oferta(s) final(es) de una parte por el árbitro, esta parte no podrá remitir otra notificación con el objeto de reemplazar o modificar la(s) oferta(s) final(es).

393.-No Remisión de Ofertas Finales

Si alguna de las partes no remitiera al menos una oferta final, el árbitro deberá seleccionar una de las ofertas finales de la contraparte como laudo arbitral.

394.-Plazo del proceso arbitral

El proceso arbitral no excederá de treinta (30) días hábiles, contados desde su instalación, la que ocurrirá al día siguiente de ocurrida la remisión de ofertas finales, salvo prórroga acordada por las partes. Durante este período el órgano arbitral puede convocar las veces que estime necesario a las partes, por separado o conjuntamente.

395.-Factores de Decisión

Los factores a ser considerados por el tribunal arbitral para llegar a una decisión son: la historia de las negociaciones entre las partes incluyendo aquéllas que llevaron a este proceso; las condiciones de empleo existentes en grupos de trabajadores similares; los salarios, beneficios complementarios y condiciones de trabajo que prevalezcan en el mercado laboral, incluyendo compensaciones salariales directas y pago por sobre-tiempo; vacaciones, feriados y otros beneficios de permisos; seguros de pensiones, médicos y de hospitalización; alimentos y vestimentas proporcionados; y toda otra ventaja recibida de los empleadores; la capacidad de pago del empleador; cambios en el costo de vida; y los intereses y bienestar de los trabajadores.

396.-Contenido del laudo arbitral

El laudo arbitral no podrá establecer una solución distinta a las ofertas finales de las partes, ni podrá realizar cambio o moderación alguna a las mismas.

Una vez elegida una de las ofertas finales, el tribunal arbitral deberá diferenciar las materias económicas de las materias no económicas, y resolver:

- las materias económicas por-paquete y,
- las materias no económicas materia-por-materia.

397.-Efectos del laudo arbitral

El laudo arbitral tiene los mismos efectos y características que el convenio colectivo. Es inapelable, irrecurrible y de carácter imperativo para ambas partes.

CONCLUSIONES

1. El estudio del arbitraje como institución, desde Teoría de Juego, permitirá calcular con mayor facilidad el comportamiento de las partes, la conducta del árbitro y los laudos en procesos arbitrales futuros.
2. La existencia de una zona de contrato es condición necesaria, pero no suficiente, para preferir un acuerdo voluntario por sobre un laudo arbitral.
3. El Sobre-uso del arbitraje implica la potenciación de la ineficiencia: mientras más usos del arbitraje se dan, menos usos de la negociación se realizan, con lo cual se limita el aprendizaje de protocolos. Asimismo, el equilibrio de un laudo es siempre de menor calidad al de una negociación.
4. La Dependencia al arbitraje es un efecto directo del Sobre-uso crónico: las partes pierden, con el sobre-uso y con cada uso, su capacidad de llegar a acuerdos por sí mismos, haciéndose cada vez más dependientes de un tercero para la resolución de sus disputas, por la falta de aprendizaje de protocolos. Asimismo, los jugadores que han aprendido más protocolos presentan una menor probabilidad de disputar.
5. Donde exista el deseo de maximización de utilidad por al menos una de las partes se reducirán las probabilidades de generación de protocolos. Así, el arbitraje sólo será posible donde una o más partes deseen maximizar su utilidad.
6. El laudo (el equilibrio elegido como tal) debe satisfacer las funciones de utilidad individuales de las partes y, de ser posible, la función de bienestar social.
7. El laudo debe ser siempre calculado en base al equilibrio de Nash. Sin embargo, un equilibrio que cumpla con las condiciones de (nash equilibria) y (pareto-optimal) debe ser preferido.
8. La limitación de los daños punitivos en el laudo permite una mayor estabilidad del equilibrio generado como laudo.
9. El nivel de asimetría informativa es inversamente proporcional al nivel de cooperación existente.

- 10.El arbitraje es un juego no-cooperativo, que debe ser estudiado desde una perspectiva cooperativa.
- 11.El arbitraje debe ser un terminating stochastic game de una sola etapa.
- 12.El arbitraje es un juego bayesian, con información incompleta y, casi siempre, imperfecta. Sin embargo, para cualquier equilibrio en un juego bayesian existe un mecanismo de incentivos compatibles para fomentar la revelación directa de información bajo los mismos o mejores resultados favorables que sin revelarla: el Revelation Principle.
- 13.El arbitraje debe ser un juego no-iterativo: la iteración del juego del arbitraje no garantiza un mejor equilibrio, sino tan sólo uno distinto. Así, la existencia de una segunda instancia fomenta el “narcotic effect”, el “sobre-uso” y la “dependencia” al sistema. Siendo así, es mejor no otorgar la posibilidad de un arbitraje posterior, ya que así las partes mostrarán mayor empeño en llegar a un acuerdo común en las negociaciones.
- 14.El Efecto Narcótico consiste en un aprendizaje de protocolos más lento. Así, los negociadores prefieren insistir en sus requerimientos y la tasa en la que los negociadores moderan sus requerimientos es menor a la de una negociación. Sin embargo, el arbitraje retrasa el proceso de aprendizaje de protocolos, pero no lo elimina.
- 15.Según el Teorema de Costo-Riesgo, todo costo de transacción presenta un riesgo inherente que debe ser analizado. Es el riesgo relacionado al costo, y no los costos por sí mismos, lo que determina la realización del negocio.
- 16.Los costos de transacción de negociar son directamente proporcionales al riesgo de arbitrar.
- 17.La elección del árbitro debe ser tomada como una estrategia maximin, ya que afecta directamente en la maximización de la utilidad propia y en la minimización de la utilidad de la contraparte. Siendo así, las partes deberían nombrar conjuntamente a la totalidad de árbitros y, asimismo, ser ellas mismas quienes nombren al presidente del tribunal arbitral, para asegurar la imparcialidad del juego.
- 18.El Modelo General de Conventional Arbitration no promueve las negociaciones ni fomenta la moderación de las ofertas de las partes, dando incentivos para la maximización de utilidades por las partes, dado el “chilling effect” existente.

- 19.El Final-Offer Arbitration –FOA beneficia a las partes con una solución rápida de las disputas sin romper la relación comercial existente entre las partes. Así también, mediante “risk aversión”, fomenta la moderación de las ofertas de las partes, acercándolas en sus intereses individuales hacia un interés común.
- 20.La utilización de Final-Offer Arbitration-FOA en Perú es posible, pero ha de basarse en el modelo americano descrito.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- **AUMANN**, R.J., "Correlated equilibrium as an expression of Bayesian Rationality", en Journal of Mathematical Economics No. 1, 1974.
- 2.- **AUMANN**, R.J., "Repeated Games with Incomplete Information", The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, Estados Unidos de América, 1995.
- 3.- **AUMANN**, R.J., "Handbook of Game Theory: with economic applications", North-Holland, Amsterdam, 1992.
- 4.- **ASHENFELTER**, Orley, **CURRIE**, Janet, **FARBER**, Henry, **SPIEGEL**, Matthew, "An Experimental Comparison of Dispute Rates in Alternative Arbitration Systems", National Bureau of Economic Research, Working Paper 3417, Estados Unidos de América, 1990.
- 5.- **ASHENFELTER**, Orley y **DAHL**, Gordon B., "Strategic Behavior, Self-serving biases, and the role of expert agents: an empirical study of final-offer arbitration", Working Paper 11189, National Bureau of Economic Research, Estados Unidos de América, 2003.
- 6.- **BAZERMAN**, Max H., "La negociación racional en un mundo irracional", Paidós, Barcelona, 1993.
- 7.- **BAZERMAN**, Max H. and **FARBER**, Henry S., "Arbitrator Decision Making: when are Final Offers Important?", NBER Working Paper Series, Vol. w1183, Estados Unidos de América, 1983.
- 8.- **BLOOM**, David E., "Arbitrator Behavior in Public Sector Wage Disputes", Working Paper No. 2351, National Bureau of Economic Research, Massachusetts, Estados Unidos de América, Agosto de 1987.
- 9.- **BLOOM**, David E. y **CAVANAGH**, Christopher L., "Negotiator Behavior under Arbitration", en The American review, Volumen 77, N° 2, Papers and Proceedings of the Ninety-Ninth Annual Meeting of the American Economic Association, U.S.A., Mayo de 1987.
- 10.- **BOLTON**, Gary E. y **KATOK**, Elena, "Reinterpreting Arbitration's Narcotic Effect: An Experimental Study of Learning in Repeated Bargaining", en Games and Economic Behavior N° 25.
- 11.- **BROWN**, Curtis, "Striking a fair balance in agreements" en The National Law Journal, Volumen 26, N° 12, USA, Noviembre de 2003.
- 12.- **BULLARD**, Alfredo, "Ronald Coase y el Sistema Jurídico", en Derecho y Economía: el análisis económico de las instituciones", Palestra, Lima, Perú, 2006.

- 13.- **CELEN**, Bogachan, "Final Offer Arbitration with Multiple Issues", mimeografiado por Columbia University, Estados Unidos de América, 2007, en <http://faculty.smu.edu/ozerturk/bogac-foa.pdf>
- 14.- **DAS**, Bibek, "Salary Arbitration and the Effects on Major League Baseball and Baseball Players", en *Journal of Sports Law & Contemporary Problems*, Volumen 1, No. 1, Estados Unidos de América, Primavera del 2003.
- 15.- **DICKINSON**, David, "A Comparison of Conventional, Final Offer, and "Combined" Arbitration for Dispute Resolution, en *Industrial & Labor Relations Review*, Volume 57, Issue 2, Artículo 7, Estados Unidos de América, 2004.
- 16.- **DIXIT**, Avinash, "Arbitration and Information", Princeton University Press, New Jersey, Estados Unidos de América, Noviembre del 2003
- 17.- **FARBER**, Henry, "The analysis of Union Behavior", en *Handbook of labor economics* North-Holland, Amsterdam, 1986.
- 18.- **FARBER**, Henry, "An Analysis of Final-Offer Arbitration" en *Journal of Conflict Resolution*, Diciembre de 1980.
- 19.- **FARBER**, Henry S. y **BAZERMAN**, Max H., "Arbitrator Decision Making: When are Final Offers Important? ", en *Industrial and Labor Relations Review*, Volumen 39, N°1. Octubre de 1985.
- 20.- **GIBBONS**, Robert, "Learning in Equilibrium Models of Arbitration", en *The American Economic Review*, Volumen 78, N° 5, U.S.A., Diciembre de 1988.
- 21.- **GORDON**, Spencer, "Final Offer Arbitration in the New Era of Major League Baseball", *Bepress Legal Series*, Working Paper 1326, en <http://law.bepress.com/expreso/eps/1326/>, Estados Unidos de América, 2006.
- 22.- **HANANY**, Eran, **KILGOUR**, Marc, **GERCHAK**, Yigal, "Final-Offer Arbitration and Risk Aversion in Bargaining", publicado en línea en *Articles in Advance*, por *Management Science*, Estados Unidos de América, Septiembre 2007, en <http://www.eng.tau.ac.il/~hananye/BFOA.pdf>
- 23.- **HANANY**, Eran, **KILGOUR**, Marc y, **GERCHAK**, Yigal, "How the Prospect of Final-Offer Arbitration Affects Bargaining", con apoyo de The Social Sciences and Humanities Research Council of Canada, en <http://orgwww.bwl.univie.ac.at/DDM/Gerchak.pdf>
- 24.- **HARSANYI**, J.C., "The Tracing Procedure: A Bayesian approach to define a solution for n-person noncooperative games, en *International Journal of Game Theory* No. 4, 1975.

- 25.- **HERINGS P.**, y **PEETERS**, Ronald, "Equilibrium Selection in Stochastic Games", Universiteit Maastricht Publications, Holanda, 2001.
- 26.- **KOCHAN**, Thomas; **VON NORDENFLYCHT**, Andrew; **MCKERSIE**, Robert; **HOFFER GITTELL**, Jody, "Out of the Ashes: Options for Rebuilding Airline Labor Relations", Marzo del 2003. Paper presentado en 2° Annual MIT Airline Industry Conference.
- 27.- **KOCKESEN**, Leven, "*The Nash Equilibrium*", Columbia University Publications, USA, 2006.
- 28.- **KOHLER**, Thomas C. y **GETMAN**, Julius G., "The Story of NLRB v. Mackay Radio & Telegraph Co.: The High Cost of Solidarity", Boston College Law School Faculty Papers, Paper 160, 2006.
- 29.- **KOLLOCK**, Peter, "Cooperation in an Uncertain Worlds: An Experimental Study", en Sociological Theory and Methods, Volumen 8, No. 1, Estados Unidos de América, 1993.
- 30.- **KUHN**, Harold W., "Classics in Game Theory", Princeton University Press, Estados Unidos de América, 1997.
- 31.- **KUHN**, Harold W., "Contributions to the theory of games", Princeton University Press, Estados Unidos de América, 1950.
- 32.- **LARSEN-BRIGHT**, Shawn J., "Free Speech and the NLRB's Laboratory Conditions Doctrine", 2002, en <http://www.law.nyu.edu/JOURNALS/LAWREVIEW/ISSUES/vol77/no1/Larsen-Bright.pdf>
- 33.- **LONG**, Gary y **FEUILLE**, Peter, "Final-Offer Arbitration: "Sudden Death" in Eugene", en Industrial and Labor Relations Review, Volumen 27, No. 2, Estados Unidos de América, 1974.
- 34.- **MASSEY**, Robert V., "History of Arbitration and Grievance Arbitration in the United States", Institute for Labor Studies and Research, en http://www.wvu.edu/~exten/depts/ilsr/arbitration_history.pdf
- 35.- **NOTZ**, William y **STARKE**, Frederick, "Final Offer Versus Conventional Arbitration as Means of Conflict Management", en Administrative Science Quarterly, Volumen 23, No. 2, Estados Unidos de América, 1978.
- 36.- **OLSON**, Craig A; **JARLEY**, Paul, "Arbitrator Decisions in Wisconsin Teacher Wage Disputes", en Industrial and Labor Relations Review, Volumen 44, No. 3, Abril de 1991.

- 37.- **QUIN**, Mike, "The Big Strike", en *The Pacific Historical Review*, Volumen 19, N° 4, University of California Press, 1950.
- 38.- **RAIFFA**, Howard y **LUCE**, R. Duncan, "Games and Decisions: Introduction and Critical Survey", Dover Publications, U.S.A, 1989.
- 39.- **RASMUSEN**, Eric, "Games and Information: an introduction to game theory", Blackwell, U.S.A, 2001.
- 40.- **REDER**, Melvin W. y **NEUMANN**, George R., "Conflict and Contract: The Case of Strikes", en *The Journal of Political Economy*, Volumen 88, No. 5. Octubre de 1980.
- 41.- **REHMUS**, Charles M., "Railway Labor Act Modifications: Helpful or Harmful?", en *Industrial and Labor Relations Review*, Volumen 25, No. 1, Octubre de 1971.
- 42.- **ROSENTHAL**, Robert W., "Arbitration of Two-Party Disputes Under Uncertainty", en *The Review of Economic Studies*", Volumen 45, No. 3, Octubre de 1978.
- 43.- **SHAPLEY**, L.S., "Stochastic Games", en *PNAS*, No. 39, USA, 1953.
- 44.- **STATE OF NEW JERSEY**, "Biennial Report of the Public Employment Relations Commission on the Police and Fire Public Interest Arbitration Reform Act", Nueva Jersey, Estados Unidos de América, Enero del 2006.
- 45.- **STEVENS**, Carl, "Is Compulsory Arbitration compatible with Bargaining?", en *International Library of Critical Writings in Economics*, Edward Elgar Publishing Ltd., Año 2002, N° 147, Volumen 2.
- 46.- **STRAUSZ**, Roland, "Deterministic Mechanisms and the Revelation Principle", Free University of Berlin Publications, Alemania, 2002.
- 47.- **STRAUSZ**, Roland, "Deterministic Mechanisms and the Revelation Principle", en <http://sites.wiwi.fu-berlin.de/bester/roland/papers/detm/detm.pdf>, Free University of Berlin, Alemania, September 2002.
- 48.- **THOMPSON**, Mark; **CAIRNIE**, James, "Compulsory Arbitration: The Case of British Columbia Teachers", en *Industrial and Labor Relations Review*, Volumen 27, No. 1, Octubre de 1973.