

Ensayo Arbitraje

Carlos Gustavo Perdomo

Arbitraje de última oferta o “Baseball Arbitration”: virtudes y viabilidad en Colombia

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos suelen ser concebidos como una alternativa a la administración ordinaria de justicia sumamente deseable y positiva. En Colombia, la rama judicial ejerce su labor con serios problemas de congestión que implican una lentitud inaceptable. Esto genera en la ciudadanía una sensación de ausencia de justicia y da lugar a situaciones de inseguridad jurídica realmente dañinas para las relaciones negociales. Por otro lado, cuanto mayor sea el volumen de procesos que entran en los despachos de la justicia ordinaria, mayor el costo para el Estado en la tarea de evacuarlos de manera pronta y adecuada. En esa medida, los mecanismos alternativos se presentan como un método idóneo para evadir tales problemas¹.

Es bajo aquellas circunstancias que el presente trabajo busca estudiar un mecanismo alternativo de solución de conflictos, concretamente el llamado “Baseball Arbitration” (también “Last Offer Arbitration”²), que no ha sido explorado en Colombia y, debido a su amplio uso en otros contextos, resulta como un potencial aporte al país que merece al menos comenzar a ser investigado. Este ensayo examina el funcionamiento de esta modalidad de arbitraje y tiene como propósito fundamental encontrar maneras en que pueda incorporarse al mundo jurídico colombiano. En este sentido, el trabajo se desarrolla en el siguiente orden: (i) concepto del arbitraje de última oferta, teoría y ambiente de incentivos que propicia; (ii) aplicaciones prácticas del arbitraje de última oferta en el derecho comparado; (iii) aplicabilidad del arbitraje de última oferta en el contexto normativo colombiano; (iv) a manera de conclusión, propuestas concretas para utilizar el arbitraje aquí estudiado en Colombia.

¹ Sobre los mecanismos alternativos de solución de conflictos ha expresado la Corte Constitucional en sentencia C-222 de 2013 que “(i) buscan hacer efectivo uno de los fines constitucionales como el de la convivencia pacífica; (ii) permiten la participación directa de los interesados en la resolución de sus conflictos; (iii) son otra forma de hacer efectivo el derecho de acceso a la administración de justicia, y (iv) son un buen mecanismo para lograr la descongestión judicial.”

² En adelante será traducido como “arbitraje de última oferta”.

1. Concepto de arbitraje de última oferta, teoría e incentivos que propicia

El arbitraje de última oferta funciona de la siguiente manera: en caso de originarse un conflicto entre las partes, cada una de ellas elabora un documento en el que presenta su “última oferta”, es decir su propuesta de solución al conflicto. Ambos documentos son entregados al árbitro³, quien los estudia y elige uno según criterios de razonabilidad, proporcionalidad, medida y justicia, sin modificarlo en lo más mínimo, y le atribuye el carácter de laudo⁴. En términos procesales, se requiere de una audiencia donde cada parte pueda exponer su respectiva propuesta para que luego el árbitro evalúe ambas y decida, o todo puede ventilarse por escrito con la posibilidad de que las partes envíen evidencia documental junto con su propuesta. Lo idóneo es un trámite mixto, en el cual las partes entreguen sus documentos escritos con las evidencias documentales anexas y, en adición, tengan la oportunidad de sustentarlos oralmente en audiencia. Fuera de lo dicho, el asunto del trámite tiene algunos puntos variables que serán tratados abajo.

Este esquema básico genera una consecuencia que se configura como la característica esencial de esta modalidad de arbitraje. En este tipo de escenarios se presentan *incentivos para que las partes se esfuercen en elaborar una propuesta ponderada y razonable*, en aras de dotarla de un mayor grado de probabilidad de ser elegida como laudo por el árbitro. Este ambiente de incentivos hace que las partes incluso se inclinen por otorgar concesiones a su contraparte, buscando medida y sensatez en la propuesta, para así convencer al árbitro de escogerla⁵. En otras palabras, se crea un terreno de incentivos que motiva a las partes a obrar con la mayor razonabilidad y proporcionalidad posible. Ahora bien, tal ejercicio de desarrollar una propuesta dentro de lo equilibrado a veces logra que las partes encuentren la existencia de un terreno común que haga de la conciliación algo viable.

³ Singular o plural, pero siempre impar para evitar empates.

⁴ “Under binding final-offer arbitration, each party agrees to submit a final offer to the arbitrator who must choose the offer of one of the parties. The arbitrator cannot split the difference or modify either offer.” Abramson, Harold I., “Final Offer Arbitration” (2005). *Scholarly Works*. Paper 577. P. 5

⁵ “... Incentive is given to the parties to make concessions and generate offers which are the most attractive to *both* parties, so as to persuade the arbitrator to pick their offer. The incentive to make concessions is based on the uncertainty over which side’s offer will be picked and this forces both sides to stay away from extreme positions.” Lok, Amy (2008) “Final-offer arbitration,” *ADR Bulletin*: Vol. 10: No. 4, Article 1. P. 2. Disponible en: <http://epublications.bond.edu.au/adr/vol10/iss4/1>

Si se analiza el arbitraje de última oferta desde la perspectiva de la teoría de juegos, se encuentra que los incentivos arriba mencionados se producen como consecuencia de la incertidumbre que tiene cada parte sobre la propuesta de su contraparte y sobre la decisión por la que optará el árbitro⁶. En adición a la incertidumbre, el impacto que representa el laudo para cada parte es mayor que en arbitraje tradicional, puesto que en este último la decisión de los árbitros suele ser un punto medio entre las pretensiones de las partes, mientras que un arbitraje de última oferta el laudo final es una de las propuestas elaboradas por alguna parte sin modificar⁷. En conjunto, la incertidumbre y el grado de impacto del laudo sobre las partes implican lo siguiente: *una parte con mayor adversidad al riesgo tiende a presentar una propuesta más razonable para así aumentar su probabilidad de ser elegida por el árbitro*⁸. Esto ha sido advertido por la doctrina en el derecho comparado⁹. Habiendo descrito brevemente el proceso que se adelanta en estos tipos de arbitraje, corresponde ahora examinar detenidamente ciertos puntos variables en el trámite, donde las partes pueden optar por una u otra opción¹⁰.

- a) **Selección del árbitro.** Puede ser singular o plural, pero siempre impar. No se presenta problema si las partes acuerdan designar a una persona, cosa que resultaría idónea en litigios de cuantías moderadas y baja complejidad. Sin embargo, un número plural de árbitros puede contribuir notablemente a una

⁶ “el Arbitraje de Oferta Final crearía en las partes dos (2) tipos de incertidumbre que genera en ellas incentivos negativos para maximizar sus ofertas e incentivos positivos para moderarlas: (i) Incertidumbre respecto del concepto de “laudo justo” del árbitro o tribunal arbitral, dado que las partes no tienen capacidad de conocer de antemano cómo éste es generado. (ii) Incertidumbre respecto del laudo arbitral, dado que cada parte entiende que éste no sólo depende de la moderación de su propia oferta, sino también del concepto de “laudo justo” del árbitro o tribunal y del nivel de moderación de la oferta de la contraparte, que no puede conocer.” Borda, Guillermo (2012). *Teoría de Juegos y Derecho: “Arbitraje de Oferta final*, Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers P.24. Disponible en: <http://escholarship.org/uc/item/7hc9g5p7>

⁷ Cosa que afecta a la otra parte de manera notable.

⁸ Farber, H. S. (1980). An analysis of final-offer arbitration. *Journal of conflict resolution*, 24(4), 683-705.

⁹ “When parties are considering using binding final-offer arbitration, they (...) are actually turning to a process that encourages them to take a fresh look at the possibilities of settlement. The binding feature can motivate each party to formulate a final offer that is reasonable instead of one based on a partisan legal position because the failure to be reasonable can result in the arbitrator selecting the other party's offer. As parties focus on preparing reasonable final offers, their differences can narrow to the point that they might find themselves within a settlement range that they can bridge through additional negotiations. Therefore, it is not unusual for parties to agree to use final-offer arbitration and then settle the case.” Abramson, Harold I., “Final Offer Arbitration” (2005). *Scholarly Works*. Paper 577.

<http://digitalcommons.tourolaw.edu/scholarlyworks/577> p.5.

¹⁰ Op. Cit. P. 8.

decisión más ajustada a criterios de razonabilidad, sobre todo en litigios complejos. Por tanto parece idóneo que se designen tres árbitros por regla general, cuya imparcialidad puede garantizarse si cada parte elige uno y éstos, una vez posesionados, designen al tercero.

- b) **Formulación de la oferta.** La oferta puede versar sobre todos los puntos que comprenda el litigio de manera conjunta (“Full Package”), o puede existir una oferta para cada punto individual (“Issue-by-Issue”). Si se opta por la segunda opción, es posible que sobre algunos puntos singulares gane una parte y sobre otros la otra¹¹.
- c) **Modificabilidad de la oferta.** En principio, la oferta presentada debe ser última e inmodificable. No obstante, también puede pactarse que luego de una ronda de contradicción o de aporte de pruebas (siempre antes de la presentación de la oferta final al árbitro), cada parte tenga la oportunidad de modificar o enmendar sus ofertas¹².
- d) **Presentación de la oferta.** Puede simplemente presentarse por escrito, o estar además acompañada de una audiencia donde cada parte sustente su propuesta y exhiba material probatorio¹³.
- e) **Criterio de selección de oferta, por parte del árbitro.** Existen distintos criterios que pueden guiar al árbitro. En todo caso, para lograr el escenario de incentivos positivos que caracteriza esta modalidad de arbitraje, tienen que considerarse

¹¹ La primera opción resulta recomendable cuando el debate sea sobre un solo tema, o sobre pocos temas íntimamente conexos, mientras que la segunda se ajusta más a controversias con asuntos diversos e independientes. Las ofertas múltiples también juegan en favor de aumentar el grado de incertidumbre de cada parte, por lo que refuerza en ellas el incentivo a ser razonable en su propuesta. Esto ya ha sido planteado por la doctrina: “*Las ofertas duales incrementan la incertidumbre sobre ambos lados de la mesa. Si una parte solo tuviera que presentar una oferta, parece razonable esperar que esta oferta sea próxima a su posición final de negociación (...) y la otra parte estaría al tanto de esto. Esta certidumbre relativa es sustancialmente reducida cuando cada parte puede presentar dos ofertas, ya que aun si una oferta si fuera próxima a su posición final de negociación, la otra podría no serlo. Esta incertidumbre no solo pone presión sobre ambas partes para ser mas “razonables” en sus ofertas, sino que también incrementa la probabilidad que cada parte pueda tener una oferta tan cercana a una oferta de la otra parte que ambos bandos puedan alcanzar su propio acuerdo.*” Borda, Guillermo (2012). *Teoría de Juegos y Derecho: “Arbitraje de Oferta final*, Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers P.29. Disponible en: <http://escholarship.org/uc/item/7hc9g5p7>

¹² Esta posibilidad resulta idónea cuando los asuntos objeto de litigio sean sumamente complejos y requieran valoración probatoria. En efecto, es posible que una parte se incline a cambiar su posición tras apreciar material probatorio que antes no conocía.

¹³ Si el tema es complejo y requiere valoración de material probatorio, es sumamente recomendable que exista una audiencia, en conjunto con la posibilidad de modificar la oferta antes de presentarla (literal c).

estos: i) Razonabilidad, ii) Ley aplicable, o iii) Términos del contrato. Lo que puede elegirse aquí no es, por ejemplo, que sólo se aplique la razonabilidad y no los términos del contrato, so riesgo de desnaturalizar el arbitraje¹⁴. Lo que sí resulta facultativo es determinar una jerarquía de criterios. Por ejemplo, puede ordenarse al árbitro que decida, en primer lugar, según los términos del contrato, y en segundo lugar, según lo que a su juicio resulte más razonable¹⁵.

Como puede verse, el trámite puede desarrollarse de maneras diversas para acomodar el arbitraje a distintos tipos de controversias y siempre mantener su esencia. En suma, la modalidad de arbitraje objeto de estudio tiene como característica esencial la generación de un escenario donde se producen incentivos positivos que motivan a las partes a desarrollar una propuesta de solución ponderada y razonable. Este terreno de incentivos es consecuencia del funcionamiento de la disputa: cada parte desarrolla una oferta que será presentada al árbitro, quien elegirá entre ambas según criterios de razonabilidad y mesura. Así, cada parte sabe que cuanto más sensata y razonable sea su propuesta, más posibilidades tendrá de ser elegida. Es momento ahora de resaltar las bondades concretas de este tipo de arbitraje:

- 1) Se tramita con considerable celeridad¹⁶.
- 2) Las pretensiones de cada parte tenderán a ser diseñadas con mayor prudencia y detalle, y existirá un gran desincentivo para pretensiones exageradas o abusivas¹⁷.
- 3) Se impide el “chilling effect” (o “efecto escalofrío”), según el cual cada parte cree poder sacar mayor provecho del árbitro que de cualquier intento de negociación, problema que ocurre en el arbitraje tradicional¹⁸.

¹⁴ Esto podría dar lugar a situaciones sumamente injustas, que es justamente lo que se pretende evitar.

¹⁵ Si en un caso en concreto la controversia se debe a un vacío en el contrato, por ejemplo, no tendría mucho sentido priorizar al mismo como criterio preponderante, pero en cambio el criterio de razonabilidad sí resultaría provechoso.

¹⁶ Incluso en litigios complejos en los que las partes opten por poder modificar su oferta, por ejemplo, el arbitraje se ventila en máximo una audiencia y los árbitros no tienen que detenerse a elaborar un laudo desde cero.

¹⁷ Cosa que incluso la legislación procesal pretende con figuras como el juramento estimatorio en el Código General del Proceso.

¹⁸ “*De manera previa al Arbitraje Convencional, las partes son colocadas una frente a la otra en la etapa de negociación directa a fin de que intercambien propuestas de solución (i.e. ofertas). No obstante, las partes saben que su controversia será resuelta mediante Arbitraje Convencional de no llegar a un acuerdo negociado. Al ser que el Arbitraje Convencional no representa costos de disputa significativos para las partes (dado que el árbitro o tribunal arbitral establecerá un punto medio como laudo arbitral, no afectando grandemente a ninguna de las*

- 4) Tiene la potencialidad de llevar a las partes a encontrar terrenos comunes donde la conciliación sea viable¹⁹. Por consiguiente, aumenta las posibilidades de que las partes lleguen a acuerdos negociados antes de recurrir al arbitraje.
- 5) Representa un motor para inclinar a las partes en litigio a obrar de manera mesurada, sensata y de buena fe, para aumentar sus probabilidades de ganar.
- 6) Impide situaciones en las que asuntos triviales y accidentales afecten gravemente a las partes u obstruyan el proceso²⁰.
- 7) Tiene un efecto favorable para ambas partes, “ya que el laudo arbitral tendría un valor más cercano al mejor y más justo acuerdo negociado que aquél que se hubiera obtenido en un Arbitraje Convencional”²¹, debido a la mesura y razonabilidad de la oferta ganadora²².

El tercer punto contrasta de manera especial con el arbitraje tradicional. Efectivamente, en los procesos arbitrales normales siempre se produce el explicado “efecto escalofrío”²³, que incita a las partes a exagerar sus pretensiones y obrar de manera desproporcionada²⁴.

partes), éstas prefieren no realizar concesiones significativas en la etapa de negociación directa. A esto se denomina el “efecto escalofrío” del Arbitraje Convencional.” Borda, Guillermo (2012). *Teoría de Juegos y Derecho: Arbitraje de Oferta final*, Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers P.15. Disponible en: <http://escholarship.org/uc/item/7hc9g5p7> . Evidentemente, aquél efecto produce en las partes un desincentivo a obrar de manera mesurada.

¹⁹ Por motivo de que promueve en ellas la búsqueda soluciones que contemplen concesiones a la contraparte.

²⁰ Complicaciones y retardos relativos a práctica de pruebas, como peritajes y demás, no tienen la potencialidad de obstaculizar el trámite de un arbitraje de última oferta, a manera de ejemplo.

²¹ Op. Cit. P. 27.

²² “*la parte que lleve a cabo menor comportamiento de concesión (i.e. realice menos concesiones y modere menos su oferta) sufriría una reducción total de su oferta y perdería por completo.*” Op. Cit. P. 27.

²³ Sobre el particular la doctrina explica que “*El arbitraje convencional pareciera aún menos satisfactorio para inducir a las dos partes a hacer ofertas justas y razonables. Es más, cada parte tiene un incentivo para exagerar su oferta para la otra parte (e.g. en las disputas obrero-patronales, el sindicato pediría grandes aumentos salariales, la administración (ofrecería) aumentos minúsculos o, incluso, reducciones), bajo la presunción de que el árbitro elegirá un punto intermedio (compromise) entre las dos ofertas. Si el árbitro probablemente “dividirá la diferencia” (split the difference), existe una obvia ventaja para cada parte en hacer una oferta extrema, ya que esto tendera a empujar la media (average) – y el acuerdo esperado – hacia la posición favorable a uno mismo*”. Borda, Guillermo (2012). *Teoría de Juegos y Derecho: “Arbitraje de Oferta final*, Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers P.16. Disponible en: <http://escholarship.org/uc/item/7hc9g5p7>

²⁴ El siguiente ejemplo ilustra esta situación: “*asumamos que el sindicato requiere un aumento de 9x (siendo 7x lo que realmente necesita) y el empleador ofrece un aumento de x (siendo 3x lo que realmente puede pagar), siendo la media de 5x. Si en la etapa de negociación directa el sindicato redujera su demanda a 7x y el empleador mantuviera su oferta en x, la media sería de 4x. En tal sentido, la realización de una concesión por parte del sindicato en la etapa de negociación directa generaría que: (i) la media se tornara favorable al empleador en la negociación directa; y, (ii) el sindicato ingresara al Arbitraje Convencional en situación de desventaja, ya que el árbitro o*

Consecuentemente, la característica más destacable del arbitraje de última oferta, esto es la generación de incentivos en las partes a obrar y proponer de manera razonada, proporcional y en seria consideración de brindar concesiones, resulta notablemente contraria a lo que sucede en el arbitraje tradicional debido al “efecto escalofrío”²⁵.

2. Aplicaciones prácticas del arbitraje de última oferta en el derecho comparado

A continuación se presenta una breve reseña de los ámbitos de aplicación más conocidos que tiene el arbitraje de última oferta en el derecho comparado, partiendo de estudios empíricos sobre el tema²⁶. Estos ámbitos son: a) arbitraje salarial en ligas de béisbol en Estados Unidos, b) arbitraje en asuntos de empleados públicos, c) en líneas generales, en arbitraje “de interés”.

a) El área de aplicación de este tipo de arbitraje más conocida es en las disputas salariales dentro las Ligas Mayores de Béisbol de Estados Unidos (de ahí el nombre de “Baseball Arbitration”). En este ámbito se suele usar el arbitraje de última oferta para determinar un salario que luego será incluido en el contrato ya existente que tenga el jugador²⁷, sin exceder sus parámetros. Aquí el debate es en torno al contrato individual de algún jugador de la liga. Como se explicó en la sección anterior de este trabajo, una de las virtudes del arbitraje objeto de análisis es que motiva a las partes a conciliar y, así, previene el uso del mismo proceso arbitral. La experiencia con los jugadores de baseball confirma tal afirmación de manera contundente²⁸.

tribunal arbitral entenderá que el sindicato realmente necesita 7x y no 10x y que la media real es 4x. Siendo así, aun cuando ambas partes realicen alguna concesión, la media será favorable a aquella que realizó una menor.” Borda, Guillermo (2012). *Teoría de Juegos y Derecho: “Arbitraje de Oferta final*, Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers P.16. Disponible en: <http://escholarship.org/uc/item/7hc9g5p7>

²⁵ Que lleva a las partes a percibir “*la etapa de negociación directa (...) como un paso previo y obligatorio para poder acceder al Arbitraje Convencional (por lo que prefieren no llevar a cabo comportamiento de concesión), en lugar de entenderla como una oportunidad para generar una solución “justa” a su disputa, al poder trasladarse toda la información disponible.*” Op. Cit. P. 18.

²⁶ “*Final-offer arbitration is typically utilized in “interest” arbitration. Interest arbitration involves submitting disputes that arise from a disagreement over what terms or conditions to include in an agreement.*” ²⁶ Tulis, Benjamín A. (2010). *Final-Offer “Baseball” Arbitration: Contexts, Mechanics & Applications*. Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law, Vol 20.1 P. 4

²⁷ Tulis, Benjamín A. (2010). *Final-Offer “Baseball” Arbitration: Contexts, Mechanics & Applications*. Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law, Vol 20.1 P. 4

²⁸ En el año 2009, en la época de negociación de los salarios, 111 deportistas iniciaron diálogos que podían llevar procesos arbitrales de última oferta y, entre ellos, finalmente 3 acudieron al arbitraje, el resto conciliaron. Op Cit. P. 7.

En aquel contexto específico, esta modalidad de arbitraje fue incorporada buscando que el valor de mercado de un jugador fuese actualizado en el tiempo, pudiendo permanecer afiliado a la misma liga. Por eso generalmente se exigía que el deportista cumpliera con un tiempo mínimo de contrato (entre tres y seis años), para poder acudir al arbitraje²⁹. Se pretendía, adicionalmente, promover que los conflictos fuesen superados mediante conciliación, cosa que fue plenamente conseguida según lo muestran las cifras³⁰. Por supuesto, en caso de no lograr conciliación se desarrolla el proceso arbitral y la decisión no es apelable³¹. Por lo demás, en este ámbito se solía tramitar el arbitraje a manera de “full package”, incluyendo todos los asuntos dentro de la misma oferta que debía ser evaluada de manera indivisible por el árbitro.

b) Ahora bien, un segundo ámbito de aplicación del arbitraje de última oferta es en temas de empleos públicos. Aquí el arbitraje suele utilizarse para ventilar disputas negociables de manera colectiva, por ejemplo relativas a aumentos salariales generalizados, beneficios adicionales al salario como bonos, seguros médicos, etc.³². Las partes son la entidad estatal o local contratante, por un lado, y el sindicato o la unión que representa a los empleados públicos, por otro lado. El propósito del uso del arbitraje de última oferta en estos casos es superar impasses concernientes a términos de vinculación contractual colectivos y negociables sólo de manera colectiva.

En este contexto, el arbitraje de última oferta se implementa con la idea de dirimir el conflicto de manera pronta, justa y proporcionada, evitando huelgas o paros, en vista de que tales situaciones son a todas luces gravísimas cuando se trata de la prestación de servicios públicos esenciales. En estos casos las controversias son colectivas y mucho más complejas que en los casos de los jugadores de béisbol, por lo que aquí sí suele optarse por tramitar el arbitraje bajo la modalidad de “Issue-by-Issue”, es decir elaborando propuestas separadas e independientes sobre cada tema objeto del litigio.

²⁹ Op. Cit. P.8.

³⁰ Se puede hacer una comparación con las disputas que surgieron en la liga de Hockey “NHL”, donde se utilizaba el arbitraje convencional para resolver controversias salariales: *“twenty-eight percent of NHL filings proceeded to arbitration. As these statistics illustrate, the MLB is generally more successful than the NHL in reaching prehearing settlements.”* Op. Cit. P. 10.

³¹ Ciertamente, permitir apelación sería desnaturalizar el arbitraje de última oferta, puesto que toda la parte motiva del laudo es obra de una de las partes y no del árbitro, cosa que da lugar a los incentivos explicados en párrafos precedentes.

³² Op. Cit. P. 4.

c) Por último, en algunos estados de Estados Unidos existen regulaciones específicas sobre ciertas relaciones jurídicas, que adoptan el arbitraje de última oferta³³. A continuación se enuncian de manera resumida: a) En el estado de Maine las disputas colectivas entre empleadores del sector agricultor y “asociaciones calificadas” capaces de negociar en representación de grupos de productores, son dirimidas por este tipo de arbitraje; b) en los estados de Michigan, Wisconsin y Nueva Jersey, un estatuto dicta que las disputas laborales entre los departamentos de bomberos y de policía, versus los respectivos empleados allí vinculados, se tramiten por esta modalidad de arbitraje, en vista de una prohibición a las huelgas y los paros en estos sectores³⁴.

Para finalizar este acápite, es momento de observar las situaciones en las que mejor se puede sacar provecho del arbitraje de última oferta³⁵, previa aclaración de dos aspectos procesales a tener en cuenta para aprovechar al máximo las potencialidades de este arbitraje. Por un lado, las ofertas “issue-by-issue” generan un terreno más favorable a los propósitos de este tipo de arbitraje³⁶ que las “full package”, por regla general³⁷. Por otro lado, la oportunidad para presentar las ofertas debe existir antes de la audiencia, durante las etapas negociales previas al arbitraje, con miras a propiciar una conciliación entre las partes³⁸.

Visto lo anterior, entre las situaciones idóneas para aplicar el arbitraje de última oferta, la primera de ellas es cualquiera en la que se garantice que las partes entiendan el funcionamiento de esta modalidad de arbitraje³⁹. En este orden de ideas, expresa la

³³ Op Cit. Pp. 14-17.

³⁴ Debido a lo esencial de los servicios que prestan y a razones de seguridad, cosa que hace imperativo que el servicio no se paralice.

³⁵ Op. Cit. Pp. 19-

³⁶ Si se ventila una controversia con muchos puntos mediante ofertas “full package” es esperable que las partes en su oferta desarrollen la mayoría de los temas de manera razonable y uno que otro con mayor exceso. Esto pone a los árbitros en la encrucijada de elegir entre una propuesta poco razonable en su todo versus otra propuesta más razonable en su mayoría pero muy irrazonable en algunos ítems. Tal situación desnaturalizaría el arbitraje de última oferta.

³⁷ El “full package” resulta adecuado cuando la controversia verse solo sobre un tema o sobre pocos temas con alto grado de conexidad.

³⁸ Ojalá no hasta instantes antes de la audiencia, porque en dado caso las partes se abstendrán de elaborar ofertas razonables durante la etapa de conciliación previa y esperarán hasta el último momento para entregar las definitivas al árbitro.

³⁹ En este sentido, es prudente abstenerse de utilizarla en casos donde las partes no entiendan su funcionamiento, pues el entendimiento del funcionamiento es presupuesto para que haya conciencia sobre las incertidumbres y para que operen los incentivos buscados.

doctrina⁴⁰ que una parte que desconoce la idea detrás del proceso, observa la oferta razonable de su contraparte como una concesión, y por tanto se abstiene de elaborar ella misma una oferta razonable⁴¹. En todo caso este problema es de fácil solución: la explicación del funcionamiento de este tipo de arbitraje no es muy complicada y los incentivos operan por sí mismos una vez los jugadores entienden las reglas del juego.

En segundo lugar, el arbitraje de última oferta funciona de manera óptima cuando se encuadra dentro de relaciones largas entre las partes. Es ideal para afinar problemas coyunturales que afecten contratos con una duración prolongada. Es así como opera en el caso antes reseñado de las ligas de béisbol, donde las partes llevan años vinculados jurídicamente y cada tanto solucionan disputas relativas a la actualización del salario, permitiendo así la permanencia armoniosa de la relación jurídica.

En tercer lugar, el arbitraje aquí estudiado es sumamente adecuado cuando las soluciones a las que estén dispuestas las partes contengan puntos imposibles en un laudo tradicional⁴². Estas posibilidades pueden ser apetecibles en escenarios como el expuesto en el párrafo anterior: relaciones negociales de larga duración en las que disputas coyunturales que no deberían afectar la totalidad del negocio.

Por último, el arbitraje que aquí nos ocupa funciona mejor entre más simple sea la controversia, ojalá alrededor de un solo punto de debate. Por supuesto, funciona muy bien existiendo variedad de asuntos litigiosos, pero a mayor simpleza en el debate, mayor facilidad en elaborar una propuesta razonable y mayor comprensión de la posibilidad de perder si la contraparte hace una propuesta más razonable⁴³.

3. Aplicabilidad del arbitraje de última oferta en el contexto colombiano

En esta sección corresponde evaluar la posibilidad que tiene el arbitraje de última oferta para aplicarse en el ordenamiento jurídico de Colombia. Por consiguiente, en los párrafos a seguir se desarrollan los temas de a) libertad de las partes para determinar el

⁴⁰ Op. Cit. P. 23

⁴¹ Máxime si desconoce que eso aumenta sus probabilidades de perder.

⁴² Por ejemplo la concesión de bonos, recompensas, subsidios, promesas de futuros contratos, etc.

⁴³ Dicho de otro modo, mayor simpleza significa mayor claridad en el funcionamiento del arbitraje y por tanto mayor potencia en los incentivos producidos.

procedimiento arbitral a seguir; b) la obligatoriedad constitucional de motivar los fallos; c) obligatoriedad constitucional de que exista una segunda instancia; y d) arbitrabilidad de contratos laborales.

a) En primer término, en cuanto a **la libertad de las partes para determinar el procedimiento** a seguir en la solución a la disputa mediante arbitraje, la Ley 1563 de 2012 en su artículo 58 señala que “...los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a las de un centro de arbitraje”. No obstante, esta libertad no es irrestricta, por cuanto el mismo artículo dicta que debe ejercerse “respetando, en todo caso los principios constitucionales que integran el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las partes.”. El contenido del debido proceso, que aquí resulta como la única limitante a la libertad de las partes en el diseño del procedimiento, ha sido ampliamente definido por la Corte Constitucional.

En un fallo reciente, el Alto Tribunal dijo que “*Hacen parte de las garantías del debido proceso: (i) El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces (...), a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción (...); (iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. (...); (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, (...); (v) el derecho a la independencia del juez (...) y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones...*”⁴⁴

Allí se encuentran contenidos relativos a la motivación de las decisiones y a la impugnación ante superior jerárquico, asuntos que serán examinados más adelante. Respecto de los demás contenidos específicos del debido proceso, el procedimiento propio del arbitraje de última oferta resulta admisible: primero, el árbitro es juez natural

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia C-341/14, M.P. Mauricio González Cuervo.

sin lugar a dudas⁴⁵; segundo, el derecho a la defensa existe y se manifiesta en la posibilidad que tiene cada parte de elaborar su propia oferta: allí puede la parte ser oída y velar por obtener una decisión favorable, de manera adecuada; tercero, los árbitros ad hoc y los centros de arbitraje son personas y entidades independientes de las demás ramas del poder público; quinto, la imparcialidad del árbitro se puede garantizar con la manera en como es seleccionado⁴⁶

b) En segundo término, respecto de **la obligación constitucional de motivar los fallos**, surge un evidente problema en la medida en que en arbitraje de última oferta los árbitros no motivan su decisión. En el contexto jurídico colombiano no cabe duda sobre la necesidad de motivar las decisiones judiciales y, de hecho, la Corte Constitucional ha elevado la prohibición de emitir fallos sin motivación a tal punto que contra un fallo así procede la acción de tutela⁴⁷.

Este obstáculo a la implementación del arbitraje de última oferta en Colombia puede superarse si se estudia el concepto de los fallos en equidad. Ante todo, debe partirse de la posibilidad de que los árbitros no fallen en derecho sino en equidad, cosa que reconoce la Constitución Política en su artículo 116, inciso final. Ahora bien, para diferenciar entre un fallo en derecho de uno en equidad, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en sentencia T-046/02, ha desarrollado criterios. En este sentido, advierte la Corporación que en una decisión en derecho los fundamentos de la decisión son mandatos legales y, como herramienta hermenéutica auxiliar, los criterios de equidad; en contraste, en un fallo en equidad el sustento “fundante de la decisión” es el criterio de equidad, dejando de ser una herramienta meramente auxiliar⁴⁸.

⁴⁵ “En realidad, la labor de interpretación de la ley y el contrato de los árbitros goza de una “sólida protección constitucional”, debido a que aquellos son, por expresa disposición de las partes en contienda, los jueces naturales para resolver la controversia.” Corte Constitucional, sentencia T-466/11, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴⁶ Por ejemplo, si lo seleccionan con igual participación de ambas partes (como se sugirió antes).

⁴⁷ “La estipulación de la falta de motivación como causal de procedencia de la tutela contra sentencias propende por la salvaguarda del derecho de los ciudadanos a obtener respuestas razonadas de la administración de justicia, (...). Así, al examinar un cargo por ausencia de motivación de una decisión judicial, el juez de tutela deberá tener presente que el deber de presentar las razones fácticas y jurídicas que sustentan un fallo es un principio basilar de la función judicial que, de transgredirse, supone una clara vulneración del debido proceso” Corte Constitucional, sentencia T-261/13, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁸ “si bien en general los jueces han de tener en cuenta, entre otros criterios, la equidad como criterio auxiliar de la actividad judicial, y ello es predicable de la actividad de los árbitros cuando deciden en derecho, tratándose del

Hecha la distinción, debe ahora examinarse el criterio de equidad, como fundamento de una decisión judicial o arbitral. En este orden de ideas, la precitada sentencia anota de la siguiente manera los rasgos característicos de la equidad: *“Tres rasgos característicos de la equidad. El primero es la importancia de las particularidades fácticas del caso a resolver. La situación en la cual se encuentran las partes – sobre todo los hechos que le dan al contexto empírico una connotación especial – es de suma relevancia para determinar la solución equitativa al conflicto. El segundo es el sentido del equilibrio en la asignación de cargas y beneficios. La equidad no exige un equilibrio perfecto. Lo que repugna a la equidad son las cargas excesivamente onerosas o el desentendimiento respecto de una de las partes interesadas. El tercero es la apreciación de los efectos de una decisión en las circunstancias de las partes en el contexto del caso. La equidad es remedial porque busca evitar las consecuencias injustas que se derivarían de determinada decisión dadas las particularidades de una situación.”*⁴⁹ (Subrayado fuera del original).

De aquél extracto jurisprudencial se encuentra que los criterios que deben guiar al árbitro en un arbitraje de última oferta no son otros que los que en Colombia se denominan “equidad”. En efecto, el árbitro en un proceso de última oferta se basa, como se explicó en la primera sección de este trabajo, en la medida y ponderación de la oferta: una propuesta excesivamente onerosa para una parte o desentendida frente a ella, tendrá todas las probabilidades de perder. Esto coincide con el segundo rasgo característico de la equidad. Además, el árbitro en un arbitraje de última oferta también sustenta su decisión en las particularidades fácticas del caso y en los efectos del laudo, por cuanto su fallo no es otra cosa que una de las ofertas de las partes, las cuales son necesariamente diseñadas en atención a las particularidades fácticas y a los efectos de la decisión (lo que más le importa a una parte a la hora de diseñar su oferta, es el impacto que pueda tener en caso de resultar ganadora y convertirse en laudo). Esto coincide con el primer y el tercer rasgo característico de la equidad.

arbitramento en materia económica, la equidad no es tan sólo un criterio auxiliar sino el criterio fundante de la decisión de los árbitros.” Corte Constitucional, sentencia T-046/02, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁹ Op. Cit.

Ahora bien, partiendo de la idea de que el arbitraje de última oferta en Colombia tendrá que entenderse como un arbitraje en equidad, se desprende una consecuencia jurídica frente al tema de este punto del ensayo, es decir, sobre la necesidad de motivar los fallos. El Tribunal Constitucional, en la misma sentencia arriba citada, expuso sobre el particular que *“A los jueces se les exige que sus providencias sean motivadas y que lo sean de una manera ajustada a derecho. Sobre los árbitros que deciden en equidad no recae el mismo deber. No obstante, el debido proceso arbitral en equidad comprende unos límites sustanciales de orden constitucional. Un claro límite constitucional de las decisiones de los árbitros en equidad consiste en que si bien éstas no tienen que ser razonadas, de cualquier forma deben ser razonables. Una decisión razonada, o sea, justificada de manera expresa con base en argumentos expuestos en la parte motiva del laudo es, prima facie, una decisión que no carece de razonabilidad, (...). Ahora bien, un laudo arbitral (...) que en su parte motiva no da razones no es por ese sólo hecho irrazonable. Es posible que pese a la ausencia de sustento argumentativo expreso en el laudo, la razonabilidad de la decisión, en atención a las circunstancias del caso, sea apreciable o demostrable.”*⁵⁰(Subrayado fuera del original).

En otras palabras, un fallo en equidad no tiene que ser razonado: no exige un sustento argumentativo explícito en una parte motiva dentro de la sentencia. Lo que sí requiere es ser razonable, aún sin contar con sustento explícito o parte motiva. Una decisión deja de ser razonable cuando es “evidentemente irrazonable” o “manifiestamente inequitativa”⁵¹. Siguiendo con esta línea, por un lado lo *evidentemente irrazonable* versa sobre la decisión, con independencia de lo decidido (o sea los efectos del laudo), y concretamente sobre el proceso previo que llevó a la decisión. Por otro lado, lo *manifiestamente inequitativo* recae sobre lo decidido, con indispensable observancia de los efectos del laudo, y particularmente sobre la realidad sobreviniente posterior a la decisión⁵². Así pues, en fallos en equidad es posible que no haya una motivación

⁵⁰ Op. Cit.

⁵¹ *“La equidad impone, a lo menos, dos límites a la autoridad que la invoca para justificar sus decisiones. El primero toca con el proceso decisorio, el cual no puede ser evidentemente irrazonable (...). El segundo toca con el contenido de lo decidido y sus efectos. (...) que las normas creadas por el laudo no pueden ser manifiestamente inequitativas.”* (Subrayado fuera del original) Op. Cit.

⁵² “No debe haber confusión entre la “inequidad manifiesta” y la “evidente irrazonabilidad” del laudo arbitral. Tres aspectos impiden que estos conceptos jurídicos se confundan. Primero, la inequidad manifiesta se predica de lo

explícita por parte de los árbitros, pues ello no es, per se, evidentemente irrazonable ni manifiestamente inequitativo.

En el caso concreto del arbitraje de última oferta es válido, entonces, que no haya parte motiva en cabeza de los árbitros. Sin embargo, sí tiene que haber manera de encontrar la razonabilidad del fallo. Como en esta modalidad de arbitraje el laudo es una de las propuestas de las partes, sin modificarse, entonces es requisito de las ofertas contar con los elementos suficientes para que, en caso ganar y convertirse en laudo, no puedan ser vistas como evidentemente irrazonables o manifiestamente inequitativas. Lo anterior se traduce en que las ofertas deben i) fundarse en las particularidades fácticas del caso, ii) contemplar el equilibrio en la asignación de cargas y beneficios y iii) apreciar los efectos de la oferta (o sea, fallo en caso de ganar) en las circunstancias de las partes.

Por supuesto, es absolutamente inverosímil que esto no suceda: como se explicó en la primera sección de este trabajo, la particularidad del arbitraje de última oferta es justamente generar incentivos en las partes para que presenten ofertas equilibradas (segundo requisito), pensadas para convertirse en laudos y en consecuencia contemplando los efectos para las partes (tercer requisito), y todo ello en razón de las circunstancias fácticas del caso (primer requisito). Ahora bien, aún si ocurre la situación realmente inverosímil de que una parte haga una oferta desequilibrada, sin consideración de los efectos que pueda tener en las partes y sin basarse en los elementos fácticos del caso, sin lugar a dudas nunca tendrá vocación de ganar y no se convertirá en laudo. De todo esto se desprende una escasísima probabilidad de que un laudo en un arbitraje de última oferta resulte manifiestamente irrazonable o evidentemente inequitativo.

decidido (el qué), mientras que la evidente irrazonabilidad se refiere al proceso de decisión (el cómo); segundo, en la apreciación de si un laudo arbitral (...) es evidentemente irrazonable, no es necesario indagar sobre su impacto, es decir, sobre los efectos de la decisión, (...) mientras que tratándose de la determinación de si el laudo es manifiestamente inequitativo es indispensable analizar las consecuencias de lo decidido sobre las partes; tercero, el análisis de lo manifiestamente inequitativo versa sobre una realidad económica resultante de lo decidido y, por lo tanto, concomitante o posterior al laudo, mientras que el análisis de lo evidentemente irrazonable recae sobre el proceso decisorio de los árbitros, es decir, sobre el camino que los condujo a tomar una determinada decisión y, por lo tanto, versa sobre un aspecto previo a ella.” Op. Cit.

Por consiguiente, en arbitraje de última oferta los fallos deberán ser en equidad y en consecuencia no requerirán parte motiva. Sin embargo deben ser razonables, esto es, los laudos no pueden ser manifiestamente irrazonables ni evidentemente inequitativos. Por fortuna, es realmente improbable que ello suceda debido al escenario de incentivos que genera el esquema de esta modalidad de arbitraje.

c) En tercer término, en lo que atañe a **la obligatoriedad de la segunda instancia**, la jurisprudencia constitucional ha señalado que no se trata de un elemento esencial o absoluto al debido proceso⁵³. Sobre el particular, entre otros pronunciamientos, ha expresado la Corte Constitucional que *“la doble instancia - apelación o consulta - no forma parte esencial de la garantía del debido proceso por cuanto la Constitución no la ordena como exigencia de un juicio adecuado. Sin embargo, a raíz de la consagración constitucional del derecho de toda persona a impugnar la sentencia condenatoria (artículo 29 CP.), esta Corte en Sentencia C-019 de 1993, afirmó que dicha garantía en el ámbito penal sí forma parte del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso.”*⁵⁴.

Habiendo dicho eso, en el caso concreto de los procesos arbitrales surge a la luz el hecho de que, incluso actualmente en desarrollo de trámites tradicionales de arbitraje, no existen segundas instancias. En otras palabras, el arbitraje hoy en día funciona sin segunda instancia. Es claro que los laudos arbitrales pueden ser atacados vía recurso de anulación, pero esta herramienta no debe entenderse como una impugnación que lleva el asunto a ser revisado por una segunda instancia⁵⁵. Tampoco sería correcto entender que la posibilidad de ejercer acciones de tutela contra laudos arbitrales se traduzca en acudir a una segunda instancia, por la naturaleza jurídica de la tutela y según lo ha dispuesto la jurisprudencia constitucional de manera reiterada e unívoca, por motivo de que la tutela contra laudos procede en los términos planteados por la

⁵³ “El principio de la doble instancia no tiene un carácter absoluto, pues como viene de decirse, el constituyente facultó al legislador para establecer excepciones. Así lo expresó en sentencia C-788 de 2002: “El principio de la doble instancia, según la jurisprudencia de esta Corporación, no tiene un carácter absoluto, en el sentido de que necesariamente toda sentencia o cualquier otra providencia judicial debe ser susceptible de ser apelada o consultada, pues por expresa autorización del constituyente, el legislador puede consagrar excepciones...” Corte Constitucional, sentencia C-631/12, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C-248/13, Mauricio González Cuervo.

⁵⁵ Jorge Hernán Gil Echeverry, *Régimen Arbitral Colombiano Ley 1563 de 2012*, Bogotá: 2013, Grupo Editorial Ibáñez, p. 679.

Corte⁵⁶ y quien revisa la tutela no funge como superior jerárquico del árbitro en sentido estricto.

En vista de lo arriba expuesto, resulta manifiesto que la utilización del arbitraje de última oferta en el contexto colombiano no presenta complicaciones en razón al principio de doble instancia como componente del debido proceso. Efectivamente, el principio de doble instancia no es absoluto y actualmente los procesos arbitrales se ventilan sin que haya lugar a una segunda instancia. Por consiguiente, mal podría pensarse que la modalidad de arbitraje particular aquí estudiada sería jurídicamente inviable en Colombia, en tanto no contempla una segunda instancia, mientras todos los procedimientos de arbitraje tradicional se ventilan sin ella.

d) En cuarto término, frente al tema de **la arbitrabilidad en asuntos laborales**, cabe iniciar haciendo referencia a los capítulos VI a VIII del Código Sustantivo del Trabajo. En aquella normatividad se regula el arbitramento obligatorio de temas laborales y, particularmente, se dictan las situaciones en las que procede (artículo 452). De la lectura del mencionado código se encuentra que los conflictos colectivos de trabajo serán sometidos a arbitramento obligatorio⁵⁷. Esto ha sido reafirmado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, haciendo la distinción entre arbitramento obligatorio y voluntario, entendiendo que al primero se deben someter conflictos de naturaleza económica mientras que al segundo se deben allegar disputas de índole jurídica⁵⁸. Ahora bien, el arbitramento voluntario se encuentra regulado por el capítulo

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencias T-244/07, M.P. Humberto Antonio Sierra y T-055/12, M.P. Alberto Rojas.

⁵⁷ “**ARTICULO 452. PROCEDENCIA DEL ARBITRAMENTO.** 1. Serán sometidos a arbitramento obligatorio:

a) Los conflictos colectivos de trabajo que se presenten en los servicios públicos esenciales y que no hubieren podido resolverse mediante arreglo directo;

b) Los conflictos colectivos del trabajo en que los trabajadores optaren por el arbitramento, conforme a lo establecido en el artículo 444 de este Código;

c) Los conflictos colectivos del trabajo de sindicatos minoritarios, siempre y cuando la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa no hayan optado por la huelga cuando esta sea procedente.

Los conflictos colectivos en otras empresas podrán ser sometidos a arbitramento voluntario por acuerdo de las partes.” Código Sustantivo del Trabajo.

⁵⁸ “*El arbitramento obligatorio esta instituido para la resolución de aquellas reivindicaciones con fines económicos y profesionales que pueden surgir entre los trabajadores con ocasión de la labor que les ha sido encomendada, los cuales se han denominado por la doctrina como conflictos económicos o de intereses. Estos tienen como propósito acrecentar un derecho existente o crear uno nuevo. Es importante destacar que la diferencia existente entre la naturaleza de los conflictos económicos que deben ser solucionados por medio del tribunal de arbitramento obligatorio y los conflictos jurídicos que se resuelven mediante tribunal de arbitramento voluntario, implica que se les de un tratamiento normativo diferente, pues en el primer caso, la decisión que ha de tomarse se basa en criterios*

XVII del Código de Procedimiento Laboral, donde el artículo 172 faculta a las partes del contrato de trabajo para pactar cláusulas compromisorias respecto de sus vínculos laborales.

Como puede verse, la legislación laboral en Colombia permite que las partes en contratos laborales sometan sus eventuales controversias a arbitraje. En estos casos existe una regulación específica⁵⁹ por tratarse de vínculos laborales, que de ninguna manera resulta incompatible con el arbitraje de última oferta. Concretamente, tanto en asuntos colectivos de trabajo como en relaciones individuales entre empleado y empleador, puede pactarse que las futuras diferencias sean resueltas mediante arbitraje de última oferta y con ello no se desconocería ningún elemento normativo de este marco jurídico específico.

Esta conclusión es especialmente afortunada, teniendo en mente lo explicado en la sección precedente de este trabajo, donde se habló del uso frecuente de esta modalidad de arbitraje en asuntos colectivos de trabajo por sus virtudes a la hora de impedir parálisis en la actividad de una empresa o en la prestación de un servicio público.

En suma, el autor del presente texto considera que *el arbitraje de última oferta es jurídicamente viable en Colombia*. En efecto, las partes cuentan con libertad para determinar las reglas del procedimiento a seguir en el arbitraje, dentro de los límites del debido proceso (que no son excedidos con el uso de este tipo de arbitraje); los laudos pueden ser en equidad y en consecuencia no requieren motivación, sino razonabilidad, atributo esperable en cualquier oferta presentada por alguna parte con vocación de ganar; el principio de doble instancia no es absoluto y no impide que, de hecho, actualmente se ventilen procesos arbitrales donde las partes no puedan acudir a una segunda instancia en impugnación del laudo; en la legislación colombiana está permitido que las relaciones laborales, tanto colectivas como individuales, sean

de justicia material por ser una decisión que involucra aspectos económicos de las partes, en cambio, en el segundo, el litigio ha de resolverse en derecho, al ser una diferencia en la aplicación de una norma legal o convencional.” Corte Constitucional, sentencia C-330/12, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵⁹ Código Sustantivo del Trabajo, capítulo VI a VIII; Código de Procedimiento Laboral, capítulo XVII.

ventiladas mediante arbitraje y de acuerdo con ciertas reglas que no son incompatibles con el arbitraje de última oferta.

En consecuencia y para cerrar el presente acápite de este trabajo, todo parece indicar que es posible llevar a cabo procesos arbitrales de esta índole en nuestro contexto jurídico.

4. Propuestas concretas para utilizar el arbitraje de última oferta en Colombia

Para finalizar el presente trabajo, tras esbozar el funcionamiento del arbitraje de última oferta y de reseñar sus virtudes, y con la tranquilidad de que su empleo en el contexto colombiano es jurídicamente viable, solo resta presentar maneras concretas para utilizarlo en casos particulares.

En ese sentido, lo ideal sería que algún centro de arbitraje en Colombia implemente un Reglamento de Arbitraje de Última Oferta, con reglas de procedimiento supletivas. Esto podría hacerse con base en el reglamento “Final Offer Arbitration Supplementary Rules” del Centro Internacional para la Resolución de Disputas (ICDR, por sus siglas en inglés) de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA, por sus siglas)⁶⁰.

El citado reglamento se refiere a (i) los asuntos que regulará (específicamente aquellas disputas en las que las partes hayan acordado someter el conflicto a ése reglamento); (ii) el intercambio de ofertas de conciliación entre las partes, previas a la iniciación del trámite arbitral, con términos definidos; (iii) la presentación de la oferta final al tribunal y la audiencia; (iv) los términos en que puede ser modificada la última oferta; (v) el contenido y alcance de la oferta final presentada por cada parte; (vi) la elección de la oferta ganadora y su conversión a laudo; y (viii) modificaciones al procedimiento por acuerdo de las partes.

La existencia de un reglamento así en un centro de arbitraje en el país permitiría que las partes, en su cláusula compromisoria, se limiten a estipular que las disputas se

⁶⁰

Encontrado

en:

http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:BmOwynvRPA4J:https://www.adr.org/cs/idcplg%3FIdcService%3DGET_FILE%26dDocName%3DADRSTAGE2030257%26RevisionSelectionMethod%3DLatestReleased+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co

someterán a las reglas de tal centro de arbitraje relativas al arbitraje de última oferta, y cualquier asunto no pactado será cubierto por las reglas supletivas. De ser ese el caso, en cualquier contrato de derecho privado las partes podrían añadir una cláusula con una expresión como la siguiente:

- *“Toda controversia o diferencia relativa a este contrato, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento presentado ante el Centro de Arbitraje XXX, el cual estará sujeto a su Reglamento de Arbitraje de Última Oferta.”*

Adicionalmente se pueden agregar elementos relativos a la designación de los árbitros, al idioma en que deba ventilarse el proceso, etc.

Ahora bien, en caso de que ningún centro de arbitraje tome tal iniciativa, o de que dos partes tengan interés en someter su disputa a arbitraje de última oferta antes de que cualquier centro haya puesto en práctica un reglamento y demás, basta con desarrollar una cláusula compromisoria suficiente.

Por ejemplo, a continuación hay un modelo de cláusula sumamente básico pero que contiene los elementos requeridos para dar lugar a un arbitraje de última oferta.

- *“Toda controversia o diferencia relativa a este contrato, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento elegido por las partes . El Tribunal estará integrado por (1 o 3 árbitros) designados por las partes, de ser posible, o en su defecto por (un tercero determinado, un tercero indeterminado pero determinable, etc.). El Tribunal de Arbitramento debe seleccionar una oferta final entre las presentadas por cada parte y, sin modificarla de manera alguna, le atribuirá el carácter de laudo. El Tribunal basará su decisión en criterios de razonabilidad (también puede ser en la ley aplicable o en los términos del contrato, o todos en conjunto) y no se le exigirá motivar explícitamente su decisión.”⁶¹*

En adición a ese mínimo pueden agregarse asuntos como los expuestos en la primera sección del trabajo: que las propuestas sean “full package” o “issue-by-issue”, que haya lugar a una audiencia, que las partes puedan modificar la oferta final por mutuo acuerdo, etc.

⁶¹ Modelo tomado de: <http://adrchambers.com/ca/arbitration/regular-arbitration/model-clause/>

Bibliografía:

- Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, Ley 1563 de 2012.
- Código Sustantivo del Trabajo, Decreto Ley 2663 de 1950.
- Código de Procedimiento Laboral, Decreto Ley 2158 de 1948.
- Corte Constitucional, sentencia T-046/02, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional, sentencias T-244/07, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional, sentencia T-466/11, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional, sentencia T-055/12, M.P. Alberto Rojas Ríos.
- Corte Constitucional, sentencia C-330/12, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional, sentencia C-631/12, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional, sentencia C-222/13, M.P. María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional, sentencia C-248/13, Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional, sentencia T-261/13, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional, sentencia C-341/14, M.P. Mauricio González Cuervo.
- Abramson, Harold I., "Final Offer Arbitration" (2005). *Scholarly Works*. Paper 577
- Lok, Amy (2008) "Final-offer arbitration," *ADR Bulletin*: Vol. 10: No. 4, Article 1. Disponible en: <http://epublications.bond.edu.au/adr/vol10/iss4/1>
- Borda, Guillermo (2012). *Teoría de Juegos y Derecho: "Arbitraje de Oferta final*, Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers Disponible en: <http://escholarship.org/uc/item/7hc9g5p7>
- Farber, H. S. (1980). An analysis of final-offer arbitration. *Journal of conflict resolution*, 24(4), 683-705.
- Abramson, Harold I., "Final Offer Arbitration" (2005). *Scholarly Works*. Paper 577. Disponible en: <http://digitalcommons.tourolaw.edu/scholarlyworks/577>
- Tulis, Benjamín A. (2010). *Final-Offer "Baseball" Arbitration: Contexts, Mechanics & Applications*. Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law, Vol 20.1.
- Jorge Hernán Gil Echeverry, *Régimen Arbitral Colombiano Ley 1563 de 2012*, Bogotá: 2013, Grupo Editorial Ibáñez
- Final Offer Arbitration Supplementary Rules (ICDR) y (AAA). Encontrado en: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:BmOwynvRPA4J:https://www.adr.org/cs/idcplg%3FIdcService%3DGET_FILE%26dDocName%3DADRSTAGE2030257%26RevisionSelectionMethod%3DLatestReleased+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co