

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

**La Aplicabilidad del Arbitraje de Última Oferta dentro del
Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano**

Michelle Benavides Guzmán

Ximena C. Bustamante, Directora de Tesis

Tesis presentada como requisito para la obtención del título de
Abogada.

Quito, diciembre de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

"La aplicabilidad del Arbitraje de última oferta dentro del Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano"

Michelle Benavides Guzmán

Dr. Jaime Vintimilla
Presidente del tribunal



.....

Magíster Ximena Bustamante
Directora del ensayo jurídico



.....

Dr. Juan Pablo Aguilar
Informante del ensayo jurídico



.....

Dr. Farith Simon
Decano del Colegio de Jurisprudencia



.....

Quito, diciembre del 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
COLEGIO DE JURISPRUDENCIA
EVALUACIÓN DE DIRECTORA / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA: "La Aplicabilidad del Arbitraje de Última Oferta dentro del Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano"

ALUMNA: Michelle Benavides Guzmán

EVALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado

Los Métodos Alterativos de Solución de Controversias innovan en la resolución de disputas, buscando adaptarse a las necesidades de las partes y al tipo de conflicto. En el Ecuador se ha hecho énfasis en el arbitraje convencional y la mediación, dejándose de lado muchísimos otros MASC que pueden ser útiles en la resolución de ciertas controversias. Esta tesis plantea la utilización de un tipo de arbitraje que resulta extraño a nuestra práctica arbitral y que sin embargo goza de reconocimiento internacional por su capacidad de impulsar la negociación directa entre las partes. La pregunta sobre si puede o no utilizarse el arbitraje de última oferta en nuestro país es relevante en cuanto busca expandir el entendimiento de los tipos de MASCs, resaltando la potestad de las partes de someterse a un tipo de mecanismo adecuado para su propia controversia.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis de esta tesina sostiene que el Arbitraje de Última Oferta es aplicable dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Se trata de una premisa importante en cuanto hace énfasis en la flexibilidad propia del arbitraje y el principio de autonomía de la voluntad que lo rige, volviendo al principio básico de que las partes son dueñas del diseño de su procedimiento según sus necesidades.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

Esta tesina hace una excelente presentación de lo que es y cómo funciona el Arbitraje de Última Oferta, utilizando doctrina y legislación comparada relevante. Así también se basa en los principios básicos del Derecho Civil y en la legislación nacional para sustentar la hipótesis de que este tipo de arbitraje es aplicable dentro de nuestro país.

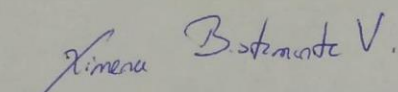
MB

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

La tesina justifica la hipótesis a partir del principio de autonomía de la voluntad que rige al arbitraje y la flexibilidad que tienen las partes al momento de diseñar su procedimiento. Así también hace énfasis en la utilidad que representaría un arbitraje que promueve la negociación directa entre las partes.

e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo de la investigación.

La investigadora ha completado las tareas encomendadas a lo largo de la investigación.


Ximena Bustamante Vásquez

DIRECTORA

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Nombre: Michelle Katherine Benavides Guzmán

Código del estudiante: 00100270

C.I.: 171455396-1

Fecha: Quito, diciembre de 2015

DEDICATORIA

El resultado de un arduo trabajo se lo dedico a Gladys, Teresita y Kevin, mi fuerza, mi apoyo y mi paz, gracias por estar ahí en mis momentos de debilidad, por estar ahí siempre para mí; y a todos los soñadores que creemos en un país lleno de personas dispuestas a solucionar sus controversias por ellas mismas, por un Ecuador mejor.

AGRADECIMIENTOS

Mis eternos agradecimientos a mi Directora, sin ella esto jamás se habría logrado, a toda mi familia, por la presión necesaria para terminar este trabajo, a mis tres hermanos de corazón, por las enseñanzas a lo largo de todo nuestro proceso formativo y sobre todo a esos amigos que me brindaron su tiempo para poder llegar finalmente a la meta.

RESUMEN

El Arbitraje de Última Oferta nació en Estados Unidos como Método Alternativo de Resolución de Conflictos, empleado principalmente para acercar a las partes dentro de un proceso de Negociación. Con los años, los mismos creadores del Arbitraje de Última Oferta se dieron cuenta de que éste mecanismo supera las falencias que el Arbitraje Convencional presenta entre quienes lo usan. Debido al alto número de conflictos resueltos entre las partes en disputa que lo utilizan, éste ha sido empleado alrededor del mundo, dejando buenos resultados a su paso. Considerando el estado actual de nuestro país, sobre todo el auge que se ha venido dando para los Métodos Alternativos de Resolución de Controversias, se vuelve vital el implementar nuevos mecanismos que fomenten el uso de los métodos de resolución actualmente conocidos. Sin embargo existen tanto limitaciones legales, como doctrinarias al momento de implementar nuevos mecanismos que no se encuentran concebidos en nuestra legislación. Por lo mismo, el presente trabajo se centra en la posibilidad de implementar el Arbitraje de Última Oferta, analizando las posibilidades legales y doctrinarias para su desarrollo en nuestro país.

ABSTRACT

Final Offer Arbitration was first created in the United States of America as an Alternative Dispute Resolution, it was primary used to approach the parts in a Negotiation. With the years, the creators of the Final Offer Arbitration realized that this mechanism surpass the defects that Conventional Arbitration presents between the parts that use it. Considering the number of conflicts resolved between the parts that use this mechanism, it has been used all over the world, leaving great results wherever it passed. Analyzing the actual state of our country, specially the peak for the Alternative Dispute Resolution, it becomes essential to implement new mechanisms that improve the use of the Alternative Dispute Resolution known so far. Nevertheless we have legal and doctrinal limits that disable the implementation of these new mechanisms which are not conceive in our legislation. For all of this, the work I am presenting, centers in the chance of implement the Final Offer Arbitration, analyzing all of the legal and doctrinal possibilities for its development in our country.

Tabla de contenido

Introducción.....	13
1. Acercamiento al Arbitraje de Última Oferta.....	15
1.1 Arbitraje de Última Oferta y su relación con los Métodos Alternativos de Solución de Controversias	15
1.2 Desarrollo Conceptual del Arbitraje de Última Oferta.....	20
1.2.1 Chilling Effect	26
1.2.2 Narcotic Effect	27
1.2.3 Arbitraje de Última Oferta y su Vinculación con el Arbitraje Convencional	29
1.2.4 Campo Principal de Aplicabilidad del Arbitraje de Última Oferta	33
1.3 Legislación Comparada.....	34
1.3.1 Desarrollo del Arbitraje de Última Oferta en Sistemas de Common Law.....	35
1.3.1.1 Estados Unidos de Norteamérica	35
1.3.1.1.1 Connecticut	37
1.3.1.1.2 Iowa	38
1.3.1.1.3 New Jersey.....	38
1.3.1.1.4 Oregon	39
1.3.1.1.5 Wisconsin	39
1.3.1.2 Canadá.....	40
1.3.1.3 Nueva Zelanda, Australia, Gran Bretaña e Irlanda	42
1.3.2 Desarrollo del Arbitraje de Última Oferta en Sistemas de Civil Law.....	42
1.3.2.1 Legislación Peruana.....	42
1.3.2.2 Legislación Española	43
1.3.2.3 Legislación Alemana.....	43
1.4 Utilidad del Arbitraje de Última Oferta	44
2. Aplicabilidad del Arbitraje de Última Oferta en el Sistema Extrajudicial Ecuatoriano..	46
2.1. Análisis del Elemento Contractual.....	46

2.1.1.	Principio de Autonomía de la Voluntad	46
2.1.2.	Principio de Supremacía Jerárquica de la Constitución	59
2.1.3.	Análisis de la premisa: “Lo que no está prohibido está permitido”	63
2.2.	Antítesis: Inaplicabilidad del Arbitraje de Última Oferta	66
2.3.	Análisis de la Legislación Aplicable al Arbitraje de Última Oferta	71
2.3.1.	Constitución de la República del Ecuador	71
2.3.2.	Código Orgánico de la Función Judicial	73
2.3.3.	Ley de Arbitraje y Mediación.....	74
2.3.4.	Código de Procedimiento Civil.....	79
2.3.5.	Código Civil	79
2.4.	Arbitraje de Última Oferta: ¿En qué área del derecho aplicaría? ¿Bajo qué supuestos?	81
2.5.	Procedimiento para la Aplicación del Arbitraje de Última Oferta	82
2.5.1.	Análisis de Designio de Árbitro y tipo de Arbitraje, ¿en Equidad o en Derecho? ¿Arbitraje Administrado o Independiente?.....	82
2.5.2.	Diseño de Cláusula Arbitral o de Convenio que permita el desarrollo del Arbitraje de Última Oferta	84
3.	Conclusiones y Recomendaciones	86
3.1.	Conclusiones	86
3.2.	Recomendaciones	92
	BIBLIOGRAFÍA	93
	PLEXO NORMATIVO	96

Introducción

La actualidad y relevancia de la Aplicabilidad del Arbitraje de Última Oferta radica en la época de apogeo para los Métodos Alternativos de Resolución de Controversias, en el cual se encuentra el sistema extrajudicial ecuatoriano hoy en día. La aplicabilidad de estos mecanismos alternos a la justicia convencional son de suma relevancia para nuestro sistema, puesto que se centran en el empoderamiento de las partes como dueñas de su proceso, se enfocan en resolver el conflicto de manera expedita y sobre todo, considerando la clara necesidad de descongestionar el sistema de justicia convencional, éstos nuevos mecanismos de fácil acceso para las partes, ayudan tanto al desahogo del sistema judicial, como presentan altos niveles de resolución de conflictos surgidos entre las partes.

No obstante a lo mencionado, el inconveniente radica en que nuestro sistema extrajudicial no hace referencia a todos los tipos de mecanismos alternativos que actualmente existen, dejando de lado a excelentes procedimientos que a fin de cuentas impulsan la resolución completa de la controversia. Debido a esta falta expresa de norma que permita la implementación de un nuevo método alternativo, el problema jurídico a plantearse dentro del presente trabajo será: considerando la legislación creada para los métodos alternativos de solución de conflictos en Ecuador, ¿es aplicable el Arbitraje de Última Oferta dentro de nuestro ordenamiento jurídico?

Tomando como punto de partida mi problema jurídico, sostengo la hipótesis de que el Arbitraje de Última Oferta, como método alternativo de solución de conflictos, es aplicable considerando nuestro ordenamiento jurídico, así como los principios que lo rigen. Para sostener dicha aseveración, a lo largo del presente trabajo revisaremos: en el primer capítulo, la relación que tiene el Arbitraje de Última Oferta con los Métodos Alternativos de Resolución de Controversias, la definición del Arbitraje de Última Oferta, considerando su naturaleza, sus elementos y efectos que genera; de igual forma en el primer capítulo analizaremos las semejanzas y diferencias que presenta el Arbitraje de Última Oferta con el Arbitraje Convencional, cuál es el campo principal de aplicabilidad del Arbitraje de Última Oferta; de igual forma realizaremos un breve estudio respecto de las legislaciones que presentan sistemas tanto de common law como

de civil law, que emplean dicho mecanismo alternativo, analizando los puntos relevantes del desarrollo del Arbitraje de Última Oferta en esos sistemas, para tomarlos como punto de referencia al momento de plantear la implementación del mismo en nuestro sistema; finalizaremos el primer capítulo con el examen de las utilidades que presenta el desarrollo del arbitraje en mención.

En cuanto al segundo capítulo, el cual fundamentará mi hipótesis, analizaremos en primer lugar el elemento contractual que presenta el convenio arbitral, para pasar a estudiar el principio de autonomía de la voluntad, sobre todo los límites a la misma, y la posibilidad de implementar una cláusula arbitral que incorpore al Arbitraje de Última Oferta, tomando como punto de referencia el hecho de que la autonomía de la voluntad permite a las partes desarrollar su propio convenio. De igual forma, en el segundo capítulo analizaremos el principio de supremacía constitucional, puesto que es la Constitución y su norma abierta la que permite implementar nuevos mecanismos alternativos tales como el Arbitraje de Última Oferta. Continuaremos con el estudio de la premisa aplicable para el derecho privado de que “lo que no está prohibido, está permitido”, lo que nos llevará a examinar la legislación ecuatoriana para determinar si existe prohibición alguna para la implementación del Arbitraje de Última Oferta; no sin antes elaborar una antítesis que fundamente la inaplicabilidad del Arbitraje de Última Oferta. Por último en el segundo capítulo examinaremos las áreas del derecho en las cuales es aplicable el arbitraje en mención y desarrollaremos, basados en la Ley de Arbitraje y Mediación, un modelo de procedimiento para implementar el Arbitraje de Última Oferta, así como un tipo de convenio arbitral que incorpore la implementación de éste nuevo mecanismo.

Por último, en el tercer capítulo del presente trabajo concluiremos con las ideas más relevantes dadas a lo largo del mismo y finalizaremos con ciertas recomendaciones para la adecuada implementación del Arbitraje de Última Oferta dentro de nuestro sistema extrajudicial.

1. Acercamiento al Arbitraje de Última Oferta

El presente capítulo estará destinado a definir al Arbitraje de Última Oferta (Final Offer Arbitration) empezando por denotar su característica esencial, que es un Método Alternativo de Solución de Conflictos. Posterior a la definición completa de los elementos que presenta el Arbitraje de Última Oferta o de Oferta Final, pasaremos a realizar un análisis de la legislación comparada y finalizaremos con el estudio de las ventajas que representa su ejecución dentro de un conflicto sin resolución.

1.1 Arbitraje de Última Oferta y su relación con los Métodos Alternativos de Solución de Controversias

Los Métodos Alternativos de Solución de Controversias (en adelante MASC) en la historia de los Estados Unidos de Norteamérica, nacen debido a la insatisfacción de la población norteamericana con la administración de justicia. Debido a este descontento, un grupo de juristas se reúne y encuentra una solución adecuada, el desarrollo de medios alternativos al sistema judicial, encaminados a la resolución de controversias.

El autor Ramon Mullerat, en referencia a la creación de los MASC, nos relata lo siguiente:

[...] en 1976 cuando el ex-Presidente del Tribunal Supremo, Warren Burger, en el ciclo de conferencias Roscoe Pound sobre las Causas de insatisfacción popular de la administración de justicia se preguntó ¿no hay algún medio mejor? (isn't there a better way?). Inmediatamente la ABA (American Bar Association), el Colegio de Abogados Americano, creó— un comité especial para disputas menores (Special Committee on Minor Disputes) que se convirtió en la actual Sección de Resolución de Disputas (ABA Dispute Resolution Section). En el mundo académico, el Profesor Ian Fuller invitó a los juristas a considerar métodos de resolución de problemas policéntricos que presentan aspectos interrelacionados y que no se prestan fácilmente a soluciones todo o nada. Por su parte, el Profesor Frank Lander propuso la idea de un tribunal con varias puertas (multidoor courthouse) donde las disputas individuales pudieran encontrar procedimientos apropiados tales como la mediación, el arbitraje, el fact finding o paneles de examen de responsabilidad profesional (malpractice screening panels) [...]¹.

¹ Mullerat, Ramon. “La Justicia Alternativa en los Estados Unidos de Norteamérica”. *Anuario de justicia alternativa* N° 3 (2002), p. 3.

En cuanto a la definición de los MASC o ADR, (Alternative Dispute Resolution) por sus siglas en inglés, el autor José Guillermo Cuadra los conceptualiza de la siguiente manera:

[...] alternativas paralelas al sistema de administración de justicia que permite a los particulares resolver las controversias de manera privada [...] se trata de aquellos mecanismos encaminados a solucionar las controversias entre las partes, ya sea de manera directa entre ellas, o bien, a través del nombramiento de mediadores, conciliadores o árbitros que coadyuven en la solución alterna a los conflictos [...]².

Para completar la definición de los MASC o ADR, el mismo Ramón Mullerat expresa lo siguiente:

[...] La ADP Act 1998 (art. 651) define las ADR como todo proceso, distinto al de decisión judicial (an adjudication by a presiding judge), en el que un tercero imparcial o neutral participa para ayudar a la resolución de los problemas en controversia a través de determinados procedimientos, tales como la evaluación neutral inicial (early neutral evaluation), la mediación, el minijuicio (minitrial) y el arbitraje [...]³.

A esto podemos acotar que todos los MASC comparten ciertas características de su naturaleza. En primer lugar, todos tienen carácter voluntario, es decir las partes se someten a ellos por su propia decisión. En segundo lugar, todos poseen una esencia contractual y por lo mismo principios civiles los rigen. Y, a lo largo del desarrollo de los MASC, prima la autonomía de la voluntad de las partes que someten sus controversias a los mismos⁴.

Los MASC, además de surgir para aliviar el sistema de administración de justicia, fueron creados para la solución pacífica de conflictos. Los mismos son los encargados de satisfacer las necesidades de las partes en controversia. Su flexibilidad y adaptabilidad a la realidad y necesidad de las partes es una de sus principales características. En el desarrollo de los MASC o ADR, como ya lo dijimos, las partes son las protagonistas.

² Cuadra Ramírez, José Guillermo. *Medios Alternativos de Resolución de Conflictos como Solución Complementaria de Administración de Justicia*. Publicaciones de Becarios. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México D.F., p. 10.

³ Mullerat, Ramon. "La Justicia Alternativa...". *Óp. cit.*, p. 3.

⁴ Rodríguez Márquez, José A. "Los Métodos Alternativos de Resolución de Controversias". *Anales de Jurisprudencia*. México: UNAM, 2000, p. 323.

Cabe señalar además, que el uso de los MASC presenta varias ventajas entre las cuales encontramos: la celeridad para resolver el conflicto inter partes, el protagonismo de las partes a lo largo del desarrollo de los mecanismos, los menores costos y mejor calidad del servicio brindado, la confidencialidad con la que se maneja la controversia, el arreglo integral del conflicto, así como de las relaciones inter partes, entre otras.

Así mismo, los MASC se dividen en dos tipos, los mecanismos Autocompositivos y los Heterocompositivos. El mecanismo autocompositivo, dice el autor Víctor Moreno, “[...] se caracteriza por ser las partes en litigio quienes, bien por un sacrificio unilateral, bien por mutuo acuerdo en sus respectivas posiciones iniciales mantenidas al tiempo del planteamiento del conflicto, deciden ponerle fin [...]”⁵. Mientras que a los mecanismos heterocompositivos los describe de la siguiente manera:

[...] Las formas heterocompositivas para la resolución de conflictos [...] son dos: el arbitraje y el proceso jurisdiccional. Tanto en uno como en otro caso la imparcialidad del tercero permitirá la composición <<desinteresada>> del conflicto mediante la aplicación del Derecho objetivo. Ambas, presentan las similitudes expresadas, pero se diferencian en que, en el primero la legitimación proviene de un contrato celebrado entre las partes y el tercero, cuyo objeto es la solución de un determinado conflicto, [...] en un único ejercicio que finaliza con el laudo o decisión arbitral, que las partes se comprometen a acatar [...]”⁶.

En los métodos heterocompositivos, es el tercero imparcial quien resuelve el conflicto entre las partes mediante la emisión de una resolución; mientras que en los métodos autocompositivos, son las partes quienes resuelven su conflicto, con o sin la intervención de un tercero, por ejemplo en el caso de la negociación, la conciliación o la mediación.

Considerando que la negociación tendrá un papel protagónico en el proceso del Arbitraje de Última Oferta, se torna relevante hacer ciertas aclaraciones alrededor de la misma. En primer lugar la negociación es definida como:

⁵ Moreno Catena, Víctor. “La Resolución de Conflictos”. *Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y Ámbitos*. Helena Soletto Muñoz *et. al* (directora). España: Tecnos, 2011, p. 31.

⁶ Moreno Catena, Víctor. “La Resolución de Conflictos”. *Op. cit.*, pp. 33, 34.

[...] un medio básico para lograr lo que queremos de otros. Es una comunicación de doble vía para llegar a un acuerdo cuando usted y otra persona comparten algunos intereses en común, pero que también tienen algunos intereses opuestos [...]⁷.

Existen dos tipos de negociación, la distributiva o competitiva y la integrativa o cooperativa. La negociación distributiva es:

[...] una confrontación [...] una competición en la que hay que ganar una ilimitada cantidad de monedas de cambio. [...] El tipo de negociación antes descrita ha sido denominada «negociación distributiva», principalmente porque las posiciones de quienes negocian son encontradas y compiten entre ellas. Se suele hablar así de ganadores y perdedores, incluso cuando ambas partes están satisfechas con un acuerdo o sin él. Los roles son entendidos en términos relativos, pues el ganador es aquel que ha podido aproximarse más a sus propios objetivos que su contraparte, destacándose que la magnitud de la cosa a repartir estará predeterminada y por definición será inalterable [...]⁸.

Mientras que, la negociación integrativa se caracteriza por:

[...] satisfacer un gran abanico de intereses [...] la negociación no es una competencia entre vencedores y vencidos, sino que una forma de que todas las partes implicadas saquen provecho. El negociador cooperativo comprende la importancia de que todos los participantes ganen algo, siendo así como crean relaciones beneficiosas a largo plazo para todos. En este tipo de negociación, denominada «negociación integradora» o «negociación cooperativa», destaca como una de sus características la inexistencia de perdedores, de este modo el enfrentamiento de intereses no acaba con el beneficio exclusivo de una de las partes, por el contrario es mucho más satisfactorio para los negociantes conseguir un mutuo acuerdo que los convierta a ambos en ganadores, lo cual trae aparejado una consolidación de sus relaciones en el tiempo [...]⁹.

De esta manera, las principales diferencias entre la negociación distributiva y la negociación integrativa son las siguientes: en la negociación distributiva la controversia se traduce en una cantidad de dinero que pasa de una parte a la otra, mientras que en la negociación integrativa se vela por los intereses de las partes, que van más allá de sus posiciones. Dentro de la negociación integrativa se puede ampliar el pastel a ser repartido, considerando no solo el aspecto económico sino también el emocional; del otro lado, en la negociación distributiva se busca dividir un pastel rígido, sin la

⁷ Fisher, Roger; Patton, Bruce y Ury, William. *Sí... ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*. Colombia: Norma, 1993, p. 9.

⁸ Parra Sepúlveda, Darío. “La Negociación Cooperativa, una Aproximación al Modelo Harvard de Negociación”. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* Vol. 3 (2012), p. 259.

⁹ Parra Sepúlveda, Darío. “La Negociación Cooperativa, una Aproximación al Modelo Harvard de Negociación”. *Op. cit.*, pp. 259, 260.

posibilidad de ampliarlo, es una negociación suma cero. De esta manera, en la negociación distributiva la división del pastel se basa en la danza o el intercambio de concesiones recíprocas y el proceso de negociación se centra en los hechos, así como en el derecho aplicable. En la negociación distributiva, a diferencia de la negociación integrativa, la relación de las partes no es relevante para los negociadores, sino más bien se miran como rivales.

Considerando lo antedicho debemos mencionar que para nuestro estudio, las negociaciones previas a la decisión arbitral, serán puramente económicas, sin que exista la posibilidad de “ampliar el pastel”; por esta razón, cuando hablemos de negociación a lo largo del presente trabajo, nos estaremos refiriendo a la negociación distributiva o competitiva.

Ahora bien, continuando con el tema del arbitraje como MASC heterocompositivo, mediante el cual un tercero imparcial resuelve o dirime una controversia presentada por las partes en disputa, se vuelve relevante hablar de su naturaleza. Existen dos teorías relacionadas a la naturaleza del arbitraje, la contractual o privatista y la jurisdiccional o procesal. Por un lado, la teoría contractual establece que:

[...] el arbitraje es equiparable “a un contrato privado, como una manifestación más de la soberanía y poder de disposición de las partes sobre sus relaciones jurídicas”. [...] En general bajo esta teoría se mantiene que se trata, dentro del derecho sustantivo, de una modalidad del contrato que encierra dentro de sí un tracto procedimental [...] ¹⁰.

Por otro lado, al respecto de la teoría jurisdiccional, Sara Feldstein menciona:

[...] La teoría que pone el acento en el elemento jurisdiccional o procesal del arbitraje lo fundamenta, en principio, en el carácter del árbitro. Al equipararlo en su función decisoria al juez subraya el rasgo acerca de la equivalencia entre la sentencia y el laudo. Así sostiene que la esencia del arbitraje se encuentra en la identidad de fondo de la función jurisdiccional otorgada a los tribunales, instituida por la ley de modo excepcional y temporario a los jueces privados que son los árbitros [...] ¹¹.

Así mismo existe una tercera teoría que fusiona ambas hipótesis, la teoría intermedia o sincrética. La misma es descrita de la siguiente manera:

¹⁰ Ramos Méndez, F. *Derecho Procesal*. T. II, 4ª ed., Barcelona, 1990, p. 1269. Citado en Feldstein de Cárdenas, Sara y Leonardi de Herbón, Hebe. *El Arbitraje*. Argentina: Abeledo-Perrot, 1998, p. 26.

¹¹ Feldstein de Cárdenas, Sara y Leonardi de Herbón, Hebe. *El Arbitraje*. *Op. cit.*, p. 29.

[...] Con intención de armonizar ambas teorías se han alzado voces que señalan que “si por una parte se llega justificadamente a refutar la jurisdicción de los árbitros como negocio privado y, por otra, se rechaza la posibilidad de asimilarla a la atribuida a los organismos del Estado, se establece, sin embargo, una estructura sui generis, que en la técnica se denomina ‘jurisdicción convencional’” [...] ¹².

Esta tercera teoría propone que el contrato de arbitraje, en virtud de la autonomía de la voluntad, genera una jurisdicción privada sometida a controles de legalidad; así el autor Giuseppe Vera expande dicha definición de la siguiente manera:

[...] Esta teoría concede relevancia al hecho de que al arbitraje se llega a partir de un contrato o convenio arbitral —que es un requisito sine qua non—, pero no menos cierto es que una vez incursos en el proceso arbitral, ni qué decir que con el laudo emitido se está ante una inminente manifestación de carácter jurisdiccional, por lo que ambas teorías no son válidas per se, sino en tanto se complementan y forman una nueva que contiene, por una parte, el punto de partida del arbitraje: el convenio arbitral, y, por otra, el objetivo final del laudo: el cumplimiento de lo ordenado, con carácter irrefutable y obligatorio [...] ¹³.

Tanto el arbitraje, como la mediación y la negociación, son alternativas paralelas al proceso judicial común y se asemejan en su objetivo final de resolver conflictos. Debido a esto podemos afirmar que tanto el arbitraje como la mediación y la negociación son MASCS; sin embargo, pese a ellos ser muy utilizados hoy en día, no son las únicas formas mediante las cuales podemos resolver nuestros conflictos. Existe una amplia lista de mecanismos alternativos de resolución de controversias, dentro de la cual encontramos al Arbitraje de Última Oferta o Arbitraje de Oferta Final.

1.2 Desarrollo Conceptual del Arbitraje de Última Oferta

El Arbitraje de Última Oferta (en adelante AUO), también conocido como Arbitraje de Oferta Final (en adelante AOF), es el sometimiento de dos ofertas formuladas por las partes, para que uno o varios terceros imparciales elijan, a su criterio, una de las dos propuestas como la más justa.

¹² Chillón Medina y Merino Merchán. *Tratado de Arbitraje Interno e Internacional*. 2ª ed., Madrid, 1991, pp. 117, 118. Citado en Feldstein de Cárdenas, Sara y Leonardi de Herbón, Hebe. *El Arbitraje*. *Op. cit.*, pp. 32, 33.

¹³ Vera Cacho, Giuseppe. “Consideraciones generales acerca del arbitraje”. *Ius et Praxis* No. 4 (2013), p.21.

Considerando su naturaleza de medio paralelo a la administración de justicia convencional y su empleo en la solución pacífica y expedita de los conflictos surgidos inter partes, podemos afirmar que el AUO es principalmente un MASC.

Así el AUO es un método alternativo a la administración de justicia convencional, mediante el cual las partes someten sus ofertas a un tercero imparcial para que éste elija una de las dos. En su concepto podemos claramente notar la gran similitud de fondo que presenta el AUO con el arbitraje convencional; debido a esto, sin temor a equivocarnos, podemos decir que el AUO, aparte de ser un MASC, es un tipo de arbitraje. Esto último lo desarrollaremos más a fondo a lo largo del presente capítulo.

Dentro de la historia de creación del AUO o Final Offer Arbitration (FOA por sus siglas en inglés), nos percatamos que éste nace para la resolución de conflictos dentro del área de las relaciones laborales en Estados Unidos de Norteamérica; el autor anglosajón Josh Chetwynd nos aclara el panorama al manifestar que: “[...] FOA was first proposed abstractly in the United States in the late 1940s as a tool for preventing large-scale labor strikes, which government officials feared could precipitate national emergencies [...]”¹⁴.

En el mismo aspecto histórico de creación del AUO, Guillermo Flores Borda en su artículo “Teoría de Juegos y Derecho: Arbitraje de Oferta Final”, nos menciona que fue Carl Stevens en el año de 1966 quien publicó un ensayo denominado “Is Compulsory Arbitration Compatible with Bargaining?”, dentro del cual, relata Flores Borda, se hacía mención a lo siguiente:

[...] los sistemas arbitrales (en específico, el Arbitraje Convencional, que era el único utilizado en ese entonces) debían ser modelados de manera que ellos mismos desincentivaran su uso en favor del desarrollo de comportamiento de concesión en la etapa de negociación directa, creando lo que ahora se conoce como Arbitraje de Oferta Final [...]¹⁵.

¹⁴ Chetwynd, Josh. “Play Ball? An Analysis of Final-Offer Arbitration, Its Use in Major League Baseball and Its Potential Applicability to European Football Wage and Transfer Disputes”. *Marquette Sports Law Review* Volume 20 (2009), p. 110.

¹⁵ Flores Borda, Guillermo. *Teoría de Juegos y Derecho: “Arbitraje de Oferta Final”* Tesis de Grado. Pontificia Universidad Católica de Perú. Perú, 2012, p. 22.

Es decir, desde el año de 1966, los doctrinarios anglosajones ya consideraban la necesidad de que exista un tipo arbitral que incentivara la negociación en las partes, generando así mayores concesiones entre ellas y dejando de lado el arbitraje convencional.

Adicionalmente a lo manifestado, el AUO dentro del mismo ámbito de resolución de conflictos laborales, a inicios de 1970 también fue utilizado en el sector público; así el autor Clemens Murray nos expresa que:

[...] several American States had enacted legislation requiring collective agreement bargaining impasse between public authorities such as municipalities and public employees - usually fire-fighters, police and prison guards, to be resolved by way of final offer arbitration [...]¹⁶.

Con lo manifestado por los autores anteriormente citados, podemos observar que en el año de 1966 se proponía un tipo de arbitraje diferente al convencional, que fuera capaz de desincentivar la aplicación del mismo para generar un mejor desenvolvimiento de la negociación. Así en 1970 dicho mecanismo fue implementado incluso en el sector público para resolver controversias laborales surgidas entre las autoridades públicas y sus trabajadores.

Ahora bien, analizando lo manifestado por el doctrinario Carl Stevens, nos surge una interrogante, ¿cómo el AUO puede desincentivar su propia aplicación? Para poder responder esta pregunta, es esencial conocer al AUO a profundidad, así como las implicaciones que genera su aplicación dentro de un conflicto.

Es el mismo autor Murray A. Clemens quien nos ayuda a comprender el AUO realizando la siguiente definición del mismo: “[...] Final offer arbitration is a method by which a dispute between two parties is resolved by an arbitrator choosing between final offers of settlement made by each party to the dispute [...]”. Y complementa dicha definición mencionando que: “[...] The final offer chosen by the arbitrator binds the

¹⁶ Clemens, Murray A., et al. *Final Offer Arbitration: Baseball, Boxcars & Beyond*. <http://www.cle.bc.ca/PracticePoints/REAL/11-FinalOfferArbitration.pdf> (acceso: 21/05/2015).

parties to the dispute and in most applications, forms the basis of an agreement between them for the provision of services [...]”¹⁷.

Adicionalmente a la descripción teórica del AUO, Clemens añade lo siguiente:

[...] The theory of final offer arbitration is quite simple. It was believed that the logic of the procedure itself would force the parties, even in threatened impasses to continue moving ever closer together in search of a position that would most likely receive a neutral’s sympathy [...]”¹⁸.

Dentro del AUO, las partes presentan al árbitro o árbitros designados sus ofertas, mismas que se determinarán a lo largo del proceso de negociación distributiva. Y al concluir el proceso del AUO, serán los árbitros designados los encargados de elegir una de las dos ofertas, sin la posibilidad de ir más allá de las mismas.

Para comprender el concepto del AUO de manera más clara, el autor Flores Borda realiza una breve comparación entre el Arbitraje Convencional (en adelante AC) y el AUO; dicho autor nos manifiesta lo siguiente:

[...] bajo Arbitraje Convencional, el árbitro o tribunal arbitral genera un concepto propio de los hechos (Ye) a partir del cual modela su concepto de “laudo justo” (Ys), que no corresponde a ninguna de las ofertas de las partes (Yu o Ym) sino que es un punto medio entre éstas [...]”¹⁹.

Dentro del AC, el árbitro o árbitros generan un concepto de “laudo justo”, que generalmente será el punto medio entre las pretensiones formuladas por ambas partes. Sin embargo, esta posibilidad de encontrar un punto medio dividiendo la diferencia, no es viable dentro del AUO. Como lo mencionamos anteriormente, el árbitro o tribunal arbitral no está facultado para elegir fuera de las opciones u ofertas que ambas partes presentan, razón por la cual no podrían dividir la diferencia como un tribunal arbitral convencional.

Completando esta comparación, el mismo autor Flores Borda expresa lo siguiente:

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

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ *Vid. supra* nota 8.

¹⁹ Flores Borda, Guillermo. *Teoría de Juegos y Derecho... Óp. cit.*, p. 22.

sino que deberá ser igual a Y_u (oferta del sindicato) o Y_m (oferta del empleador) y nunca un punto medio entre éstas [...] ²⁰.

La semejanza entre ambos procedimientos arbitrales radica en la concepción de “laudo justo”, la misma sigue vigente dentro del procedimiento del AUO, así como dentro del procedimiento del AC. En el AUO, el árbitro o tribunal no deja de generar un concepto de “laudo justo” y, pese a no poder fallar a favor de su idea de laudo justo, el árbitro o tribunal arbitral puede fallar a favor de la oferta más cercana al mismo. Al respecto Flores Borda nos expresa lo siguiente:

[...] cabe señalar que el árbitro o tribunal arbitral no elige Y_u o Y_m como laudo arbitral de manera aleatoria, sino que elegirá la oferta más cercana a su concepto de “laudo justo” (i.e. Y_s) bajo la asunción de que ésta es más razonable que la oferta más lejana, por lo que las partes tienen incentivos positivos para moderar sus ofertas [...] ²¹.

Como bien lo manifestamos, el árbitro o árbitros no dejan de crear una representación de “laudo justo” dentro de este procedimiento arbitral. En el AUO, el concepto de “laudo justo” se mantiene y es punto determinante para que las partes presenten sus ofertas, puesto que el tribunal fallará a favor de la pretensión que más se acerque a dicha concepción.

El concepto de “laudo justo”, así como el procedimiento de resolución del AUO, es asimilado en la teoría de juegos; mediante una fórmula económica se explica claramente cuál será la forma de decidir del árbitro en el AUO. Al respecto el autor Robert Gibbons en su libro “Un primer curso de teoría de juegos”, nos manifiesta lo siguiente:

[...] Supongamos que las partes en disputa son una empresa y un sindicato, y que la disputa es acerca de los salarios. Supongamos que el juego se desarrolla de la siguiente manera: primero, la empresa y el sindicato realizan simultáneamente ofertas, denominadas w_e y w_s . En segundo lugar, el árbitro elige una de las dos ofertas. [...] Supongamos que el árbitro tiene un acuerdo ideal que le gustaría imponer, que denominamos x . Supongamos además que, tras observar las ofertas de las partes w_e y w_s , el árbitro elige simplemente la oferta más cercana a x : siempre que $w_e < w_s$ (una intuición que demostraremos que se cumple) el árbitro elige w_e si $x < (w_e + w_s)/2$ y elige w_s si $x > (w_e + w_s)/2$ [...] ²².

²⁰ *Ibíd.*

²¹ *Vid. supra* nota 11 y 12.

²² Gibbons, Robert. *Un primer curso de teoría de juegos*. Ed. Antoni Bosch. 1993, p.24.

Con lo señalado anteriormente, podemos notar como el procedimiento de resolución del AUO se centra en la concepción de “laudo justo” que el árbitro genere alrededor del proceso.

Tomando de referencia el concepto de “laudo justo”, es vital analizar las implicaciones que el mismo genera en las partes al momento de presentar sus ofertas. El autor nos sabe manifestar que cuando las partes se someten al AUO se encuentran conscientes de los riesgos que el mismo implica; sin embargo, tomando en cuenta que para nuestra legislación éste mecanismo es sumamente nuevo, se torna necesario para nosotros profundizar en los efectos que genera el sometimiento de las partes en conflicto al AUO.

Flores Borda nos ayuda a entender los efectos generados en las partes, manifestando lo siguiente:

[...] En tal sentido, el Arbitraje de Oferta Final crearía en las partes dos (2) tipos de incertidumbre que genera en ellas incentivos negativos para maximizar sus ofertas e incentivos positivos para moderarlas: (i) Incertidumbre respecto del concepto de “laudo justo” del árbitro o tribunal arbitral, dado que las partes no tienen capacidad de conocer de antemano cómo éste es generado. (ii) Incertidumbre respecto del laudo arbitral, dado que cada parte entiende que 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 [...].²³

Al momento de presentar sus ofertas, las partes se encuentran en incertidumbre y por lo tanto conscientes del riesgo que implica el presentar una propuesta extrema, que podría no ser la más cercana al concepto de “laudo justo” generado por el árbitro. Debido a estas incertidumbres y temores de las partes, las mismas prefieren proponer ofertas que más se acerquen al “punto de equilibrio” en la negociación.

No obstante a lo antedicho, ¿qué nos asegura que las partes tenderán a presentar ofertas razonables (más cercanas al laudo justo) y no preferirán realizar ofertas extremas? Para responder esta interrogante deberemos realizar un breve análisis del “chilling effect”, así como del “narcotic effect” como críticas al AC, enfatizando su relación con el AUO.

²³ Flores Borda, Guillermo. *Teoría de Juegos y Derecho... Óp. cit.*, p. 24.

1.2.1 Chilling Effect

Como lo mencionamos anteriormente, el AC se ve envuelto por críticas severas debido a los efectos que el mismo produce sobre las partes en disputa. Al respecto, Bolton y Katok nos exponen lo siguiente: “[...] The rationale for final offer begins with the claim that, when allowed to decide freely, arbitrators tend to split the difference between final bargaining positions, thereby chilling the incentive to compromise during negotiations [...]”²⁴.

El desarrollo del AC genera que las partes prefieran no negociar y lanzar ofertas extremas. En el AC, considerando los estudios relacionados al tema, el o los árbitros tienen a dividir la diferencia entre las pretensiones formuladas por las partes, ya que esa decisión es la más cercana a su concepción de “laudo justo”. Con estos antecedentes, las partes prefieren realizar ofertas irrazonables para así generar un mayor beneficio. Por todo esto, los sujetos en conflicto ven a la negociación, anterior al arbitraje, como un obstáculo y descartando la misma, deciden alejarse de su “punto de equilibrio”. Al respecto Flores Borda nos relata este efecto del AC de la siguiente manera:

[...] De manera previa al Arbitraje Convencional, las partes son colocadas una frente a la otra en la etapa de negociación directa a fin de que intercambien propuestas de solución (i.e. ofertas). No obstante, las partes saben que su controversia será resuelta mediante Arbitraje Convencional de no llegar a un acuerdo negociado. Al ser que el Arbitraje Convencional no representa costos de disputa significativos para las partes (dado que el árbitro o tribunal arbitral establecerá un punto medio como laudo arbitral, no afectando grandemente a ninguna de las partes), éstas prefieren no realizar concesiones significativas en la etapa de negociación directa. A esto se denomina el “efecto escalofrío” del Arbitraje Convencional [...]²⁵.

Continuando con el desarrollo del “chilling effect” o “efecto escalofrío”, los autores norteamericanos Brams y Merrill complementan su concepto, explicando lo siguiente:

[...] Binding arbitration would seem even less satisfactory in inducing the two sides to make fair and reasonable offers [...]. Indeed, each side would have an incentive to exaggerate its offer to the other side [...], under the presumption that the arbitrator will choose a compromise somewhere between the two offers. If the arbitrator is likely to “split the difference”, there is an obvious advantage for each side to make an

²⁴ Bolton, Gary E. y Katok, Elena. “Reinterpreting Arbitration’s Narcotic Effect: An Experimental Study of Learning in Repeated Bargaining”. *Games and Economic Behavior* N° 25 (1998), p 2.

²⁵ Flores Borda, Guillermo. *Teoría de Juegos y Derecho... Óp. cit.*, p. 15.

extreme offer, for it will tend to pull the average-and expected settlement-toward one's favored position [...]²⁶.

De la misma manera, apoyando lo manifestado anteriormente, los autores Farber y Bazerman nos explican que:

[...] Arbitrators are influenced by the facts independently of the offers. In addition, the finding that the weight that the arbitrator puts on the offers in making an award is affected by the quality of the offers suggests that there are limits to the degree to which the parties can manipulate the arbitration award by manipulating their offers [...]²⁷.

Con todo esto, podemos afirmar claramente que el AC muestra un efecto negativo para la negociación previa al arbitraje; adicionalmente a esto, queda determinado que las ofertas o pretensiones formuladas por las partes sí influyen en la decisión del árbitro, por la misma razón resulta más beneficioso para ellas realizar ofertas extremas esperando así un beneficio mayor en la resolución.

Del otro lado, el AUO genera un temor al no saber cuál será la concepción de “laudo justo” del árbitro o tribunal arbitral. Al no poder “dividir la diferencia”, el árbitro sólo tiene la opción de elegir una de las dos ofertas presentadas por las partes en disputa, lo que genera un riesgo mayor para las partes en incertidumbre. Por todo esto, para evitar dicho riesgo, las partes prefieren realizar concesiones dentro de la negociación distributiva y así intentar acercarse a lo que las partes consideran será el “laudo justo” del árbitro o árbitros. Con todo esto queremos decir que el “chilling effect” presente en el proceso del AC, no será un problema dentro del AUO.

1.2.2 Narcotic Effect

Otro efecto relacionado al AC es el llamado “narcotic effect” o efecto narcótico. Para definirlo contamos con la ayuda de los autores Farber y Currie, quienes nos mencionan lo siguiente:

[...] Compulsory arbitration has become an important method for resolving collective bargaining disputes in the public sector. However, many industrial relations scholars

²⁶ Brams, Steven J. y Merrill, Samuel III. “Binding versus Final-Offer Arbitration: A Combination is Best”. *Management Science* Volume N° 32 (1986), p. 1347.

²⁷ Bazerman, Max H. y Farber, Henry S. “Arbitrator Decision Making: When are Final Offers Important?”. *Industrial and Labor Relations Review* Vol. N° 39 (1985), p. 88.

have expressed concern that the use of arbitration is associated with growing dependence on arbitral intervention and a breakdown in the ability of bargaining parties to negotiate a settlement [...]. This problem has been dubbed the “narcotic” or “addictive” effect of arbitration [...]²⁸.

De la misma manera, los autores Bolton y Katok amplían el concepto del efecto en estudio mencionando que:

[...] The other explanation for overuse that plays a role here is known as the narcotic effect. The classic statement of this hypothesis was put forward by Wirtz 1963: “Bargainers will turn to arbitration as an easy and habit forming release from the . . . obligation of hard, responsible bargaining.” The causation mechanism is vague a real problem if the goal is to design a remedy for overuse but the implication is clear: going to arbitration engenders dependence on the procedure. Of course, the meaning of “dependence” must be made precise [...]²⁹.

El “narcotic effect” puede definirse como una suerte de adicción al AC por parte de los sujetos en disputa. Este efecto versa sobre el hecho de que las partes no tienen expectativas pesimistas dentro del AC, ya que en dicho sistema arbitral las partes consideran que el árbitro o tribunal siempre va a establecer un punto medio entre las pretensiones de los mismos.

Considerando lo mencionado, el autor Flores Borda finaliza el análisis de este efecto detallando las consecuencias principales que el mismo presenta:

[...] las principales consecuencias del “efecto narcótico” del Arbitraje Convencional en la etapa de negociación directa serían: (i) la reducción del comportamiento de concesión, lo cual impide que las partes aprendan protocolos (i.e. mecanismos de negociación a ser aplicados en futuras negociaciones); y, (ii) la exacerbación del comportamiento antagónico, ya que las partes ya no buscan una solución en común y justa para ambos, sino tan sólo una individualmente favorable [...]³⁰.

Descritos ambos efectos podemos claramente manifestar que ninguno de ellos se ve presente dentro del procedimiento del AUO. Los efectos generados en el desarrollo del AUO son contrarios a los descritos anteriormente; por lo mismo, después de estudiar los efectos característicos del AC y determinar que dichos efectos no son aplicables al AUO, queda demostrado cómo el AUO genera un beneficio para la negociación

²⁸ Faber, Henry S. y Currie, Janet. *Is Arbitration Addictive?: Evidence from the Laboratory and the Field*. NBER Working Paper N° 3952 (1992), p 1.

²⁹ Wirtz, Willard. “Address Before National Academy of Arbitrators”. *Daily Labor Rep. No. 23* (1963), pp. 1, 4. Citado en Bolton, Gary E. y Katok, Elena. “Reinterpreting Arbitration’s Narcotic Effect...”. *Óp. cit.*, p. 3.

³⁰ Flores Borda, Guillermo. *Teoría de Juegos y Derecho... Óp. cit.*, pp. 17, 18.

distributiva anterior al arbitraje, así como fomenta ofertas razonables más cercanas a la concepción de “laudo justo” formulada por las partes. Por otro lado, el AC genera un rechazo a la negociación, de la misma manera que forja pretensiones extremas dentro del proceso arbitral.

1.2.3 Arbitraje de Última Oferta y su Vinculación con el Arbitraje Convencional

Continuando con la descripción del AUO, como ya lo mencionamos, el mismo es considerado un MASC o ADR, en inglés, debido a su naturaleza extrajudicial para la resolución de un conflicto, así mismo determinamos que el AUO es un tipo de arbitraje por su alto nivel de similitud con el mismo; sin embargo para profundizar este aspecto en específico consideramos necesario analizar el vínculo que guarda el AUO con el arbitraje convencional. Del análisis que realicemos podremos fundamentar la idea de que el AUO es un tipo de arbitraje.

Para iniciar el estudio comparativo entre el AUO y el AC, debemos empezar denotando las semejanzas que ambos métodos presentan, ya que ninguna divergencia puede eliminar las grandes similitudes que presentaremos entre ambos métodos. Por citar la mayor, ambos son métodos en los cuales las partes convienen en someter sus diferencias a un tercero neutral, para que éste sea el encargado de resolver la controversia³¹.

Así mismo, el autor Claude Fluet, sustentando la similitud existente entre el AUO y el AC, nos menciona lo siguiente: “[...] their central feature is that they involve a third party empowered by the ex-ante agreement of the disputants, to impose a binding decision in Resolution of the dispute [...]”³².

El AUO y el AC son semejantes en su forma, pero diferentes en el fondo. Su mayor diferencia es como el árbitro resuelve la disputa y su gran similitud es principalmente el desarrollo del proceso arbitral.

³¹ Sobre la completa definición del arbitraje, *vid.* Rodríguez Márquez, José A. “Los Métodos Alternativos de Resolución de Controversias”. *Anales de Jurisprudencia*. México: UNAM, 2000, p. 339.

³² Fluet, Claude y Gabuthy, Yannick. *Conventional versus Final-Offer Arbitration*. www.gate.cnrs.fr/IMG/pdf/y10_m10_SER_FluetGabuthy.pdf (acceso: 22/05/2015).

Considerando todo lo antedicho, Chetwynd nos expone las diferencias que ambos mecanismos presentan en el aspecto de fondo al decir:

[...] FOA's process differs fundamentally from conventional arbitration. In the conventional method, an arbitrator has the flexibility to impose any award he or she deems appropriate. In contrast, in FOA, the arbitrator must choose either one party's or the other party's final offer [...]³³.

Adicionalmente, es relevante mencionar que el AUO posee ciertas ventajas que lo diferencian del AC. Una de las ventajas en mención la encontramos destacada por los autores Farber y Katz, quienes exponen lo siguiente:

[...] It is commonly thought that a good procedure is one that is seldom used and that provides an incentive for the parties to reach a negotiated settlement. The rationale for this is that there are unique aspects to every collective bargaining relationship, which only the parties themselves can fully appreciate [...]³⁴.

El AUO fomenta la flexibilidad de las partes dentro la negociación distributiva. Todo esto debido al riesgo que cada parte tiene ante la posibilidad de que el árbitro designado elija la oferta de su contraparte, alejándose así de lo que cada una de ellas espera conseguir.

Adicionalmente a lo mencionado, Farber y Katz, sacan a relucir una ventaja sumamente interesante del AUO; al incentivar a que las partes resuelvan sus conflictos entre ellas, en el proceso de negociación, el empleo del AUO, o la falta del mismo, generará un sentimiento “ganar – ganar” entre las partes, puesto que son ellas mismas quienes llegan a un acuerdo sin la necesidad de imposición alguna de un tercero ajeno a la controversia.

Así mismo, en cuanto a las ventajas del AUO que lo diferencian del AC, el autor Henry Farber nos expresa lo siguiente: “[...] the primary channel through which FOA imposes costs on the parties is fundamentally different. It is the uncertainty concerning

³³ Chetwynd, Josh. “Play Ball? An Analysis of Final-Offer Arbitration...”. *Óp. cit.*, p. 110.

³⁴ Farber, Henry S. y Katz, Harry C. "Interest Arbitration, Outcomes, and the Incentive to Bargain". *Industrial and Labor Relations Review* Vol. 33 N° 1 (1979), p. 55.

the arbitrator's award combined with the risk aversion of the parties which is hypothesized to make FOA a costly alternative [...]”³⁵.

Para generar mayores concesiones entre las partes a la hora de negociar, el método alternativo a ser usado debe considerarse de alto costo. De este modo las partes, por el temor de asumir mayores costos en caso de resolución desfavorable a sus intereses, están dispuestas a solucionar el conflicto sin la necesidad de que exista decisión del tercero imparcial. Con la explicación brindada, podemos aseverar que el AUO, debido a la combinación de la falta de certeza en el concepto de “laudo justo” y el temor al riesgo, es un MASC de alto costo. Todo esto genera la ventaja de que el AUO incentiva a las partes a llegar a un acuerdo entre ellas.

Apoyando lo manifestado anteriormente, el autor Clemns nos dice: “[...] [w]hen there is no compromise and the arbitrator must select one of the parties’ offers, the fear that the other party’s offer may be perceived as more reasonable, promotes sincere and intense negotiations. Compromises during negotiations lead to high settlement rates [...]”³⁶. Con esto podemos advertir que otra ventaja del AUO es que genera un número mayor de acuerdos entre las partes.

A la par con las ventajas descritas, encontramos una desventaja para el AC. Dentro de un estudio realizado por el autor David E. Bloom, salta a la vista el siguiente resultado: “[...] Taken at face value, the results of this study are remarkably clear: Conventional arbitrators tend to split-the-difference between the parties' final offers with little additional systematic reference to the facts of the cases [...]”³⁷. Considerando los resultados obtenidos por Bloom podemos manifestar que el AUO a diferencia del AC no puede ser resuelto tan solo con dividir la diferencia de las ofertas de las partes, descartando así las propuestas extremas de los sujetos en conflicto.

³⁵ Farber, Henry S. “An Analysis of Final-Offer Arbitration”. *The Journal of Conflict Resolution* Vol. 24 N° 4 (1980), p. 684.

³⁶ *Vid. supra* nota 8.

³⁷ Bloom, David E. “Empirical Models of Arbitrator Behavior under Conventional Arbitration”. *The Review of Economics and Statistics* Vol. 68 N° 4 (1986), p. 585.

Siguiendo con la exposición de ventajas que separan el desarrollo del AUO del desarrollo del AC, contamos con el criterio de los autores Amy Farmer y Paul Pecorino, quienes al respecto expresan:

[...] Since settlement increases as the weight on the bids rises, we might expect FOA to result in greater settlement rates than CA. In FOA the “weight” on the bids is high since one of the two bids must be selected. Thus, these bids are likely to be informative [...] ³⁸.

Tomando lo citado como punto de referencia, podemos agregar una ventaja adicional sobre el AUO; las ofertas o pretensiones presentadas al tercero neutral se encuentran más cercanas al “punto de equilibrio” o “laudo justo”, razón por la cual la resolución del árbitro (en caso de haberla) no generará mayor contradicción entre partes y el sujeto no beneficiado no se encontrará muy contrariado por la pérdida.

Ahora bien, de la misma forma en la que hemos descrito varias de las ventajas que presenta el procedimiento del AUO, debemos así mismo denotar ciertas desventajas que sus críticos presentan al respecto. En este caso, contamos con las opiniones de los autores Brains y Merrill, quienes al realizar un estudio alrededor del procedimiento del AUO encontraron el siguiente resultado:

[...] as we have shown, for no nondegenerate probability distributions of an arbitrator do the parties have optimal strategies that coincide with his median; in fact, their optimal strategies are for most common distributions more than two standard deviations apart, and often the separation is much greater. This finding, we believe, should suggest to proponents of FOA a note of caution on its convergence properties, even in principle, which is a result underscored by some calculations in Raiffa [...] ³⁹.

Brains y Merrill, basados en su investigación, consideran que el AUO en lugar de fomentar una convergencia entre las ofertas formuladas por las dos partes, como lo hemos venido diciendo, en realidad genera una divergencia en sus ofertas finales.

Empero a la crítica descrita anteriormente, son los mismos autores Steven Brains y Samuel Merrill, quienes nos aclaran la forma mediante la cual se desarrollo el

³⁸ Farmer, Amy y Pecorino, Paul. “Bargaining with Informative Offers: An Analysis of Final-Offer Arbitration”. *The Journal of Legal Studies* Vol. 27 N° 2 (1998), p. 429.

³⁹ Brains, Steven J. y Merrill Samuel. “Equilibrium Strategies for Final-Offer Arbitration: There is No Median Convergence”. *Management Science* Vol. 29 N° 8 (1993), p. 940.

experimento para obtener los resultados anteriormente expuestos. Los autores en mención explican:

[...] We have investigated a model of final-offer arbitration as a two-person, zero-sum, infinite game of imperfect information played between two parties who make "bids," with an arbitrator choosing the bid closest to what he considers a fair settlement. The bidders are assumed to know the probability distribution of the arbitrator's fair settlements and to make bids that maximize their expected payoffs. [...] Our analysis is limited to the case in which the parties are assumed to be risk-neutral. [...] ⁴⁰.

Como podemos notar del procedimiento para iniciar el experimento, los sujetos asumían el papel de partes en conflicto con un riesgo neutral. Adicionalmente a ello, en las instrucciones para realizar el experimento se les indicó a los sujetos que debían realizar ofertas que maximizaran sus expectativas de ganancias. Con los elementos descritos nos percatamos que los autores del experimento impedían el adecuado desarrollo de los efectos del AUO, razón por la cual los sujetos, sin mayor riesgo, se alejaban del punto medio para resolver su controversia.

1.2.4 Campo Principal de Aplicabilidad del Arbitraje de Última Oferta

El AUO también es llamado Baseball Arbitration, debido a su gran uso para la resolución de conflictos entre los jugadores de baseball de las ligas mayores y sus respectivos equipos ⁴¹. El procedimiento que se sigue en el baseball, aplicando el AUO, es diferente de la forma de aplicación en otras áreas del derecho. Para explicar dicho procedimiento, el autor Clemens manifiesta lo siguiente:

[...] After a player files for arbitration, the player and the owner must each submit final salary figures and a hearing is scheduled before a single arbitrator chosen from a list agreed to by the major league Baseball Players Association (the "Union") and the owners' Players' Relations Committee. Negotiations between the player and his team may continue during the arbitration process. If a settlement is achieved prior to award, the case is withdrawn [...] ⁴².

Continuando con la descripción del procedimiento del AUO en el área del baseball debemos añadir que: "[...] [a]n arbitrator is encouraged to give a decision within 24

⁴⁰ *Id.*, p 939.

⁴¹ Sobre la completa definición del Baseball Arbitration, *vid.* JAMS. *ADR Glossary*. www.jamsadr.com/adr-glossary/ (acceso: 22/05/2015).

⁴² *Vid. supra* nota 8.

hours. The decision is binding and is limited to either the players' salary request or the owners' salary offer. The arbitrator cannot give reasons or an explanation for the salary chosen [...]”⁴³.

En el procedimiento del AUO para baseball, el árbitro debe resolver veinticuatro horas después de realizadas las ofertas y al dar su decisión no debe motivar su resolución. Sin embargo, el árbitro tiene ciertos criterios que considerar para determinar la mejor oferta, u oferta más “justa”; al respecto el autor Daniel Tobias Brown describe dichos criterios de la siguiente manera:

“[...] Arbitrators are supposed to consider six criteria when choosing between player and team bids; 1. the player`s contribution (including performance, leadership, and public appeal) 2. the length and consistency of player`s career contribution 3. the player`s previous compensation 4. the comparative salaries of other players 5. the player`s physical or mental defects 6. the club`s recent performance (including league standing and attendance) [...]”⁴⁴.

No obstante a la inexistencia de motivación en la resolución del árbitro, vemos que sí existen criterios a ser considerados, que enmarcarán la elección de una de las dos ofertas. Sin embargo, profundizaremos al tema de la motivación dentro del procedimiento del AUO, a lo largo del segundo capítulo de nuestra tesis.

1.3 Legislación Comparada

Realizada la descripción conceptual del AUO, podemos pasar a hablar de un tema relevante para el análisis general del mismo, las legislaciones alrededor del mundo que están haciendo uso de éste mecanismo para resolver controversias en general. En este título examinaremos a los Estados que emplean tanto el Common Law, como el Civil Law y la forma en la que desarrollan el AUO, así como las materias en las cuales lo aplican.

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ Brown, Daniel Tobias. *Final offer arbitration in Major League Baseball: An empirical analysis of bargaining failure*. Tesis doctoral. University of Delaware. Estados Unidos, 2008, p. 7.

1.3.1 Desarrollo del Arbitraje de Última Oferta en Sistemas de Common Law

1.3.1.1 Estados Unidos de Norteamérica

En el año de 1970, en los Estados de Wisconsin y Michigan se implementó por vez primera el AUO como una forma de resolución de conflictos laborales dentro del sector público. Debido a su gran acogida, ciertos doctrinarios fueron desarrollando a su vez nuevas formas para resolver los conflictos sometidos al AUO. Al respecto el autor Vincent Crawford nos menciona lo siguiente:

[...] finaloffer arbitration (FOA), in which the arbitrator must choose without compromise between bargainers' final offers if negotiations break down; multiple FOA, a variant of FOA originally suggested by Donn; and, on occasion, issue-by-issue FOA, which is like simple FOA except that the arbitrator is permitted to fashion his settlement from the components of bargainers' final offers. [...] simple FOA, and issue-by-issue FOA are already in widespread use, while multiple FOA, which is similar but not identical to a scheme used in Eugene, Oregon, has been suggested by Donn and my 1979a article as an improvement on simple FOA [...] ⁴⁵.

De todos los tipos de AUO descritos, tan solo haremos referencia a dos, los cuales son usados frecuentemente en la legislación norteamericana. En primer lugar, el autor Henry Farber nos describe el primer procedimiento, “simple FOA” o “whole package FOA”, de la siguiente manera: “[...] "whole package" final-offer arbitration, where each side submits a final offer covering all of the issues in dispute and the arbitrator picks one final-offer package or the other. [...]” ⁴⁶.

Del otro lado, Crawford nos expone la segunda forma de realizar el AUO, el cual genera mayor flexibilidad para el árbitro como lo veremos a continuación; dicho autor nos dice:

[...] Issue-by-issue FOA was designed to allow him [the arbitrator] to construct a reasonable settlement from agents' offers in such cases. In it, each agent proposes a settlement; if they agree, that settlement becomes final. If not, the arbitrator is free to choose the components of the final settlement from each agent's proposal. [...] ⁴⁷.

⁴⁵ Crawford, Vincent P. “Arbitration and Conflict Resolution in Labor-Management Bargaining”. *The American Economic Review* Vol. 71 N° 2 (1981), p. 205.

⁴⁶ Farber, Henry S. “An Analysis of Final-Offer Arbitration”. *Óp. cit.*, p. 684.

⁴⁷ Crawford, Vincent P. “On Compulsory-Arbitration Schemes”. *Journal of Political Economy* Vol.87 N° 1 (1979), p. 150.

Con relacion a esta forma, “issue-by-issue FOA”, debemos advertir que existen severas críticas que se originaron debido a la flexibilidad que el mismo otorga al árbitro al momento de resolver el conflicto. Chetwynd, haciendo referencia a lo expresado por la autora Elissa Meth, describe a continuación la principal desventaja de esta forma de AUO:

[...] the arbitrator has flexibility to create a balanced award; as the number of issues in dispute increases, however, the characteristics of issue-by-issue FOA begin to mirror conventional arbitration. For example, if there are many issues in dispute, an arbitrator can balance the number decided in favor of each party; this potential dilutes the high settlement pressure FOA should impose on parties due to the neutral's inability to compromise [...]⁴⁸.

El hecho de que existan diversos temas a ser resueltos en la forma “issue-by-issue”, brinda al árbitro la posibilidad de resolver generando un balance en las partes, entre temas “ganados” y temas “perdidos”. Este efecto es similar al “split the difference” del AC, lo que genera inconformidad para los defensores del AUO.

Ahora bien, continuando con el análisis del uso del AUO en los Estados Unidos, es relevante señalar lo que Chetwynd manifiesta al respecto; dicho autor, en relación a la aplicabilidad del AUO en la legislación estadounidense nos dice lo siguiente: “[...] [i]n 2003, for example, Connecticut, Iowa and Michigan reportedly used issue-by-issue FOA, while Minnesota, Nevada, New Jersey and Wisconsin embraced package FOA in their public sector bargaining [...]⁴⁹”.

Adicionalmente a lo manifestado por Chetwynd, la “United States General Accounting Office (GAO)”, en un estudio solicitado por el senador McCain en el año 2003, recabó la siguiente información con respecto a los Estados americanos que tienen presencia del mecanismo AUO como medio alternativo de resolución de conflictos:

[...] **States That Include Binding Arbitration or Last, Best Offer Arbitration as a Dispute Resolution Option** [...] 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

⁴⁸ Chetwynd, Josh. “Play Ball? An Analysis of Final-Offer Arbitration...”. *Óp. cit.*, p. 113. *Cfr.* Meth, Elissa M. “Final Offer Arbitration: A Model for Dispute Resolution in Domestic and International Disputes”, *American Review of International Arbitration* Vol. 10 (1999), p. 394.

⁴⁹ *Ibíd.*

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 [...]⁵⁰.

Tomando en cuenta la lista de Estados americanos que aplican el AUO, realizaremos un breve resumen de algunas de sus legislaciones, para entender la forma en la cual dichos Estados desarrollan el AUO y el campo en el cual lo aplican.

1.3.1.1.1 Connecticut

En cuanto a la legislación del Estado de Connecticut, dentro del “Connecticut General Assembly”, sección 5-276A: “Timetable for negotiations between employer and designated employee organization”, literal E, numeral 4 y 5, se establece lo siguiente:

[...] (4) Within twenty days after the last day for filing reply briefs, the arbitrator shall file with the secretary of the State Board of Mediation and Arbitration the award on each unresolved issue as well as the issues resolved by the parties during the arbitration proceedings. The arbitrator shall immediately and simultaneously distribute a copy thereof to each party. In making such award, the arbitrator shall select the more reasonable last best offer proposal on each of the disputed issues based on the factors in subdivision [...] (5) The factors to be considered by the arbitrator in arriving at a decision are: The history of negotiations between the parties including those leading to the instant proceeding [...]⁵¹.

Por lo tanto, en el Estado de Connecticut podemos observar que el AUO se desarrolla de manera reglamentada, brindando pautas para el mejor resolver del árbitro y su procedimiento es utilizado en temas laboras entre el empleador y la organización de empleados designada.

⁵⁰ United States General Accounting Office. *Appendix I: Additional Questions*. www.gao.gov/new.items/d03652.pdf (acceso: 22/05/2015).

⁵¹ Connecticut General Statutes (Estados Unidos). Sección 5-276A, literal E, numerales 4 y 5. Junio de 2012.

1.3.1.1.2 Iowa

De la misma manera, dentro de la legislación del Estado de Iowa encontramos la presencia del AUO. En este caso el Iowa Code 2015, capítulo 20 “Public Employment Relations (Collective Bargaining)”, numeral 20.22 “Binding Arbitration”, desarrolla un procedimiento para resolver las controversias surgidas, que cuenta con características del AUO; el mismo expresa lo siguiente:

[...] If an impasse persists after the findings of fact and recommendations are made public by the fact-finder, the parties may continue to negotiate or, the board shall have the power, upon request of either party, to arrange for arbitration, which shall be binding. The request for arbitration shall be in writing and a copy of the request shall be served upon the other party. 2. Each party shall submit to the board within four days of request a final offer on the impasse items with proof of service of a copy upon the other party. Each party shall also submit a copy of a draft of the proposed collective bargaining agreement to the extent to which agreement has been reached and the name of its selected arbitrator. The parties may continue to negotiate all offers until an agreement is reached or a decision rendered by the panel of arbitrators [...]⁵².

Sin embargo a que en lo previamente citado encontremos que la norma se refiere a “Binding Arbitration”, nos podemos percatar que el desarrollo del mismo cuenta con características del AUO; por ejemplo, al momento de forzar a las partes para seguir negociando, pese a que las mismas ya hayan entregado a los árbitros sus ofertas. Así mismo, podemos notar que en el Estado de Iowa se emplea este mecanismo en temas laborales en el sector público.

1.3.1.1.3 New Jersey

Por otro lado, en la legislación del Estado de Nueva Jersey, encontramos el “New Jersey Employer-Employee Relations Act”, dentro del cual en la sección 34:13A-16 “Negotiations between public fire, police department and exclusive representative; binding arbitration”, literal C, numerales 2, 3 y 6 se expresa:

[...] c. Terminal procedures that are approvable include, but shall not be limited to the following: (2) Arbitration under which the award by an arbitrator or panel of arbitrators is confined to a choice between (a) the last offer of the employer and (b) the last offer of the employees' representative, as a single package. (3) Arbitration under which the award is confined to a choice between (a) the last offer of the employer and (b) the last offer of the employees' representative, on each issue in dispute, with the decision on an issue-by-issue basis [...] (6) Arbitration under which the award on the

⁵² Iowa Code 2015 (Estados Unidos). Capítulo 20, Numeral 20.22. 9 de enero de 2015.

economic issues in dispute is confined to a choice between (a) the last offer of the employer on the economic issues as a single package and (b) the employee representative's last offer on the economic issues as a single package; and, on any non economic issues in dispute, the award is confined to a choice between (a) the last offer of the employer on each issue in dispute and (b) the employee representative's last offer on that issue [...]⁵³.

Como podemos notar, el Estado de New Jersey en los conflictos laborales del sector público, otorga la posibilidad de usar el AUO de las dos formas estudiadas anteriormente, “package” e “issue-by-issue”.

1.3.1.1.4 Oregon

En cuanto a la legislación del Estado de Oregon, hallamos el “2013 Oregon Revised Statutes”, que en su capítulo 243: “Public Employee Rights and Benefits”, sección 746, numeral 5, establece lo siguiente:

[...] (5) Not more than 30 days after the conclusion of the hearings or such further additional periods to which the parties may agree, the arbitrator shall select only one of the last best offer packages submitted by the parties and shall promulgate written findings along with an opinion and order. [...] The findings, opinions and order shall be based on the criteria prescribed in subsection (4) of this section [...].⁵⁴

En otras palabras, el Estado de Oregon también utiliza el AUO en la resolución de conflictos laborales del sector público y, como lo vemos en la cita, se emplea la forma de resolver “package” del AUO.

1.3.1.1.5 Wisconsin

Finalmente, en la legislación del Estado de Wisconsin, dentro del “Wisconsin Legislature”, capítulo 111, subcapítulo IV: “Municipal Employment Relations”, sección 111.77, numeral 4 y 5, se establece que:

[...] **Settlement of disputes.** Municipal employers and public safety employees, as provided in sub. (8), have the duty to bargain collectively in good faith including the duty to refrain from strikes or lockouts and to comply with the following: (4) There shall be 2 alternative forms of arbitration: (a) Form 1. The arbitrator shall have the power to determine all issues in dispute involving wages, hours and conditions of employment. (b) Form 2. The commission shall appoint an investigator to determine

⁵³ New Jersey Employer-Employee Relations Act (Estados Unidos). Sección 34:13A-16, literal C, numerales 2, 3 y 6. 1 de julio de 1968.

⁵⁴ 2014 Oregon Revised Statutes (Estados Unidos). Capítulo 243, Sección 746, Numeral 5. 3 de marzo de 2014.

the nature of the impasse. [...] Neither party may amend its final offer thereafter, except with the written agreement of the other party. The arbitrator shall select the final offer of one of the parties and shall issue an award incorporating that offer without modification. (5) The proceedings shall be pursuant to form 2 unless the parties shall agree prior to the hearing that form 1 shall control [...]⁵⁵.

Como podemos ver en la cita anterior, el Estado de Wisconsin, al igual que los Estados analizados, desarrolla el AUO para la resolución de conflictos laborales en el sector público. Sin embargo, este Estado no establece claramente que tipo de resolución es la permitida, si la “package” o la “issue-by-issue”.

1.3.1.2 Canadá

Prosiguiendo con la descripción de los sistemas de Common Law que aplican el AUO, pasamos a hablar de Canadá. Pese a que el AUO se desarrolló de manera más amplia en los Estados Unidos, éste también se ve contemplado dentro de la legislación canadiense. Así el autor Murray Clemens nos explica que: “[...] In Canada, final offer arbitration has been available in only two pieces of labour legislation, the Ontario School Boards and Teachers’ Collective Negotiations Act (1975 to present) and the Manitoba Labour Relations Act (from 1988 to 1991) [...]⁵⁶.

Así mismo, en el área de transporte dentro de la legislación Canadiense, también hallamos establecido el AUO, así como su procedimiento, para la resolución de conflictos. En este aspecto, la Agencia de Transporte Canadiense nos relata lo siguiente:

[...] The Canada Transportation Act contains several provisions designed to facilitate the resolution of rate and service disputes between carriers and shippers or transit authorities. Final offer arbitration (FOA), described in Part IV of the Act, provides one means of resolving such impasses through the use of an arbitrator or a panel of three arbitrators. Unless the parties agree to a different time frame, arbitration must be completed within 60 days, or 30 days for disputes involving freight charges of less than \$750,000. Under these confidential processes, parties may choose their arbitrators and can benefit from procedural flexibility. The arbitrator's decision is enforceable as if it were an order of the Agency [...]⁵⁷.

⁵⁵ Wisconsin Legislature (Estados Unidos). Capítulo 111, Subcapítulo IV, Sección 111.77, Numeral 4 y 5. 22 de mayo del 2015.

⁵⁶ *Vid. supra* nota 8.

⁵⁷ Canadian Transportation Agency. *Final Offer Arbitration A Resource Tool*. www.otc-cta.gc.ca/sites/all/files/altformats/books/Final-Offer-Arbitration_3.pdf (acceso: 22/05/2015).

Con lo descrito anteriormente, denotamos que en el área de transporte de bienes, todo conflicto surgido entre los transportistas y las autoridades se resolverá mediante el AUO. Dentro de dicha área podemos encontrar normas que describen el procedimiento a ser llevado a cabo, así como los limitantes para utilizar el AUO.

De igual manera, existen proyectos de ley relacionadas al AUO dentro de la legislación de Canadá; así, el “BILL C-312” o “Final Offer Arbitration in Respect of West Coast Ports Operations Act”. Dentro de este proyecto de ley canadiense, en los numerales 9(3) y 10(3), podemos encontrar ciertas singularidades en el desarrollo del AUO que no se presentan en otras legislaciones; los numerales en cuestión expresan lo siguiente:

[...] 9. (3) If either party fails to submit a final offer to the arbitrator within the time specified in subsection (1), the arbitrator shall select the final offer submitted by the other party [...] 10. (3) The decision of the arbitrator made pursuant to section 9 is final and shall not be questioned or reviewed in any court [...]⁵⁸.

De la cita podemos observar que, en primer lugar, existe un plazo fatal para la entrega de las ofertas finales al árbitro o tribunal arbitral; si alguna de las partes no entrega su oferta dentro del tiempo establecido, el árbitro o tribunal arbitral queda totalmente facultado para elegir la oferta presentada dentro del plazo. Con esto podemos advertir que, dentro de este procedimiento desarrollado en Canadá, adicional al riesgo per se presente en el AUO existe una presión extra para que las partes presenten sus ofertas dentro del plazo establecido, es decir, las partes cuentan con un tiempo máximo para poder negociar entre ellas y llegar a un acuerdo antes de tener que entregar su oferta final, lo que genera una mayor necesidad de llegar a un acuerdo inter partes.

Y con respecto al numeral 10 (3) de dicho proyecto de ley, podemos advertir que no existe ningún recurso en contra del laudo arbitral; con lo que queda demostrado que, en caso de no presentar una oferta final en el plazo establecido, el laudo arbitral será favorable para la parte que sí la presentó a tiempo, sin que la parte en desventaja pueda recurrir el fallo.

⁵⁸ BILL C-312 “Final Offer Arbitration in Respect of West Coast Ports Operations Act” (Canadá). Numerales 9(3) y 10(3). Mayo de 2004.

1.3.1.3 Nueva Zelanda, Australia, Gran Bretaña e Irlanda

Para finalizar el estudio de los Sistemas de Common Law que emplean el AUO como método de resolución de conflictos, es relevante mencionar que dicho mecanismo también es utilizado dentro de las legislaciones de Nueva Zelanda, Australia, Gran Bretaña e Irlanda. Al igual que en las demás legislaciones, el AUO es empleado para la resolución de conflictos laborales y los nombres con los cuales lo conocen son “pendulum arbitration” o “flip flop arbitration”.

Desarrollando lo antedicho, el autor John Treble nos relata brevemente la forma en la cual se utiliza el AUO en Gran Bretaña para asimismo resolver conflictos laborales. Treble expone:

[...] Since there was no formal sliding scale agreement (except in Scotland), there were opportunities for bargaining over the wage rate every quarter, and hence opportunities for disagreement. The conciliation boards' constitutions required that any impasse be resolved by appeal to an arbitrator. The arbitrators operated under what is known in the United States as 'final-offer' rules. This is called 'pendulum' arbitration in Britain. Hence the title of this article [...]⁵⁹.

Con lo expresado por el autor Treble, nos damos cuenta del alcance que el AUO, en principio desarrollado en los Estados Unidos de Norteamérica, ha logrado tener. De alguna manera, todas los Sistemas de Common Law que lo utilizan han encontrado en él una forma más adecuada para resolver sus controversias laborales, lo que nos lleva a pensar que el desarrollo del AUO en nuestro sistema extrajudicial representaría un avance dentro del despliegue que le venimos dando a los MASC.

1.3.2 Desarrollo del Arbitraje de Última Oferta en Sistemas de Civil Law

1.3.2.1 Legislación Peruana

Por otro lado, dentro de la legislación de nuestro país vecino, también podemos encontrar la presencia del AUO. La ley peruana de Relaciones Colectivas de Trabajo, en su artículo 65 muestra claramente la forma de aplicación del AUO. Dicha ley expresa lo siguiente:

⁵⁹ Treble, John G. “The Pit and the Pendulum: Arbitration in the British Coal Industry, 1893- 1914”. *The Economic Journal* Vol. 100 No. 403 (1990), p. 1095.

[...] El laudo no podrá establecer una solución distinta a las propuestas finales de las partes ni combinar planteamientos de una y otra. El laudo recogerá en su integridad la propuesta final de una de las partes. Sin embargo, por su naturaleza de fallo de equidad, podrá atenuar posiciones extremas. Para la decisión deberán tenerse presente las conclusiones del dictamen a que se refiere el artículo 56 [...] ⁶⁰.

El AUO en el sistema peruano, al igual que en la legislación estadounidense, prevé el sometimiento de las partes al AUO en el tema de conflictos laborales. Así mismo, podemos notar de la norma en mención, que el AUO en Perú es un arbitraje en equidad y se encuentra regulado en la ley laboral colectiva, con esto queda demostrado que este tipo de arbitraje es plenamente aplicable en el Perú, cuyo sistema extrajudicial es bastante similar al nuestro.

1.3.2.2 Legislación Española

Dentro del régimen español, no existe una ley que tipifique expresamente el AUO, como en la legislación peruana; sin embargo, en la Ley 60/2003, específicamente en su artículo 25 numeral 1, encontramos una norma que claramente faculta a las partes, que deciden someterse al procedimiento arbitral, el realizar este tipo de arbitraje. Dicha norma expresa: “[...] Artículo 25. Determinación del procedimiento 1. Conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones [...]” ⁶¹. Es decir, que las partes facultadas por esta norma podrían fácilmente estipular que dentro del proceso arbitral la decisión del árbitro se limite a la elección de una de las dos ofertas propuestas por las partes en controversia.

1.3.2.3 Legislación Alemana

De la misma manera, dentro del régimen alemán no encontramos el desarrollo expreso del AUO; no obstante, en la ley alemana de 22 de diciembre de 1997, libro X, sección quinta, artículo 1042, hallamos los principios del procedimiento arbitral dentro de los cuales se encuentra el más relevante para nuestro estudio; el referido principio menciona: “[...] §1042.- Reglas generales de procedimiento [...] (3) Sin perjuicio de las

⁶⁰ Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Perú). Artículo 65. Decreto Supremo N° 010-2003-TR. 5 de octubre de 2003.

⁶¹ Ley 60/2003 (España). Artículo 25, numeral 1. BOE N° 309. 26 de diciembre de 2003.

disposiciones precedentes y bajo reserva de las normas imperativas del presente libro, las partes son libres para regular el procedimiento ellas mismas, o por referencia a un reglamento de arbitraje [...]”⁶². Con esto, nos podemos percatar que la normativa alemana permite a las partes desarrollar el procedimiento arbitral conforme incluso a otros reglamentos, tales como el reglamento de la CNUDMI, y da libertad a las partes, dueñas de su conflicto, de regular su procedimiento arbitral; con esto las partes, encargadas de dirigir su procedimiento arbitral, podrían fácilmente pactar la forma de decisión del árbitro, sometiéndose así al AUO, sin atentar a las normas de obligatorio cumplimiento.

1.4 Utilidad del Arbitraje de Última Oferta

Para finalizar este capítulo, es necesario recalcar lo mencionado a lo largo del presente trabajo. Iniciemos expresando que el AUO fue concebido como un método alternativo de solución de controversias, por lo mismo tiene carácter voluntario, una esencia contractual, se rige principalmente por la autonomía de la voluntad de las partes y su principal función es la resolución de conflictos.

En segundo lugar, como se ha visto dentro de nuestra investigación, la principal utilidad del AUO es generar una mayor flexibilidad entre las partes al momento de negociar. Todo esto es debido al riesgo que el mismo presenta para las partes. Además, el AUO tiene varias ventajas sobre el AC, lo que ha originado que el mismo sea utilizado por varias legislaciones alrededor del mundo, tales como Estados Unidos, Canadá, Perú, Nueva Zelanda, Australia, entre otras.

Del mismo modo, la autora Amy Lock hace referencia a una de las utilidades del AUO en el proceso previo de negociación. Lock expone lo siguiente:

[...] Arbitration affects the negotiation process and its outcome in two ways. By having an arbitrator choose only one of the offers made, both parties will attempt to generate an offer which the arbitrator will deem to be the most reasonable; this process

⁶² Ley de Reforma de Procedimientos de Arbitraje (Alemania). Libro X, Sección Quinta, Artículo 1042, numeral 3. DE067. 22 de diciembre de 1997.

will push the parties towards a settlement since each party will try to move its position closer towards the solution which has the most objective support [...] ⁶³.

Dicho de otra manera, como ya lo hemos venido manifestando, las mayores utilidades del AUO son: estimular a las partes a realizar ofertas más cercanas al punto de equilibrio, superar impases e incentivar al desarrollo de la negociación para así generar una solución más efectiva al conflicto planteado.

Complementando lo mencionado por Lock, el autor Julio Wong nos manifiesta lo siguiente:

[...] Otra importante ventaja de este tipo de arbitraje es que impide que los árbitros resuelvan el conflicto simplemente dividiendo la diferencia (split the difference) entre las partes, alcanzando de ese modo una solución de compromiso que finalmente lo único que promueve es la adopción de posiciones irrazonables [...] ⁶⁴.

La presente cita nos motiva a expresar otra utilidad del AUO, la de limitar la discrecionalidad del árbitro o tribunal arbitral, eliminando así el “chilling effect”, de la misma forma que el “narcotic effect”, ambos presentes en el AC.

Adicional a lo mencionado, cabe señalar otra utilidad del AUO, descrita esta vez por el autor Henry Farber, quien nos expone lo siguiente:

[...] The role of any dispute settlement mechanism in the collective bargaining process, be it a strike or a form of arbitration, is to impose costs on the parties in the event of disagreement in order to provide an incentive for the parties to reach a negotiated settlement. [...] ⁶⁵.

Es decir, otra utilidad del AUO es generar altos costos para las partes en caso de no llegar a un acuerdo, lo que las motiva a resolver el conflicto por ellas mismas sin la necesidad de acatar la resolución del tercero imparcial.

Para concluir este capítulo, solo resta manifestar que, considerando todo lo expresado a lo largo del presente trabajo, la principal utilidad del AUO es desincentivar su aplicación. Si las partes conciben a este mecanismo como muy arriesgado,

⁶³ Lock, Amy. “Hybrid processes in ADR Final-offer arbitration”. *ADR Bulletin* Vol. 10 N° 4 (2008), p. 1.

⁶⁴ Wong Abad, Julio Martin. “Final Offer Arbitration”. *Revista Justicia y Derecho* Año 5 N° 8 (2013), p. 4.

⁶⁵ *Vid. supra* nota 28.

generamos un mayor incentivo a la negociación que le antecede para que finalmente sean las partes, dueñas de su conflicto, las encargadas de solucionar la controversia y dentro de la etapa de negociación puedan generar mejores resultados que dentro del proceso arbitral.

2. Aplicabilidad del Arbitraje de Última Oferta en el Sistema Extrajudicial Ecuatoriano

Entendido el tema introductorio al Arbitraje de Oferta Final (AOF), es momento de realizar el análisis respectivo a la aplicabilidad del mismo. Es en este capítulo en donde resolveremos la pregunta de si el AOF es o no aplicable dentro de nuestro sistema legal, para lo cual deberemos revisar uno a uno los elementos contractuales, legales y doctrinarios que engloban el desarrollo de un arbitraje en general.

2.1. Análisis del Elemento Contractual

Como lo mencionamos en el capítulo anterior, la naturaleza del arbitraje puede ser definida de dos maneras, el arbitraje como contrato privado (teoría contractual) o el arbitraje como jurisdicción (teoría jurisdiccional). Dejando de lado los argumentos contrapuestos que fundamentan cada teoría, el arbitraje inicia con el sometimiento de las partes al mismo; por lo tanto, para iniciar el estudio del entorno contractual que conlleva la realización de un proceso de arbitraje en general, es necesario empezar haciendo énfasis en un principio de supremacía convencional, tal como lo es la autonomía de la voluntad.

2.1.1. Principio de Autonomía de la Voluntad

Cuando hablamos de las teorías alrededor de la naturaleza del arbitraje nos percatamos de la relevancia que tiene la autonomía de la voluntad dentro del procedimiento arbitral en general. Vimos que en la teoría intermedia o sincrética se fusionan la teoría contractual y la jurisdiccional, brindando al contrato de arbitraje, en virtud de la autonomía de la voluntad, la posibilidad de generar una jurisdicción convencional o privada sometida a controles de legalidad.

Debido a lo mencionado, es de vital importancia en primer lugar entender a qué se refiere éste principio; para lo cual iniciaremos exponiendo lo manifestado por Hernández y Cosme en su libro “Autonomía de la Voluntad”; las autoras nos expresan que: “[...] El término autonomía proviene de las voces griegas autos, que es compuesto gramatical de algunas voces que significa propio o por uno mismo y nomos que significa ley [...]”. Por consiguiente, la autora define a la autonomía como “[...] el poder de dictarse uno a sí mismo su propia ley [...]”⁶⁶.

Por otro lado, el doctrinario Alessandri expresa que la autonomía de la voluntad es “[...] la libertad de que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazcan, y de determinar su contenido, efectos y duración [...]”⁶⁷, adicionalmente manifiesta que esa voluntad es soberana y que el contrato nace del acuerdo de las voluntades.

Así como ya lo mencionamos, al iniciar un proceso arbitral común, las partes dentro de un contrato expresan sus voluntades de someterse a un tribunal arbitral, o a un solo árbitro, en caso de controversias a lo largo del desarrollo del contrato en mención. Es decir, las partes libre y voluntariamente acuerdan solucionar cualquier tipo de conflicto generado por la ejecución del contrato, mediante el mecanismo de solución de controversias conocido como Arbitraje; pero, ¿hasta qué punto esta voluntad expresada por las partes puede llegar a ser tan permisiva como para insertar un nuevo tipo de arbitraje, como lo es el AOF?

Planiol y Ripert nos manifiestan que “[...] para realizar un acto jurídico, se requieren, por lo menos, dos personas, porque la mayoría de los actos jurídicos son convenios, es decir, acuerdos de voluntades entre diversas personas [...]”⁶⁸; siendo la clausula arbitral un acto jurídico en el cual se expresan las voluntades de diversas personas para someterse a un proceso arbitral, no está de más hacer mención a dichos tratadistas. Es decir, el principio de la autonomía de la voluntad en todo convenio,

⁶⁶ Hernández, Katuska y Cosme, Danay. *Autonomía de la Voluntad la Sede Contractual Civil*. Alemania: Editorial Académica Española, 2012, pp. 23, 24.

⁶⁷ Alessandri, Arturo. *De los contratos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 10.

⁶⁸ Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *Tratado Elemental De Derecho Civil*. Edición 1981. Tomo I, México: Cárdenas Editor y Distribuidor, 1981, p. 140.

entendido éste como acuerdo de dos o más voluntades, es jerárquicamente superior dentro del universo de los contratos privados, salvo limitaciones al mismo.

Por lo mismo, para poder declarar la posibilidad de que el AOF sea insertable dentro de una cláusula arbitral solamente haciendo uso del principio superior de la autonomía de la voluntad, debemos primero entender las limitaciones a dicho elemento contractual y enfocarlas al AOF para descubrir si dichas limitaciones podrían generar la “prohibición” de aplicabilidad del AOF dentro de nuestro sistema contractual.

Víctor Vial del Río en su libro “Teoría General del Acto Jurídico” expone ciertas limitaciones al principio de autonomía de la voluntad privada, entre ellas las siguientes: “[...] La autonomía privada faculta a los particulares para disponer de sus propios intereses y no de los ajenos [...]”⁶⁹, ésta limitación es considerada por el autor como un límite natural, ya que la autonomía de un particular siempre estará limitada por la autonomía que poseen los demás.

Este primer supuesto, cabe manifestar, no representa prohibición alguna para poder insertar el AOF dentro de un convenio arbitral, ya que no se está disponiendo de la autonomía de la voluntad de otro sujeto, todo lo contrario, ambos sujetos expresan su voluntad de someterse al AOF, razón por la cual éste no se consideraría un impedimento para el desarrollo del AOF en nuestro sistema.

Continuando con el desarrollo de las limitaciones a la autonomía de la voluntad, Vial manifiesta que: “[...] Para que el acto o contrato celebrado por los particulares produzca los efectos queridos por su autor o por las partes, es necesario que se ajuste a los requisitos o condiciones establecidos por la ley para su valor jurídico [...]”⁷⁰. En este punto el autor hace referencia a los elementos contractuales esenciales para la existencia de un contrato o convenio, tales como: capacidad, consentimiento no viciado, objeto lícito y causa lícita.

Para la inserción del AOF a través de un convenio arbitral resulta vital que dicho convenio cumpla con las condiciones establecidas en el artículo 1461 de nuestro Código

⁶⁹ Vial del Río, Víctor. *Teoría General del Acto Jurídico*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2011, p. 59.

⁷⁰ *Ibíd.*

Civil, así como con los elementos esenciales detallados en la ley de la materia, ya que sin éstos toda declaración de voluntad resultaría nula o anulable dependiendo el caso. Por lo expuesto, consideramos que los requisitos esenciales de un convenio arbitral más allá de ser una limitación a la autonomía de la voluntad, son elementos que guían a los sujetos involucrados para poder expresar su voluntad de manera tal que surtan todos los efectos jurídicos del caso.

Continuando con el desarrollo de las limitaciones a la autonomía privada, Vial manifiesta como tercer punto a los:

[...] límites a la facultad que tienen los particulares para crear actos jurídicos que no correspondan exactamente a la figura típica descrita por el legislador. Tal cosa ocurre en las materias en que está comprometido el interés superior o público [...] o en las materias relativas a las relaciones de familia [...]⁷¹.

En éste límite se manifiesta el impedimento que tiene la autonomía de los particulares para obrar contrario a lo ordenado por la ley. Considerando que el análisis legal de la inserción del AOF en una cláusula arbitral será realizado subsiguientemente, dejaremos de analizar éste límite para desarrollarlo a profundidad posteriormente.

Adicionalmente a las limitaciones manifestadas, el autor hace referencia a dos conceptos jurídicos indeterminados como lo son el “orden público” y las “buenas costumbres”. Para Vial el orden público es una noción variable, sin embargo lo define como “[...] la organización considerada como necesaria para el buen funcionamiento general de la sociedad [...]”. De igual manera manifiesta que, “[...] [l]a noción de buenas costumbres constituye un aspecto particular del orden público [...]”⁷². Sin embargo a lo expresado por el autor, ¿hasta qué punto dos conceptos jurídicos indeterminados podrían generar un impedimento a la inserción del AOF en nuestro sistema?, ¿podría ser considerado el AOF como contrario al orden público o a las buenas costumbres?

Ambas interrogantes son “resueltas” por el autor Vial al expresar que “[...] [c]orresponde al juez determinar si un acto jurídico es contrario al orden público o a las buenas costumbres [...]”. Es decir, el convenio arbitral o expresión de voluntad de las

⁷¹ *Id.*, p. 60.

⁷² *Ibíd.*

partes para someterse al AOF podría ser declarado nulo en caso de ser considerado judicialmente como contradictorio al orden público o a las buenas costumbres, situación que genera estabilidad y seguridad estatal a costa de crear incertidumbre entre los particulares.

Para intentar aclarar el concepto de orden público y cuándo se actúa contrario al mismo, el autor César Betancourt nos manifiesta lo siguiente:

[...] un negocio contrario al orden público es aquel que vulnera el “interés general (aunque no se trate de normas concretas)”, sino simplemente de “normas implícitas”, normas que, necesariamente, deben ser observadas y que, por lo tanto, son inderogables. De modo que, en este sentido, las nociones de orden público e interés general se conjugan para revestir a las mal llamadas “normas de orden público” con un manto de inderogabilidad contractual [...] ⁷³.

Aclarando lo previamente citado, hablamos de “normas de orden público” cuando existe una conexión entre el orden público y las normas imperativas; así, actuamos contrario al orden público cuando vulneramos el interés general manifestado en normas implícitas; asumiendo que la inserción del AOF no violenta el interés general, podríamos aseverar que el mismo no resulta contrario al orden público ni a las buenas costumbres.

Siguiendo con la exposición de las limitaciones a la autonomía privada, el autor Vial nos expresa lo siguiente:

[...]En relación con la posibilidad que franquea la autonomía privada de crear figuras jurídicas no reglamentadas por el legislador (actos jurídicos innominados) debe tenerse presente que la figura no debe ser arbitraria ni caprichosa, en el sentido de no perseguir efectivamente un fin práctico de conveniencia social. Si así ocurriera, el acto innominado no sería merecedor de tutela jurídica [...] ⁷⁴.

En este último supuesto debemos considerar que la cláusula o convenio arbitral per se está regulada por la ley, por lo mismo al hablar del fondo de la cláusula arbitral, es decir la designación dentro de la cláusula que se hace del mecanismo alternativo AOF para la resolución de controversias contractuales, ésta por más que no se encuentre actualmente regulada por nuestra ley, se encuentra inserta en la cláusula o convenio que

⁷³ Betancourt Julio, César. “Libertad de Contratación, Orden Público y sus repercusiones en el marco de la Arbitrabilidad”. *Revista para el Análisis del Derecho* N° 2 (2012), pp. 11, 12.

⁷⁴ *Vid. supra* nota 6 y 7.

sí tiene un espacio dentro de nuestro ordenamiento jurídico; teniendo en cuenta esto, dicha designación no podría ser considerada como un acto jurídico innominado, como lo manifiesta el autor en mención.

Sin embargo, pese a no ser considerada la cláusula arbitral que contenga el AOF un acto jurídico innominado, es relevante resaltar que dicho mecanismo sí persigue un fin práctico de convivencia social, como lo es la resolución de controversias de manera no judicial. Considerando, todo lo manifestado en líneas anteriores, ésta no representa una limitación al desenvolvimiento de la autonomía privada para la inserción del AOF en nuestro sistema contractual privado.

De la misma forma, continuando con las limitaciones al principio de autonomía de la voluntad, las autoras Hernández y Cosme también nos manifiestan diversos tipos de límites al principio en mención. Ellas separan estos límites en legislativos y jurisprudenciales. Las autoras inician haciendo mención a lo establecido por el tratadista Díez-Picazo en relación a la libertad contractual; las mismas expresan lo siguiente: “[...] la libertad contractual no puede ser omnímoda, [...] existe, en primer lugar, un límite a la autonomía de la voluntad que está constituido por las normas a las que el legislador dote de carácter imperativo [...]”⁷⁵. Es decir, el primer límite a la autonomía privada serán las normas que impidan pactar sobre ciertos temas que el legislador considere que sean atentatorias a la seguridad estatal.

Con respecto a este punto, debemos señalar que existen materias sobre las cuales no se puede pactar, por ser ilícitas dentro de nuestra legislación o tan solo por ser materias de las cuales los sujetos no pueden disponer, llamadas también materias no transigibles. Al hablar de materia intransigible en el caso del AOF debemos señalar que ésta sí resulta una limitación a la autonomía de la voluntad. El autor Randall Arias, haciendo alusión a los criterios jurisprudenciales de su país, hace referencia a lo manifestado y nos expresa lo siguiente:

[...]La Sala Constitucional (Voto N.º 2999) detalla que la libertad de contratación y de autonomía de la voluntad representan la materialización del arbitraje. Determina que

⁷⁵ Hernández, Katuska y Cosme, Danay. *Autonomía de la Voluntad la Sede Contractual Civil*. Alemania: Editorial Académica Española, 2012, p. 43. Cfr., Díez-Picazo, Luís. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. 1. España: Civitas, 1996. pp.128, 129.

éste tiene sustento contractual pues depende del consentimiento mutuo; no obstante, especifica que a la libertad de actuación se le imponen limitaciones procedentes del orden público, en cuanto a la disponibilidad o indisponibilidad de ciertas materias [...] ⁷⁶.

Prosiguiendo con el desarrollo de las limitaciones, las autoras nuevamente haciendo referencia a Díez-Picasso nos enuncian que: “[...] Otro de los límites señalados por este autor es la moral, considerada como el conjunto de las convicciones de ética social imperantes, en un determinado momento histórico, con carácter general en la comunidad jurídica [...]” ⁷⁷. Esta limitación, como ya lo mencionamos, es un concepto jurídico indeterminado que finalmente sirve para prohibir cualquier conducta que el juez considere inapropiada o atentatoria a la seguridad del Estado; definitivamente es un tema discrecional del juzgador el determinar si un convenio es o no atentatorio a la moral o intereses del Estado.

Continuando con los límites manifestados por Díez-Picasso, pasamos nuevamente a hablar del orden público. Las autoras expresando lo que el tratadista menciona, nos dicen:

[...]El último de los límites señalados por Díez-Picazo, es el orden público, el cual comprende la organización general de la comunidad o sus principios fundamentales y rectores. Aun a falta de normas legales expresamente imperativas, las materias relativas al orden público quedan sustraídas a la disponibilidad de los particulares. [...] ⁷⁸.

Con esto denotamos nuevamente una limitación restringida a un criterio particular del juzgador, solo él será el indicado para determinar si un acto privado es contrario a la seguridad jurídica o estatal y podrá impedir su ejecución si lo fuere. Por lo mismo, siendo un criterio jurídico indeterminado, éste nos impide generar un concepto global de limitación y sólo nos deja en la incertidumbre, ya que una conducta contraria al orden público podría serlo y dejar de serlo dependiendo el momento histórico en el que nos encontremos, lo que nos lleva a asimilar este concepto con la moral, misma que seguirá evolucionando o cambiando de acuerdo a la época en la que nos encontremos.

⁷⁶ Arias Solano, Randall. *La conciliación y el arbitraje en la Administración Pública a la luz del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo*. Tesis de Grado. Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología. Costa Rica, 2008.

⁷⁷ *Id.*, p. 44.

⁷⁸ *Ibíd.*

Hasta este punto Hernández y Cosme con la ayuda del tratadista Díez-Picasso, nos han brindado 3 limitaciones generales al principio de la autonomía de la voluntad, como lo son la ley, la moral y el orden público. Las dos últimas pudiendo tomarlas como una sola, ya que como quedó anteriormente dicho, ambos son conceptos jurídicos indeterminados, que dependerán de las circunstancias temporales para ser determinadas como contrarias a la seguridad estatal o jurídica y el encargado de brindarles ese significado o contexto será un solo juzgador.

Extendiendo el desarrollo del tema, es relevante mencionar lo expresado por las autoras Hernández y Cosme, haciendo referencia a lo manifestado por De Castro en sus “Notas sobre las limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad”; las mismas nos exponen lo siguiente:

[...] la autonomía de la voluntad, a pesar de su importancia en el Derecho Privado, no se considera como un principio absoluto e ilimitado, sino que presenta limitaciones intrínsecas que condicionan su aplicación [...] no cabe amparar en la autonomía la validez de los pactos abusivos, impuestos o injustos; y que la autonomía contractual no puede rebasar el esquema institucional típico de cada contrato [...]⁷⁹.

Ésta es una idea fundamental para la inserción de nuevos elementos en un contrato o convenio. La autonomía de la voluntad, pese a representar un principio supremo del Derecho Privado, no es un principio ilimitado. La autonomía privada siempre presentará limitaciones. En el caso de ilegalidades, por ejemplo cuando la cláusula presente una patología tal como las expresadas por los autores: pactos abusivos, injustos o impuestos, la autonomía se verá limitada y su ejecución se verá impedida.

De igual manera, el autor José Manuel Lastra profundiza en este aspecto y nos presenta otro punto de vista al respecto del orden público como límite a la autonomía privada; éste autor hace hincapié en que son tres límites los que imposibilitan la idea de una autonomía contractual ilimitada: la ley, la moral y el orden público; así mismo nos narra de manera comprensible a qué se deben las limitaciones impuestas a la autonomía de la voluntad. Lastra manifiesta lo siguiente:

[...] “la voluntad de los particulares no puede eximirse de la observancia de la ley ni alterarla o modificarla” (artículo 6o., del Código Civil para el D. F.). [...] El orden

⁷⁹ *Id.*, p.45. *Cfr.* Amoros Guardiola, Manuel. “Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro”. *Anuario de Derecho Civil* Tomo 36 Fascículo 4 (1983), p. 1134.

público funciona como “un límite, por medio del cual se restringe la facultad de los individuos sobre la realización de ciertos actos, o se impide que éstos tengan efectos dentro de un orden jurídico específico”. Es en el derecho moderno “una categoría delimitadora de la autonomía privada”. Los límites de la autonomía de la voluntad son fluctuantes, porque tanto el concepto de orden público como la comprensión de lo moral o inmoral, son variables que están en función de las coordenadas históricas vigentes. De ahí la importancia que asume la autoridad judicial como intérprete o portavoz de las corrientes sociales, políticas o económicas de la época. [...] ⁸⁰.

Considerando lo expresado por todos los autores mencionados hasta este punto, podemos manifestar que: en primer lugar, la autonomía de la voluntad es un principio supremo en el Derecho Privado. En segundo lugar, éste principio pese a ser el rector de una rama importante en el Derecho, no es un concepto ilimitado, presenta impedimentos para la protección de un sistema jurídico estatal. Tercero, sus tres principales limitaciones son: la ley, la moral y el orden público; siendo la moral y el orden público conceptos jurídicos indeterminados que no presentan un concepto rígido, sino más bien fluctuante de acuerdo a las condiciones históricas o temporales que se presenten en determinado territorio. Finalmente, la autonomía de la voluntad, aunque tiene restricciones que prohíben su ilimitado desarrollo, puede permitir la inserción de elementos diferentes a los comúnmente utilizados en los convenios, siempre y cuando no atente a la legislación establecida, ni sea considerada atentatoria a la moral u orden público vigente.

De la misma manera, es relevante relacionar lo que hemos estado enunciando a lo largo de éste título con el convenio arbitral; para esto el autor León Yauri Amaro en su artículo “El Convenio Arbitral” nos ayuda a asociar ambos conceptos. Yauri Amaro nos manifiesta lo siguiente:

[...] Siendo el arbitraje no un ejercicio de la jurisdicción, ni común ni especial, sino desarrollo procesal del principio negocial de autonomía de la voluntad, este principio, guía del arbitraje, conlleva a suscribir el acuerdo o convenio arbitral, que como expresión de la autonomía de la voluntad se debe tipificar como un negocio jurídico antes que como un contrato generador de obligaciones. El convenio arbitral debe ser pues conceptualizado como negocio jurídico dotado de autonomía jurídica estructural y funcional. La piedra angular del arbitraje es la autonomía de la voluntad, pues, el acuerdo de las partes permite el acceso al arbitraje y puede estructurar y orientar el desarrollo de un arbitraje [...] ⁸¹.

⁸⁰ Lastra Lastra, José Manuel. “Paradojas de la autonomía de la voluntad en las relaciones de trabajo”. *Revista de Derecho Privado* N° 5 (2003), pp. 126, 127.

⁸¹ Yauri Amaro, León. “El Convenio Arbitral”. *vLex Internacional* N° 17 (2013), pp. 2, 3.

En primer lugar, para entender por completo lo que el autor menciona debemos indicar que el negocio jurídico, en palabras de Alessandri, es una declaración de voluntad⁸². Francesco Messineo complementa esta definición y nos dice que “[...] negocio jurídico es una declaración de voluntad (privada), o un conjunto de declaraciones de voluntad (privadas), dirigidas a la producción de determinados efectos jurídicos [...], que el ordenamiento jurídico reconoce y garantiza [...]”⁸³.

Del otro lado, Alessandri nos manifiesta en primer lugar que convención es “[...] el acuerdo de las voluntades de dos o más partes con el objeto sea de crear obligaciones, sea de modificar o extinguir otras preexistentes [...]”⁸⁴; en segundo lugar nos dice que contrato es “[...] la convención dirigida a crear obligaciones [...]”⁸⁵. Así, el negocio jurídico es el género y el contrato la especie.

Entendida la diferencia existente entre éstos conceptos podemos continuar desglosando lo manifestado por el autor Yauri Amaro. Como el mismo expresa, el principio de autonomía de la voluntad es la piedra angular del arbitraje y es ésta autonomía la que nos permite acceder, estructurar y orientar el desenvolvimiento del arbitraje en general. Gracias a esta piedra angular las partes pueden determinar los elementos requeridos para el desarrollo de un arbitraje y para que el mismo vaya acorde a las necesidades de las partes en conflicto. Con esto queremos nuevamente manifestar la posibilidad de que, guiados por el principio de la autonomía de la voluntad, podamos insertar dentro de nuestro convenio arbitral el tipo de arbitraje, en nuestro caso AOF, a ser realizado con el objeto de dar por terminado un conflicto entre las partes en cuestión.

Sin embargo, del mismo modo que en materia contractual, la autonomía de la voluntad en materia arbitral no es ilimitada. Como lo manifestábamos al iniciar el desarrollo de este título y lo acreditamos con todo lo expresado por diversos autores

⁸² Alessandri Rodríguez, Arturo, Somarriva Undurraga, Manuel y Vodanovic, Antonio. *Tratado de Derecho Civil: parte preliminar y parte General*. Quinta Edición. Tomo II. Chile: Editora de Información Científico, 1991, p.154.

⁸³ Messineo, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1954, p. 338.

⁸⁴ Alessandri Rodríguez, Arturo, Somarriva Undurraga, Manuel y Vodanovic, Antonio. *Tratado de Derecho Civil... Óp cit.*, p.164.

⁸⁵ *Ibíd.*

conocedores de la materia, existen tres grandes limitaciones al principio en cuestión: lo impedido por la ley, la moral y el orden público. En relación al primer límite, el autor Yauri Amaro nos manifiesta lo siguiente:

[...] Siendo las normas procesales imperativas, y la jurisdicción una potestad exclusiva del Estado hacia los particulares, las partes no pueden libremente determinar cuándo deben y cuándo no conocer los órganos jurisdiccionales. Sólo por ley, como es el presente supuesto que nos ocupa, puede el Estado limitar o restringir el alcance de su propia potestad jurisdiccional, reconociendo, aquí, expresamente la primacía del principio de autonomía de la voluntad. Porque si las partes son libres de desistir, transigir o allanarse en el proceso civil (siempre que la materia sea disponible) y de vincular con ello al órgano jurisdiccional, nada impide para que se vincule también al órgano jurisdiccional ex ante para que no conozca de aquellas materias (disponibles) que las partes quieren excluir de su conocimiento [...]⁸⁶.

El Estado y su exclusividad en ciertas materias, que necesariamente deben conocer los órganos jurisdiccionales, son los grandes limitantes para el desarrollo pleno de la autonomía de la voluntad. Será la ley de cada materia la encargada de determinar que no está disponible para ser resuelto fuera de la estructura jurisdiccional del Estado.

En cuanto a nuestra ley de arbitraje, en ella podemos encontrar un límite macro al desarrollo de un proceso arbitral, así como al principio de la autonomía de la voluntad. La misma en su primer artículo expresa lo siguiente:

[...] El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, *las controversias susceptibles de transacción*, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias [Las cursivas me pertenecen]⁸⁷.

Es decir, la mayor limitación para el desarrollo de un proceso arbitral es la transigibilidad de la materia que se someta al mismo, o como lo expresaba el autor Yauri, la “disponibilidad” de la materia. Si las partes pactasen la resolución de una controversia que no fuese susceptible de transacción, que no fuese “materia disponible”, el arbitraje no procederá pese a que exista y se encuentre expresada en el convenio arbitral la voluntad de ambas partes.

⁸⁶ *Id.*, p. 13.

⁸⁷ Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 1. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006.

Ahora bien, ¿cuáles son las materias que impiden el desarrollo de un proceso arbitral?, o en otras palabras, ¿qué es materia transigible? y ¿qué no es susceptible de transacción? Inicialmente debemos dejar en claro que la limitación expresada por la ley de arbitraje, la transigibilidad de la materia, es un limitante que podemos hallar expresado en cada ley de las diversas ramas del derecho. Dicho de otro modo, dentro de la nuestra legislación se encontrarán expresadas las prohibiciones de transigir sobre ciertas materias y según si se encuentra presente o no esta prohibición podremos determinar si se puede realizar un proceso arbitral sobre dicha materia o no.

Resolviendo las interrogantes formuladas, podemos hacer referencia al autor Héctor Prieto Cely; él, en su artículo “Arbitramento como Herramienta Eficaz para la Solución de Conflictos”, nos aclara qué es materia transigible expresando lo siguiente:

[...] Se ha entendido que la justicia arbitral sólo puede operar cuando los derechos en conflicto son de libre disposición por parte de su titular, es decir, que frente a ellos exista la libertad de renuncia en todo o en parte. Esta capacidad de renuncia o de disposición, es lo que determina el carácter transigible de un derecho en litigio [...]⁸⁸.

Adicional a lo mencionado, el mismo autor expande la definición de materia transigible a la capacidad para celebrar un convenio; Prieto nos expresa lo siguiente:

[...] Es necesario que la controversia se presente entre personas que tengan capacidad para transigir, es decir que para celebrar pacto arbitral se requiere de la misma capacidad para el contrato de transacción; esto es, que no pueden transigir sino las personas capaces de disponer de los objetos comprendidos en la transacción [...] o lo que es igual, que el compromiso solo puede celebrarse entre sujetos plenamente capaces de disponer libremente de sus bienes, de tal manera que, la capacidad para ser parte en un proceso arbitral es un atributo que tienen, en principio, todas las personas naturales y jurídicas [...]⁸⁹.

Y, resumiendo la idea planteada anteriormente por el autor, haciendo referencia a su vez a la legislación de su país, Prieto Cely define la capacidad legal para transigir de la siguiente manera:

[...] capacidad legal para transigir, esto es, que puedan directamente y ante sí terminar un litigio pendiente o precaver uno eventual [...] no toda diferencia o controversia

⁸⁸ Prieto Cely, Héctor Julio. “Arbitramento como Herramienta Eficaz para la Solución de Conflictos”. *Revista Principia Iuris* N° 13 (2010), p. 1.

⁸⁹ *Id.*, pp. 65, 66.

puede ser sometida a arbitramento, sino aquellas sobre las cuales sea lícito o permitido transigir [...]”⁹⁰.

En síntesis, recapitulando todo lo expresado por el autor Prieto Cely, la controversia, para ser sometida al proceso arbitral, debe versar sobre materia transigible. La materia transigible es todo derecho renunciable o de libre disposición para su titular. Así mismo, las partes en conflicto también deben poseer capacidad para transigir, esto es la potestad de disponer libremente de los bienes sobre los cuales sea permitido transigir.

Con estas aclaraciones y definiciones quedan despejadas las interrogantes planteadas a priori; sin embargo, para tener un pleno conocimiento de lo que puede ser llevado a un proceso arbitral y lo que no, es necesario hacer referencia a nuestra propia legislación; para esto, el autor Juan Carlos Aguirre nos habla de la materia transigible en nuestro sistema legislativo. Aguirre, empieza el desarrollo de su artículo definiendo el término “transigible”, para lo cual hace uso de la enciclopedia jurídica OMEBA, la cual manifiesta que materia transigible es: “[...] alguna cosa que esté en el comercio o un hecho que no sea ilícito, imposible o contrario a las buenas costumbres o que se oponga a la libertad de las acciones o de conciencia, o que perjudique a un tercero en sus derechos [...]”⁹¹.

Como ya lo mencionamos anteriormente, materia transigible es un bien renunciable o de libre disposición; sin embargo, gracias a la definición proporcionada por la enciclopedia jurídica, podemos añadir a nuestro concepto que, un bien es transigible cuando se encuentra en el comercio, es lícito, no es contrario a las buenas costumbres y no perjudica los derechos de un tercero.

Pero volviendo al tema central, Aguirre continúa desarrollando el concepto de materia transigible y nos proporciona una lista ejemplificativa de qué es materia transigible y que no. Así mismo, el autor nos menciona que bajo nuestro sistema legal, no existe una lista taxativa de qué es transigible y que no lo es; Aguirre nos manifiesta

⁹⁰ *Id.*, p. 59.

⁹¹ Aguirre Márquez, Juan Carlos. *Materia Transigible: Requisito para la Mediación*. <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/arbitrajemediacion/2014/09/24/materia-transigible--requisito-para-la-mediacion---> (acceso: 01/05/2015). *Cfr.*, Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo XXVI. Buenos Aires: Driskill, 1981. p. 343.

que las prohibiciones a transar o transigir se encuentran regadas por todo nuestro ordenamiento jurídico, por lo que, para determinar si la materia es transigible, deberemos analizarlo caso por caso.

Con todo lo mencionado a lo largo de éste título, hemos terminado de analizar el elemento contractual o convencional del desarrollo de un proceso arbitral y podemos concluir manifestando que, siempre y cuando nuestro convenio arbitral verse sobre materia transigible, no sea contrario a la ley, ni a la moral u orden público, la inserción del tipo de arbitraje, en nuestro caso el AOF, en la cláusula arbitral es claramente permitido basándonos en el principio supremo del derecho privado, la autonomía de la voluntad; sin embargo, como ya lo manifestamos, la voluntad de las partes se ve constreñida a respetar lo señalado por la ley, por lo que para poder determinar si nuestra legislación, o la falta de ella, no impide que las partes se decidan por un nuevo tipo de arbitraje para solucionar sus controversias, deberemos realizar el análisis respectivo de la misma y así determinarlo.

2.1.2. Principio de Supremacía Jerárquica de la Constitución

Ahora bien, analizado el elemento convencional, continuaremos con el desarrollo de otro punto relevante para nuestro capítulo de aplicabilidad del AOF. Es necesario en este momento pasar a estudiar un principio constitucional, puesto que el mismo es el encargado de proporcionar preeminencia a nuestra Constitución cuando hace referencia a los procesos extrajudiciales, dentro de los cuales encontramos al arbitraje. Con esto, podremos comprender si nuestra constitución tiene la facultad de introducir un nuevo tipo de arbitraje en el campo extrajudicial con lo que se desprenda de su articulado. Por lo mismo, en esta etapa pasaremos a analizar el principio de supremacía jerárquica de nuestra Constitución.

Para empezar debemos entender a qué se refiere el principio en cuestión y cuáles son los alcances del mismo; para esto revisaremos lo que manifiestan algunos autores constitucionalistas al respecto. En primer lugar, Álvarez, Garrido y Tur en su libro “Derecho Constitucional”, nos hablan de los “Principios Informadores”, dentro de los cuales encontramos al principio de supremacía en cuestión; los autores en mención expresan lo siguiente:

[...] los principios informadores del sistema de fuentes deben ser considerados como aquellos criterios determinantes para la solución de los diferentes conflictos normativos. [...] El principio de jerarquía, [...] que implica un deber de obediencia de la norma inferior respecto de la superior. Hay que señalar que el principio de jerarquía normativa ha sido el elemento determinante de las reglas de validez de las fuentes del Derecho. Según el principio de jerarquía formal, cada norma tiene un rango, en virtud del cual se produce una eficacia derogatoria de la norma superior sobre la inferior [...]⁹².

El principio de supremacía constitucional implica que las demás normas, de jerarquía inferior, tienen la obligación de obedecer lo expresado por la Constitución o “norma superior”, usando las palabras de los autores citados.

Por otro lado, el autor Mario Verdugo en un artículo realizado para la Revista de Estudios Constitucionales nos aclara que:

[...] La Supremacía de la Constitución es uno de los principios básicos del "constitucionalismo clásico", [...] para esta formulación doctrinaria la Constitución es la ley fundamental porque es la base sobre la que descansa todo el ordenamiento jurídico: la constitución es la premisa mayor de la que derivan las conclusiones legales. Dentro de esta concepción unitaria y piramidal del ordenamiento jurídico, como estructura jerárquica de normas, la cúspide de la misma está ocupada por la Constitución, como norma fundamental, que regula todo sistema jurídico. La Constitución es "norma normarum" norma reguladora de la producción de las restantes normas. [...]⁹³.

Con lo expresado por Verdugo nos queda claro que la Constitución como norma fundamental y amparada en el principio de supremacía, es la que guía en el desarrollo de las demás normas de inferior jerarquía, así como regula el resto del ordenamiento jurídico. Dicho de otra manera, las normas de inferior jerarquía son creadas con base a lo que la Constitución expresa; por lo tanto, todo lo manifestado a lo largo de nuestra Carta Magna es de obligatorio cumplimiento para las normas en mención, sin que exista posibilidad de que dichas normas desobedezcan lo que la Constitución manda.

De la misma manera, el autor Verdugo nos muestra las consecuencias o efectos que se derivan del principio en estudio. Dicho autor nos expone lo siguiente:

⁹² Álvarez Conde, Enrique, Garrido Mayol, Vicente y Tur Ausina, Rosario. *Derecho Constitucional*. España: Editorial Tecnos, 2011, p. 79.

⁹³ Verdugo Marinkovic, Mario. “Notas sobre el principio de la supremacía constitucional y los decretos supremos de ejecución”. *Revista de Estudios Constitucionales* N° 1 (2003), pp. 387, 388.

[...] Del principio de la supremacía constitucional se derivan, entre otras, las siguientes consecuencias: 1. Las disposiciones contenidas en la Constitución no se pueden modificar por las "leyes ordinarias"[...] 2. Las leyes ordinarias deben respetar la Constitución, no sólo en su letra, sino también en su espíritu, es decir, en sus principios; 3. Si la supremacía formal o material de la Constitución resulta sobrepasada por el legislador, entran a operar los mecanismos de tutela del orden constitucional [...]⁹⁴.

Con lo expresado por el autor en mención queda claro que la Constitución es ley suprema, que no puede ser transgredida por normas de carácter inferior y su contenido solo puede ser modificado siguiendo los pasos que la misma Constitución provee.

Al igual que los autores previamente citados, Isidre Molas en su libro “Derecho Constitucional”, reitera lo mencionado a lo largo de este título, manifestando que:

[...] La Constitución es la primera de las normas jurídicas y, en cuanto tal, es la norma suprema del ordenamiento, de la que se deriva la validez de todas las demás [...] es una norma jerárquicamente superior a todas las restantes, a ella deben sujetarse los poderes constituidos para ejercer las potestades que les han sido asignadas. Todo el Ordenamiento jurídico queda sometido a la Constitución y se organiza a partir del principio de constitucionalidad [...]⁹⁵.

Es decir, el contenido de nuestra Constitución es “ley” para las demás normas y en caso de que existiese contradicción entre una norma y la Constitución, será nuestra Carta Magna la que predomine sobre dichas normas inferiores.

Con base al principio de supremacía constitucional, lo manifestado por nuestra Constitución en relación a los procesos extrajudiciales, materia que nos interesa en este momento, es de obligatorio cumplimiento para las demás normas de orden inferior a la carta magna. Todo lo mencionado hasta este punto lo podemos encontrar plasmado en el artículo 424 de nuestra ley suprema; la misma nos dice:

[...] La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica [...]⁹⁶.

⁹⁴ *Ibíd.*

⁹⁵ Molas, Isidre. *Derecho Constitucional*. España: Editorial Tecnos, 1998, p. 214.

⁹⁶ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 424. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

No obstante, para poder determinar el orden de aplicación de las normas y con esto establecer cuáles son las normas de jerarquía inferior a nuestra Constitución, es relevante citar el artículo 425 de la misma, el cual nos dice:

[...] El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos [...]⁹⁷.

Lo expresado por nuestra Constitución es de obligatorio cumplimiento para todas las normas que se encuentren por debajo de la misma. Sin embargo a lo manifestado anteriormente, debemos dejar en claro que sí existe un supuesto en el cual nuestra Constitución pierde su principio de supremacía, estamos hablando de los casos de derechos humanos en los cuales sea más beneficioso un tratado internacional que la propia constitución; esto lo encontramos en nuestra ley suprema en el segundo inciso del artículo 424 el cual expresa:

[...] La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público [...]⁹⁸.

Con todo lo manifestado podemos concluir que: en primer lugar, el principio de supremacía constitucional puede ser definido como una formulación doctrinaria mediante la cual nuestra Constitución, como ley fundamental, es la base del ordenamiento jurídico y sus preceptos deben primar sobre las normas de carácter inferior, brindando de ésta manera a la Constitución el lugar más importante en el sistema de fuentes del Derecho positivo. En segundo lugar, el principal alcance o efecto del principio de supremacía constitucional es que todo lo plasmado en nuestra Constitución se torna de obligatorio cumplimiento para las demás normas y actos del poder público, como lo expresa nuestra ley suprema. Y en tercer lugar, existe una excepción a la regla general de supremacía constitucional, la cual otorga supremacía a los tratados internacionales en caso de derechos humanos, siempre y cuando éstos sean más beneficiosos que la propia Constitución.

⁹⁷ *Ejusdem*, artículo 425.

⁹⁸ *Ejusdem*, artículo 424.

Hemos realizado todo este análisis del elemento constitucional puesto que, para poder sustentar nuestra iniciativa de aplicabilidad de un nuevo tipo arbitral, la Constitución y lo expresado por ella juegan un papel sumamente relevante, por no decir definitivo; sin embargo, esto lo veremos al momento de estudiar el aspecto normativo, sobre todo cuando analicemos lo que nuestra Carta Magna declara. Por lo pronto debemos pasar a examinar otro elemento clave para nuestro capítulo de aplicabilidad.

2.1.3. Análisis de la premisa: “Lo que no está prohibido está permitido”

Para analizar a profundidad la presente premisa debemos iniciar entendiendo sus orígenes, es decir, conocer la filosofía detrás de la cual nace la misma; para esto, en primer lugar debemos mencionar que, en la teoría general del derecho encontramos varias clases de normas jurídicas y en esta clasificación a su vez localizamos las normas de derecho público y las normas de derecho privado; el autor Rafael Díaz Roca nos define éstos tipos de normas de la siguiente manera:

[...] así son normas de Derecho Público las que protegen intereses públicos y de Derecho privado, las que atienden primaria y directamente, intereses privados. [...] En general, se admite hoy que en el Derecho privado, a diferencia del público, es determinante la actuación de la voluntad individual que puede excepcionar, normalmente, sus normas, que casi siempre son de Derecho dispositivo; se admite la renuncia a los derechos reconocidos por la norma; la defensa de los mismos ha de ser, generalmente, instada por el particular afectado y están sujetos a prescripción extintiva. Lo contrario ocurre en el Derecho público donde además siempre es necesaria la intervención de un sujeto revestido de imperium en la relación jurídica regulada [...]⁹⁹.

Adicionalmente a lo mencionado por Díaz Roca, considerando el principio de legalidad, podemos acotar otro elemento diferenciador entre éstos tipos de normas. De un lado, vemos como los poderes públicos no pueden realizar actos incompatibles con lo manifestado por la ley, pero sí pueden realizar actos que la ley permita. Del otro lado, en el caso de los particulares, éstos pueden realizar todo lo que no esté expresamente prohibido por la ley, dicho de otra manera, siempre y cuando la ley no prohíba realizar la conducta, ésta se encuentra permitida. Este elemento diferenciador toma el nombre de “teoría de la norma general exclusiva”. El autor Benito de Castro Cid nos ayuda a entender esta teoría expresando lo siguiente:

⁹⁹ Díaz Roca, Rafael. *Teoría General del Derecho*. España: Editorial Tecnos, 1997, p. 92.

[...] [La teoría de la norma general exclusiva] Elaborada inicialmente por E. Zitelmann y completada por Donati, considera que todas las conductas humanas son objeto de regulación jurídica a través de una misma norma que cumple una doble función: la de regular de forma determinada y tasada ciertos comportamientos y al mismo tiempo excluir genéricamente de su ámbito de prescripción todos los demás comportamientos no incluidos expresamente. Es decir, nos encontraríamos con que toda conducta social será objeto de reglamentación o bien a través de una norma particular inclusiva que así lo establece directamente, o mediante una norma general exclusiva que contenida de forma implícita en aquella, excepciona los casos no previstos [...]¹⁰⁰.

Lo que De Castro Cid nos menciona aquí se remonta a una teoría que nació hace varios años atrás, cuando los juristas tomaron consciencia de que no todas las conductas humanas podían estar tipificadas en un cuerpo legal. Sin embargo, para cada tesis existe una antítesis, en este caso estamos hablando de la teoría del espacio jurídico vacío. La misma es definida nuevamente por De Castro de la siguiente manera:

[...] Se trata de una teoría desarrollada por K. Bergbohm, que considera que el campo del comportamiento social puede ocupar dos espacios distintos: 1. El denominado espacio jurídico pleno que sería aquella zona en la que todos los comportamientos en ella incluidos están contemplados y regulados por normas jurídicas. 2. El espacio jurídico vacío, que supondría la existencia de un espacio social en el que el Derecho no existe, habría una carencia de reglamentación jurídica. [...]¹⁰¹.

Esta teoría es contraria a la de la norma general exclusiva, puesto que la segunda no admite la existencia de conductas que queden por fuera de la esfera jurídica. La teoría de la norma general exclusiva aplica para las actuaciones que no se encuentran reguladas por las normas jurídicas particulares, con lo que permite que la regulación jurídica se encuentre presente en todas las conductas. Así mismo, Hans Kelsen concuerda con la teoría de la norma general exclusiva y nos expone lo siguiente:

[...] También una conducta no decretada por una norma jurídica está supeditada al orden jurídico, si bien no actualmente, pero si potencialmente. Una conducta que no es objeto de ninguna norma jurídica, que no es decretada ni prohibida jurídicamente, es libre. Si un hombre es libre de ostentar una conducta que no es objeto de ninguna norma jurídica, porque no es decretada ni prohibida jurídicamente, entonces es libre conforme a derecho de comportarse de esa manera [...]¹⁰².

¹⁰⁰ De Castro Cid, Benito. "Significado y alcance de los principios de plenitud y coherencia". *Manual de teoría del derecho*. Ana María Marcos del Cano et. al. Madrid: Editorial Universitas, 2005, pp. 157, 158.

¹⁰¹ *Id.*, p. 157.

¹⁰² Kelsen, Hans. *Teoría General de las Normas*. Primera Edición. México: Trillas, 1994, p.138.

Al hablar de estas teorías, las relacionamos a lo que los autores precitados llaman “prescripción jurídica particular”, o normas de derecho privado. Como ya lo señalamos al empezar el análisis de la premisa en cuestión, hablamos de derecho privado cuando es determinante la actuación de la voluntad individual; por lo mismo la teoría de la norma general exclusiva es aplicable solamente cuando hacemos referencia a las normas de derecho privado.

Así mismo, la autora Victoria Iturralde Sesma en su obra “Consideración crítica del principio de permisión según el cual «lo no prohibido está permitido»”, desarrolla de manera completa la doctrina propuesta por Hans Kelsen y nos aclara lo siguiente:

[...] para Kelsen, se trata de un «principio técnico de derecho positivo». Kelsen sostiene que «el principio consiste en que el legislador permite un determinada comportamiento humano sólo con no prohibirlo, sin necesidad de expedir una disposición constitutiva de la permisión o, lo que es igual, sin necesidad de enlazar a ese comportamiento ninguna conducta sancionadora. Este 'hallarse permitido' tiene la misma significación de un 'no hallarse prohibido'. La permisión jurídica de una conducta no puede describirse por referencia a una función permisiva del derecho; sólo se puede describir negativamente por referencia a la función ordenadora y prohibitiva, esto es, prescriptiva de éste. Como el 'estar permitido' es idéntico al 'no estar prohibido' la conducta no prohibida está permitida, y la no permitida está prohibida» [...]. En el caso de que el ordenamiento no contenga ninguna norma general que regule positivamente la conducta del demandado, ésta se encuentra negativamente regulada por el orden jurídico, es decir, regulada en cuanto esa conducta no le está jurídicamente prohibida y, en ese sentido, le está permitida [...] ¹⁰³.

Es así como la teoría de la norma general exclusiva y la doctrina desarrollada por Hans Kelsen nos aclara cómo funciona la premisa en estudio. Siempre y cuando el legislador no haya prohibido un comportamiento, el mismo se encuentra permitido ya que el principio de permisión se describe negativamente. Cuando una conducta no se encuentre tipificada en el derecho privado, se considera que el legislador no la contempla prohibida y siendo “no prohibido” igual a “permitido”, la conducta está libre de ser realizada.

Con todo lo manifestado anteriormente, queda determinado el origen de la premisa en estudio, así como la doctrina desarrollada por Hans Kelsen alrededor del mismo. Entendido el trasfondo de la premisa en cuestión, solo resta ubicarla en nuestro

¹⁰³ Iturralde Sesma, Victoria. “Consideración crítica del principio de permisión según el cual «lo no prohibido está permitido»”. *Anuario de filosofía del derecho* N° 15 (1998), pp. 198, 199.

ordenamiento jurídico para demostrar su efectiva aplicación bajo nuestro sistema. Así, el artículo 8 de nuestro Código Civil manifiesta lo siguiente: “[...] A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley [...]”¹⁰⁴.

Ya ubicada la premisa dentro de nuestro ordenamiento jurídico, podemos señalar la relevancia de la misma a la luz de nuestro capítulo de aplicabilidad. Como bien lo hemos mencionado al iniciar este título, la premisa de “lo que no está prohibido está permitido” o teoría de la norma general exclusiva, es aplicable bajo las normas en las cuales la voluntad privada sea determinante y la renuncia de los derechos se encuentre permitida, es decir, en el supuesto de las normas de derecho privado. Así mismo, como ya lo conocemos, los métodos alternativos de solución de conflictos se desarrollan gracias a la autonomía de la voluntad de las partes, considerándolos así parte de la rama del derecho privado. Por lo tanto, siendo el arbitraje en general un método alternativo de solución de conflictos, éste se entiende pertenecer al derecho privado. Con todo esto queremos decir que al arbitraje le es aplicable la premisa de “lo que no está prohibido está permitido”, y de la misma manera, considerando que el AUO es un tipo de arbitraje y que dentro de la Ley de Arbitraje y Mediación no existe norma expresa que prohíba la implementación del AUO, podemos aseverar que la misma premisa le es claramente aplicable. Por todo esto, al llegar el momento de analizar el aspecto legal de la aplicabilidad del AUO, ésta premisa será de directa aplicación para el mismo.

Sin embargo, antes de completar nuestra tesis de aplicabilidad del AOF a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, es relevante también mencionar la tesis contraria a la nuestra, es decir, la inaplicabilidad o ineficacia del AOF para nuestro sistema.

2.2. Antítesis: Inaplicabilidad del Arbitraje de Última Oferta

Previo a iniciar el tratamiento de la antítesis debemos hacer hincapié en el hecho de que nuestra tesis es el primer acercamiento que tiene nuestra legislación con el Arbitraje de Última Oferta o de Oferta Final, lastimosamente por este hecho no encontraremos criterios nacionales al respecto. No obstante, existen trabajos extranjeros que más allá de hablar de la inaplicabilidad de este método nos hablan de la ineficacia del mismo. Ya que nuestro sistema no es exactamente el mismo que el de los autores que citaremos,

¹⁰⁴ Código Civil. Artículo 8. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

debemos entender que la ineficacia representa un obstáculo para la aplicabilidad, por lo que dentro de este título podemos dar rienda suelta a las perspectivas de ineficacia que tienen ciertos autores y no ahondar en el tema de la inaplicabilidad por la diferencia de sistemas. Puesto en claro este tema podemos iniciar con el desarrollo de la tesis contraria a la nuestra.

Como quedo manifestado en el primer capítulo, la principal ventaja del Arbitraje de Última Oferta (AUO) o de Oferta Final (AOF) es generar mayores concesiones en el proceso de negociación; el riesgo que representa someterse a este tipo arbitral produce a las partes en conflicto una necesidad de superar cualquier impase y llegar a una solución en conjunto sin la ayuda del AOF. Sin embargo, en los Estados Unidos se realizaron varias pruebas de laboratorio previo a la inserción de este mecanismo en su sistema y los resultados alcanzados demostraron un problema que los autores Denisi y Dworkin exploran en su artículo “Final-Offer Arbitration and the Naive Negotiator”. Denisi y Dworkin nos dicen:

[...] If the subjects do not appreciate the potential penalties they might suffer by allowing an issue to go to final-offer arbitration, the threat of using this procedure in case of an impasse would clearly not pose much of a threat at all, and so would have little if any effect on bargaining behavior [...]¹⁰⁵.

Para entender por completo la idea formulada por los autores debemos agregar ciertos hechos. Se realizó un experimento en el cual negociadores inexpertos empleaban éste método para solucionar los conflictos presentados y ninguno de los participantes tenía conocimiento alguno al respecto de este tipo arbitral. Al ser principiantes en el desarrollo de este mecanismo presentaron dificultades para entender el mismo, dando así como resultado la pérdida de la esencia del AOF.

Con este trasfondo nace la primera crítica al AOF; sin el suficiente conocimiento de la naturaleza y desarrollo del AOF, la esencia del mismo podría verse perdida y su propósito sería inútil. Si los negociadores no entienden cual es la naturaleza y el propósito de la existencia de este tipo arbitral, su aplicabilidad sería ineficaz. Como ya lo mencionamos, el objetivo del AOF es generar mayores concesiones entre las partes en conflicto y de esa manera superar cualquier impase que se haya presentado entre

¹⁰⁵ Denisi, Angelo S. y Dworkin, James B. “Final-Offer Arbitration and the Naive Negotiator”. *Industrial and Labor Relations Review* Vol. 35 N° 1 (1981), p. 79.

ellas; si las partes no comprenden completamente el riesgo que representa el uso del AOF, éste se descarrila de su propósito y no tiene sentido su uso.

Así mismo, a consecuencia de los resultados del experimento analizado, el autor Benjamin Tulis nos brinda una nueva crítica al AOF; este autor nos manifiesta que:

[...] First, it is best to have sophisticated parties use final-offer arbitration. [...] If two unsophisticated parties are involved in a contract dispute, they may see an opponent's more reasonable offer as a concession. This party may not understand that a final-offer arbitrator is likely to choose the more reasonable offer and, as a result, the party may imprudently refuse to submit their own reasonable offer. [...] ¹⁰⁶.

Esta crítica nos lleva a recapitular lo que hemos venido manifestando a lo largo del primer capítulo de nuestra tesis, en el desarrollo conceptual del AOF, cuando hacíamos referencia al tema de “laudo justo”. El procedimiento del AOF en sí no es tan simple, las partes como negociadores que pasan a ser sujetos procesales en el arbitraje, precisan entender que el árbitro o tribunal arbitral designado para la resolución del conflicto influye en gran medida dentro de este procedimiento. Pese a que los sujetos involucrados y sus ofertas sean partes protagónicas en este tipo arbitral, el árbitro y su criterio de “laudo justo” también es fundamental en el desarrollo del AOF. Si una de las partes involucradas no maneja este concepto de “laudo justo”, su oferta será descartada con facilidad. Por todo lo expuesto es que el autor citado anteriormente nos dice que el AOF es más indicado para negociadores con experiencia y experticia en este mecanismo.

Lo expresado por el autor representa un problema dentro de nuestro sistema, ya que por el momento no existen expertos en este método alternativo, lo que representaría un impedimento para su aplicabilidad; si los negociadores, que pasan a ser partes procesales, desconocen el concepto de “laudo justo” no podrían generar una oferta que relacione los intereses propios con los criterios del árbitro o tribunal, disminuyendo de esta manera sus probabilidades de salir victoriosos al momento de someterse a este tipo arbitral.

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

Igualmente, los autores Starke y Notz nos ofrecen un breve resumen de todos los criterios de los autores que se oponen al AOF, manifestando lo siguiente: “[...] Opponents (Clawson, 1973; Feigenbaum, 1975; Foster, 1974; Swimmer, 1975; Zack, 1974) claim that the process is too Draconian, that it is a gimmick, that it encourages gamesmanship, that it is inflexible, and that the arbitrator may have to choose between two unreasonable offers [...]”¹⁰⁷.

Aclarando los criterios difundidos por los opositores al AOF, podemos decir que ellos consideran a este mecanismo como un procedimiento rígido, estricto, un truco que fomenta en las partes conductas poco ortodoxas para ganar ventajas; asimismo consideran que su procedimiento es poco flexible y que dentro del mismo las partes ofrecen al árbitro ofertas irrazonables para que él escoja una de las dos.

Finalmente, en esta etapa de argumentos contrarios a nuestra tesis, podemos generar impedimentos propios de nuestro sistema al momento de insertar el AOF. En este caso hablaremos de aspectos normativos que imposibilitan el desarrollo del AOF en el sistema extrajudicial ecuatoriano.

Adelantándonos un poco al análisis de la legislación aplicable, es relevante mencionar un impedimento legal a la hora de insertar el AOF en nuestro sistema extrajudicial. Como bien lo manifiesta nuestra Constitución, los procedimientos alternativos se encuentran reconocidos por la misma; sin embargo, nuestra Carta Magna nos dice que estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley. Siguiendo el orden jerárquico de aplicación pasamos a analizar las leyes orgánicas, dentro de las cuales encontramos el Código Orgánico de la Función Judicial. Dicho código nos vuelve a mencionar a los métodos alternativos, reconociéndolos como una forma de administrar justicia; no obstante, éste código agrega un elemento adicional a lo que ya veníamos viendo en nuestra Constitución, nos habla de “otros medios alternativos de solución de conflictos *establecidos por la ley*” (el resaltado me pertenece). Ahora bien, el AOF no se encuentra expresamente establecido por la ley, razón por la cual no formaría parte de la administración de justicia reconocida por el Código Orgánico de la Función Judicial, lo que impediría su desarrollo en nuestro sistema extrajudicial.

¹⁰⁷ Starke, Frederick A. y Notz, William W. "Pre- and Post-Intervention Effects of Conventional versus Final Offer Arbitration". *The Academy of Management Journal* Vol. 24 N° 4 (1981), p. 833.

De esta manera, hemos desarrollado las críticas al proceso del AOF, así como ofrecemos razones por las cuales éste mecanismo resulta ineficaz, finalizando con argumentos legales que impiden su inserción dentro de nuestro sistema extrajudicial.

Previo al análisis legal correspondiente, resulta necesario contradecir todo lo expresado en líneas anteriores. En primer lugar, refutando los argumentos no legales de la antítesis descrita anteriormente, cuando hablamos de los efectos que debe producir el AOF con un adecuado conocimiento del mismo, podemos aclarar que dentro del experimento realizado, un porcentaje de los resultados obtenidos fueron alentadores para el AOF, ya que la forma de explicarlo a los negociadores principiantes fue a través de videos en los cuales se detallaba de manera clara y concisa de qué trata el AOF, qué riesgos plantea y cuál es su principal objetivo. Por lo que la idea de que negociadores inexpertos generen un desvío del objetivo del AOF se torna improbable si existe la debida capacitación sobre el método en estudio.

De la misma manera, el argumento de que el AOF está diseñado solo para negociadores con experiencia, que puedan generar un vínculo entre sus pretensiones y el concepto de “laudo justo” del árbitro a cargo, se descarta ya que el principal motivo de que el AOF genere un efecto de acercar a las partes y superar impases, se basa en este temor que genera a los participantes de no saber cuál será el concepto de “laudo justo” y cuál es la oferta más razonable que se acerca al mismo. No se trata de la experticia de los negociadores para generar una buena oferta, sino todo lo contrario, se trata de llegar a un acuerdo entre estas partes sin la necesidad de tener que llegar a acatar la decisión de un tercero ajeno al conflicto. Sin embargo, en caso de tener que llegar a instancias finales en el AOF, debemos señalar que existen grandes negociadores en nuestro país, a quienes no se les hará muy difícil generar una expectativa de “laudo justo” y vincularla con su oferta final.

Con respecto a las críticas vertidas por los opositores al AOF, podemos señalar que la rigidez e inflexibilidad de éste mecanismo es la principal causa por la cual las partes se acercan, al momento de negociar, generando mayores concesiones entre ellas. De la misma manera podemos aclarar que las ofertas extremas son descartadas por las partes en conflicto, debido al riesgo de no conocer la oferta de la otra parte y el criterio del árbitro que va a resolver la controversia.

2.3. Análisis de la Legislación Aplicable al Arbitraje de Última Oferta

Desestimados los argumentos no legales contrarios al AOF podemos empezar analizando una a una las normas que regulan la aplicabilidad de éste mecanismo y su posible inserción en nuestro sistema extrajudicial. Siguiendo el orden jerárquico determinado, iniciaremos con el estudio de las normas de nuestra Constitución.

2.3.1. Constitución de la República del Ecuador

Como lo mencionamos en líneas anteriores, el principio de supremacía constitucional es una formulación doctrinaria, la cual localiza a nuestra Constitución en la punta del ordenamiento jurídico, primando así sobre las normas de carácter inferior. Gracias al principio en mención todo lo plasmado en nuestra Carta Magna se torna de obligatorio cumplimiento para las demás normas. Esto se vuelve relevante puesto que, como se expuso en la antítesis, nuestra Ley Suprema en la sección octava hace referencia a los “Medios Alternativos de Solución de Conflictos”. Esta sección presenta un artículo único, artículo 190, el cual en su parte relevante expresa lo siguiente: “[...] Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir [...]”¹⁰⁸.

Con lo estipulado, la Constitución admite la validez del arbitraje, la mediación y *otros procedimientos alternativos* que tengan el mismo fin de los anteriormente citados. Considerando que esta norma constitucional es totalmente abierta, podemos incluir fácilmente a nuestro tipo arbitral dentro de los medios alternativos reconocidos constitucionalmente, debido a que el AOF cumple con el requisito propuesto por la Constitución en el artículo citado, el objetivo de resolver conflictos.

El principio de supremacía constitucional, desarrollado anteriormente, genera que este reconocimiento de “otros procedimientos alternativos”, en el cual cómodamente podemos introducir al AOF, se vuelva de obligatorio cumplimiento para el resto de normas de inferior jerarquía. Sin embargo, el mismo artículo constitucional nos expresa

¹⁰⁸ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 190. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

que todos los procedimientos alternativos reconocidos se deberán desarrollar observando lo que la ley dispone. Dicho de otro modo, el AOF, gracias a este artículo constitucional, se encuentra reconocido o validado por la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, sin descartar que el mismo deba aplicarse observando la ley.

Es en este punto cuando debemos hacer referencia a un tema trascendental del procedimiento del AOF en otras legislaciones. Al desarrollar el primer capítulo de nuestra tesis dejamos suspendida la cuestión de la motivación en la decisión arbitral dentro del proceso del AOF. Como ya lo mencionamos, en legislaciones tales como la estadounidense o la peruana, no resulta necesario motivar la resolución dentro del AOF, solo basta elegir una de las dos ofertas y terminar con el procedimiento.

Sin embargo, considerando lo expresado por nuestra Carta Magna, los procedimientos alternativos reconocidos por la misma tienen la obligación de sujetarse a lo estipulado por la ley. Tomando en cuenta lo manifestado, es relevante mencionar que dentro de nuestra legislación toda resolución debe ser motivada y la falta de motivación genera nulidad de la resolución, debido al atentado a las garantías básicas del debido proceso. Esto lo encontramos en nuestra Constitución, artículo 76, numeral 7, literal L, el cual menciona:

[...] Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados [...]¹⁰⁹.

Ahora bien, revisado dicho articulado, es necesario cuestionarnos si el laudo arbitral es o no considerado como resolución del poder público. Para esto debemos analizar una de las teorías alrededor de la naturaleza del arbitraje; en el primer capítulo examinamos la teoría intermedia o sincrética, misma que fusiona las teorías contractual y jurisdiccional, generando así una jurisdicción convencional. Estudiado nuestro Código de Procedimiento Civil, encontramos dos artículos que concuerdan con los postulados de la teoría intermedia; así el artículo 5 expresa:

¹⁰⁹ Ejusdem, artículo 76, numeral 7, literal L.

[...] La jurisdicción se ejerce por los tribunales y juzgados que integran la Función Judicial. También la ejercen, de acuerdo con la Constitución Política de la República y sus leyes propias: los jueces de paz, los árbitros, los tribunales de conciliación y arbitraje y las autoridades de los pueblos indígenas [...] ¹¹⁰.

Mientras que el artículo 17 del mismo cuerpo legal manifiesta: “[...] Ejercen jurisdicción convencional los jueces árbitros [...]” ¹¹¹. Con esto podemos notar que el Estado a través de la ley, está dotando de potestades del poder público a los árbitros, generando así que sus laudos o resoluciones tengan la obligación de ser motivadas conforme lo establece la ley suprema.

Debido a lo mencionado, para la aplicación del AOF en nuestro sistema extrajudicial, será totalmente necesario alejarnos de la falta de motivación y expedir un laudo arbitral motivado con los elementos considerados para resolver de la forma como lo haya hecho el árbitro.

Continuando con lo manifestado por la norma constitucional, el AOF y su aplicación también se verán sujetos a lo manifestado por la ley de la materia, es decir la Ley de Arbitraje y Mediación, en adelante LAM. Por esta razón se vuelve relevante hacer el análisis respectivo de la LAM, haciendo hincapié en las partes que se refieren al desarrollo del arbitraje.

2.3.2. Código Orgánico de la Función Judicial

En cuanto a lo manifestado por el Código Orgánico de la Función Judicial, debemos recordar que el mismo fue tratado como argumento contrario a la tesis de aplicabilidad del AOF. Al terminar la etapa de antítesis, uno de los fundamentos de la misma fue lo expresado por el artículo 17 del Código Orgánico de la Función Judicial, en adelante COFJ. Dicho artículo en su segundo inciso hace referencia al arbitraje, la mediación y *otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley* ¹¹² (el resaltado me pertenece); como bien es cierto el AOF no se encuentra

¹¹⁰ Código de Procedimiento Civil. Artículo 5. Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio de 2005.

¹¹¹ Eiusdem, artículo 17.

¹¹² Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 17. Registro Oficial Suplemento No. 544 de 9 de marzo de 2009.

expresamente establecido por la ley, sin embargo debemos recordar en primer lugar el principio de supremacía constitucional y en segundo lugar lo establecido por nuestra Constitución en el artículo 190. A pesar de que la constitución no reconoce al AOF expresamente, nuestra Carta Magna sí reconoce *otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos*, mismos que deben guardar relación con la ley y versar sobre materia transigible. Considerando que el AOF se aplicará con sujeción a la ley y por lo mismo se desarrollará sobre materia transigible, se encuentra reconocido por nuestra Constitución, descartando así el argumento de que el AOF no cumple con lo estipulado por el COFJ, puesto que tácitamente el AOF si se encuentra reconocido y por lo mismo establecido por la ley suprema de nuestro ordenamiento jurídico.

Adicionalmente a lo manifestado, debemos recordar que el AUO en líneas anteriores fue comparado con el Arbitraje Convencional, llegando a la conclusión de que el mismo, debido a las grandes similitudes que presenta con el arbitraje en general, es considerado un tipo de arbitraje; lo que implicaría que el AUO sí se encuentra reconocido en la ley, cuando ésta habla del arbitraje en general.

De la misma forma es relevante mencionar en este punto que tanto el arbitraje como la mediación y “otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos”, son considerados, por esta ley, como una forma de administración de justicia de la Función Judicial.

2.3.3. Ley de Arbitraje y Mediación

Cuando hablamos del Arbitraje de Última Oferta o de Oferta Final, necesariamente nos referimos a un procedimiento heterocompositivo, cuyo objetivo principal es la resolución de conflictos mediante la decisión de un tercero imparcial denominado árbitro. Como lo expresamos en líneas anteriores, con esta breve introspección a los elementos esenciales del AOF nos podemos percatar rápidamente de la gran similitud que el mismo tiene con el Arbitraje Convencional (AC); por esta razón podemos aseverar que el AOF es un tipo de arbitraje; no obstante, el mismo presenta diferencias que lo alejan del AC dejándolo como un mecanismo alternativo autónomo. Por todo lo manifestado y considerando al AOF como un tipo arbitral, le son aplicables las normas que regulan al arbitraje en general.

En primer lugar está el tema de validez del sistema arbitral, el cual se expresa en el primer artículo de la LAM, mismo que manifiesta:

[...] El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias [...]¹¹³.

Al AOF se pueden someter las partes de común acuerdo, mismo que debe versar sobre materia transigible (entendida como todo derecho renunciable o de libre disposición para su titular) y las controversias presentadas serán resueltas o por un tribunal arbitral, desarrollado con sujeción a la LAM y reglamentos expedidos por un centro de arbitraje, o mediante arbitraje independiente, desarrollado conforme a lo que las partes pacten, siempre considerando lo establecido por la LAM y demás leyes de obligatorio cumplimiento.

Así mismo, en este momento se vuelve imprescindible hablar del procedimiento del AOF y la forma en la cual el mismo podría encajar en el desarrollo del arbitraje convencional contemplado bajo nuestro sistema. Para esto debemos realizar un breve resumen del procedimiento arbitral establecido para el AC y posterior a ello ir vinculándolo con el procedimiento previsto para el AOF.

Nuestra ley de arbitraje y mediación es la encargada de describir el procedimiento a seguirse en un arbitraje convencional, la misma nos expresa que el procedimiento arbitral empieza con un convenio o acuerdo *escrito*, mediante el cual las partes convienen someter sus controversias a arbitraje. Dentro de este convenio arbitral se estipulará el tipo de arbitraje, léase administrado o independiente, la forma de decidir del árbitro, en equidad o en derecho, si requieren medidas cautelares y en general las reglas del procedimiento a desarrollarse. La autora Ana María Chocrón, realizando un análisis del procedimiento arbitral en su legislación, con respecto a la autonomía de las partes para determinar el desarrollo del proceso arbitral nos dice que:

[...] la determinación de las reglas de procedimiento pasa por el acuerdo que al respecto adopten las partes, [...] [q]ue las partes hayan acordado todo lo referente a cada uno de los detalles del procedimiento, sin margen para la decisión de los árbitros,

¹¹³ Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 1. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006.

lo que pueden hacer desde el principio del procedimiento o a lo largo del desarrollo del mismo a tenor de las amplísimas facultades que les concede el art. 9.1 LA [...] ¹¹⁴.

Lastimosamente en nuestra legislación no existe una norma tan clara como la del Código de Arbitraje español, sin embargo el principio de autonomía de la voluntad de las partes permite que los convenios arbitrales sean diseñados conforme a las necesidades de las partes, sujetándose sin lugar a dudas por lo fijado por la ley para su completa validez, de esta manera los árbitros deben obedecer en primer lugar lo manifestado por escrito por las sujetos en conflicto.

Continuando con el proceso arbitral, realizado el convenio arbitral y suscitado el conflicto, el siguiente paso es presentar la demanda arbitral; los elementos que la demanda arbitral debe contener se encuentran enumerados en el artículo 10 de la LAM. Presentada la demanda, el árbitro independiente o director del centro arbitral califica la demanda y cita al demandado para que realice la contestación a la misma. Posterior a esta contestación o falta de la misma, el director del centro o árbitro independiente cita a las partes para que se realice una audiencia de mediación entre ellas, intentando llegar a un acuerdo. De no llegar a un acuerdo, continúa el proceso con la designación de árbitros. Aceptado el cargo por los árbitros, los mismos toman posesión. Ya posesionados se señala día y hora para la audiencia de sustanciación, en la cual se posesiona de su cargo el secretario, se lee el convenio arbitral y el tribunal resuelve sobre su competencia.

De encontrarse competente, el tribunal fija término para el desarrollo de las diligencias probatorias que hayan sido requeridas. Practicadas las diligencias probatorias, si las partes lo solicitan, se señala día y hora para audiencia en estrados, en la cual las partes presentan sus alegatos. Escuchadas las partes, la controversia se resuelve mediante laudo arbitral; la duración del arbitraje es la establecida en la misma ley. El laudo arbitral es leído a las partes en una audiencia posterior, en la cual, asimismo, se entregan copias del laudo a las partes.

Ahora, detallado el proceso arbitral convencional, podemos planificar el desarrollo del AOF, guardando relación con la ley de la materia y sin descuidar lo estipulado por la

¹¹⁴ Chocrón Giráldez, Ana María. *Los principios procesales en el arbitraje*. España: Editorial J.M. Bosch, 2000, p. 174.

misma. Como todo proceso arbitral en nuestro sistema, el AOF iniciaría con un acuerdo en el cual se exprese la voluntad de las partes para someterse al mismo. La LAM es muy clara al determinar la obligatoriedad de que dicho acuerdo sea por escrito, razón por la cual se vuelve imprescindible que el acuerdo o convenio en el caso del AOF guarde relación con lo estipulado por la LAM y sea escrito. Por otro lado, el contenido del convenio arbitral lo determinaremos al analizar más adelante el tipo de arbitraje aplicable (administrado o independiente), la forma de decidir (en equidad o en derecho) y las demás reglas de procedimiento que puedan ser utilizadas en el caso del AOF.

Continuando con la asimilación del desarrollo procesal, se presentaría la demanda ante el árbitro independiente o director del centro arbitral, posteriormente se contestaría a la demanda, cumpliendo con los límites temporales establecidos, así como con los lineamientos para el contenido de la demanda y contestación. Presentada la contestación o cumplido el término para la presentación de la misma, el director del centro o el árbitro independiente cita a las partes para una audiencia de mediación. Este punto es vital en el desarrollo del AOF; como ya lo hemos manifestado por reiteradas ocasiones, el objetivo del AOF es generar incertidumbre en las partes para que se desvanezca el “chilling effect”, tratado en el primer capítulo, y se genere un acercamiento entre ellas para llegar a un acuerdo en la mediación o en el proceso arbitral antes de que exista una resolución definitiva.

Por lo antes expresado, la audiencia de mediación es el punto clave para que el mediador aclare el procedimiento del AOF y brinde luces a las partes para entender el riesgo que implica dejar de hacer concesiones o no llegar a un acuerdo. En todo caso, en el supuesto de que las partes no llegasen a un acuerdo en la mediación, nuestra ley arbitral, en su artículo 28, nos genera la posibilidad de terminar el proceso mediante transacción (misma que será descrita al momento de analizar nuestro Código Civil).

Dicho de otra forma, si las partes, conscientes del riesgo que implica someterse a la decisión del árbitro, deciden llegar a un acuerdo posterior a la mediación pero anterior a la resolución arbitral, es totalmente válido para nuestro sistema arbitral.

Sin embargo, en el supuesto de que las partes no llegasen a un acuerdo ni en la etapa de mediación, ni a lo largo del procedimiento arbitral, de la misma manera que en

lo estipulado para el desarrollo del arbitraje convencional, se continuaría con la posesión de árbitros, la audiencia de sustanciación, la posesión del secretario, las diligencias probatorias si las hubiere y sería en la audiencia de estrados o la última audiencia antes de la emisión del laudo arbitral, el momento procesal oportuno en el cual las partes podrían acordar la presentación a los terceros neutrales de sus ofertas finales. Sin embargo, el tema de la presentación de las últimas ofertas quedaría a discreción de las partes, siendo ellas quienes determinen, en el convenio arbitral, el momento procesal oportuno para presentar sus ofertas finales.

Un tema importante relacionado con la presentación de las ofertas finales sería, ¿qué ocurre si una de las dos partes no presenta su oferta final hasta antes de la emisión del laudo arbitral? Considerando el análisis realizado a la legislación comparada de los Estados Unidos de Norteamérica, podríamos sugerir que las partes pacten en el convenio arbitral que, en caso de falta de presentación de oferta final, el tribunal arbitral tenga la obligación de elegir la única oferta que haya sido presentada en el momento procesal oportuno por la imposibilidad que tiene de ir más allá de las ofertas entregadas por las partes. No obstante, insistimos en que son las partes, dueñas de su proceso, quienes determinarían en el convenio arbitral, el procedimiento a seguir en este supuesto. Por otro lado, en caso de que las partes procesales sí presenten sus ofertas en el momento adecuado, el procedimiento de AUO terminaría con el laudo arbitral en el cual el tribunal decidiese por una u otra oferta.

Determinado el procedimiento a seguirse bajo el Arbitraje de Última Oferta o de Oferta Final, podemos pasar a analizar las normas relevantes para el desarrollo del mismo. En este caso debemos señalar lo estipulado por la LAM en su artículo 38, el cual manifiesta lo siguiente:

[...] El arbitraje se sujetará a las normas de procedimiento señaladas en esta Ley, al procedimiento establecido en los centros de arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan, sin perjuicio de las normas supletorias que sean aplicables [...]¹¹⁵.

¹¹⁵ Ley de Arbitraje y Mediación. *Óp. cit.*, Artículo 38.

Al tenor de esta norma, nos percatamos que las partes también pueden ser las encargadas de estipular sobre el desarrollo del procedimiento arbitral, siempre y cuando se preste atención a lo establecido por la LAM y normas supletorias aplicables al caso.

2.3.4. Código de Procedimiento Civil

Considerando que varias normas de la LAM hacen referencia al Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC), es significativo realizar un brevísimo repaso de las normas del CPC que se relacionan directamente con la LAM y por consiguiente con el AOF.

En primer lugar se encuentran los requisitos para formular una demanda, así como los elementos que deberá contener la contestación a la misma. De igual forma, la LAM hace referencia al CPC cuando se refiere a las medidas cautelares, a la imposibilidad de determinar el domicilio del demandado, a las causas de excusa de los árbitros y a las causas de recusación de los mismos.

Por otro lado, el CPC también hace alusión al proceso arbitral; como lo manifestamos anteriormente los artículos 5 y 17 del código en mención hacen referencia a la jurisdicción que ejercen los tribunales arbitrales y asimilan a los jueces con los árbitros.

Con esto el CPC acata lo dispuesto por nuestra Constitución, reconociendo la jurisdicción que ejercen los árbitros y tribunales de arbitraje para resolver las controversias que las partes sometan a su conocimiento.

2.3.5. Código Civil

Para finalizar el estudio normativo de la aplicabilidad del AOF debemos recordar que el desarrollo del AOF se basa necesariamente en materia transigible; es por esta razón que se vuelve relevante mencionar ciertas normas de nuestro Código Civil, las cuales nos hablan de lo que es susceptible de transacción y lo que no. Del mismo modo, es en el Código Civil en donde encontramos una de las formas de terminar el proceso arbitral, la transacción. Finalmente en el Código Civil encontramos estipulado el

principio de la autonomía de la voluntad, el cual es sumamente relevante para el desarrollo del AOF.

Iniciemos retomando la cita realizada de la norma del Código Civil que hace relación al principio de autonomía de la voluntad; el artículo 8 del cuerpo legal en mención expresa lo siguiente: “[...] A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley [...]”¹¹⁶. Con este artículo recordamos lo desarrollado en el título de “autonomía de la voluntad”, cuando hacíamos referencia a lo expresado por Kelsen en la teoría de la norma general exclusiva. La expresión de la norma en nuestro derecho privado implica que, como ya lo decía Kelsen, el principio consiste en que el legislador permite un determinado comportamiento humano sólo con no prohibirlo¹¹⁷.

En nuestro caso, considerando lo manifestado por Kelsen y lo estipulado en nuestra legislación, el AOF y su desarrollo no se encuentra prohibido de ninguna manera, lo que nos lleva a aseverar que el mismo se encuentra permitido para ser realizado.

Así mismo, siguiendo con el análisis de la relevancia del Código Civil en nuestro capítulo de aplicabilidad, pasamos a hablar de la materia transigible. Como ya quedo definido títulos atrás, la materia transigible es todo derecho renunciable o de libre disposición para su titular, sin embargo es relevante mencionar ciertos artículos de nuestro Código Civil que guardan relación con la transigibilidad que necesitamos para el desarrollo correcto de un procedimiento arbitral.

En primer lugar, el artículo 2352 hace referencia a la materia no transigible, es decir, que no es posible someterlo a ningún procedimiento alternativo de solución de conflictos. Dicho artículo menciona lo siguiente: “[...] No se puede transigir sobre el estado civil de las personas. [...]”¹¹⁸. De igual manera, la misma ley nos dice que cabe transacción sobre la acción civil que nace de delito, es decir es susceptible de arbitraje y de cualquier MASC en general.

¹¹⁶ *Vid., supra* nota 34.

¹¹⁷ Sobre las ideas que se resumen en esta parte, *vid., supra* nota 33.

¹¹⁸ Eiusdem, artículo 2352.

Así, existen numerosos ejemplos de materia transigible, como de materia intransigible, regados a lo largo de nuestro ordenamiento jurídico, por lo mismo se debe analizar caso por caso antes de someter la controversia tanto al AOF como al arbitraje convencional, para determinar si el conflicto es susceptible de transacción o no.

Finalmente, es sustancial hacer referencia a una de las formas de terminar el proceso del AOF después de no haber llegado a acuerdo alguno en la etapa de mediación. La Transacción, como modo de extinguir las obligaciones, es definida por nuestro Código Civil en el artículo 2348, el cual expresa: “[...] Transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa. [...]”¹¹⁹.

Como ya lo vimos, la LAM hace referencia a este modo de extinguir obligaciones. De esta manera, brinda a las partes la potestad de terminar la controversia llegando a un acuerdo, sin tener que llegar a la decisión del tercero imparcial. Es relevante hacer mención a la transacción puesto que el objetivo del AOF es motivar a las partes para llegar a un acuerdo y no necesariamente a la resolución arbitral. Por lo mismo, las oportunidades que tienen las partes para llegar a un acuerdo a lo largo de todo el proceso del AOF se vuelve sumamente relevante.

Superado el tema legal para la aplicación del AOF, pasamos a examinar las áreas del derecho en las cuales resulta beneficioso el uso de nuestro método alternativo en estudio.

2.4. Arbitraje de Última Oferta: ¿En qué área del derecho aplicaría? ¿Bajo qué supuestos?

Como ya lo manifestamos a lo largo del primer capítulo, éste mecanismo de resolución de conflictos es aplicado en los Estados Unidos, principalmente en los temas salariales de los jugadores de las ligas mayores de baseball, así como también es usado en el sector público, en el área de derecho laboral en general. El proceso del AOF cuenta con elementos matemáticos que motivan a que la controversia sea meramente

¹¹⁹ Eiusdem, artículo 2348.

pecuniaria para su acertada solución, es por esta misma razón que el AUO funciona de mejor manera en los casos susceptibles de negociación distributiva, puesto que la controversia se traduce en una cantidad de dinero que pasa de una parte a la otra.

Considerando lo manifestado por nuestra Carta Magna en su artículo 326 numerales 11 y 12, podemos aseverar que es válida la transacción en materia laboral, siempre y cuando los derechos de los trabajadores no se vean transgredidos. Así, podemos someter a AOF las pretensiones de los trabajadores, sin descuidar los límites que dicha pretensión posee.

De la misma manera, los conflictos generados inter partes pueden versar sobre distintos temas, así el autor Ramón Sáez brevemente nos resume los tipos de conflicto y las causas del mismo: “[...] el conflicto ocurre cuando se dan diferencias entre individuos, dentro del propio individuo o entre grupos, sobre recursos, necesidades psicológicas o valores [...]”¹²⁰. De esta manera, podemos encontrar conflictos que se centran en conductas a ser realizadas o dejar de serlo. Por lo mismo, el AOF como mecanismo alternativo promovedor de la negociación entre las partes, puede ser empleado en temas contractuales, de incumplimiento contractual, así como conflictos en materia de inquilinato, o controversias en materia societaria; siempre y cuando el conflicto verse sobre materia transigible, el AOF puede ser utilizado para incentivar la resolución del conflicto entre las partes.

2.5. Procedimiento para la Aplicación del Arbitraje de Última Oferta

Para finalizar este capítulo solo resta contestar ciertas interrogantes respecto al procedimiento específico de desarrollo del AOF: designio de árbitros, a qué tipo de arbitraje las partes se someten y en general el tratamiento del convenio arbitral en el cual se exprese la voluntad de las partes de someterse al AOF.

2.5.1. Análisis de Designio de Árbitro y tipo de Arbitraje, ¿en Equidad o en Derecho? ¿Arbitraje Administrado o Independiente?

¹²⁰ Sáez De Herrera, Ramón Alzate. “La Dinámica del Conflicto”. *Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y Ámbitos*. Helena Soletto Muñoz *et. al* (directora). España: Tecnos, 2011, p. 115.

Cuando hablamos de la LAM y su relevancia en el desarrollo del AOF dejamos ciertas interrogantes a ser tratadas en este título. En primer lugar, al referirnos al proceso arbitral en general, la LAM nos habla del tipo de arbitraje a ser desarrollado, es decir administrado o independiente. Las partes en conflicto son las encargadas de determinar, a qué tipo de arbitraje se someterán. Como ya es conocido, el arbitraje administrado se desarrolla en un centro de arbitraje, sujetándose a lo estipulado por la LAM, así como por el reglamento del centro. Del otro lado, el arbitraje es independiente cuando se realiza sujetándose a las decisiones de las partes estipuladas en el convenio, sin dejar de tomar en cuenta lo manifestado por la LAM.

Considerando lo antedicho, el AOF puede ser desarrollado de ambas formas. Si hablamos de arbitraje administrado o independiente, el AOF se sujeta necesariamente a las normas establecidas en la LAM, es más, el desenvolvimiento del mismo fue planeado para que sea acorde a lo manifestado por la ley de la materia. Por la misma razón, las partes pueden acordar que el AOF se desarrolle como arbitraje administrado sujetándose a lo estipulado por la LAM y al reglamento del centro e igualmente las partes podrían acordar desarrollar el arbitraje de manera independientemente. En ambas formas el convenio arbitral es ley para los árbitros, lo que implica que las partes en los dos tipos de arbitraje podrían solicitar que la resolución de la controversia sea mediante AOF, sin que el tribunal tenga la opción de negarse a lo manifestado por la voluntad de las partes en conflicto.

Así mismo, otro elemento relevante a ser determinado por las partes en el convenio arbitral es la forma de decidir del árbitro. La LAM nos expresa en su tercer artículo que las partes deberán indicar la forma de decidir de los árbitros, en equidad o en derecho. Los árbitros que deciden en derecho son abogados necesariamente y resuelven la controversia ateniéndose a la ley, los principios universales del derecho y la doctrina. Por otro lado, los árbitros que deciden en equidad no necesitan ser abogados y resuelven la controversia atendiendo a los principios de la sana crítica, de la misma manera que actuando conforme a su leal saber y entender.

Como lo supimos expresar en el primer capítulo, en la etapa de legislación comparada, el AOF es desarrollado en Perú en el área del derecho laboral y su forma de decisión es en equidad; esto se debe a que la decisión del árbitro se basa en la

concepción que el mismo presenta de “laudo justo”, sin embargo para llegar a esa concepción el árbitro debe realizar varios análisis de las implicaciones de elegir cada oferta. Pese a que exista un proceso de razonamiento, el mismo no necesariamente se basa en normas, leyes, principios y doctrina legal, aunque podrían existir argumentos legales de las partes para proporcionar su oferta. El razonamiento del árbitro precisamente se basa en la sana crítica y en su entender y saber del conflicto, por esta misma razón, consideramos que la decisión del árbitro debe darse en equidad, sin descartar la necesaria motivación de la resolución. En otras palabras, expresar en el laudo por qué se considera que la oferta escogida es la más cercana a su concepción de laudo justo, con los análisis que el árbitro haya realizado para llegar a esa conclusión.

2.5.2. Diseño de Cláusula Arbitral o de Convenio que permita el desarrollo del Arbitraje de Última Oferta

Para finalizar, determinado ya el procedimiento completo a seguirse para el desarrollo adecuado del AOF, es relevante concluir realizando un ejemplo de convenio arbitral en el cual conste todo elemento relevante para la que las partes puedan someterse de común acuerdo al AOF sin riesgo de nulidad posterior.

*Ejemplo de convenio arbitral de AOF en arbitraje administrado*¹²¹:

Toda controversia o diferencia que surja de, relativa a, o que tenga relación con este contrato, será resuelta por un tribunal arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana - AMCHAM, que se sujetará a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación, el Reglamento de dicho Centro y las siguientes normas:

1. El tribunal estará integrado por tres árbitros designados conforme el Reglamento del Centro;
2. El tribunal decidirá en equidad, sujetándose a las reglas del Arbitraje de Última Oferta, es decir, el tribunal arbitral sólo podrá decidir entre una de las dos ofertas

¹²¹ Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana (AMCHAM). *Modelo de Convenio Arbitral*. www.ecamcham.com/download/cam/convenio_arbitral_amcham.docx (acceso: 31/10/2015).

presentadas por las partes en conflicto, sin la posibilidad de elegir un punto medio entre ellas;

3. Las partes presentarán sus ofertas finales en la audiencia de estrados y en caso de que una de las dos partes no presentase su oferta final, los árbitros decidirán por la oferta que sí fue presentada en el momento oportuno;
4. Para la ejecución de medidas cautelares, el tribunal arbitral está facultado para solicitar a los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos su cumplimiento sin que sea necesario el recurrir a juez ordinario alguno;
5. Además de llevarse el arbitraje en idioma castellano conforme a la Ley de Arbitraje y Mediación, se lo llevará en idioma inglés.

*Ejemplo de convenio arbitral de AOF en arbitraje independiente*¹²²:

Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI, tal como se encuentra en vigor y las siguientes normas:

- a) La autoridad nominadora será el Director del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana - AMCHAM;
- b) El numero de árbitros será de tres;
- c) Las partes autorizan expresamente a que el tribunal arbitral decida como amigable componedor (fex aequo et bono).
- d) El tipo de arbitraje a ser realizado será el de Última Oferta, es decir, el tribunal arbitral sólo podrá decidir entre una de las dos ofertas presentadas por las partes en conflicto, sin la posibilidad de elegir un punto medio entre ellas;
- e) Las partes presentarán sus ofertas finales en la audiencia anterior a la expedición del laudo arbitral; en caso de que una de las dos partes no presentase su oferta final, los árbitros decidirán por la oferta que sí fue presentada en el momento oportuno;
- f) El lugar de arbitraje será en Quito;

¹²² Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Modelo de Cláusula Compromisoria. Resolución 31/98 de 15 de diciembre de 1976.

- g) Los idiomas que se utilizarán en el procedimiento arbitral serán Castellano e Inglés,

Con estos ejemplos de convenios arbitrales en los cuales las partes determinan someter sus controversias al AOF, terminamos el desarrollo del segundo capítulo de nuestra tesis, demostrando así que es totalmente aplicable el Arbitraje de Última Oferta o de Oferta Final dentro de nuestro sistema extrajudicial.

3. Conclusiones y Recomendaciones

Terminado todo el proceso analítico de la aplicabilidad del AUO a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, resta recoger las ideas más relevantes de todo el trabajo realizado hasta este punto y culminar el presente estudio con los consejos personales para la correcta implementación de este mecanismo en nuestro sistema.

3.1. Conclusiones

El AUO es una alternativa paralela a la administración de justicia convencional y su principal objetivo es fomentar un mayor número de conflictos solucionados; debido a esto el AUO es un MASC que permite resolver las controversias surgidas entre los particulares de manera privada y pacífica.

El AUO se define como el sometimiento de dos ofertas por cada parte procesal, para que un tercero imparcial dirima su controversia eligiendo entre una de las dos ofertas, sin la posibilidad de elegir más allá de las mismas.

El arbitraje convencional es un MASC, mediante el cual las partes someten de mutuo acuerdo controversias susceptibles de transacción, para que un tercero imparcial resuelva sobre su conflicto dictando un laudo de carácter obligatorio para ellas. Considerando que el AUO tiene la misma definición y solo se diferencia en la forma de resolver del tercero imparcial, queda claro que el AUO aparte de ser un MASC, es un tipo de arbitraje.

En 1966 Carl Stevens propone la implementación del AUO como mecanismo para fomentar la negociación entre las partes en disputa. En 1970 varios Estados norteamericanos crearon legislación para que los conflictos laborales en el sector público fueran resueltos mediante el AUO. No obstante, el área de mayor aplicación del AUO son las ligas mayores de baseball, en donde se emplea este mecanismo para resolver conflictos salariales entre jugadores de baseball y sus equipos.

El principal objetivo del AUO es desincentivar su uso, fomentando la negociación entre las partes, por el alto riesgo que implica su desarrollo.

Los efectos internos de las partes al someterse al AUO son los siguientes: en primer lugar, incertidumbre de cuál será el “laudo justo” que tiene en mente el árbitro y en segundo lugar, incertidumbre de la oferta de la contraparte, que podría ser más cercana al criterio de “laudo justo” del árbitro. Estas incertidumbres juegan un rol importante para que las partes, por cuenta propia, decidan realizar más concesiones entre ellas en la etapa de negociación.

El AUO se diferencia del Arbitraje Convencional (AC) en aspectos claves, el primero: en el AUO no es posible “dividir la diferencia”, solo se puede resolver escogiendo una de las dos ofertas presentadas por las partes. El segundo aspecto clave se refiere a los efectos característicos del AC, “chilling effect” y “narcotic effect”. Mientras que el AC presenta esos efectos, el AUO se caracteriza por evitarlos.

Asimismo, existen semejanzas entre el AUO y el AC. Primero: ambos son MASC del tipo heterocompositivo. Segundo: en ambos procesos el tercero imparcial desarrolla un concepto de “laudo justo”. Y en tercer lugar, el procedimiento arbitral desarrollado para resolver el conflicto es el mismo, salvo la forma como debe decidir el árbitro o tribunal.

La teoría del conflicto propone que con conocimiento de las ofertas de las partes, así como del criterio de “laudo justo” del árbitro, se puede determinar cuál será la elección del tercero imparcial mediante el uso de una fórmula económica.

Las ventajas del uso adecuado del AUO son varias, entre las más significativas destacamos las siguientes: en primera, debido al riesgo del uso del AUO, las partes

prefieren resolver su conflicto entre ellas mediante la negociación, generando así un sentimiento ganar – ganar entre ellas. En segunda, la incertidumbre de las partes, combinada con la aversión al riesgo, hace que la opción del AUO sea considerada de alto costo; todo esto fomenta que las partes, por más que se encuentren en posiciones cerradas, prefieran negociar, hacer concesiones y llegar a un acuerdo entre ellas, antes que arriesgar al todo o nada en este mecanismo. En tercer lugar, a consecuencia de la segunda ventaja, los rangos de acuerdos entre las partes son más altos cuando se emplea el AUO.

En el procedimiento del AUO encontramos diversos tipos de resoluciones que el árbitro o árbitros pueden realizar. Cuando se presentan varios temas en conflicto, el tercero imparcial puede escoger un solo paquete de entre los dos presentados (whole package FOA) o puede resolver tema por tema (issue by issue FOA).

En cuanto a la legislación comparada, en los sistemas de Common Law encontramos la presencia del AUO como MASC para la resolución de temas laborales en el sector público; por otro lado, el AUO también se ve empleado para la resolución de conflictos en el área de transporte de bienes. De la misma manera, el AUO es utilizado en sistemas de Civil Law, como la legislación peruana. En Perú este mecanismo es aplicado en temas laborales colectivos y se desarrolla como un arbitraje en equidad.

En relación a los principios que rigen al AUO como parte de la rama de Derecho Privado encontramos al principio de autonomía de la voluntad. El mismo permite que sean las partes, dueñas de su proceso, las que determinen las reglas a ser seguidas en el desarrollo del arbitraje. No obstante a lo mencionado, la autonomía de la voluntad no es un principio ilimitado, cuenta con restricciones tales como, lo establecido por la ley, la moral y el orden público, los dos últimos como conceptos jurídicos indeterminados cuyas definiciones se ven relacionadas estrechamente con el momento temporal en el que la sociedad se encuentre.

Una limitación para el desenvolvimiento del AUO será pactar sobre materia no transigible; esta limitación sin embargo no es limitante para la aplicabilidad del AUO como MASC en nuestra legislación, tan solo es impedimento para el desarrollo del

mismo. Materia transigible se refiere a todo derecho renunciable o de libre disposición para su titular, que se encuentre en el comercio, sea lícito, no sea contrario a las buenas costumbres y no perjudique los derechos de un tercero. Del otro lado, materia no transigible es lo contrario a lo previamente definido.

Con respecto a este principio privado concluimos que, siempre que el convenio arbitral verse sobre materia transigible, no sea contrario a la ley, ni a la moral u orden público, la inserción del AOF dentro del mismo convenio es claramente permitido basándonos en la autonomía de la voluntad de las partes.

En cuanto al principio de supremacía jerárquica de la Constitución, éste se ve relacionado con la aplicabilidad del AUO cuando la propia Carta Magna reconoce a *otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos* en su articulado. Entendiendo que el principio de supremacía constitucional obliga a las normas de carácter inferior a acatar lo estipulado por la ley suprema, se torna relevante éste principio al momento en el cual nuestra Carta Magna reconoce tácitamente el AUO. Este reconocimiento tácito, debido al principio en cuestión, obliga al resto del ordenamiento a admitir al AUO como MASC aplicable en nuestro sistema.

Por otro lado, la premisa del Derecho Privado, “lo que no está prohibido está permitido” o teoría de la norma general exclusiva, se relaciona al AUO en cuanto le es aplicable dicha teoría o premisa. Considerando la teoría de la norma general exclusiva y lo manifestado por Hans Kelsen en relación a la misma, cuando una conducta no se encuentra regulada por el ordenamiento jurídico se infiere que la misma, en el área privada, es permitida. Esta premisa es relevante en nuestra tesis de aplicabilidad puesto que el AUO y su desarrollo no se encuentran regulados de ninguna manera en nuestro ordenamiento jurídico. Al pertenecer el AUO a una rama del Derecho Privado, le es aplicable esta teoría, lo que permite asumir que el AUO y su implementación en nuestro sistema se encuentran tácitamente permitidos por falta de norma que diga lo contrario.

En relación a la antítesis, existen ciertas críticas a la eficacia del AUO lo que representa un problema a la hora de aplicar el mismo. La principal crítica es que éste mecanismo es en extremo complejo y si las partes involucradas no valoran el riesgo que implica el someterse a este proceso, el objetivo de acercar a las partes en la etapa de

negociación se verá afectado, dando como resultado la pérdida de la esencia del AUO. Otra crítica se ve relacionada con la concepción que hace el tercero imparcial de “laudo justo”, si las partes no logran vincular ese concepto con su oferta, será más probable que la oferta de su contraparte sea la elegida antes que la suya. Todo lo mencionado nos lleva a manifestar que el AUO fue diseñado para negociadores expertos, quienes sí pueden realizar ese ejercicio asociativo. Finalmente encontramos un impedimento legal a la aplicabilidad del AUO en nuestro sistema; el Código Orgánico de la Función Judicial habla de métodos alternativos *establecidos por la ley*, considerando que el AUO no se encuentra expresamente establecido por la ley, resulta un buen argumento contrario a nuestra tesis de aplicabilidad.

En contraste a lo mencionado en la antítesis, podemos señalar brevemente que cuando existe una adecuada descripción del procedimiento del AOF, las partes sometidas al mismo reaccionan de la manera esperada, generando concesiones y llegando a un acuerdo por ellas mismas. Del mismo modo, en cuanto a la vinculación de “laudo justo” y oferta final, debemos señalar que la idea original del AUO es no tener que llegar a realizar una vinculación de las mismas, sino todo lo contrario, no llegar al proceso arbitral.

El análisis legal de aplicabilidad del AUO empieza con lo manifestado por la Constitución, cuando reconoce de manera tácita el AUO. Reconocido tácitamente el AUO por nuestra ley suprema, se descarta el argumento planteado por el Código Orgánico de la Función Judicial, ya que el AUO sí se encuentra tácitamente establecido en nuestra ley suprema. Del mismo modo, al ser el AUO un tipo de arbitraje, las normas relacionadas con el arbitraje convencional, establecidas en la Ley de Arbitraje y Mediación, le son aplicables.

El procedimiento planificado para el AUO se ve estrechamente relacionado con el procedimiento del arbitraje convencional. El desarrollo del mismo será a través de un arbitraje en equidad, respetando los criterios formulados por las leyes que guardan relación con el desarrollo del arbitraje en general.

En cuanto a las normas relacionadas con la Ley de Arbitraje y Mediación encontramos al Código Civil, Código de Procedimiento Civil y Código Orgánico de la

Función Judicial. En el Código Civil encontramos estipulado el principio de autonomía de la voluntad, también apreciamos ciertos ejemplos de materia no transigible, así como transigible y hallamos una forma de extinguir obligaciones llamada Transacción, la cual genera la posibilidad de llegar a un acuerdo posterior a la etapa de mediación y anterior a la resolución arbitral. Con respecto al Código de Procedimiento Civil, en él encontramos normas relacionadas al proceso arbitral, así como un reconocimiento a la jurisdicción que ejercen los tribunales arbitrales. Finalmente, el Código Orgánico de la Función Judicial reconoce al arbitraje y demás mecanismos alternativos establecidos por la ley, en nuestro caso el AUO, como parte del sistema de administración de justicia.

El AUO es aplicable en todas las materias que sean transigibles; al ser un mecanismo alternativo fomentador de la resolución del conflicto inter partes, en el proceso de negociación, puede ser empleado para resolver todo conflicto que verse sobre materia transigible.

Sin embargo, existen materias tales como la laboral en la cual, pese a ser válida la transacción, los derechos de los trabajadores no pueden verse transgredidos. Por lo mismo, el AUO puede ser empleado en las pretensiones de los trabajadores más no en sus derechos.

Para finalizar, el AUO puede desarrollarse tanto de manera administrada como independiente, siempre y cuando su resolución sea en equidad y las partes estipulen en su convenio arbitral que se someten al AUO, implicando esto que el tribunal arbitral solo podrá decidir entre una de las dos ofertas presentadas. Así, en el último título del segundo capítulo quedan expresados dos ejemplos de cláusulas arbitrales que manifiestan todo elemento necesario para que dicho convenio surta todos los efectos del caso.

Como bien lo dijimos al terminar el título de legislación comparada, el AUO se ve desarrollado alrededor del mundo, generando grandes beneficios para las partes que se someten al mismo. Al encontrarse nuestro sistema en un momento de auge para los MASC, no estaría por demás implementar nuevos mecanismos que apoyen a la resolución de conflictos entre las partes.

3.2. Recomendaciones

Comprobada la aplicabilidad del AUO a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, solo nos resta dejar ciertos consejos para su mejor implementación. Como lo vimos en la antítesis es de suma relevancia que las partes antes de someterse a este mecanismo entiendan absolutamente cada parte del AUO, su forma de operar, los riesgos que implica, el concepto de “laudo justo” y su vinculación con las ofertas generadas por las partes. Para esto, los estudios realizados en los Estados Unidos muestran que los sujetos que formaron parte de éstos experimentos, entendieron el procedimiento del AUO de mejor manera cuando se les mostraba un video de un procedimiento de Arbitraje de Oferta Final. Considerando esto, recomendaría la realización de un ejercicio de estudiantes de derecho que finjan formar parte de un proceso de Arbitraje de Última Oferta y que éste video sea el encargado de mostrar a las partes el verdadero riesgo que implica someterse a este mecanismo y lo que envuelve el dejar de hacer concesiones y cerrarse en una posición.

Finalmente, es recomendable que los profesionales que realicen el apoyo dentro de un proceso de AUO sean capacitados en cursos en el extranjero, puesto que lastimosamente hasta la presente no contamos con expertos en la materia que nos guíen para desarrollar el AUO de la mejor manera y conseguir los mejores resultados, como en legislaciones cercanas a la nuestra.

Tomando en cuenta estas recomendaciones, el empleo del AUO en nuestro sistema extrajudicial resultará más beneficioso para las partes, quienes gracias a este mecanismo se posesionarán de su conflicto, logrando así ser las dueñas de su proceso de resolución, terminando con la controversia de la mejor manera entre ellas sin necesidad de imposición de resolución de un tercero ajeno al problema.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguirre Márquez, Juan Carlos. *Materia Transigible: Requisito para la Mediación*. <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/arbitraje/mediacion/2014/09/24/materia-transigible--requisito-para-la-mediacion---> (acceso: 01/05/2015).
- Alessandri Rodríguez, Arturo. *De los contratos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- Alessandri Rodríguez, Arturo, Somarriva Undurraga, Manuel y Vodanovic, Antonio. *Tratado de Derecho Civil: parte preliminar y parte General*. Quinta Edición. Tomo II. Chile: Editora de Información Científico, 1991.
- Álvarez Conde, Enrique, Garrido Mayol, Vicente y Tur Ausina, Rosario. *Derecho Constitucional*. España: Editorial Tecnos, 2011.
- Arias Solano, Randall. *La conciliación y el arbitraje en la Administración Pública a la luz del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo*. Tesis de Grado. Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología. Costa Rica, 2008.
- Bazerman, Max H. y Farber, Henry S. "Arbitrator Decision Making: When are Final Offers Important?". *Industrial and Labor Relations Review* Vol. N° 39 (1985).
- Betancourt, Julio César. "Libertad de Contratación, Orden Público y sus repercusiones en el marco de la Arbitrabilidad". *Revista para el Análisis del Derecho* N° 2 (2012).
- Bloom, David E. "Empirical Models of Arbitrator Behavior under Conventional Arbitration". *The Review of Economics and Statistics* Vol. 68 N° 4 (1986).
- Bolton, Gary E. y Katok, Elena. "Reinterpreting Arbitration's Narcotic Effect: An Experimental Study of Learning in Repeated Bargaining". *Games and Economic Behavior* N° 25 (1998).
- Brains, Steven J. y Merrill Samuel. "Equilibrium Strategies for Final-Offer Arbitration: There is No Median Convergence". *Management Science* Vol. 29 N° 8 (1993).
- Brams, Steven J. y Merrill, Samuel III. "Binding versus Final-Offer Arbitration: A Combination is Best". *Management Science* Volume N° 32 (1986).
- Brown, Daniel Tobias. *Final offer arbitration in Major League Baseball: An empirical analysis of bargaining failure*. Tesis doctoral. University of Delaware. Estados Unidos, 2008.
- Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana (AMCHAM). *Modelo de Convenio Arbitral*. www.ecamcham.com/download/cam/convenio_arbitral_amcham.docx (acceso: 31/10/2015).

- Canadian Transportation Agency. *Final Offer Arbitration A Resource Tool*. www.otccta.gc.ca/sites/all/files/altformats/books/Final-Offer-Arbitration_3.pdf (acceso: 22/05/2015).
- Chetwynd, Josh. "Play Ball? An Analysis of Final-Offer Arbitration, Its Use in Major League Baseball and Its Potential Applicability to European Football Wage and Transfer Disputes". *Marquette Sports Law Review* Vol. 20 (2009).
- Chocrón Giráldez, Ana María. *Los principios procesales en el arbitraje*. España: Editorial J.M. Bosch, 2000.
- Clemens, Murray A., et al. *Final Offer Arbitration: Baseball, Boxcars & Beyond*. <http://www.cle.bc.ca/PracticePoints/REAL/11-FinalOfferArbitration.pdf> (acceso: 21/05/2015).
- Crawford, Vincent P. "Arbitration and Conflict Resolution in Labor-Management Bargaining". *The American Economic Review* Vol. 71 N° 2 (1981).
- Crawford, Vincent P. "On Compulsory-Arbitration Schemes". *Journal of Political Economy* Vol.87 N° 1 (1979).
- Cremades, Bernardo. "El Arbitraje en el Siglo XXI". *Revista La Ley* (1990).
- Cuadra Ramírez, José Guillermo. *Medios Alternativos de Resolución de Conflictos como Solución Complementaria de Administración de Justicia*. Publicaciones de Becarios. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México D.F.
- De Castro Cid, Benito. "Significado y alcance de los principios de plenitud y coherencia". *Manual de teoría del derecho*. Ana María Marcos del Cano et. al. Madrid: Editorial Universitas, 2005.
- Denisi, Angelo S. y Dworkin, James B. "Final-Offer Arbitration and the Naive Negotiator". *Industrial and Labor Relations Review* Vol. 35 N° 1 (1981).
- Díaz Roca, Rafael. *Teoría General del Derecho*. España: Editorial Tecnos, 1997.
- Farber, Henry S. "An Analysis of Final-Offer Arbitration". *The Journal of Conflict Resolution* Vol. 24 N° 4 (1980).
- Faber, Henry S. y Currie, Janet. *Is Arbitration Addictive?: Evidence from the Laboratory and the Field*. NBER Working Paper N° 3952 (1992).
- Farber, Henry S. y Katz, Harry C. "Interest Arbitration, Outcomes, and the Incentive to Bargain". *Industrial and Labor Relations Review* Vol. 33 N° 1 (1979).
- Farmer, Amy y Pecorino, Paul. "Bargaining with Informative Offers: An Analysis of Final-Offer Arbitration". *The Journal of Legal Studies* Vol. 27 N° 2 (1998).
- Feldstein de Cárdenas, Sara y Leonardi de Herbón, Hebe. *El Arbitraje*. Argentina: Abeledo-Perrot, 1998.

- Fisher, Roger; Patton, Bruce y Ury, William. *Sí... ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*. Colombia: Norma, 1993.
- Flores Borda, Guillermo. *Teoría de Juegos y Derecho: "Arbitraje de Oferta Final"*. Tesis de Grado. Pontificia Universidad Católica de Perú. Perú, 2012.
- Fluet, Claude y Gabuthy, Yannick. *Conventional versus Final-Offer Arbitration*. www.gate.cnrs.fr/IMG/pdf/y10_m10_SER_FluetGabuthy.pdf (acceso: 22/05/2015).
- Gibbons, Robert. *Un primer curso de teoría de juegos*. Ed. Antoni Bosch. 1993.
- Hernández, Katuska y Cosme, Danay. *Autonomía de la Voluntad la Sede Contractual Civil*. Alemania: Editorial Académica Española, 2012.
- Iturralde Sesma, Victoria. "Consideración crítica del principio de permisión según el cual «lo no prohibido está permitido»". *Anuario de filosofía del derecho* N° 15 (1998).
- JAMS. *ADR Glossary*. www.jamsadr.com/adr-glossary/ (acceso: 22/05/2015).
- Kelsen, Hans. *Teoría General de las Normas*. Primera Edición. México: Trillas, 1994.
- Lastra Lastra, José Manuel. "Paradojas de la autonomía de la voluntad en las relaciones de trabajo". *Revista de Derecho Privado* N° 5 (2003).
- Lock, Amy. "Hybrid processes in ADR Final-offer arbitration". *ADR Bulletin* Vol. 10 N° 4 (2008).
- Messineo, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1954.
- Meth, Elissa M. "Final Offer Arbitration: A Model for Dispute Resolution in Domestic and International Disputes", *American Review of International Arbitration* Vol. 10 (1999).
- Molas, Isidre. *Derecho Constitucional*. España: Editorial Tecnos, 1998.
- Moreno Catena, Víctor. "La Resolución de Conflictos". *Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y Ámbitos*. Helena Soletto Muñoz *et. al* (directora). España: Tecnos, 2011.
- Mullerat, Ramon. "La Justicia Alternativa en los Estados Unidos de Norteamérica". *Anuario de justicia alternativa* N° 3 (2002).
- Parra Sepúlveda, Darío. "La Negociación Cooperativa, una Aproximación al Modelo Harvard de Negociación". *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* Vol. 3 (2012).
- Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *Tratado Elemental De Derecho Civil*. Edición 1981. Tomo I, México: Cárdenas Editor y Distribuidor, 1981.

- Prieto Cely, Héctor Julio. “Arbitramento como Herramienta Eficaz para la Solución de Conflictos”. *Revista Principia Iuris* N° 13 (2010).
- Rodríguez Márquez, José A. “Los Métodos Alternativos de Resolución de Controversias”. *Anales de Jurisprudencia*. México: UNAM, 2000.
- Sáez De Herrera, Ramón Alzate. “La Dinámica del Conflicto”. *Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y Ámbitos*. Helena Soletto Muñoz *et. al* (directora). España: Tecnos, 2011. Tecnos, 2011.
- Starke, Frederick A. y Notz, William W. "Pre- and Post-Intervention Effects of Conventional versus Final Offer Arbitration". *The Academy of Management Journal* Vol. 24 N° 4 (1981).
- Treble, John G. “The Pit and the Pendulum: Arbitration in the British Coal Industry, 1893- 1914”. *The Economic Journal* Vol. 100 No. 403 (1990).
- Tulis, Benjamin A. “Final-Offer “Baseball” Arbitration: Contexts, Mechanics & Applications”. *Seton Hall Sports & Entertainment Law Journal* Vol. 20 (2010).
- United States General Accounting Office. *Appendix I: Additional Questions*. www.gao.gov/new.items/d03652.pdf (acceso: 22/05/2015).
- Vera Cacho, Giusseppe. “Consideraciones generales acerca del arbitraje”. *Ius et Praxis* No. 4 (2013).
- Verdugo Marinkovic, Mario. “Notas sobre el principio de la supremacía constitucional y los decretos supremos de ejecución”. *Revista de Estudios Constitucionales* N° 1 (2003).
- Vial del Río, Víctor. *Teoría General del Acto Jurídico*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2011.
- Wong Abad, Julio Martin. “Final Offer Arbitration”. *Revista Justicia y Derecho* Año 5 N° 8 (2013).
- Yauri Amaro, León. “El Convenio Arbitral”. *vLex Internacional* N° 17 (2013).

PLEXO NORMATIVO

- BILL C-312 “Final Offer Arbitration in Respect of West Coast Ports Operations Act” (Canadá). Numerales 9(3) y 10(3). Mayo de 2004.
- Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.
- Código de Procedimiento Civil. Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio de 2005.

Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 17. Registro Oficial Suplemento No. 544 de 9 de marzo de 2009.

Connecticut General Statutes (Estados Unidos). Sección 5-276A, literal E, numerales 4 y 5. Junio de 2012.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Iowa Code 2015 (Estados Unidos). Capítulo 20, Numeral 20.22. 9 de enero de 2015.

Ley de Reforma de Procedimientos de Arbitraje (Alemania). Libro X, Sección Quinta, Artículo 1042, numeral 3. DE067. 22 de diciembre de 1997.

Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006.

Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Perú). Artículo 65. Decreto Supremo N° 010-2003-TR. 5 de octubre de 2003.

Ley 60/2003 (España). Artículo 25, numeral 1. BOE N° 309. 26 de diciembre de 2003.

New Jersey Employer-Employee Relations Act (Estados Unidos). Sección 34:13A-16, literal C, numerales 2, 3 y 6. 1 de julio de 1968.

Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Resolución 31/98 de 15 de diciembre de 1976.

Wisconsin Legislature (Estados Unidos). Capítulo 111, Subcapítulo IV, Sección 111.77, Numeral 4 y 5. 22 de mayo del 2015.

2014 Oregon Revised Statutes (Estados Unidos). Capítulo 243, Sección 746, Numeral 5. 3 de marzo de 2014.