

ARTÍCULOS

Arbitraje de oferta final como herramienta regulatoria y para la protección de la libre competencia en Chile

Final offer arbitration as a tool for regulation and for the protection of competition in Chile

Cristóbal Lema Abarca 

Universidad de Santiago, Chile

RESUMEN El arbitraje de oferta final restringe las opciones del adjudicador a una de las posturas de las partes, por lo que fomenta las negociaciones de buena fe, las propuestas razonables y los acuerdos negociados. Según se detalla en esta investigación, esta variante de arbitraje ha sido ampliamente utilizada para disputas laborales en Estados Unidos, donde también se ha expandido a ámbitos regulatorios y de libre competencia. Lo mismo ha ocurrido en Canadá, la Unión Europea y Chile. Aunque los contextos específicos difieren, existe un elemento nuclear común: negociaciones bilaterales con un desbalance en favor de una de las partes que puede desembocar en condiciones abusivas y/o desproporcionadas. El arbitraje de oferta final tiene la capacidad de abordar esa problemática, al distribuir el poder de negociación entre las partes y emular la dinámica de un mercado competitivo. Por ello, en este trabajo se plantea que, correctamente utilizado y diseñado, este tipo de arbitraje es una herramienta relevante para ser añadida —o utilizada con mayor frecuencia— como parte del arsenal de las autoridades regulatorias y de libre competencia, y de los particulares, en al menos tres situaciones: regulaciones ex ante que buscan replicar condiciones de mercado; mitigaciones ante operaciones con riesgos horizontales, de conglomerado y/o verticales; y medidas impuestas o concesiones pactadas en un procedimiento judicial.

PALABRAS CLAVE Libre competencia, arbitraje de oferta final, regulación ex ante remedios.

ABSTRACT The final offer arbitration restricts the adjudicator's options to one of the parties' positions, thereby encouraging good faith negotiations, reasonable proposals and negotiated settlements. As detailed in this research, this variant of arbitration has been widely used for labor disputes in the United States, where it has also expanded into regulatory and antitrust arenas. The same has occurred in Canada, the European

Union and Chile. Although the specific contexts differ, there is a common core element: bilateral negotiations with an imbalance in favor of one of the parties that can lead to abusive and/or disproportionate conditions. Final offer arbitration has the capacity to address this problem by distributing bargaining power between the parties and emulating the dynamics of a competitive market. Therefore, this paper argues that, properly used and designed, this type of arbitration is a relevant tool to be added—or used more frequently—as part of the arsenal of regulatory and competition authorities, and of individuals, in at least three situations: ex ante regulations that seek to replicate market conditions; mitigations against transactions with horizontal, conglomerate and/or vertical risks; and measures imposed or concessions agreed in a judicial proceeding.

KEYWORDS Competition law, final offer arbitration, ex ante regulation, remedies.

Introducción

La interacción entre libre competencia y arbitraje, como mecanismo alternativo de resolución de controversias, ciertamente no es nueva,¹ pero en Chile es un tema que ha sido poco explorado y debatido. Recientemente, Tapia y Corvalán (2022: 27 y 28) defendieron la arbitrabilidad de cuestiones de libre competencia en el derecho chileno, incluyendo casos de conductas unilaterales y de indemnizaciones de perjuicios provenientes de ilícitos anticompetitivos, así como de reglas de arbitraje como remedios en la autorización de operaciones de concentración.

En este último contexto se ha empleado un arbitraje particular: el arbitraje de tipo béisbol o de oferta final (FOA, por sus siglas en inglés).² La principal característica de esta variante de arbitraje es que el árbitro está limitado a escoger íntegramente alguna de las ofertas o posiciones de las partes para decidir la contienda.³ Debido a ello, y a ciertas consecuencias derivadas de lo mismo, el FOA puede servir para corregir algunas deficiencias propias de los mercados, sea que provengan de su estructura o de la posición específica de un agente económico en el mismo.

1. Por ejemplo, ya en 2006 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia recomendó que la designación de un árbitro arbitrador fuese realizada de común acuerdo o, en subsidio, por una institución independiente, ya que: «En el contrato de franquicia en cuestión una de las partes detenta un poder de negociación claramente superior a la otra, que le permitiría imponer sus disposiciones» (resolución 15-2006, considerando decimoquinto). Con todo, ello fue ordenado para prevenir la materialización de abusos y no para establecer la arbitrabilidad de contiendas de libre competencia.

2. Se ha denominado tipo béisbol por su origen como método de resolución de conflictos para ciertas disputas en este deporte. Aparte de FOA y béisbol otros nombres que se le ha dado a este tipo de arbitraje son *one-or-the-other*, *péndulo*, *either-or* y *last-best-offer*.

3. El término árbitro será usado de manera general, abarcando a árbitros individuales, tribunales arbitrales colegiados u otras instancias similares como paneles o comités de expertos, salvo para aquellos contextos particulares en que solamente sea aplicable alguno de estos últimos conceptos.

En atención a lo anterior, este artículo plantea que el arbitraje de oferta final —incipientemente utilizado en ámbitos regulatorios y de libre competencia en Chile— tiene el potencial para convertirse en una importante herramienta para las autoridades nacionales o en una vía para alcanzar acuerdos entre particulares. Con ese objetivo, primero, se contrasta el arbitraje convencional con el arbitraje de oferta final, resaltando las diferencias entre ambos y las variantes procedimentales de este último que influyen en su utilidad para palear o eliminar ciertas problemáticas, siguiendo a la doctrina especializada en la materia. Luego, se describen de manera general los múltiples usos que diversas jurisdicciones le han dado a este tipo de arbitraje, con foco en aquellas en que está contemplado para asuntos regulatorios o de libre competencia. Posteriormente, se revisa su realidad en Chile, cómo se ha implementado como parte de regulaciones legales e infralegales, en autorizaciones de operaciones de concentración por la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y como parte de conciliaciones alcanzadas entre privados ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC). Una cuarta sección identifica, a partir de la doctrina y la experiencia comparada y nacional, aquellos contextos locales en que el FOA resulta más apropiado, las circunstancias de la disputa, las características de las partes involucradas y los elementos institucionales que potenciarían la efectividad de esta variante. Por último, en las conclusiones, se sintetizan los hallazgos de esta investigación y se destacan los beneficios sistémicos que podrían derivarse de una utilización más profusa del arbitraje de oferta final en discusiones regulatorias y de libre competencia en Chile.

Particularidades del arbitraje de oferta final

El FOA ha sido analizado pormenorizadamente desde las perspectivas jurídica y económica por la doctrina comparada. A continuación, se resume este análisis cotejando ese mecanismo con el arbitraje convencional y advirtiendo las razones que determinan que el primero sea propuesto para evitar los efectos negativos del segundo. También se describen las diversas variantes procedimentales que tiene el arbitraje de oferta final, con foco especial en aquellas que pueden ser relevantes en los ámbitos regulatorios y de libre competencia.

Arbitraje convencional y arbitraje de oferta final

En el arbitraje convencional, el árbitro formula el laudo vinculante que considera adecuado para las cuestiones en disputa (Long y Feuille, 1974: 188), pudiendo adoptar posturas intermedias entre las propuestas de las partes.⁴ La crítica habitual a este tipo

4. La distinción entre arbitraje convencional y FOA surge en el contexto de negociaciones laborales,

de esquema es que el árbitro tiende a dividir la diferencia entre las posiciones de las partes (Stevens, 1966: 44 y 45; Farber, 1981: 70). Como consecuencia de esa expectativa de las partes sobre una solución de compromiso a ser adoptada por el árbitro, surge el denominado *chilling effect* (efecto disuasivo) de las negociaciones, esto es, que ante la baja o nula incertidumbre de las partes respecto al actuar del árbitro (Farber y Katz, 1979: 60),⁵ estas tenderán a asumir posiciones negociales extremas con el objetivo de inclinar la decisión en su favor (Feuille, 1975: 304; Tulis, 2010: 88).

Ante el desincentivo generado por el arbitraje convencional en las negociaciones de buena fe entre las partes, Stevens (1966: 45) plantea un criterio de uno-u-otro (*one-or-the-other*), en virtud del cual el árbitro adoptará como decisión la posición final de alguna de las partes,⁶ estando impedido de realizar concesiones entre las demandas respectivas (Farber, 1980: 684). Esta característica propia del FOA —que lo diferencia del arbitraje convencional— repercute de manera relevante tanto en la etapa de negociación prearbitraje como durante la tramitación del procedimiento:⁷

1. Previo al arbitraje, las partes actúan de manera más razonable, haciendo ofertas mesuradas y no partisanas (Donn, 1977: 307; Adams, 1987: 247; Chelius y Dworkin, 1980: 294).

particularmente en aquellas de interés (*interest disputes*), abocadas a alcanzar acuerdos para nuevos términos y condiciones de empleo, que contrastan con las de derechos (*right disputes*), dedicadas a interpretar, aplicar o hacer cumplir términos y condiciones laborales existentes (Morris, 1976: 428). Por ello, algunas referencias serán a acuerdos impuestos por un árbitro, en vez de a sentencias o decisiones, y a ofertas o propuestas de las partes, y no a pretensiones o demandas. Sin embargo, en principio, nada impide que el FOA sea aplicado a controversias «de derechos» (al menos fuera del ámbito laboral), como se desprende de algunas sugerencias de Gleason y Sussman (2019b: 20), de la regulación suplementaria del International Centre for Dispute Resolution, y de la American Arbitration Association (ICDR-AAA, 2015: 4 y 5) y de la experiencia local en los casos *Disney-Fox* y *AGIP-Walmart*. Asimismo, este origen explica que se describa al arbitraje convencional como aquel que otorga al árbitro la discrecionalidad para «elegir» la decisión que le parezca idónea, sugiriendo incluso la posibilidad de exceder los planteamientos de las partes, pero al menos en el ámbito nacional las decisiones jurisdiccionales están limitadas a lo pedido por las partes, para evitar los vicios de *ultra y extra petita*. Con todo, para este artículo lo relevante es que el FOA obliga al árbitro a elegir entre las ofertas de las partes, mientras que el arbitraje convencional le permite optar por posiciones que se encuentren en el rango entre una y otra.

5. Y es precisamente la incertidumbre sobre la decisión arbitral y la posibilidad de que esta sea altamente desfavorable la que genera elevados costos para partes aversas al riesgo bajo el formato FOA, lo que las impulsa a negociar (Farber, 1980).

6. No obstante, el arbitraje de oferta final fue discutido informalmente desde 1950 y Lon Fuller hizo una referencia a este mecanismo en 1963 (Adams, 1987: 215).

7. El desarrollo y funcionamiento de los mecanismos de resolución de conflictos también depende del nivel de información de las partes, por ello hay autores que modelan el arbitraje de oferta final en contextos de información incompleta (Chatterjee, 1981; Samuelson, 1991). Debido a lo anterior, más adelante se discute la conveniencia de que existan reglas de exhibición (*discovery*) de antecedentes, particularmente para acceder a decisiones previas bajo el FOA respectivo.

2. Las partes tendrán mayores motivos para negociar genuinamente y de buena fe un acuerdo entre ellas para evitar el potencial resultado de iniciar el arbitraje: que el árbitro escoja la oferta de la contraparte (Stevens, 1966: 46-47; Long y Feuille, 1974: 190 y 197-198; Çelen y Özgür, 2018: 485).
3. De cara al árbitro las partes siguen fuertemente impulsadas a hacer ofertas (finales) menos extremas, ya que es más probable que el árbitro deseche la propuesta desmedida y escoja la oferta ecuaníme (Tijmes, 2015b: 95; CRA, 2020a: 12). En otras palabras, bajo el FOA cada parte enfrenta un intercambio fundamental al fijar su oferta final: presentar una oferta final más razonable aumenta la probabilidad de que su oferta sea elegida, mientras que renuncia a un segmento de su utilidad si su oferta es seleccionada (Farber, 1980: 685; Stevens, 1966: 48; CRA, 2020a: 12-13).
4. Por ello, incluso si las partes no están completamente de acuerdo, ofertas más cercanas deberían facilitar la tarea del árbitro y, por ejemplo, el FOA podría ayudar a resolver asuntos durante las negociaciones y, como consecuencia, reducir el número de asuntos sometidos a decisión del árbitro (Tijmes, 2015a: 593; Reiner, 2012: 445).

De este modo, la lógica subyacente al arbitraje de oferta final es aumentar la probabilidad de que las partes hagan ofertas que converjan entre sí, negocien de buena fe y alcancen un acuerdo, sea antes de iniciado el procedimiento arbitral o durante el mismo. En este sentido, posiblemente la mayor peculiaridad del FOA —que ciertamente puede resultar contraintuitiva— es que un esquema de arbitraje exitoso es aquel que no es usado o, al menos, lo es con poca frecuencia (Long y Feuille, 1974: 202; Singh, 1986: 330 y 336; Çelen y Özgür, 2018: 485; Tulis, 2010: 89; Gleason y Sussman, 2019a: 9). Como elocuentemente describe Meth, el FOA es la bomba de hidrógeno situada encima de la mesa de negociaciones cuyo terror debería garantizar su no utilización (1999: 387).

Aunque existe consenso sobre el potencial abstracto del arbitraje de oferta final para incentivar a las partes a alcanzar acuerdos negociados, la evidencia empírica y de laboratorio sobre las ventajas de esta variante en comparación al arbitraje convencional es más bien mixta. Por restricciones de extensión dicha literatura económica no es reseñada en detalle en este artículo, pero un reciente resumen de la aplicación real del arbitraje de oferta final concluye que:

El limitado número de estudios empíricos del desempeño real del FOA confirma, en general, las predicciones de sus proponentes: en el sentido de que este mecanismo ha resultado en mayores tasas de acuerdos negociados, y estudios de experimentos naturales en el contexto laboral del sector público han encontrado, en general, que esta herramienta funciona mejor que el arbitraje convencional, tanto respecto a ta-

sas de acuerdos negociados, como a la convergencia de las posiciones de las partes cuando el arbitraje ocurre (CRA, 2020b: 8).

Estructura procedimental y manifestaciones del arbitraje de oferta final

Dadas las distintas implicancias que pueden tener las variaciones procedimentales del FOA en sus repercusiones y en la consecución de sus objetivos, desde la perspectiva teórica se ha indagado en múltiples estructuras distinguiendo según:

1. La forma en que se decide cada aspecto cuando la disputa involucra múltiples aristas: en un arbitraje *issue-by-issue*, el árbitro decide escogiendo la oferta final de una de las partes para cada asunto en forma separada, mientras que en un procedimiento *multi-issue* o *por paquetes* el árbitro se decanta por la postura de una de las partes para todas las materias discutidas (Feuille, 1975: 305).⁸ El primero otorga mayor discrecionalidad al árbitro, permitiéndole emitir un fallo intermedio si adjudica la mitad de los asuntos a una parte y la otra mitad a la contraparte, pero el segundo tienta a las partes a incluir ofertas extremas para alguna materia dentro de un paquete globalmente razonable, pudiendo forzar al árbitro a escoger entre elementos irrazonables contenidos en cada paquete (Tulis, 2010: 102 y 103; Pauwelyn, 2018: 65). En este sentido, la regla de decisión adoptada debiese considerar cuál es la prioridad: minimizar la posibilidad de decisiones arbitrales inequitativas o maximizar el incentivo a que las partes se acerquen (Feuille, 1975: 309).
2. La cantidad de ofertas finales que pueden presentarse: en el FOA tradicional, cada parte puede presentar una única oferta final. Mientras que se ha propuesto también un sistema dual, permitiendo a cada parte plantear, simultáneamente, una oferta más realista y otra con pretensiones más ambiciosas (Long y Feuille, 1974: 201). El esquema dual aumentaría la probabilidad de que una de las ofertas sea suficientemente atractiva para inducir a la contraparte a conciliar (Meth, 1999: 396).
3. Las audiencias y etapas del procedimiento: Stevens (1966: 45-47) originalmente bosquejó dos tipos de arbitrajes *one-or-the-other*, uno en que el árbitro decide sin más audiencia ni evidencia que la generada durante la negociación entre las partes, y otro en que existe, al menos, una audiencia en que las partes presentan sus posturas al árbitro, siendo el segundo tipo el que da al árbitro más control sobre el resultado. Entre las partes la negociación podría conducirse

8. El arbitraje de oferta final por paquetes, en que se presenta solo una oferta final, que incluye presentación de evidencia, posibles mediaciones y que es diurno será referido como FOA basal.

como una mediación, dando al árbitro acceso al registro y antecedentes de la misma (Abramson, 2005: 27) o convirtiéndose en un *medaloo* si el mediador cumple, además, el rol de árbitro (Gleason y Sussman, 2019b: 19).

4. El acceso del árbitro o las partes a las ofertas finales: en el arbitraje de oferta final diurno tanto las partes como el árbitro ven todas las ofertas finales, pero en el arbitraje nocturno (o *concealed*) ninguna propuesta es compartida al árbitro, quien escoge un valor, correspondiendo la decisión definitiva a la oferta final más cercana a dicho valor (Carrell y Bales, 2013: 32 y 33) o, incluso, las partes nunca reciben las ofertas de su contraparte (Gleason y Sussman, 2019b: 19).⁹ Esta última subvariante iría en contra del propósito del FOA, de propiciar acuerdos entre las partes.

Es evidente que las reglas procedimentales del arbitraje de oferta final admiten mutaciones casi infinitas. A partir de los elementos procedimentales descritos se podría permitir, por ejemplo, presentar al mismo tiempo más de dos ofertas finales o, incluso, modificar una ya realizada antes de que el árbitro decida (Abramson, 2005: 27).¹⁰ Por otro lado, la decisión del árbitro también podría ser objeto de diversas pautas, tales como establecer un criterio o factores según los cuales tenga que adjudicar (Tulis, 2010: 116 y ss.; Weiss, 2015: 706-708) o determinar si su laudo tiene que ser fundado o no (Gleason y Sussman, 2019b: 20).

Surgimiento y proliferación del arbitraje de oferta final en jurisdicciones extranjeras

El arbitraje de oferta final se origina en disputas salariales de la liga profesional de béisbol estadounidense (MLB por sus siglas en inglés) y se extiende a otros conflictos laborales y no laborales,¹¹ por eso para este artículo son de particular interés su incorporación en regulaciones sectoriales de aplicación general y en casos de libre competencia. Estos últimos serán analizados en mayor detalle, destacándose los contextos y razones que rodean la aplicación del FOA y sus rasgos procedimentales.

Aunque la autoría teórica del arbitraje de oferta final es objeto de discusiones, es indubitado que emerge en negociaciones colectivas laborales públicas en Estados Unidos (Gleason y Sussman, 2019a: 1) y que el área que lo hizo más conocido es la MLB, tanto es así que su nombre más popular es, precisamente, arbitraje béisbol.¹² Lo

9. El FOA nocturno en que el árbitro nunca accede a las ofertas finales solo tiene sentido si existe una única materia —numérica— en discusión, como precios o cantidades.

10. Por supuesto, la presentación *sucesiva* de dos o más ofertas finales sería equivalente a la facultad de modificar una oferta ya realizada, correspondiendo en ese caso a un FOA de múltiples rondas.

11. Más detalles sobre el FOA utilizado en estos ámbitos en CRA (2020a: 19-32) y Muñoz (2021: 76-87).

12. Gleason y Sussman datan las primeras referencias al FOA en la década de 1950, pero identifican la

que estos escenarios tenían en común era el hecho de que los empleados y los jugadores estaban amarrados en su relación, porque no existía derecho a huelga y porque ciertos jugadores no tienen permitido cambiar de equipo. Con todo, en ambos casos el meollo del conflicto era el sueldo (Carrell y Bales, 2013: 17), sin perjuicio de que en el sector público existían disputas que involucraban múltiples temas, incluyendo algunos no económicos (CRA, 2020a: 21).

Desde su origen, el arbitraje de oferta final se expandió notoriamente, tanto en jurisdicciones que lo utilizan como en materias que abarca. Al 2013, las legislaciones de catorce estados de Estados Unidos habían codificado el FOA para trabajadores del sector público, y algunas están limitadas a ciertos grupos de empleados de ese ámbito (Carrell y Bales, 2013: 22-25). En Nueva Zelanda, la variante estuvo disponible entre 1988 y 1991 para disputas que involucraban a empleados gubernamentales, pero a partir de ese último año solo se mantuvo para oficiales juramentados de la fuerza policial (McAndrew, 2003: 737 y 738). Por otro lado, el arbitraje de oferta final fue incorporado voluntariamente por algunas empresas del Reino Unido en el ámbito laboral privado (Metcalf y Milner, 1992).

Disputas tributarias también han sido sometidas a procedimientos con FOA. Es el caso de aquella acaecida en 1993 entre Apple y la agencia tributaria de Estados Unidos.¹³ Posteriormente, a nivel de derecho internacional, el FOA fue incorporado en el Tratado sobre Doble Tributación de 2006 entre Estados Unidos y Canadá, para luego formar parte de los convenios de ese primer país con varios países europeos y, finalmente, ser escogido como el arbitraje por defecto en la Convención Modelo de Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo, y en la Convención Multilateral para aplicar las medidas relacionadas con los tratados fiscales para prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (Pauwelyn, 2018: 51 y 52).

Por último, el arbitraje de oferta final también se ha implementado —o al menos propuesto— en otros ámbitos locales e internacionales. En 2015, Nueva York dictó una ley que abordaba los cobros médicos sorpresa que luego fue replicada a nivel federal mediante la denominada *No Surprises Act*, que contempla el FOA como método para resolver las disputas entre aseguradoras y proveedores por el monto de esos cobros.¹⁴ La diversificación del arbitraje de oferta final también se evidencia por su

década de los setenta como la época de su proliferación. Otros apuntan a los setenta como fecha de su primera utilización en algunos estados (CRA, 2020a: 21).

13. Tax Notes, «Service Issues a New Release on Apple Arbitration», 6 de marzo de 1992, disponible en <https://bit.ly/3GI52w2>.

14. Loren Adler, «Experience with New York's arbitration process for surprise out-of-network bills», *Brookings*, 24 de octubre de 2019, disponible en <https://bit.ly/46WHg9W>; Karen Pollitz, «No Surprises

inclusión en redacciones recomendadas (AAA, 2013: 30) y en reglas suplementarias (ICDR-AAA, 2015) emitidas por organismos extranjeros de arbitraje y resolución de controversias. Asimismo, expertos han defendido la conveniencia de usar esta variante del arbitraje en otros sectores, como en el sistema de transferencias de jugadores en el fútbol europeo (Chetwynd, 2009), en ciertas controversias de la Organización Mundial de Comercio (Tijmes, 2015a), y respecto a disputas entre inversionistas y Estados (Pauwelyn, 2018).

Escenario internacional: Inclusión en regulaciones generales y como remedio para determinadas concentraciones

A nivel internacional, el arbitraje de oferta final también se ha contemplado en normativas que regulan, ex ante y con aplicación general, una actividad económica o industria; y en casos de operaciones de concentración para prevenir, ex ante y con aplicación particular, riesgos a la competencia.¹⁵ Respecto a regulaciones ex ante, se pueden mencionar las experiencias con el FOA para disputas de transporte y telecomunicaciones en Canadá, de medios en Australia y de ferrocarriles en Estados Unidos.

Primero, la *Canada Transportation Act*¹⁶ prevé en su cuarta parte (artículos 159 a 169) el arbitraje de oferta final como uno de los tres mecanismos de resolución ofrecidos por la Agencia de Transporte Canadiense para controversias entre cargadores (*shippers*) y empresas de transporte —ferrocarriles, aerolíneas y compañías marítimas— respecto de las tarifas y/o las condiciones del servicio.¹⁷ Al evaluar este FOA, los cargadores han dado cuenta que ha sido primariamente utilizado para disputas de tarifas y que introducir condiciones de servicio complejiza el procedimiento, lo que ha llevado a las autoridades canadienses a pensar que la exigencia de que los cargadores presenten primero su oferta final —sin incluir montos en dólares— desincentiva

Act Implementation: What to Expect in 2022», *KFF*, 10 de diciembre de 2021, disponible en <https://bit.ly/471w4pf4>.

15. No se conocen casos contenciosos en el extranjero en que se haya considerado el FOA, salvo los procedimientos judiciales en Estados Unidos por las operaciones de concentración *Comcast-NBCU* y *AT&T-Time Warner*. A su vez, el arbitraje de oferta final ha sido propuesto por algunos autores para las disputas entre canales de televisión abierta y distribuidores minoristas por la retransmisión consentida en Estados Unidos (Weiss, 2015) y para determinar el royalty de ciertas patentes esenciales para la implementación de estándares técnicos (*standard-essential patent*) sujetas a una obligación de licenciamiento en términos justos, razonables y no discriminatorios —FRAND por su sigla en inglés— (Lemley y Shapiro, 2013).

16. *Canada Transportation Act*, disponible en <https://bit.ly/3sY1geu>.

17. También se emplea respecto de disputas entre autoridades canadienses y empresas de ferrocarriles. Canadian Transportation Agency, «Arbitration: Final Offer Arbitration», 28 de mayo de 2018, disponible en <https://bit.ly/4a4fyey>.

el uso del arbitraje de oferta final para disputas limitadas o enfocadas en aspectos del servicio.¹⁸ Un examen más reciente de todo el sistema de transporte canadiense arrojó críticas al FOA porque pese a obtener una decisión favorable, los cargadores estaban expuestos a formas sutiles de retaliación, además de ser un sistema costoso y poco accesible; pero, al mismo tiempo, se reconoció que el mecanismo era importante para mantener el negocio de los cargadores que dependen de los ferrocarriles y que solo pueden recibir servicios de una de estas empresas.¹⁹

Segundo, en Canadá, el arbitraje de oferta final ante un panel de la Comisión de Radio-televisión y Telecomunicaciones Canadiense (CRTC por sus siglas en inglés) está disponible para negociaciones entre proveedores de canales de televisión (servicios de programación) y distribuidores minoristas de dichos canales,²⁰ en relación a disputas bilaterales exclusivamente monetarias que abarquen un solo asunto —o, excepcionalmente, varios estrechamente relacionados—²¹ y que las partes no hayan podido resolver por otros métodos.²² La Comisión realizó una revisión formal de sus políticas de televisión, en la cual consultó a las empresas concernidas su opinión sobre esta regulación, algunas de las cuales manifestaron preocupación porque los mecanismos de resolución de disputas —incluyendo el FOA— eran demasiado lentos, costosos y riesgosos, y muy caros para empresas pequeñas en comparación a firmas verticalmente integradas, que además se arriesgan a impactar negativamente relaciones de largo plazo con sus contrapartes e incluso a ser víctimas de represalias.²³ No obstante, ante la propuesta de un actor integrado verticalmente de hacer inaplicable a distribuidores de gran tamaño los mecanismos de resolución de disputas y la obligación de suspensión (esta es, seguir proveyendo los canales durante el procedimiento),

18. Transport Canada, «Rail Freight Service Review: Final Report», 2011, p. 8, disponible en <https://bit.ly/3teITIG>.

19. Transport Canada, «Pathways: Connecting Canada's Transportation System to the World (Canada Transportation Act Review)», 2015, disponible en <https://bit.ly/47E9mll>.

20. En 2021 se extendió para disputas mayoristas entre operadores nacionales tradicionales y operadores regionales virtuales respecto de las tarifas de servicios móviles inalámbricos: CRTC 2021-130, Telecom Regulatory Policy, disponible en <https://bit.ly/4a3ZSaQ>; CRTC 2022-336, Telecom Information Bulletin, disponible en <https://bit.ly/3R2if7x>.

21. Por ejemplo, un caso involucraba dos canales del mismo proveedor, y la Comisión optó por la oferta del proveedor para un canal y por la oferta del distribuidor para el otro en atención a diversos factores plasmados en su decisión (CRTC 2020-97, *Rogers Media Inc. and Bragg Communications Incorporated*, disponible en <https://bit.ly/3uLK8cm>).

22. CRTC, «Final Offer Arbitration», 31 de diciembre de 2015, disponible en <https://bit.ly/47BqLLz>; CRTC 2019-184, «Broadcasting and Telecom Information Bulletin de CRTC (Practices and procedures for dispute resolution)», 29 de mayo de 2019, disponible en <https://bit.ly/46DZuwU> (puntos 4, 6, 8, 17-33 y 50-64).

23. CRTC, «Let's Talk TV: A World of Choice – A Roadmap to Maximize Choice for TV Viewers and to Foster a Healthy, Dynamic TV Market», 2015, disponible en <https://bit.ly/41oI5NV>.

varios otros agentes económicos manifestaron que el FOA, aunque imperfecto, es mejor que no tener ningún recurso.

Adicionalmente, el 2 de marzo de 2021 entró en vigor el Código de Negociación Obligatoria²⁴ para las relaciones comerciales entre entidades australianas de noticias y ciertas plataformas digitales que, según lo indicado por la autoridad australiana,²⁵ se benefician de un significativo desbalance en su poder de negociación. Este código contempla el FOA para aquellas negociaciones en que la partes no logran acordar la remuneración a pagar por el contenido de noticias (punto 52ZX). Antes de su aplicación, se estimó que el 75% de los procesos de negociaciones llegarían a arbitraje de oferta final.²⁶ Un reporte del gobierno australiano lo consideró un éxito en su primer año de operación, destacando que se alcanzaron más de treinta acuerdos entre medios de comunicación y las plataformas digitales y sin señalar si en ese lapso se desarrollaron arbitrajes.²⁷

Por último, la Junta de Transporte en Superficie estadounidense (*Surface Transportation Board*), teniendo en cuenta la experiencia de la Agencia de Transporte canadiense, instauró el arbitraje de oferta final como mecanismo para resolver disputas tarifarias de menor entidad entre cargadores y empresas de ferrocarriles, mejorando el acceso de los cargadores a una revisión de la razonabilidad de esas tarifas.²⁸ Únicamente el cargador puede iniciar este procedimiento, debiendo probar que la empresa de ferrocarriles tiene dominancia de mercado y que la tarifa cuestionada es irrazonable; y solamente si ambas cuestiones resultan acreditadas la Junta de Transporte en Superficie procederá a escoger entre las ofertas finales.²⁹ La Junta aseveró que es el inherente desbalance en poder negociador derivado de la dominancia de la empresa de ferrocarriles lo que justifica que se haya exigido que sus tarifas sean razonables

24. Corresponde a Treasury Laws Amendment (News Media and Digital Platforms Mandatory Bargaining Code) Act 2021, disponible en <https://bit.ly/4acKedA>.

25. Australian Competition & Consumer Commission (ACCC), «News media bargaining code», disponible en <https://bit.ly/3tcyIhD>.

26. Senate of Australia, «Revised explanatory memorandum», 2021, disponible en <https://bit.ly/3sVaatp>.

27. Australian Government, «News Media and Digital Platforms Mandatory Bargaining Code: The Code's First Year of Operation», 2022, disponible en <https://bit.ly/49TjZIO>.

28. Surface Transportation Board, «Notice of Proposed Rulemaking; Request for Comments (Documento 2019-20093, 84 FR 48872) en Casos EP 755 “Final Offer Rate Review” y EP 665 “Expanding Access to Rate Relief”», disponible en <https://bit.ly/4a05Ut4>; «Final Rule: Termination of Proceeding (88 FR 299, Documento 2022-27926) en Casos EP 755 “Final Offer Rate Review” y EP 665 “Expanding Access to Rate Relief”», disponible en <https://bit.ly/3t1tCVI>; Code of Federal Regulations de Estados Unidos, 49 CFR, partes 1111, 1114 y 1115, disponible en <https://bit.ly/47xWkfs>.

29. Nótese que la oferta final de la empresa de ferrocarriles puede ser diferente a la oferta (tarifa) cuestionada, lo cual puede ser parte de su estrategia.

y que existan procedimientos simplificados para casos menores, como mecanismos para nivelar las condiciones de la negociación.

Por otro lado, aunque el arbitraje de oferta final ni siquiera fue abordado en la audiencia de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos sobre arbitraje y competencia de 2010,³⁰ varias operaciones de concentración han sido aprobadas por la Comisión Europea y la Comisión Federal de Comunicaciones de Estados Unidos (FCC por sus siglas en inglés), condicionadas a un FOA. Inicialmente, en concentraciones que involucraron empresas químicas con traslapes horizontales, la Comisión Europea empleó el arbitraje de oferta final de manera accesoria para disputas sobre los términos de los acuerdos necesarios para cumplir los remedios principales consistentes en desinvertir un negocio, proveer servicios al adquirente del negocio desinvertido y otorgar ciertas licencias;³¹ o solo respecto de este último compromiso.³² En ambas ocasiones las partes tenían derecho a iniciar el FOA y, además, el licenciatario podía requerir que la licencia propuesta comenzara a aplicarse de inmediato, lo que aquí se denomina una obligación de suspensión inversa.

En contraste con el escaso análisis e impacto del arbitraje de oferta final en las concentraciones aprobadas por la Comisión Europea, en transacciones verticales entre proveedores (programadores) de canales de televisión y distribuidores minoristas revisadas por la FCC este mecanismo ha tenido un rol preponderante. La primera en la que se implementó el FOA como remedio fue *News Corp.-Hughes*,³³ en virtud de la cual los distribuidores no relacionados al adquirente proveedor de canales tenían derecho a iniciar el procedimiento sobre los términos y condiciones contractuales de distribución de los canales.³⁴ En este caso la FCC señaló que un foro neutral de resolución de disputas —el FOA— proporcionaría un respaldo útil para evitar que el adquirente ejerza su mayor poder de mercado para forzar a sus competidores a

30. En esa ocasión solamente fue mencionado una única vez, en la nota preparada por el profesor Laurence Idot, como un «arbitraje contractual» considerado en remedios para operaciones de concentración en que el árbitro adopta una decisión por las partes ante su imposibilidad de llegar a consenso (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, «Arbitration and Competition (Hearing)», 13 de diciembre de 2011, disponible en <https://bit.ly/47Dr1A7>).

31. Decisión en caso M.1671, *Dow Chemical/Union Carbide*, 3 de mayo de 2000, disponible en <https://bit.ly/3T6Ra5M>.

32. Decisión en caso M.1751, *Shell/BASF/JV Project Nicole*, 29 de marzo de 2000, disponible en <https://bit.ly/3T6v1Ex>. En otras ocasiones la Comisión Europea ha empleado el arbitraje como medida de mitigación (*Liberty Global/Corelio/W&W/De Vijver Media* de 2015, disponible en <https://bit.ly/3GFveqV>, y *Discovery/Scripps* de 2018, disponible en <https://bit.ly/46RoXQI>), pero no bajo la modalidad del FOA.

33. Decisión en caso *General Motors Corporation and Hughes Electronics Corporation, Transferors, and The News Corporation Limited, Transferee*, 19 de diciembre de 2003, disponible en <https://bit.ly/3RoGhzP>.

34. El FOA aplica para canales de televisión abierta (*broadcast signals*) y canales deportivos regionales (*regional sports networks*) aunque existen diferencias menores entre las reglas para cada tipo de canal.

aceptar aumentos desmesurados de tarifas y/u otras condiciones no deseadas. Como complemento, el proveedor debe permitir la distribución de sus canales mientras dure el arbitraje —es decir, aplica una obligación de suspensión— eliminando la negativa de venta como herramienta de negociación. La FCC resaltó que el arbitraje de oferta final tiene por objeto empujar a las partes hacia un acuerdo antes de la ruptura total de las negociaciones.

En el caso *Adelphia* se implementó un remedio equivalente —junto con medidas conductuales— para prevenir incrementos uniformes de precios y bloqueos permanentes y temporales de insumos en contra de distribuidores no relacionados, pero además se incorporó el FOA para abordar otros riesgos verticales, específicamente de negativa de compra (distribución) en perjuicio de canales deportivos regionales no relacionados a la entidad fusionada.³⁵

Asimismo, el arbitraje de oferta final fue implementado en *Comcast-NBCU*,³⁶ otra concentración entre proveedores de canales y distribuidores minoristas, para prevenir daños derivados de la integración de poder de mercado en contenido y distribución, con ciertas modificaciones en comparación a transacciones previas,³⁷ incluyendo permitir que distribuidores *online* puedan gatillar el arbitraje. En este caso, la FCC indicó que la disponibilidad del remedio de arbitraje de oferta final apoyará a las fuerzas del mercado y contribuirá a evitar que esta transacción lo distorsione. Separadamente de la aprobación de la FCC, el Departamento de Justicia de Estados Unidos y algunos estados interpusieron una demanda buscando prohibir esta transacción, pero posteriormente llegaron a un acuerdo que se convirtió en un *final judgement* de la Corte para el Distrito de Columbia.³⁸ El *final judgement* incluye un FOA para las disputas entre proveedores de canales relacionados a Comcast-NBCU y distribuidores *online* cuyos principales aspectos son equivalentes a aquellos contenidos en la autorización de la FCC. Tanto el arbitraje de la FCC como el del *final judgement* contemplan dos fases para las disputas en que intervengan distribuidores minoristas de canales y contenidos *online*.

35. Decisión en caso *Adelphia*, 21 de julio de 2006, disponible en <https://bit.ly/3uGLwNC>.

36. Decisión en caso *Applications of Comcast Corporation, General Electric Company and NBC Universal, Inc. for Consent to Assign Licenses and Transfer Control of Licensees*, 20 de enero de 2011, disponible en <https://bit.ly/49V2uYR>.

37. Por ejemplo, que el FOA y la obligación de suspensión asociada aplican no solo a canales deportivos y de televisión abierta, sino también a canales de televisión de pago y, además, a otras funcionalidades de programación (como *video-on-demand* o *pay-per-view*).

38. Corte de Estados Unidos para el Distrito de Columbia, *Estados Unidos de América y Estados de California, Florida, Missouri, Texas y Washington, demandantes, v. Comcast Corp., General Electric Co. y NBC Universal, Inc.* (Estados Unidos vs. Comcast), 1 de septiembre de 2011, disponible en <https://bit.ly/413thoO>.

Por último, el arbitraje de oferta final tuvo un rol prominente para otra operación de concentración vertical —*AT&T-Time Warner*— que el Departamento de Justicia de Estados Unidos intentó bloquear. Lo anterior, debido a que la Corte para el Distrito de Columbia rechazó la demanda, entre otras razones, porque el proveedor de canales de la entidad combinada ofreció irrevocablemente a más de mil distribuidores de servicios minoristas de televisión este mecanismo de resolución de disputas, además de una obligación de suspensión desde el momento en que se invocase el arbitraje (compromiso de no incurrir en un *blackout*).³⁹ En este caso, el juez afirmó que la prueba del expediente confirmó el impacto en el mundo real de un arbitraje de este tipo, dando a la Corte confianza en que la oferta de arbitraje tendría importancia en las negociaciones y en que sería aceptada por las contrapartes de Turner. Una perspectiva menos optimista sobre el arbitraje de oferta final es la de Thompson (2019: 9), quien al analizar este caso una vez terminado opinó que el FOA como remedio efectivo para fusiones probablemente requiere algo más de lo ofrecido a la fecha.

La **tabla 1** sintetiza los principales elementos de la estructura procedimental de cada uno de estos arbitrajes: i) fuente de la regulación o caso respectivo, y tipo de disputa a la que aplica; ii) si se trata del FOA basal o una de sus variantes (dual, sin audiencias probatorias ni mediación, nocturno o *issue-by-issue*); iii) parte que puede iniciar el arbitraje; iv) criterios o factores en que debe basarse la decisión; v) si debe ser fundada; vi) si las decisiones están públicamente disponibles, vii) si existe una obligación de suspensión común, es decir, seguir suministrando los bienes o servicios durante el arbitraje acorde a los términos existentes, o inversa, que se comiencen a entregar los bienes o servicios en el arbitraje conforme a la oferta del proveedor, entre otros.

Tabla 1. Aspectos procedimentales del arbitraje de oferta final en el extranjero

País	Disputa	Variante	Parte que puede iniciarlo	Decisión fundada	Criterio para decidir	Disponibilidad de decisiones para terceros	Obligación de suspensión	Otros
Canadá	Regulación sobre transporte: tarifas y condiciones de servicio.	Basal	Cargador	No, salvo solicitud de partes.	Considerar «si el cargador tenía disponible medios alternativos, efectivos, adecuados y competitivos para transportar los bienes objeto de la disputa».	No	No regulado	Aplicación retroactiva de tarifa elegida por árbitro. Se permite expresamente actuación conjunta por parte de cargadores.

39. Corte de Estados Unidos para el Distrito de Columbia, *Estados Unidos de América con AT&T Inc. y otros*, 12 de julio de 2018, disponible en <https://bit.ly/47Do8fw>.

País	Disputa	Variante	Parte que puede iniciarlo	Decisión fundada	Criterio para decidir	Disponibilidad de decisiones para terceros	Obligación de suspensión	Otros
Canadá	Regulación sobre televisión: cuestiones monetarias.	Basal (y, en principio, solo un asunto).	Proveedor de canales y distribuidor minorista.	Sí	Valor justo de mercado, considerando diversos factores.	Sí	Sí	Si ninguna oferta es en interés público, el árbitro puede rechazarlas y proponer otro mecanismo de resolución.
Australia	Regulación sobre medios: remuneración para medio por contenido de noticias.	Basal (solo un asunto).	Medios de comunicación	Sí	Considerar beneficios y costos para partes, si remuneración impone carga desmedida en intereses comerciales de plataforma, y desbalance en poder de negociación.	Sí, mediante exhibición en arbitraje.	No regulado.	Si ninguna oferta es en interés público, árbitro debe corregir la más razonable de ambas. Se permite expresamente negociación colectiva por parte de medios.
EE. UU.	Regulación sobre transporte: disputas tarifarias menores.	Basal, pero árbitro primero decide si empresa de ferrocarriles es dominante y si tarifa es irrazonable.	Cargador	Sí	Política de transporte ferroviario, factores Long-Cannon y principios económicos.	Sí	No regulado.	
UE	Dow Chemical/ Union Carbide: términos de acuerdos relativos a licencias, desinversión y servicios.	No regulado, probablemente fue basal.	Ambas partes de cada acuerdo.	No regulado.	No regulado.	No regulado.	Sí (inversa), en caso de que licenciatario o adquirente solicite que licencia o transferencia aplique de inmediato.	
UE	Shell/BASF/ JV Project Nicole: valor de licencias.	No regulado, probablemente fue basal.	No aplica.	No regulado.	No regulado.	No regulado.	Sí (inversa), en caso de que licenciatario solicite que licencia aplique inmediatamente.	

País	Disputa	Variante	Parte que puede iniciarlo	Decisión fundada	Criterio para decidir	Disponibilidad de decisiones para terceros	Obligación de suspensión	Otros
EE. UU.	News-Corps.-Hughes: negociaciones contractuales.	Basal	Distribuidor minorista	Sí	Oferta que más se aproxima a valor justo de mercado, pero en ningún caso se escogerá oferta que no permita a proveedor recuperar porción razonable de costos de canales.	Sí, mediante exhibición en arbitraje.	Sí	Distribuidores pequeños pueden nombrar agente para negociar colectivamente. Aplicación retroactiva de oferta (contrato) elegido por árbitro.
EE. UU.	Adelphia: negociaciones contractuales	Basal	Distribuidor minorista, por un lado, y proveedor de canales deportivos regionales, por el otro.	Sí	Oferta que más se aproxima a valor justo de mercado, pero en ningún caso se escogerá oferta que no permita a proveedor recuperar porción razonable de costos de canales.	Sí, mediante exhibición en arbitraje.	Sí	Distribuidores pequeños pueden nombrar agente para que negocie colectivamente. Aplicación retroactiva de oferta (contrato) elegido por árbitro.
EE. UU.	Comcast-NBCU: negociaciones contractuales.	Basal, pero hay fase previa si se cuestiona la calificación de distribuidor <i>online</i> , el contenido/canal comparable o la concurrencia de otras razones para negar provisión a distribuidor <i>online</i> .	Distribuidor minorista (tradicional y <i>online</i>).	Sí	Oferta que más se aproxima a valor justo de mercado. Si se invoca comparación con otros contenidos/canales, oferta que se aproxime más a sus términos.	Sí, mediante solicitud a FCC.	Sí y también inversa: si no existe contrato previo, distribuidor pequeño puede distribuir conforme a oferta de proveedor.	Ciertos distribuidores pueden nombrar agente para negociar colectivamente. Aplicación retroactiva de oferta (contrato) elegida por árbitro.

País	Disputa	Variante	Parte que puede iniciarlo	Decisión fundada	Criterio para decidir	Disponibilidad de decisiones para terceros	Obligación de suspensión	Otros
EE. UU.	Final judgement de Corte para el Distrito de Columbia (EE.UU. con Comcast): negociaciones contractuales.	Basal, pero considera dos etapas: i) determinación de contenido/canal comparable y ii) elección entre ofertas finales ajustadas.	Distribuidor minorista <i>online</i> .	Sí	Oferta ajustada que mejor refleje términos económicos equivalentes a los de contenidos/canales comparables.	Sí, expresamente contemplado en exhibición.	Sí	Aplicación retroactiva de oferta (contrato) elegida por árbitro.
EE. UU.	Final judgement de Corte para el Distrito de Columbia (EE. UU. con AT&T): negociaciones contractuales.	Basal	Distribuidor minorista (tradicional y <i>online</i>).	Sí	Oferta que más se aproxima a valor justo de mercado.	Sí, expresamente contemplado en exhibición.	Sí y también inversa: si no existe contrato previo, distribuidor puede distribuir conforme a oferta de proveedor.	Si partes concuerdan, pueden presentar nueva oferta tras mediación. Aplicación retroactiva de oferta (contrato) elegido por árbitro.

Fuente: Elaboración propia.

Aplicación del arbitraje de oferta final en Chile como regulación y en casos de libre competencia

A diferencia de lo que ocurre en países como Estados Unidos, en Chile el arbitraje de oferta final no se ha expandido en el ámbito laboral.⁴⁰ En cambio, como ha ocurrido recientemente en otras jurisdicciones, en nuestro país el mecanismo sí se ha comenzado a utilizar en ámbitos regulatorios y en casos de libre competencia.

Arbitraje de oferta final en regulaciones sanitaria, eléctrica, de aguas y de gestión colectiva de derechos de autor y conexos

El primer ámbito en que se incorporó el FOA fue el sanitario, para discrepancias entre los estudios de la Superintendencia de Servicios Sanitarios y de la empresa regulada sobre los valores de cada uno de los parámetros relevantes para la determinación de

40. Sin perjuicio de ello, en el pasado el FOA estaba reconocido en el artículo 363 del Código del Trabajo el cual establecía: «El tribunal arbitral, en los arbitrajes obligatorios previstos en los artículos 384 y 385, estará obligado a fallar en favor de una de las dos proposiciones de las partes, vigentes en el momento de someterse el caso a arbitraje, debiendo aceptarla en su integridad. En consecuencia, no podrá fallar por una alternativa distinta ni contener en su fallo proposiciones de una y otra parte».

las tarifas de servicios de agua potable y de alcantarillado de aguas servidas, en los artículos 7 y 8 del Decreto 453, de 1989, del entonces Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Este arbitraje *issue-by-issue* en que se discute sobre una sola tarifa que surge de numerosos parámetros nace precisamente «para evitar los incentivos perversos que se generan cuando una comisión arbitral promedia las posiciones de las partes en conflicto» (Gómez-Lobo y Vargas, 2002: 87). Sin embargo, estudios de hace más de veinte años detectaron «que la comisión de expertos sigue practicando, implícitamente, una solución de promediar las dos posiciones en cuestión» (Gómez-Lobo y Vargas, 2002: 107). Por otro lado, análisis más recientes señalan, con base en la información publicada por el regulador, que «en los últimos 49 procesos de tarificación de empresas sanitarias en el país, solo una proporción muy pequeña recurrió al comité de peritos, por lo que en la gran mayoría de los casos, las tarifas sanitarias se acordaron mediante negociación» (Bustos y Fuentes, 2014: 301).

Otro ejemplo regulatorio que contempla el FOA es el sector eléctrico, en el cual el Panel de Expertos debe optar por la postura de una parte o la otra, sin adoptar valores intermedios. Así se establece en el artículo 211 del Decreto con Fuerza de Ley 4, de 2006, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley General de Servicios Eléctricos, en materia de energía eléctrica, y en el artículo 36 del Decreto 44, de 2017, del Ministerio de Energía, que aprueba el reglamento del panel de expertos para discrepancias sobre ciertas materias técnicas y jurídicas (Tijmes, 2015b: 98 y 99).⁴¹ Si bien las partes específicas dependerán del tipo de controversia, comúnmente estas serán: un organismo público —como el Coordinador Eléctrico Nacional o la Comisión Nacional de Energía— y alguna empresa de la industria eléctrica, o bien, dos empresas. En cualquier caso, al analizar los primeros diez años de funcionamiento del Panel de Expertos, autores han indicado que «la existencia de un arbitraje de oferta final puede ser muy beneficiosa para el funcionamiento de un determinado mercado», precisando, como también se reconoce en este artículo, que ello «supone que el procedimiento aplicable cumpla ciertas condiciones» (Bustos y Fuentes, 2014: 297).

Por último,⁴² el arbitraje de oferta final también está regulado para el escenario en que, primero, no exista acuerdo en la negociación y, luego, fracase la mediación entre entidades de gestión colectiva de derechos de autor, conexos y otros, y asociaciones de usuarios, en relación con los planes tarifarios de tales derechos, como puede apre-

41. Respecto de las discrepancias jurídicas, el Panel de Expertos podría determinar la forma de decisión a su criterio (Tijmes, 2015b: 98).

42. En 2012 también se incorporó el FOA en caso de que no haya acuerdo entre empresas de telecomunicaciones sobre el monto a pagar para colocar antenas y sistemas radiantes de una en infraestructura de otra (Ley 18.168, en su artículo 19 bis), planteando el ministro de Transporte y Telecomunicaciones de la época que «el árbitro terminará siendo innecesario, pues las partes, ante el riesgo de que su propuesta no sea la elegida, tenderán a acercarse para llegar a un acuerdo» (Historia de la Ley 20.599, modificada por la Ley 20.643, que estableció el FOA en el artículo 19 bis de la Ley 18.168).

ciarse en los artículos 100 bis y 100 ter de la Ley 17.736, de propiedad intelectual. La mediación solamente puede ser iniciada por las asociaciones, tras lo cual pasa a ser obligatoria para ambas partes, mientras que el FOA puede ser iniciado por cualquiera de las partes si la controversia persiste.⁴³

Al tramitarse la reforma que introdujo el FOA, el entonces ministro de Economía expresó que este mecanismo «entrega los incentivos a recurrir a esta instancia solo si hay muy buenas razones para hacerlo y además con propuestas razonables y bien fundadas, ya que de lo contrario se corre un riesgo significativo de perder el arbitraje» (Historia de la Ley 20.435).

En un procedimiento en que una asociación de usuarios solicitó al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia proponer, entre otros cambios a la Ley 17.736, modificaciones a este sistema dual de solución de controversias tarifarias, la magistratura indicó, en general, que «su diseño intenta, por un lado, disuadir la fijación de tarifas desproporcionadas o abusivas por parte de las EGC y, por otro, incentivar la concreción de acuerdos tarifarios» y que su objetivo «fue impedir la comisión de prácticas anticompetitivas». ⁴⁴ Específicamente, sobre el arbitraje de oferta final, señaló que «esta modalidad incentiva a las partes de un conflicto (en este caso, las asociaciones de usuarios y EGC) a formular propuestas mesuradas al árbitro para evitar el riesgo de su completo rechazo y la elección de la propuesta formulada por la contraparte». ⁴⁵

Arbitraje de oferta única en casos de operaciones de concentración y contenciosos⁴⁶

En adición a su inclusión en regulaciones ex ante, en los últimos años el FOA se ha empleado tanto en revisiones de operaciones de concentración por la Fiscalía Nacional Económica como en juicios ventilados ante el TDLC.

Entre 2017 y 2022, el FOA fue ofrecido como medida de mitigación —junto con otras— en cinco operaciones de concentración en la industria de televisión de pago: *AT&T-Time Warner* (2017), *Turner-CDF* (2018), *Disney-Fox* (2019), *HBO LAG* (2020) y *Discovery-WarnerMedia* (2022), en todas ellas para resolver controversias acaecidas en negociaciones entre proveedores de canales de televisión de pago y distribuidores minoristas. El arbitraje de oferta final abordó únicamente riesgos verticales de bloqueo total o parcial de insumos (canales) a distribuidores no integrados en un caso;⁴⁷

43. TDLC, resolución de término 142-2019, párrafo 23.

44. TDLC, resolución de término 142-2019, párrafos 24 y 26.

45. TDLC, resolución de término 142-2019, párrafo 32.

46. El autor asesoró a partes de las operaciones de concentración que han sido aprobadas por la FNE sujetas a un FOA. Sin perjuicio de lo anterior, las opiniones vertidas en este artículo son a título personal y no necesariamente reflejan la posición de las partes de tales operaciones.

47. FNE, Informe de aprobación en causa rol FNE F-81-17, *AT&T-Time Warner*, 30 de agosto de 2017,

y riesgos horizontales unilaterales (o de conglomerado),⁴⁸ tales como el aumento del poder de negociación de la entidad combinada, en dos casos,⁴⁹ mientras que en los restantes cubrió ambos tipos de riesgos.⁵⁰

Pese a que en todas esas ocasiones la FNE reconoció que el arbitraje de oferta final reestablece eventuales desequilibrios en el poder de negociación de las partes y que quedaron sujetos a reglas procedimentales esencialmente equivalentes, existen dos diferencias a resaltar. Por un lado, en el caso *Disney-Fox* el FOA no solo aplica para controversias acaecidas al negociar nuevos contratos o renegociaciones de aquellos existentes, sino también a discrepancias que pudieran surgir en conexión con cambios en el contenido transmitido en los canales que generen un deterioro sustancial de los mismos o en sus condiciones de comercialización. Por otro lado, en las restantes cuatro operaciones, el arbitraje consta de dos etapas: en la primera el árbitro determina si la propuesta inicial del proveedor corresponde a precios, términos y condiciones justas de mercado —o si la ausencia de oferta (negativa de venta) está justificada—, y en la segunda escoge entre la oferta final del proveedor y del distribuidor según cuál se ajusta mejor a tales precios, términos y condiciones.⁵¹

En el ámbito contencioso, es decir, ante el TDLC, la Asociación Gremial de Industrias Proveedoras demandó a Walmart, controladora de una de las principales cadenas de supermercados en Chile, por abuso de posición dominante en el mercado de aprovisionamiento supermercadista. Este juicio terminó mediante una conciliación que, entre otros elementos, incluye un FOA para reclamos relativos a los términos y condiciones de las relaciones entre proveedores y supermercados, y aquellos relacionados a la interpretación, ejecución, cumplimiento o incumplimiento de cualquier acuerdo o práctica comercial entre estos.⁵² Este arbitraje es complementario —y pos-

párrafo 90. El bloqueo total de insumos refiere a la negativa de venta de un bien o servicio, mientras que el bloqueo parcial corresponde a un empeoramiento de las condiciones de la venta.

48. Los riesgos unilaterales corresponden a aquellos que emanan del mayor poder de mercado que puede ejercer unilateralmente un agente con posterioridad a una operación de concentración. La FNE no definió mercados de manera estricta por haber analizado los efectos (unilaterales) de las operaciones de manera directa, pero al estar activos los agentes que se concentraban en el mismo nivel de la cadena productiva (provisión de canales), los riesgos solo pueden catalogarse como horizontales o de conglomerado, no verticales.

49. FNE, Informe de aprobación en causa rol FNE F-155-18, *Disney-Fox*, 19 de marzo de 2019, párrafo 134; FNE, Informe de aprobación en causa rol FNE F-290-21, *Discovery-WarnerMedia*, 9 de febrero de 2022, párrafo 90.

50. FNE, Informe de aprobación en causa rol FNE F-116-18, *Turner-CDF*, 14 de diciembre de 2018, párrafos 222 y 232; FNE, Informe de aprobación en causa rol FNE F-222-19, *HBO LAG*, 15 de abril de 2020, párrafos 98 y 105.

51. Por todas, ver *AT&T-Time Warner*, párrafo 90.

52. TDLC, resolución de fecha 7 de julio de 2022 en causa C-406-20 de 2022, considerando quinto. Con posterioridad a la aprobación del TDLC, ciertos aspectos procedimentales adicionales de este FOA

terior, en términos secuenciales— a una mediación que solamente puede iniciar el proveedor ante el «Defensor del Proveedor».

La **tabla 2** resume los principales elementos procedimentales de los arbitrajes de oferta final empleados en Chile, en los mismos términos que lo hecho respecto del uso del FOA en el extranjero en la **tabla 1**.

Tabla 2. Aspectos procedimentales del arbitraje de oferta final en Chile

Disputa	Variante	Parte que puede iniciarlo	Decisión fundada	Criterio para decidir	Disponibilidad de decisiones para terceros	Obligación de suspensión	Otros
Regulación sanitaria: parámetros de servicios de agua potable y de alcantarillado de aguas servidas.	Basal, pero <i>issue-by-issue</i> .	Prestador de servicios.	Sí	Mérito de los fundamentos y antecedentes de los respectivos estudios.	Disponibles solicitándose por Ley de Transparencia.	No regulado	Comisión puede modificar parámetros no disputados para consistencia global de estructura tarifaria.
Regulación eléctrica: divergencias de variada índole, incluyendo diferencias en procesos tarifarios.	Basal, pero sin mediación/ acuerdo durante arbitraje.	Depende del tipo de controversia, pero, por regla general, empresa que participa en industria eléctrica.	Sí	No mencionados en normativa. ¹	Sí, públicamente disponibles. ²	No regulado	
Regulación de propiedad intelectual: tarifas de derechos de autor y conexos.	Basal	Entidad de gestión colectiva y asociación de usuarios (pero solo asociación puede recurrir a mediación).	Sí, debiesen ser fundadas.	Considerar, entre otros criterios, categoría del usuario, beneficio pecuniario obtenido por los usuarios, importancia del repertorio en el desarrollo de la actividad de los usuarios de esa categoría, y tarifas anteriores.	Sí, debieran estar públicamente disponibles. ³	Sí, y también inversa: si no se pagaba tarifa previamente, rige tarifa determinada por entidad de gestión colectiva.	Costas de proceso soportadas por parte perdedora.

fueron establecidos en los Términos y Condiciones Generales de Aprovechamiento de D&S.

Disputa	Variante	Parte que puede iniciarlo	Decisión fundada	Criterio para decidir	Disponibilidad de decisiones para terceros	Obligación de suspensión	Otros
Decisión FNE (Disney-Fox): negociaciones contractuales.	Basal	Distribuidor minorista y proveedor de canales.	Sí	Oferta que, en opinión de árbitro, sea más cercana a términos y condiciones justas de mercado.	Sí, versión pública del laudo debiera estar disponible a solicitud de distribuidores minoristas ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.	Sí	Aplica a discrepancias por cambios en el contenido transmitido. Aplicación retroactiva de oferta (contrato) elegido por árbitro.
Decisiones FNE (AT&T-Time Warner, Turner-CDF, HBO LAG y Discovery-WarnerMedia): negociaciones contractuales.	Basal, pero con dos etapas: i) árbitro primero decide si oferta de proveedor es acorde a criterio o si ausencia de oferta está justificada; y ii) luego elige entre ofertas finales.	Distribuidor minorista.	Sí, debiesen ser fundadas.	Oferta que se ajuste de mejor manera a precios, términos y/o condiciones justas de mercado.	Sí, versión pública del laudo debiera estar disponible en las oficinas del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santiago en caso Discovery-WarnerMedia.	Sí	Aplicación retroactiva de oferta (contrato) elegido por árbitro. Honorarios de árbitro soportados por proveedor, sin perjuicio de decisión sobre costas.
Conciliación aprobada por TDLC para disputas contractuales	Basal	Proveedor y distribuidor minorista (pero solo proveedor puede recurrir a mediación).	Sí, debiesen ser fundadas (decisión de mediador debe ser fundada).	No existe.	Sí, mediante exhibición en arbitraje. Decisiones de mediación deberían estar disponibles públicamente.	No regulado.	Mediación es gratuita para proveedor. Honorarios de árbitro soportados por parte perdedora.

¹. Pese a no estar reflejadas en la normativa respectiva, Vergara plantea que, en su dictamen, el Panel de Expertos «debe elegir una u otra, atendiendo a su racionalidad o coherencia estricta con el sistema jurídico y con los fundamentos que se desarrollan en el dictamen» (2012: 388), planteando que en ciertos casos el Panel no estaría forzado a escoger entre las posturas de las partes.

². Disponible en <https://panelexpertos.cl/discrepancias/tramitadas/>.

³. Debieran, porque si bien la normativa indica que las entidades de gestión colectiva y la Subsecretaría de Cultura y Artes deberían publicar los laudos (según el artículo 101 ter de la Ley 17.736), al menos hasta 2017, el TDLC constató que no se habían producido FOA (ni mediaciones) en este ámbito (resolución de término 142-2019: párrafo 45).

Fuente: Elaboración propia.

Cuándo y cómo usar el arbitraje de oferta final en Chile

Las posturas doctrinales y la experiencia canadiense, estadounidense, australiana y chilena permiten identificar ciertas situaciones y circunstancias en que el arbitraje de oferta final puede ser una poderosa herramienta para las autoridades y los particulares. A su vez, de esas perspectivas también se puede desprender un diseño procedimental que sería conveniente como marco para este FOA.

El arbitraje de oferta final sirve para regulaciones *ex ante*, para mitigar riesgos de operaciones de concentración y como concesión en disputas judiciales

Aparte de estimular negociaciones de buena fe entre las partes, la adopción de posturas prudentes y cercanas entre sí y la transformación de estas últimas en acuerdos, el FOA puede cumplir, al menos, dos importantes roles para temas regulatorios y de libre competencia. Primero, si las partes están obligadas a negociar entre sí —porque no existen alternativas en el mercado—, el FOA permite imitar la dinámica y funcionamiento del mercado (Tulis, 2010: 101, 102 y 107; Carrell y Bales, 2013: 17; Weiss, 2015: 703; Pauwelyn, 2018: 64). Dos, cuando existe un desbalance de poderes en las negociaciones, la técnica del arbitraje de oferta final puede distribuir poder de negociación a la parte más débil de la relación (Chelius y Dworkin, 1980: 295). El caso paradigmático en que ambas metas se pueden cumplir simultáneamente se verifica en el caso de un monopolio no regulado que provee un servicio o producto a clientes bajo términos y condiciones pactados bilateralmente, en cuyo caso el arbitraje de oferta final puede ser derechamente procompetitivo.⁵³ Estas funciones del FOA son particularmente útiles para abordar problemáticas. Así lo demuestran, en especial los ejemplos nacionales, en tres situaciones.

Primero, como parte de una regulación *ex ante* puede establecerse para fortalecer la institucionalidad sectorial o para recrear directamente los resultados de un mercado. Por un lado, la normativa sanitaria y eléctrica chilena muestra que, pese a la densa regulación cuyo fin es que las tarifas cubran los costos de producción, el FOA otorga a los poseedores de un monopolio natural una instancia técnica y objetiva para dirimir controversias en la materia, reduciendo los posibles incentivos del regulador a fijar tarifas demasiado bajas. Por otro lado, las regulaciones de transporte, telecomunicaciones y/o medios de Canadá, Estados Unidos y Australia, y la Ley 17.736,

53. Así lo plantearon algunos economistas en la tramitación de la causa rol ERN-25 ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en la medida en que se verificasen ciertos requisitos estructurales y procedimentales, especialmente que exista una estructura tarifaria sobre la cual arbitrar (P&B Consultorías y Juan Pablo Montero, «Análisis económico del mercado de tarifas por uso de derechos de autor, derechos conexos y derechos intelectuales particulares», 7 de marzo de 2019, informe presentado por la Asociación Nacional de Televisión A.G. ante el TDLC en causa rol ERN, página 41).

de Chile, son ejemplos en que el poder de una de las partes es contrarrestado con el FOA, facilitando la replicación, a través de una negociación, de las condiciones que emergerían en un mercado competitivo.

Segundo, en operaciones de concentración que generen preocupaciones competitivas verticales, horizontales y/o de conglomerado, el arbitraje de oferta final puede servir como remedio.⁵⁴ Las aprobaciones de la FCC y de la FNE resaltan que el bloqueo total o parcial de insumo es el riesgo más común, pero no el único, que el FOA puede mitigar. Así, en *Adelphia* el FOA también podía ser invocado por los proveedores no integrados para prevenir un bloqueo de clientes, particularmente, una negativa de compra o distribución de los productos de los actores no integrados. A su vez, aunque para las operaciones *Turner-CDF*, *Disney-Fox*, *HBO LAG* y *Discovery-WarnerMedia* la Fiscalía Nacional Económica dejó abiertas las definiciones de mercado, de todos modos, se aprecia que en estas cuatro concentraciones el arbitraje de oferta final también se ofreció para afrontar riesgos de conglomerado u horizontales de índole unilateral.⁵⁵

Tercero, en un juicio las partes pueden pactar la implementación del FOA dentro de una conciliación, como solamente ha ocurrido —en mi conocimiento— en el caso *AGIP-Walmart*, terminando anticipadamente un litigio por actos anticompetitivos. En virtud de las amplias potestades con que cuenta el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el arbitraje de oferta final también podría ser impuesto como una medida propiamente tal en un procedimiento contencioso o no contencioso, si ello previene o corrige efectos anticompetitivos en los mercados, con arreglo a los artículos 3, 18 número 2 y 26 del Decreto Ley 211, de 1973 (y sus modificaciones), que fija las normas sobre la defensa de la libre competencia en nuestro país.

A mayor abundamiento, el caso *AGIP-Walmart* reafirma que el FOA mantiene su utilidad cuando es el comprador el que reúne mayor poder de negociación y, además, pone de manifiesto que su empleo no está circunscrito a los rubros de transporte, telecomunicaciones y medios de comunicación o a industrias altamente reguladas, ni a bienes intangibles y servicios.

Ciertas circunstancias de las disputas y características de las partes potencian la efectividad del arbitraje de oferta final

Mientras las situaciones antes identificadas son aquellas cuyas problemáticas podrían solucionarse con el arbitraje de oferta final, algunas circunstancias que rodean las

54. Sin perjuicio de que el FOA ya ha sido utilizado en múltiples operaciones de concentración, vale la pena señalar a modo de prevención que la literatura económica no ha abordado su capacidad de preservar precios competitivos ni lo ha modelado como un remedio para fusiones (Thompson, 2019: 6).

55. La manera en que funciona el FOA lo hace poco eficiente, sino completamente ineficaz, para mitigar riesgos horizontales coordinados.

controversias y algunas características de las partes pueden aumentar los beneficios derivados del FOA o incrementar la posibilidad de que, en el contexto específico, estos se concreten.

Respecto a las partes, se ha dicho que estas deben ser sofisticadas y estar informadas, entendiendo el funcionamiento y las consecuencias del arbitraje de oferta final (Grodin, 1972: 264; DeNisi y Dworkin, 1981: 86-87; Tulis, 2010: 106; Pauwelyn, 2018: 67). Ello porque comprendiendo la lógica subyacente al FOA es más probable que esta herramienta sea aprovechada por las partes, especialmente por aquella más débil. En cualquier caso, la práctica muestra que existen maneras de ayudar a una parte menos avezada, por ejemplo, permitiendo que sea representada por un agente o negociar colectivamente junto a otras entidades,⁵⁶ o soportando su contraparte, inicialmente, el costo del arbitraje.⁵⁷

Además, se ha señalado que el FOA es más efectivo cuando es usado como un procedimiento estandarizado en el largo plazo o cuando mantener una buena relación entre las partes es prioritario (Tulis, 2010: 106), por ejemplo, si se trata de relaciones duraderas entre dos partes (AAA, 2013: 30). Esta característica aparece en casi la totalidad de las regulaciones y casos analizados, cuestión que tiene sentido por tratarse de escenarios en que una de las partes casi no tiene otras contrapartes a las cuales acudir respecto de la contratación del bien o servicio específico.⁵⁸

Sobre la disputa misma, se ha planteado que para que el arbitraje de oferta final sea más efectivo esta debe recaer sobre temas monetarios, numéricos o económicos (Reiner, 2012: 446; Carrell y Bales, 2013: 35; Pauwelyn, 2018: 64-65). Es decir, conflictos irresolutos relativos a dinero serían candidatos ideales para el FOA (Abramson, 2005: 26), sea el salario de un beisbolista, el sueldo de trabajadores o el costo de servicios de desarrollo inmobiliario, entre otras discusiones económicas (Tulis, 2010: 111-113). Esa conclusión podría desprenderse de la práctica del arbitraje de oferta final respecto de remuneraciones de trabajadores o beisbolistas, pero tiene poco sustento en los ejemplos internacionales y nacionales mencionados en este informe, en que el FOA aplicó incluso para conflictos sobre los términos y condiciones completos de una relación contractual. Concordantemente, no existe evidencia de que el FOA sea

56. Ver los casos *Canada Transportation Act*, artículo 169.2(1); Código de Negociación Obligatoria, 52ZZP; Senate of Australia, «Revised explanatory memorandum», 2021, disponible en <https://bit.ly/3sVaatp>; *News Corp.-Hughes*, página 80; *Adelphia*, página 140; *Comcast-NBCU*, página 131; y Ley 17.736, en sus artículos 101 bis y 101 ter.

57. Ver los casos chilenos *AT&T-Time Warner*, *Turner-CDF*, *HBO LAG* y *Discovery-WarnerMedia*.

58. Discrepo con la afirmación de Pauwelyn de que el FOA está mejor preparado para decidir disputas únicas entre dos partes en vez de la misma cuestión entre una parte y diversas contrapartes (2018: 75), ya que, por regla general, las experiencias revisadas tienen como destinatarios justamente a agentes económicos con al menos algún nivel de poder de mercado o de negociación que permanentemente negociarán los mismos asuntos con múltiples contrapartes (sean vendedores o compradores).

ineficaz para asuntos no económicos y, de hecho, análisis empíricos indican que este mecanismo reduce las diferencias de las partes en conflictos monetarios y no monetarios (Long y Feuille, 1974; Notz y Starke, 1978: 202).

En este orden de ideas, más que tratarse de disputas monetarias o económicas, para las situaciones en que aquí se propone utilizar el FOA, lo relevante es que el conflicto tenga disponible soluciones continuas y no simplemente dicotómicas (Long y Feuille, 1974: 203; Tijmes, 2015a: 597).⁵⁹ En términos de negociaciones y contiendas jurídicas, las alternativas para cada cuestión en disputa no tienen por qué ser (numéricamente) continuas, bastando para estos efectos que admitan diversas opciones, por ejemplo, redacciones diferentes para una cláusula y no meramente si una cláusula con un texto predeterminado es añadida o removida del contrato.

Asimismo, se ha indicado que el FOA funciona mejor en contiendas que abarcan pocos asuntos (Tulis, 2010: 107; Carrell y Bales, 2013: 35), planteamiento con el cual concordamos con una prevención y una precisión. La prevención es que muchas de las relaciones y desavenencias para las que sería óptimo tener un arbitraje de oferta final comprenden, en los hechos, varios puntos. Esta constatación fáctica no justifica renunciar a usar el FOA precisamente para aquellas negociaciones que más se beneficiarían con este mecanismo. Por el contrario, como el propio Tulis propone, una opción sería seleccionar algunos de estos puntos para ser objeto del arbitraje (2010: 107), tarea que puede ser complicada para un externo —como lo sería el legislador o la autoridad regulatoria o de libre competencia—, pero que las partes estarían mejor posicionadas para realizar justo antes de que comience el procedimiento.⁶⁰

La precisión es que, en efecto, lo que puede ser difícil de manejar es que la controversia cubra demasiados elementos, cuestión que no equivale a que la relación en sí tenga muchos componentes, pues es perfectamente posible que muchos de estos últimos no sean disputados. Un contrato complejo tendrá una gran cantidad de cláusulas, pero en un FOA en concreto quizá las partes únicamente discreparán en el precio, duración y redacción de las causales de incumplimiento. Ello no es óbice para que el contrato completo, en abstracto, esté sometido al FOA y, como veremos en la siguiente sección, en ese escenario corresponderá escoger entre un arbitraje *issue-by-issue* o por paquetes.

59. Tulis plantea algo similar al decir que cualquier situación en que exista el riesgo de que el árbitro emita una decisión de compromiso entre las posturas de las partes puede beneficiarse del FOA (2010: 113).

60. Esto último sería prácticamente equivalente a que las partes lleguen a un acuerdo sobre algunos asuntos sobre los que han discutido.

El diseño institucional del arbitraje de oferta final es esencial para mejorar su impacto en temas regulatorios y de libre competencia

Independientemente de la situación en la que se emplee el FOA y de las características de la disputa o de las partes, es crucial tener en cuenta que sus detalles procedimentales pueden influir en el objetivo perseguido al establecerlo y, particularmente, influenciar la negociación que desarrollen las partes (Tulis, 2010: 130; Tijmes, 2015a: 596; Weiss, 2015: 705 y 706; Gleason y Sussman, 2019b: 19 y 20). En otras palabras, su éxito está supeditado en gran medida a su diseño.

Conforme a lo expuesto, el objetivo del FOA en temas regulatorios y de libre competencia sería replicar, cuando existe un desbalance en los poderes relativos de las partes, condiciones similares a las que imperarían en un mercado competitivo, idealmente mediante un acuerdo bilateral o, en ausencia de este, con la decisión del árbitro. Para lograr lo anterior, una buena aproximación es determinar los patrones procedimentales que se repiten en Chile y en otros países y contrastarlos con las posturas doctrinarias —en especial de aquellos autores que han recomendado estructuras procedimentales específicas—, sin perjuicio de los ajustes que las partes y/o autoridades puedan estimar pertinentes dadas las particularidades de un escenario concreto.

Comenzando con lo más general, no existen razones para desviarse del aquí designado FOA basal: las partes presentan solo una oferta final, tienen acceso a la oferta de su contraparte, las mediaciones están contempladas y se puede rendir prueba. Con matices menores, todas las regulaciones y casos analizados contemplan esta configuración base que puede concretarse aún más con las siguientes consideraciones:

1. Debería fomentarse —o al menos no impedirse— que las partes realicen múltiples propuestas durante la negociación informal previa al arbitraje para crear un ambiente propicio para alcanzar acuerdos (Pauwelyn, 2018: 69; CRA, 2020a: 16).
2. En contraste, y de manera consistente con las aplicaciones del FOA analizadas, debería permitirse la presentación de una única oferta final no modificable.⁶¹ Si bien se afirma que el FOA dual —en que se presentan dos ofertas de manera simultánea— mejora los incentivos a negociar y la convergencia pre-arbitraje, no se conocen experiencias reales con esta modalidad (CRA, 2020a: 16). De

61. En algunos casos revisados se contempla la entrega de dos ofertas en diferentes momentos en arbitrajes que comprenden dos etapas secuenciales (*Comcast-NBCU*, página 131; *Estados Unidos con Comcast y otros*, páginas 29-30; y *AT&T-Time Warner*, párrafo 90; *Turner-CDF*, párrafo 233; *HBO LAG*, párrafo 35-36; y *Discovery-WarnerMedia*, párrafo 89). La única real excepción sería el caso *AT&T-Time Warner* en Estados Unidos, en que las partes pueden acordar la presentación de nuevas ofertas (finales) tras una mediación ocurrida durante el procedimiento arbitral.

forma similar, Pauwelyn argumenta que la presentación de ofertas finales sucesivas —o, lo que es equivalente, la modificación de la oferta original— es inconveniente por el riesgo de que se exageren las pretensiones respectivas (2018: 69).⁶²

3. Las partes deberían tener acceso a las ofertas finales de sus contrapartes temprano en el procedimiento, es decir, es conveniente un arbitraje diurno como el regulado en todas las experiencias revisadas, porque ello otorga una oportunidad adicional para que las partes sigan negociando e, incluso, acuerden durante el arbitraje (CRA, 2020a: 16). Algunos también sugieren que la transparencia de las ofertas finales ayuda a que las ofertas sean más moderadas —alejándose de posiciones extremas— y aumenta la probabilidad de acuerdo entre las partes (Carrell y Bales, 2013: 31 y 32; Weiss, 2015: 708).
4. Alineado con lo anterior, sostener una mediación (o transigir o conciliar) debería ser factible antes y durante el arbitraje, lo que puede plasmarse, según la experiencia práctica muestra, como un prerequisite para el inicio del arbitraje,⁶³ un derecho de las partes (*Canada Transportation Act*, en su artículo 169.1(1)) o una facultad del árbitro.⁶⁴
5. Finalmente, todos los FOA revisados permiten a las partes presentar evidencia, solicitar exhibiciones a su contraparte (*discovery*) o requieren la entrega de determinados antecedentes (sea por estatuto legal o reglamentario o a petición del árbitro), lo que es positivo para el adecuado funcionamiento del procedimiento (CRA, 2020b: 7). Para enfrentar la asimetría de información entre un agente que haya intervenido en un FOA previamente y contrapartes que no lo hayan hecho (Pauwelyn, 2018: 67 y 68), los laudos pueden estar públicamente

62. En contrario, Tulis (2010: 105) propone que las ofertas finales deberían permitirse tan pronto como sea posible antes de la audiencia arbitral, pero deberían ser ajustables por un período de gracia relativamente corto.

63. Código de Negociación Obligatoria, 52ZL(2)(a); Surface Transportation Board, «Final Rule: Termination of Proceeding (88 FR 299, Documento 2022-27926) en Casos EP 755 “Final Offer Rate Review” y EP 665 “Expanding Access to Rate Relief”», disponible en <https://bit.ly/3titCVI>; Ley 17.736, artículo 100 ter; y resolución del TDLC de fecha 7 de julio de 2022 en causa C-406-20 de 2022, considerando quinto.

64. «Broadcasting and Telecom Information Bulletin de Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (Practices and procedures for dispute resolution)», 29 de mayo de 2019, (punto 30), disponible en <https://bit.ly/46DZuwU>. En cambio, para temas sanitarios Bustos y Fuentes (2014: 296-301) proponen seguir la experiencia en el sector eléctrico y eliminar la posibilidad de acuerdo entre la Superintendencia de Servicios Sanitarios y las empresas, dirigiendo las disputas inmediatamente a un árbitro (Panel de Expertos), pero ello se hace en un contexto de regulación de precios que no es extrapolable a la mayoría de los ámbitos analizados en este artículo.

disponibles como ocurre en las regulaciones de telecomunicaciones en Canadá y en la regulación eléctrica en Chile,⁶⁵ o al menos consagrarse expresamente la manera en que terceros pueden acceder a estos fallos —o a versiones públicas de los mismos— tanto dentro del arbitraje como fuera del mismo. Además de equiparar la cancha entre las partes, esta disponibilidad refuerza que los involucrados tengan un entendimiento más acabado del arbitraje, ayudando a que este genere los efectos deseados. Que las decisiones arbitrales deban ser fundadas —o, como mínimo, puedan serlo a solicitud de las partes—, como ocurre en los FOA analizados, sirve a ambos objetivos.

De los aspectos que conforman el aquí denominado FOA basal, conviene detenerse en si la decisión se emite por paquete o *issue-by-issue*. De los ejemplos mencionados el único expresamente calificado de *issue-by-issue* es el del sector sanitario nacional (del artículo 8 del Decreto 453, de 1989, del entonces Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción), pero las regulaciones canadienses y australianas cubren solamente un ítem —precios—, lo que torna a esta distinción en intrascendente para dichas regulaciones.

Sobre cuál de estas modalidades es mejor, la doctrina se encuentra bastante dividida. Por un lado, Powers (2019: 82, 83 y 105) plantea que la varianza adicional en los fallos del arbitraje por paquetes —en comparación a los que se emitirían en la modalidad *issue-by-issue*— actúan como motivación adicional para que las partes lleguen a acuerdo durante las notificaciones. Ello implicaría que el FOA por paquetes cumpliría mejor con el objetivo de incitar a las partes a alcanzar acuerdos.

Por otro lado, existen autores que controvierten que el FOA *issue-by-issue* disuada las negociaciones —como se le atribuye a esta modalidad y al arbitraje convencional— porque sigue siendo conveniente para las partes hacer ofertas razonables para todos los ítems al no tener forma de predecir para cuáles obtendrán una decisión favorable (Tulis, 2010: 103 y 104). Secundando también el FOA *issue-by-issue*, Pauwelyn propone su uso cuando existen múltiples cuestiones en disputa; y si una dimensión es binaria y la otra numérica, la primera debería resolverse con un arbitraje convencional y la última con un FOA (2018: 69-70).⁶⁶

Algunos especialistas tienen una postura más ecuaníme, reconociendo las ventajas y desventajas de ambas modalidades y el hecho de que no existe evidencia suficiente sobre cuál es preferible (CRA, 2020a: 14-16; Carrell y Bales, 2013: 33). El propio Powers (2019: 82) argumenta que la estrategia óptima de los jugadores en un FOA que recae sobre múltiples asuntos es ser razonables en todos los componentes de su

65. Disponibles en <https://bit.ly/3uDRleO> y <https://bit.ly/3T7zuXI>, respectivamente.

66. Para contrarrestar el *chilling effect* del FOA *issue-by-issue*, Pauwelyn propone designar un árbitro para cada punto en discusión (2018: 65, nota 110).

oferta final, sin importar la modalidad elegida, refutando, en parte, que el arbitraje *issue-by-issue* tenga aparejado el denominado *chilling effect*.

Con todo, y frente a la existencia de opiniones contrapuestas, existen al menos dos motivos para estimar al FOA por paquetes como predilecto por sobre el *issue-by-issue* en el contexto local. Primero, que todos los arbitrajes de oferta final empleados en Chile para más de una materia en discusión han optado por la variante por paquete, salvo en el rubro sanitario. Segundo, y más importante aún, es que los expertos locales han mostrado que el arbitraje *issue-by-issue* aplicado a las tarifas sanitarias genera decisiones arbitrales que promedian las ofertas de las partes y alejan los valores que estas proponen. En efecto, Gómez-Lobo y Vargas señalan que «una forma de eliminar la tendencia a promediar de la comisión de expertos es obligándola a aceptar uno de los dos estudios [que sustentan las ofertas] completos. Esto sometería a las partes en cuestión a acercar sus respectivas posiciones antes de que el conflicto llegue a la comisión de expertos» (2002: 107). En forma similar, Montero (2005: 44) encuentra que pasar de un esquema de oferta única por paquete a uno de múltiples ofertas con dos o más ofertas *issue-by-issue* puede incrementar sustancialmente la distancia entre las ofertas completas de las partes en equilibrio.

Las aprensiones de esos autores sobre la regulación sanitaria incluso se reflejan en una opinión vertida ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por el FOA consagrado en la Ley 17.736:

Respecto a la forma en que se deben presentar las ofertas para el arbitraje, tanto la teoría como la experiencia en el contexto de los servicios sanitarios claramente apunta a que cada una de las partes debe presentar una propuesta global, es decir, un paquete compuesto por los mencionados coeficientes y su tarifa. Lo anterior será fundamental para mantener las propiedades que hacen atractivo un mecanismo de *final offer arbitration*.⁶⁷

Otros cuatro aspectos procedimentales de los arbitrajes de oferta final merecen particular atención, solo uno de los cuales ha sido, en mi conocimiento, analizado por la doctrina especializada. Por un lado, para guiar la elección del árbitro las disposiciones que instauren un FOA deberían fijar criterios o factores a ser considerados (o excluidos) al elegir entre ofertas (Carrell y Bales, 2013: 35; CRA, 2020a: 17 y 18), como hacen la mayoría de las regulaciones y casos descritos. El nivel de especificidad del criterio principal o de los subcriterios y factores que lo componen dependerá fuertemente del contexto concreto, pero debiese mantenerse a nivel de directrices ge-

67. P&B Consultorías y Juan Pablo Montero, «Análisis económico del mercado de tarifas por uso de derechos de autor, derechos conexos y derechos intelectuales particulares», 7 de marzo de 2019, informe presentado por la Asociación Nacional de Televisión A.G. ante el TDLC en causa rol ERN, página 38.

nerales y no convertirse en un *checklist* a ser cumplido por el árbitro.⁶⁸ Dependiendo de la situación concreta y de los demás objetivos que pueda perseguir la normativa respectiva, puede ser prudente incorporar también estándares de interés público que deban ser observados por el árbitro.

Por otro lado, muchos casos permiten únicamente a la parte más débil comenzar el arbitraje,⁶⁹ lo que puede corresponder a un contrapeso en atención a su menor poder de mercado o de negociación. Además, gran parte de los casos contienen una obligación de suspensión, asegurando el mantenimiento de la relación contractual durante el FOA⁷⁰ —o, en el evento de una obligación inversa, permitiendo a una parte solicitar que se comiencen a aplicar los términos y condiciones de la oferta de la contraparte—,⁷¹ lo que indudablemente es una manera de prevenir presiones o represalias provenientes de la parte mejor posicionada y evitar perjuicios a los consumidores. Asimismo, en varios casos el árbitro debe realizar una calificación antes de optar entre las ofertas de las partes, sea en un único laudo,⁷² o en una fase preliminar;⁷³ y en otros existe una primera etapa en que el árbitro únicamente determina si la oferta de una de las partes se ajusta a los criterios respectivos.⁷⁴

Como se ha explicado, este tipo de variaciones procedimentales inciden en las repercusiones del FOA, por lo cual, independientemente de su razonabilidad y aplicación a un caso concreto, sería idóneo que estas últimas tres fuesen examinadas teórica y empíricamente para comprender mejor sus implicancias.

68. Un *checklist* detallado podría llevar a que las decisiones del árbitro sean demasiado predecibles y, en el extremo, incluso «predeterminadas», lo que eliminaría la incertidumbre y riesgo que lleva a las partes de un FOA a preferir negociar antes que someterse a la sentencia arbitral. Sobre esto, véase Adams (1987: 215).

69. Es el caso de *Canada Transportation Act*, artículo 161(1); Código de Negociación Obligatoria de 2021, 52ZL(2); Surface Transportation Board, «Final Rule: Termination of Proceeding (88 FR 299, Documento 2022-27926) en Casos EP 755 “Final Offer Rate Review” y EP 665 “Expanding Access to Rate Relief”», disponible en <https://bit.ly/3tttCVL>, 20; todas las operaciones aprobadas por la FCC o cuestionadas ante la Corte para el Distrito de Columbia; artículo 7 del Decreto 453, de 1989, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción; y *Turner-CDF*, párrafo 233; *HBO LAG*, párrafo 35; y *Discovery-WarnerMedia*, párrafo 89.

70. Ver los casos CRTC 2019-184, punto 54; todas las operaciones aprobadas por la FCC o cuestionadas ante la Corte para el Distrito de Columbia; el artículo 101 ter de la Ley 17.736; y todas las operaciones de concentración aprobadas por la FNE.

71. Ver los casos de las dos operaciones de concentración aprobadas por la Comisión Europea; *Comcast-NBCU*, 128; y el artículo 101 ter de la Ley 17.736.

72. Surface Transportation Board, «Final Rule: Termination of Proceeding (88 FR 299, Documento 2022-27926) en Casos EP 755 “Final Offer Rate Review” y EP 665 “Expanding Access to Rate Relief”», disponible en <https://bit.ly/3tttCVL>.

73. *Comcast-NBCU*, página 131; y *Estados Unidos con Comcast*, páginas 29 y 30.

74. Ver los casos chilenos *AT&T-Time Warner*, párrafo 90; *Turner-CDF*, párrafo 233; *HBO LAG*, párrafos 35-36; y *Discovery-WarnerMedia*, párrafo 89.

Las sugerencias institucionales y procedimentales aquí delineadas son ciertamente un primer paso para generar procesos más predecibles y coherentes para el FOA. En atención a la gran similitud de estas recomendaciones con las reglas suplementarias para el FOA emitidas por el Centro Internacional para la Resolución de Disputas (International Centre for Dispute Resolution) y la Asociación Americana de Arbitraje (American Arbitration Association),⁷⁵ algunos de los vacíos y omisiones de este trabajo pueden ser subsanados con tales reglas para efectos de tener una estructura más completa y comprensiva para el procedimiento objeto de este estudio.⁷⁶

Conclusiones

Existe consenso en la capacidad —al menos potencial— del arbitraje de oferta final para fomentar negociaciones de buena fe, ofertas prudentes y acuerdos entre las partes, pues esas acciones les permiten evitar los laudos adversos extremadamente gravosos que podrían emanar de un proceso de este tipo. Las consecuencias positivas de este mecanismo dependen de que este medio de resolución de conflictos esté simplemente disponible para las partes, no de que sea efectivamente utilizado respecto de una o más disputas. Por ello, su efectividad no debe medirse a partir de la cantidad de veces que las partes hayan recurrido al mismo o que un árbitro haya emitido una decisión vinculante.

Por el contrario, que el FOA se haya ido expandiendo desde ámbitos laborales a regulatorios y de libre competencia, primero en Estados Unidos y luego en otras jurisdicciones, incluyendo la chilena, sugiere que existe satisfacción con el mecanismo y con su impacto práctico. La mejor muestra de aquello es que la Surface Transportation Board estadounidense se basó en la experiencia de Canadá para su implementación; que la Comisión Federal de Comunicaciones de Estados Unidos lo ha usado por casi veinte años como remedio para operaciones de concentración; y que en pocos años la Fiscalía Nacional Económica lo aceptó para mitigar riesgos unilaterales (que pueden calificarse de horizontales o de conglomerado) y verticales.

En este sentido, el arbitraje de oferta final es una herramienta novedosa e interesante para las autoridades regulatorias y de libre competencia, y para los particulares, que puede ser especialmente ventajosa en al menos tres situaciones: regulaciones ex ante, operaciones de concentración y procedimientos ante el Tribunal de Defensa

75. Quizá la única diferencia con las propuestas de este artículo es que las reglas suplementarias establecen que las partes pueden pactar la posibilidad de presentar enmiendas a sus ofertas finales (ICDR-AAA, 2015: 7).

76. Por ejemplo, la variabilidad en la cantidad, las calificaciones y la forma de designación de los árbitros y en la procedencia, naturaleza y organismo que conoce de los recursos contra el laudo que se observa en las regulaciones y jurisprudencia revisada impide desprender conclusiones sobre esos elementos para esta investigación.

de la Libre Competencia. Las problemáticas específicas que este mecanismo puede combatir en cada situación difieren, pero su elemento central es común: negociaciones bilaterales en que existe un desbalance en favor de una de las partes que puede desembocar en precios, términos y condiciones poco competitivos, abusivos o desproporcionados. Conductualmente, el FOA serviría en las ocasiones en que el comportamiento subyacente corresponde a una discriminación arbitraria, una negativa injustificada a contratar y/o a la imposición de precios u otros términos y condiciones excesivos.

Como el éxito del arbitraje de oferta final está intrínsecamente vinculado a su diseño, cada vez que este sea establecido a nivel legislativo, regulatorio o en un caso concreto, debiese examinarse con detención su configuración institucional. Para lograr ese cometido, sugerimos considerar como base los aspectos procedimentales ya sintetizados, que se coligen de la doctrina, jurisprudencia y normativa revisada.

Correctamente utilizado, el FOA es una herramienta que no solo permite afrontar las problemáticas descritas, sino que también beneficia a los intervinientes de la disputa y a la sociedad. Si las partes alcanzan una solución colaborativa se disminuirían los costos del procedimiento, pues el árbitro no tendrá que emitir una decisión (Carrasco, 2018: 450), lo que supone reducir costos de transacción que provienen de la celebración y ejecución de contratos. Asimismo, al estar restringido a escoger entre las posturas de las partes, incluso si debe emitir un laudo el árbitro no está obligado a solucionar el caso de la manera más óptima posible, reduciendo los costos de su labor adjudicativa (Carrasco, 2018: 451-453).

En términos sociales, el arbitraje de oferta final podría evitar que las partes acudan directamente al regulador sectorial,⁷⁷ a la FNE o al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, al tener un procedimiento arbitral disponible para solucionar algunos conflictos y morigerando la posibilidad de que alguna incurra en una conducta ilícita o anticompetitiva.⁷⁸ Para el caso particular de las operaciones de concentración, recurrir al FOA para mitigar riesgos horizontales unilaterales torna innecesario ofrecer o exigir medidas más gravosas, como lo sería un remedio estructural. Esto fue exactamente lo que pasó en la transacción *Disney-Fox*: en Chile la operación se aprobó sujeta a un FOA y a otras medidas conductuales, mientras que en México y Brasil las partes se comprometieron a desinvertir parte del negocio de Fox.⁷⁹ Las partes no

77. En su rol de regulador, pero en disputas como las del sector eléctrico y sanitario chileno el regulador puede verse envuelto, como parte, en la disputa sometida a conocimiento del árbitro.

78. En caso de que una infracción se verifique, el árbitro no sería competente, pero la existencia misma del FOA ayuda a prevenir que tal conducta se materialice.

79. Fernanda Muñoz R., «Incumplimiento de desinversión: El caso *Disney/Fox* en Brasil», Centro de Competencia Universidad Adolfo Ibáñez, 18 de noviembre de 2019, disponible en <https://bit.ly/3Nbfpgf>.

pudieron cumplir con esta última obligación dentro de los plazos establecidos,⁸⁰ suceso que pudo afectar el desempeño competitivo de la unidad económica respectiva y distorsionar los mercados.

Así las cosas, añadir el arbitraje de oferta final al arsenal de herramientas de las autoridades y de los particulares en Chile —o bien aplicarlo de manera más frecuente— en las situaciones identificadas y, eventualmente, propagarlo a otras similares aparece como un camino auspicioso para abordar ciertas problemáticas de los mercados y producir beneficios para las partes y la sociedad.

Referencias

- AAA, American Arbitration Association (2013). «Drafting Dispute Resolution Clauses a Practical Guide». Disponible en <https://bit.ly/3R2FuON>.
- ABRAMSON, Hal (2005). «Final Offer Arbitration». En John W. Cooley, *Creative Problem Solver's Handbook for Negotiators and Mediators: A Pracademic Approach* (pp. 26-31). Washington: American Bar Association Section of Dispute Resolution.
- ADAMS, Charles (1987). «Final Offer Arbitration: Time for Serious Consideration by the Courts». *Nebraska Law Review*, 66: 213-248.
- BUSTOS, Javier y Fernando Fuentes (2014). «Eficiencia en mecanismos de arbitraje: El caso del Panel de Expertos del sector eléctrico en Chile». En *Resolución de discrepancias en el sector eléctrico chileno* (pp. 277-303). Santiago: Panel de Expertos, Ley General de Servicios Eléctricos. Disponible en <https://panelexpertos.cl/biblioteca/>.
- CARRASCO, Nicolás (2018). «La regla de oferta final en el panel eléctrico chileno». *Derecho PUCP*, 81: 443-461. DOI: 10.18800/derechopucp.201802.014.
- CARRELL, Micael, y Richard Bales (2013). «Considering Final Offer Arbitration to Resolve Public Sector Impasses in Times of Concession Bargaining». *The Ohio Journal on Dispute Resolution*, 28 (1): 1-36.
- ÇELEN, Boğaçhan, y Onur Özgür (2018). «Final-Offer Arbitration with Uncertainty Averse Parties». *Games and Economic Behavior*, 109: 484-500. DOI: 10.1016/j.geb.2018.01.007.

80. Conforme a la información disponible, Disney finalmente no pudo vender Fox en Brasil lo que hizo que la operación fuese aprobada con compromisos conductuales en vez de estructurales (Conselho Administrativo de Defesa Econômica, «Cade approves the acquisition of Fox by Disney with restrictions», 6 de mayo de 2020 (actualizada el 1 de noviembre de 2022), disponible en <https://bit.ly/46WJm9O>), mientras que en México tal enajenación recién se concretó en 2021 (Institución Federal de Telecomunicaciones, Acuerdo mediante la cual el Pleno resuelve sobre solicitud presentada por ING, 14 de mayo de 2021, disponible en <https://bit.ly/3RoaaKJ>; Institución Federal de Telecomunicaciones, Resolución mediante la cual el Pleno resuelve sobre concentración Lauman-Fox, 7 de junio de 2021, disponible en <https://bit.ly/3RmiDOL>).

- CRA, Charles River Associates (2020a). «Bilateral v Collective Bargaining and Arbitration Options, Response to the ACCC Concepts Paper on the Mandatory News Media Bargaining Code». Disponible en <https://bit.ly/3sOFhH4>.
- . (2020b) «Suitability of FOA for the ACCC's Mandatory Bargaining Code, Response to Commentary». Disponible en <https://bit.ly/3t1bLOc>.
- CHATTERJEE, Kalyan (1981). «Comparison of Arbitration Procedures: Models with Complete and Incomplete Information». *IEEE Transactions on Systems, Man and Cybernetics*, 11 (2): 101-109.
- CHELIUS, James y James Dworkin (1980). «An Economic Analysis of Final-Offer Arbitration as a Conflict Resolution Device». *The Journal of Conflict Resolution*, 24 (2): 293-310.
- CHETWYND, Josh (2009). «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*, 20 (1): 109-146.
- DENISI, Angelo, y James Dworkin (1981). «Final-Offer Arbitration and the Naive Negotiator». *Industrial and Labor Relations Review*, 31 (1): 78-87.
- DONN, Clifford (1977). «Games Final-Offer Arbitrators Might Play». *Industrial Relations*, 16 (3): 306-314. DOI: 10.1111/j.1468-232X.1977.tb00097.x.
- FARBER, Henry (1980). «An Analysis of Final-Offer Arbitration». *Journal of Conflict Resolution*, 24 (4): 683-705. DOI: 10.1177/002200278002400407.
- . (1981). «Splitting-the-Difference in Interest Arbitration». *Industrial and Labor Relations Review*, 35 (1): 70-77. DOI: 10.2307/2523142.
- FARBER, Henry y Harry Katz (1979). «Interest Arbitration, Outcomes, and the Incentive to Bargain». *Industrial and Labor Relations Review*, 33 (1): 55-63.
- FEUILLE, Peter (1975). «Final Offer Arbitration and the Chilling Effect». *Industrial Relations*, 14 (3): 302-310. DOI: 10.1111/j.1468-232X.1975.tb00609.x.
- GLEASON, Erin y Edna Sussman (2019a). «Final Offer/Baseball Arbitration: The History, the Practice, and Future Design». *Alternatives to the High Cost of Litigation*, 37 (1): 1-11. DOI: 10.1002/alt.21765.
- . (2019b). «Putting Final Offer/Baseball Arbitration to Use». *Alternatives to the High Cost of Litigation*, 37 (2): 19-21. DOI: 10.1002/alt.21772.
- GÓMEZ-LOBO, Andrés y Miguel Vargas (2002). «La regulación de las empresas sanitarias en Chile: Una revisión crítica». *Perspectivas*, 6 (1): 79-109.
- GRODIN, Joseph (1972). «Either-or Arbitration for Public Employee Disputes». *Industrial Relations*, 11 (2): 260-266. DOI: 10.1111/j.1468-232X.1972.tb00054.x.
- ICDR-AAA, International Centre for Dispute Resolution y American Arbitration Association (2015). «Final Offer Supplementary Arbitration Procedures». Disponible en <https://bit.ly/3N1l8Ef>.

- LEMLEY, Mark, y Carl Shapiro (2013). «A Simple Approach to Setting Reasonable Royalties for Standard-Essential Patents». *Berkeley Technology Law Journal*, 28 (2): 1135-1166. DOI: [10.15779/Z380127](https://doi.org/10.15779/Z380127).
- LONG, Gary y Peter Feuille (1974). «Final-Offer Arbitration: “Sudden Death” in Eugene». *Industrial and Labour Relations Review*, 27 (2): 186-203.
- MCANDREW, Ian (2003). «Final-Offer Arbitration: A New Zealand Variation». *Industrial Relations: A Journal of Economy and Society*, 42 (4): 736-744. DOI: [10.1111/1468-232X.00313](https://doi.org/10.1111/1468-232X.00313).
- METCALF, David y Simon Milner (1992). «Final Offer Arbitration in Great Britain: Style and Impact». *National Institute Economic Review*, 142 (1): 75-87.
- METH, Elissa (1999). «Final Offer Arbitration: A Model for Dispute Resolution in Domestic and International Disputes». *The American Review of International Arbitration*, 10 (3): 383-454.
- MONTERO, Juan Pablo (2005). «A Model of Final Offer Arbitration in Regulation». *Journal of Regulatory Economics*, 28 (1): 23-46. DOI: [10.1007/s11149-005-2354-y](https://doi.org/10.1007/s11149-005-2354-y).
- MORRIS, Charles (1976). «The Role of Interest Arbitration in a Collective Bargaining System». *Industrial Relations Law Journal*, 1 (3): 427-531.
- MUÑOZ, Alexis (2021). «Arbitraje de oferta final: Una aproximación desde el derecho internacional privado». Tesis para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Disponible en <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/187808>.
- NOTZ, William y Frederick Starke (1978). «Final-Offer Versus Conventional Arbitration as Means of Conflict Management». *Administrative Science Quarterly*, 23 (2): 189-203. DOI: [10.2307/2392561](https://doi.org/10.2307/2392561).
- PAUWELYN, Joost (2018). «Baseball Arbitration to Resolve International Law Disputes: Hit or Miss?». *Florida Tax Review*, 22 (1): 40-76.
- POWERS, Brian (2019). «An Analysis of Dual-Issue Final-Offer Arbitration». *International Journal of Game Theory*, 48 (1): 81-108. DOI: [10.1007/s00182-018-0653-7](https://doi.org/10.1007/s00182-018-0653-7).
- REINER, Andreas (2012). «Final Offers and Sealed Offers as a Means of Reducing the Time and Cost of Arbitration». *Zbornik PFZ*, 62 (1-2): 437-456.
- SAMUELSON, William (1991). «Final-Offer Arbitration Under Incomplete Information». *Management Science*, 37 (10): 1234-1247.
- SINGH, Ramsumair (1986). «Final Offer Arbitration in Theory and Practice». *Industrial Relations Journal*, 17 (4): 329-338. DOI: [10.1111/j.1468-2338.1986.tb00548.x](https://doi.org/10.1111/j.1468-2338.1986.tb00548.x).
- STEVENS, Carl (1966). «Is Compulsory Arbitration Compatible With Bargaining?». *Industrial Relations*, 5 (2): 38-52. DOI [10.1111/j.1468-232X.1966.tb00450.x](https://doi.org/10.1111/j.1468-232X.1966.tb00450.x).
- TAPIA, Javier y José Luis Corvalán (2022). «En defensa de la arbitrabilidad de las cuestiones de libre competencia en el derecho chileno». *Diálogos CeCo*: 1-31. Disponible en <https://bit.ly/3GjtyTN>.

- TIJMES, Jaime (2015a). «Who Wants What? Final Offer Arbitration in the World Trade Organization». *European Journal of International Law*, 26 (3): 587-606. DOI: 10.1093/ejil/chv037.
- . (2015b). «El arbitraje de oferta definitiva en la legislación eléctrica chilena». *Jurídicas*, 12 (2): 90-102. DOI: 10.17151/jurid.2015.12.2.7.
- THOMPSON, T. Scott (2019). «Final Offer Arbitration (FOA) as Merger Remedy, Perspectives of an Economist». *Fordham Antitrust Conference*. Disponible en <https://bit.ly/3uHI5X1>.
- TULIS, Benjamin (2010). «Final-Offer “Baseball” Arbitration: Contexts, Mechanics and Applications». *Seton Hall Journal of Sports and Entertainment*, 20 (1): 85-130.
- VERGARA, Alejandro (2012). «Balance, naturaleza y recurribilidad de las decisiones del Panel Expertos en materia eléctrica». En *Actas de Derecho de Energía (ADER)* (pp. 385-400). Santiago: Legal Publishing.
- WEISS, Daniel (2015). «The Bomb Keeps the Lights on: The Use of Final-Offer Arbitration in Failed Retransmission Consent Negotiations». *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 16: 685-711.

Sobre el autor

CRISTÓBAL LEMA ABARCA es abogado y magíster en análisis económico por la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile. Es profesor de Derecho Económico en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Chile. Actualmente es profesional asociado en la firma Cariola Díez Pérez-Cotapos. Su correo electrónico es cristobal.lemma@gmail.com.  <https://orcid.org/0009-0001-9463-9598>.

La *Revista de Derecho Económico* es un esfuerzo editorial de profesores del Departamento de Derecho Económico de la Universidad de Chile y de juristas externos que presentan ideas y reflexiones surgidas de sus investigaciones. La revista publica artículos sobre aspectos jurídicos relacionados con microeconomía, macroeconomía, políticas económicas, orden público económico, libre competencia, regulación de servicios públicos, derecho del consumidor, derecho bancario, derecho del mercado de valores, derecho tributario, contabilidad, comercio y finanzas internacionales, derecho del medioambiente y recursos naturales, derecho minero, derecho de aguas, derecho de la energía, derecho internacional económico, análisis económico del derecho y otras temáticas afines.

EDITOR GENERAL

Jaime Gallegos Zúñiga

COMITÉ EDITORIAL

José Manuel Almudí Cid, Universidad Complutense, España
Luciane Klein Vieira, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil
Rodrigo Polanco Lazo, Universidad de Berna, Suiza

COLABORADORES

Elías Alcántar Martínez, José Ignacio Muñoz Pereira, Javiera Astudillo López,
Loreto Sánchez Guevara

SITIO WEB

revistaderechoeconomico.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

jgallegos@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io).