

¿Son los árbitros “salomónicos”?

Manuel Conthe

manuel.conthe@mconthe.com

www.manuelconthe.com

Análisis Económico del Arbitraje
XV Congreso Internacional del CEA
Madrid, 13 de septiembre de 2021

Crítica habitual al arbitraje

Los árbitros, en comparación con los jueces, tienden a ser “salomónicos”:

- ❑ No les gusta dar **toda** la razón a una de las Partes, aunque la tenga
- ❑ En materia de *quantum*, suelen “**partir la diferencia**” (*baby splitting*)

El laudo suele quedarse a medio camino entre las pretensiones de las Partes.

Una explicación alternativa

Es cierto, probablemente, que los laudos:

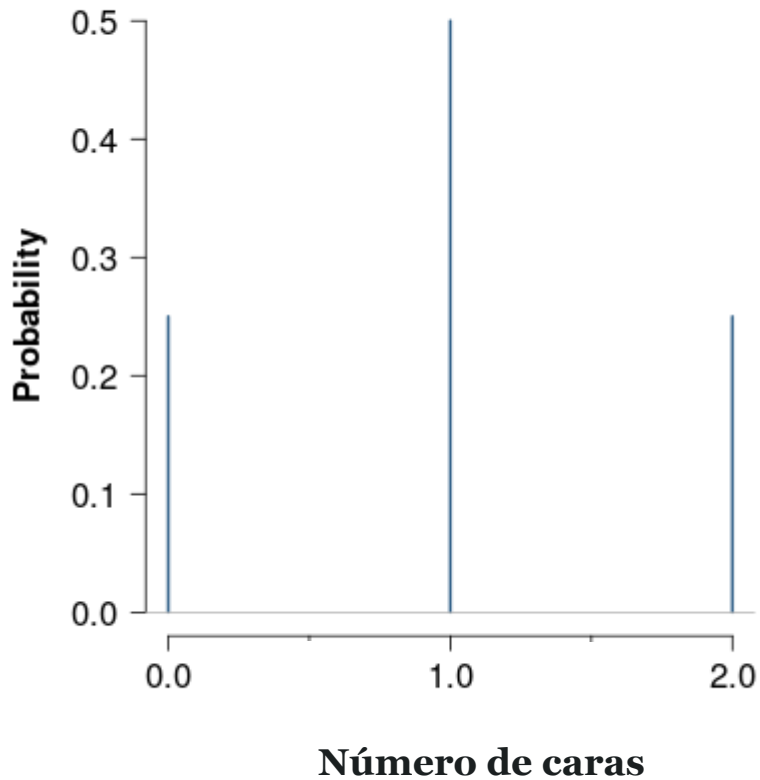
- ❑ Son menos categóricos que las sentencias judiciales al condenar a la parte perdedora
- ❑ En materia de *quantum*, el laudo suele quedarse en algún punto intermedio entre las pretensions de las Partes

Pero eso obedece a dos fenómenos típicos del Arbitraje Convencional:

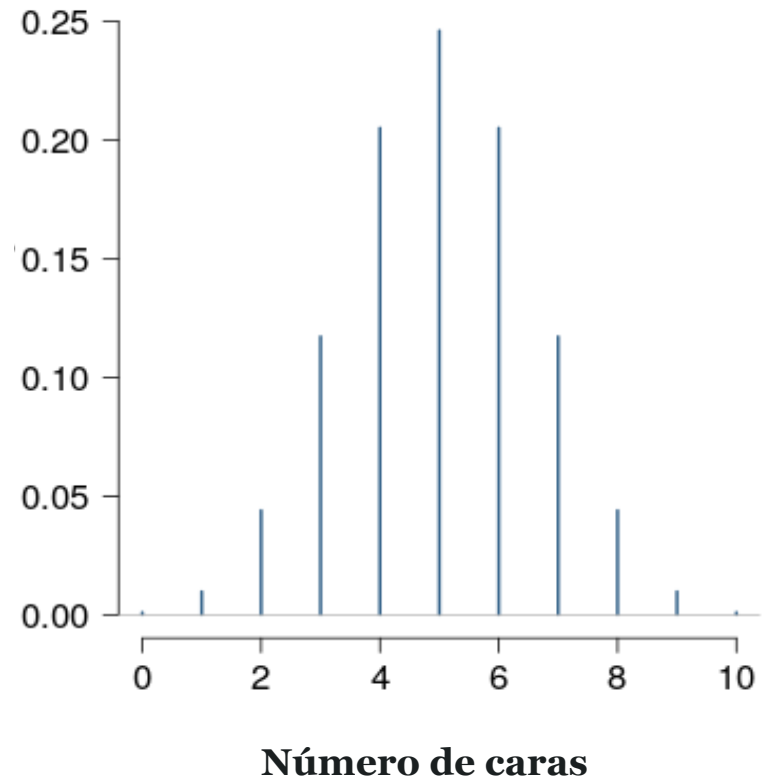
- ❑ Mayor “**granularidad**” o desagregación: los laudos bajan más al detalle y se pronuncian sobre muchas más cuestiones controvertidas
- ❑ Las Partes (y sus peritos) tienden a **polarizarse** en sus valoraciones:
 - En atención al fenómeno del “anclaje” (*anchoring*)
 - Para protegerse del supuesto “espíritu salomónico” de los árbitros

Lanzamiento de monedas: la distribución binomial

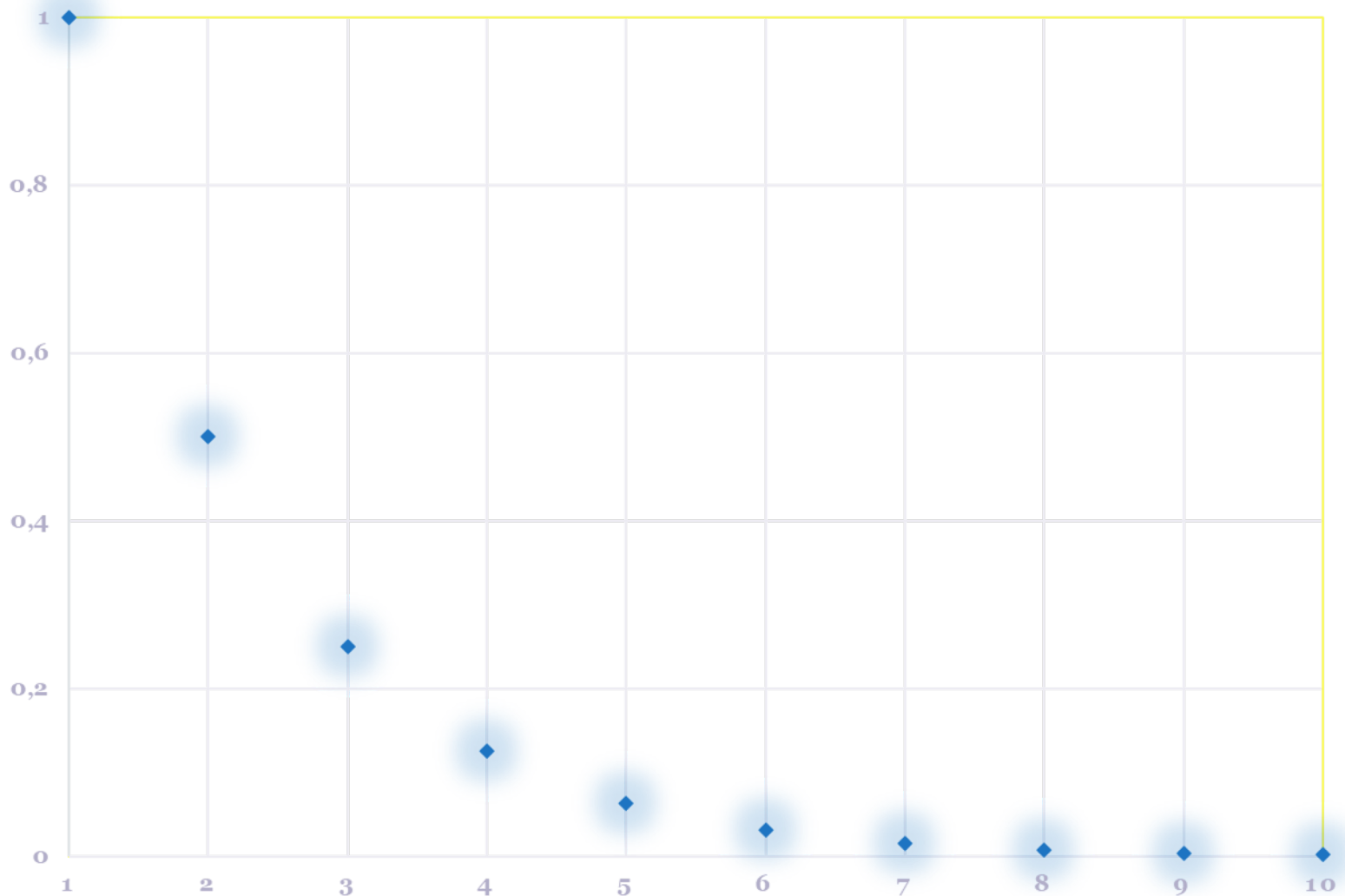
Binomial Distribution
 $n = 2$, $p = 0.5$



Binomial Distribution
 $n = 10$, $p = 0.5$



Probabilidad de que salga siempre lo mismo (ya sea cara o cruz)



Número de lanzamientos

Primera conclusión

Si asimilamos “cuestiones analizadas (pronunciamientos)” con hijos:

- ❑ Los laudos son “familia numerosa”, mientras que las sentencias suelen ser de “hijo único”.
- ❑ Por eso, en los laudos, como en las familias numerosas, el puro azar hace que no todas las decisiones favorezcan a la misma Parte (sean del mismo sexo).

Quantum: ¿por qué el laudo suele quedarse en el medio?

Al estimar el *quantum*, los peritos:

- ❑ Tienen que tener en cuenta muchas variables independientes entre sí (tasa de descuento, evolución de los precios...), que son inciertas.
- ❑ En consecuencia, su verdadera estimación del *quantum* es un **intervalo**, con algunos valores más probables que otros.

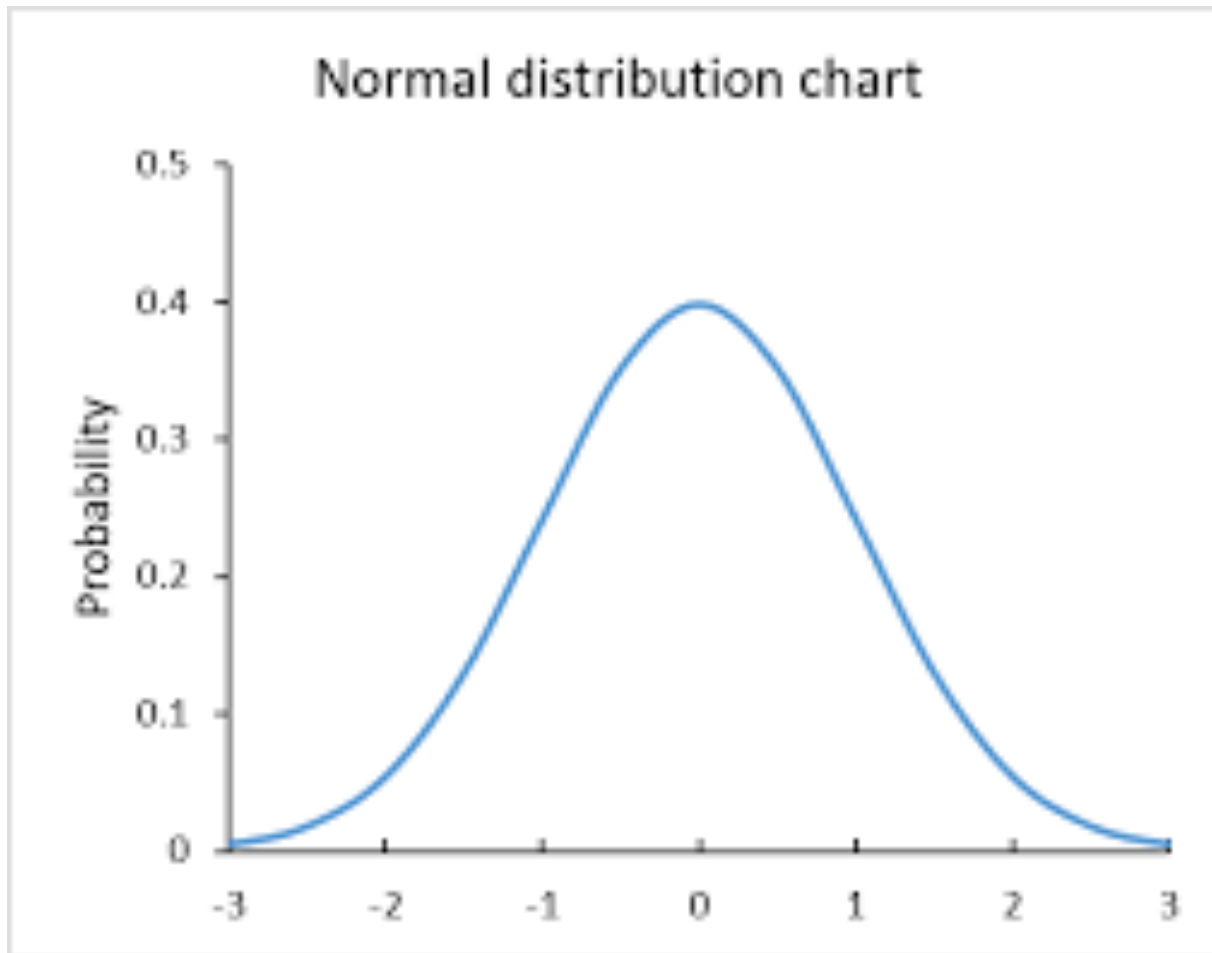
”*Noise, a Flaw in Human Judgement*” (Kahneman, Sibony & Sunstein, 2021):

- ❑ *Noise audit* en valoración de un **mismo** daño (siniestro) por dos peritos distintos de la **misma** compañía de seguros

Las valoraciones de cada pareja de peritos difirieron mucho. La mediana de las diferencias porcentuales entre cada dos peritos fue ...

43%!

Posibles estimaciones periciales del *quantum*



Quantum: la “polarización” de los peritos

Al fijar el *quantum* en sus informes periciales, los peritos:

- Tenderán a irse hacia aquel extremo de la curva que favorece a la Parte que les nombró
- Se mantendrán, sin embargo, dentro del intervalo que pueden justificar científicamente

¿Por qué es comprensible que los peritos acepten esa petición de su Parte?

- Anclaje (*anchoring*): explotarlo a su favor y defenderse de su uso por su contraparte
- Protegerse del supuesto “espíritu salomónico” de los árbitros

Anchoring (“anclaje”): el experimento de la ruleta



Preguntas:

1^a: El porcentaje de países africanos en la ONU, ¿es mayor que (X, resultado de la ruleta)? ¿Sí o no?

2^a: ¿Cuál es, a su juicio, el porcentaje de países africanos en la ONU?

Resultado de la ruleta (X)	Estimación media del porcentaje de países africanos (%)
65	45
10	25

El “anchoring” y los jueces

(C. Guthrie, J. J. Rachlinski y A. J. Wistrich, *Inside the Judicial Mind*, 86 Cornell Law Review 777 (2001)).

Primer Grupo (66 Jueces)

“Vd. está juzgando una demanda de responsabilidad por daños en un Tribunal federal (porque demandante y demandado residen en Estados distintos).

Un camión de una gran compañía dedicada al transporte de paquetería atropelló a un peatón en su semáforo porque le fallaron los frenos. Durante el procedimiento se comprobó que el fallo se debió a un deficiente mantenimiento del vehículo. **La víctima ha quedado confinada para siempre a una silla de ruedas.** Se ganaba la vida como electricista y había logrado una base fiel de clientes. Ha solicitado una indemnización por pérdida de ingresos, gastos de hospitalización y dolor y daños personales sufridos, pero no ha especificado su cuantía.

¿En cuánto fijaría Vd. esa indemnización?”

El “anchoring” y los jueces (II)

Segundo Grupo (50 Jueces):

Mismo párrafo

+

“La empresa demandada solicitó una declinatoria de jurisdicción, alegando que el caso no supera los **\$ 75.000** precisos para que sea competencia de un Tribunal federal, pero la solicitud fue desestimada”.

El “anchoring” y los jueces (III)

El daño fue, obviamente, muy superior a \$ 75.000: la mención de esa cifra por la empresa demandada debió ser irrelevante.

¿Lo fue ?

	Sin ancla	Con ancla (\$75.000)
Indemnización media	\$ 1.250.000	\$ 888.200

Quantum: el dilema de la Parte ecuánime

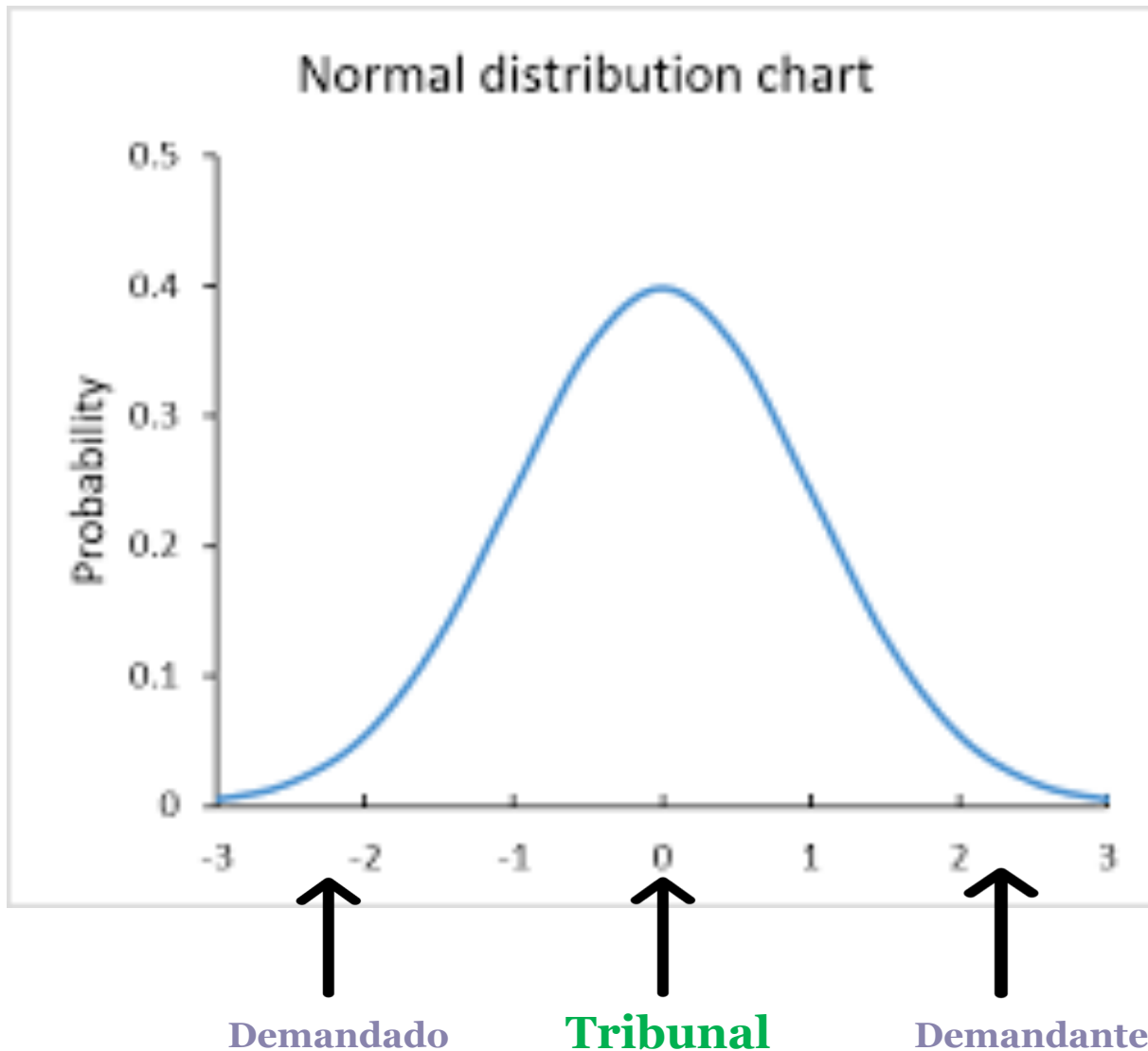
Decisión de un tribunal “salomónico”

(=promedia las pretensiones de las Partes)

Verdadero valor: €50

		Estrategia del Demandante	
		Exagerar (€100)	No exagerar (€50)
Estrategia del Demandado	Exagerar (€ 0)	€50	€25
	No exagerar (€50)	€75	€50

Arbitraje Convencional: la polarización, estrategia dominante



Segunda conclusión

En Arbitraje Convencional, los laudos suelen fijar el *quantum* en el medio, pero no por “espíritu salomónico”, sino por “**reversión a la media**” (*mean regression*):

- ❑ Los peritos, siguiendo los deseos de sus respectivas Parte, suelen alejarse del valor más probable en direcciones contrarias (¡sin salirse del intervalo técnicamente admisible!)
- ❑ Debido al “anclaje” (*anchoring*) y a la leyenda del espíritu salomónico de los árbitros, en Arbitraje Convencional las Partes tienen un incentivo racional a exagerar sus pretensiones (polarización)
- ❑ Ninguna de las Partes puede mejorar su situación si opta **unilateralmente** por ser sincera y “cooperar” (“equilibrio de Nash”)
- ❑ Función “mayéutica” de árbitros: como “parteras”, sonsacar a peritos para que “den a luz” lo que de verdad llevan dentro

Los incentivos son distintos en otra modalidad de arbitraje: el “*Final Offer Arbitration*” (“*baseball arbitration*” o “arbitraje con ofertas finales”).

Muchas gracias

Manuel Conthe

manuel.conthe@mconthe.com

www.manuelconthe.com

Análisis Económico del Arbitraje
XV Congreso Internacional del CEA
Madrid, 13 de septiembre de 2021