

MARC

Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos
Mayo 2023



Jurisprudencia

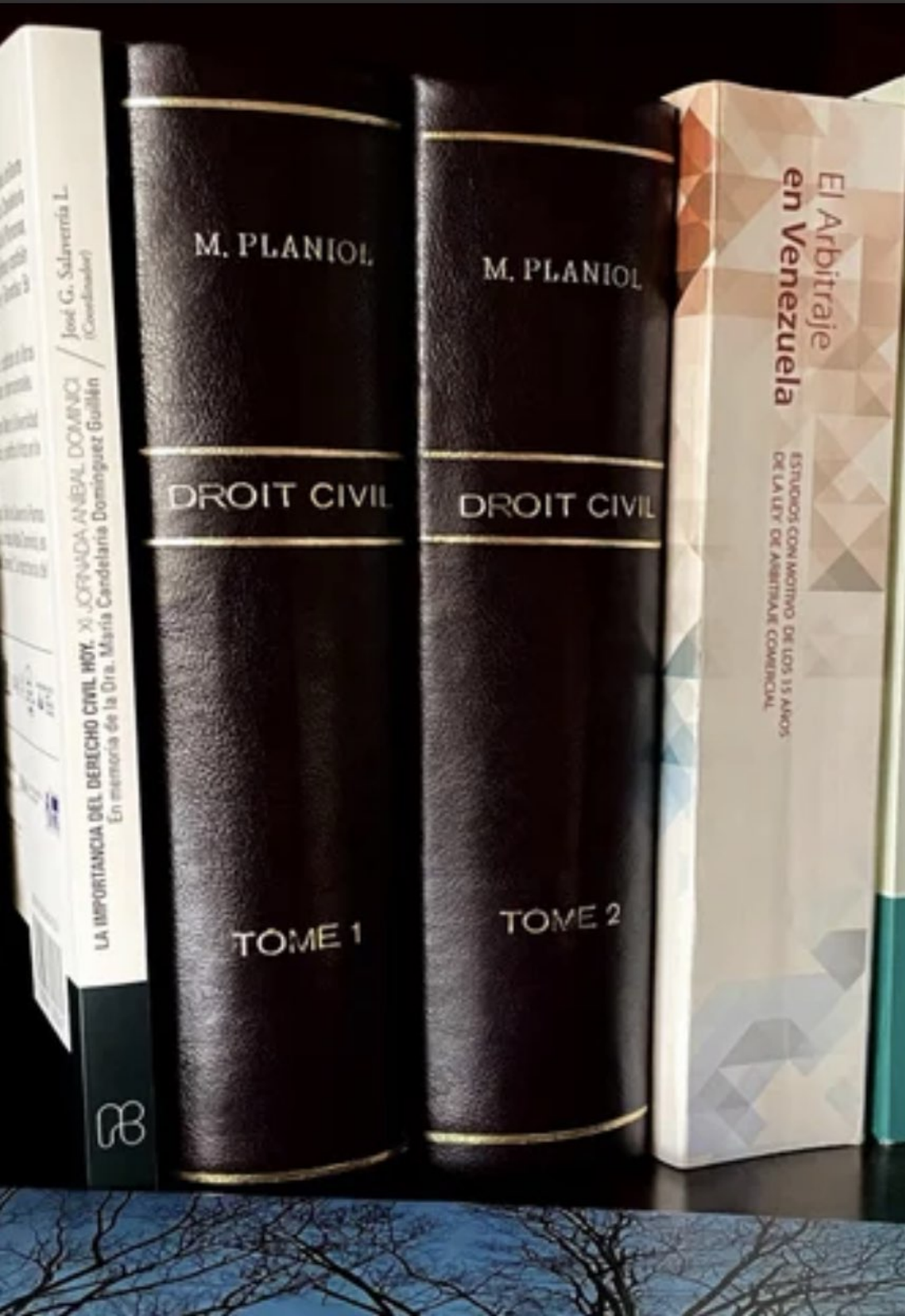
Oportunidad para la
Modificación de la Solicitud de
Arbitraje en el Procedimiento Arbitral.
Sentencia de la Sala Constitucional del
Tribunal Supremo de Justicia de
Venezuela

Entrevista

Carol Jiménez López

Doctrina

La evolución reciente del
Derecho Comercial Internacional
en Latinoamérica



LA OFERTA SELLADA

Adolfo Hobaica Ramia

Recientemente concluí un trabajo sobre un mecanismo que se está utilizando en el arbitraje internacional que se denomina Oferta Sellada, este trabajo se presentó en la XII Jornada Aníbal Dominici que se realizó los días 10 y 11 de noviembre de 2022 en homenaje al Dr. Eugenio Hernández-Bretón bajo la coordinación del Dr. José Getulio Salaverría L., cuya propuesta a desarrollar en ella por los conferencistas fue "Una cultura arbitral para Venezuela".

Este artículo es un extracto que representa resumidamente las reflexiones plasmadas en el que le dio origen.

1. El mecanismo de las Ofertas Selladas

La finalidad de la oferta sellada es la de resolver amistosamente los procesos arbitrales o precaver la prolongación innecesaria de los mismos, la cual se fundamenta en una modalidad de oferta que en principio puede parecer sencilla, pero su instrumentación no lo es.

Podría decirse que es una figura de aplicación reciente y pocos autores han escrito al respecto, su nacimiento e instrumentación según se conoce provienen de las prácticas judiciales inglesas¹.

En algunas legislaciones y centros de arbitraje del mundo se encuentran reguladas esas ofertas bajo el esquema del derecho consuetudinario, no es una figura de largo alcance, aunque es conocida en el arbitraje internacional².

La oferta sellada es criticada por algunos rasgos de inseguridad, por temas de naturaleza ética, por su aleatoriedad, por atentar contra la confidencialidad necesaria que caracteriza esencialmente al arbitraje y por lo difícil de su segura instrumentación. Algunos autores la comparan con un juego de envite y azar³.

El procedimiento de las ofertas selladas, cuya génesis como se dijo proviene de las prácticas judiciales inglesas e inspirada en la oferta real, pero con unas características distintas, nace por voluntad del supuesto deudor cuando su potencial acreedor le presenta un eventual reclamo antes o dentro del proceso arbitral.

Es una oferta de cumplimiento parcial que no cubre el íntegro de la obligación que se reclama, es una estimación unilateral que hace el obligado de lo que estaría dispuesto a cumplir para evitar el conflicto o concluir el ya iniciado, por lo tanto, no puede obligarse al acreedor a aceptarla, puede o no tener plazo para ello y su voluntad no puede ser suplida por el juez o el árbitro.

Esta propuesta tiene como finalidad persuadir al acreedor para que considere las bondades de la oferta, agilizar el arbitraje y reducir los costos a los que pudiesen ser condenados el acreedor o el deudor.

El acreedor si no acepta la oferta puede lógicamente hacer una contraoferta la cual puede tener las mismas características en cuanto a pla-

¹ Según la regla 36.16 de Procedimiento Civil Inglés, la fórmula 'sin perjuicio salvo en lo relativo a costos' significa que, en el derecho inglés, una oferta debe ser tratada como confidencial y oculta del juez encargado del juicio hasta que los asuntos relativos a los méritos y cuantía hayan sido decididos. Véase Ofertas Selladas: Cómo resolver más arbitrajes internacionales de manera amistosa. Christopher Seppälä, Paul Brumpton y Mariële Coulet Diaz. Revista del Club Español del Arbitraje N°31, páginas 39 a 46.

² ¿Debe fomentarse el uso de ofertas selladas en el arbitraje internacional? una contribución del autor Alec Emmerson de Clyde & Co, de junio de 2016 publicado en el enlace de internet:

<https://www.mondaq.com/court-procedure/498768/should-the-use-of-sealed-offers-be-encouraged-in-international-arbitration>

³ "Ofertas selladas y teoría de los juegos" Francisco González de Cossío. Revista del Club Español del Arbitraje N°39, páginas 44 a 47.

zos y modalidades, u otras si fuere el caso, hay absoluta libertad. Obviamente en caso de tener plazo los oferentes quedan obligados a respetarlos.

Como se sabe los costos en el arbitraje internacional son normalmente elevados y en la mayoría de los casos son adjudicados a la parte totalmente vencida, aunque existen otros criterios para su adjudicación, entre los cuales se encuentra el análisis de las razones que tuvieron las partes para acudir al arbitraje y refutar la pretensión del accionante, su conducta, las defensas opuestas y la seriedad de los planteamientos, lo cual a veces lleva a los árbitros a repartir entre las partes proporcionalmente el monto de los costos del arbitraje.

En este último supuesto, ese mecanismo de distribución proporcional de los costos obedece en la mayoría de los casos al trabajo injustificado que alguna de las partes le ocasionó a la otra o al mismo tribunal, al oponer defensas o generar incidencias improcedentes, cuestiones que no solo complican innecesariamente el proceso y lo retrasan, sino que incrementa sustancialmente sus costos.

En nuestra legislación procesal están previstas unas directrices que tipifican conductas impropias de las partes que intervienen en procesos judiciales, y que trasladan la responsabilidad de esas actuaciones a aquella que ha actuado con temeridad o deslealtad⁴.

En este sentido las instituciones arbitrales se ocupan del tema de la ética, de los costos en sus reglamentos y en algunos estudios que ponen a la orden de los usuarios las directrices que deben ser respetadas en los procesos.

Especialmente la Cámara de Comercio Internacional (CCI) presentó un informe en el año 2019, en el que se analiza con profundidad el tema de los costos en arbitraje internacional⁵ y que está vinculado con la actuación de las partes en los procesos arbitrales.

2. Instrumentación de las Ofertas Selladas

En Venezuela se desconoce la institución de las ofertas selladas, sin embargo, los dos principales centros de arbitraje, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC) y el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), tienen en sus reglamentos referencias a la imposición de las costas y un Código de Ética, pero básicamente se refieren a la actuación de los árbitros⁶.

La oferta sellada en arbitraje internacional está inspirada en un juicio de divorcio y luego de partición de bienes, instaurado por uno de los cónyuges contra el otro en la jurisdicción inglesa como se reseñó, el cual data del año 1975⁷.

En ese juicio el tribunal inglés resolvió que la condena de la que había sido objeto uno de los cónyuges en el proceso de partición de bienes, era inferior a la oferta que su cónyuge le había efectuado con anterioridad al proceso, por lo tanto el tribunal decidió que el procedimiento se había tramitado y prolongado innecesariamente por la falta de aceptación oportuna de la oferta efectuada previamente al juicio, siendo que todos los costos asociados y el tiempo invertido en el referido proceso posterior a la oferta fue producto de la falta de aceptación en su momento de la propuesta y de la absoluta responsabilidad del cónyuge que no la aceptó.

Es claro y es allí donde algunos autores comparan este sistema con una especie de juego, debido a que el destinatario de la oferta a quien no se le ofrece el íntegro de su pretensión, debe ponderar una variedad de elementos⁸ que sin duda alguna son entre otros un factor psicológico con el que debe maniobrar y una gran objetividad para tomar una decisión acertada, inclusive hay una porción aleatoria con la que también debe lidiar, la apreciación que hacen los árbitros del monto de la pretensión.

Como vemos no se trata de un convenio, pues el accionado no está ofreciendo el íntegro de lo que se le reclama, es una manifestación de voluntad por medio de la cual se ofrece privada y confidencialmente al accionante en arbitraje el cumplimiento parcial de la obligación reclamada, con la finalidad de llegar a una transacción si es aceptada por el oferido. Es el reconocimiento de una fracción de la obligación. El precedente jurisprudencial inglés que venimos de mencionar (*Calderbank*) no es una oferta sellada propiamente dicha, ya que ella —la oferta sellada— se presenta al tribunal arbitral cuando ya él tomó su decisión sobre el mérito de la controversia, pero con anterioridad a que decida sobre las costas de este.

En el caso *Calderbank* se utilizó la oferta pura y simple efectuada antes del inicio del juicio de partición como un medio de prueba en ese proceso de liquidación de bienes, por lo tanto, una oferta pura y simple realizada en una negociación previa al laudo divulgada en el proceso, no tendría el mismo efecto.

Evidentemente no lo tendría, por cuanto esa manifestación abierta en el proceso representaría prácticamente un convenio parcial de la pretensión del actor, y en el caso de la oferta sellada, su existencia y contenido no son cono-

cidos por los árbitros, quienes podrían declarar sin lugar la pretensión deducida, es decir, ellos no sabrían que el accionado está presentando una propuesta parcial para ponerle fin a la controversia.

Es así, por cuanto la finalidad de la oferta sellada es demostrar que los gastos del proceso han podido evitarse, no la de desvirtuar el derecho que podría tener el demandante, ya que ello incumbe a las defensas y excepciones que sean alegadas por el demandado al dar contestación a la pretensión deducida.

Si la oferta no es aceptada por el oferido, y el oferente desea utilizar el mecanismo de la oferta sellada, puede introducir la oferta formulada a su acreedor en un sobre sellado con la mención “sin perjuicio salvo en lo relativo a los costos”⁹, y entregarla a la institución donde se tramita el arbitraje.

Si se trata de un arbitraje ad-hoc, en el que no existe autoridad nominadora¹⁰ ya el efecto sería distinto pues los árbitros estarían en cuenta del ofrecimiento de cumplir parcialmente, e indiscutiblemente podría ser un óbice para que tomasen una decisión totalmente desprovista de un elemento como sería el conocimiento de que hay una oferta, que, aunque es desconocida en su contenido por ellos, pudiese inficionar su objetividad.

Obviamente que el oferido quien está en cuenta de la oferta podría revelar que su oferente le hizo una propuesta económica para concluir el pleito, en cuyo caso estaría violando la confidencialidad que reviste la misma si se hubiese previsto como sería lo lógico en estos casos.

Como se señaló, el sobre que contiene la oferta sellada no debe ser abierto por el Tribunal sino una vez que haya tomado la decisión sobre mé-

⁴ Código de Procedimiento Civil Venezolano, Artículo 170.

⁵ En el año 2019 la CCI publicó un informe bastante completo donde se analizan decisiones sobre costos.

Disponible en: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/08/icc-arbitration-adr-commission-report-on-decisions-on-costs-in-international-arbitration-spanish-version.pdf>

⁶ Reglamento CACC. Arts. 17, 49, 50, 98, 109, 82 y 72. Reglamento CEDCA 40.3 y 45. Código de Ética.

⁷ Jacqueline Anne Calderbank v John Thomas Calderbank [1975] ADR.L.R. 06/05 El Tribunal inglés decidió que, si una parte ganadora en un litigio rechaza una oferta de conciliación anterior hecha por la parte perdedora, la parte perdedora puede presentar la oferta de conciliación como evidencia del nivel apropiado de costos pagaderos. En la práctica, si la indemnización por daños y perjuicios de la parte ganadora es inferior a la oferta de conciliación anterior, es posible que la parte perdedora tenga que pagar menos costos de lo normal a la parte ganadora. Sobre los hechos, el Tribunal confirmó la cuantía del tribunal inferior de las 10.000 libras esterlinas. Sin embargo, el Tribunal invirtió la carga del pago de las costas judiciales de la Sra. Calderbank al Sr. Calderbank (aunque la Sra. Calderbank siguió siendo responsable de los costos hasta “14 días después del 14 de agosto”, ya que la declaración jurada se realizó el 10 de agosto). El Tribunal sostuvo que los procedimientos legales se habían prolongado innecesariamente por la negativa anterior del Sr. Calderbank a aceptar la oferta de liquidación de la Sra. Calderbank de alrededor de £ 12,000. Disponible en: <http://www.nadr.co.uk/articles/published/MediationLawReports/CalderbankvCalderbank1975.pdf>

⁸ Tiempo, naturaleza de su reclamo, la estimación que efectuó, viabilidad e inclusive hasta tratar de adivinar si su pretensión será satisfecha por encima de la oferta efectuada en opinión de los árbitros, por cuanto si es menor puede ser penalizado por el Tribunal Arbitral con las costas causadas desde la fecha de la oferta hasta la conclusión del arbitraje.

⁹ “Without prejudice save as to costs” (“Calderbank Offer”).

¹⁰ Algunas instituciones, tienen reglas para los arbitrajes independientes, las cuales se encuentran a la orden de las partes. Por ejemplo, existe el Reglamento de la CCI como autoridad nominadora en arbitrajes CNUDMI u otros arbitrajes ad hoc. <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/Rules-of-ICC-as-Appointing-Authority-Spanish.pdf> Igualmente la Asociación Venezolana de arbitraje también tiene sus reglas para los arbitrajes independientes que podrían servir para el trámite de las ofertas selladas. <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2021/07/Reglas-AVA-sobre-Arbitraje-Independiente.pdf>

rito de la causa y se disponga a resolver el tema de las costas¹¹, por cuanto la finalidad de esta oferta es demostrar que el accionado estuvo dispuesto a cumplir con una porción razonable de la obligación reclamada con anterioridad a la celebración de algunos actos del proceso arbitral, con lo cual es posible que si la condena es igual o inferior a la oferta todos los gastos y honorarios de abogados incurridos a partir de la fecha de la consignación de la oferta sellada podrían ser imputados a la parte que la desestimó.

Vemos que en este punto se presenta otra dificultad que consiste en saber en qué oportunidad el tribunal arbitral ha tomado su decisión sobre el mérito de la causa, una de las formas de saberlo es en los sistemas en los que la institución que maneja el arbitraje tiene por vía reglamentaria esa atribución, debido a que los árbitros tienen la obligación de presentar el laudo para su revisión de la corte como es el caso del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional¹².

Existe también otra manera que neutralizaría este inconveniente, se trata de la presentación previa del laudo a la institución y a las partes prevista en algunos de reglamentos de arbitraje como sería el caso del Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA)¹³, basado en el cual las partes pueden hacer observaciones al laudo no solo de forma sino de fondo, con lo cual se podría hacer referencia a la condena en costas si fuere el caso.

Como se establece en los reglamentos apuntados, en el caso de la CCI el contenido de esa presentación previa del laudo no es conocido por las partes, en el caso del CEDCA sí¹⁴.

Esa presentación previa del laudo a las partes presenta un inconveniente que no tiene la presentación previa a la corte, debido a la existencia en algunos ordenamientos jurídicos –como sería el caso venezolano– la posibilidad de interponer recursos distintos al de nulidad del laudo basados en la violación de derechos constitucionales.

Como es natural la presentación previa de los laudos tiene como función primordial la de informar a los árbitros antes de que sea dictado el laudo definitivo, cualquier circunstancia que no hubiese sido considerada por ellos o inclusive cualquier error o vicio que pudiese dar pie para interponer el recurso de nulidad.

En el caso de las ofertas selladas podría ser de gran utilidad para su trámite debido a que existe un control previo de la decisión de los árbitros que permite que a última hora tengan conocimiento de su existencia.

Obviamente si el oferente es absuelto en el arbitraje, no habrá ninguna variación en la decisión pues su finalidad es exclusivamente para determinar el monto de las costas, en cuyo caso es muy probable que el accionante sea condenado a pagarlas en su totalidad, a menos que se hubiese presentado en el proceso alguna conducta impropia del demandado.

Es claro entonces que mientras más temprano sea efectuado el ofrecimiento, el oferente tendrá más chance de ser favorecido mediante una reducción de las costas, en el supuesto de que fuese condenado en el arbitraje a cumplir con una porción igual o menor que la ofrecida en la oferta, por cuanto a partir del momento en el

cual se produzca la consignación del sobre sellado, habrá fecha cierta en el proceso de su intención de resolver el arbitraje, y será a partir de esa fecha que correrán por cuenta de su contraparte los costos del arbitraje incluyendo los honorarios de los abogados.

En caso de que el demandado sea condenado a pagar una cantidad menor a la reclamada hay tres escenarios, si no hubiese oferta sellada tal vez estaría obligado a pagar un porcentaje de la totalidad de las costas del arbitraje por no haber resultado totalmente vencido; si hubiese oferta sellada y esta es inferior al monto de la condena tendría el mismo efecto que si no la hubiese hecho, pero si la condena fuese igual o menor que dicha oferta la quita en las costas pudiese ser significativa.

Como se infiere de los pasajes que han sido escritos precedentemente, el mecanismo a priori parece ser muy sencillo, pero su instrumentación no lo es, su estrategia tampoco lo es, obviamente si todos los intervinientes en el proceso arbitral cumplen a cabalidad con su función, su instrumentación no debe tener mayores inconvenientes, solo queda en hombros del oferente el diseño y la propuesta de esta.

La dificultad de la instrumentación se incrementaría como se dijo si se trata de un arbitraje ad-hoc en el que no exista alguna autoridad nominadora, debido a que la entrega del sobre sellado debe hacerse directamente al Tribunal, en cuyo caso los árbitros estarían prevenidos de que el accionado está dispuesto a cumplir con una eventual condena.

En un arbitraje institucional como puede inferirse la instrumentación de la oferta sellada se torna más práctica y segura, ya que se le entrega a la Directora Ejecutiva o a quien haga sus veces en el centro de arbitraje¹⁵, y los árbitros están desapercibidos de su existencia.

Es importante señalar que la decisión de presentar una oferta no obedece solamente a una

intención por parte del oferente de admitir que tiene una obligación frente al oferido, podría representar una conveniencia comercial e inclusive coyuntural, cuestión que puede ser comprendida perfectamente por los árbitros e inclusive jugar en contra del oferido; es evidente el punto de vista estratégico que puede tener en el proceso.

La Cámara de Comercio Internacional viene trabajando intensamente sobre este mecanismo, por cuanto considera que su promoción y perfeccionamiento, trae como consecuencia la solución anticipada de muchos arbitrajes por la vía de la transacción y estimula a las partes para que se enfoquen en la elaboración de reclamaciones y propuestas que sean razonables, con lo cual podrían economizar importantes cantidades de dinero en los costos y en tiempo.

Coincidimos con los autores que han tratado el tema que el método de ofertas selladas tiene un alto porcentaje de promover las transacciones en arbitrajes en curso no solo en el arbitraje internacional, sino en el arbitraje doméstico, el hecho de que esté siendo promovido con seriedad por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) es un elemento que demuestra sus bondades para el arbitraje.

No debemos olvidar que cada día la institución de la mediación como integrante del elenco de los medios de resolución de conflictos, toma más terreno en el área de disputas por las razones económicas y prácticas que todos conocemos, lo vemos claramente en aquellas instituciones donde en sus reglamentos tienen una fase de mediación previa antes de darse inicio formalmente al procedimiento arbitral, de hecho las estadísticas demuestran que un alto porcentaje de casos se transan en esa etapa de mediación.

Seguramente veremos muy pronto en nuestros procesos arbitrales domésticos la primera oferta sellada.■

¹¹ Las costas en derecho procesal cubren los gastos y costos del juicio más los honorarios de abogados.

¹² Reglamento de Arbitraje de la CCI. Artículo 34. Examen previo del laudo por la Corte. Antes de firmar un laudo, el tribunal arbitral deberá someterlo, en forma de proyecto, a la Corte. Esta podrá ordenar modificaciones de forma y, respetando la libertad de decisión del tribunal arbitral, podrá llamar su atención sobre puntos relacionados con el fondo de la controversia. Ningún laudo podrá ser dictado por el tribunal arbitral antes de haber sido aprobado, en cuanto a su forma, por la Corte.

¹³ Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) Artículo 41. Presentación previa del Laudo. 41.1. Antes de que el Laudo sea depositado y salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal Arbitral deberá presentarlo a la consideración de éstas y del Director Ejecutivo del CEDCA quienes, respetando la libertad de decisión del Tribunal Arbitral, podrán, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la recepción del Laudo, hacer observaciones sobre puntos de forma o relacionados con el fondo de la controversia. Los escritos de observaciones de las partes deberán ser enviados por correo electrónico al Director Ejecutivo del CEDCA, quien se encargará de enviarlos al Tribunal Arbitral y a las partes, para que estas, a su vez, puedan expresar oralmente sus comentarios en una audiencia que fije el Tribunal Arbitral.

¹⁴ Las partes podrían establecer en su compromiso arbitral la posibilidad de presentar ofertas selladas y el mecanismo a utilizar para el caso de su presentación, con lo cual aun no existiendo la posibilidad en los reglamentos de las instituciones donde se tramite, podría existir la posibilidad para la institución de conocer el resultado antes de que las partes tengan conocimiento de la solución dada al conflicto, sería una especie de presentación previa del laudo pero a la secretaría ejecutiva de la institución. Como señalamos en el arbitraje ad-hoc, la situación es completamente distinta y sería muy difícil que los árbitros no conocieran su existencia a menos de que se designase una autoridad nominadora mediante la utilización de alguna de las reglas creadas al efecto por algunas instituciones o asociaciones de arbitraje.

¹⁵ Nota a las partes y al tribunal arbitral sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el Reglamento de la CCI. Capítulo XX. Literal C Asistencia en la conducción del arbitraje, números 198 a 202. Disponible en: https://library.iccwbo.org/content/dr/PRACTICE_NOTES/SNFC_0018_ES.htm?1=Practice+Notes&12=