

# OFERTAS SELLADAS: CÓMO RESOLVER MÁS ARBITRAJES INTERNACIONALES DE MANERA AMISTOSA<sup>1</sup>

Christopher Seppälä, Paul Brumpton y Marièle Coulet Diaz<sup>2</sup>

*Abstract: Many more international arbitrations could be amicably settled if greater use were made of the "sealed settlement offer" ("Sealed Offer") procedure derived from the English common law. But this has not happened because parties could not be confident a Sealed Offer would remain confidential. However, thanks to a new initiative of the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce ("ICC"), this confidentiality problem may now be resolved. The article below describes the Sealed Offer procedure, the ICC Rules of Arbitration regarding allocation of costs, how Sealed Offers may be used in ICC arbitration to influence the allocation of costs and the ICC's new procedure for protecting the confidentiality of the Sealed Offer contained in an ICC Note to Parties and Arbitral Tribunals dated 1 March 2017. Finally, the article includes as an appendix a sample Sealed Offer letter.*

## I. Introducción

1. El arbitraje internacional acostumbra tomar prestados procedimientos de sistemas legales domésticos, adaptarlos e incorporarlos en la práctica arbitral internacional. Por ejemplo, las Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Internacional (2010) (las 'Reglas IBA'), han tomado prestado e incorporado el interrogatorio y contrainterrogatorio de testigos por parte de los abogados, la designación de peritos por las partes y la producción de documentos – pero no el proceso de *discovery* en su totalidad – del sistema de derecho anglosajón (*common law*). Por otro lado, el uso generalmente aceptado en arbitraje internacional de escritos detallados, acompañados de evidencia documental, declaraciones de testigos detalladas y expertos designados por el tribunal arbitral, es más acorde con los sistemas de derecho civil.

2. Sin embargo, existe un excelente y discreto procedimiento del derecho inglés que aún no ha llegado a ser generalmente aceptado en arbitraje internacional. Este mecanismo se conoce como la 'oferta (de transacción) sellada' o como la oferta enviada 'sin perjuicio salvo en lo relativo a los costos' (en adelante 'Oferta Sellada'). Lamentablemente, este procedimiento ha sido utilizado en relativamente pocos casos hasta ahora, principalmente casos en los cuales abogados ingleses han estado involucrados, y merece ser más conocido y más ampliamente utilizado en arbitrajes internacionales, puesto que promoverá la resolución amistosa de controversias de forma anticipada.

---

1 Este artículo es una traducción en Español de un Artículo publicado originalmente en Inglés (bajo el título "The New Assistance The ICC Provides to Protect The Confidentiality of a "Sealed Offer") en el ICC Dispute Resolution Bulletin [2017:1].

2 Los autores son abogados en White & Case LLP. Chris Seppälä es socio of *Counsel* de la firma en la oficina de París y está admitido a las barras de Nueva York y París. Sus principales áreas de práctica son arbitraje comercial internacional y construcción internacional. Ha sido Asesor Legal para el Comité de Contratos de la FIDIC de manera continua desde el año 2000 y actualmente ejerce como el Observador oficial de la FIDIC ante la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. Paul Brumpton es socio del Grupo de Resolución de Controversias en Londres, en donde su práctica abarca una variedad de sectores incluyendo energía, infraestructura, telecomunicaciones, servicios financieros, farmacéuticas, construcción y seguros. Es miembro de la barra de Nueva York, *solicitor* y *solicitor advocate* en Inglaterra y Gales. Marièle Coulet Diaz es asociada de la Práctica de Arbitraje Internacional de la firma en París, y está admitida a las barras de Nueva York y de París.

3. Si bien este procedimiento será descrito en su contexto inglés en la sección II, se puede ilustrar mediante un ejemplo sencillo. Asumamos que el demandante ('D') inicia un arbitraje en contra del demandado ('Ddo') solicitando 10 millones de dólares. El Ddo valora y evalúa en privado su responsabilidad correspondiendo a una suma no mayor de 2 millones de dólares. Como el Ddo desea ver la reclamación resuelta de forma amistosa, el Ddo ofrece 2.5 millones de dólares al D, a la condición de que si la oferta es rechazada, el Ddo se reserva el derecho de presentar su oferta rechazada al tribunal arbitral competente de manera que dicho tribunal sea informado del contenido de la oferta únicamente después de haber decidido los méritos y la cuantía del caso y cuando esté dispuesto a decidir de la distribución de los costos del arbitraje. Si el D acepta la oferta, dicha aceptación será naturalmente, el fin de la controversia. Ahora bien, si el D rechaza la oferta y el tribunal decide que el D debe recibir un monto significativamente superior a 2.5 millones de dólares, entonces el rechazo de la oferta inicial por parte del D y la continuación del proceso arbitral estarían justificados y la oferta no tendría ninguna consecuencia en cuanto a los costos. Por otro lado, si el tribunal decide que el D debe recibir menos de 2.5 millones de dólares, el Ddo podría legítimamente invocar que el D debió aceptar la oferta en su debido momento, pues esto hubiera evitado los costos de arbitraje que el Ddo ha incurrido desde entonces. Por lo tanto, el Ddo puede solicitar razonablemente que el D asuma los costos del arbitraje incurridos por el Ddo desde la fecha de la oferta. Estos costos, que se encuentran descritos más adelante, pueden ser importantes si el Ddo hizo su oferta al comienzo o en las primeras fases del arbitraje.

4. Bajo el procedimiento inglés, como se explica en la sección II, una vez que el D rechaza la oferta del Ddo, el Ddo presenta la oferta rechazada al tribunal en un sobre sellado. De acuerdo con las normas de ética profesional inglesas, el D estaría obligado a no revelar el contenido de la oferta al tribunal y, similarmente, el tribunal inglés no abriría el sobre sellado hasta haber decidido los méritos y la cuantía de la controversia y hasta que esté dispuesto a decidir la distribución de los costos del arbitraje. Variantes de este procedimiento son comúnmente utilizados en litigios y arbitrajes domésticos en Inglaterra y otros países de tradición anglosajona.

5. Una de las razones por las cuales es probable que este procedimiento contribuya a resolver controversias es la frecuencia con la que se presentan 'reclamaciones infladas': un demandante presenta una reclamación con una cuantía significativamente inflada y el demandado reconoce que tiene algo de responsabilidad en relación con la reclamación (¿Quién es perfecto?) pero considera que la cuantía no es de la magnitud reclamada por el demandante. En esta situación, el demandado tendría un interés en realizar una Oferta Sellada por el monto que considera corresponder a su responsabilidad más un monto adicional para incitar al demandante a aceptar la oferta. Por otro lado, si el demandante concluye que el análisis realizado por el demandado es más o menos correcto, el demandante podría tener un incentivo para aceptar la oferta y así evitar la posibilidad de ser declarado responsable de la totalidad de los costos del arbitraje incurridos por el demandado desde la fecha de la oferta.

6. Otra razón por la cual una Oferta Sellada puede incitar a una transacción es la amplia escala de costos que la parte ganadora en el procedimiento arbitral puede recuperar y que, por lo tanto, la parte perdedora puede verse obligada a soportar en un arbitraje bajo reglas CCI. Los 'costos del arbitraje' bajo las Reglas de Arbitraje de la CCI de 2012, modificadas en 2017 (las 'Reglas CCI'), incluyen, no solo los honorarios y gastos de los árbitros y los gastos administrativos de la CCI sino también – al con-

trario de los litigios domésticos en, por ejemplo, Francia, Japón y los Estados Unidos<sup>3</sup> – los costos incurridos por cada parte al presentar su caso, tales como los honorarios de abogados. Los costos de cada parte en presentar su caso corresponden al 82% de los costos en arbitrajes CCI<sup>4</sup>. En algunos arbitrajes CCI los ‘costos del arbitraje’ pueden llegar a representar 20 o 30 o 40 por ciento o más de la cuantía en disputa.

7. Sin embargo, la dificultad que encuentra una parte si quiere utilizar este procedimiento en arbitraje internacional radica en que no puede tener la seguridad de que tanto su adversario como los miembros individuales del tribunal respetarán la confidencialidad de la Oferta Sellada. En la medida en que las normas sobre la confidencialidad y el secreto profesional varían de un país a otro, una parte no puede tener la seguridad de que la confidencialidad de la Oferta Sellada será respetada por los abogados y las partes provenientes de países en los que este procedimiento es desconocido<sup>5</sup>. Por ejemplo, en Francia, la única forma de oferta de transacción protegida con confidencialidad es aquella realizada mediante correspondencia intercambiada entre miembros de la barra (*avocats*)<sup>6</sup>. Por la tanto, de acuerdo con las normas de ética profesional francesas, los abogados franceses no tendrían la obligación de mantener dichas ofertas bajo confidencialidad. Esta posición puede ser similar en un número de estados europeos continentales.

8. Por lo tanto, resulta comprensible que incluso los abogados de diferentes países que han estado familiarizados con el procedimiento de Oferta Sellada, hayan sido reticentes a utilizar dicho procedimiento en arbitrajes internacionales.

9. ¿Puede superarse el problema relativo a la confidencialidad para permitir el uso más amplio de las Ofertas Selladas en arbitraje internacional? Por ejemplo, en el caso de un arbitraje institucional, ¿puede la institución arbitral internacional ayudar a proteger la confidencialidad de las Ofertas Selladas hasta que se hayan decidido los méritos (incluyendo la cuantía) de un arbitraje?

10. Aparentemente la CCI cree que puede hacerlo, ya que ha desarrollado un procedimiento que está expresamente diseñado para proteger la confidencialidad de las Ofertas Selladas en arbitrajes CCI. Este procedimiento se establece en los párrafos 193 a 196 de la Nota a las Partes y al Tribunal Arbitral sobre la Conducción del Arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI de fecha 1 de marzo de 2017 (la ‘Nota CCI’). El propósito de este artículo será, por lo tanto, examinar este procedimiento. Sin embargo, antes de hacerlo, este artículo:

#### 1) Explicará en mayor detalle qué es una Oferta Sellada

3 Christopher Hodges, Stefan Vogenauer and Magdalena Tulibacka (eds), *Costs and Funding of Civil Litigation: A Comparative Study*, University of Oxford Legal Research Paper Series, Paper No. 55/2009 (December 2009), §§ 73–76.

4 *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration*, Reporte de la Comisión de Arbitraje y RAC de la CCI, 2d ed. (2012), Introducción.

5 Las Reglas IBA se limitan a establecer que un tribunal arbitral puede excluir pruebas por ‘impedimento legal o privilegio bajo normas legales o éticas’ incluidos los documentos ‘con el propósito de negociar una transacción’ (Artículos 9.2(b) y 9.3). Las Reglas IBA no especifican como un tribunal debe resolver un conflicto sobre impedimento legal o reglas de privilegio.

6 La disposición relevante en la ley de Francia es el Artículo 66-5 de la Ley No. 71-1130 del 31 de diciembre 1971, enmendada, que establece que (traducción no oficial): (‘correspondencia... entre un abogado y otros abogados [franceses], excepto aquellas marcadas “oficiales”... están cubiertas por el secreto profesional’).

2) Recordará cuales son las Reglas CCI en cuanto a la distribución de costos, y

3) Describirá como una Oferta Sellada puede ser utilizada en un arbitraje CCI.

11. Por último, este artículo examinará la forma en la que la Secretaría de la CCI propone que la confidencialidad de una Oferta Sellada sea protegida.

## II. ¿Qué es una Oferta Sellada?

12. En el derecho inglés, la Oferta Sellada representa un término medio entre una oferta hecha 'sin perjuicio' (que nunca puede ser revelada al tribunal) y una 'oferta abierta' (que es tratada como una correspondencia regular entre las partes y puede ser presentada libremente ante el tribunal).

13. Cuando se hace una Oferta Sellada, se informa al destinatario de la oferta (el 'destinatario') que dicha oferta es 'sin perjuicio salvo en lo relativo a los costos'. En otras palabras, la oferta solo puede ser comunicada por la parte emisora (el 'oferente') al tribunal arbitral, con relación a la decisión del tribunal de distribuir los costos del arbitraje pero no con el propósito de analizar los méritos de la controversia<sup>8</sup>.

14. Una oferta hecha en estos términos se conoce a menudo como una 'oferta sellada' debido a los medios tradicionales de comunicarla al tribunal. El oferente envía la carta de oferta al destinatario y también envía una copia al tribunal, en un sobre sellado, con la solicitud de que se abra después de que se haya alcanzado la decisión fundamental relativa a la responsabilidad y la cuantía haya sido decidida<sup>9</sup>, es decir, en el momento en que el tribunal está preparado para considerar la distribución de costos bajo las reglas conocidas como 'el perdedor paga' o 'los costos siguen el evento' que son comúnmente aplicadas en el arbitraje inglés<sup>10</sup>.

7 Este tipo de oferta también se conoce como una oferta 'Calderbank', por el caso inglés en el que fue analizada (*Calderbank v Calderbank* [1976] Fam. 93). Bajo la ley inglesa, la fórmula 'sin perjuicio salvo lo relativo a costos' generalmente transmitirá eficazmente la intención del oferente de divulgar la oferta al tribunal para propósitos de determinación de costos. Sin embargo, considerando que en un arbitraje CCI todas las partes pueden no estar familiarizadas con el procedimiento, es aconsejable incluir una explicación más detallada de como el oferente pretende utilizar la oferta en la carta.

8 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.

9 Véase *Tramountana Armadora SA v Atlantic Shipping Co. SA* [1978] 2 All ER 870, por Donaldson J. en 876, (traducción no oficial): ("Una "oferta sellada" es el equivalente arbitral de un pago a la corte para resolver una controversia o una causa de acción particular de una controversia. Ni el hecho, ni el monto, de dicho pago a la corte pueden ser revelados al juez competente hasta que haya emitido un juicio sobre todos los otros asuntos diferentes a costos. Como es habitual que un laudo trate tanto de las reclamaciones de las partes como de los costos, la existencia de una oferta sellada debe ser señalada al árbitro antes de que tome una decisión. Sin embargo, dicha oferta debe permanecer sellada durante esta etapa y sería completamente inapropiado que el árbitro la examine antes de llegar a una decisión final sobre los asuntos en disputa aparte de los costos, o que revisara esas decisiones a la luz de los términos de la oferta sellada cuando examine los mismos.")

10 En ocasiones, este procedimiento se percibe como desventajoso para el oferente ya que el tribunal sabrá que la parte que entregó un sobre sellado hizo una oferta para resolver el ar-

15. Si el destinatario rechaza la oferta y, posteriormente, el tribunal arbitral le otorga un monto más bajo, el tribunal puede atribuir consecuencias negativas al rechazo de la oferta (por ejemplo, una parte que ha rechazado una oferta razonable puede – incluso si prevalece en el fondo – ser ordenada a pagar parte o la totalidad de los costos del arbitraje, incluyendo los honorarios de abogados del oferente y otros costos, desde la fecha en que se realizó la oferta).

16. Tradicionalmente, el oferente es el demandado que ofrece resolver la disputa por un monto inferior al solicitado por el demandante. No obstante lo anterior, los mismos beneficios en cuanto a los costos aplican al demandante que realiza una oferta al demandado para resolver un caso por menos del monto reclamado, o que hace una oferta con respecto a las demandas reconventionales del demandado.

17. Una declaración clásica sobre el efecto de una Oferta Sellada realizada por el demandado en la práctica del arbitraje inglés es la siguiente:

*¿Cómo debe un árbitro lidiar con los costos cuando ha habido una ‘oferta sellada’? Creo que debe preguntarse lo siguiente: ‘¿Ha logrado el demandante obtener más rechazando la oferta y continuando con el arbitraje de lo que habría logrado obtener si hubiese aceptado la oferta? Esta es una pregunta fácil de responder... Si, al final, el demandante no ha logrado más de lo que habría logrado aceptando la oferta, la continuación del arbitraje después de esa fecha habrá sido una pérdida de tiempo y dinero. Prima facie, el demandante debe recuperar sus costos hasta la fecha de la oferta y se le debe ordenar que pague los costos del demandado después de esa fecha. Si él ha logrado más al continuar, el demandado deberá pagar los costos.*

Permítanme señalar, sin embargo, que si bien esta es la regla general, hay una discreción fundamental.<sup>11</sup> [Énfasis añadido]

18. El procedimiento de Oferta Sellada proporciona un dispositivo útil mediante el cual un oferente puede imponer presión a un destinatario para resolver una disputa. Las consecuencias potenciales con respecto a los costos, que resultan del rechazo, otorgan al destinatario un incentivo financiero tangible para realizar una evaluación realista de sus perspectivas de éxito si decide llevar el asunto más adelante en lugar de resolver la controversia por la cantidad ofrecida.

19. El procedimiento de Oferta Sellada también brinda un incentivo para que el oferente realice una oferta realista – e incluso generosa – en vez de una oferta subestimada. Esto se debe a que, al final, el oferente no obtendrá ninguna ventaja de costos a no ser que la oferta iguale o supere el monto otorgado por el tribunal. De manera similar, el oferente está incentivado a realizar una oferta en una etapa temprana del proceso porque, cuanto antes se haga la oferta, mayor será la ventaja de costos posibles para el oferente.

### III. Las Reglas CCI en materia de costos

20. Las Reglas CCI disponen que el tribunal arbitral puede tomar en cuenta la conducta de cada parte al tomar decisiones sobre la asignación de costos en el arbi-

---

bitraje y ha aceptado por lo tanto una responsabilidad parcial (en el caso del demandado) o que la cuantía está inflada (en el caso del demandante).

11 Véase *Transoceanic Armadora SA v Atlantic Shipping Co. SA* [1978] 2 All ER 870, por Donaldson J. en 877–8.

traje. Esto puede incluir, naturalmente, el hecho de que un arbitraje se haya prolongado innecesariamente debido al rechazo por una de las partes de una oferta razonable realizada por parte de su adversario<sup>12</sup>.

21. De acuerdo con el Artículo 38(4) 'el laudo final fijará los costos del arbitraje y decidirá cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas.'

22. De acuerdo con el Artículo 38(1), los 'costos del arbitraje' incluyen 'los honorarios y los gastos de los árbitros, así como los gastos administrativos de la CCI determinados por la Corte de conformidad con los aranceles vigentes en la fecha de inicio del arbitraje, los honorarios y los gastos de los peritos nombrados por el tribunal arbitral y los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.' Por lo tanto, y como se mencionó anteriormente, los costos de un arbitraje CCI pueden ser muy significativos. En consecuencia, cualquier procedimiento que permita a una de las partes prever mejor la manera en que el tribunal va a distribuir los costos entre ella y su adversario puede inducir a una negociación de la disputa.

23. Las Reglas CCI no contienen una presunción indicando que la parte perdedora debe pagar los costos de la parte ganadora en el arbitraje pero, en la práctica, la mayoría de los tribunales arbitrales adoptan esa posición como punto de partida<sup>13</sup>.

24. Independientemente del punto de partida, el Artículo 38(5) otorga explícitamente al tribunal la facultad de 'tomar en cuenta las circunstancias que considere relevantes, incluyendo la medida en la que cada parte haya conducido el arbitraje de forma expedita y eficaz en término de costos' al tomar una decisión en materia de costos.

25. En consecuencia, cuando una parte ha realizado una oferta para resolver la disputa que ha sido rechazada por la parte opuesta y la parte opuesta recibe menos que el monto de la oferta, el tribunal puede tomar esas circunstancias en consideración – esto es, el rechazo por la parte opuesta de una oferta aparentemente razonable – al considerar 'la medida en la que cada parte haya conducido el arbitraje de forma expedita y eficaz en término de costos' bajo el Artículo 38(5).

#### IV. Ofertas selladas en arbitraje CCI

26. Sin embargo, dado que los abogados involucrados en arbitrajes CCI provienen a menudo de diferentes culturas jurídicas, muchos pueden no estar familiarizados con el procedimiento de la Oferta Sellada. Además, sus nociones de privilegio legal y confidencialidad profesional pueden diferir de las de los países de tradición anglosajona en donde la Oferta Sellada es comúnmente utilizada<sup>14</sup>. En consecuencia, algunas partes pueden, entendiblemente, sentirse incómodas con y objetar al uso de dicho procedimiento.

27. Para limitar el riesgo de que cualquier parte o abogado que tenga dicha objeción (incluido un miembro del tribunal arbitral) pueda posteriormente y de forma

12 Véase ICC Commission Report 'Decisions on Costs in International Arbitration,' ICC Dispute Resolution Bulletin [2015:2], ¶ 100.

13 Ibid., ¶ 13.

14 Ibid., ¶ 96.

inesperada debilitar el procedimiento de la Oferta Sellada (revelando el contenido de la Oferta Sellada o abriendo el sobre que la contiene prematuramente), la Nota de la CCI establece que el tribunal debe considerar e incluso, de ser apropiado, discutir e idealmente acordar con las partes, el uso de este procedimiento al inicio del trámite arbitral. De acuerdo con la Nota de la CCI:

El tribunal arbitral debe considerar si consulta a las Partes en una fase inicial (por ejemplo, en la primera conferencia sobre la conducción del procedimiento según lo previsto en el Artículo 24) y los invita a acordar un procedimiento que contemple el uso de la(s) Oferta(s) Sellada(s) en el arbitraje. En ausencia de iniciativa del tribunal arbitral en este sentido, cualquier parte puede plantear esta cuestión.<sup>15</sup>

Puesto que promover la resolución amistosa y temprana – el propósito del procedimiento de Oferta Sellada – debería ser de interés para todos, cada parte puede tener cierta presión para aceptar el procedimiento una vez que se plantee la cuestión.

28. Al hacer una Oferta Sellada, una parte debe tener cuidado en explicar al destinatario, en detalle y en su carta de oferta, como el oferente propone utilizar la oferta de transacción si no fuese aceptada. En consecuencia, los términos de la oferta deben de ser plenamente detallados en dicha carta. Una parte no debe suponer que el marcar simplemente una carta ‘sin perjuicio salvo en lo relativo a costos’ será suficiente para transmitir la intención del oferente de proporcionar la carta al tribunal para los fines de la asignación de costos<sup>16</sup>. En efecto, estas palabras, si bien son comprensibles para abogados anglosajones, pueden carecer de significado para abogados de países de derecho civil.

29. Idealmente, cualquier Oferta Sellada debe ser capaz de aceptación inmediata por parte del destinatario (incluso si se encuentra sujeta a la celebración de un acuerdo formal de transacción). En consecuencia, generalmente será apropiado que la carta deje claro:

- i. El ámbito de la oferta (i.e. ¿Incluye todos los reclamos y reclamos reconvencionales del procedimiento arbitral o solo parte de ellas?)
- ii. La cuantía monetaria ofrecida (u otro remedio)
- iii. El momento en que se realizará el pago (o la finalización de otro remedio)
- iv. El tratamiento de los intereses, de ser apropiado
- v. La distribución de los costos del arbitraje incurridos hasta el momento en que se acepta la oferta
- vi. El método mediante el cual la oferta puede ser aceptada y

---

15 Nota CCI, § 194.

16 Véase C. Seppälä, ‘International Construction Contract Disputes: Second Commentary on ICC Awards Dealing Primarily with FIDIC Contracts,’ ICC International Court of Arbitration Bulletin [2008:19.2], en 68–69; P. Anjomshoaa, ‘Costs Awards in International Arbitration and the Use of “Sealed Offers” to Limit Liability for Costs,’ (2007) 10 Int’l Arb. L. Rev. 38; y J. Wood, ‘Protection Against Adverse Costs Awards in International Arbitration’ (2008) 74:5 Arbitration 129 en 143–6.

vii. Si la oferta está abierta a aceptación dentro de tiempo limitado o de manera indefinida.

30. El Apéndice A contiene un modelo de carta con una posible formulación de estos puntos.

31. El destinatario puede hacer una contraoferta. Cualquier contraoferta puede hacerse en el formato de una Oferta Sellada. En estas circunstancias, toda la cadena de correspondencia derivada de la oferta inicial (por ejemplo, contra ofertas, desistimientos, etc.) debe ser conservada de manera confidencial ante el tribunal hasta que esté listo para abordar la cuestión de la asignación de costos.

32. La sección V a continuación describe la asistencia práctica que la Secretaría de la CCI puede brindar a las partes para asegurar que la correspondencia relacionada con la(s) Oferta(s) Sellada(s) se mantenga confidencial desde el momento en que se realiza y rechaza la oferta original y se envía en un sobre sellado a la CCI, hasta el momento en que el tribunal decide los méritos y la cuantía del caso, cuando la(s) Oferta(s) Sellada(s) pueda(n) ser comunicada(s) al tribunal para que la considere(n) en la distribución de los costos del arbitraje.

#### V. La forma en la que la CCI protege la confidencialidad

33. Para obtener la asistencia de la Secretaría con relación a Oferta(s) Sellada(s), la Nota de la CCI propone observar el procedimiento siguiente:<sup>17</sup>

a. En cualquier momento después de que la Secretaría haya entregado la Solicitud de Arbitraje a la(s) demandada(s), cualquier parte del arbitraje podrá enviar a la Secretaría una copia de una oferta de acuerdo formulada anteriormente a cualquier otra parte en el arbitraje, pero que no fue aceptada, que se marque como "sin perjuicio salvo en lo relativo a los costos". La oferta debe presentarse a la Secretaría en un sobre cerrado marcado como "sin perjuicio salvo en lo relativo a los costos". En la carta introductoria debe solicitarse a la Secretaría que trate el sobre sellado de forma confidencial y no lo transmita al tribunal hasta que este resuelva todas las cuestiones relativas a la responsabilidad y la cuantía, y esté listo para considerar la distribución de los costos. La parte remitente debe dirigir dicha correspondencia a la Secretaría y simultáneamente poner en copia al receptor original de la oferta.

b. Una vez reciba la correspondencia conforme al apartado (a) anterior, la Secretaría informará a:

(i) la parte remitente (con copia a la otra parte) de que el sobre sellado se mantendrá de forma confidencial, y

(ii) el receptor original de la oferta (con copia a la otra parte) de las circunstancias en que el sobre sellado podrá presentarse al tribunal y solicitar comentarios, en su caso.

c. La correspondencia posterior que surja de la oferta original, (incluida, por ejemplo, cualquier contraoferta) que sea enviada por una parte a la Secretaría en un sobre sellado marcado como "sin perjuicio salvo en lo rela-

---

17 Nota CCI, § 196.



tivo a costos" se conservará por la Secretaría de la misma forma que la oferta original.

d. En una fase adecuada del procedimiento, la Secretaría escribirá al tribunal para informarle de que la Secretaría conserva la correspondencia mantenida entre las partes que puede ser potencialmente relevante para su determinación de los costos conforme al Artículo 38. La Secretaría solicitará al tribunal que: (i) informe a la Secretaría por escrito de si acepta recibir la(s) Oferta(s) Sellada(s); y en tal caso, (ii) informe a la Secretaría por escrito una vez haya finalizado sus deliberaciones sobre todas las cuestiones relativas a la responsabilidad y la cuantía, y esté lista para distribuir los costos.

e. Si el tribunal acepta recibir la(s) Oferta(s) Sellada(s), debe abstenerse de cerrar la instrucción según lo previsto en el Artículo 27 en la medida que resulte necesaria para permitir a las partes que presenten más alegaciones sobre costos.

f. Una vez el tribunal haya informado a la Secretaría de que está lista para distribuir los costos conforme al Artículo 38, la Secretaría enviará al tribunal toda la correspondencia marcada como "sin perjuicio salvo en lo relativo a los costos" y conservada por la Secretaría. Una vez el tribunal haya recibido esta información, abrirá los sobres sellados y facilitará copias de cualesquiera documentos incluidos en estos a las partes.

g. El tribunal decidirá si son necesarias más etapas procesales o si puede proceder a distribuir los costos según lo previsto en el Artículo 38. En aras de la claridad, el tribunal seguirá teniendo discreción para decidir qué importancia, si la tuviera, debe darse a la correspondencia marcada como "sin perjuicio salvo en lo relativo a costos" y recibida por la Secretaría.

h. Una vez que el tribunal haya finalizado sus deliberaciones sobre los costos, incorporará su decisión sobre la distribución de los costos al proyecto de laudo final que se someterá a la Corte de la CCI para su examen según lo previsto en el Artículo 34.

34. El procedimiento de la CCI supone que las partes y el tribunal arbitral habrán aceptado, expresa o tácitamente, el procedimiento de Oferta Sellada, idealmente, en la primera conferencia sobre la conducción del procedimiento y calendario procesal conforme con el Artículo 24 de las Reglas CCI. Si el procedimiento no ha sido aceptado, el tribunal arbitral puede, a su discreción, negarse a recibir la(s) Oferta(s) Sellada(s) retenidas por la Secretaría<sup>18</sup>.

35. De conformidad con el procedimiento de la CCI, el tribunal no recibirá el sobre (o sobres) sellado(s) hasta que haya informado a la CCI que ha finalizado sus deliberaciones y ha decidido sobre la responsabilidad y la cuantía. Esto protege de

---

<sup>18</sup> Ante la ausencia de un acuerdo entre el tribunal y las partes sobre el procedimiento de Oferta Sellada (o un acuerdo entre las partes para proteger la confidencialidad de las ofertas de transacción), cualquier parte que desee hacer una oferta de transacción necesitará, al menos en teoría, considerar la variedad de reglas relativas al privilegio legal y secreto profesional que potencialmente pueden aplicarse a la cuestión de la confidencialidad en un arbitraje a la luz de las (posiblemente) diferentes cualificaciones legales de los abogados involucrados y otros factores relevantes. Como esto puede resultar impracticable, una parte deberá proceder con gran precaución cuando haga una oferta de transacción, a menos que las partes se acuerden que cualquier negociación para resolver la controversia o acuerdo de transacción será inadmisibles en cualquier arbitraje o litigio futuro.

la posibilidad que un miembro del tribunal abra el sobre en una etapa anterior del proceso.

36. También se requiere que el tribunal envíe copias de los documentos contenidos en el sobre (o sobres) sellado(s) a las partes después de abrirlo. Esto protege ante la (quizás improbable) posibilidad de que una parte presente una oferta diferente a la Secretaría de la que le hizo a su oponente.

37. En el momento en el que el tribunal abra el sobre sellado, las partes no habrán visto la decisión del tribunal sobre las cuestiones de responsabilidad y cuantía. En consecuencia, de conformidad con el procedimiento de la CCI, se debe confiar en que el tribunal no solicitará de manera prematura el sobre (o sobres) sellado(s) y no hará ninguna modificación a las cuestiones esenciales del borrador de laudo una vez abierto el sobre. Por supuesto, si una parte está particularmente preocupada por estos riesgos, puede solicitar al tribunal analizar y decidir lo relativo a los costos en una fase separada del arbitraje, después de emitir un laudo parcial sobre responsabilidad y cuantía.

## VI. Conclusión

38. Si bien sólo el tiempo dirá cuán efectivo es el nuevo procedimiento de la CCI, los autores creen que el procedimiento de la CCI, de ser aceptado por el tribunal y las partes, debería proporcionar garantías a las partes de que sus Ofertas Selladas se mantendrán confidenciales hasta que los méritos y cuantía del caso hayan sido decididos y se aborde la cuestión de la distribución de costos. Con suerte, esto promoverá el uso de Ofertas Selladas en arbitrajes internacionales y, por ende, la solución amistosa de controversias de manera temprana.

## APÉNDICE A: MODELO DE OFERTA ‘SIN PERJUICIO SALVO EN LO RELATIVO A LOS COSTOS’

[FECHA]

VÍA [MODO DE ENVÍO]

### CONFIDENCIAL Y SIN PERJUICIO SALVO EN LO RELATIVO A LOS COSTOS

NO DEBE SER REVELADA AL TRIBUNAL ARBITRAL EXCEPTO PARA EL PROPÓSITO DE DISTRIBUCIÓN DE COSTOS BAJO EL ARTICULO 38 DE LAS REGLAS CCI DE ARBITRAJE DE 2012, CON SU MODIFICACIÓN DE 2017

[DIRECCIÓN DEL DESTINATARIO/REPRESENTANTE LEGAL DEL DESTINATARIO]

Asunto: Caso CCI No. [insertar número]

---

Estimado(a) [insertar nombre]:

Nosotros [Representante Legal del Oferente] hemos sido instruidos por [Oferente] para realizar la siguiente oferta a [Destinatario]. Para evitar cualquier confusión, esta oferta no deberá ser interpretada como una admisión de responsabilidad en el arbitraje de la referencia (el ‘Arbitraje’).

1. [Oferente] ofrece:

(a) Pagar a [Destinatario] el monto de [insertar monto] (el ‘Monto de Transacción’) como transacción absoluta y final de:

(i) Todos los reclamos y causas de acción con respecto a los cuales el [Destinatario]<sup>19</sup> reclama en el Arbitraje, incluyendo los reclamos por intereses hasta la fecha de la oferta y por un Período de [45] días (definido en el párrafo 2 a continuación); y

(ii) Todos los reclamos reconconvencionales presentados por [Oferente]<sup>20</sup> en el Arbitraje, incluyendo todos los reclamos por intereses hasta la fecha de la oferta o durante el Período de [45] días.

2. Si se acepta esta oferta dentro de los [45] días posteriores a la fecha de la oferta (‘Período de 45 días’), [Oferente] realizará el pago del Monto de la Transacción a una cuenta bancaria nominada por [Destinatario] dentro de un período de [diez días hábiles] desde la aceptación por parte de [Destinatario] y será responsable de los gastos bancarios incurridos. Además, [Oferente] será

---

19 Nota: asumiendo que el Destinatario es el Demandante en el Arbitraje.

20 Nota: asumiendo que el Oferente es el Demandado en el Arbitraje y que tiene demandas reconconvencionales.

responsable del pago de la totalidad de los costos del Arbitraje, tal como se definen en el Artículo 38(1) de las Reglas de Arbitraje CCI (los 'Costos del Arbitraje') incurridos hasta, e incluyendo, el día [45] después de que la oferta fue realizada, dichos costos incluirán:

(a) Los honorarios y gastos de los árbitros y los gastos administrativos de la CCI fijados por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI; y

(b) Los costos razonables, legales y otros, incurridos por [Destinatario] en el Arbitraje, dichos costos serán determinados por el tribunal arbitral como parte del Arbitraje, si no son acordados por las partes;

Quedando entendido que [Oferente] asumirá los costos legales y otros incurridos por [Oferente] en el Arbitraje.

3. Si esta oferta no se acepta en un Período de [45] días, [Oferente] puede retirar la misma en cualquier momento mediante una carta enviada a [Representante Legal del Destinatario]. Si no se retira la oferta, todavía podrá ser aceptada, pero únicamente bajo la condición de que las partes acuerden cuál de ellas asumirá los Costos del Arbitraje incurridos desde el final del Período de [45] días o la proporción en que los mismos deberán ser asumidos por las partes.

4. De acuerdo con los párrafos 103-196 de la Nota a las Partes y al Tribunal Arbitral sobre la Conducción del Arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI de fecha 1 de marzo de 2017 (la 'Nota CCI') (copia adjunta), esta carta se escribe sobre la base de que es confidencial y 'sin perjuicio salvo lo relativo a costos' y que puede (si no es aceptada), en consecuencia, presentarse al tribunal en el Arbitraje como una "Oferta Sellada". Ni esta carta, ni la oferta contenida en ella, ni la existencia de ninguna de ellas, pueden ser señaladas al tribunal arbitral por [Destinatario]. Sin embargo, si la oferta no es aceptada, [Oferente] se reserva el derecho de remitir esta carta al tribunal arbitral en relación con la determinación del tribunal sobre los Costos del Arbitraje bajo el Artículo 38 de las Reglas CCI, siendo entendido que el tribunal no será informado sobre el contenido de esta carta hasta después de haber decidido los méritos y la cuantía del caso, si los hay, y este a punto de analizar los Costos del Arbitraje. Luego, se invitará al tribunal arbitral a emitir un laudo correspondiente en relación con los Costos del Arbitraje, teniendo en cuenta los términos de esta carta. Para este propósito [Oferente] puede (pero no está obligado a) beneficiar de los servicios ofrecidos por la Secretaría del CCI y descritos en la sección XX.C, comprendida entre los párrafos 193-196 de la Nota de la CCI.

5. Para evitar cualquier duda:

(a) La fecha de la oferta será la fecha de esta carta,

(b) La aceptación de la oferta se hará aceptada mediante carta enviada por [Representante Legal de Destinatario], la cual será firmada por un representante autorizado de [Destinatario] para confirmar que la aceptación fue autorizada por [Destinatario], para ser enviada mediante [especificar modo de envío] (la 'Carta de Aceptación') a [Representante Legal de Oferente], y

(c) La fecha de aceptación de la oferta será la fecha de recepción por parte de [Representante Legal de Oferente] de la Carta de Aceptación, la cual será notificada por el [Representante Legal del Oferente] al [Destinatario].

6. Esta carta y su aceptación se registrarán e interpretarán por las leyes de [insertar ley aplicable]. Una vez aceptada, el acuerdo de arbitraje aplicable en el Arbitraje se aplicará *mutatis mutandis* a cualquier controversia que surja de o en conexión con esta carta.

Esta carta está firmada por representantes autorizados de [Oferente], para confirmar que contamos con la autoridad para hacer la oferta aquí contenida, en representación de [Oferente].

Atentamente,

[Representante Legal de Oferente] [Firma].....

[Oferente]

Por:..... [Firma]

Nombre:.....

Cargo:.....

Adjunto: Nota a las Partes y al Tribunal Arbitral sobre la Conducción del Arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI de fecha 1 de marzo de 2017.