

OFERTAS SELLADAS Y TEORÍA DE LOS JUEGOS

Francisco González de Cossío

Una *Oferta Sellada* es un ofrecimiento de transacción emitida en sobre sellado, conservada confidencialmente por la Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), y entregada al árbitro una vez que haya decidido el fondo del caso con miras a que la considere al tomar una decisión sobre la distribución de costas.¹ Es una figura nutrida de derecho y praxis inglesa que constituye un punto medio entre la oferta ‘abierta’ (que no es más que correspondencia normal) y la oferta ‘sin perjuicio’ (*without prejudice*) que nunca puede ser conocida por el tribunal. Es por ello que suele llevar la leyenda “sin perjuicio salvo en lo relativo a los costos” (“*without prejudice save for costs*”).² Su objetivo es permitir al árbitro discernir si la oferta fue rechazada en forma razonable *quod non*, para, en base a ello, ejercer su facultad de distribuir costas.³

IDEA

Postulo, y someto a la consideración de la comunidad arbitral, que las Ofertas Selladas pueden ser un instrumento extraordinariamente útil para generar incentivos que imbuyan buena fe en las negociaciones, fomenten transacciones y eviten litigio innecesario. Pero para que ello se logre, se necesitan tres cosas:

1. Que las partes conozcan, entiendan y utilicen las Ofertas Selladas;
2. Que el árbitro haga un ejercicio ponderado, no mecánico, de su facultad de distribuir costas; y
3. Que el árbitro conozca, entienda y considere las Ofertas Selladas. Ello incluye ahorrarse el costo y desgaste de un litigio.⁴

A continuación sustancio el postulado anterior. Dado que el mismo habla de ‘entender’ y ‘ponderar’, utilizaré la (poderosa) herramienta de teoría de los juegos.

¹ Ver *Nota a las Partes y al Tribunal Arbitral sobre la Conducción del Arbitraje de Conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI*, enero 2019, ¶¶227-231.

² Christopher Seppälä, Paul Brumpton y Marièle Coulet Díaz, *Ofertas Selladas: Cómo resolver más arbitrajes internacionales de manera amistosa*, Boletín del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción, marzo 2018 (www.caic.org.mx).

³ González de Cossío, *Arbitraje*, 5ª edición, 2018, p. 761.

⁴ La suposición, como toda suposición, no siempre es válida. Sin embargo, es válida para modelar. Y sobre todo, no desdice el mensaje de este ensayo: como se explicará más abajo, si una parte propicia litigar mientras que otra hace lo posible por evitarlo, el costo de hacerlo le puede ser canalizado mediante una distribución de costas que considere la Oferta Sellada.

DEMOSTRACIÓN

Pensemos en dos partes en disputa: **A** y **B**. **A** demanda \$1,000 de **B** como resultado de un hecho ilícito. **B** no niega su error pero considera que lo que **A** pide es excesivo (¿suena familiar?); que un monto más razonable y cercano al daño infligido es \$300. Hace por ende un ofrecimiento por dicho monto que **A** rechaza y continúa con el arbitraje.

B pondera hacer una Oferta Sellada. Su deseo es incentivar transacción. Sabe que los hechos comunican más que las palabras. Conoce su efecto jurídico. Entiende que ello detonará un ‘juego’ (en su sentido conforme a la teoría de los juegos⁵). Para entender el juego que detona la Oferta Sellada, a continuación se analizan escenarios estratégicos, no sin antes revelar tres suposiciones de este análisis:

1. Que en efecto los daños y perjuicios ascienden a \$300.
2. Que el árbitro conocerá el régimen de las Ofertas Selladas y hará un uso sofisticado de la facultad de distribuir costas.
3. Que las partes prefieren no-pelear a pelear.

Con estas suposiciones, regresemos a nuestro ejemplo con miras a desarrollar un modelo.

Al ponderar emitir una Oferta Sellada, **B** tiene opciones. Al recibir la Oferta Sellada **A** también tiene opciones. Conjugadas, generan escenarios estratégicos. Veámoslos:

		A Receptor	
		Acepta	Rechaza
B Ofertante	Oferta: menos de \$300	+1, -1	-1, +1
	Oferta: \$300 o más	+1, +1	+1, -1

(**B**, **A**)

En el juego descrito, **B** tiene *grosso modo* dos opciones: ofrecer menos o más que el monto que considera que constituye el daño real sufrido por **A**: \$300. De ofrecer menos, **A** tiene a su vez dos opciones: aceptar o rechazar. Dividamos los resultados (*payoffs*) en base a los escenarios posibles:

- (1) Si **A** acepta, ello será bueno para **B** pero malo para **A**: **B** habrá evitado el litigio y habrá evitado pagar el valor real del daño infligido a **A** (escenario contemplado en

⁵ Conforme a la teoría de los juegos, un ‘juego’ es una interacción estratégica entre dos o más participantes.

el cuadro izquierdo superior, ejemplificado numéricamente con “+1” para **B** y “-1” para **A**).

- (2) De rechazar **A** la oferta, el resultado será bueno para **A** pero malo para **B**: **A** obtendrá su indemnización en el arbitraje (*ex hypothesi* superior a la oferta de **B**), y **B** será condenado a su pago (y posiblemente a pagar costas). El escenario es por ende el contemplado numéricamente en el cuadro derecho superior con un “-1” para **B** y “+1” para **A**).

Ahora contemplemos los escenarios y resultados si es que **B** da un primer paso radicalmente distinto: **B** ofrece \$300 o más. Ante ello, **A** tendrá de nuevo dos opciones: aceptar o rechazar.

- (1) Si rechaza, ello será bueno para **B** pero malo para **A**: Concluido el arbitraje **B** será condenado a pagar solamente \$300 (siendo victorioso en contra de la demanda de **A** de \$1,000) y **A** tendrá que pagarle costas a **B**, pues el árbitro determinará que el rechazo de la Oferta Sellada fue irrazonable (es por ello que se representa numéricamente en el cuadro derecho inferior con “+1” para **B** y “-1” para **A**).
- (2) Si **A** acepta la oferta sin embargo, el resultado es favorable para ambos: **A** obtendrá la indemnización debida sin necesidad de litigio; **B** pagará el daño infligido, y sólo el daño realmente infligido. Es por ello que ambos reciben “+1” (cuadro izquierdo inferior).

Como puede observarse, la estrategia dominante (de *iterated dominance*⁶) es el cuadro izquierdo inferior: que **B** haga una oferta de \$300 o más. (De allí que esté resaltado y en negritas.) Ofrecer más que \$300 puede ser sensato para incrementar la probabilidad de transar (o condenar a **A** por no aceptar una oferta razonable). Claro que entre más alto sea, se puede estar dejando dinero en la mesa. Cuánto dar será función de la certeza de la condena a la luz del caso particular. Es ante ello que puede ser conveniente subirla un poco: para asegurar un resultado favorable. (Como el lector atento puede detectar, lo que está ocurriendo es un análisis estratégico y de incentivos. Y dado que suponemos que es preferible no-pelear a pelear, se tratará de incentivos positivos: **B** ofrece lo más que puede; **A**, que es víctima del ilícito, obtiene lo más posible.)

Conocido el juego desde la perspectiva de las partes, pasemos ahora a considerar la perspectiva del árbitro. Seguido el arbitraje, el árbitro decide que **A** tiene razón en la acción, mas no su cuantificación.⁷ Es aquí donde se abren dos posibilidades:

- (1) **Condena baja:** si por ejemplo el árbitro decide que la condena debe ser por \$250, al abrir la Oferta Sellada se percata que lo que **B** ofrecía era superior a lo

⁶ Un *iterated-dominance equilibrium* es un equilibrio que resulta de borrar una estrategia (débilmente) dominada mediante la estrategia establecida por uno de los jugadores, recalculando para determinar cuál de las que quedan es la débilmente dominada y así sucesivamente hasta que se llega a un equilibrio.

⁷ Es decir, el árbitro ha decidido el fondo del caso y, previo a decidir sobre costas, el árbitro es informado por la ICC que existe una Oferta Sellada. El árbitro manifiesta interés en conocerla.

condenado. El efecto jurídico que la Oferta Sellada debe tener en dicha situación es que **A** sea condenado a pagar todos los costos legales a partir de la fecha en que se hizo la oferta (incluyendo los costas⁸). Ello pues el arbitraje habrá sobrado. Fue desperdicio. Se tratará de una reclamación inflada. **A** debió aceptar la Oferta Sellada. Es por ende justo y eficiente—conforme a un análisis de incentivos como parte de elección racional (*rational choice*)—que **A** sea condenado por los costos a partir de la fecha de la Oferta Sellada.

- (2) **Condena media o alta:** ¿Qué sucede si la condena es por \$300 (o más)? Respuesta: el árbitro debe aplicar su facultad tal cual,⁹ como si nunca hubiera existido la Oferta Sellada. Se tratará de una diferencia de opinión legítima, por la cual el uso de los recursos en el arbitraje es apropiado. Justificado. Racional. No habrá desperdicio alguno.

¿Qué pasa si existe una contra-Oferta Sellada de **A** por \$750? Respuesta: depende de la condena. Se sigue el mismo análisis, pero ahora del lado de **A**. Y si el resultado de la cuantificación es por ejemplo \$500, se tratará de una circunstancia más que el árbitro podrá tomar en cuenta como parte de las circunstancias para distribuir las costas.¹⁰ La constante: información útil para que el árbitro realice un ejercicio ponderado de su facultad de distribuir costas.

Corolario: las Ofertas Selladas detonan un juego (cooperativo¹¹) compuesto por incentivos positivos que, siguiendo un análisis racional, evitan desperdicio, canalizándolo cuando ocurre a la parte que lo genera. Son por ende *eficientes*. Lo único que se necesita es que las partes las usen y los árbitros las entiendan y apliquen como he explicado.

CONCLUSIÓN

Las Ofertas Selladas pueden ser un instrumento útil para lograr negociaciones de buena fe, evitar litigio innecesario, y para procurar resultados eficientes. Lo único que se necesita es que las partes las utilicen y el árbitro las aplique: que, como parte del ejercicio de la facultad de distribuir costas, considere si el rechazo de la Oferta Sellada fue razonable o no – y distribuya en consecuencia.

⁸ Según se definen en el artículo 1416.IV del Código de Comercio.

⁹ Conforme a derecho arbitral, el árbitro tiene discreción en la distribución de los costos del arbitraje (Artículos 1453 y 1455 del Código de Comercio).

¹⁰ Como lo establecen el primer y segundo párrafo del artículo 1455 del Código de Comercio al decir respectivamente que “el tribunal arbitral podrá prorratear los elementos de estas costas entre las partes si decide que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso” y “el tribunal arbitral decidirá, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, que parte deberá pagar dicho costo o podrá prorratearlo entre las partes si decide que es lo razonable”.

¹¹ Parecería que la caracterización es cuestionable. ¿Cómo tildar de ‘cooperativo’ lo ocurrido si justamente lo que está pasando es que las partes no están cooperando? Respuesta: porque en teoría de los juegos se tilda de ‘cooperativo’ un juego cuando los jugadores pueden realizar compromisos vinculantes – en contraposición de los no-cooperativos, cuando no.