

Oferta vinculante confidencial¹

Manuel Conthe Gutiérrez

I. Introducción

Este capítulo analizará las llamadas “ofertas vinculantes confidenciales” (en inglés, *sealed offers*²) que la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (en adelante, “la Ley”) ha incluido entre las “modalidades de negociación previa a la vía jurisdiccional” o “medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional” (en acrónimo, “MASC”).

Aunque ese mecanismo tiene orígenes más remotos, el análisis comenzará con el célebre caso de la jurisprudencia inglesa que dio nombre en ese país a esta figura (*Calderbank offer*) y contribuyó a su divulgación en el mundo jurídico anglosajón y, más tarde, en el de otros países.

La experiencia en los países anglosajones ha demostrado que este tipo de ofertas puede constituir un mecanismo eficaz para favorecer el arreglo de muchas disputas sin recurrir al litigio o al arbitraje, o para lograr acuerdos transaccionales que abrevien los procedimientos judiciales o arbitrales.

La nueva Ley española ha querido favorecer su uso por los demandantes en pleitos civiles, al prever que sea uno de los métodos para satisfacer el nuevo “requisito de procedibilidad” que la Ley exige para la presentación de una demanda. La iniciativa merece elogio y el mecanismo de las ofertas vinculantes confidenciales tiene visos de ser utilizado tanto por demandantes como por demandados.

El futuro dirá si la forma en que los tribunales interpretan las nuevas disposiciones que lo regulan y el espíritu con el que las partes y sus abogados se sirven de él hace que termine consolidándose como un mecanismo eficaz para resolver extrajudicialmente muchas disputas, sin degradarse ni transformarse en un mero requisito burocrático.

¹ Texto publicado como capítulo de la obra colectiva coordinada por Francisco Ruiz Risueño y José Carlos Fernández Rozas “*Medios adecuados de solución de controversias en vía jurisdiccional*”, CIMA-La Ley, 2025, pp-735-748.

² Esa denominación en inglés ha llevado a que las ofertas vinculantes confidenciales se conozcan también en español, especialmente en América Latina, como “ofertas selladas”.

II. Un caso célebre: el divorcio de los Calderbank³

Tras 17 años de vida matrimonial, en enero de 1973 Jacqueline Anne Calderbank abandonó *Rudford House*, la lujosa residencia en la que vivía con su marido, se fue a vivir con otro hombre y al poco tiempo solicitó el divorcio. De familia acaudalada, había sido siempre ella quien había sufragado -y seguiría sufragando, tras la separación-, con sus propios recursos, nutridos por sendas herencias de sus padres, los gastos de los internados de los tres hijos del matrimonio y también la compra de varios inmuebles, entre ellos *Rudford House*, residencia conyugal que, sin embargo, por razones fiscales, puso a nombre de su marido, John Thomas Calderbank.

En el juicio de divorcio ella solicitó quedarse con todos sus bienes, de un valor estimado de 78.000 libras, y solicitó en particular la venta de la residencia conyugal. En diciembre de 1974 la jueza le concedió el divorcio y rechazó la acusación de adulterio formulada por el Sr. Calderbank, pero le reconoció a este derecho a percibir, de los ingresos de la venta de la residencia, una suma alzada de 10.000 libras, para poder comprarse una casa en la que vivir. En materia de costas, la jueza resolvió que cada parte corriera con las suyas.

Jacqueline apeló la sentencia e impugnó tanto el pago de las 10.000 libras a su antiguo marido -sostuvo que en el Derecho consuetudinario inglés solo los maridos, no las mujeres, estaban obligados a sostener a su cónyuge- como la decisión sobre costas. Y, en relación con esta segunda cuestión, alegó que el 10 agosto de 1974 -es decir, varios meses antes de la sentencia- había ofrecido a su antiguo marido, en declaración jurada por escrito, que se quedara con otra de las propiedades de Jacqueline, una casa en la que vivía su suegra, inmueble cuyo valor se estimó en el juicio en 12.000 libras.

El tribunal de apelación confirmó la decisión de la jueza de conceder 10.000 libras al antiguo marido -entendió que la nueva legislación inglesa trataba simétricamente a ambos cónyuges y primaba sobre el Derecho consuetudinario-, pero en materia de costas dio la razón a la apelante. Recordó que los “tribunales de tierras” (*lands tribunals*) tomaban en cuenta las ofertas vinculantes confidenciales (*sealed offers*) que se ponían de manifiesto al tribunal, una vez que este había tomado la decisión de fondo, cuando tenía que

³ Véase *Jacqueline Anne Calderbank v John Thomas Calderbank* [1975] ADR.L.R. 06/05, disponible en <https://www.nadr.co.uk/articles/published/MediationLawReports/CalderbankvCalderbank1975.pdf>. La exposición que sigue del caso procede del texto de la sentencia.

pronunciarse sobre las costas; y que la misma práctica se seguía desde antiguo en el Tribunal del Almirantazgo (*Admiralty Court*) en las disputas sobre accidentes marítimos. El tribunal concluyó que el Sr. Calderbank debía haber aceptado la oferta de su mujer y que, como no lo hizo, siguió litigando y obtuvo una suma de menor valor que la casa ofrecida, debía correr con todas las costas incurridas con posterioridad a la oferta.

Pueden destacarse varios rasgos de la oferta que hizo la Sra. Calderbank (que dio origen al término “*Calderbank offer*”):

- Incluyó una concesión significativa a favor de su marido, pues la oferta vinculante superó en unas 2.000 libras la compensación que la jueza le concedió.
- Se formuló por escrito con carácter confidencial, y la jueza no supo de su existencia hasta el trámite de fijación de costas, cuando el abogado de la Sra. Calderbank la reveló y, con poco éxito, trató de hacerla valer.

III. La oferta vinculante en los países anglosajones

Como revela la sentencia del caso Calderbank, en Inglaterra ya se utilizaban con anterioridad, en ciertos ámbitos especializados -como las disputas inmobiliarias o las marítimas- las ofertas vinculantes confidenciales como instrumento para facilitar acuerdos extrajudiciales que evitaran el pleito.

Esa práctica ha tenido luego reconocimiento expreso en las normas procesales civiles de varios países del *Common Law*.

Así, en Inglaterra las *Civil Procedures Rules* han incorporado en su *Part 36* las llamadas *offers to settle*,⁴ que no pueden ser comunicadas al juez hasta que el caso ha sido decidido y que permiten al demandado que las formula, si no son aceptadas por el demandante y habrían resultado para este más ventajosas que el fallo del tribunal, recuperar las costas en que incurrió desde que expiró el plazo para aceptar la oferta.⁵

De parecida forma, en Estados Unidos las *Federal Rules of Civil Procedure* incluyen una *Rule 68. Offer of Judgement*, que regula las ofertas formuladas para evitar o concluir un pleito civil y que, en caso de no ser aceptadas, no pueden admitirse como prueba salvo en

⁴ Véase *Civil Procedure Rules, Part 36-OFFERS TO SETTLE*, disponible en <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part36>.

⁵ Apartado 36.17.

el trámite de fijación de costas y, si hubieran resultado más favorables para su destinatario que el fallo del tribunal, llevan a que quien las rechazó deba correr con las costas desde que la oferta se formuló.

Las ofertas vinculantes confidenciales u “ofertas selladas” (*sealed offers*) son conocidas también en los países anglosajones como medio para facilitar la resolución temprana y amistosa de las controversias sujetas a arbitraje. Como destaca Lucía Montes Saralegui en su magnífica panorámica sobre las *sealed offers* en el mundo del arbitraje⁶, tales ofertas se usan con frecuencia en los arbitrajes en Inglaterra, especialmente a raíz de que una sentencia inglesa⁷ confirmara la legitimidad de que los árbitros las tomen en cuenta a la hora de decidir el reparto de costas. Por eso se conocen también como ofertas “*Without Prejudice Save as to Costs*”, ya que, aunque si son rechazadas no pueden ser invocadas posteriormente en perjuicio de quien las formuló (*without prejudice*), sí pueden ser reveladas al juez o árbitro en el momento de determinar quién debe soportar las costas del procedimiento (*save as to costs*), porque ahí reside precisamente el factor clave que favorece los acuerdos extrajudiciales: cuando la oferta es razonable, quien la rechaza y obtiene luego en la sentencia o laudo un resultado menos favorable debe pechar con los costes del procedimiento desde que la oferta se formuló.

Por eso, como ha señalado Francisco González-Cossío, “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”.⁸

De ahí que, en su labor pionera por difundir las mejores prácticas en arbitraje, en 2017 la corte de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) incorporara a la nota orientativa que hace llegar a las partes y los árbitros involucrados en un arbitraje administrado por ella⁹ ciertas previsiones dirigidas a facilitar la utilización de las ofertas vinculantes confidenciales. De esa forma, cualquier parte en un arbitraje CCI puede enviar una oferta marcada como “*Without Prejudice Save as to Costs*” a su contraparte,

⁶ Montes Saralegui, Lucía, “UNLOCKING THE POWER OF SEALED OFFERS IN INTERNATIONAL ARBITRATION”, en “40 UNDER 40, INTERNATIONAL ARBITRATION (2024)”, Carlos González-Bueno (Ed), Dykinson S.L. 2024, pp.274-292.

⁷ *Tramountana Armadora SA v Atlantic Shipping Co*, [1978] 1 Lloyd's Rep 391, QUEEN'S BENCH DIVISION (COMMERCIAL COURT), Lord Justice Donaldson.

⁸ González de Cossío, “Ofertas selladas y Teoría de los Juegos”, *Spain Arbitration Review*, vol .39, 2020, pp.49-52.

⁹ Cámara de Comercio Internacional, *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

con copia a la Secretaría de la CCI, pero no al árbitro o tribunal arbitral, de suerte que, decidido por el árbitro o tribunal el fondo de la controversia, la Secretaría, llegado el momento oportuno -normalmente, la fase de escrutinio previo del proyecto de laudo-, pueda poner en su conocimiento la existencia de la oferta, por si resultara relevante a la hora de distribuir las costas.

El origen histórico del mecanismo de las ofertas vinculantes confidenciales ilustra bien la elogiada tendencia en el mundo anglosajón a alumbrar prácticas que favorecen que las partes enfrentadas en una disputa negocien y la resuelvan sin necesidad de que lo haga un juez o un árbitro.

Una de tales técnicas, distinta a la de las *sealed offers*, es el método conocido como “*final offer arbitration*” (FOA) -que en español podemos llamar “arbitraje de ofertas finales”-, surgido en Estados Unidos en los años 60 para evitar que el fracaso en las negociaciones salariales en empresas ferroviarias y en la policía condujera a una huelga, pero que más tarde se empezó a utilizar por las grandes ligas de béisbol para negociar los salarios de sus jugadores, lo que hizo que el procedimiento pasara a ser conocido como “*baseball arbitration*”.¹⁰

Cundo se sigue este método, las partes en conflicto intercambian entre sí propuestas iniciales de solución de la disputa, lo que les permite calibrar las pretensiones ajenas y acercarse a un posible acuerdo. Pero si no lo alcanzan, llega un momento en que cada una debe formular una oferta final, ya inamovible, y entregársela al árbitro o tribunal arbitral. Tendrá lugar luego una comparecencia (audiencia), en la que las partes podrán justificar su oferta y criticar la contraria y, concluida la sesión, los árbitros tendrán que escoger aquella de las dos ofertas que les parezca más razonable, sin modificarla. Esa incapacidad de los árbitros para modificar las ofertas en liza y la limitación de su poder a elegir aquella que les parezca más razonable tendrá un efecto sorprendente que acercará las posturas de las partes: ambas tendrán interés en presentar una oferta final razonable, para hacer más probable que resulte la elegida. Además, el intercambio previo de ofertas preliminares

¹⁰ Véase Conthe Gutiérrez, Manuel, “Final Offer Arbitration” (FOA), 2021, disponible en <https://manuelconthe.com/wp-content/uploads/2021/04/Final-Offer-Arbitration-GAR-Connect-Europe-April-27-2021.pdf>. Del mismo autor puede verse “Sócrates, el béisbol y las ofertas finales”, 2021, disponible en <https://manuelconthe.com/articles-on-arbitration/>.

hará que a menudo alcancen por sí solas un acuerdo, sin necesidad de que los árbitros decidan la controversia.

Pues bien, nada impide combinar una oferta confidencial vinculante como la propuesta de que la controversia se sujete a *final offer arbitration* (FOA). Es precisamente la estrategia que recomendaron el fallecido Premio Nobel de Economía Daniel Kahneman y otro gran especialista en negociación, Max Bazerman, para enfrentarse a una contraparte con pretensiones desmesuradas: así, en cualquier negociación (por ejemplo, entre una compañía aseguradora y un asegurado sobre el importe de la correspondiente indemnización por daños corporales), aunque no se haya previsto de antemano la utilización del arbitraje, un negociador de buena fe puede forzar a la otra parte a ser también razonable utilizando la técnica que denominan “*FOA challenge*“, esto es, hacer una oferta vinculante razonable y mostrarse dispuesto, si la otra parte no la acepta, a que la disputa se zanje mediante un arbitraje FOA. Incluso si el destinatario de la oferta ni acepta esta ni un arbitraje FOA, quien la formuló quedará protegido en materia de costas si la disputa termina en un juicio o en un arbitraje ordinario.¹¹

IV. La oferta vinculante confidencial en la Ley 1/2025

Como gran novedad, la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (en adelante, “la Ley”) ha incluido en España la oferta vinculante confidencial entre las “modalidades de negociación previa a la vía jurisdiccional” o “medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional” (en acrónimo, “MASC”).

Como señala el apartado IV de su Exposición de Motivos, “con la introducción de estos mecanismos [de negociación previa a la vía jurisdiccional], ya consolidados en el derecho comparado, se cumple la máxima de la Ilustración y del proceso codificador: que antes de entrar en el templo de la Justicia, se ha de pasar por el templo de la concordia. En efecto, se trata de potenciar la negociación entre las partes, directamente o ante un tercero neutral, partiendo de la base de que estos medios reducen el conflicto social, evitan la

¹¹ Bazerman, Max H. y Kahneman, Daniel, “*How to Make the Other Side Play Fair: The Final-Offer Arbitration Challenge Gives Negotiators a Valuable New Tool*”, *Harvard Business Review* 94, no. 9 (September 2016), pp.76–81.

sobrecarga de los tribunales y pueden ser igualmente adecuados para la solución de la inmensa mayoría de las controversias en materia civil y mercantil”.

A tal fin, el artículo 5.1 de la Ley establece un requisito de procedibilidad para la admisión de una demanda civil:

“En el orden jurisdiccional civil, con carácter general, para que sea admisible la demanda se considerará requisito de procedibilidad acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias de los previstos en el artículo 2. Para entender cumplido este requisito habrá de existir una identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio, aun cuando las pretensiones que pudieran ejercitarse, en su caso, en vía judicial sobre dicho objeto pudieran variar.

Se considerará cumplido este requisito si se acude previamente a la mediación, a la conciliación o a la opinión neutral de una persona experta independiente, si se formula una oferta vinculante confidencial o si se emplea cualquier otro tipo de actividad negociadora, reconocida en esta u otras leyes, estatales o autonómicas”.

La regulación específica que la Ley hace de la oferta vinculante confidencial es muy sucinta y se contiene en el artículo 17, que dice así:

1. Cualquier persona que, con ánimo de dar solución a una controversia, formule una oferta vinculante confidencial a la otra parte, queda obligada a cumplir la obligación que asume, una vez que la parte a la que va dirigida la acepta expresamente. Dicha aceptación tendrá carácter irrevocable.
2. La forma de remisión tanto de la oferta como de la aceptación ha de permitir dejar constancia de la identidad del oferente, de su recepción efectiva por la otra parte y de la fecha en la que se produce dicha recepción, así como de su contenido.
3. La oferta vinculante tendrá carácter confidencial en todo caso, siéndole de aplicación lo dispuesto en el artículo 9.
4. En el caso de que la oferta vinculante sea rechazada, o no sea aceptada expresamente por la otra parte en el plazo de un mes o en cualquier otro plazo mayor establecido por la parte requirente, la oferta vinculante decaerá y la parte requirente podrá ejercitar la acción que le corresponda ante el tribunal competente, entendiéndose que se ha cumplido el requisito de procedibilidad. Basta en este caso acreditar la remisión de la oferta a la otra parte por manifestación expresa en el

escrito de demanda o en la contestación a la misma, en su caso, a cuyo documento procesal se ha de acompañar el justificante de haberla enviado y de que la misma ha sido recibida por la parte requerida, sin que pueda hacerse mención a su contenido.

De ese precepto, y de los demás concordantes de la Ley, se desprenden las siguientes características de una oferta vinculante confidencial:

- El contenido de la oferta debe ser mantenido confidencial, y, si la oferta es rechazada, ese contenido no puede ser revelado al juez antes de que dicte sentencia sobre el fondo de la controversia.

Resulta aquí aplicable lo establecido con carácter general para todos los MASC en el artículo 9 de la Ley, que señala:

1. El proceso de negociación y la documentación utilizada en el mismo son confidenciales, salvo la información relativa a si las partes acudieron o no al intento de negociación previa y al objeto de la controversia.

La obligación de confidencialidad se extiende a las partes, a los abogados o abogadas intervinientes y, en su caso, a la tercera persona neutral que intervenga, que quedarán sujetos al deber y derecho de secreto profesional, de modo que ninguno de ellos podrá revelar la información que hubieran podido obtener derivada del proceso de negociación.

2. En particular, las partes, los abogados o abogadas y la tercera persona neutral no podrán declarar o aportar documentación derivada del proceso de negociación o relacionada con el mismo ni ser obligados a ello en un procedimiento judicial o en un arbitraje”, con algunas excepciones, como la que señalará enseguida.

La razón de esta previsión de confidencialidad del contenido de la oferta es evidente: su conocimiento por el juez podría influir, aunque el juez no quisiera, en su resolución sobre el fondo de la controversia. En efecto, la experiencia y los experimentos psicológicos acreditan que los seres humanos padecemos una llamada “maldición del conocimiento” (*curse of knowledge*), que nos impide ignorar aquellos hechos o datos

de los que hemos tenido conocimiento.¹² De esa forma, cualquier concesión significativa de una parte a la otra podría llevar al juzgador a la conclusión implícita de que el propio oferente admite que su posición no es tan firme como ha mantenido en el procedimiento; y si ha cifrado su oferta en un importe concreto, éste podría actuar como "ancla" que, de forma inconsciente, influya en el fallo del juzgador (*anchoring*).¹³

- Cuando la oferta vinculante confidencial la haya hecho el demandante, y sea el único mecanismo de negociación del que se haya valido, la existencia de la oferta -pero no su contenido- será conocida, desde el principio, por el juez, pues solo así podrá el demandante acreditar que ha cumplido el requisito de procedibilidad.

En puridad, la mera existencia de la oferta, aunque se desconozca su contenido, pudiera tener cierto efecto "contaminador" sobre la mente del juez, al advertir este que demandante se había avenido a efectuar alguna concesión al demandado. Ahora bien, ese efecto, inevitable por exigencia del requisito de procedibilidad, no será grave, especialmente si las ofertas vinculantes se convierten en un instrumento de uso frecuente por los demandantes.

Nótese que, aunque el apartado 4 del artículo 17 de la Ley solo se refiere a la oferta vinculante efectuada por el demandante, nada impedirá que la oferta la efectúe el demandado; y como en tal caso no resultará de aplicación el requisito de procedibilidad, en tal caso el juez desconocerá no solo el contenido de la oferta, sino también su mera existencia. Otro tanto ocurrirá cuando la formule el demandante, pero este haya utilizado otro medio (p.ej. proponer una mediación) para satisfacer el requisito de procedibilidad.

¹² La cuestión la analizo en profundidad en Conthe Gutiérrez, Manuel "La maldición del conocimiento. O el proceso como película destripada", en *Arbitraje y Jurisdicción. Homenaje a Miguel Ángel Fernández-Ballesteros*, vol.1, Aranzadi La Ley, 2024, pp.631-674, disponible en https://manuelconthe.com/wp-content/uploads/2024/01/La-maldicioin-de-conocer-el-resultado-Libro-Homenaje-a-Miguel-Aingel-Fernaindez-Ballesteros-en-prensa_-003.pdf.

¹³ Sobre el problema del "anclaje" (*anchoring*) puede verse la sección III (pp.49-69) de la magnífica obra colectiva "*La incidencia de los sesgos cognitivos en el enjuiciamiento*", coordinada por el magistrado D. Ignacio Sancho Gargallo, Tirant Lo Blanch, 2024.

- Como excepción a la regla de la confidencialidad, el contenido concreto de la oferta vinculante rechazada puede revelarse al juez en el trámite de tasación de costas, para que pueda aplicarse lo dispuesto en el artículo 7.4 de la Ley:

“Si se iniciara un proceso judicial con el mismo objeto que el de la previa actividad negociadora intentada sin acuerdo, los tribunales deberán tener en consideración la colaboración de las partes respecto a la solución consensuada y el eventual abuso del servicio público de Justicia al pronunciarse sobre las costas o en su tasación”.

En concordancia con ese precepto, entre las excepciones al principio de confidencialidad de la oferta vinculante el artículo 9.2 b) de la Ley incluye la siguiente:

“Cuando se esté tramitando la impugnación de la tasación de costas y solicitud de exoneración o moderación de las mismas según lo previsto en el artículo 245 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y a esos únicos fines, sin que pueda utilizarse para otros diferentes ni en procesos posteriores”.

De todo lo anterior cabe concluir que el legislador español, al regular las ofertas vinculantes confidenciales, ha seguido fielmente el modelo anglosajón de las “*Calderbank offers*” u ofertas “*Without Prejudice Save as to Costs*”.

V. Perspectivas

La Exposición de Motivos de la Ley, en su defensa de los mecanismos de resolución no judicial de las disputas, recuerda que “el Código Deontológico de la Abogacía Española establece como prioritaria, y característica de la actuación profesional, la función de la concordia, junto a la obligación de procurar el arreglo entre las partes”.

Pero también constata el “exponencial incremento de la litigiosidad” que se ha producido en España y que desde la entrada en vigor de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles “no se ha conseguido desarrollar la potencialidad augurada desde su gestación”. Por eso, a la vista de ese fracaso, considera “necesario introducir medidas eficaces [de resolución extrajudicial de las disputas] que no se degraden ni transformen en meros requisitos burocráticos”.

¿Serán eficaces tales medidas, incluidas, en particular, las ofertas vinculantes confidenciales?

La Ley, como resulta comprensible, no establece criterios concretos sobre las características que debe tener una oferta vinculante para que pueda ser considerada un “mecanismo de negociación previa a la vía jurisdiccional”. Ahora bien, de su inclusión entre el elenco de medios “adecuados” de resolución de controversias se deriva que la oferta vinculante debe incluir alguna concesión del oferente a su destinatario, que haga atractiva a este su aceptación y, en consecuencia, lleve a la solución extrajudicial del conflicto. De ahí se sigue que, cuando la formula el demandante, la oferta vinculante no puede ser un mero requerimiento que anticipe y reproduzca el previsible contenido de la demanda. Una oferta vinculante confidencial, para ser considerada tal al amparo de la Ley, no puede ser un mero requerimiento previo a la presentación de la demanda.

Recordemos al respecto cómo la Sra. Calderbank hizo su a antiguo marido una oferta generosa, cuyo valor resultó superior a la compensación que, sin conocer la oferta, la jueza le otorgó. Surge ahí una cuestión decisiva: ¿qué grado de generosidad debe tener la oferta de un demandante para que un juez no la considere una mera artimaña para dar por cumplido el requisito de procedibilidad? Porque en tal supuesto el juez debiera considerar que el demandante ha incurrido en “abuso del servicio público de justicia”, al haber entrado en el templo de la Justicia sin haber pasado antes por el de la concordia.

Desde el punto de vista del demandante, la oferta vinculante tiene la ventaja de su simplicidad: la puede poner en marcha de forma rápida y unilateral, sin necesidad de entrar en conversaciones con el demandado. Así, la oferta vinculante confidencial guarda cierta similitud con “el burofax de toda la vida” previo a la presentación de la demanda, con la singularidad de que su plazo de aceptación mínimo deberá ser de al menos los 30 días que marca la Ley y de que deberá incluir algún “caramelo” que haga atractiva su aceptación por su destinatario.

Ese rasgo hará de la oferta vinculante un MASC especialmente atractivo para los demandantes y la gran duda que asaltará a muchos será, como ya se ha indicado, hasta dónde deberán llevar su generosidad para que, llegado el trámite de tasación de costas, el juez no entienda que el instrumento se ha “degradado y transformado en un mero requisito burocrático” y, en consecuencia, que el demandante ha abusado del servicio público de justicia -al sortear arteramente el requisito de procedibilidad- y merece una condena en costas.

En el caso de los demandados -pensemos, especialmente, en el caso de bancos y entidades financieras demandados por sus clientes-, la Ley tendrá un efecto favorable: obligará a los potenciales demandantes a entablar alguna modalidad de contacto con la entidad, sin poder acudir directamente a los juzgados, lo que facilitará los acuerdos extrajudiciales. Pero, sobre todo, a las entidades demandadas la formulación de una oferta vinculante confidencial les servirá de protección frente a aquellos abogados que litigan en masa con el propósito principal de conseguir una condena en costas: si la oferta vinculante es igual o más generosa que el previsible fallo del juez, en el trámite de tasación de costas la entidad podrá solicitar que se le impongan al demandante. Esto podrá entrañar un grave perjuicio para el cliente final afectado, pero constituirá un eficaz mecanismo para combatir el problema que en otra ocasión, inspirándome en un texto del gran procesalista italiano Piero Calamandrei, he llamado el de “la vaquilla de Calamandrei”:¹⁴

“Algunos abogados tratan de asegurar larga vida a los pleitos mediante una copiosa producción de pretextos y argucias, con la misma solícita benevolencia con que el aldeano lleva todos los días a pastar a su única vaquilla, con la esperanza de poderla ordeñar aún durante muchos años”.

Un siglo después de la afirmación de Calamandrei respecto a la Italia del periodo de Entreguerras, en su análisis del anteproyecto que, andando el tiempo, se convertiría en la Ley, Blas Piñar Guzmán manifestó respecto al futuro de los MASC en España un temor emparentado con el del gran procesalista italiano:¹⁵

“En tanto el abogado no deje de concebirse a sí mismo como un profesional del pleito en favor de ser un solucionador de problemas jurídicos, los métodos alternativos de solución de conflictos no se generalizarán como una buena praxis profesional propia de su *lex artis*”.

La experiencia en los países anglosajones ha demostrado que la oferta vinculante confidencial puede ser un mecanismo eficaz para favorecer el arreglo de muchas disputas

¹⁴ P. Calamandrei, *Demasiados abogados*, Reus, colección Scientia iuridica, 2006 (traducción del texto original en italiano de 1920).

¹⁵ Piñar Guzmán, Blas, “*Medios Adecuados de Solución de Controversias (MASC): 5 razones de un fracaso previsible*”, Almacén de Derecho, 5 de mayo de 2022, disponible en <https://almacendederecho.org/medios-ade cuados-de-solucion-de-controversias-masc-5-razones-de-un-fracaso-previsible>.

sin recurrir al litigio o al arbitraje, o para lograr acuerdos transaccionales que abrevien los procedimientos judiciales o arbitrales.

La nueva Ley española ha querido favorecer su uso por los demandantes en pleitos civiles, al prever que sea uno de los métodos para satisfacer el nuevo “requisito de procedibilidad” que la Ley exige para la presentación de una demanda judicial. La iniciativa merece elogio y el mecanismo de la oferta vinculante confidencial tiene visos de ser utilizado tanto por demandantes como por demandados.

El futuro dirá si la forma en que los tribunales interpretarán las nuevas disposiciones que lo regulan y, sobre todo, el espíritu con el que las partes y sus abogados se servirán de él harán que se consolide como un mecanismo eficaz para resolver extrajudicialmente muchas disputas o, por el contrario, se degrade y transforme en un mero requisito burocrático.