

PROPUESTA DE UNIFICACIÓN DE CRITERIOS DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LOS MASC

Adrián Gómez Linacero

Letrado de la Administración de Justicia

Resumen: Los requisitos de procedibilidad derivados de los MASC y el nuevo régimen de las costas procesales de la LO 1/2025, de 2 de enero, exigen, en *pro* de la seguridad jurídica, una labor hermenéutica de unificación de criterios en aquellos puntos en que la norma presenta lagunas, para esclarecer conceptos indeterminados, toda vez que su aplicación afecta al derecho de acceso a la jurisdicción.

En este sentido, sería conveniente que las instituciones competentes (CGPJ, Juntas de Jueces, Secretarías de Gobierno y Ministerio de Justicia), en colaboración con la Abogacía española, promoviesen guías prácticas y pautas interpretativas. Aunque sabemos que estas iniciativas no serían jurídicamente vinculantes para los Tribunales, ejercerían *de facto* una influencia determinante en el modo de aplicación de la norma.

1/ SUBSANACIÓN

No procede subsanar un MASC omitido, sólo el defecto de su acreditación, partiendo de la distinción entre un acto omitido y defectuoso (STS 587/2010, de 29 de septiembre).

Además, dado el tiempo necesario para dar por rechazado un MASC (30 días, según el art. 10.4.a) LOMESPJ) o presumir concluida la negociación (tres meses, según el art. 10.4.c) LOMESPJ), será inviable subsanar dicho defecto en el plazo de subsanación de 10 días otorgado por la práctica forense ordinaria.

Por último, admitir la convalidación del MASC omitido, mediante la conciliación intrajudicial o derivación a otro sistema, supone una invitación a defraudar la norma, pues el actor tendrá un filtro seguro para sortear la negociación extrajudicial bajo la garantía de su ulterior subsanación. Los MASC operan antes del proceso, y como tal deben concebirse, pues de lo contrario se desvirtuaría el espíritu de la reforma.

2/ ACREDITACIÓN DE LA RECEPCIÓN DEL INTENTO DE NEGOCIACIÓN: MEDIOS APTOS

Los arts. 10.2 (negociación directa), 10.3 (negociación por tercero), DA 7ª (reclamación consumidor) y 17.4 (oferta vinculante), exigen, en caso de intento de negociación, acreditar la recepción de la propuesta inicial por el requerido, así como la fecha y puesta a disposición de la misma.

Para tal fin, en rigor, y salvando los supuestos en que el requerido se de por enterado, sólo sería válido el burofax tradicional con acuse de recibo o medio similar fehaciente.

Sin embargo, no puede admitirse, en aplicación del principio *pro actione*, que el acceso a la jurisdicción dependa de la voluntad del demandado (ex art. 1256 CC).

Por todo ello, en casos en que no sea posible acreditar la recepción, debe aplicarse la doctrina del TC contenida, por todas, en las SSTC 82/2000, de 27 de marzo, 145/2000, de 29 de mayo y 6/2003, de 20 de enero, según las cuales *“los actos de comunicación producen plenos efectos cuando su frustración se debe únicamente a la voluntad expresa o tácita de su destinatario, o a la pasividad, desinterés, negligencia, error, o impericia de la persona a la que va destinada...”*

Asimismo, debe aplicarse la doctrina del Tribunal Supremo en consagración del principio de autorresponsabilidad, o de razonable posibilidad de conocimiento de la aceptación por el requerido (STS del Pleno Sala 1ª de 17 de septiembre de 2010).

En igual sentido cabe aplicar la doctrina del Tribunal Supremo a propósito del carácter recepticio y fehaciente de la reclamación extrajudicial en evitación de la facultad de enervación del art. 22 LEC, así como la doctrina del Alto Tribunal sobre el requerimiento fehaciente y recepticio para inclusión en ficheros morosos, que sienta presunción de ambas condiciones aunque el medio empleado, *prima facie*, no sirva a tal fin (SSTS 959/2022 y 960/2022, de 21 de diciembre).

Es decir, y como corolario de lo anterior, hay dos formas a través de las cuales una reclamación o propuesta de negociación intentada puede cumplir con las condiciones del art. 10 y art. 17.4 LOMESPJ, a saber:

- a) A través de un medio que pruebe de modo fehaciente la recepción de la comunicación, fecha, contenido y puesta a disposición (burofax o requerimiento notarial, entre los más empleados).

Debe equipararse al burofax y admitirse: el buro-email y las certificaciones de terceros de confianza, así como las citaciones rehusadas para actos de conciliación o mediación hechas por organismos oficiales (Colegios de Abogados, Notarios, entre otros).

- b) Medios telemáticos o físicos no fehacientes (email, sms...), de los que presumir el requisito de la fehaciencia y recepción, por la doctrina antes indicada, a los que debe sumarse el caso en que el requerido se de por enterado por medio no fehaciente (en cuyo caso habrá de aportarse la respuesta suprimiendo los datos de la negociación).

Para ello será necesario agotar todos los medios disponibles (burofax, email, sms...) y realizar varios intentos, para presumir la recepción de la comunicación inicial, pues de su negativa se derivan consecuencias procesales importantes en materia de costas, particularmente la aplicación del art. 394 LEC, que dejará sin costas al demandado en caso de vencer en el pleito.

3/ NEGATIVA A EMITIR EL DOCUMENTO DEL ART. 10.2 LOMESPJ

En caso de negociación directa entre las partes y abogados, se deberá expedir, de mutuo acuerdo, el documento recogido en el art. 10.2 LOMESPJ, pero puede ocurrir que uno de los intervinientes se niegue a hacerlo (en caso de ser Abogado podría ser motivo de infracción disciplinaria).

Esta conducta se tendrá en cuenta como mala fe y abuso del servicio de justicia y podrá tener consecuencias en costas procesales o en forma de multa (art. 7.4 LOMESPJ).

Para acreditar la negociación en estos casos se deberá indicar tal extremo en la descripción exigida por el art. 399.4 LEC (sin desvelar el contenido de la negociación, al ser confidencial), y aportar, a tal efecto, la primera respuesta del demandado por correo postal, email o cualquier medio en que se haya hecho (suprimiendo los datos que afecten a la negociación).

4/ EFICACIA DEL EMAIL

El email, está admitido indirectamente por el art. 7.1 LOMESPJ. Dicho artículo, aunque a efectos de interrupción y suspensión de la prescripción y caducidad (figuras distintas al requisito de procedibilidad y propensas a la mayor conservación de derechos y, por tanto, más flexible), admiten que dichos actos tengan lugar *“a través del medio de comunicación electrónico empleado por las partes en sus relaciones previas”*. En consecuencia, el email debe admitirse cuando se hubiera estipulado en el contrato, aunque no sea un medio que sirva para acreditar de forma fehaciente la recepción de la propuesta inicial, así como en aquellos casos en que el requerido se de por enterado, contestando a la propuesta inicial (y pueda aportarse la contestación junto con la demanda cuando no esté protegida por la confidencialidad).

El email, por sí mismo, no sirve para acreditar o presumir la acreditación de la recepción en aquellos casos en que no se hubiera pactado en el contrato, salvo que se acompañe con otros medios de comunicación o sea el canal habitual de comunicación entre las partes.

5/ ACREDITACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN: CONFIDENCIALIDAD Y COLISIÓN ARTS. 7.4 y 9.2 LOMESPJ.

En caso de negociación, el art. 10.3 (negociación por terceros) y art. 10.2 (negociación directa), establecen la obligación del tercero o de las partes de emitir documento/certificación con el contenido mínimo indicado en los preceptos, que nunca contendrá detalle de la negociación.

Por tanto, en la fase inicial del proceso, no podrá examinarse la negociación.

El art. 7.4 LOMESPJ permite tener en cuenta la negociación de las partes para modular las costas. Sin embargo, el art. 9.2 consagra el carácter confidencial de las negociaciones (ya lo hizo la LO 5/2024, de 11 de noviembre, del derecho de defensa), cuyo secreto sólo podrá levantarse, exclusivamente, a los efectos de la facultad de exoneración o reducción (art. 9.2.b) LOMESPJ). En consecuencia, existe una antinomia jurídica que debe resolverse en favor de la confidencialidad, pues en otro caso los Abogados o las partes no

negociaran con libertad (aunque el principal estímulo de los MASC, que es su repercusión en las costas, quedará atenuado).

No cabe, por tanto, exigir a las partes, antes de Sentencia, ni en una ninguna fase, las negociaciones, a efectos de imposición de multas o modulación de las costas.

Asimismo, en ejercicio de la facultad de exoneración o reducción podrá aportarse únicamente la comunicación, no la negociación íntegra, en que se haga la propuesta similar a la acogida en Sentencia sobre la que sustentar la petición.

La confidencialidad de las negociaciones debe, no obstante, ceder, cuando en el marco de las mismas se perfeccione algún derecho (v.gr., retracto ejercitado extrajudicialmente, con aceptación del retraído, de cuya aceptación surge un contrato de compraventa).

Por último, la descripción del proceso de negociación exigida por el art. 399.4 LEC, no puede servir para burlar la confidencialidad. Se trata de una narración somera de los hitos principales de la negociación y su resultado, no de su contenido.

6/ CONTENIDO DE LA PROPUESTA DE NEGOCIACIÓN EN CASO DE INTENTO DE LA MISMA PARA SU ADMISIÓN. CONVERSIÓN DE MASC INEFICAZ.

En caso de intento de negociación, no existe ninguna confidencialidad, pues no habrá existido negociación, sino rechazo expreso o tácito a negociar, por lo que podrá aportarse al Tribunal, de forma íntegra, el contenido de la propuesta inicial.

Para la admisión de dicha propuesta no es necesaria renuncia a ningún derecho, sino simplemente la invitación a negociar, indicando expresamente el objeto de la misma (entendido como materia o tema *decidindi*, no como objeto en sentido técnico), la identificación de las partes y la especificación de utilizarse como MASC para una eventual demanda.

Asimismo, una conciliación privada (por no reunir las condiciones específicas fijadas) o negociación por tercero ineficaz podrá convertirse en una negociación directa.

7/ ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA Y MASC: SUSPENSIÓN Y SUBSANACIÓN

La Ley incluye en el art. 6 LAJG, como contenido de la asistencia gratuita, la intervención en los MASC por medio de Abogado cuando sea preceptiva o la otra parte se valga de tal profesional, lo que se reduce, en el primer supuesto, a las ofertas vinculantes superiores a 2.000 euros.

El requerido podrá instar asistencia jurídica gratuita, lo que puede representar un problema ante la falta de conocimiento de dicha circunstancia por el futuro demandante, dado que la norma no establece nada ni fija si dicha petición suspende el plazo de 30 días para presumir rechazada la negociación y acudir a los Tribunales (10.4 LOMESPJ).

Aplicando analógicamente el art. 16 LAJG, debe presumirse que tal petición suspende

el plazo de las negociaciones o el plazo para reputar rechazada la propuesta inicial por transcurso de un mes, que deberá reanudarse en la fecha la designación y posterior comunicación al requirente (sería aconsejable que las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita actuaran con celeridad e informasen al requirente del hecho de la petición, a efectos de evitar una demanda prematura).

Por otra parte, en caso de formularse demanda por no conocer la petición del requerido, el demandado podrá alegar tal circunstancia, siendo aconsejable en este caso no acordar el sobreseimiento del proceso por defecto de MASC (por indefensión del demandado que no pudo negociar con igualdad), sino convocar una conciliación ante el LAJ.

8/ MASC EN DEMANDAS CONTRA IGNORANTES OCUPANTES

En caso de demandas contra ignorados ocupantes (sólo admitidas en el juicio de desahucio por precario y en la tutela sumaria de la posesión con entrega inmediata de ésta), se exceptuará el MASC, pues no existe nadie con el que negociar y resulta infundado e ilógico, además de dilatorio, exigir un MASC remitido al domicilio de la vivienda ocupada.

9/ OTROS MASC: ART. 7.1 RDL 8/2004, de 9 de octubre.

La reclamación extrajudicial del artículo citado sirve como MASC, ya que debe reputarse como un MASC reconocido en otras leyes (los MASC, según el art. 2 LOMESPJ, son un *numerus apertus* condicionado a su reconocimiento legal).

Lo mismo debe colegirse de la oferta motivada de la aseguradora (ejemplo de MASC promovido por el demandado).

10/ CONCURRENCIA DE MASC

En caso de concurrencia de MASC, el primero en el tiempo (lo utilice el demandante o el demandado) tiene prevalencia (art. 5.4 LOMESPJ), y vincula en el conflicto suscitado durante un año (art. 7.3 LOMPESJ), en que no podrá usarse otro MASC, salvo acuerdo de las partes.

11/ CONTRADICCIÓN ART. 5.4 LOMESPJ y 19.4 LEC: DERIVACIÓN UNILATERAL A UN MASC

El art. 5.4 LOMESPJ permite al LAJ o Tribunal derivar a un MASC de forma unilateral y el art. 19.4 LEC lo admite de mutuo acuerdo.

Debe admitirse la derivación unilateral antes de admitir la demanda (no después), cuando el LAJ aprecie que hay visos de acuerdo y no haya habido previa negociación (es decir, en los casos de intento de negociación, oferta vinculante o reclamación extrajudicial). Esta facultad debe aplicarse de forma prudente, fundada y en plazo breve para no demorar la tramitación del procedimiento.

Además, debe convocarse conciliación ante el LAJ en los casos del art. 264.4º LEC, que permite cumplir el requisito de procedibilidad en casos de desconocimiento del demandado o medio de comunicación mediante declaración responsable.

12/ MASC EN RECONVENCIÓN, LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO Y ORDINARIO DERIVADO DE MONITORIO

Estos supuestos deben exceptuarse del MASC, por economía procesal y dada la imposibilidad de llevarlo a cabo en el plazo legalmente fijado para tales trámites.

13/ CLÁUSULA CONTRACTUAL DE FIJACIÓN DE MASC

La cláusula contractual de determinación del tipo de MASC a emplear en caso de conflicto debe reputarse válida y vinculante, exceptuando la contenida en contratos celebrados con consumidores.

14/ IMPUGNACIÓN MASC INEFICAZ

La impugnación de un MASC ineficaz debe hacerse vía reposición contra el Decreto de admisión o mediante excepción procesal en la contestación.

Se permitirá, en estos casos, levantar la confidencialidad de la oferta vinculante (no de las negociaciones, para concluir si cumple las condiciones legales).

15/ CONCEPTO REHUSAR Y JUSTA CAUSA DEL ART. 394

El concepto rehusar del art. 394 LEC se limita a los casos de intento de negociación, por lo que se puede y debe aplicar (de oficio), sin necesidad de conculcar la confidencialidad.

Rehusar significa rechazar expresamente o de forma presunta una propuesta inicial de negociación, sin justa causa.

La justa causa, para ser tal, deberá contener una explicación jurídica y fáctica de los motivos razonables para no negociar.

El concepto rehusar se aplica a todos los MASC, menos la oferta vinculante, que no conlleva negociación.

En caso de rehusar la participación en un MASC de forma expresa, no existirá negociación, y podrá aportarse la respuesta negativa al Tribunal junto con la demanda.

16/ ALLANAMIENTO Y COSTAS: INTERPRETACIÓN ART. 395 LEC

Dentro del concepto de mala fe debe integrarse tanto rehusar participar en un MASC (esto es, rechazar expresa o tácitamente iniciar negociaciones), como participar en éste y no alcanzar un acuerdo (no solamente rechazarlo), para posteriormente, allanarse antes de contestar. De lo contrario se incentivarán respuestas espurias a la propuesta de negociación para luego proseguir la negociación o mantenerla sin fundamento o con una posición pasiva o tendenciosa, con la certeza de que se habrá esquivado una eventual condena en costas en caso de allanamiento, al no haberse rehusado participar en el MASC.

17/ CONFIDENCIALIDAD RECLAMACIÓN CONSUMO DA 7ª

La reclamación extrajudicial de la DA 7ª y su posterior respuesta o respuestas y mensajes intercambiados, no están sujetos a confidencialidad, y deben poder examinarse por el

Tribunal para concluir si hay abuso del servicio de justicia (común en este campo).

18/ APLICACIÓN ART. 19 LGDCU

La nueva norma se aplica a toda doctrina reiterada del Tribunal Supremo sobre materia de consumo en interpretación de normas imperativas, no sólo por el concepto de abusividad del art. 82.1 LGDCCU y art. 3.3 Directiva 93.

19/ DECLARACIÓN RESPONSABLE DEL ART. 264.4 LEC.

Dicha declaración responsable no puede encubrir un fraude fingiendo no conocer el domicilio del demandado para que el Tribunal realice averiguación domiciliaria, por lo que deberá justificarse ese desconocimiento.

En caso de fraude en tal sentido, será motivo de sanción o repercusión en las costas (art. 7.4 LOMESPJ).

20/ CONCEPTO DE NEGOCIACIÓN

Es discutible cuando existe verdadera negociación y cuando mero intercambio de mensajes y correos, siendo una frontera muy difusa.

De tal calificación dependerá la forma de acreditar el requisito de procedibilidad (de reputarse un intento de negociación podrán aportarse todas las comunicaciones y en caso contrario únicamente el documento o certificado del art. 10 LOMESPJ).

En los MASC en que intervengan Abogados, para considerar que existe negociación, éstos deberán manifestarlo, indicando que todo lo tratado es confidencial, o a partir de qué punto sus intervenciones son confidenciales, pudiendo dispensarlas también de ese carácter.

En aquellos MASC en que no intervengan los Abogados, éstos deberán valorar, al presentar la demanda, si ha existido o no negociación real y efectiva.

21/ REVOCABILIDAD DE LA OFERTA

La oferta vinculante sujeta a plazo (art. 17.3 LOMESPJ) puede revocarse antes de la aceptación, siguiendo la doctrina contenida en la SSTS -11-2013 y 11-10-2017. El carácter vinculante se predica del contrato una vez hecha la aceptación, pues mientras tanto no deja de ser una declaración unilateral no fuente de obligaciones. No obstante, el oferente podrá expresar el carácter irrevocable de la oferta en el clausulado de ésta.

La revocación deberá hacerse por el mismo medio que el de la remisión de la oferta y prevalecerá la aceptación sobre una revocación cuya recepción anterior a aquélla no haya podido acreditarse.

22/ INNECESARIEDAD DE MASC PARA DEMANDA DE CUMPLIMIENTO DE UN ACUERDO ALCANZADO EN UN MASC PRIVADO

El incumplimiento de un acuerdo alcanzado en un MASC privado permite dos vías para exigir su cumplimiento: **a)** demanda de ejecución de título no judicial al amparo de la facultad de elevación unilateral a escritura pública del art. 12.3 LOMESPJ, cuando las partes hubiesen firmado el acuerdo con el contenido del art. 12.1 LOMESPJ con cláusula de compelimiento a otorgar escritura pública y **b)** mediante juicio declarativo de cumplimiento contractual (1124 CC).

Para este segundo supuesto no será necesario cumplir con el requisito de procedibilidad del MASC, debiendo indicarse tal extremo en la demanda en la descripción del art. 399.4 LEC.

23/ CONCEPTO ABUSO SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA

Por abuso del servicio público de justicia debe entenderse la inexistencia de justa causa para litigar (STS de 16 de junio de 2021), tanto desde el plano activo como pasivo del litigante, figura de especial utilidad en los procedimientos de consumo cuando: **a)** las entidades no acaten en vía extrajudicial doctrina reiterada del TS sobre una norma imperativa, obligando al consumidor a activar el proceso judicial y, **b)** el consumidor propicie de forma espuria el procedimiento con el único fin de lograr las costas procesales.

Para otros supuestos debe concebirse dicho abuso como la actuación de quien, pudiendo haber solventado en fase extrajudicial la controversia dada la voluntad de la otra parte en hacerlo, y sin existir justa causa, hubiere acudido a la vía jurisdiccional.

24/ DISPENSA DEL CARÁCTER CONFIDENCIAL DE LA OFERTA, ACREDITACIÓN DE SU REMISIÓN Y CONTRAOFERTA

En caso de oferta rechazada (expresa o tácitamente), el actor podrá dispensar el carácter confidencial de la oferta, aportándola al procedimiento.

En caso de no dispensarse tal carácter, el actor debe separar documentalmente la comunicación por la que remite la oferta de la propia oferta, al ser ésta confidencial. Al estar ésta confidencial y no pudiendo certificarse su contenido, bastará acreditar su recepción, presuponiéndose que la comunicación incorpora la oferta vinculante por el hecho de afirmarlo el actor.

De probarse en el seno del procedimiento, vía recurso de reposición del demandado o excepción procesal, que no existió oferta, se tendrá en cuenta a efectos de multas o costas procesales (art. 7.4 LOMESPJ).

La oferta vinculante únicamente admite rechazo, aceptación o contraoferta (que podrá servir a efectos de reducción o exoneración). La contraoferta no transmuta el MASC en una negociación, sino que constituye una oferta nueva hecha por el requerido, sirviendo

en tal caso de MASC al actor tanto la suya como la del requerido, lo que exigirá probar la recepción (en la forma antes indicada en el punto nº 2), la respuesta negativa del requerido o el rechazo a la contraoferta del actor.

La oferta vinculante no precisa renuncia de derechos para su eficacia ni, en general, ningún MASC, sino cumplir los elementos esenciales de la oferta contractual: **a)** intención de obligarse, **b)** requisitos esenciales del negocio a perfeccionar y **c)** dirigida a persona determinada (STS de 11 de abril de 2000).

25/ OBLIGACIONES SOLIDARIAS Y DEUDAS DE TRACTO SUCESIVO

En el caso de obligaciones solidarias, bastará el MASC empleado contra cualquiera de los deudores solidarios, aplicando extensivamente el concepto acción del art. 1141 CC.

En obligaciones o deudas periódicas y de tracto sucesivo, el MASC entablado contra cualquier de ellas tras su vencimiento, se entenderá ampliado automáticamente para las restantes, y servirá a tal efecto para reclamarlas judicialmente hasta el límite de un año de eficacia del MASC.