

## **PUNTOS CLAVE MASC**

**Adrián Gómez Linacero**

### **Letrado de la Administración de Justicia**

#### **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: RECHAZO EXPRESO Y TÁCITO Y MEDIOS APTOS**

El intento de negociación supone el rechazo expreso (con justa causa o sin ella) o tácito (por transcurso del tiempo) a la propuesta de negociación o a la citación de tercero (conciliador o mediador). En el derecho colaborativo y tercero experto independiente carece de utilidad esta categoría pues ambos se iniciarán de mutuo acuerdo entre las partes.

En caso de rechazo expreso, bastará aportar la comunicación en que se contenga dicho rechazo, se haya remitido la propuesta o citación por medio fehaciente o no (sin que exista ninguna confidencialidad que salvaguardar porque no habrá existido negociación).

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

Para tal fin, sólo sería válido el burofax tradicional con acuse de recibo y certificación de contenido o medio similar fehaciente (requerimiento notarial).

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, del carácter de la reclamación extrajudicial a efectos de allanamiento del antiguo art. 395 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 reúna tal carácter (SSTS 959/2022 y 960/2022, de 21 de diciembre).

Es decir, y como corolario de lo anterior, hay varias formas a través de las cuales una citación (mediación y conciliación), oferta (oferta vinculante), reclamación (pleitos de consumo) o propuesta de negociación (negociación directa) intentada puede cumplir con las condiciones fijadas, en idénticos, términos, respectivamente, en los arts. 10.3, 17.4, DA 7ª y art. 10.2 LOMESPJ, a saber:

- a)** Respuesta del requerido, ofertado o citado rechazando expresamente la comunicación (con justa causa o sin ella) por cualquier medio, fehaciente o no (y deberá aportarse con la demanda y describirse a través del art. 399.4 LEC).
- b)** A través de un medio que pruebe de modo fehaciente la recepción de la comunicación, fecha, contenido y puesta a disposición (burofax, correo certificado o requerimiento notarial).

Siempre que se disponga de domicilio postal, será obligatorio intentar una comunicación por alguno de dichos medios, y valdrá su recepción por cualquiera de las personas del art. 161 LEC.

En caso de domicilio fijado en el contrato, será suficiente su remisión al mismo, sin necesidad de acudir a otros medios, siempre que se reciba la comunicación o pueda presumirse según la doctrina del TC antes expuesta y las condiciones del siguiente apartado.

Debe equipararse al burofax y admitirse las certificaciones de terceros de confianza y el buroemail en los términos del Punto 4.

Las citaciones rehusadas para actos de conciliación o mediación hechas por organismos oficiales (Colegios de Abogados, Notarios, entre otros) deben cumplir las mismas normas, no estando exentas o privilegiadas por ser organismos públicos o plataformas

oficiales.

- c) A través de los mismos medios anteriores, aunque no pueda acreditarse la recepción, pero si presumirse según la doctrina del TC antes indicada.

Para presumir la recepción, en caso de que el primer intento sea negativo (ausente), habrá que volver a intentar, una segunda vez (como en las normas de las notificaciones administrativas), el acto de comunicación, en el mismo domicilio o acudir a medios complementarios. En caso de resultado desconocido no será necesario otro intento, sino remitirlo a otro domicilio (en caso de conocerse) o utilizar otros canales.

- d) Medios telemáticos o físicos no fehacientes (email, sms...), de los que presumir el requisito de la fehaciencia y recepción, por la doctrina del TS citada.

Será necesario agotar todos los medios disponibles (burofax, email, sms...), para presumir la fehaciencia y 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, podría imponérselas en caso de estimación parcial y se las impondrá en caso de allanamiento antes de contestar.

Aunque la ley se refiere exclusivamente, como medios para acreditar el intento de negociación, a “cualquier documento”, debe interpretarse extensivamente el concepto de documento, incluyendo dentro del mismo los medios de reproducción de la palabra, la imagen y el sonido (capturas whatsapp, sms...), que se valoraran conjuntamente con otros medios de comunicación.

Cuando no se conozca el domicilio del requerido, pero si otros medios de localización (email, teléfono móvil...), debe intentarse por estos medios, antes de acudir a la declaración responsable del art. 264.4º LEC, o complementarse dicha declaración con el uso de tales medios.

En caso de que el requerido se de por enterado de la propuesta inicial remitida por medio que no deje constancia fehaciente de la recepción (entre otros, email), podrá aportarse su respuesta, siempre que no diese lugar a una negociación (pues la negociación se acredita con otros medios, indicados en el punto 5).

Es inviable establecer el momento exacto en que deberá presumirse recibida la propuesta (negociación directa o reclamación de consumo), oferta vinculante o citación (a través de tercero) de MASC y, por tanto, fijar el *dies a quo* del plazo de 30 días del art. 10.4.a) LOMESPJ y la determinación del tiempo exacto de la interrupción o suspensión de la prescripción o caducidad, sino que constituye una cuestión a apreciar por el Tribunal de Instancia según la casuística concurrente. No obstante, se propone que la presunción de recepción se compute desde el último intento de comunicación.

### **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).

En este caso, la negociación se convertirá en intento de negociación, y para acreditar dicho intento deberá indicarse 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; con la responsabilidad que procedan en caso de manipulación de datos).

Al convertirse la negociación en intento de negociación, se reputará la conducta del demandado como rehusar participar en el MASC (en los términos del punto 15), y podrá aplicarse la excepción al vencimiento objetivo del art. 394.1 LEC.

Esta conducta, además, 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).

### **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 flexibles), 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.

El email será siempre medio apto en la reclamación extrajudicial de la DA 7ª en cualquiera de los siguientes supuestos: **a)** cuando la empresa tuviere email de la oficina de atención al cliente, **b)** cuando el email constase en el contrato a cualquier efecto, **c)** cuando el email conste disponible en la página web de la entidad y **d)** cuando la empresa, aunque no reúna dichas condiciones, tenga implantación de varios puntos del territorio nacional.

Debe tenerse presente, a los anteriores efectos del apartado c), el art. 10 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

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 (esto es, sin necesidad de fijación contractual, sino cuando se hubiere empleado en la relación jurídica litigiosa u otra entre las mismas partes).

En defecto de estipulación contractual fijando el sistema de comunicación telemático, cuando el actor, junto con el email, aporte otros medios que, aunque no fehacientes, sirvan en su conjunto para deducir que se ha llevado a cabo toda actuación proactiva para tratar de localizar al demandado.

## **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), y no de ninguna otra. En consecuencia, existe una antinomia jurídica que debe resolverse en favor de la confidencialidad, pues en otro caso los Abogados o las partes no negociarían 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, citación, oferta o reclamación extrajudicial, según el MASC empleado.

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.

La admisión del intento de negociación no exige ninguna propuesta concreta de acuerdo, sino la simple invitación a negociar, citación a sesiones, reclamación u oferta.

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 el 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).

Como dicha oferta debe emitirse en un plazo de tres meses, el plazo del mes del art. 10.4.a) LOMESPJ debe ampliarse a los tres meses indicados, hasta conocer la respuesta de la compañía, no admitiéndose la demanda en otro caso.

Además, si la demanda la ejercita un consumidor contra una aseguradora la reclamación extrajudicial del art. 7.1 RDL 8/2004 se equipara a la reclamación de la DA 7ª LOMESPJ.

#### **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 LOMESPJ), 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, ORDINARIO DERIVADO DE MONITORIO Y DEMANDA TRAS CAUTELARES PREVIAS A LA DEMANDA ESTIMADAS**

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.

Si se estiman las cautelares previas a la demanda (exceptuadas de MASC *ex* art. 5.3 LOMESPJ), el actor debe presentar demanda en un plazo de veinte días (730.2 LEC).

La LEC sólo contempla el caso de acuerdo en el MASC previo a esa demanda o de petición de alzamiento de la cautelar en caso de fracaso de la negociación, pero no de mantenimiento de la cautelar y demanda, lo que lleva a excluir el más por las mismas razones temporales antes indicadas.

### **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, citación o reclamación, 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.

El concepto de rehusar también se aplica a la reclamación extrajudicial de consumo de la DA 7ª, pues aunque no encaje en el concepto de participar en un MASC, no deja de ser un MASC privilegiado por la posición jurídica y social del litigante que haría injusto e ilógico despojarle de la regla del art. 394 LEC, lo que servirá también para obligar a las empresas a contestar a las reclamaciones con cierto efecto disuasorio.

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.

La complicación radica en aquellos casos en que se haya presumido, a través de la doctrina del punto 2, la recepción de la negociación, citación o reclamación, por no haberse podido acreditar la recepción.

La presunción de recepción debe examinarse con mayor flexibilidad para la admisión de la demanda (pro actione), pero en la aplicación de la exención del art. 394 LEC, el Tribunal deberá hacer un examen más garantista de dicha presunción, pues de la misma se deriva la no imposición de costas (en caso de vencer), o la imposición en caso de estimación parcial.



## **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.

Por tanto, habrá condena en costas en todo allanamiento anterior a la contestación en un proceso con MASC previo preceptivo, sea cual fuere el resultado del mismo, salvando el caso del art. 264.4.4º LEC.

## **17/ CONFIDENCIALIDAD RECLAMACIÓN CONSUMO DA 7ª Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE DICHA DISPOSICIÓN**

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).

La reclamación extrajudicial no da lugar a una genuina negociación, sin perjuicio de que las partes la inicien voluntariamente.

Por otra parte, la DA 7ª se aplica a toda demanda formulada por un consumidor contra un empresario en ejercicio de cualquier tipo de acción individual, sin distinción, ya tenga su base en una disposición legal o en una condición contractual.

## **18/ APLICACIÓN ART. 19 LGDCCU**

La nueva norma se aplica a toda doctrina reiterada del Tribunal Supremo sobre materia de consumo en interpretación de normas imperativas, no limitándose sólo al concepto estricto de abusividad del art. 82.1 LGDCCU y art. 3.3 Directiva 93/13.

## **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.

En los MASC a través de tercero no existirán problemas para determinar cuando existe negociación y cuando no, pues el hecho de acudir a la citación presumirá dicha negociación, sin perjuicio de que el tercero lo califique de otro modo en la certificación que emita a la parte.

En caso de negociación espuria, tendenciosa o dilatoria, el tercero (conciliador o mediador), dejará constancia de tal extremo en el certificado del art. 10.3 LOMESPJ, y tal conducta se convertirá en intento de negociación, quedando sujeta la parte a las consecuencias del art. 394 LEC así como a una eventual penalización vía 7.4 LOMESPJ, pues de otro modo se fomentarán negociaciones infundadas para esquivar la penalización vía costas del art. 394 LEC (limitado para los casos de intento de negociación).

En caso de negociación directa, dicha calificación no pueden hacerla las partes, pues son afectadas y no neutrales, y se presumirá la buena fe en todo caso, pudiendo, no obstante, describirse dicha conducta en el apartado del art. 399.3 LEC.

## **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 UNA 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 DE ABUSO DEL 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 o prolongue de forma espuria el procedimiento con el único fin de lograr las costas procesales (STS 1715/2024, de 20 de diciembre).

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 o provocado el pleito.

## **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, presumiéndose 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.

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 por 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.

## **26/ INCLUSIÓN DEL COSTE DE LOS MASC EN LA TASACIÓN DE COSTAS**

El art. 241.1.1º LEC no ha sido reformado por la LO 1/2025, de 2 de enero, y aunque existen costes previos al procedimiento necesarios para la tutela judicial y los MASC constituyen un presupuesto imperativo, el elenco de gastos repercutibles en concepto de costas debe reputarse, por seguridad jurídica, un *numerus clausus*.

Los honorarios de una eventual conciliación o requerimiento notarial deben excluirse pues el art. 241.1.6º LEC se refiere a actuaciones necesarias para el desarrollo del proceso, no para su iniciación.

Las costas procesales se devengan por actuaciones que tengan su origen directo o indirecto en la existencia del proceso, no por actos anteriores al mismo (salvo las excepciones del ordinal quinto y séptimo del art. 241.1 LEC).

## **27/ INEXISTENCIA DE CONFIDENCIALIDAD EN CONCILIACIÓN ANTE LETRADO JUDICIAL**

La conciliación ante Letrado Judicial, regulada en la LJV, apta como MASC, no se rige por la regla de la confidencialidad, siendo publico todo lo allí vertido, que deberá quedar grabado conforme exige el art. 147 LEC y podrá aportarse en el proceso posterior.

## **28/ PRECLUSIÓN DE CAUSAS DE OPOSICIÓN Y ALEGACIONES DEL ART. 439 BIS LEC Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE DICHO PRECEPTO.**

El art. 439 bis LEC, en relación con el art. 439.5 LEC, únicamente se aplicará a los préstamos o créditos con garantía real, y no a los personales.

En otro punto, dispone de forma rotunda el art. 439 bis LEC que “*En el caso en que considere que la devolución no es procedente o, en su caso, rechace la abusividad de las cláusulas, comunicará razonadamente los motivos en los que funda su decisión, sin que pueda alegar otros diferentes en el proceso judicial que se siga*”.

El tenor literal de la norma es claro consagrando una preclusión procesal (similar a la del art. 400.1 LEC pero en fase preprocesal) en relación con los motivos que no se hayan aducido en la reclamación extrajudicial previa en procesos de nulidad promovidos por consumidores sobre créditos o préstamos con garantía real, siendo aplicable también la preclusión a los casos de silencio del empresario ante la reclamación efectuada.

## **29/ FORMA DE LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE TERMINACIÓN DE LAS NEGOCIACIONES (10.4.D) LOMESPJ).**

Dicha comunicación debe remitirse por el mismo medio que la inicial, preferentemente por medio fehaciente que permita dejar constancia de la recepción o presumir la misma según la doctrina del punto 2).

No obstante, valdrá un medio que no cumpla dichas condiciones cuando se pruebe que la declaración unilateral de terminación se ha remitido al mismo medio en que el demandado contestó e inició negociaciones, aportando a tal extremo su contestación a la propuesta inicial con supresión de los datos de la negociación (con las responsabilidades que procedan en caso de manipular datos).

No es preciso el transcurso de ningún plazo mínimo desde la apertura de la negociación hasta la declaración de terminación para su eficacia.

## **30/ CÓMPUTO DE LOS PLAZOS**

Los plazos de treinta días y tres meses del art. 10 LOMESPJ, son plazos sustantivos, computables por días naturales.

En caso de negociación, el *dies a quo* de los tres meses será la recepción de la propuesta de negociación, reclamación, oferta o citación al requerido o citado.

En caso de intento de negociación, la fecha de la recepción de dichos actos o de su presunción a través de la última comunicación.

## **31/ CONTENIDO Y ACCESO AL PROCESO DE LA SOLICITUD DE CONCILIACIÓN PRIVADA O MEDIACIÓN Y CITACIÓN AL DEMANDADO.**

El art. 16.1 de la Ley de Mediación, que pudiera servir de referencia, no regula el contenido de la solicitud de mediación.

La LOMESPJ, por lo demás, no regula si la solicitud debe acceder o no al proceso en los casos de negociación o intento de negociación.

Entendemos que, al igual que la propuesta de negociación directa, si existe negociación, la solicitud deberá quedar al margen del proceso, pues bastará, en este caso, para acreditar el requisito del MASC, el certificado del art. 10.3 LOMESPJ.

La solicitud si debería aportarse, junto con la citación al demandado y su resultado, en los casos de intento de negociación (cuando el requerido rechace expresa o tácitamente la citación a las sesiones de conciliación o mediación).

La citación, como hemos expuesto en el punto 2, no exige ninguna propuesta de acuerdo, sino una mera invitación a acudir a la sesión fijada, identificando el objeto de la negociación y la parte solicitante.