

LOS MASC Y SU IMPACTO PROCESAL TRAS LA LO 1/2025, DE 2 DE ENERO: PREGUNTAS Y RESPUESTAS EN CLAVE PRÁCTICA

Adrián Gómez Linacero

Letrado de la Administración de Justicia

Resumen: La LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia, representa la mayor transformación reciente de nuestra estructura judicial mediante la creación de los Tribunales de Instancia y significa un profundo cambio de paradigma en la jurisdicción civil a través de la implantación de una fase preprocesal preceptiva de negociación entre los contendientes en la mayoría de asuntos de esta naturaleza.

La reforma presenta, en lo concerniente a la configuración de los MASC, como toda transformación de hondo calado, una serie de incógnitas y puntos de fuga, algunos de cierta entidad, que precisan una aproximación explicativa en clave práctica para intentar evidenciar potenciales problemas interpretativos y procurar ofrecer, a la vez, alguna respuesta al respecto o, como mínimo, en esta etapa postlegislativa tan incipiente, generar un debate serio, racional y formativo.

I. ¿DESCONGESTIÓN JUDICIAL O MÁS DILACIÓN PARA EL JUSTICIABLE? APROXIMACIÓN CRÍTICA A LOS MASC Y AL ESTADO ACTUAL DE LA JUSTICIA

El Preámbulo de la LO 1/2025, de 2 de enero (en adelante LOMESPJ), lanza, con guiños al Derecho comparado y la Ilustración, una idea metafórica grandilocuente: *“antes de entrar en el templo de la Justicia, se ha de pasar por el templo de la concordia”*¹.

La modificación legislativa aprobada representa, sin duda, la mayor transformación de la organización judicial española de la etapa democrática y una de las reformas, sino la que más, de mayor calado de nuestro orden procesal después de la LEC 2000 en ese mismo período constitucional.

Dicho eso, a ningún operador jurídico se le escapan las constantes demandas que vienen produciéndose desde determinados grupos o sectores del entorno jurídico, y también político, de desjudicialización de los conflictos legales mediante el recurso a medios alternativos extrajudiciales de solución de controversias que permitan descongestionar la saturada justicia, en incremento progresivo de tasas de litigiosidad.

Afirma ROCA MARTÍNEZ² con espíritu crítico hacia el modelo de los MASC, señala que *“Este movimiento «pro alternativas» se activa de manera cíclica, con desigual intensidad y apoyado en justificaciones muy diversas”*.

¹ Expresión que parece atribuirse a Louis Prougnon

² MARTÍNEZ ROCA, J.M. (2024). De la desjudicialización a la administrativización de la justicia. *Diario la Ley. Sección Tribunales*.

ALISTE SANTOS³, por su parte, apunta más duro, al señalar que han sido “*décadas de cultivo por grupos profesionales y lobbies de presión interesados en el lucrativo negocio de la resolución de conflictos jurídicos*”.

Ambas realidades (saturación de la justicia y fomento crematístico de los MASC), son, a mi juicio, ciertas y no pueden obviarse en un análisis independiente y riguroso del régimen procesal de los MASC promulgado por la LOMESPJ.

Es decir, el estudio del fundamento de los MASC y su razón de ser debe descansar en las siguientes premisas básicas, enunciadas a modo de epítome: **a)** en España existe una tendencia, de cuño cultural, hacia la judicialización del conflicto, **b)** en nuestro país la saturación de la jurisdicción civil (incluyendo los tribunales mercantiles) y el incremento de la litigiosidad, propulsada en parte por las reclamaciones monitorias y los procesos de consumo, es un axioma sin discusión y **c)** existen grupos de interés, como en todo sector, con mayor o menor influencia de poder, especialmente interesados en los MASC.

Los análisis que ponen la atención en la necesidad de instaurar medios alternativos de resolución de litigios, pasan por alto que la saturación de la justicia no es consecuencia forzosa de la carencia de aquéllos y de la falta de acuerdos extrajudiciales, pues es bien sabido que, antes de esta reforma, los abogados ya intentaban un acuerdo consensuado para evitar un pleito, cuando dicho acuerdo era posible, y si decidían acudir a los tribunales (que a nadie agrada, como ir a los médicos), es porque, seguramente, no quedaba otro remedio con el actual sistema (aunque no siempre).

Además, los medios alternativos extrajudiciales son especialmente aptos, sin duda, para determinadas materias (v.gr., familia), así como para aquellas en que existan dudas jurídicas o fácticas sobre la controversia (pocas, como ahora veremos), pero extender de manera indiscriminada su uso a todo litigio parece algo poco ortodoxo, ajeno a la realidad de las relaciones jurídicas, además de una condena a un peregrinaje extrajudicial primero, y luego judicial, hasta obtener la tutela judicial (que al final quedará malparada).

Al final, los ciudadanos no buscan un mediador o conciliador que acerque sus posturas, ya enfrentadas previamente, sino que cuando se ha llegado al conflicto es porque la situación exige y demanda la intervención de un tercero, ya sea un juez, un árbitro o un tercero independiente, cuya decisión sea vinculante y ejecutiva (factor importante) y se acuerde sin largas dilaciones.

Es decir, el ciudadano busca una solución –no un acercamiento– adoptada por un tercero, cualificada, ejecutiva y a través de un trámite sencillo. Los Juzgados y el sistema arbitral cuentan con los primeros atributos (tercero, ejecutividad y profesional preparado), los MASC con ninguno (salvo la conciliación notarial y judicial con el carácter ejecutivo), y sólo el sistema arbitral cuenta con todos ellos.

Y, esa posibilidad, la de derivar la resolución de un conflicto a un tercero decisorio, cuyo acuerdo sea vinculante y ejecutivo y no dependiente de la voluntad de las partes, mediante un proceso sencillo, no aparece contemplada en la LOMESPJ.

³ ALISTE SANTOS, T. J. (2023). ADR y digitalización como premisas para la transformación eficiente de nuestro sistema de justicia civil. *Actualidad Civil*. n.º 11.

El arbitraje, en este punto, me parece la alternativa más eficaz y garantista frente a la justicia, que cuenta, además, dada su fuerte especialización, con profesionales altamente cualificados con conocimientos más asentados sobre su materia que muchos jueces (un abogado árbitro, dedicado exclusivamente al derecho inmobiliario o de consumo tendrá, con toda seguridad, más conocimientos en esa parcela que un juez que abarca toda la jurisdicción civil). Además, su decisión final está dotada de fuerza ejecutiva tras un proceso rápido, ágil y fluido (factor decisivo).

En este punto, bien podría haberse adoptado la decisión que establecer sistemas arbitrales financiados públicamente (para evitar el coste al justiciable), o no financiados (a elección de las partes), alternativos al judicial para determinados litigios, de tal manera que las partes pudieran escoger entre acudir a la jurisdicción (que al final tiene el monopolio en la resolución de los litigios por mandato constitucional) o al sistema arbitral, mediante una externalización de la justicia (su funcionamiento público ha demostrado ser deficitario).

Los Notarios, en este mismo análisis, constituyen una alternativa de muy elevada preparación, con facultades concedidas para conciliar a través de un trámite expeditivo que puede concluir, en caso de acuerdo, con una escritura pública ejecutiva, a lo que debe añadirse, como respaldo de su intervención, el prestigio social, confianza y carácter solemne que en nuestra cultura representa esta profesión.

Además, los Notarios harán costar en el Acta las posturas de las partes, lo que puede servir de medio fiable al Juzgado para calificar la conducta de una u otra parte como poco colaborativa o de mala fe a efectos de imponer o tasar posteriormente las costas (art.7.4 LOMESPJ y art.394 y ss. LEC).

Por otra parte, los análisis sobre las virtudes de los MASC (que las tienen), obvian que la saturación de los tribunales es un mal endémico estructural que obedece a razones sistémicas de hondo calado, con escasos atisbos de superación si no se dota de más medios materiales humanos y económicos (presupuestariamente uno de los Ministerios con menor inversión).

Pero, además, y aquí no apporto más que mi valoración personal, la transformación de nuestra justicia, en una justicia eficaz, ágil y moderna, no depende exclusivamente de la variable de la falta de medios, cliché trillado, constantemente repetido en todos los foros, sino, a mi juicio, de la ejecución de otras medidas, políticamente no muy correctas.

Ello implicaría, por tanto, a modo de propuesta transformadora (que sabemos tendrá poco recorrido), además de la anterior, las siguientes medidas:

- 1) Es imprescindible superar la burocratización del proceso judicial y agilizar la tramitación de los expedientes judiciales, simplificado los trámites superfluos, partiendo de la máxima de que el proceso es un medio y no un fin en sí mismo.

Colapsan sobremanera la eficacia de los juzgados los actos de comunicación con las partes en papel, para su localización, citación, emplazamiento, etc. Sin perder las necesarias garantías legales podría avanzarse hacia un sistema seguro de dirección electrónica obligatoria (vinculada al DNI) que permitiera remitir todas las comunicaciones por esa vía e impusiese a los ciudadanos la carga de verlo o revisarlo,

dándose por efectuada la comunicación en caso contrario. O, en otro caso, vías alternativas, como la propuesta por MAGRO SERVET⁴, de un cuerpo estatal para comunicaciones personales del sector público.

En este punto, la LOMESPJ asesta un golpe mortal al art. 155.1 LEC (por temor a un rapapolvo del tribunal de garantías), que había, por fin, permitido emplazar directamente a las personas jurídicas por edictos (obligadas a comunicarse telemáticamente con la administración hace ya años), en caso de falta de apertura del emplazamiento telemático, obligando de nuevo a remitirles la demanda en papel (anacronismo que solo persiste en justicia).

2) La seguridad jurídica y la certeza sobre los criterios de interpretación de las normas son fundamentales para el buen funcionamiento de la justicia, motor de la economía y del desarrollo social. Con el actual modelo de taifas judicial, regido por la máxima un Juzgado un criterio, ambos principios quedan resentidos. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo de unificación de dichos criterios, además de no darse (por razones de alcance y limitación del recurso) en todas las instituciones sustantivas y procesales y supuestos, llega tarde y de forma confusa no pocas veces.

Para suplir esa carencia se defiende la creación de una Comisión de interpretación de las normas formada por profesionales de acreditada talla jurídica de cada especialidad (Catedráticos, Jueces, Inspectores, Abogados, Notarios, Registradores...) encargada de ofrecer respuesta rápida a las dudas y conceptos oscuros previa solicitud de los órganos que se predetermine (por ejemplo, de los tribunales superiores de justicia, previa reunión de su sala de gobierno con petición de los jueces de la región o de los Colegios de Abogados) a través de una guía interpretativa anual (o de la periodicidad que se fije) sobre cada norma

Los miembros de esa Comisión podrían ser elegidos sino por los ciudadanos (previa terna propuesta por estamentos jurídicos) o directamente entre miembros de cada estamento jurídico (asociaciones judiciales, consejo general de la abogacía y procura, asociaciones de letrados judiciales, rectorados, asociación de abogados del estado, colegios notariales, etc.) previa superación de una fase concurso-oposición, con un mandato único de cuatro años.

3) Sería sano para la calidad de nuestras instituciones y su necesaria productividad, extrapolar dinámicas del sector privado, con incentivos económicos a los más eficaces.

Asimismo, parece conveniente replantear el modelo funcional vitalicio o perpetuo del siglo XIX y habilitar mecanismos rigurosos (para evitar intromisiones del poder político) de rendición o supervisión periódica que permitan separar de su puesto a quien, objetivamente, no cumpla adecuadamente sus funciones.

⁴ MAGRO SERVET, V. (2011). Ejecución de actos de comunicación por correo, telegrama u otros medios semejantes incluidos los tecnológicos: hacia la creación de la figura de los notificadores de la administración en general. *Práctica de Tribunales*. Nº 80.

4) Es indudable que los recursos son muy limitados y que, objetivamente, la justicia es uno de los sectores públicos más desatendidos por los Presupuestos Anuales del Estado, siendo imprescindible, como objetivo de primer orden, mejorar su dotación, humana y material.

5) Por último, como medida de higiene, se antoja ineludible sanear la composición y funcionamiento interno de los órganos directivos y de gobierno coexistentes en la Administración de justicia y evitar, como en cualquier administración, prácticas de nepotismo, clientelismo o corporativismo.

Debe alzarse por encima de cualquier consideración la defensa de los principios de mérito, transparencia y capacidad en el nombramiento de puestos relevantes en la Administración de Justicia en todas sus vertientes.

6) La jurisdicción civil está saturada de litigios (consumo y financiero) que no deberían llegar nunca a judicializarse, bien porque existe doctrina reiterada del TS y TJUE que obligaría a las empresas a llevar una conducta pro activa en aplicación del principio de indemnidad, bien porque procedería sustanciarlas por cauces no judiciales (o a través de unidades funcionales especializadas bien dotadas de personal).

Particularmente, y ya en términos materiales alejados del debate académico, me van a permitir, por prudencia preventiva, dados los antecedentes de otras reformas de hondo calado (como la frustrada Oficina Judicial) sin dotación efectiva, mostrar ciertos y fundados recelos, por defecto, frente a toda reforma estructural de nuestra planta y, en lo que a este artículo interesa, proceso judicial, acompañada de grandes declaraciones de intenciones.

Las grandes reformas legales, como todo proceso de modificación de una institución, y ésta en concreto, deben someterse al contraste con la realidad material de la sociedad y al análisis ponderado de sus disposiciones, sin dejarse arrastrar por la ingenuidad o emoción de la novedad.

Por ello, tengo cierto escepticismo, del que espero salir creyente y equivocado, respecto a la, tan deseada por los MASC, reducción de la litigiosidad y descongestión de la saturada jurisdicción civil. Por el contrario, éstos, mal aplicados o configurados por el legislador, e impuestos como requisitos de procedibilidad, pueden llegar a convertirse en una carga o trámite más a sortear por el ciudadano, para lograr la tutela de sus derechos mediante sentencia u otra resolución.

Es decir, existe cierto riesgo de que, o bien las cosas se queden parcialmente como estén (por las razones que ahora veremos), al permitirse que el requisito de los MASC se cumpla con una mera reclamación extrajudicial directa hecha por abogado o por el propio actor (parcialmente porque ello incrementará los costes para el justiciable y alargará los tiempos para acudir a la jurisdicción), o bien, y también en el anterior escenario, se dilate aún más la pendencia del proceso judicial y la resolución del litigio con un previo sistema de MASC ineficaz (ya antes de la reforma es práctica habitual que los abogados busquen siempre un acuerdo antes que ir al juicio).

Ese riesgo, no desdeñable, es debido a las siguientes razones: **a)** falta de financiación y dotación material y económica efectiva de algunos medios de solución alternativa de conflictos, particularmente la mediación, **b)** el cumplimiento de los MASC, como hemos visto (y no es una crítica), podrá cumplirse, como ya se hacía antes en no pocos casos, mediante reclamación directa entre las partes (evidente, pues, de lo contrario, se obligaría a acudir a medios costosos y tediosos de solución de conflictos y cercenaría el derecho a la tutela judicial efectiva) y, **c)** de nuevo, la falta de cultura nacional de acuerdos y pactos.

Con todo ello, con esas reservas, y sin ser ni mucho menos agorero ni involucionista, considero que, la reforma, en términos generales, era necesaria para avanzar, no sólo en perspectiva interna y nacional, sino también comparada con los sistemas procesales de nuestro entorno, en la inaplazable senda de la modernización de la justicia y agilización en la resolución de los conflictos.

Aunque también creo, dicho sea de paso y por aprovechar la ocasión para reivindicar el Cuerpo al que pertenezco, que un modelo de reducción de la litigiosidad más eficaz habría consistido en trasladar al ámbito civil el modelo de la jurisdicción social, en que un número sustancial de asuntos se resuelven por conciliación ante el Letrado Judicial, fijando la conciliación ante éste durante el procedimiento, y no antes del procedimiento, al estar comprobado que la sede judicial, por razones de la más variada índole, propicia más los acuerdos que las fórmulas no judiciales y que, los litigios que llegan a los Juzgados, ya han agotado antes por todos los medios las opciones de acuerdo.

Por último, creo sinceramente que la reforma introduce conceptos indeterminados y borrosos en el nuevo régimen de costas procesales, para su imposición o modulación (art. 7.4 LOMESPJ y arts. 394 y ss. LEC), como colaborar en los MASC, rehusar participar en los mismos o abuso del servicio público de justicia, devastadores sobre el derecho del ciudadano a conocer las consecuencias económicas del pleito (inherente a la tutela judicial efectiva), por conllevar un margen de discrecionalidad excesivamente amplio para el poder judicial en su aplicación.

Expuesto lo anterior, y con el modesto propósito de intentar detectar defectos, lagunas o potenciales problemas prácticos que pueden presentarse en la aplicación de los MASC y su posterior impacto procesal, voy a plantear una serie de preguntas y respuestas a determinadas situaciones que, desde la perspectiva del operador jurídico institucional y privado, pueden tener relevancia no solo procesal sino también sustantiva.

1. ¿Se convertirán los MASC en un trámite más para el ciudadano que dilatará aún más la tutela judicial efectiva?

Empezaré por la que es mi opinión personal: los MASC pueden -esperemos que no- ocasionar mucho ruido, más dilaciones en la tutela de los conflictos, pocos acuerdos, más esperas judiciales y pocas nueces; alargar lo inevitable, la interposición de la demanda.

Un poderoso factor que puede contribuir -con imposición o *manu militari* legislativa- a atajar esa funesta predicción es el juego que van a desempeñar los MASC en el régimen de las costas procesales, además de otros factos adicionales, con menos peso seguramente, que luego se dirán.

Concretamente los arts. 7 LOMESPJ y arts. 394 y 395 LEC (luego los veremos), que permiten modular o excepcionar las costas tanto en su imposición como en su tasación cuando alguna de las partes hubiere rehusado participar o colaborar en la negociación, rechazado el acuerdo o abusado del servicio público de justicia, conceptos todos ellos indeterminados idóneos para la discrecionalidad judicial (enemiga del principio de interdicción de la arbitrariedad a que propende toda discrecionalidad del poder, con más reprobación si cabe tratándose de un derecho fundamental, pues no conocer las consecuencias patrimoniales de iniciar una acción es una limitación de facto al acceso a la jurisdicción que desincentiva su uso).

La capacidad de las partes de ceder en sus posturas, inherente a todo medio alternativo, no debe exigirse como un mantra totalitario en aquellos asuntos en que una de las partes, frecuentemente la reclamante, tenga su derecho clara o indiscutiblemente reconocido por la ley o por un contrato. Ceder en algo que legítimamente corresponde, sólo por evitar un pleito dada la duración de éste, no parece un argumento consistente para persuadir a los ciudadanos a perder parte de sus derechos.

La respuesta a este interrogante, de corte más reflexivo que práctico, dependerá, en primer lugar, de la cultura del acuerdo que sepan trasladar a las partes los operadores jurídicos, particularmente los Abogados (primera persona de contacto en todo conflicto), especialmente en aquellas controversias, que por su naturaleza (familia, consumo...), admitan, incluso aconsejen, una solución extrajudicial, aunque sea cediendo algo de lo que, estrictamente, tendría derecho a reclamar (el dicho popular “vale más un mal acuerdo que un buen pleito”, recoge con exactitud dicho *desiderátum*).

Dependerá también la respuesta al interrogante de que los Abogados sepan trasladar a las partes una visión práctica del Derecho. Por ser gráficos, y acudiendo a un refrán familiar, “*los juzgados, como los médicos, cuanto más lejos mejor*”. Es decir, hay que saber transmitir que: **a)** aun teniendo razón, la obtención de una Sentencia puede demorarse 4 o 5 años, **b)** incluso con Sentencia, su ejecución puede ser imposible, dada la ineficacia de nuestro sistema de ejecución (la reforma pierde la oportunidad de oro de convertir a los Procuradores en auténticos agentes de ejecución, y no a través de la atribución sin contenido hecha por el legislador) y **c)** con el nuevo régimen arbitrario de las costas las partes pueden quedarse sin costas, perdiendo el desembolso hecho a los profesionales.

Tendrá enorme trascendencia la estrategia de los Abogados en la elección de un medio de solución de controversias u otro, especialmente condicionado por la repercusión que luego ello pueda tener en las costas procesales (lo que no aparece del todo claro en los preceptos del régimen de costas procesales modificados por la LEC en detrimento de la seguridad jurídica).

Asimismo, el éxito o no del sistema de los MASC, no creo que pueda atisbarse sino a medio y largo plazo, cuando empiecen a cristalizar en los incidentes de costas procesales las consecuencias que pueda tener una voluntad renuente al acuerdo, en aplicación del nuevo régimen de costas aprobado por la reforma, que permite excepcionar la regla general del vencimiento en función del resultado del intento de negociación previo, y del capital art. 7.4 LOESPJ, piedra angular sistémica de las costas.

Un factor innegable para coadyuvar al indeseado efecto de dilatación judicial, antes apuntado, es el netamente temporal que va a conllevar la implantación de cualquier medio de negociación extrajudicial frustrado, sea el que fuere (aunque, especialmente, los que operan por medio de terceros), pues habrá que estar a la espera de la respuesta de la contraparte, y al cumplimiento de determinados plazos, antes de acudir a la jurisdicción, cuando, en muchos casos, se sabe desde el principio del conflicto que no existirá opción de acuerdo alguno.

Se podría haber introducido una excepción a la imposición de los MASC, además de en los procedimientos del art. 5.2 LOMESPJ, en aquellas controversias en que, por su contenido, predisposición de las partes u otras condiciones, se apreciaren de imposible transacción, concediendo a este respecto al Abogado de la actora, dado su papel colaborador con la Justicia, la facultad de realizar esa calificación de inviabilidad de acuerdo en la demanda (incluso acreditando los intentos fallidos de acuerdo extrajudicial)

Por último, puede que gran parte de los procedimientos en que se exige el cumplimiento de un intento de negociación, éste se convierta en un mero trámite más, a superar mediante reclamación directa entre las partes, práctica que ya existía antes de la reforma, pero sin ser obligatoria, lo que puede alargar los tiempos de obtención de una sentencia, salvo que el sistema de costas procesales disuada de reclamaciones vacías sin vocación de acuerdo o contestaciones a ésta infundadas.

2. El coste de los MASC, particularmente los honorarios de terceros, ¿serán repercutibles en las costas procesales?

Los MASC, en todas sus figuras previstas por la LO 1/2025, de 2 de enero, no conforman, como recuerda CALAZA LÓPEZ⁵ en su brillante decálogo, un *numerus clausus*, por lo que puede haber otros distintos de los tasados que generan también gastos a las partes.

Para intentar arrojar luz sobre la pregunta debe conjugarse la aplicación de los arts. 242 LEC y art. 11 LOMESPJ.

El art. 11 LOMESPJ únicamente establece la evidente obligación de las partes de abonar los honorarios de los Abogados que intervengan en el proceso negociador, en una innecesaria previsión, toda vez que la relación abogado-cliente, en cualquiera de sus fases, es siempre una relación de prestación de servicios (casi siempre onerosa), que se rige por nuestro Derecho material, mediante la libertad de precio y pactos.

Esta previsión viene acompañada de la importante institucionalización del servicio de justicia gratuita para actos previos al proceso, que sí requería aclaración y regulación al respecto.

En este sentido, el alcance de esta norma, que extiende la justicia gratuita a los MASC, guarda coherencia con el contenido material del derecho de asistencia jurídica gratuita consagrado por el art. 6.1 LAJG, que incluyen dentro del mismo el “*Asesoramiento y*

⁵ CALAZA LÓPEZ, S. (2025). Decálogo procesal de urgencia: claves de la reforma de la ley orgánica de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia. *Diario La Ley*.

orientación gratuitos previos al proceso a quienes pretendan reclamar la tutela judicial de sus derechos e intereses, así como información sobre la posibilidad de recurrir a la mediación u otros medios extrajudiciales de solución de conflictos”.

Sin embargo, existe una frontera difusa, aunque susceptible de distinción, entre el contenido de la asistencia jurídica gratuita por asesoramiento u orientación arriba transcrito, y el de la intervención en el proceso negociador, por la diferente naturaleza que tienen una y otra actuación.

En cualquier caso, lo relevante es determinar si el coste de los MASC, y los honorarios, no de los abogados que asesoren a las partes, sino de los terceros (que pueden ser también abogados) que asuman el rol de una figura externa de negociación (mediador, conciliador, tercero experto independiente y abogado colaborativo), será repercutible o no a la parte vencida o condena en costas, lo que obliga a examinar el art. 241.1 LEC, según el cual se consideran gastos y, posteriormente costas, desembolsos que tengan su “*origen inmediato y directo en la existencia*” del proceso incluidos en la lista de conceptos del art.241.1 LEC.

Dentro de este precepto, sin embargo, no existe ningún concepto en el que puedan subsumirse los gastos ocasionados por actos previos al proceso ni la LOEMSPJ añade el coste de los MASC, pudiendo haberlo hecho, como categoría repercutible.

Aquí encontramos el primer escollo, toda vez que, como apunta MORENO CATENA, los gastos previos al proceso, a veces indispensables para la tutela judicial, no deben su origen inmediato a la existencia del proceso.

El factor decisivo para transformar los créditos o actos privados (honorarios de Letrado, gastos de peritaje, aranceles, tasas, etc.) originados con motivo de un proceso judicial, y por tanto, gastos procesales, en costas procesales, es decir, en una deuda repercutible *ex lege* en la contraparte, es su inclusión en el listado de gastos devenidos costas del art. 241.1 LEC.

Para resolver a este dilema, que, como señala PÉREZ GUERRA, ya se ha planteado en otras ocasiones respecto a requisitos de procedibilidad preprocesales de reclamación previa similares (*v.gr.*, reclamación previa del asegurado a la aseguradora, impuesta como preceptiva por el art. 7.1 RDL 8/2004, de 29 de octubre), debe determinarse si el elenco de conceptos del art. 241.1 LEC constituye o un *numerus clausus* o *apertus*.

Este dilema, no resuelto por la jurisprudencia y dependiente del criterio de cada Juzgado, parece inclinarse por la posición del listado cerrado (PÉREZ GUERRA y PÉREZ CASTRO), toda vez que el art. 241.1 LEC es claro al delimitar las costas al pago de los conceptos enunciados, sin que exista en ese elenco una norma que permita atraer, a modo general, otro tipo de gastos

Por ello, el hecho de que un gasto procesal se corresponda con un requisito de procedibilidad no lo convierte, al menos no de forma rotunda según lo argumentado, en un coste del proceso repercutible a la contraria.

La tesis del *numerus clausus* de costas procesales se basa en razones de objetividad y seguridad jurídica, para evitar la introducción sorpresiva por la vencedora de gastos no tasados que oscurecería el conocimiento por la parte de las consecuencias procesales que

tendrá el litigio, elemento inescindible del derecho a la tutela judicial efectiva, que exige información rigurosa y seria al litigante (actualmente inexistente tras la lapidaria doctrina de la Sala de lo Contencioso del TS, anulando los baremos de los Colegios de Abogados) sobre el coste que puede suponer el ejercicio de una pretensión.

Además, el art. 241.1.5º LEC ya incluye expresamente gastos correspondientes a actos realizados con carácter previo a la demanda (certificación registral, nota simple, documento...) preceptivos para su admisión según disposición legal, lo que podría servir de argumento para sostener que dicho precepto ya ha tenido en cuenta gastos previos al proceso, desechando otros distintos a los fijados en dicho concepto.

No faltan autores, como ACHÓN BRUÑÉN, para los que la interpretación sistemática del resto de preceptos de la LEC, permite deducir la existencia de otros gastos no tasados (aunque la autora menciona como ejemplos gastos ocasionados en el procedimiento).

La respuesta, por tanto, a la pregunta formulada, no tiene, para perjuicio de la seguridad jurídica, una respuesta clara, dado el silencio del legislador, que bien podría haber precisado un extremo de tal trascendencia, abocando al siempre indeseable escenario de los reinos de taifas judiciales en que imperan grandes dosis de discrecionalidad (si no de arbitrariedad).

En mi opinión, todos los gastos originados como consecuencia de actuaciones previas al proceso, exigibles por normas de derecho imperativo, deberían poder repercutirse en las costas procesales, pues se trata de un gasto, como cualquier otro, de origen procesal y legal, necesario formalmente para la admisibilidad de la demanda.

La diferencia entre gasto procesal previo al proceso o constante el proceso resulta técnicamente estéril, pues lo determinante para su repercusión es que se trate de un gasto impuesto por la Ley para la iniciación o continuación del proceso.

Si las certificaciones registrales, notas simples u otros documentos que deben acompañarse en casos excepcionales a la demanda son subsumibles en las costas, bajo el fundamento de corresponder a presupuestos de admisión de la demanda, ¿por qué no incluir conceptos análogos como el coste de los MASC?

Lo contrario sólo conduce a trasladar al vencedor en pleito, que se vio obligado a litigar por el incumplimiento de la otra parte, una carga o gravamen ajeno a su voluntad, pero necesario para hacer eficaz su derecho (y lo mismo podría mantenerse para todo gasto preprocesal, exigible procesalmente o no, que fuera necesario para el éxito material de la pretensión).

3. El art. 10 LOEMSPJ exige acreditar el intento de negociación de forma fehaciente, probando la remisión, su fecha y la posibilidad de acceso a su contenido ¿Qué ocurrirá en aquellos supuestos en que no sea posible acreditar alguno de esos extremos? ¿Y con los medios electrónicos?

Este es, sin duda, uno de los principales problemas a que se enfrenta la aplicación procesal de los MASC, cuando no haya existido actividad negociadora (y también cuando haya existido de forma directa entre las partes, como luego veremos) y uno de los mayores desafíos en el control del presupuesto de admisibilidad de la demanda de los reformados art. 266.4º y 399 LEC, que exigiría, sino una reforma legal clarificadora, doctrina

jurisprudencial sólida y pacífica (aunque no llegará, hasta bien transcurridos bastantes años, por la propia mecánica de nuestro sistema de recursos, si es que llega, por la inviabilidad de que un Auto de inadmisión acceda tras la apelación a la nueva casación).

El precepto que, por su relevancia, ahora transcribiremos, es caldo de cultivo idóneo para la fragmentación de los criterios aplicables en su interpretación, dañando severamente, no sólo la certidumbre de toda norma, sino el derecho de acceso a la jurisdicción. Éste, aunque sólo se ve conculcado cuando la decisión de inadmisión de una demanda es infundada o irrazonable, sufre daño o deterioro frente a requisitos legales de acceso a la misma equívocos u oscuros, amén del hecho indudable de que existirán aplicaciones judiciales rigoristas contrarias al principio *pro actione* que, con la idea clandestina y subyacente de “*quitarse trabajo*” los profesionales, retorcerán la aplicación de la norma.

La interpretación de los presupuestos de admisibilidad debe estar presidida por la reiteradísima doctrina del TC sobre el principio *pro actione*. Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, contenida, por todas, en SSTC de 21 de marzo de 1981, 13 de mayo de 1987 y 15 de abril de 1991, que el derecho a la tutela judicial efectiva impone, “*una interpretación de las normas que rigen el acceso a los Tribunales del modo más favorable para el principio “pro actione”, y no de tal manera que la obtención de una resolución sobre el fondo sea dificultada u obstaculizada con interpretaciones rigoristas o indebidamente restrictivas de aquellas normas procesales...requisitos que, de acuerdo con el principio “pro actione”, habrán de interpretarse con flexibilidad, de suerte que su falta sólo podrá conducir a un pronunciamiento de inadmisión o de desestimación por motivos formales si la subsanación no ha sido posible o si se trata de requisitos esenciales que resulten proporcionados a los fines constitucionalmente protegibles”*.

El principio desarrollado no significa, bajo ninguna circunstancia, prescindir, suprimir o derogar requisitos preceptivos de los actos procesales, su desarrollo y eficacia, sino su flexible concepción, partiendo siempre de la máxima (olvidada en ocasiones por la práctica forense), de que el proceso es un medio, para lograr una resolución sobre el fondo, y no un fin en sí mismo, y que las normas procesales no conforman compartimentos estancos, sino un sistema cohesionado que debe atender en su formulación a un criterio finalista.

Además, el rigorismo que exige la norma en la acreditación del intento de negociación, es también, desde otro prisma, terreno proclive para conductas dilatorias y de mala fe de la parte demandada, o simplemente condición objetiva para dificultar el acceso a la jurisdicción del justiciable por el tiempo y recursos que tendrá que emplear en obtener un medio que sirva para tal acreditación.

La norma en cuestión declara textualmente que “*podrá acreditarse el intento de negociación mediante cualquier documento que pruebe que la otra parte ha recibido la solicitud o invitación para negociar o, en su caso, la propuesta, en qué fecha, y que ha podido acceder a su contenido íntegro”*.

De esta redacción se deducen tres requisitos, nada laxos, para la admisión de la demanda en que el MASC haya resultado infructuoso, a saber: **a)** prueba de la entrega de la solicitud, con el carácter recepticio y fehaciente, **b)** acreditación de la fecha, con la misma fehaciencia y **c)** accesibilidad del destinatario a su contenido.

¿Qué medio, de entre los habitualmente utilizados en las comunicaciones extrajudiciales, sirve, sino de manera exclusiva, muy mayoritaria, para acreditar esas tres condiciones?: el burofax físico o electrónico con acuse de recibo y certificación de contenido (no parece que vaya a acudirse mucho, como no se hacía antes, salvo litigios de alto valor económico, a otras fórmulas con idéntica o mayor garantía, como el requerimiento notarial o la carta por conducto notarial).

La norma desecha, por tanto, en principio, todo instrumento de comunicación extrajudicial que no sea fehaciente, y esta opción si bien es seria y rigurosa, para evitar “coladeros” de reclamaciones sin garantías de recepción ni conocimiento de su contenido, resulta de oneroso o molesto cumplimiento en algunos supuestos, además del coste económico que supone.

Bien puede ocurrir, por lo demás, que la demandada tenga múltiples domicilios, o que sea esquiva o renuente a la recepción de la reclamación por medios oficiales fehacientes. En este caso, no quedará más remedio, además que agotar los distintos domicilios, y sumar tiempo perdido hasta la tutela judicial, que aplicar la doctrina jurisprudencial sobre los efectos de las comunicaciones extrajudicial rehusadas.

Tal como señala la SAP Alicante, Sección 9ª, de 12 de abril de 2019: *“un Burofax no entregado por ser rehusado o no retirado no implica una acreditación de falta de conocimiento por parte del destinatario, sino que por el contrario prueban la voluntad renuente del mismo a recoger la documentación”*.

La doctrina constitucional (aunque referida a las relaciones arrendaticias es extrapolable a otro tipo de situaciones jurídicas) plasmada en las SSTC 82/2000, de 27 de marzo, 145/2000, de 29 de mayo y 6/2003, de 20 de enero, proclama que *“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, y en este caso no consta que la parte demandada no recogiera la comunicación remitida por la arrendadora por alguna causa justificada distinta de su propia voluntad obstativa al cumplimiento del trámite de la comunicación previa del arrendador.”*

¿Qué cauce tiene entonces el actor para cumplir el requisito de procedibilidad en este tipo de casos en que no sea posible, por el medio empleado, o por el resultado del mismo, acreditar la recepción efectiva, fecha y puesta a disposición? ¿Podrá invocar, a tal efecto, el art. 264.4º LEC?

Ninguna respuesta rotunda (como merece tal interrogante) ofrece sobre estas cuestiones la reforma analizada, en detrimento siempre de la seguridad jurídica, y además, con la gravedad añadida de afectar al derecho fundamental de acceso a la jurisdicción.

La cuestión sería también entonces ¿cuándo debe considerarse bien realizado el intento pero con resultado infructuoso? ¿cuándo se realiza dos veces y en horario distinto como ocurre ya en el correo ordinario? ¿basta con intentarlo ante un testigo? ¿o con entregarlo al portero, a un vecino o con dejar la comunicación en el buzón o debajo de la puerta...?

Sea cual fuere la interpretación que quiera darse al supuesto formulado, consideramos contrario a los principios básicos de nuestro sistema judicial constitucional, impedir el

acceso al proceso por falta de acreditación de los extremos indicados, y perpetuar la extenuante carga impuesta a la parte actora de lograr que alguna de sus reclamaciones, aun hechas por medios fehacientes, lleguen a buen término, pues se trata de una vicisitud ajena por completo a su voluntad.

Es decir, el principal extremo que debe probarse para cumplir con la verificación del intento de conciliación, es exhibir algún documento en el que conste la recepción de la propuesta por la demandada, y esta prueba, se torna algo diabólica, cuando el hecho exacto de la recepción va a depender exclusivamente de la voluntad de aquella (de ahí la doctrina jurisprudencial antes invocada que deberán aplicar los Juzgados en estos casos), y ninguna obligación, tampoco las legales, puede dejarse, para su efectividad, a la entera disposición y arbitrio de una de las partes (argumento *ex art.1256 CC*).

Otro planteamiento sería admitir en estos casos, además de la aplicación de la doctrina jurisprudencial invocada, la vigencia del art. 264.4º LEC, en relación con el art. 399.3, *in fine*, ambos de la LEC, a tenor del cual con la demanda habrá de acompañarse, en su caso, *“la declaración responsable de la parte de la imposibilidad de llevar a cabo la actividad negociadora previa a la vía judicial por desconocer el domicilio de la parte demandada o el medio por el que puede ser requerido”*.

Esto es, si se permite la admisión de la demanda, dando por cumplido, a través de la correspondiente ficción procesal, el requisito de la negociación, cuando fuera desconocido el domicilio de la demandada o el medio por el que puede ser requerido, con más motivo debería serlo en aquellos casos en que, siendo conocido el domicilio, el intento resulte infructuoso, vicisitud que debería haberse contemplado, a nuestro juicio, en dicho precepto.

Además, podría argumentarse también, bajo la óptica de este precepto, que toda vez que el medio de comunicación con la contraparte debe dejar constancia fehaciente, el concepto “medio” del art. 266.4º LEC sólo incluye instrumentos de esas características, y podrá invocarse este precepto cuando se carezca de medio para entablar comunicación o el medio empleado sea ineficaz (v.gr., un burofax devuelto por ausente o desconocido).

Existe, además, un precepto en la LOEMSPJ, concretamente el art. 7.1, que arroja certidumbre, y podría emplearse, con criterio sistemático, en la interpretación y resolución del problema expuesto.

Según dicha norma el plazo de caducidad suspendido, o de prescripción interrumpido, se reanuda o reiniciará *“desde la fecha del intento de comunicación, si dicha recepción no se produce”*, contemplando por tanto este supuesto, lo que significa admitir que el intento no recibido por causas ajenas al remitente (esto, aunque no lo dice, se deduce), podría ser válido a efectos de cumplimiento del requisito de los MASC.

Sin embargo, también podría argumentarse que este precepto sólo tiene eficacia en el marco de la prescripción y la caducidad, instituciones que deben interpretarse de forma restrictiva, y no a efectos procesales de acreditación del requisito de procedibilidad. Pero carece de coherencia interna que, lo que sirve para interrumpir la prescripción o suspender la caducidad, no sirva para formular la demanda de reclamación del derecho subyacente.

Basta, por lo demás, cualquier documento, término no estrictamente equivalente al de instrumento, al menos desde la perspectiva de la ley procesal civil, de lo cabría colegir

que quedan excluidos otros soportes de acreditación de la propuesta de negociación, como pueden ser unas conversaciones de teléfono grabadas (recordamos que grabar conversaciones en las que uno interviene es totalmente lícito según la doctrina del TS, contenida, entre otras, por su actualidad, STS 753/2024, de 22 de julio), y el resto de instrumentos de reproducción de la palabra, imagen o sonido.

A pesar de esta disociación entre documento e instrumento que consagra sin ambages la LEC, consideramos que una interpretación favorable al principio *pro actione* debería admitir tales instrumentos.

En relación a la utilización del correo electrónico, cauce habitual, por no decir exclusivo, de reclamación extrajudicial en materia de consumo, en sentido estricto, éste no cumple las condiciones para dejar constancia de la remisión y puesta a disposición efectiva del destinatario.

Sin embargo, debe aceptarse el medio electrónico consistente en la propuesta de negociación por email en dos supuestos:

- a) Cuando las partes hayan pactado o acordado en el contrato que el correo electrónico es hábil a efectos de comunicaciones entre las partes, aunque no quede constancia fehaciente de la remisión, debiendo pechar las mismas con las consecuencias de su falta de diligencia, salvo acreditación, claro está, de que el email aportado al procedimiento es una manipulación (no es difícil crear artificialmente un mensaje de correo electrónico falso).

Respalda esta idea el art. 7.1 LOESPJ, que admite a efectos de interrupción de la prescripción y suspensión de la caducidad, el medio del correo electrónico, cuando hubiera sido el pactado en el contrato.

Corroborar, además, las admisibilidad del correo electrónico u otro medio, en caso de estipulación o convenio entre las partes, el art. 8.1 LOESPJ, a tenor del cual *“Las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de negociación en el marco de un medio adecuado de solución de controversias, se lleven a cabo por medios telemáticos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a las normas previstas en este título y, en su caso, a la normativa de desarrollo específicamente contemplada para la mediación”*.

Sin embargo, podemos observar como el precepto transcrito condiciona la eficacia del medio telemático al cumplimiento de las condiciones de identidad y otras normas del título correspondiente, entre las que figuran las del art. 10 LOESPJ, lo que, en rigor, vendría a excluir el correo electrónico no certificado al uso, generando grandes dudas sobre la eficacia directa de este medio cuando no sea fehaciente (aunque para nosotros, como hemos visto, su mera estipulación sería condición suficiente para su admisión).

Por todo ello, para asegurar la admisión de la demanda, en caso de negociación extrajudicial o reclamación por correo electrónico sin constancia fehaciente de su recepción y contenido, debemos estar a la doctrina del Tribunal Supremo que ahora indicaremos (además de a la anterior indicada del TC), que suaviza el requisito de la fehaciencia en la era de las comunicaciones digitales presumiéndolo de otros medios.

- b) 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.

SÁNCHEZ GARCÍA analiza con precisión la eficacia del correo electrónico con un tercero que tenga la condición de autoridad certificante o la utilización de envíos mediante mensajería móvil. Para el citado autor, *“El mensaje de texto o SMS se ha convertido en una herramienta de comunicación instantánea y eficaz, lo que se conoce como “comunicación electrónica de confianza”.*

Según la doctrina del TS antes anticipada, similar a la antes aducida jurisprudencia menor y del tribunal de garantías, la STS de 22 de junio de 2022 resuelve *“que la naturaleza recepticia, que corresponde a toda notificación o requerimiento, legalmente practicado, exige la colaboración del destinatario, en el sentido de que admita y no obstaculice intencionada o negligentemente su recepción, de tal manera que la frustración de su práctica no corresponda a causas que le sean directamente imputables y no al requerido”.*

En igual sentido, la STS del Pleno Sala 1ª de 17 de septiembre de 2010, consagra el criterio de la recepción con el principio de autorresponsabilidad, o de razonable posibilidad de conocimiento de la aceptación por el requerido.

Siguiendo esa estela, la STS de 14 de septiembre de 2022 examina el medio de las comunicaciones extrajudiciales electrónicas (referido en este caso a un requerimiento extrajudicial para inclusión en un fichero de morosos). Proclama la citada Sentencia que *“la jurisprudencia ha considerado que el requerimiento previo de pago es un acto de comunicación de carácter recepticio que exige una constancia razonable de la recepción de la comunicación por el destinatario, por más que existan diversos medios de probar tal recepción (sentencias 672/2020, de 11 de diciembre, 854/2021, de 10 de diciembre, 81/2022, de 2 de febrero, y 436/2022, de 30 de mayo, entre las más recientes). Es esa la explicación de que se haya estimado incumplido el requisito cuando las circunstancias concurrentes determinan que no hay esa constancia razonable de la recepción del requerimiento por el deudor.*

Señala igualmente la referida Sentencia que *“En el contrato firmado por las partes se previó que las notificaciones entre las partes pudieran realizarse, entre otros medios, por SMS y correo electrónico. La demandada realizó el requerimiento de pago previo a la comunicación de los datos al fichero común de solvencia patrimonial mediante un SMS enviado al número de teléfono que la demandante comunicó al celebrar el contrato y un mensaje enviado a la dirección de correo electrónico facilitada por la demandante de la misma forma”.*

Razona, sobre los medios de comunicación con intervención de tercero, la repetida Sentencia que *“Tales comunicaciones se hicieron con la intervención de un tercero de confianza previsto en el art. 25 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en la redacción que dicho precepto tenía en el momento temporal relevante, que es lo que el apartado 36 del art. 3 del Reglamento nº 910/2014 del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva*

1999/93/CE, denomina un "servicio de entrega electrónica certificada". Este tercero de confianza ha informado sobre la remisión de los mensajes y su recepción en el número de teléfono y dirección de correo electrónico comunicados por la deudora al suscribir el contrato, con los efectos previstos en el art. 43 de dicho reglamento, no desvirtuados por la recurrente, que ni siquiera los toma en consideración al formular su recurso".

Así, la más actualizada doctrina jurisprudencial contenida en las SSTS 959/2022 y 960/2022, de 21 de diciembre, admite que la fehaciencia de la recepción del requerimiento previo de pago pueda ser fijada a través de presunciones o acreditada a través de distintos medios de prueba (vid.. sentencia núm. 959/2022, de 21 de diciembre, con el siguiente razonamiento: *"Si bien, y dado que el art. 38 RLOPD no establece una forma especial de llevar a cabo el requerimiento previo, tampoco es necesaria, de cara a su validez, la fehaciencia de su recepción, que se puede considerar fijada a través de las presunciones o acreditada por cualquier medio de prueba (sentencias 672/2020, de 11 de diciembre, 854/2021, de 10 de diciembre, 81/2022, de 2 de febrero, y 436/2022, de 30 de mayo, entre las más recientes) siempre que exista garantía o constancia razonable de ella (sentencias 660/2022, de 13 de octubre, 604/2022, de 14 de septiembre, 854/2021, de 10 de diciembre, 672/2020, de 11 de diciembre), lo que, por depender de las circunstancias concurrentes en cada supuesto, habrá que determinar de forma inevitablemente casuística"*).

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 LOMESPJ, a saber:

- a) A través de un medio que pruebe directamente el carácter fehaciente de la comunicación, su recepción, fecha, contenido y puesta a disposición (burofax, entre los más empleados).
- b) Medios telemáticos o físicos no fehacientes (email, sms, correo postal a través de una notificación certificada por tercero), de los que presumir el requisito de la fehaciencia, por la doctrina antes indicada.

4. ¿Qué facultades tendrá el órgano judicial en orden a verificar el cumplimiento de las condiciones formales y materiales de cada uno de los MASC?

Las facultades del órgano judicial, ya sea vía subsanación tras requerimiento del Letrado Judicial (231 LEC), o previa dación de cuenta de éste al Tribunal de posible causa de inadmisión (403.2 LEC), son las propias de la supervisión en el cumplimiento de normas de orden público, estando configurando el recurso a los MASC como un requisito de procedibilidad cuya inobservancia es causa de inadmisión de la demanda por imperativo del reformado art. 402.3 LEC.

Sin embargo, no debe perderse de vista que las actuaciones de negociación extrajudicial previas a la demanda se integran una relación jurídica *inter partes* de naturaleza privada afín, como luego se verá, a los tratos preliminares y a la transacción judicial, de indudable inclinación contractual, motivo que nos lleva a excluir las facultades de control sobre aspectos internos o materiales de esa relación, salvo que el incumplimiento de los mismos suponga dejar sin efecto el medio de reclamación tal y como está configura en sus aspectos básicos por la LOEMSPJ.

Expuesto lo anterior y, por ser gráficos, vamos a formular nuevas preguntas y respuestas dentro interrogante principal:

4.1 ¿Puede el órgano judicial comprobar si el contenido y forma de la negociación se ajusta a sus requisitos, según el tipo negocial empleado? ¿Con que límites?

Hay que distinguir entre el control de legalidad de la actividad negociadora y del intento de la misma, realidades procesalmente distintas y sujetas a diferentes reglas de acreditación.

Cada tipo negocial extrajudicial tiene predeterminados, por preceptos independientes de la LOEMSJP, sus requisitos típicos fundamentales, que actúan como complemento de los requisitos esenciales materiales de todo negocio del art. 1261 CC. Así, toda vez que los primeros, de carácter formal, son los que sirven para dar eficacia a cada tipo negocial empleado, requisito de procedibilidad, el órgano judicial podrá controlar si en la actuación negociadora se han respetado esas condiciones típicas.

Lo que, para nosotros, no podrá hacer el órgano judicial será llevar a cabo una función de calificación material o de fondo de las negociaciones llevadas a cabo, en cuanto a la capacidad, causa, voluntad, intención y consentimiento de las partes, pero si sobre el objeto.

En orden al control sobre el objeto de la negociación, en la medida en que el art. 5 LOEMSOJ, requiere, con acierto, identidad entre lo negociado y litigado, el órgano judicial podrá asegurarse de esa relación de identidad, lo que supone ya una calificación no meramente formal (la propia del trámite de admisión de la demanda), sino más material, lo que exige indagar sobre el *petitum* y la forma y estructura de la reclamación extrajudicial, excediendo con ello la función judicial ordinaria esta fase inicial.

El control de legalidad, por otra parte, del intento de negociación y su acreditación, en los términos exigidos por el art. 10 LOEMSPJ, será pleno y sin condiciones, salvo las propias de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de evitar interpretaciones rigoristas de los presupuestos procesales que cercenen el acceso al proceso (por todas, SSTC de 21 de marzo de 1981, 13 de mayo de 1987 y 15 de abril de 1991).

4.2 ¿Puede el órgano judicial inadmitir una demanda por qué la oferta vinculante no reúna las condiciones materiales exigibles a la misma?

Una oferta, en el sentido contractual del término, que es el mismo que lleva aneja la oferta vinculante del art.17 LOMESPJ, según la mejor doctrina civilista (DÍEZ-PICAZO, LACRUZ o ALBALADEJO), y la doctrina del TS (STS de 11 de abril de 2000, tiene que reunir el triple requisito de identidad: “*intención de obligarse, que sea completa, esto es, con los requisitos fundamentales para el contrato y dirigida a persona determinada*”.

En coherencia con lo expuesto en la anterior pregunta, determinar si la oferta vinculante constituye o no, según nuestro Derecho privado, una oferta vinculante como tal, con intención seria de convenir y demás presupuestos, parece algo que desborda la función judicial de control de presupuestos formales de admisibilidad, y debería quedar reservado para una apreciación más exhaustiva con elementos de prueba.

Sin embargo, puede igualmente sostenerse, y esta parece la posición más acertada (aunque exceda de esa función ordinaria inicial), que toda vez que la oferta vinculante es un presupuesto de admisibilidad, que no va a desplegar efectos en otro proceso, pues no está culminada, el órgano judicial puede examinar, aunque sea tangencialmente, si aparentemente, nos encontramos ante una oferta, para evitar que pueda burlarse el sistema de los MASC mediante ofertas incompletas o carentes de proyección convencional.

Pero, en todo caso, este examen no podrá ser realizado toda vez que la oferta vinculante es confidencial y únicamente será accesible al órgano judicial, en su caso, en un eventual incidente de reducción o exoneración de costas del art. 245bis LEC.

4.3 ¿Puede el órgano judicial rechazar un intento de conciliación privada por no cumplir el conciliador las condiciones del art. 15 LOMESPJ?

En este caso, con más razón que el anterior, el conciliador que no reúna las notas legales exigibles para el desempeño de su función no podrá reputarse como tal, por lo que la negociación no tendrá virtualidad ni será apta para cumplir con el requisito de procedibilidad y, por ende, estará sujeta a supervisión judicial.

Extremo distinto es si, desechado el intento de negociación por inidoneidad del conciliador, puede convertirse esa conciliación inválida o claudicante en negociación directa entre las partes a efectos de cumplir con el requisito de admisibilidad.

4.4 ¿Puede el órgano judicial convertir una oferta vinculante o una conciliación privada defectuosas por una mera reclamación extrajudicial entre las partes?

Entendemos que sí, primero porque la conversión de negocios ineficaces, institución de impronta doctrinal civilista (prevista residualmente en el Código Civil para algunas figuras, como el testamento cerrado a ológrafo ex art. 715 CC), salvando las distintas y rigorismos, podría aplicarse analógicamente a este sede, convirtiendo un intento de conciliación irregular por falta de las condiciones esenciales o una oferta incompleta, en una simple reclamación directa entre las partes suficiente para cumplir con el requisito de la negociación (art. 5 LOMESPJ).

5. ¿De qué manera operará o no la subsanación en el control de legalidad del cumplimiento de los MASC?

Con arreglo al art. 403.2 LEC *“No se admitirán las demandas cuando no se acompañen a ella los documentos que la ley expresamente exija para la admisión de aquellas, cuando no se hagan constar las circunstancias a las que se refiere el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 399 en los casos en que se haya acudido a un medio adecuado de solución de controversias por exigirlo la ley como requisito de procedibilidad o cuando no se hayan efectuado los requerimientos, reclamaciones o consignaciones que se exijan en casos especiales”*.

Esto no quiere decir, ni mucho menos, como se ha propagado por algún foro a propósito del cumplimiento de otros requisitos de admisibilidad de reciente vigencia (los establecidos por la Ley por el derecho a la vivienda), en una interpretación ilógica de la expresión *“no se admitirán”*, que proceda la inadmisión de plano de toda demanda que no acredite debidamente haber acudido a un MASC

Todo presupuesto procesal está sujeto, además de al art. 231 LEC, por imperativo del art. 5.1 LOPJ, en su control judicial, a la doctrina del TC de la subsanación de lo subsanable para impedir restricciones al derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al proceso.

Así, según la STC 163/2016, de 3 de octubre, “*el derecho a la tutela judicial efectiva impide la clausura de un procedimiento por defectos que pueden ser subsanados, de modo que... es preciso además que el requisito incumplido, atendidas las circunstancias del caso, sea insubsanable o que, siendo subsanable, no haya sido corregido por el actor pese a que el órgano judicial le haya otorgado esa posibilidad*”.

Igualmente, prosigue dicha Sentencia, “*Los límites que no puede traspasar la subsanación son, además de la insubsanabilidad del defecto de que se trate, los siguientes: que sufra menoscabo la regularidad del procedimiento, se perjudique a la parte adversa o, en definitiva, se aprecie una posición negligente o contumaz en la parte que se vería favorecida por la subsanación*”.

Expuesto esto, la aplicación de esta doctrina no debe conducir a equívocos en el sentido de justificar la subsanación de presupuestos que debían haberse cumplido, como en el caso de los MASC, antes de presentar la demanda (como, por ejemplo, en otro orden, el anuncio de la consignación judicial para su admisión según el CC y LJV).

Se podrán subsanar, o bien los presupuestos procesales de cumplimiento previo a la interposición demanda que no estén debidamente acreditados por error u olvido, o aquellos presupuestos procesales (como el poder de representación procesal, la tasa o las copias de la demanda) que admitan su convalidación aún después de formulada la demanda, con carácter previo a la admisión de la misma.

A este respecto, cabe invocar la notoria doctrina del Tribunal Supremo, nacida a propósito de un traslado de recurso defectuoso y tardío, sobre la diferencia entre los presupuestos procesales defectuosos y los omitidos totalmente, para marcar la línea divisoria entre lo subsanable y lo no subsanable, respectivamente. Aunque, en este último caso, con reticencias para nosotros, pues como ahora veremos, mantener tal postura implicaría inadmitir toda demanda que, por ejemplo, no acompañase poder de representación o tasa judicial, lo que colisiona con la doctrina del Tribunal de garantías antes reproducida.

Proclama en el sentido expuesto la STS 587/2010, de 29 de septiembre que “*La subsanación que contempla con carácter general el artículo 231 LEC está referida a los actos defectuosos, pero no a los no realizados, de tal modo que podrá corregirse la falta de acreditación o un traslado deficiente pero, en ningún caso, el omitido.*”

En el plano opuesto, existen autores, como el caso de PEREZ DAUDÍ⁶, que desde un prima garantista y con cita de la doctrina más actualizada del TC sobre una circunstancia similar, antes de la reforma, en la jurisdicción social, defienden la opción de que el Juzgado conceda de un plazo de diez días para subsanar este defecto formal.

Sin embargo, no nos parece muy operativa esta hipótesis, toda vez que el asunto ya estará judicializado, y el sistema de los MASC cobra sentido antes del proceso, para su evitación, y no constante el mismo, en que ya no tendrá incidencia la respuesta de la

⁶ Posición defendida en las Jornadas del ICAB de 14 de enero de 2025.

demandada. Es decir, a éste le bastaría, en caso de conformidad con la pretensión de la actora, formular allanamiento o, a las partes, conjuntamente, alcanzar un acuerdo y solicitar el archivo por satisfacción extraprocésal, pero no iniciar una vía paralela de negociación con el proceso abierto.

Por lo demás, resulta evidente que la concesión de un plazo de diez días para subsanar el defecto, nunca será suficiente en ningún medio negocial de solución extrajudicial que exige en todo caso el transcurso de treinta días para entender rechazada la propuesta y, en el caso de iniciarse negociaciones, éstas durarían más.

Lo anterior sin perjuicio de la facultad del órgano judicial de convocar, al amparo del art. 19 LEC, una mediación o conciliación intrajudicial, aunque no, como luego veremos, para suplir este defecto, porque de lo contrario se estaría incitando al justiciable a no acudir a los MASC bajo la garantía de que el órgano judicial le subsanará el defecto.

6. ¿Podrá ser aplicado el nuevo art. 19 LGDCCU a toda doctrina del TS en materia de nulidad de consumo, o sólo de abusividad en sentido estricto?

La pregunta formulada guarda semejanza con el debate, no resuelto aún por la jurisprudencia, acerca de si el principio de indemnidad declarado por la STS 565/2024, de 25 de abril, consecuencia de la STJUE de 13 de julio de 2023, es aplicable a toda doctrina reiterada del Tribunal Supremo sobre condiciones contractuales nulas por abusivas, poco transparentes u otra infracción de otra norma imperativa (v.gr., usura), o sólo a la nulidad de cláusulas abusivas hipotecarias.

Por recordar brevemente, a tenor de dicho principio las entidades demandadas en pleitos de consumo con doctrina reiterada del Tribunal Supremo sobre la nulidad de determinadas cláusulas hipotecarias deben desempeñar una conducta proactiva en evitación del pleito, contactando con el cliente y, asumir, en caso de allanamiento las costas procesales sin necesidad de exigir la reclamación extrajudicial del art. 395 LEC.

La Disposición Adicional 16ª de la LOEMSPJ modifica el art. 19.1 LGDCCU, cuyo nuevo contenido –que por su relevancia transcribimos– dispone lo siguiente: *“Los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios deberán ser respetados en los términos establecidos en esta norma, aplicándose, además, lo previsto en las normas civiles y mercantiles, en las regulaciones sectoriales de ámbito estatal, así como en la normativa comunitaria y autonómica que resulten de aplicación. En particular, en los procedimientos en que se ejerciten acciones promovidas por consumidores y usuarios, cuando el empresario no contribuyera a una solución consensuada de una controversia que tuviera su base en una cláusula de idéntica significación que otra ya declarada nula por abusiva por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, o por sentencia firme que constara inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, o por sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolviendo específicamente sobre la materia, el órgano judicial que condene a la restitución de cantidades al empresario impondrá de oficio una indemnización por mora que consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por 100. Estos intereses se considerarán producidos por días...”*

La norma, a nuestro juicio afortunada y necesaria (incluso insuficiente, echándose en falta sanciones administrativas graves para entidades condenadas por incumplir la normativa del consumidor), establece un interés moratorio especial agravado del 50% (por encima del convencional supletorio del art. 1108 CC) desde la fecha de disposición de las cantidades por el usuario y hasta la satisfacción de lo debido (se trata, por tanto, de un interés tanto moratorio como procesal), con el fin de repeler conductas abusivas empresariales tan extendidas hace lustros en nuestra sociedad.

La clave a la pregunta está en determinar si la coincidencia entre *mens legis* y *mens legislatoris* que deben hacer los jueces lleva a concluir que la redacción del texto transcrito se limita estrictamente a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de nulidad por abusiva o abarca toda jurisprudencia notoria del Tribunal Supremo sobre la nulidad basada en otras razones distintas de la abusividad (falta de transparencia, información precontractual, usura...). Es decir, en realidad se trata de esclarecer si el concepto abusividad empleado por la norma debe circunscribirse al significado propio de abusividad contenido en el art. 3.3 Directiva 93 y art. 82.1 LGDCCU, entendido, en esencia, como desequilibrio en las prestaciones.

Creemos que una interpretación finalista y teleológica de la norma, sumada al principio de efectividad del Derecho comunitario y efecto disuasorio que debe desplegar la declaración de nulidad en materia de consumo debe conducir a extrapolar el concepto de abusividad de la norma estudiada a toda figura jurídica de protección del consumidor (transparencia, usura, abusividad, información precontractual...) cuya infracción se haya declarado por el Alto Tribunal en contratos utilizados de forma uniforme en el tráfico jurídico o condiciones generales de idéntica significado a la del objeto del proceso.

7. ¿Qué debe entenderse por rehusar intervenir o participar en la negociación a efectos de costas?

Podemos distinguir dos clases de MASC: los que conllevan una negociación en sentido estricto con intervención de un tercero y los que se limitan a reclamar lo debido y se realizan directamente por la parte o su Abogado. Dentro de estos dos últimos encontramos la oferta vinculante y la reclamación directa entre las partes o su Abogado, sin perjuicio de que esta última ofrezca algún margen de negociación o éste surja tras la respuesta de la requerida.

En este punto debería ser una premisa fundamental que nadie puede ser obligado a alcanzar un acuerdo en los términos propuestos por el solicitante y que rechazar una propuesta o una negociación de manera fundada no debería motivar reproche a través del nuevo régimen de costas procesales, porque de lo contrario se estaría, indirectamente y por esta vía, cercenando el monopolio del Estado en la resolución de los conflictos.

En todos los escenarios de costas procesales la regla del art. 7.4 LOEMSPJ juega un papel vertebrador.

Según dicho precepto “*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, y asimismo para la imposición de multas o sanciones previstas, todo ello en los términos establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”.

El nuevo régimen de costas procesales de los arts. 394 y ss. LEC, acude, sin embargo, a un concepto más restringido que el de colaboración. Así, dicho régimen emplea en distintos preceptos (arts. 394 y 395 LEC), la idea de rehusar participar o intervenir en medio adecuado de solución de controversias convocado, para alterar la regla del vencimiento anticipado o fijar los criterios de las costas en el allanamiento.

Sin embargo, y con cierta confusión terminológica que no aclara lo más mínimo las pautas aplicables, se refiere de forma indistinta en normas de diferente alcance a los conceptos de acudir, participar o intervenir, y a los de solución de controversias y actividad negociadora.

Así, según el art. 394.1 LEC “...no habrá pronunciamiento de costas a favor de aquella parte que hubiere rehusado expresamente o por actos concluyentes, y sin justa causa, participar en un medio adecuado de solución de controversias al que hubiese sido efectivamente convocado”.

O, a tenor del art. 394.2 LEC “si alguna de las partes no hubiere acudido, sin causa que lo justifique, a un medio adecuado de solución de controversias, cuando fuera legalmente preceptivo o así lo hubiera acordado el juez, la jueza o el tribunal o el letrado de la Administración de Justicia durante el proceso, se le podrá condenar al pago de las costas, en decisión debidamente motivada, aun cuando la estimación de la demanda sea parcial”.

Igualmente, con arreglo al art. 394.4 LEC “Si la parte requerida para iniciar una actividad negociadora previa tendente a evitar el proceso judicial hubiese rehusado intervenir en la misma, la parte requirente quedará exenta de la condena en costas, salvo que se aprecie un abuso del servicio público de Justicia”.

El art. 395 LEC, por su parte, utiliza parámetros similares.

Ahora bien, ¿qué debe entenderse por rehusar intervenir en una actividad negociadora?

¿No responder o hacerlo de forma infundada o poco seria a una reclamación directa de la parte o del Abogado se integra dentro de la idea de rehusar una actividad negociadora?
¿Y a una oferta vinculante?

O, por el contrario, dicho concepto se limita a los MASC que implican realmente actuaciones de negociación (conciliación, mediación, derecho colaborativo y tercero neutral independiente).

Si examinamos el contenido típico de la reclamación extrajudicial directa entre las partes o sus abogados y la oferta vinculante ambas están desprovistas de todo elemento negociador sino que se limitan a reclamar una prestación (de la naturaleza que sea), sin perjuicio de que la reclamación directa, no así la oferta vinculante, pueda ofrecer una ruta de negociación.

Por tanto, según lo anterior, la idea de rehusar una negociación se aplica siempre y en todo caso a toda propuesta de mediación, conciliación, derecho colaborativo o tercero neutral independiente, deberá desecharse en toda oferta vinculante y podrá apreciarse

según cual hubiere sido el contenido y alternativas ofrecidas en la reclamación extrajudicial directa entre las partes.

El rechazo de un acuerdo, termino distinto al de rehusar, aparece además empleado expresamente por la reforma en la nueva redacción del allanamiento del art. 395 LEC, circunstancia que permite deducir que el legislador ha querido diferenciar entre ambas situaciones, no equiparables en consecuencia.

En síntesis, rehusar participar en una negociación, puede limitarse a los medios externos de solución de controversias, y en casos especiales, a la reclamación directa con apertura de negociación, y el de rechazo (que únicamente tiene relevancia a efectos de allanamiento), a las propuestas de acuerdo cerradas.

Otra hipótesis es equiparar todos los medios de negociación, y considerar el concepto de rehusar participar o intervenir para todos ellos. Según esta hipótesis podríamos definir el concepto de rehusar a efectos de costas como aquella conducta de la parte procesal que, requerida o solicitada antes del proceso para llegar a un acuerdo extrajudicial por cualquier medio directo o externo válido, rehusase iniciar negociaciones (noción más acotada que la de participar o intervenir) de forma directa o tácitamente mediante el silencio o actos concluyentes.

Respaldaría esta hipótesis la terminología del art. 10 LOMESJP que incluye todos los medios de solución de controversias bajo la categoría de negociación a efectos de acreditar su intento cuando la parte requerida o solicitada no hubiera accedido a iniciar actuaciones negociadoras, aunque no parece muy rigurosa esta concepto, pues la oferta vinculante, por defecto, no conlleva negociación, salvo que las partes la inicien voluntariamente tras la respuesta a la oferta de la requerida (pasando de una oferta vinculante a una negociación directa).

Lo relevante, que ahora abordaremos, será determinar si la idea de rehusar participar o intervenir se limita al rechazo a iniciar una negociación, desde el principio, o también a abandonar sin justa causa la misma una vez iniciada (y para las dos partes).

8. ¿Qué diferencia existe entre el concepto de colaboración del art. 7.4 LOEMSPJ y el de rehusar de los arts. 394 y 395 LEC? ¿Basta para no sufrir la penalización acudir al MASC, aunque luego no haya la menor intención de conciliar, acordar o mediar?

Nuevamente el legislador, aboca a un panorama incierto, en detrimento del justiciable, que, con el régimen de costas actual, tendrá enormes dificultades para ser informado de las consecuencias económicas del proceso (y ya las tenía, en grado elevado, tras la doctrina del TS sobre la nulidad de los baremos colegiales).

Dada por reproducida la respuesta a la anterior pregunta, y al margen de la explicación que aportemos, el concepto rehusar participar o intervenir debe interpretarse para nosotros como declinar directa o indirectamente (según la definición de arriba) el inicio de un MASC, pero sólo el inicio. En definitiva, rehusar significa, en el contexto expuesto, decir

que no, no responder o no acudir a un MASC convocado (esta última idea debe restringirse a los actos de mediación o conciliación).

Colaborar, sin embargo, abarca todas las fases de la negociación y tiene un espectro más extenso de aplicación.

En cualquier caso, cualquiera que sea la interpretación sobre los arts. 394 y 395 LEC (que son los que emplean el concepto rehusar participar), el art. 7.4 LOMESPJ, de aplicación a todo proceso, ofrece margen al Tribunal o al Letrado Judicial para penalizar la falta de colaboración en toda fase del proceso de negociación o de cualquier MASC que no conlleve tal negociación (como la oferta vinculante o la reclamación directa), con independencia de que se hubieren iniciado negociaciones o no.

No casaría con el espíritu de la reforma penalizar al que haya impedido el inicio de una negociación (de forma expresa o por actos concluyentes) y no hacerlo al que, de manera fingida, acceda a negociar, para luego no intervenir en las negociaciones o hacerlo de forma desidiosa o malintencionada.

Por otra parte, ya hemos visto que el término negociación, en sentido estricto, y la participación en la misma, sólo puede predicarse de la conciliación, mediación, tercero independiente neutral, derecho colaborativo y reclamación directa en la que se ofrezca un marco de negociación.

Como hemos expuesto, rehusar participar o intervenir en una negociación, especialmente por tercero, como la mediación o la conciliación, tiene importantes consecuencias en materia de costas, tanto en aplicación del nuevo régimen de éstas fijado por el art. 394 y ss. LEC, como al amparo de la facultad general de modulación del art. 7.4 LOMESPJ.

Por lo demás, esa actitud renuente tendrá lugar, en la conciliación, cuando la parte: **a)** no acuda al acto de conciliación promovido por la otra, ante el Juez de Paz, Letrado Judicial o Notario, cuya iniciación depende de la voluntad unilateral del promotor, **b)** al acto de conciliación privada promovido por una de las partes, admitido por el art. 15.3 LOMESPJ, o **c)** al acto de conciliación privada propuesto de común acuerdo.

En la mediación, de conformidad con el art. 16 de su ley reguladora, la rebeldía de las partes podrá producirse por negativa de una ellas a acudir al acto de mediación promovido por una de ellas o por ambas de mutuo acuerdo.

En la intervención de tercero independiente, sólo podrá producirse tal situación cuando ambas partes hubieren acordado este sistema y no hubieren aceptado el dictamen del tercero, lo que parece reducir al máximo, por tanto, la falta de participación en el mismo, salvo mala fe dilatoria.

Sin embargo, la ley no aborda en la modificación de la LEC, o no con precisión, las consecuencias de acudir a un medio alternativo de solución extrajudicial y desentenderse del mismo, es decir, de aceptar la participación y el inicio de las negociaciones, no rehusando la mismas, para después desligarse de todo trato o hacerlo de forma negligente, tendenciosa o abusiva.

En todo caso, la conducta del demandado o demandante que, requerido o citado para un acto de negociación, y aceptada la misma, se desmarcase posteriormente, no colaborase

o abandonase sin justa causa la negociación, podrá ser apreciada bajo el paraguas del art. 7.4 LOEMSPJ en el incidente de costas o en su imposición.

Como reflexión final, las ideas de colaborar en el proceso de negociación, rehusar el mismo y abuso del servicio público de justicia, constituyen conceptos indeterminados nada adecuados ni seguros utilizarse como criterios en el régimen de imposición o modulación de las costas procesales, por lo que nos parece que la reforma en este punto es altamente reprochable al generar parcelas de discrecionalidad del poder (el judicial también lo es).

9. ¿Tiene alguna consecuencia en materia de costas no responder, responder con evasivas o planteamientos infundados a una reclamación extrajudicial directa o por Abogado en caso de Sentencia desestimatoria o allanamiento?

Según el art. 10.4.a) LOMESPJ, una vez producida la reclamación directa o por Abogado, se entenderá que se ha producido la terminación del proceso sin acuerdo si *“transcurrieran treinta días naturales a contar desde la fecha de recepción de la solicitud inicial de negociación por la otra parte y no se mantuviera la primera reunión o contacto dirigido a alcanzar un acuerdo o no se obtenga respuesta por escrito”*.

Con carácter previo y para evitar la formulación de una nueva pregunta, nos encontramos con el mismo problema evidenciado en la pregunta nº 3 para aquellos casos en que no sea posible acreditar fehacientemente la recepción de la solicitud en los términos del art. 10 LOMESPJ, por lo que debemos aplicar la misma doctrina ahí defendida (con serios problemas en determinar el *dies a quo* del plazo para computar recibida la reclamación).

Iniciado el consiguiente proceso judicial y acreditado el intento de negociación, no parece unívoca la respuesta al interrogante de especificar qué consecuencias tendrá esta conducta en materia de costas frente a los distintos escenarios que pueden desencadenarse.

Vamos a examinarlos de forma individualizada:

9.1 Sentencia desestimatoria:

El art. 394. 1, párrafo segundo, de la LEC, tras la reforma, dispone sobre el particular que *“No obstante, cuando la participación en un medio de solución de conflictos sea legalmente preceptiva, o se hubiere acordado, previa conformidad de las partes, por el juez, la jueza o el tribunal o el letrado o la letrada de la Administración de Justicia durante el curso del proceso, no habrá pronunciamiento de costas a favor de aquella parte que hubiere rehusado expresamente o por actos concluyentes, y sin justa causa, participar en un medio adecuado de solución de controversias al que hubiese sido efectivamente convocado”*.

En el mismo sentido, pero desde otro sujeto, el art. 394.4 LEC declara que *“Si la parte requerida para iniciar una actividad negociadora previa tendente a evitar el proceso judicial hubiese rehusado intervenir en la misma, la parte requirente quedará exenta de la condena en costas, salvo que se aprecie un abuso del servicio público de Justicia”*.

En consecuencia, y según lo expuesto en la pregunta anterior, dependerá del contenido de la reclamación extrajudicial directa la liberación de las costas procesales al actor, en el sentido que quedará exento de las mismas y, a la vez, el demandado despojado de ellas,

si examinada la reclamación extrajudicial directa, en ella se ofrecía algún margen de negociación, no limitándose a reclamar pura y simplemente el cumplimiento de lo debido mediante una propuesta cerrada de acuerdo (que será lo que ocurra las más de las veces, salvo nuevas estrategias de la abogacía).

En cualquier caso, el Juzgado podrá acudir al tan repetido art. 7.4 LOEMSPJ para considerar que la conducta descrita del demandado puede ser contraria al servicio público de justicia o una falta de colaboración en una solución consensuada.

9.1 Sentencia estimatoria: No existe duda al respecto sobre la regla tradicional del vencimiento objetivo del art.394 LEC.

9.2 Allanamiento: La nueva redacción del art. 395 LEC declara que *“Si el demandado se allanare a la demanda antes de contestarla, no procederá la imposición de costas salvo que el tribunal, razonándolo debidamente, aprecie mala fe en su conducta o abuso del servicio público de Justicia.*

Se entenderá que existe mala fe a estos efectos cuando, antes de presentada la demanda, se hubiese requerido al demandado para el cumplimiento de la obligación de forma fehaciente y justificada, o cuando hubiese rechazado el acuerdo ofrecido o la participación en un medio adecuado de solución de controversias”.

En realidad, si nos fijamos, el mero hecho de interponer la demanda previa reclamación extrajudicial sin respuesta, que exige el transcurso de 30 días desde su recepción para su admisión (con los problemas probatorios que ello puede conllevar en casos de medios no fehacientes como hemos visto en preguntas anteriores), conlleva automáticamente, en caso de allanamiento, la condena en costas (pues de lo contrario no se admitirá).

Por tanto, salvando los procesos que no requieran los MASC, la siempre discutible concurrencia de la mala fe, las condiciones de la reclamación extrajudicial y el intervalo necesario entre ésta y la demanda, que generaban gran polémica en la práctica forense, han quedado superados con esta norma.

10. ¿Se puede suplir la falta de negociación preprocesal con un acto de conciliación ante el LAJ del proceso?

Un debate interesante es el relativo a si la falta u omisión de haber acudido o intentado acudir a los MASC puede ser solventada en el seno del proceso judicial abierto, antes de admitir la demanda, mediante la facultad de remisión a conciliación, mediación u otro medio de solución del conflicto que otorga al Letrado Judicial el art.5.4 LOMESPJ y art. 19.5 LEC.

Para nosotros, no debería respaldar semejante hipótesis, por cuanto significaría romper con el espíritu y fin por excelencia de la reforma de evitar la judicialización de los conflictos y daría lugar, fuera de duda, a la omisión intencionada del trámite de los MASC para su encauzamiento dentro del proceso (otra cosa es que el legislador hubiera optado por medios intraprocesales de solución amistosa del litigio, opción que a nosotros nos convencía más, bien de forma única o como complemento de la extrajudicial previa).

Quizá, esta facultad, podría utilizarse en aquellas demandas en que el actor hubiera invocado el art. 264.4º LEC para acreditar el requisito de los MASC, esto es, el

desconocimiento del domicilio del demandado, una vez localizado éste por el Juzgado con los medios a su alcance.

11. ¿Qué consecuencias jurídicas tendrá el incumplimiento doloso o de mala fe de los tratos preliminares de los MASC, impidiendo que se alcance un acuerdo?

Los MASC, aunque sean por persona intermedia, participan en cierta medida de la naturaleza de los tratos preliminares, y también, en algún grado, de la transacción judicial; los primeros no regulados y la segunda con regulación en los arts. 1809 y ss. CC (no vamos a examinar su régimen por razones de brevedad).

Así, los tratos preliminares serían la fase previa de la transacción judicial, y la transacción judicial equivaldría al acuerdo alcanzado en los MASC y regulado en el art. 12 LOMESPJ (con la diferencia sustancial de que la transacción judicial, según la STS de 12 de mayo de 2023, implica reciprocidad en las prestaciones, y el acuerdo de los MASC puede ser enteramente gratuito para una de las partes, como una mera condonación de deuda).

SUÁREZ GONZÁLEZ define los tratos preliminares como *“aquellos contactos que se producen entre las partes, dirigidos a la celebración de un futuro contrato, y que van desde el primer acercamiento o comentario entre las mismas o a través de intermediarios, hasta un momento final que se producirá bien cuando el contrato al que se refieren tales datos se celebra, o bien cuando se ha producido el desistimiento del mismo”*.

Según la STS de 16 de diciembre de 1999 *“los tratos preliminares “[...] siempre tendrán un denominador común, como es no suponer acto jurídico alguno, ya que de dichas referidas operaciones no se derivan, de manera inmediata, efectos jurídicos mensurables”*.

Por ello, consideramos equiparables, a efectos de incumplimiento, los tratos preliminares a las actividades negociadoras de los MASC.

El incumplimiento de los tratos preliminares, no exento de discusión para la ciencia civilista, y la quiebra de los mismos, no exige, como recuerda la STS 22 de marzo de 2007, justa causa. Ahora bien, *“ha de ajustarse, por imperativo de lo dispuesto en preceptos como los arts. 7.1 y 1258 del Código Civil, a la buena fe en sentido objetivo, que, consistente en el deber de observar un comportamiento honesto y leal, ajustado a los cánones éticos imperantes, integra las relaciones contractuales y se requiere en el ejercicio de los derechos”*.

Por todo ello, el incumplimiento de las reglas de la buena fe y el dolo manifiesto en el desarrollo de los tratos preliminares y, por extensión, de la negociación de los MASC, es susceptible de reproche civil mediante la aplicación de las reglas de la responsabilidad extracontractual (SSTS de 14 de junio de 1999 y 16 de diciembre de 1999).

Citando a CASTÁN, *“es lícito el disentimiento por cualquiera de las partes, si bien cuando concurren los elementos de la culpa y del daño, podría surgir la obligación del resarcimiento, en fuerza de los principios de la culpa extracontractual (culpa ‘in contrahendo’)”*.

12. En caso de acuerdo privado e incumplimiento del mismo ¿qué acciones existen?

Muy brevemente, diferenciar entre acuerdos formalizados en escritura pública con fuerza ejecutiva y acuerdos netamente privados, entendiendo por estos últimos todos aquellos alcanzados a través de algún MASC, con la única excepción de la conciliación ante Notario, que ya vendrá provista de la correspondiente instrumentalización notarial, o ante Letrado Judicial o Juez de Paz, con la misma formalización en título público ejecutivo.

En cuanto a la mediación, debemos refrescar que, a tenor del art. 25 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, los acuerdos de mediación no tienen fuerza ejecutiva sin escritura pública.

Este dato es muy relevante para incentivar a las partes a acudir a un medio u otro, pues, como hemos indicado en varias ocasiones, las partes van a querer, por defecto, un acuerdo que tenga virtualidad de ejecutarse y, si además de a un mediador o tercero independiente, tienen que acudir al notario, con doble gasto, van a preferir acudir directamente a éste (lo que sitúa al Notario, dada la rapidez de su intervención, en una posición preferente, además de altamente cualificada, en la solución extrajudicial de controversias).

Pues bien, en caso de incumplimiento del acuerdo formalizado en escritura pública o en Decreto del Letrado del Admon. de Justicia o título del Juez de Paz, cabrá la correspondiente demanda de ejecución, de título no judicial o judicial respectivamente.

El acuerdo privado, por su parte, vinculante para las partes según el art.12.1 LOMESPJ (no está de más recalcarlo, aunque todo acuerdo privado es vinculante para las partes según nuestro Derecho de obligaciones *ex* art. 1091 CC), dispondrá, en caso de incumplimiento, de la correspondiente acción personal de cumplimiento forzoso –o por equivalente cuando no sea posible- o resolución, al amparo del art. 1124 CC⁷, más la accesoria, en los casos que proceda y con la debida acreditación según la doctrina del Tribunal Supremo⁸, de resarcimiento de daños y perjuicios.

13. ¿De qué manera afecta el art. 7 a la tradicional configuración de la prescripción y la caducidad? ¿Establece el art. 7.3 un plazo de caducidad

⁷ Pueden verse los requisitos jurisprudenciales de la acción resolutoria en BERTOLA NAVARRO, ICIAR, disponible en <https://blog.sepin.es/2013/10/la-accion-resolutoria-del-articulo-1-124-del-codigo-civil-requisitos-y-efectos>

⁸ En cuanto a los requisitos para el éxito de la pretensión indemnizatoria por incumplimiento contractual, como regla general, debe probarse: **a)** el incumplimiento y su causa (dolo o mala fe, culpa o mora, art. 1101 CC), **b)** la “*existencia de los daños y perjuicios cuya indemnización se reclama*” (STS 29 enero 2010), sin que sean suficientes, como proclama la STS 26 de marzo de 1997, «*meras hipótesis o probabilidades*, **c)** el nexo causal entre el incumplimiento y el perjuicio y **d)** la cuantía de los mismos o las bases para su determinación en ejecución *ex* art. 219 LEC. A mayor abundamiento, además de haberse acreditado de forma objetiva y razonada los presupuestos para el éxito de la pretensión indemnizatoria y, concretamente, el daño causado, se cumplen las condiciones para la aplicación de la presunción de daños sentada por la doctrina del daño *in re ipsa* y del principio *res ipsa loquitur*, doctrina creada por la jurisprudencia más actualizada del Tribunal Supremo (por todas, STS de 17 de julio de 2008 y 14 de septiembre de 2010).

para todas las acciones sustantivas que altera el del CC y otras normas o sólo hace caducar la eficacia del MASC concretamente utilizado?

La diferencia fundamental entre ambas figuras radica en que, en el caso de la caducidad, como apunta LINACERO DE LA FUENTE, *“la vida de los derechos o facultades está medida desde que nacen, toda vez que está sometida a un plazo que es: a) cierto e inexorable, y b) de duración fija; ya que no admite causa de interrupción ni-como regla-de suspensión”*⁹.

En la prescripción, al contrario, la causa de extinción del derecho o la incertidumbre es sobrevenida, merced a algún evento o acontecimiento que marca el nacimiento del plazo, y no constituye, en sí misma, el contenido propio del derecho correspondiente (el crédito de surge de un arrendamiento para cobrar la renta no nace con el propio arrendamiento, sino que se origina ante el impago del inquilino, mientras que el plazo para ejercer una acción de retracto nace con el propio derecho de retracto, como requisito sustantivo para su eficacia).

Además, como nota distintiva de extraordinaria relevancia procesal, la prescripción sólo puede aplicarse a instancia de parte y la caducidad puede y debe apreciarse de oficio al inicio del procedimiento o al resolver el fondo del asunto.

Conforme al art. 7.1 LOEMSPJ *“La solicitud de una de las partes dirigida a la otra para iniciar un procedimiento de negociación a través de un medio adecuado de solución de controversias, en la que se defina adecuadamente el objeto de la negociación, interrumpirá la prescripción¹⁰ o suspenderá la caducidad de acciones desde la fecha en la que conste el intento de comunicación de dicha solicitud a la otra parte en el domicilio personal o lugar de trabajo que le conste a la persona solicitante, o bien a través del medio de comunicación electrónico empleado por las partes en sus relaciones previas.*

La interrupción o la suspensión se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo o de la terminación del proceso de negociación sin acuerdo.

El cómputo de los plazos se reiniciará o reanudará respectivamente en el caso de que no se mantenga la primera reunión dirigida a alcanzar un acuerdo o no se obtenga respuesta por escrito en el plazo de treinta días naturales a contar desde la fecha de recepción de la solicitud de negociación por la parte a la que se dirige, o desde la fecha del intento de comunicación, si dicha recepción no se produce.

En el caso de que alguna propuesta concreta de acuerdo no tenga respuesta por la contraparte en el plazo de treinta días naturales desde la fecha de recepción, se reiniciará o reanudará respectivamente el cómputo de plazo”.

⁹ LINACERO DEL A FUENTE, M^a., *Derecho Civil I.*. Cit. Pág. 581.

¹⁰ Según la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, por todas, STS 524/2024, de 22 de abril, *“Para que interrumpa la prescripción, la reclamación ha de contener la expresa exigencia al deudor de que cumpla con su obligación, no siendo suficiente la mera manifestación externa de la existencia de un derecho sin el acto volitivo de una verdadera reclamación a la persona obligada. La jurisprudencia establece que la reclamación extrajudicial interruptora de la prescripción del art. 1973 del Código Civil requiere que se exija expresamente al deudor el cumplimiento de la obligación que se le atribuye, no siendo suficiente la mera manifestación externa de la existencia de un derecho, sin el acto volitivo de una verdadera reclamación a la persona obligada”.*

En primer lugar, nos encontramos ante la tarea de determinar si el intento de negociación, para ser tal, y poder suspender o interrumpir los plazos sustantivos de ejercicio de las acciones, debe ser recepticio y fehaciente, debiendo acreditarse o no la recepción de la reclamación.

No nos parece acertado, pues implicaría modificar normas y jurisprudencia de derecho material, exigir al acto de interrupción de la prescripción o de suspensión de la caducidad consistente en intentar la negociación las mismas condiciones procesales de admisibilidad que el art. 10 LOMESPJ exige para dar por válido dicho intento, consistentes en probar fehacientemente la recepción, la fecha y la disposición del contenido por su destinatario.

Es, por tanto, distinto, la acreditación a efectos de admisión de la demanda, del intento de negociación, regido por el art. 10 LOMESPJ (con los problemas de la pregunta nº 3 cuando no se cuenta con los medios de acreditación que exige tal precepto), de las condiciones del intento de negociación a efectos de interrupción de la prescripción o suspensión de la caducidad.

Acudiendo a la mejor doctrina, y con cita de DÍEZ-PICAZO y PUIG BRUTAU, el *“acto interruptivo es un acto recepticio, en el sentido de que ha de dirigirse al sujeto pasivo del derecho cuya prescripción se trata de interrumpir. Es una declaración recepticia en el sentido de que ha de dirigirse al sujeto pasivo, pero sin necesidad de demostrar que ha llegado a su conocimiento dentro del tiempo hábil. En efecto no puede depender de la recepción porque otra cosa sería tanto como dejar al arbitrio del favorecido con la prescripción la eficacia de la interrupción de este proceso. En definitiva, el artículo 1973 CC -EDL 1889/1- no exige citación o la efectiva llegada al deudor del requerimiento del acreedor”*.

A mayor abundamiento, toda vez que la caducidad y la prescripción, sobre las que nos vamos a ahondar (nos remitimos a las obras de GÓMEZ CORRALIZA¹¹ sobre la primera y a la de ALBALADEJO¹² sobre la segunda), son de interpretación restrictiva en favor de la conservación de derechos, las reclamaciones o intentos de negociación que cumplan con las condiciones que hemos expuesto en la pregunta nº 3 deberían considerarse aptos para interrumpir o suspender la prescripción y caducidad, respectivamente.

En todo caso, el precepto arriba transcrito dispone arroja algo de luz sobre el particular al disponer que el plazo se reanuda o reiniciará *“desde la fecha del intento de comunicación, si dicha recepción no se produce”*.

Es decir, bastará por tanto probar, en el eventual proceso en que se excepcione por la demandada la prescripción o la caducidad del derecho, o sin tal excepción, en el caso de la caducidad, que en su día se intentó la comunicación extrajudicial sobre el derecho en liza. Y, un intento de comunicación sin recepción no tiene los problemas que tiene acreditar la recepción (expuestos en la pregunta nº 3 para la admisión de la demanda en caso de falta de respuesta del demandado a la negociación), pues bastará con probar la remisión.

En todo caso, descartada la necesidad de acreditar la recepción (lo que no implica la desidia o falta de interés en intentar por cualquier vía la reclamación extrajudicial), el precepto no especifica si el hecho de la remisión debe probarse de modo fehaciente (por ejemplo, con un sello de correos del envío), porque en tal caso, no bastaría un email o

¹¹ GÓMEZ CORRALIZA, B (1990). *La caducidad*. RDU.

¹² GARCÍA MANUEL, A. (2004). *La prescripción extintiva*. Tirant lo Blanch.

whatsapp (de sencilla manipulación). Debemos remitirnos, en consecuencia, a la doctrina jurisprudencial civil sobre las condiciones de los actos de interrupción y suspensión de las instituciones analizadas (esta última, *rara avis*, pues la caducidad no la admite como regla).

En casos de iniciación de negociaciones, los plazos se reanudarán (caducidad) o reiniciarán (prescripción), en la fecha de firma del acuerdo (no ofrece problemas interpretativos), o “*de la terminación del proceso de negociación sin acuerdo*”, situación de no siempre sencilla predeterminación fáctica.

¿Qué debe considerarse como terminación sin acuerdo en el marco de negociación directa entre las partes? ¿Cuánto tiempo hay que esperar entre, por ejemplo, conversaciones intercambiadas por email para considerar que ha terminado el proceso?

La dificultad, por tanto, estriba en fijar con exactitud el *dies a quo* del plazo de caducidad o prescripción, después de su suspensión o interrupción, cuando se haya iniciado la negociación sin acuerdo. No podemos ofrecer una respuesta unívoca, sino que dependerá de la casuística.

La norma prevé también reglas particulares de cómputo de los plazos en casos de intervención de tercero neutral, mediador o conciliador, en su apartado segundo, que damos por reproducidas, al ser exhaustivamente tratados, en aras de la brevedad.

El art. 7.3 LOMESPJ merece también atención, al disponer que “*En el caso de que la solicitud inicial de negociación no tenga respuesta o bien de que el proceso negociador finalice sin acuerdo, las partes deberán formular la demanda dentro del plazo de un año a contar, respectivamente, desde la fecha de recepción de la solicitud de negociación por la parte a la que se haya dirigido la misma o, en su caso, desde la fecha de terminación del proceso de negociación sin acuerdo, para que pueda entenderse cumplido el requisito de procedibilidad*”.

Prima facie, pudiera suscitarse dudas sobre si la norma establece un nuevo plazo, distinto del sustantivo fijado por la correspondiente norma, para el ejercicio del derecho controvertido, o si sólo está acotando temporalmente la eficacia del medio de solución de controversias intentado, debiendo prevalecer, dados los términos de la norma, esta segunda opción, por razones además de coherencia, ya que lo contrario supondría alterar las numerosas normas dispuestas por normas comunes o especiales para ejercitar derechos subjetivos.

Es decir, el intento de negociación, o la negociación frustrada, con los documentos pertinentes, sólo servirán de requisito de procedibilidad si la demanda se formula en el plazo de un año, con el *dies a quo* fijado por la norma, que nuevamente despierta incertidumbre en los casos de falta de acreditación de la recepción. No obstante, como quiera que el apartado antes reproducido, admite, en materia de caducidad y prescripción, el intento de negociación no recepticio como causa de suspensión e interrupción, debería ser la fecha de dicho intento, es decir, de la remisión de la propuesta, la que sirva de base para el calcular el plazo de un año fijado.

Por otra parte, el artículo reproducido altera la tradicional configuración de la caducidad y la prescripción en cuanto al cómputo de los plazos y causas interruptivas o suspensivas.

Así, a la caducidad, que en el orden civil nunca ha estado sujeta a suspensión por reclamación extrajudicial, la anuda este efecto. Por ejemplo, el plazo de 8 días para ejercitar el derecho de retracto de condueños del art. 1524 CC quedará en suspenso en caso de intento de negociación, lo que altera por completo el trasfondo guillotínante de la caducidad en preservación de la seguridad jurídica y del uso recto de los derechos.

Para la prescripción, por su parte, amplía el *dies a quo* histórico de la misma en casos de reclamación extrajudicial, que siempre se habían computado, en caso de negociaciones sin acuerdo, desde la fecha de la reclamación inicial, sin que tuvieran eficacia interruptiva las conversaciones entre las partes en aras a alcanzar un acuerdo.

Esta ampliación del plazo resulta, en todo caso, lógica y cabal con el nuevo sistema de los MASC, y en realidad, sensata incluso antes de este sistema, pues hasta que no se terminan las negociaciones no se conoce la imposibilidad de llegar a un acuerdo y, por tanto, la necesidad de demandar (aplicar, por tanto, la prescripción, en el caso de que esta fuere, por ejemplo de un año, porque las negociaciones hayan sido largas y al final infructuosas, y el actor no hubiera formulado la demanda en medio de las mismas, no tiene mucho sentido).

Se altera también el cómputo de los plazos en casos de reclamación extrajudicial desatendida, que se computará pasados 30 días desde el intento, y no desde la fecha de la remisión, como hasta ahora.

Todo ello tiene clara incidencia, por tanto, en el ámbito jurídico material del ejercicio de los derechos y en la configuración jurisprudencial actual, sobre todo de la prescripción.

14. En el caso de negociación directa entre las partes y negativa de una de ellas a reflejar el intento de acuerdo en los términos del art. 10.2 ¿Bastará acreditar la remisión o que fórmulas podrán usarse para suplir esa carencia?

La documentación del intento de acuerdo en casos de intervención de terceros está claramente ordenada por la Ley analizada, al obligar, en su respectiva regulación, a éstos a expedir el correspondiente certificado al respecto.

Sin embargo, cuando las partes negocian directamente, es decir, cuando inician una negociación, la acreditación de tal extremo depende de su voluntad.

En este sentido, el art. 10.2 dispone que “*Si no hubiera intervenido una tercera persona neutral, la acreditación se cumplirá mediante cualquier documento firmado por ambas partes en el que se deje constancia de la identidad de las mismas y, en su caso, de las personas profesionales o expertas que hayan participado asesorándolas, la fecha, el objeto de la controversia, la fecha de la reunión o reuniones mantenidas, en su caso, y la declaración responsable de que las dos partes han intervenido de buena fe en el proceso*”.

Puede ocurrir, sin embargo, que una de las partes se niegue a facilitar este documento, en cuyo caso no podrá acreditarse la actividad negociadora.

Sin perjuicio de describir este extremo, conforme al art. 399 LEC, en la demanda, no puede considerarse tal defecto como causa de inadmisión, y debería ser suficiente acreditar los extremos del intento de negociación ya examinados del art. 10.2 LOMESPJ: “*cualquier documento que pruebe que la otra parte ha recibido la solicitud o invitación*”.

para negociar o, en su caso, la propuesta, en qué fecha, y que ha podido acceder a su contenido íntegro”.

15. La demandada, en caso de Sentencia desestimatoria, quedará despojada de las costas, y la actora-requiere, exenta de las mismas, al amparo del art. 394 LEC, en caso de que la primera hubiera rehusado participar en las negociaciones o no hubiera colaborado en una solución consensuada (art. 7.4 LOMESPJ).

¿Qué ocurrirá si el demandado acude al Abogado, no al recibir la propuesta de MASC, sino cuando ya haya sido emplazado para contestar a la demanda? ¿Le es exigible al justiciable el conocimiento de esta norma?

Este supuesto se va a presentar, sin duda, con grandísima asiduidad, y parece que, o bien el legislador no lo ha tenido en cuenta, o lo ha omitido directamente, a pesar del enorme impacto que va a tener en la seguridad jurídica.

No creemos que pueda trasladarse al ciudadano la carga de conocer, comprender y aplicar la disposición del art. 394 LEC, y contactar, por tanto, con un Abogado, en el instante mismo en que reciba una propuesta de MASC; primero, porque eso no va a pasar, por mucho que quiera el legislador, y en no pocos casos, segundo porque eso supone un coste adicional y tercero porque significa presuponer un ciudadano con conocimientos jurídicos especializados a través de una exigencia desorbitada.

Por tanto, nos encontramos ante un puto de fuga de importantes dimensiones cuya traducción real en la práctica forense desconocemos, así como la influencia que tendrá en la forma de relación entre las partes en las negociaciones privadas (y puede dar, además, como todo el entramado de los MASC, a técnicas de la picaresca, consistentes en éste caso en asesorar al cliente con no responder nada y luego alegar en la contestación de la demanda desconocimiento de la norma, en caso de tener razones fundadas para presuponer una desestimación).

16. Varios supuestos esquemáticos

16.1 Algunas normas sectoriales (art. 7.1 RDL 8/2004, de 29 de octubre o art. 21.3 LPH), ya establecen una reclamación extrajudicial o notificación de deuda como requisito de admisibilidad de la demanda, ¿servirán a efectos de dar por cumplido del requisito de los MASC?

La reclamación extrajudicial del art. 7.1 RDL 8/2004, de 9 de octubre, representa el ejemplo más claro de la posible duplicidad de actuaciones de reclamación, no así de la misma manera la notificación al deudor de deudas comunitarias del art. 21 LPH, que tiene carácter informativo (aunque podría aprovecharse para efectuar la reclamación extrajudicial previa o propuesta de MASC).

En consecuencia, debería admitirse esa reclamación en el ámbito de los seguros de circulación por cumplir las condiciones de la reclamación directa entre las partes, incluso de oferta vinculante, para dar por cumplido el requisito de admisibilidad, salvo que el perjudicado, además de esa reclamación, interese promover otro medio distinto.

Aquí, en todo caso, la oferta motivada posterior de la aseguradora, podrá reputarse como una suerte de oferta vinculante, aunque no confidencial, y tenerse en cuenta su importe a efectos de una eventual reducción o exención de costas en el trámite del art. 245 bis LEC.

Lo mismo deberá concluirse para otro tipo de norma de similar alcance.

16.2 El art. 439.6.c) LEC exige al gran tenedor actor que dirija la pretensión de los ordinales 1º, 2º y 7º del art. 250.1 LEC, no exceptuados de MASC por el art. 5.2 LOMESPJ, contra un demandado vulnerable, acudir a un sistema de intermediación o conciliación, ¿servirá a tal efecto para dar por cumplido el requisito de admisibilidad del art. 403.2 LEC?

Aunque el procedimiento de intermediación o conciliación regulado y exigido en la Ley por el derecho a la vivienda, trasladado al art. 439.6 LEC, no deja muy claro su objeto, parece que éste no es otro que lograr un acuerdo extrajudicial que evite una futura demanda, objeto que coincide con el propio de los MASC, con lo que, siguiendo el mismo argumento antes expuesto, debe aceptarse como medio.

Aunque es cierto que la forma de su acreditación alternativa en caso de ausencia de acto conciliación o intermediación fijada por el art. 439.7.1º LEC (declaración responsable de haber solicitado el procedimiento pero no haberse celebrado) no encaja con las reglas de acreditación de los MASC del art. 10 LOEMSPJ, resulta gravoso hasta la extenuación tener que cumplir doblemente con un trámite que tiene idéntico objeto (y la LOMESPJ lo tendría que haber contemplado).

Aprovechar la ocasión para criticar que, tras la reforma analizada, las pretensiones de los ordinales antes indicadas, estarán sujetas al requisito de los MASC, lo que significa equipararles, *de facto*, al régimen de los grandes tenedores establecido en Ley por el derecho a la vivienda, al imponerles también la carga de acudir al medio extrajudicial de solución de controversias (con más medios disponibles, eso sí, que la conciliación e intermediación administrativas), y además no sólo para demandados vulnerables, sino para todo tipo de éstos.

16.3 ¿Se debe exigir el requisito de procedibilidad de los MASC para la demanda reconvenicional o excepción reconvenicional de nulidad o compensación?

La demanda reconvenicional, aun formulada en la contestación, debe sujetarse a las reglas generales de admisión de la demanda, entre ellas el cumplimiento de los arts.399 y 403.2 LEC y, por tanto, acreditar la negociación o su intento.

Sin embargo, una interpretación cabal de la norma, y también finalista y teleológica, debe conducir a su exclusión, por la sencilla razón, de forma similar a como argumentábamos en la pregunta nº 5, de que nos encontramos ante un conflicto judicializado, en el que ya no tienen fundamento los medios de solución alternativa de conflictos distintos de la mediación o conciliación intrajudiciales que puedan convocar el LAJ o el Tribunal al amparo del art. 19.4 LEC.

Además, el demandado y futuro actor reconvenicional dispondrá tan sólo de veinte días (juicio ordinario) o incluso diez (juicio verbal) para contestar y reconvenir y, por tanto, de cumplir ese eventual requisito de admisibilidad de los MASC, lo que resulta ilógico e inexigible materialmente, por una razón puramente temporal.

17. ¿Por qué la oferta vinculante es distinta al resto de medios?

Simplemente (o entendemos que así debería ser) por la razón de que la oferta vinculante no admite negociación, sino que, al consistir en una propuesta cerrada, únicamente permite la aceptación o el rechazo, lo que implica dejar sin efecto, en este caso, los conceptos de rehusar en la negociación o colaboración en la búsqueda de una solución consensuada, utilizados como criterios para modular las costas (que no podrían aplicarse ni al actor ni al demandado).

Cuestión distinta es que se distorsione su contenido (coincidente con el de oferta de nuestro Derecho Civil fijado en STS 11 de abril de 2000; intención de obligarse, elementos esenciales del contrato y dirigida a persona determinada) y se considere que el reclamado, a pesar de la oferta vinculante, debe ofrecer margen de negociación.

Esto es lo que parece ocurrir en el art. 245 bis LEC, que altera el formato y contenido genuino de la oferta vinculante, al permitir al condenado en costas (requerido en su día a través de la oferta vinculante), solicitar su reducción o exoneración por haber hecho una propuesta similar a la concedida en Sentencia, lo que implica la posibilidad de que el requerido haga una contraoferta, ampliando su margen de actuación más allá de la aceptación o rechazo; se convierte en realidad aquí el requerido, una vez hecha la contraoferta, en requirente.

Sin embargo, en rigor, este precepto es coherente con la configuración de la oferta de nuestro Derecho privado (contenida, por todas, en STS de 11 de abril de 2000), pues la oferta vinculante y los MASC no dejan de ser tratos preliminares y, en su caso, convenios sujetos a Derecho civil. La oferta contractual admite, por tanto, una contraoferta del destinatario inicial.

Entendemos, sin embargo, que las nociones de rehusar participar en un MASC o no colaborar en la búsqueda de una solución consensuada (arts. 394 LEC y 7.4 LOMESPJ), no se aplicarán nunca a una oferta vinculante o contraoferta del requerido, que nunca darán lugar a una negociación, por lo que es un medio especial útil para esquivar el régimen arbitrario de las costas procesales.

18. ¿Puede el órgano judicial inadmitir una demanda en que el actor alegue desconocimiento del domicilio de la demandada (264.4º LEC) cuando sea evidente el mismo?

El art.264.4.º LEC, permite acreditar el requisito de los MASC (403.2 LEC), mediante *“declaración responsable de la parte de la imposibilidad de llevar a cabo la actividad negociadora previa a la vía judicial por desconocer el domicilio de la parte demandada o el medio por el que puede ser requerido”*.

El Juzgado tiene, en consecuencia, facultades plenas de control de la legalidad, que deberían extenderse también a verificar si el actor acredita suficientemente el desconocimiento del domicilio.

Nos parece, en todo caso, nuevamente, un terreno resbaladizo y poco diáfano, que bien puede ser utilizado de forma fraudulenta para esquivar la negociación o usado como frente de contención del Juzgado para inadmitir demandas, pues el desconocimiento o no del

domicilio del demandado depende de elementos volitivos y cognitivos, así como de los medios y posibilidades de investigación del actor, que no parecen elementos muy aptos para valorarse en fase inicial de admisión de la demanda.

En cualquier caso, así como para personas jurídicas esta alegación carecerá de sostén, pues todas tienen domicilio social público (y fácilmente disponible en internet), no puede decirse lo mismo de personas físicas.

No obstante, toda vez que la demanda debe identificar el domicilio del demandado o, en su caso, instar medidas de averiguación domiciliaria, esta excepción únicamente cobrará sentido cuando nos encontramos ante este segundo supuesto, ya que en el resto de supuestos, conociéndose el domicilio del actor, no podrá alegarse el art. 264.4º LEC.

La peor forma de la justicia es la justicia simulada. Platón.