

Los MASC como requisito de procedibilidad: naturaleza jurídica y su posible subsanación

(Alternative Dispute Resolution as a condition of admissibility in civil proceedings: legal nature and the possibility of subsequent compliance)

Vicente Pérez Daudí
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona

RESUMEN: Este artículo examina los mecanismos de Resolución Alternativa de Conflictos (RAC) como un requisito procesal previo a la iniciación del proceso judicial, tanto en lo que respecta a demandas como a reconvenções. Se presta especial atención a uno de los aspectos más controvertidos en este ámbito: la posibilidad de subsanar la omisión de la fase de negociación o, en su defecto, acreditar suficientemente su realización.

PALABRAS CLAVE: ADR, proceso judicial, subsanación.

ABSTRACT: This article examines Alternative Dispute Resolution (ADR) mechanisms as a procedural prerequisite prior to the initiation of judicial proceedings, including both claims and counterclaims. Particular attention is devoted to one of the most contentious issues in this context: the possibility of curing the omission of the negotiation stage or, alternatively, providing sufficient proof of its occurrence.

KEYWORDS: ADR, judicial process, correction.

Fecha de recepción: 18 de marzo de 2025
Fecha de aceptación: 17 de junio de 2025

Los MASC como requisito de procedibilidad: naturaleza jurídica y su posible subsanación

(Alternative Dispute Resolution as a condition of admissibility in civil proceedings: legal nature and the possibility of subsequent compliance)

Vicente Pérez Daudí
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona

SUMARIO

1. Regulación legal. 2. La naturaleza jurídica. 3. La regla general de la subsanación de los actos procesales de parte y la primacía del principio pro actione. 3.1. La subsanabilidad de los actos procesales como criterio general. 3.2. La posibilidad de subsanar la omisión de la conciliación en el proceso laboral. 3.3. La posibilidad de subsanar la omisión de la reclamación previa en el orden civil y social. 3.4. Conclusión: La necesidad de permitir la subsanación de la omisión de acudir a un MASC antes de iniciar un proceso judicial. 4. Los MASC y la demanda. 4.1. Requisitos formales. 4.2. Relación entre el MASC y el proceso declarativo posterior. 5. Los MASC y la demanda reconvenzional. 6. Los MASC y las excepciones reconvenzionales. 7. Tratamiento procesal de la falta de intento de negociación antes de acudir al proceso judicial.

1. Regulación legal

La principal novedad de la LOEP es que considera a los MASC como requisito de procedibilidad. Así lo prevé el artículo 5, exigiendo

que exista una identidad entre el objeto de la negociación y el del litigio, aunque las pretensiones que pudieran ejercitarse en vía judicial sobre dicho objeto pudieran variar.

Los MASC a los que se acudirá para que se considere cumplido el requisito de procedibilidad se enumeran en el párrafo segundo del artículo 5.1, e incluye la actividad negociadora entre las partes o entre sus abogados bajo sus directrices.

El ámbito objetivo de aplicación son todos los procesos declarativos del libro II y del libro IV (art. 5.2 LOEP). No será preciso acudir para interponer una demanda ejecutiva, la solicitud de medidas cautelares previas o de diligencias preliminares, y el inicio de expedientes de jurisdicción voluntaria, con excepción de los expedientes de intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales, así como de los de intervención judicial en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, como tampoco para la petición de requerimiento europeo de pago conforme al Reglamento (CE) n.º 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo, o solicitar el inicio de un proceso europeo de escasa cuantía, conforme al Reglamento (CE) n.º 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía.

El legislador modifica los artículos 264, 399.3 y 403 LEC para adaptarla a este requisito de procedibilidad:

Se añade un apartado 4º al artículo 264 LEC para exigir que se acompañe con la demanda o la contestación “el documento que acredite haberse intentado la actividad negociadora previa a la vía judicial cuando la ley exija dicho intento como requisito de procedibilidad, o 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”.

Se añade un párrafo segundo al apartado 3 del artículo 399 LEC para exigir que “se hará constar en la demanda la descripción del pro-

ceso de negociación previo llevado a cabo o la imposibilidad del mismo, conforme a lo establecido en el ordinal 4º del artículo 264, y se manifestarán, en su caso, los documentos que justifiquen que se ha acudido a un medio adecuado de solución de controversias, salvo en los supuestos exceptuados en la Ley de este requisito de procedibilidad”.

Se añade al párrafo segundo del artículo 403 la referencia a la que no se admitirán las demandas “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”.

2. La naturaleza jurídica

La regulación legal expuesta hace que nos debamos plantear la naturaleza jurídica de la obligación de intentar una negociación antes de iniciar un proceso judicial.

El intento de negociación antes de iniciar un proceso judicial ya estaba regulado en nuestro derecho, tanto vigente como histórico. El antecedente inmediato en el proceso civil es la conciliación necesaria antes de iniciar el proceso judicial que se regulaba en los artículos 460 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881¹***. Una de las cuestiones que se planteó durante su vigencia fue su naturaleza jurídica y si su omisión era o no subsanable.

Con carácter previo hay que tener en cuenta que el Tribunal debía apreciar de oficio que se hubiera celebrado al admitir a trámite la

1 Este precepto fue modificado por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil para convertirla en voluntaria. Sobre la reforma los comentarios que realizó MONTERO AROCA, Juan, en *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, edit. Tecnos, Madrid, 1985, coord. Valentín Cortés Domínguez, pp. 305 y ss.

demanda, debiendo inadmitir la demanda a la que no se acompañe. Sin embargo, si se ponía de manifiesto su omisión durante el transcurso del proceso no se declaraba la nulidad de lo actuado, sino que se procedía a la celebración del acto en cualquier estado del pleito en que se note su falta (art. 462.2 LEC)².

A la vista de esta regulación la doctrina procesal calificó este requisito como presupuesto procesal³. Este concepto tiene su origen en la teoría de la relación jurídica⁴, que lo introdujo para referirse a aquellos aspectos que deben examinarse de oficio por el Tribunal sin necesidad de que el demandado lo alegue. Los presupuestos procesales se conciben como los requisitos esenciales que deben concurrir para que exista un proceso judicial⁵ * y se identifican con los que debe analizar el órgano jurisdiccional de oficio al admitir a trámite la demanda. Así se distinguen los siguientes:

- Los relacionados con el órgano jurisdiccional, que se identifica con la competencia objetiva, funcional y territorial cuando tuviera carácter indisponible para las partes.
- Los relacionados con las partes, que se identifican con la legitimación, la capacidad y la postulación procesales.

2 La jurisprudencia del Tribunal Supremo que interpreto este precepto fue flexible y declaro que “al absolver de la demanda reconvencional, apoyándose exclusivamente en el incumplimiento de un precepto de tan escasa transcendencia., incurre en la aplicación indebida e interpretación errónea... “(STS 17 de mayo de 1941).

3 Ver por todos MONTERO AROCA (op. cit., p. 316) y RAMOS MÉNDEZ (en *Derecho Procesal Civil*, edit. Librería Bosch, Barcelona, 1980, p. 386).

4 Ver SERRA DOMÍNGUEZ, en “Proceso”, en *Obra Procesal*, tomo I, ed. Fundación Privada Manuel Serra Domínguez, 2023, pp. 554 y ss (publicado originalmente en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, t. XX, 1993, pp. 860 y ss).

5 FORNACIARI, en *Presupposti processuali e giudizio di mérito*, edit. G. Giappichelli, Turín, 1996, p. 6.

- Los relacionados con cuestiones de forma como la exigencia del cumplimiento de los requisitos de la demanda previstos en el artículo 399 LEC.

Estos presupuestos pueden tener carácter subsanable o no. Así no lo tendría el de competencia objetiva si se presenta ante un juzgado no competente objetivamente porque el Juzgado lo es o no. Sin embargo, sí que lo tiene cuando se acumulan dos acciones en una demanda que se presenta ante un órgano jurisdiccional que es incompetente objetivamente para conocer una de ellas. En este caso debe darse a la parte actora la posibilidad de subsanar el defecto procesal desistiendo de la acción que impide la acumulación.

Del mismo modo uno de los requisitos del contenido de la demanda es expresar la cuantía del proceso. Su omisión debe ser advertida por el Letrado de la Administración de Justicia al demandante para que lo pueda subsanar.

Puedo concluir que no todos los presupuestos procesales son insubsanables, sino solo los que determinarían la nulidad absoluta del acto y que, consecuentemente, debe ser apreciado de oficio⁶.

Una de las lagunas sobre las que no se pronuncia la ley es si cabe o no la subsanación del defecto procesal de no alegar y acreditar el requisito de procedibilidad de haber acudido aun MASC. Lo único que prevé el artículo 403.2 LEC es que se inadmitirá la demanda. Una interpretación literal del precepto parece que la respuesta es que no es posible⁷.

6 De conformidad con lo previsto en el párrafo segundo del artículo 240.2 LOPJ el órgano jurisdiccional podrá decretar de oficio la nulidad cuando se aprecie la falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare al tribunal.

7 En este sentido se han pronunciado la totalidad de los acuerdos de unificación de criterios adoptados por los Juzgados de Primera Instancia de los partidos judiciales que se han pronunciado al respecto. A modo de ejemplo los acuerdos

La previsión legislativa de configurar un requisito de procedibilidad cuyo incumplimiento impide el acceso al proceso, sancionándose con la inadmisión de la demanda, debe encuadrarse en el sistema procesal general para poder llegar a una conclusión al respecto, atendiendo a la interpretación realizada por los Tribunales al respecto. La cuestión es si a pesar de que la ley prevé la inadmisión de la demanda debe permitirse la subsanación de la omisión de la negociación previa entre las partes desde la perspectiva “pro actione” del derecho a la tutela judicial efectiva.

3. La regla general de la subsanación de los actos procesales de parte y la primacía del principio pro actione

3.1. La subsanabilidad de los actos procesales como criterio general

Los artículos 11.1 y 243.4 LOPJ y 231 LEC establecen el criterio general de la subsanación de los actos procesales. La cuestión está en determinar cuando el defecto concurrente puede subsanarse o no. PÉREZ GORDO planteaba como parámetro el que la irregularidad o el defecto afecte o no a la esencia del acto. Así el acto inexistente o afectado de nulidad absoluta no podría ser objeto de subsanación. Por el contrario, los viciados de anulabilidad o irregulares serían subsanables⁸.

Así ya tendríamos un primer criterio para delimitarlo que se identificaría con las causas de nulidad de actuaciones, previstas en el artículo

de la Junta de Jueces de Primera Instancia de Barcelona de 12 de marzo de 2025 o de la Junta de Jueces Familia de Madrid no permiten la subsanación.

8 PÉREZ GORDO, Alfonso, *Los actos defectuosos y su subsanación en el proceso constitucional*, edit. J.M. Bosch, Barcelona, 1989, pp. 32 y 33.

238 LOPJ. La enumeración, que lógicamente tiene carácter general, ya nos indica los actos nulos de pleno derecho. Sin embargo, esta afirmación debe ser matizada en alguno de los casos. Lo que indudablemente es insubsanable son los actos procesales realizados por Tribunales que no tienen jurisdicción para conocer del caso concreto ya que ésta se tiene o no se tiene.

Un segundo criterio sería atender a la apreciación de oficio por el Tribunal, que según el párrafo segundo del artículo 240.2 LOPJ es la falta de jurisdicción, de competencia objetiva o funcional o se hubiere producido violencia o intimidación que afectare al Tribunal. Si solo es apreciable a instancia de parte, en caso de no alegarse en el momento procesal oportuno y por la vía prevista legalmente debe entenderse subsanado el defecto.

La delimitación de los requisitos procesales que son subsanables implica analizar una serie heterogénea de actos y sus requisitos, lo que lleva a un casuismo que puede ser excesivo. Antes de analizar su aplicación a los MASC indicaré los criterios generales en que ésta se ha permitido.

La jurisprudencia se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la subsanabilidad por las partes de los actos procesales defectuosos, lo que permite que se puedan extraer unos criterios generales. Hay que partir de la premisa que el derecho a la tutela judicial efectiva protege tanto el acceso de los ciudadanos a los Tribunales para obtener una resolución de fondo fundada en derecho como la realización de los actos concretos en el proceso.

De esta forma la jurisprudencia del Tribunal Constitucional distingue entre el derecho a obtener una resolución de fondo motivada (*pro actione*) y el derecho al acceso al recurso. A continuación, afirma que el primero está protegido por el artículo 24 de la Constitución y forma parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, mientras que el segundo se incorpora al derecho fundamental en la configuración legislativa que reciba, salvo el recurso de apelación en el ámbito penal que también está protegido directamente por el artículo 24 de la Constitu-

ción. Así se pronuncia la Sentencia del Pleno de Tribunal Constitucional número 79/2012, de 17 de abril, que en su fundamento de derecho cuarto afirma:

“Como recordamos en la STC 20/2012, E 4, desde la STC 37/1995, de 7 de febrero (E 5), este Tribunal ha subrayado el diferente relieve constitucional que posee el derecho de acceso a la jurisdicción y el de acceso a los recursos legalmente establecidos. Aunque ambos derechos se encuentran ínsitos en el art. 24.1 CE, el derecho a acceder a la justicia es un componente medular del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el precepto constitucional y que no viene otorgado por la Ley, sino que nace de la Constitución misma. Por el contrario, el derecho a acceder a los recursos legales se incorpora al derecho fundamental en la concreta configuración que reciba de cada una de las Leyes de enjuiciamiento que regulan los diferentes órdenes jurisdiccionales, salvo en lo relativo al derecho del condenado a la revisión de su condena y la pena impuesta (SSTC 42/1982, de 5 de julio ; 33/1989, de 13 de febrero ; y 48/2008, de 11 de marzo); el derecho al recurso legal no nace directamente de la Constitución, sino de lo que hayan dispuesto las Leyes procesales que los crean, y se incorpora al derecho fundamental en su configuración legal (en el mismo sentido, entre otras muchas, SSTC 46/2004, de 23 de marzo, E 4; 15/2006, de 16 de enero, E 3; 181/2007, de 10 de septiembre, E 2; y 35/2011, de 28 de marzo, E 3).

Lo anterior se traduce en que el principio hermenéutico *pro actione* protege el derecho de acceso a la justicia, dada la diferente trascendencia que cabe otorgar -desde la perspectiva constitucional- a los requisitos legales de acceso al proceso, en tanto pueden obstaculizar o eliminar el derecho de los ciudadanos a someter el caso al conocimiento y pronunciamiento de un Juez y por tanto causar indefensión. Por el contrario, el control constitucional de los requisitos de admisión de los recursos legalmente establecidos es más laxo, puesto que lo que se pide en ese momento no es más que la revisión de la respuesta judicial contenida en la Sentencia de instancia previamente dictada la cual, si resuelve el fondo del asunto, ya habría satisfecho el núcleo del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva sin indefensión de todas las partes procesales, y el acceso al recurso debe ser contrapesado con el

derecho de las otras partes a un proceso sin dilaciones indebidas y a la ejecución de lo resuelto (SSTC 55/1995, de 6 de marzo, F. 2; 309/2005, de 12 de diciembre, F. 2; 51/2007, de 12 de marzo, F 4; y 27/2009, de 26 de enero, F 3).”

La doctrina expuesta, que ha sido reiterada por el Tribunal Constitucional en todas sus sentencias y justifica el distinto tratamiento de la subsanación de los defectos procesales. Así cuando nos hallamos ante un acto procesal que se integra en el principio pro actione, que protege el derecho de acceso a la jurisdicción, se permite la subsanación de los defectos procesales de parte. Sin embargo, cuando el acto procesal defectuoso se produzca en otro ámbito del proceso, que no se integre en el derecho de acceso a la jurisdicción, la posible subsanación dependerá de la configuración legislativa del mismo. Además, deben valorarse otros criterios como:

- La entidad del defecto.
- La incidencia en la finalidad perseguida por la norma infringida.
- La transcendencia para las garantías de las demás partes del proceso.
- La diligencia procesal de la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado.
- La oportunidad de subsanación, exigiendo que el requerimiento identifique el defecto en que se ha incurrido para otorgar posibilidad real de complementarlo. Así ha negado la validez de los requerimientos de subsanación genéricos.

A partir de estos criterios el Tribunal Constitucional ha fijado la doctrina sobre la subsanación de los defectos procesales de parte.

Otro aspecto que debe tenerse en cuenta es que se ha planteado la cuestión de si se puede subsanar un acto procesal omitido. A priori la respuesta es que no es posible ya que no nos hallamos ante un acto defectuoso, sino ante un acto inexistente. Sin embargo, el Tribunal Constitucional lo ha permitido en ocasiones como en los casos en los que no

se ha acudido a la conciliación previa preceptiva en el proceso laboral⁹ o no se ha efectuado la reclamación administrativa en un proceso civil en el que se demanda a la administración pública, tal como analizaré en los siguientes apartados.

Tal como he expuesto el Tribunal Constitucional considera que el derecho de acceso a los Tribunales y la realización de los actos de parte necesarios para lograr una resolución de fondo motivada forma parte integrante del contenido esencial del artículo 24 de la Constitución. Consecuentemente le otorga una protección reforzada y permite con mayor amplitud la subsanación de los defectos procesales. La manifestación legal de este concepto se encuentra en la redacción del artículo 11.3 LOPJ que prevé que:

“Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes”.

Esta posibilidad es matizada por el Tribunal Constitucional declarando que debe indicarse el defecto específico que concurre en el acto procesal y dar un plazo a la parte para subsanarlo¹⁰, valorando especialmente la diligencia que manifieste en el acto concreto.

El legislador regula en las leyes de enjuiciamiento diversas manifestaciones del principio pro actione. En la misma concurren dos criterios:

- El derecho a la tutela judicial efectiva que implica el derecho de toda persona a acudir a un órgano judicial para dictar una sentencia de fondo motivada.

9 Ver por toda la sentencia del Tribunal Constitucional 172/2007, de 23 de julio.

10 Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2012, de 17 de abril.

- El principio de legalidad del proceso, que obliga a las partes a que la acción la ejercite en la forma prevista por las leyes. En caso contrario se exime al Órgano Jurisdiccional de dictar una sentencia de fondo, debiendo poner fin al proceso. Y esta actividad lo tiene que realizar lo antes posible por razones de economía procesal.

Estos dos intereses son tenidos en cuenta por el legislador en distintos preceptos regulando, como criterio general, la posibilidad de subsanar los defectos en que incurran los actos procesales de parte. Así lo realiza en los siguientes preceptos de la LEC:

- Con carácter general prevé en el artículo 231 LEC que “el Tribunal y el Letrado de la Administración de Justicia cuidarán de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de parte”.
- Al regular los actos de alegaciones (demanda y contestación) permite la subsanación de los defectos formales. Así se regula en la LEC en los artículos 404 (demanda de juicio ordinario civil), 405 (contestación a la demanda del juicio ordinario civil) y 439 (la demanda de juicio verbal que se remite a la regulación del juicio ordinario). En el proceso de ejecución civil el artículo 559.2 LEC se prevé la concesión de un plazo de subsanación de 10 días si el defecto procesal alegado por el ejecutado en la oposición a la ejecución es subsanable ajuicio del Tribunal.
- En algunos casos concretos el legislador prevé expresamente la posibilidad de subsanar el defecto en que hubiera incurrido la parte. Así lo realiza la LEC en los artículos 73.3 (acumulación de acciones indebida), 254.4 (cuando en la demanda no se hubieran aportado elementos suficientes para cuantificar el proceso y así no permitir que el Letrado de la Administración de Justicia le dé la tramitación correspondiente), 273.3 (la posibilidad de subsanar el incumplimiento del deber de uso de las nuevas tecnologías en el proceso civil), 275 (cuando no se hubieran aportado copias de la demanda, contestación o de los documentos acompañados) y 418 (cuando concurra algún defecto de capacidad o representación subsanables).

El legislador no establece un plazo común de subsanación para todos los defectos procesales. Sino que opta por tres criterios:

- Los deja a la discreción del Letrado de la Administración de Justicia para la admisión de la demanda o de la contestación (artículos 404, 405 y 439 LEC), que deberá establecerlo según la complejidad de la subsanación.
- Establece un plazo de diez días en los artículos 254.4 y 418 LEC, atendiendo a la relevancia del defecto ya que hay que aportar los elementos suficientes para cuantificar el procedimiento o subsanar la falta de capacidad o de representación. En el proceso de ejecución también prevé el plazo de 10 días para subsanar los defectos procesales en que incurriera la demanda ejecutiva y que hubieran sido motivo de oposición por el ejecutado (art. 559 LEC).
- Fija un plazo de cinco días en los artículos 73.3, 273y275 LEC para subsanar la indebida acumulación de acciones, el incumplimiento del deber de uso de nuevas tecnologías o la no presentación de las copias de la demanda, contestación a la demanda o los documentos acompañados.

La finalidad del legislador es que subsanen los defectos procesales que puedan impedir que se dicte una resolución de fondo motivada, que es el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva. Si el defecto procesal subsiste, bien por ser insubsanable o por una falta de diligencia de la parte en subsanarlo, se exime al Tribunal de dictar una resolución sobre el fondo motivada. En este caso el Órgano Jurisdiccional debe poner fin al proceso lo antes posible en la forma prevista por la ley (inadmisión de la demanda, sobreseimiento o archivo del proceso o sentencia desestimatoria) y atendiendo a criterios de economía procesal.

A continuación, analizaré la regulación de otros ADR en el proceso civil y social sobre los que los Tribunales ya se han pronunciado sobre la posibilidad de subsanación.

3.2. La posibilidad de subsanar la omisión de la conciliación en el proceso laboral

Los artículos 36 y ss. de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, también regula una conciliación o mediación previa al inicio del proceso. Del mismo modo el artículo 80 exige que junto con la demanda se acompañe la documentación justificativa de haber intentado la previa conciliación o mediación. Si la parte actora no lo realiza el artículo 81.3 prevé que el Letrado de la Administración de Justicia, sin perjuicio de resolver sobre la admisión y proceder al señalamiento advertirá al demandante que ha de acreditar la celebración o el intento del expresado acto en el plazo de 15 días.

En la práctica se planteó la cuestión de si la subsanación era solo de la acreditación de haberlo intentando antes de la presentación de la demanda o también de la celebración en el plazo concedido. En su momento planteó dudas interpretativas, pero actualmente ya debe considerarse resuelta por la jurisprudencia admitiendo que la subsanación incluye la celebración dentro del plazo de la negociación no realizada antes de presentar la demanda.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2013, de 4 de noviembre, citando las sentencias anteriores que había dictado, tras analizar la naturaleza jurídica de esta obligación concluye que “artículo 63 LPL, aquí aplicable, no la considere en rigor como requisito previo a la demanda sino como requisito «previo para la tramitación del proceso» (SSTC 69/1997, de 8 de abril, FJ 6, y 199/2001, de 4 de octubre, FJ 3), cuya finalidad es asegurar que las partes hayan tenido oportunidad de, antes de tramitarse aquél, someter la controversia a solución extrajudicial intentando un acuerdo, garantía que está en la base del citado artículo 81.2 LPL, así como en el vigente art. 81.3 LJS.”.

Sigue afirmando que “la finalidad que inspira dicha carga procesal es la de evitación del proceso y de aquí que el 63 LPL no la considere en rigor como requisito previo a la demanda sino «previo para la tramitación del proceso», de tal suerte que lo esencial es conceder a las partes la oportunidad de, antes de tramitarse el proceso, lo que explica

la admisión provisional de la demanda tal como señala el citado art. 81.2. LPL, someter la controversia a solución extrajudicial intentando la conciliación ante el órgano administrativo correspondiente; se cumple, pues, el designio inspirador del requisito si el demandante, en el plazo otorgado para la subsanación de la omisión, intenta el acto de conciliación presentando la correspondiente «papeleta» para que el empresario demandado ... pueda llegar a una avenencia que evite la sustanciación del litigio»”.

Concluye que “el criterio que se mantiene en los Autos impugnados para acordar el archivo de la demanda, basado en un entendimiento meramente formal de la subsanabilidad, contradice abiertamente la doctrina de este Tribunal, conforme a la cual, como queda expuesto, el referido plazo de subsanación es material, de manera que acoge no sólo la celebración misma del acto de conciliación, sino incluso su intento acreditado mediante la presentación de la correspondiente papeleta ante el órgano de conciliación y ello con independencia del momento en que el acto de conciliación se celebre, ya que esta circunstancia es ajena a la voluntad del demandante”

Esta doctrina ha sido recogida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en las sentencias 220/2022, de 10 de marzo y 222/2022, de 15 de marzo. También la asumen las Sentencias de la Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid 73/2019, de 25 de enero, de Las Palmas de Gran Canaria número 40/20219, de 25 de enero y de Catalunya 2895/2019, de 5 de junio, entre otras¹¹.

Así se puede concluir que la conciliación previa al inicio del proceso por despido en la jurisdicción social es un requisito previo para la tramitación del proceso y es subsanable una vez presentada la demanda en el plazo de 15 días desde que lo advierta el Letrado de la Administra-

11 En este mismo sentido se pronuncian PLAZA GOLVANO, Sagrario, y ALBERT EMBUENA, Vicente, *EN Conciliación civil y laboral en la nueva oficina judicial*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 94 y ss.

ción de Justicia tanto la acreditación de la conciliación como la realización del acto omitido en dicho plazo.

3.3. La posibilidad de subsanar la omisión de la reclamación previa en el orden civil y social

En el proceso civil y social era obligatorio acudir a la reclamación administrativa previa ante la Administración cuando se le fuera a demandar, pero se suprimió con carácter general con la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que justifica la exposición de motivos en “la escasa utilidad práctica que han demostrado hasta la fecha”.

La jurisprudencia declaró que dicha omisión era subsanable y no provocaba la inadmisión de la demanda. Así la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 495/2006, de 23 de mayo, afirma que “la falta de reclamación previa en vía civil debe entenderse susceptible de ser subsanada (STS de 31 de diciembre de 1993) ya que otra interpretación conduciría a atribuir a este requisito, encaminado, como medio análogo a la conciliación, a la evitación en lo posible de la vía judicial, una trascendencia excesiva que lo transformaría en un obstáculo desproporcionado al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución”.

Previamente la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ya se había pronunciado sobre su subsanación asimilándola al acto de conciliación en el proceso civil, que recuerdo que tenía carácter preceptivo hasta su conversión en voluntario en la reforma de la LEC por la ley 34/1984, de 7 de agosto. Así la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1995, recurso 753/1992, afirma que “la jurisprudencia ha venido declarando que aun reconociendo las diferencias entre la reclamación previa y el acto de conciliación, pueden asimilarse desde el momento en que aquélla viene a sustituir a éste identificándose su finalidad y efectos (sentencias, entre otras, de 20 de marzo de 1975 y 26 de mayo de 1988), de donde se infiere que la falta de reclamación previa es un defecto subsanable”.

Esta doctrina jurisprudencial la reiteró posteriormente la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en las Sentencias de 2 de abril de 1993 y de 24 de junio de 1996.

En el orden social la jurisprudencia en el mismo sentido expuesto. Así la Sentencia de la Sala de Cuarta de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1997, recurso 2885/1996, afirmó que:

“No existe problema en orden a declarar la flexibilidad en la exigencia del requisito preprocesal ahora cuestionado, pues la referida generalidad en la necesidad del previo planteamiento de la reclamación previa, como se interpreta también en relación con los restantes actos procesales o preprocesales, no debe comportar un excesivo rigor formal en la exigencia de sus específicos requisitos siempre que efectivamente de su irregularidad o ausencia no se haya producido indefensión (arg. ex art. 238.3 LOPJ)

En este sentido, es ya reiterada la jurisprudencia, tanto de esta Sala como del Tribunal Constitucional, interpretando la exigencia de este requisito con flexibilidad y posibilitando sin rigidez su subsanación. Destaquemos, por una parte, entre otras, las SSTs de la Sala IV de 30 de mayo de 1991 (recurso 1169/90) y de 30 de noviembre de 1992 (recurso 1233/91) que ha declarado que aun cuando la demanda se pudiera haber presentado antes de un mes contado a partir de la presentación de la reclamación previa, plazo preciso para entenderla denegada por silencio, la finalidad a que responde su exigencia se cumple siempre que el juicio tenga lugar después de superado dicho plazo; y, por otra parte, en la jurisprudencia constitucional se ha afirmado que se trata de un requisito procesal encuadrable entre los que son subsanables a instancia del órgano judicial y que es, además, subsanable por el transcurso del tiempo, argumentándose que «el presupuesto procesal de la reclamación administrativa previa a que se refiere el art. 145 de la Ley de Procedimiento Administrativo (actualmente art. 120 de la vigente Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 1992) fue materialmente subsanado por el transcurso del tiempo, siendo por ello irrazonable conceder a la Administración, para que se pronuncie sobre la reclamación planteada, un tiempo que ya tuvo, y que utilizó con su silencio, para pronunciarse en sentido negativo, como

así confirmó en el momento del juicio al oponerse a la demanda» (entre otras, SSTC 120/93, de 19 de abril, 122/93, de 19 de abril y 144/93, de 26 de abril)”.

En este mismo sentido la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya 4388/2000, de 18 de mayo, afirma que “la jurisprudencia constitucional se ha afirmado que se trata de un requisito procesal encuadrable entre los que son subsanables a instancia del órgano judicial y que es, además, subsanable «el presupuesto procesal de la reclamación administrativa previa a que se refiere el artículo 145 de la Ley de Procedimiento Administrativo (actualmente 120 de la vigente Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1.992), fue materialmente subsanado por el transcurso del tiempo, siendo por ello no razonable conceder a la administración, para que se pronuncie sobre la reclamación planteada, un tiempo que ya tuvo, y que utilizó con su silencio para pronunciarse en sentido negativo, como así afirmó en el momento del juicio para oponerse a la demanda (SSTC 120/93, de 19 de abril, 122/93, de 19 de abril y 1444/93, 26 de abril, entre otras), amén de muchas en relación a presupuestos preprocesales (Sentencias TC, pleno, 76/1996, de 30 de abril y 40/1996 entre otras)”.

La doctrina jurisprudencial expuesta no es novedosa, sino que ya desde 1954 la Sala I^a del Tribunal Supremo había sostenido su carácter subsanable. MONTERO AROCA¹² afirma en este sentido que:

“El atribuir a la reclamación previa naturaleza similar a la conciliación, el configurarla como un sustituto de la misma, tanto en los textos legislativos como por la jurisprudencia, ha permitido plantear la posibilidad de la subsanación de la falta de reclamación previa, a semejanza de la subsanación de la falta de acto de conciliación contenida en el art. 462, II, LEC. También en el proceso la-

12 MONTERO ROCA, Juan, *El proceso laboral*, edit. Bosch, 1979, tomo I, p. 193.

boral, el art. 54 LPL, obligaba al magistrado a admitir la demanda y a suspender su tramitación ante la falta de conciliación sindical.

La jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo ha sostenido con reiteración (Ss. de 17 de febrero de 1954, RA 698, de 23 de marzo y 12 de mayo de 1961, RA 1221 y 1868, de 9 de enero de 1962, RA 333, de 17 de febrero de 1972, RA 714, y de 20 de marzo de 1975, RA 1328) la naturaleza subsanable de la falta de reclamación en la vía gubernativa”.

3.4. Conclusión. La necesidad de permitir la subsanación de la omisión de acudir a un MASC antes de iniciar un proceso judicial

Aplicando la doctrina expuesta a la regulación de los MASC como requisito de procedibilidad es evidente que debe permitirse la subsanación. Si se inadmite la demanda sin dar esta posibilidad sería inconstitucional porque impediría el acceso a la jurisdicción. Tal como he expuesto así se ha pronunciado el TC reiteradamente en todas las ocasiones en que se ha interpuesto un recurso de amparo contra la inadmisión de una demanda cuando no se ha acudido a la conciliación previa en la jurisdicción social.

El momento procesal oportuno para requerir la subsanación será al admitir a trámite la demanda. El Letrado de la Administración de Justicia analizará si se ha acudido o no a un medio de negociación de los previstos por el legislador. En el caso en que no se haya realizado deberá conceder a la parte un plazo para que el demandante acredite que ha iniciado el proceso negociador.

Tal como he expuesto anteriormente la LEC no regula un plazo uniforme. Entre los previstos el de cinco días me parece escaso ya que la parte deberá optar por acudir al MASC y notificarlo a la parte demandada, debiendo comunicar después al Juzgado que se ha iniciado el proceso negociador. Son muchas actuaciones que deben realizarse, lo que puede generar la solicitud de una ampliación de plazo o la inadmisión de la demanda por la imposibilidad de realizarlas en el legalmente previsto.

Por ello creo que es preferible el de diez días, que es el previsto por la LEC para subsanar defectos como la falta de representación. Éste sería prorrogable previa solicitud motivada de la parte en el caso en que acredite que no se ha podido cumplir con todos los requisitos previstos por el legislador para entender que se ha iniciado el proceso de negociación.

Si no se subsana la omisión de haber acudido a un MASC el Letrado de la Administración de Justicia lo trasladará al Juez para que decida sobre la inadmisión a trámite de la demanda.

4. Los MASC y la demanda

4.1. El contenido de la demanda

El apartado segundo del artículo 399.2 LEC prevé que “se hará constar en la demanda la descripción del proceso de negociación previo llevado a cabo o la imposibilidad el mismo, conforme a lo establecido en el ordinal 4^a del artículo 264, y se manifestarán en su caso, los documentos que justifiquen que se ha acudido a un medio adecuado de solución de controversias, salvo en los supuestos exceptuados en la ley de este requisito de procedibilidad”.

El artículo 273.4 LEC, que también modifica la LOEP, prevé que junto con la demanda se acompañará “el documento que acredite haberse intentado 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”.

En el juicio verbal el artículo 437.1 LEC prevé que el juicio verbal principiará por demanda, con el contenido y forma del juicio ordinario, se exceptúa los juicios verbales en que no se actúe con abogado y procurador en que se prevé que podrá formular demanda sucinta.

También se regulan unas especialidades en materia de consumo. Se añade un nuevo apartado 5 al artículo 439 que prevé que en el caso

de las acciones que tengan por objeto la reclamación de devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor en aplicación de determinadas cláusulas suelo o de cualesquiera otras cláusulas que se consideren abusivas contenidas en contratos de préstamo o créditos garantizados con hipoteca inmobiliario el consumidor debe acompañar la demanda el documento que justifique haber practicado una reclamación previa extrajudicial. Esta se regula en el artículo 439 bis LEC.

En el resto de casos de consumo la disposición adicional séptima de la LOEP prevé que se entenderá cumplido el requisito de procedibilidad por la reclamación extrajudicial previa a la empresa o profesional con el que hubieran contratado, sin haber obtenido respuesta en el plazo establecido por la legislación especial aplicable

4.2. Relación entre EL MASC previo y el proceso judicial

Si el intento de llegar a un acuerdo tiene carácter obligatorio y desde una perspectiva procesal se pueden plantear problemas derivados de la relación entre éste y el proceso. El párrafo primero del artículo 5.1 LOEP prevé que “para entender cumplido este requisito habrá que existir una identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del del litigio, aun cuando. Las pretensiones que pudieran ejercitarse, en su caso, en vía judicial sobre dicho objeto pudiera variar”.

En principio el objeto y los sujetos intervinientes deben ser los mismos. Pero se pueden plantear problemas en ambos sentidos.

En relación con el objeto del MASC puede ser que no coincida con la demanda posteriormente presentada. Lógicamente lo que fue negociado deberá integrar la demanda. Pero en los casos en que se puedan acumular las acciones y alguna de ellas no fue objeto de negociación habrá que analizar el motivo por el que fue así. Si la nueva pretensión deriva de una obligación que ha vencido posteriormente no es lógico obligar a iniciar otro ADR, que lógicamente tendrá un resultado negativo. Habrá que analizar el caso concreto, pero en mi opinión no se puede imponer de nuevo al demandante la obligación de acudir a un MASC previo cuando tuviera una vinculación, directa o indirecta, con lo que

fue objeto de negociación. Además, debe tenerse en cuenta que ya se ha intentado en relación con otra pretensión vinculada y no se ha llegado a ningún tipo de acuerdo.

También se puede plantear si se puede demandar en el proceso a otras personas que no fueron parte en el MASC. La solución no es sencilla y dependerá de las circunstancias del caso concreto. En mi opinión debe distinguirse en función del tipo de vinculación que tenga el demandado excluido del MASC con el que sí que intervino. Si estamos ante pretensiones distintas que se han acumulado a un mismo proceso, existe la obligación de intentar previamente la negociación. Sin embargo, si el tercero es demandado porque existe un vínculo litisconsorcial puede defenderse la no necesidad. Yo me inclino por entender que no puede apreciarse de oficio ya que el MASC se ha intentado, pero se puede alegar por la parte la habérsele excluido de la negociación previa. En todo caso habrá que tener en cuenta que habiéndose intentado sin acuerdo, es irrelevante la intervención del litisconsorte porque el resultado hubiera sido el mismo.

En todo caso deberá realizarse una interpretación flexible del concepto de objeto de la negociación y del proceso para que no se impida el acceso a la vía judicial. Además, si no se admitiese a trámite la pretensión que no ha sido objeto del MASC se tendría que intentar. Será previsible que, si no se ha llegado a un acuerdo en el anterior, éste tenga el mismo resultado. Lo que provocará una nueva demanda y una eventual acumulación de autos. Esta solución es contraria al sentido común y a la economía procesal. Por ello debemos desechar esta opción.

5. Los MASC y la demanda reconvenzional

Una de las lagunas legales de la LOEP es que se exige acudir a un MASC antes de iniciar el proceso judicial, pero no se hace referencia alguna a la demanda reconvenzional. Esta se regula en los artículos 406 y 338.2 LEC para el juicio ordinario y verbal respectivamente.

La forma de la reconvención está prevista en el apartado 3 del artículo 406 LEC que prevé que “la reconvención se propondrá en la demanda y se acomodará a lo que para la demanda se establece en el artículo 399”.

La cuestión es si el demandante reconvencional también debe alegar y acreditar haber acudido a un MASC previo a su presentación. Si atendemos al tenor literal de la LEC la respuesta debe ser afirmativa, ya que el apartado 3 del artículo 399 LEC exige que “se hará constar en la demanda la descripción del proceso de negociación previo llevado a cabo o la imposibilidad del mismo...”. Del mismo modo hay que aportar los documentos previstos en el artículo 264 LEC, en el que como se ha iniciado el numeral 4ª exige aportar el que acredite haber intentado la actividad negociadora previa. En este mismo sentido el artículo 5 LOEP exige que para que sea admisible la demanda se considerará requisito de procedibilidad acudir previamente a algún MASC.

Por otro lado, el legislador no sanciona con la inadmisión de la demanda reconvencional el no alegar ni acreditar la actividad negociadora previa.

Esta laguna legal tendrá una consecuencia práctica indudable, ya que los Tribunales se decantarán por exigirlo o no. Como se puede comprobar la inseguridad jurídica que se va a plantear va a ser importante, y no se resolverá hasta que el Tribunal Supremo dicte una sentencia interpretando esta cuestión.

Desde la perspectiva del demandado nos podemos hallar ante distintas situaciones.

Una es que en la negociación previa se planteó la estrategia procesal del requerido y, ante la eventualidad de formular una demanda reconvencional, ampliaron el objeto del MASC a la misma. En este caso, que es el deseable, no se planteará ningún problema y podrán alegar y acreditar que lo han intentado antes de ejercitar la acción.

Otra es que no se amplíe el objeto de la negociación a la acción que se ejercitará en la demanda reconvencional. En este caso la duda es

cómo debe actuar al plantearla teniendo en cuenta los 20 días y 10 días que tiene para ejercitarla en el procedimiento ordinario y en el juicio verbal respectivamente.

Una primera opción es iniciar el MASC dentro del plazo para interponer la demanda reconvenzional. Tal como prevé el artículo 7 LOEP suspenderá la caducidad y esta es la naturaleza de los plazos procesales. Por ello el efecto será suspender el proceso judicial hasta que finalice el MASC, reanudándose a continuación el plazo procesal.

La segunda opción que tendrá es formular la demanda reconvenzional alegando la imposibilidad de intentar la actividad negociadora debido al plazo para contestar a la demanda. El problema es que la interpretación literal parece implicar la inadmisión de la demanda reconvenzional por la remisión que se realiza a la forma y contenido previsto para la demanda de juicio ordinario en el artículo 399 LEC. Debe ser posible la subsanación de la omisión del intento de la actividad negociadora, tal como he expuesto anteriormente. Además, en este caso en el que hay tan escaso margen de tiempo para realizarlo estaría más que justificado. Pero no es aconsejable confiar en ello debido a las discrepancias doctrinales sobre esta posibilidad, que seguramente se trasladarán a las decisiones de cada uno de los Jueces y Magistrados cuando se pronuncien al respecto.

Si se inadmitiera el demandado podría iniciar un proceso negociador y, tras finalizarse sin acuerdo, iniciar una demanda. El nuevo proceso se podría acumular al anterior ya que la exigencia de que exista una conexión entre el objeto de las dos pretensiones ya lo permitiría.

Como se puede comprobar no hay ninguna solución óptima. Por ello lo aconsejable desde un punto de vista práctico es que se opte por la prudencia en el momento de plantear la estrategia procesal. Desde esta perspectiva lo más cauto es que si en la actividad negociadora previa no se planteó el objeto de la demanda reconvenzional, se inste un nuevo MASC comunicándolo de manera inmediata al órgano jurisdiccional. El efecto es la suspensión de la caducidad, teniendo esta consideración los plazos procesales. Una vez finalizado el MASC sin acuerdo se reanudará el cómputo del plazo para dictar sentencia.

Se puede contraargumentar que esta solución contribuye a dilatar el proceso judicial. Es cierto, pero es la única opción con el tenor literal de la ley. Además, tal como ha declarado el Tribunal Constitucional en el auto 72/2016, de 12 de abril “ni el perjuicio así enunciado, que resulta meramente hipotético, ni la dilación en el acceso a la jurisdicción que pueda implicar el plazo de tres meses, frente a la posibilidad de una más pronta solución del conflicto por vía extrajudicial, constituyen elementos que justifiquen el mantenimiento de la suspensión”¹³. Es decir, el retraso que puede implicar intentar un acuerdo justifica el retraso en la respuesta judicial que pueda provocar.

6. Los MASC y las excepciones reconconvencionales

Otra de las cuestiones que plantea la regulación es si será preciso intentar la negociación previa cuando se aleguen las excepciones reconconvencionales de nulidad y de compensación previstas en los artículos 408 y 438.2 LEC para el procedimiento ordinario y el juicio verbal.

En el procedimiento ordinario el artículo 408 LEC prevé que el demandado puede alegar en la contestación a la demanda la excepción

13 Este auto se dictó por el Tribunal Constitucional en el recurso de inconstitucionalidad 5495/2015, interpuesto por el Gobierno contra el art. 8 de la Ley 20/2014, del 29 de diciembre, de modificación de la ley 22/2010, del 20 de julio, del Código de consumo de Catalunya, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo, publicado en el Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya de 31 de diciembre de 2014, añade el artículo 132-4, que lo titula como créditos o préstamos hipotecarios, que regulaba en el apartado tercero una mediación previa obligatoria. La Sentencia del pleno del Tribunal Constitucional 54/2018, de 24 de mayo, declaró la inconstitucionalidad de este precepto motivándolo en que regulaba un presupuesto procesal y “resulta incompatible con el orden constitucional de distribución de competencias, al invadir la competencia estatal en materia de legislación procesal (art. 149.1.6 CE)” (fundamento jurídico 7).

de compensación y de nulidad del negocio jurídico en que se funde la demanda. En ambos casos se introduce una nueva petición al órgano judicial. En el caso de la nulidad es que analice si concurre alguna de las causas que provoca la nulidad y en el de la compensación se amplía el objeto del proceso a un nuevo crédito. En ambos casos se alega como excepción porque lo que solicita el demandado es la desestimación de la demanda y no un nuevo pronunciamiento.

La duda que se plantea es si al introducir estas pretensiones también se debe exigir haber acudido a un MASC.

Lo cierto es que la LEC no lo exige por lo que no se puede hacer una interpretación extensiva del artículo 5 de la LOEP. Además, no se realiza ninguna remisión al contenido del artículo 399.3 LEC, que exige que en la demanda se alegue y acredite la actividad negociadora realizada de forma previa al inicio del proceso.

Por ello no debe exigirse que se haya realizado una actividad negociadora previa a la alegación de las excepciones reconvencionales de compensación y de nulidad.

7. Tratamiento procesal de la falta de intento de negociación antes de acudir al proceso judicial

Derivado del carácter necesario surge el tratamiento procesal que se da a la no realización del intento de negociación previa al inicio del proceso. Las opciones legislativas son dos:

- Entender que es un requisito procesal previo a la interposición de la demanda e inadmitirla si no se justifica documentalmente.
- Asimilarlo a la sumisión a arbitraje y obligar a que sea la parte adversa la que lo alegue en la forma procesalmente adecuada.

El legislador en la LOEP se decanta por la primera opción al dar una nueva redacción al apartado 2 del artículo 403 LEC y prevé que “no

se admitirán las demandas... cuando no se hagan constar las circunstancias a las que 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”.

Sin embargo, se plantea la duda de cómo debe actuar la parte demandada para denunciar la omisión del requisito de procedibilidad si la demanda ha superado el filtro de la admisibilidad. Se puede plantear esta opción en los casos en que el demandante haya intentado el requerimiento de un domicilio en el que no localiza al demandado a pesar de tener conocimiento del real o que el objeto de la negociación no coincide con el objeto del proceso.

La LOEP no hace previsión alguna, pero sí que introduce la disposición adicional duodécima, con el título de referencias a la mediación, y en la que prevé que “todas las referencias que en la presente ley se realizan a la mediación han de entenderse referidas también a cualquier otro de los medios adecuados de solución de controversias previstos por la Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia”.

El artículo 63.1 LEC regula la declinatoria y prevé que

“Mediante la declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional, a árbitros o a mediadores, excepto en los supuestos en que exista un pacto previo entre un consumidor y un empresario de someterse a un procedimiento de resolución alternativa de litigios de consumo y el consumidor sea el demandante”.

El origen de esta redacción es el tratamiento de equivalente jurisdiccional que dio la ley 5/2012 a la mediación. La disposición final 3.3. de la Ley 5/2012 redactó el artículo 63.1 LEC del siguiente modo:

“Mediante la declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de ju-

risdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional, a árbitros o a mediadores”.

Posteriormente la disposición final cuarta de la Ley 7/2017 le dio al precepto la redacción que actualmente tiene.

En su momento critiqué esta opción legislativa ya que desde el punto de vista de la naturaleza jurídica es un error, pero lo que se pretendía era potenciar la mediación. Ya he indicado que en mi opinión el no haber acudido a un procedimiento de mediación antes de iniciar el proceso judicial no puede determinar la inadmisión de la demanda debiendo permitirse la subsanación. Una cosa es que se fomente el uso de un método alternativo de resolución de conflictos y otra que se sancione con el no inicio del proceso con las graves consecuencias que puede tener para el cómputo de los plazos de prescripción y caducidad. Además, no se puede obligar al demandante a acudir a una institución que tiene por naturaleza carácter voluntario ya que ello implica convertirla en un trámite inútil y meramente dilatorio. Tal como advierte el Consejo General del Poder Judicial en su informe al anteproyecto de ley “no parece que tenga mucho sentido instaurar supuestos de mediación obligatoria cuando el propio legislador presume que se van a convertir en meros trámites previos sin una verdadera efectividad, pues lo único que ello supondrá es la agregación de nuevas cargas llamadas a lastrar el ejercicio del derecho de acceso a la justicia”¹⁴ *.

Previamente el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles de 2009, manifiesta que el legislador es consciente que será un trámite ineficaz para resolver el acuerdo al prever en el artículo 19.1 del Anteproyecto que “en los supuestos de mediación obligatoria las sesiones

14 Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, 2010, pp. 152 de la versión electrónica.

informativas serán gratuitas. En tal caso, se podrá tener por intentada la mediación y cumplida la obligación legal justificando la asistencia”¹⁵ y en el artículo 24 inciso tercero del anteproyecto que “la mediación exigida por la ley se tendrá por intentada mediante la aportación del acta en que la que conste la inasistencia de cualquiera de las partes”¹⁶.

La reforma que realiza la ley 7/2017 es excluir la aplicación de este a los casos en que el consumidor sea el demandante y exista un pacto previo entre un consumidor y un empresario de someterse a un procedimiento de resolución alternativa de litigios de consumo. Es decir, cuando un consumidor y un empresario acuerden acudir a un ADR éste será obligatorio para uno, el empresario, pero no para el otro, el consumidor. Este tratamiento diferente hubiera precisado de una explicación, pero la exposición de motivos no hace referencia alguna a esta modificación de la LEC.

Por ello el mecanismo que debe utilizar el demandado que estime que el actor no ha cumplido con el requisito de procedibilidad es interponer la declinatoria. Tal como prevé el artículo 64 LEC debe presentarla en los 10 primeros días del plazo para contestar a la demanda y surtirá el efecto de suspender, hasta que sea resuelta, el plazo para contestar y el curso del procedimiento principal.

8. Bibliografía citada

FORNACIARI. Presupposti processuali e giudizio di mérito. G. Giappichelli, Turín, 1996.

15 El carácter gratuito de la sesión informativa cuando la mediación sea obligatoria está previsto en el artículo 18.3 del Proyecto de Ley.

16 Este precepto se convirtió en el artículo 18.2 del Proyecto de Ley.

- MONTERO AROCA, Juan. Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tecnos, Madrid, 1985, coord. Valentín Cortés Domínguez.
- MONTERO ROCA, Juan. El proceso laboral. Bosch, 1979, tomo I.
- PÉREZ GORDO, Alfonso. Los actos defectuosos y su subsanación en el proceso constitucional. J.M. Bosch, Barcelona, 1989.
- PLAZA GOLVANO, Sagrario, y ALBERT EMBUENA, Vicente. Conciliación civil y laboral en la nueva oficina judicial. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 94 y ss.
- RAMOS MÉNDEZ. Derecho Procesal Civil. Librería Bosch, Barcelona, 1980.
- SERRA DOMÍNGUEZ. Proceso, en Obra Procesal, tomo 1, ed. Fundación Privada Manuel Serra Domínguez, 2023, pp. 554 y ss (publicado originalmente en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, t. XX, 1993, pp. 860 y ss).