

## Los MASC y la tutela judicial efectiva. Análisis de su constitucionalidad y la subsanabilidad

VICENTE PÉREZ DAUDÍ<sup>1</sup>  
*Catedrático de Derecho Procesal*  
*Universidad de Barcelona*



**Sumario:** 1. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LOS ADR. 1.1. Introducción: crisis del sistema judicial y emergencia de los ADR. 1.2. El carácter obligatorio del ADR, vinculante o no. 1.3. Tutela judicial efectiva: límites y ponderación. 2. REGULACIÓN LEGAL. 3. LA NATURALEZA JURÍDICA. 4. LA REGLA GENERAL DE LA SUBSANACIÓN DE LOS ACTOS PROCESALES DE PARTE Y LA PRIMACÍA DEL PRINCIPIO PRO ACTIONE. 4.1. La subsanabilidad de los actos procesales como regla general. 4.2. La posibilidad de subsanar la omisión de la conciliación en el proceso laboral. 4.3. La posibilidad de subsanar la omisión de la reclamación administrativa previa en el orden civil y social. 5. CONCLUSIÓN. LA NECESIDAD DE PERMITIR LA SUBSANACIÓN DE LA OMISIÓN DE ACUDIR A UN MASC ANTES DE INICIAR UN PROCESO JUDICIAL. 6. BIBLIOGRAFÍA.

**Resumen:** El trabajo analiza la constitucionalidad de imponer legalmente los Métodos Adecuados de Solución de Conflictos (MASC) como requisito de procedibilidad en el proceso civil, y si la omisión de este requisito puede ser subsanada sin vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

**Palabras clave:** Medios Adecuados de Solución de Conflictos, derecho a la tutela judicial efectiva, subsanación.

**ABSTRACT:** The paper analyzes the constitutionality of legally imposing Adequate Methods of Conflict Resolution (ADR) as a procedural requirement in civil proceedings, and whether the omission of this requirement can be remedied without violating the fundamental right to effective judicial protection (art. 24 CE).

**Keywords:** Adequate Means of Conflict Resolution, right to effective judicial protection, rectification.

<sup>1</sup> Este trabajo se realiza en el ámbito del Proyecto de Investigación PID2021-125149 NB-100 del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.



## 1. El derecho a la tutela judicial efectiva y los ADR

### 1.1. Introducción: crisis del sistema judicial y emergencia de los ADR

La evolución contemporánea del proceso civil en los sistemas jurídicos occidentales ha evidenciado las deficiencias estructurales del poder judicial como instrumento eficaz de resolución de conflictos. El artículo 24 CE regula el derecho a la tutela judicial efectiva y el artículo 117.3 de la Constitución Española, corresponde a los Jueces y Tribunales, “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”, en el marco normativo que establezcan las leyes procesales. Ahora bien, esta atribución no puede concebirse en términos absolutos cuando el propio Estado demuestra su incapacidad para garantizar el acceso rápido, asequible y efectivo a la justicia.

En efecto, la percepción de ineficiencia judicial se ha generalizado. La saturación de los órganos jurisdiccionales, la excesiva duración de los procedimientos, el elevado coste económico y la rigidez formal de los cauces procesales provocan que, con frecuencia, las partes opten por evitar el proceso judicial ordinario. Esta situación ha llevado a la Unión Europea a impulsar decididamente los métodos alternativos de resolución de conflictos (ADR), presentados como respuesta a “las dificultades de acceso a la justicia a las que se enfrentan muchos países. Estas dificultades se explican por el hecho de que los litigios ante los tribunales se multiplican, los procedimientos tienden a alargarse y los gastos inherentes a dichos procedimientos tienden a aumentar”<sup>2</sup>.

La respuesta institucional frente a esta crisis se ha articulado en tres grandes estrategias legislativas: en primer lugar, la creación de procedimientos especiales o sumarios en el ámbito judicial que, al margen de una limitación cognitiva, buscan acelerar la tramitación procesal; en segundo término, la promoción o incluso imposición legal

de mecanismos ADR; y, finalmente, la administrativización de ciertos conflictos mediante su atribución a órganos no jurisdiccionales.

Este último modelo resulta paradigmático en el marco de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, que transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE. Sus disposiciones adicionales primera y segunda remiten a órganos administrativos sectoriales —como el Banco de España o la Agencia Estatal de Seguridad Aérea— la resolución de reclamaciones en materia de servicios financieros y transporte aéreo.

*En el plano institucional, se busca descongestionar los tribunales y racionalizar los recursos públicos. Desde el enfoque económico, se argumenta que el proceso judicial resulta caro no sólo para el Estado sino también para las partes*

Desde una perspectiva crítica, esta huida de la jurisdicción encuentra justificaciones diversas. En el plano institucional, se busca descongestionar los tribunales y racionalizar los recursos públicos. Desde el enfoque económico, se argumenta que el proceso judicial resulta caro no sólo para el Estado sino también para las partes. Finalmente, en el plano relacional, se considera que los ADR favorecen la conservación de vínculos entre las partes, evitando la

polarización que suele derivarse del litigio judicial<sup>3</sup>.

Así lo señala Barona Vilar, al sostener que “la presencia omnicompreensiva de los Tribunales de Justicia y el Poder Judicial fue llevando a una inoperancia del modelo de Justicia del siglo XX, como consecuencia de heterogéneos factores, culturales, económicos, sociales, sociológicos, tecnológicos, etc., que han incidido en la judicialización de la vida de los ciudadanos, obstaculizando, cuando no haciendo imposible, la función tuitiva del Estado a través de los Tribunales”<sup>4</sup>.

El legislador, por tanto, se ha visto compelido a explorar vías alternativas al proceso tradicional. Así, en el ámbito procesal se han introducido procedimientos especiales de tramitación más ágil. En el extraprocesal, se han potenciado fórmulas como la mediación o la conciliación. Y en el plano administrativo, se han atribuido competencias decisorias a organismos sectoriales para determinadas materias, como en el caso del artículo 132-4 del Código de Consumo de Cataluña, anulado por la STC 54/2018, o la resolución de conflictos de transporte aéreo por la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA).

Todas estas medidas comparten una premisa común: el intento de superar la crisis de efectividad de la jurisdicción estatal. Sin embargo, la cuestión esencial que se plantea es si resulta jurídicamente legítimo que el legislador imponga *ope legis* un ADR obligatorio —vinculante o no— como condición de acceso al proceso judicial. Y, más concretamente, si ello es compatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

2 Pf. 5 del Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil, COM (2002), 196, 19 de abril de 2002. Finalmente se plasmó en la Directiva 2013/11/UE, considerando 5.

3 Ver el análisis que realiza sobre los argumentos para fomentar los ADR en “La imposición de los ADR *ope legis* y el derecho a la tutela judicial efectiva”, en Indret, *Revista para el análisis del Derecho*, 2019.2.

4 BARONA VILAR, en *Nociones y principios de las ADR (solución extrajudicial de conflictos)*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 24.

La respuesta a esta cuestión requiere, como se expondrá a lo largo del artículo, un análisis detenido del carácter no absoluto del derecho a la tutela judicial, de los principios de proporcionalidad y necesidad, así como de la jurisprudencia constitucional y europea que avala la posibilidad de imponer ciertas restricciones al acceso a la jurisdicción siempre que se respeten garantías esenciales y se admita la revisión judicial posterior del conflicto.

### 1.2. El carácter obligatorio del ADR, vinculante o no

Una de las cuestiones más relevantes —y, a la vez, controvertidas— en el actual debate procesal contemporáneo es la de determinar si resulta jurídicamente legítimo imponer *ope legis* a las partes la obligación de acudir a un mecanismo alternativo de resolución de conflictos (ADR) antes de acceder a la jurisdicción ordinaria. Esta problemática adquiere especial intensidad cuando se pone en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española, el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

La cuestión exige una primera distinción ontológica esencial entre ADR vinculantes y no vinculantes. Mientras que, en los primeros, como el arbitraje, la decisión adoptada excluye el acceso a la jurisdicción, salvo en los supuestos previstos para su anulación o revisión; en los segundos, como la mediación o la conciliación, el acuerdo alcanzado carece de efectos excluyentes, permitiendo a las partes, si no llegan a un acuerdo, acudir posteriormente al proceso judicial.

Desde una perspectiva positiva, el legislador español desde la derogación de la conciliación previa obligatoria de la LEC de 1881 por la ley 34/1984, ha optado tradicionalmente por no imponer de forma general el carácter obligatorio del intento de mediación previo al proceso judicial. Así lo

acredita tanto la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, como la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, que incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

Tampoco en el ámbito del Derecho de familia, donde la mediación ha alcanzado mayor desarrollo, se ha impuesto la obligación legal de acudir a la misma antes del proceso. Por el contrario, en otros ordenamientos europeos, como el italiano, se ha optado por una regulación más ambiciosa, imponiendo legalmente la mediación previa en determinadas materias. El Decreto Legislativo 28/2010, modificado por la Ley 98/2013, exige el intento de mediación como condición de procedibilidad en asuntos relativos a copropiedad, arrendamientos, sucesiones, seguros, y otros conflictos civiles y comerciales de notable recurrencia.

El debate se agudiza al analizar la Directiva 2013/11/UE. El artículo 5.2 de dicha norma comunitaria permite expresamente a los Estados miembros establecer mecanismos obligatorios de mediación, con la condición de que “no impidan a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial”. Esta cláusula de salvaguarda revela que el carácter imperativo del ADR no puede erigirse en una barrera infranqueable al control jurisdiccional, pues ello resultaría incompatible con el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva.

El legislador español llegó a contemplar la imposición de la mediación obligatoria en el Proyecto de Ley de 2011. Concretamente, se preveía añadir un nuevo apartado al artículo 437 de la LEC, estableciendo que, en determinados juicios verbales de reclamación de cantidad, no se admitiría la demanda si no se acreditaba el intento de mediación en los seis meses anteriores a su interposición.

Más reciente es la Ley 7/2017, cuyas disposiciones adicionales imponen un ADR obligatorio —en este caso, resuelto por un órgano administrativo especializado— para las entidades financieras y compañías aéreas en el ámbito de los servicios financieros y el transporte aéreo.

También debe reseñarse el Anteproyecto de ley de Impulso de la Mediación, aprobado por el Consejo de Ministros del Gobierno de España el 14 de enero de 2019. Este no se ha presentado al Congreso de los Diputados debido a la convocatoria de elecciones Generales por el Real Decreto 129/2019, de 4 de marzo, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones generales. Sin embargo, es muy interesante porque se imponía el carácter preceptivo del intento de mediación antes de acudir al proceso judicial cuando éste tuviera por objeto una serie de materias

En suma, el análisis comparado y doctrinal evidencia que la imposición legal de un ADR puede ser compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva, siempre que se respeten ciertos límites: que el procedimiento no excluya el acceso posterior al juez, que no se impongan cargas económicas desproporcionadas, y que, en caso de ADR vinculantes, se prevea una vía de control judicial suficiente sobre el fondo del asunto. Como ha afirmado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo esencial no es el carácter obligatorio o voluntario del ADR, sino que se preserve la posibilidad de acceso a la justicia y que las restricciones no afecten a la esencia del derecho<sup>5</sup>.

### 1.3. Tutela judicial efectiva: límites y ponderación

El artículo 24.1 de la Constitución Española consagra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, garantizando que “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso

5 Ver el análisis que realizo posteriormente en el apartado 1.4.





pueda producirse indefensión”. Este precepto constituye el eje vertebrador del sistema de justicia y se configura como una garantía institucional del Estado de Derecho.

Este derecho no solo se encuentra en el texto constitucional español, sino que también ha sido recogido por instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, como el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En todos estos casos, la finalidad última del derecho es garantizar el acceso a un juez imparcial y competente, que resuelva en un plazo razonable, y mediante un procedimiento equitativo y contradictorio.

Tal y como ha sostenido de forma reiterada el Tribunal Constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho absoluto, sino que está sujeto a restricciones razonables y proporcionadas. Así, la STC 292/2000, de 30 de noviembre, establece que “el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no garantiza un derecho incondicionado al acceso a la jurisdicción, sino que dicho acceso puede estar legalmente condicionado al cumplimiento de determinados requisitos o presupuestos procesales”.

En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que el artículo 6.1 CEDH no garantiza un derecho de acceso ilimitado a los tribunales, sino que este derecho puede verse sujeto a limitaciones legítimas, siempre que se respete su contenido esencial y que las restricciones no sean desproporcionadas o arbitrarias (*STEDH Ashingdane c. Reino Unido*, 1985; *Golder c. Reino Unido*, 1975).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea también ha admitido, en su jurisprudencia, la posibilidad de establecer requisitos de procedibilidad antes de acceder al proceso. En el asunto *Menini y Rampanelli* (TJUE, C-75/16), el Tribunal sostuvo que el derecho de acceso a la justicia puede quedar supeditado al intento previo de resolución alternativa, siempre que: no

se imponga una obligación de alcanzar un acuerdo; el procedimiento sea gratuito o de coste reducido; su duración no exceda de 90 días; y no impida el acceso ulterior al órgano jurisdiccional competente.

En este sentido la Sentencia del **Tribunal Constitucional italiano** en la **Sentencia 272/2012**, en la que validó la mediación obligatoria introducida por el Decreto Legislativo 28/2010, argumento que debía ser una tentativa previa, gratuita y que no demorara injustificadamente el acceso a la jurisdicción.

En el plano europeo, como ya se ha señalado, el caso *Menini y Rampanelli* (TJUE, C-75/16) constituye un referente interpretativo fundamental. En él se concluyó que los Estados miembros pueden establecer como obligatorio el recurso a un ADR antes del proceso judicial, pero siempre que:

La articulación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y los ADR debe resolverse mediante un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, en el que se valoren no solo los fines legítimos del legislador (descongestión de los tribunales, eficiencia, cultura del acuerdo), sino también el impacto sobre los derechos procesales de los justiciables. Tal ponderación debe

respetar el contenido esencial del derecho, conforme exige el artículo 53 CE.

En definitiva, el derecho a la tutela judicial efectiva, como pilar del Estado constitucional de Derecho, admite restricciones formales, siempre que estas se articulen conforme a los principios de legalidad, proporcionalidad y respeto del contenido esencial. La imposición legal de los ADR —en tanto técnica de depuración del acceso a la jurisdicción— no resulta per se incompatible con la Constitución, pero exige una cuidadosa delimitación normativa y una constante supervisión jurisprudencial.

El reconocimiento de un derecho fundamental de acceso a la justicia no excluye, sino que condiciona, la validez de mecanismos alternativos que, lejos de erosionarlo, pueden contribuir a reforzarlo si se conciben como cauces complementarios de solución de conflictos, dotados de garantías mínimas, racionalidad procedimental y una tutela judicial ulterior accesible, suficiente y efectiva.

A partir de esta doctrina jurisprudencial, tanto nacional como europea, se han definido los parámetros que permiten valorar la constitucionalidad de la imposición de un ADR obligatorio.



## Eficiencia del Servicio Público de Justicia y los MASC

Dichos parámetros se agrupan en torno a cuatro condiciones fundamentales:

1. **Existencia de una previsión legal expresa:** la restricción al derecho de acceso debe estar establecida por ley en sentido formal.
2. **Proporcionalidad y razonabilidad de la medida:** la exigencia de acudir a un procedimiento ADR no puede representar una carga excesiva o desproporcionada para las partes.
3. **No exclusión de la revisión judicial posterior:** incluso en el caso de ADR vinculantes, como el arbitraje o los laudos administrativos, debe garantizarse una vía jurisdiccional de control que permita el examen del fondo del asunto o, al menos, del cumplimiento de las garantías esenciales del procedimiento
4. **Eficacia del procedimiento ADR:** el mecanismo alternativo debe ofrecer una mínima garantía de idoneidad y eficacia para resolver el conflicto. No se trata de imponer un trámite vacío o meramente formal, sino de configurar un

verdadero espacio de resolución dialogada.

### 2. 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 LOEP. Los medios previstos son heterogéneos y con distinta naturaleza. La clasificación que se puede realizar es:

- Medios negociales. El MASC incluye la negociación previa al inicio del proceso.
  - Heterocompositivo.
    - La mediación.
    - La conciliación.
    - La intervención de experto independiente.
  - Autocompositivo.
    - Negociación entre las partes.

- Negociación entre abogados.

- Medios no negociales. Se realiza una oferta sin posibilidad de negociación. Se incluiría la oferta vinculante confidencial.

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.

*No se trata de imponer un trámite vacío o meramente formal, sino de configurar un verdadero espacio de resolución dialogada*

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

- El 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”.

- El párrafo segundo al apartado 3 del artículo 399 LEC para exigir que “se hará constar en la demanda la descripción del proceso 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”.
- El 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”.

### 3. La naturaleza jurídica

La reciente configuración normativa de los medios adecuados de solución de controversias (MASC) como requisito de procedibilidad en el proceso civil obliga a replantear, desde una perspectiva sistemática, su naturaleza

jurídica y su ubicación dentro del elenco de presupuestos procesales. La técnica empleada por la Ley Orgánica 1/2025, al condicionar la admisión de la demanda a la acreditación de la negociación previa, reactualiza una problemática ya abordada en el derecho histórico procesal español.

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 1881<sup>6</sup>. 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 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)<sup>7</sup>.

A la vista de esta regulación la doctrina procesal calificó este requisito como presupuesto procesal<sup>8</sup>. Este concepto tiene su origen en la teoría de la relación jurídica<sup>9</sup>, 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 judicial<sup>10</sup> 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.
- Los relacionados con cuestiones de forma como la exigencia del cumplimiento de los requisitos de la demanda previstos en el artículo 399 LEC.

Ahora bien, no todos los presupuestos procesales tienen el mismo grado de rigidez. Algunos son **insubsanables**, como la falta de jurisdicción o de competencia objetiva, mientras que otros son **subsanables**, como la indebida acumulación de acciones, la no aportación del acuerdo expreso de la Junta de la Comunidad de Propietarios a interponer una demanda, la omisión de la expresión de la cuantía o la falta de copias de la demanda. El carácter subsanable se reconoce especialmente en aquellos supuestos en los que el defecto **no provoca indefensión, no afecta a presupuestos de orden público y puede ser remediado sin alterar sustancialmente la economía procesal ni los derechos de las partes**.

Puedo concluir que no todos los presupuestos procesales son insubsanables, sino solo los que determinarían la nulidad absoluta del acto y que,

6 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.

7 La jurisprudencia del Tribunal Supremo que interpreto este precepto fue flexible y declaro que “al absolver de la demanda reconventional, 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).

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

9 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—) y PÉREZ DAUDÍ (en *Derecho Procesal de ayer de hoy y de siempre*, edit. Dykinson, Madrid, 2024, pp. 141 y ss.)

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

consecuentemente, debe ser apreciado de oficio<sup>11</sup>.

En esta tesitura se sitúa la reciente previsión legal del intento de negociación previa como condición de procedibilidad. El nuevo artículo 5 de la LOEP, en relación con los artículos 264.4, 399.3 y 403.2 de la LEC, establece que no se admitirá la demanda si no se acredita documentalmente el intento de negociación o se justifica, mediante declaración responsable, la imposibilidad de su realización. A diferencia de otras exigencias documentales, este requisito tiene naturaleza habilitante, al constituir una condición necesaria para la apertura del proceso jurisdiccional.

Sin embargo, la literalidad del artículo 403.2 LEC —que sanciona con la inadmisión la falta de acreditación del MASC— no puede interpretarse de forma automática ni excluyente de toda posibilidad de subsanación. Desde una interpretación sistemática y conforme con el artículo 24 CE, se impone un enfoque *pro actione*, que privilegie la efectividad del acceso a la jurisdicción. Así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional en supuestos análogos, como la conciliación previa en la jurisdicción social o la reclamación administrativa previa en los procesos contra la Administración, que se desarrolla a continuación.

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 posible<sup>12</sup>.

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.

*Sin embargo, la literalidad del artículo 403.2 LEC —que sanciona con la inadmisión la falta de acreditación del MASC— no puede interpretarse de forma automática ni excluyente de toda posibilidad de subsanación*

Una interpretación contraria es inconstitucional porque impide el acceso a los Tribunales y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

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

##### **4.1. La subsanabilidad de los actos procesales como regla general**

La sistemática procesal vigente consagra, como principio rector del proceso civil, la subsanabilidad de los actos procesales defectuosos realizados por las partes. En efecto, tanto los artículos 11.1 y 243.4 LOPJ, como el artículo 231 LEC, consagran la regla general de que los órganos jurisdiccionales

deben propiciar la subsanación de los defectos formales, evitando así que meras irregularidades formales impidan el dictado de una resolución sobre el fondo.

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 subsanables<sup>13</sup>.

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

11 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.

12 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 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.

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



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 Constitución. 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, F. 4, desde la STC 37/1995, de 7 de febrero (F. 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 , F. 4; 15/2006, de 16 de enero , F. 3; 181/2007, de 10 de septiembre , F. 2; y 35/2011, de 28 de marzo , F. 3).

### *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*

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 laboral<sup>14</sup> 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 subsanarlo<sup>15</sup>, 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.
- 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 a juicio 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 concorra 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:

<sup>14</sup> Ver por toda la sentencia del Tribunal Constitucional 172/2007, de 23 de julio.

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2012, de 17 de abril.



- 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, 273 y 275 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.

#### 4.2. 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 otras<sup>16</sup>.

16 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.

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

### 4.3. La posibilidad de subsanar la omisión de la reclamación administrativa 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”.

### *La jurisprudencia declaró que dicha omisión era subsanable y no provocaba la inadmisión de la demanda*

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 1ª del Tribunal Supremo había sostenido su carácter subsanable. MONTERO AROCA<sup>17</sup> 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 laboral, 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”.

##### 5. 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.

La LEC no regula un plazo uniforme para subsanar un defecto procesal. 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.

##### 6. Bibliografía

- BARONA VILAR, J., *Nociones y principios de las ADR (solución extrajudicial de conflictos)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MONTERO AROCA, J., *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tecnos, Madrid, 1985.
- MONTERO AROCA, J., *El proceso laboral*, Bosch, 1979.
- RAMOS MÉNDEZ, J., *Derecho Procesal Civil*, Librería Bosch, Barcelona, 1980.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Proceso”, en *Obra Procesal*, Fundación Privada Manuel Serra Domínguez, 2023.
- FORNACIARI, M., *Presupposti processuali e giudizio di merito*, G. Giappichelli, Turín, 1996.
- PÉREZ GORDO, A., *Los actos defectuosos y su subsanación en el proceso constitucional*, J.M. Bosch, Barcelona, 1989.
- PLAZA GOLVANO, S. y ALBERT EMBUENA, V., *Conciliación civil y laboral en la nueva oficina judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. ■

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