

Els MASC i la tutela judicial efectiva. Anàlisi de la seva constitucionalitat i l'esmenabilitat

VICENTE PÉREZ DAUDÍ¹

*Catedràtic de Dret Processal
Universitat de Barcelona*



Sumari: 1 EL DRET A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA I ELS ADR. 1.1. Introducció: crisi del sistema judicial i emergència dels ADR. 1.2. El caràcter obligatori de l'ADR, vinculant o no. 1.3. Tutela judicial efectiva: límits i ponderació. 2. REGULACIÓ LEGAL. 3 LA NATURALESA JURÍDICA. 4. LA REGLA GENERAL DE L'ESMENA DELS ACTES PROCESSALS DE PART I LA PRIMACIA DEL PRINCÍPI PRO ACTIONE. 4.1. L'esmenabilitat dels actes processals com a regla general. 4.2. La possibilitat d'esmenar l'omissió de la conciliació en el procés laboral. 4.3. La possibilitat d'esmenar l'omissió de la reclamació administrativa prèvia en l'ordre civil i social. 5. CONCLUSIÓ. LA NECESSITAT DE PERMETRE L'ESMENA DE L'OMISSIÓ D'ACUDIR A UN MASC ABANS D'INICIAR UN PROCÉS JUDICIAL. 6. BIBLIOGRAFIA.

Resum: El treball analitza la constitucionalitat d'imposar legalment els Mètodes Adequats de Solució de Conflictes (MASC) com a requisit de procedibilitat en el procés civil, i si l'omissió d'aquest requisit pot ser esmenat sense vulnerar el dret fonamental a la tutela judicial efectiva (article 24 CE).

Paraules clau: Mitjans Adequats de Solució de Conflictes, dret a la tutela judicial efectiva, esmena.

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.

¹ Aquest treball es realitza en l'àmbit del Projecte de Recerca PID2021-125149 NB-100 del Ministeri de Ciència, Innovació i Universitats.



1. El dret a la tutela judicial efectiva i els ADR

1.1. Introducció: crisi del sistema judicial i emergència dels ADR

L'evolució contemporània del procés civil als sistemes jurídics occidentals ha evidenciat les deficiències estructurals del poder judicial com a instrument eficaç de resolució de conflictes. L'article 24 CE regula el dret a la tutela judicial efectiva i l'article 117.3 de la Constitució espanyola correspon als jutges i tribunals «jutjar i fer executar allò que s'ha jutjat», en el marc normatiu que estableixin les lleis processals. Ara bé, aquesta atribució no es pot concebre en termes absoluts quan el mateix Estat demostra la seva incapacitat per garantir l'accés ràpid, assequible i efectiu a la justícia.

En efecte, la percepció d'ineficiència judicial s'ha generalitzat. La saturació dels òrgans jurisdiccionals, la durada excessiva dels procediments, l'elevat cost econòmic i la rigidesa formal de les vies processals provoquen que, sovint, les parts optin per evitar el procés judicial ordinari. Aquesta situació ha portat la Unió Europea a impulsar decididament els mètodes alternatius de resolució de conflictes (ADR), presentats com a resposta a «les dificultats d'accés a la justícia a què s'enfronten molts països. Aquestes dificultats s'expliquen pel fet que els litigis davant dels tribunals es multipliquen, els procediments tendeixen a allargar-se i les despeses inherents a aquests procediments tendeixen a augmentar»².

La resposta institucional davant d'aquesta crisi s'ha articulada en tres grans estratègies legislatives: en primer lloc, la creació de procediments especials o sumaris en l'àmbit judicial que, al marge d'una limitació cognitiva, cerquen accelerar la tramitació processal;

en segon terme, la promoció o fins i tot imposició legal de mecanismes ADR; i, finalment, l'administrativització de determinats conflictes mitjançant la seva atribució a òrgans no jurisdiccionals.

Aquest darrer model resulta paradigmàtic en el marc de la Llei 7/2017, de 2 de novembre, que transposa a l'ordenament jurídic espanyol la Directiva 2013/11/UE. Les seves disposicions addicionals primera i segona remeten a òrgans administratius sectorials —com el Banc d'Espanya o l'Agència Estatal de Seguretat Aèria— la resolució de reclamacions en matèria de serveis financers i transport aeri.

En el pla institucional, se cerca descongestionar els tribunals i racionalitzar els recursos públics. Des de l'enfocament econòmic, s'argumenta que el procés judicial és car no només per a l'Estat, sinó també per a les parts

Des d'una perspectiva crítica, aquesta fugida de la jurisdicció troba diverses justificacions. En el pla institucional, se cerca descongestionar els tribunals i racionalitzar els recursos públics. Des de l'enfocament econòmic, s'argumenta que el procés judicial és car no només per a l'Estat, sinó també per a les parts. Finalment, en el pla relacional, es considera que els ADR afavoreixen la conservació d'enllaços entre les parts i s'evita la polarització que acostuma a derivar-se del litigi judicial³.

Així ho assenyala Barona Vilar quan sosté que «la presència omnicomprendensiva dels tribunals de justícia i el poder judicial va anar portant a una inoperància del model de justícia del segle XX, com a conseqüència de factors heterogenis, culturals, econòmics, socials, sociològics, tecnològics, etc., que han incidit en la judicialització de la vida dels ciutadans i han obstaculitzat, quan no han fet impossible, la funció tuitiva de l'Estat a través dels Tribunals»⁴.

El legislador, par tant, s'ha vist compel·lit a explorar vies alternatives al procés tradicional. Així, en l'àmbit processal s'han introduït procediments especials de tramitació més àgil. En l'extraprocesal, s'han potenciat fórmules com la mediació o la conciliació. I en el pla administratiu, s'han atribuït competències decisòries a organismes sectorials per a determinades matèries, com en el cas de l'article 132-4 del Codi de Consum de Catalunya, anul·lat per la STC 54/2018, o la resolució de conflictes de transport aeri per l'Agència Estatal de Seguretat Aèria (AESA).

Totes aquestes mesures comparteixen una premissa comuna: l'intent de superar la crisi d'efectivitat de la jurisdicció estatal. Això no obstant, la qüestió essencial que es planteja és si resulta jurídicament legítim que el legislador imposi *ope legis* un ADR obligatori —vinculant o no— com a condició d'accés al procés judicial. I, més concretament, si això és compatible amb el dret fonamental a la tutela judicial efectiva (article 24 CE), l'article 6 del Conveni Europeu de Drets Humans i l'article 47 de la Carta de Drets Fonamentals de la UE.

La resposta a aquesta qüestió requereix, com s'exposarà al llarg de l'article, una anàlisi detinguda del caràcter no absolut del dret a la tutela

2 Pf. 5 del Llibre Verd sobre les modalitats alternatives de solució de conflictes a l'àmbit civil i mercantil, COM (2002), 196, 19 d'abril de 2002. Finalment es va plasmar a la Directiva 2013/11/UE, i se'n van tenir en compte 5.

3 Vegeu l'anàlisi que realitza sobre els arguments per fomentar els ADR a «La imposición de los ADR *ope legis* y el derecho a la tutela judicial efectiva», a *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, 2019.2.

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

judicial, dels principis de proporcionalitat i necessitat, així com de la jurisprudència constitucional i europea que avala la possibilitat d'imposar determinades restriccions a l'accés a la jurisdicció sempre que es respectin garanties essencials i s'admeti la revisió judicial posterior al conflicte.

1.2. El caràcter obligatori de l'ADR, vinculant o no

Una de les qüestions més rellevants —i, alhora, controvertides— en l'actual debat processal contemporani és determinar si resulta jurídicament legítim imposar *ope legis* a les parts l'obligació d'acudir a un mecanisme alternatiu de resolució de conflictes (ADR) abans d'accedir a la jurisdicció ordinària. Aquesta problemàtica adquireix una intensitat especial quan es posa en relació amb el dret fonamental a la tutela judicial efectiva, reconegut a l'article 24 de la Constitució espanyola, l'article 6 del Conveni Europeu de Drets Humans (CEDH) i l'article 47 de la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea (CDFUE).

La qüestió exigeix una primera distinció ontològica essencial entre ADR vinculants i no vinculants. Mentre que en els primers, com l'arbitratge, la decisió adoptada exclou l'accés a la jurisdicció, tret dels supòsits previstos per anul·lar-la o revisar-la; en els segons, com la mediació o la conciliació, l'acord assolit no té efectes excoients i permet a les parts, si no arriben a un acord, acudir posteriorment al procés judicial.

Des d'una perspectiva positiva, el legislador espanyol des de la derogació de la conciliació prèvia obligatòria de la LEC del 1881 mitjançant la Llei 34/1984, ha optat tradicionalment per no imposar de manera general el caràcter obligatori de l'intent de mediació previ al procés judicial. Així ho acredita tant la Llei 5/2012, de 6 de juliol, de mediació en assumptes civils i mercantils, com la Llei 7/2017, de 2 de novembre, que incorpora

a l'ordenament jurídic espanyol la Directiva 2013/11/UE del Parlament Europeu i del Consell relativa a la resolució alternativa de litigis en matèria de consum.

Tampoc en l'àmbit del Dret de família, on la mediació ha assolit un major desenvolupament, s'ha imposat l'obligació legal d'acudir-hi abans del procés. Al contrari, en altres ordenaments europeus, com l'italià, s'ha optat per una regulació més ambiciosa i s'ha imposat legalment la mediació prèvia en determinades matèries. El Decret legislatiu 28/2010, modificat per la Llei 98/2013, exigeix l'intent de mediació com a condició de procedibilitat en assumptes relatius a copropietat, arrendaments, successions, assegurances i altres conflictes civils i comercials de notable recurrència.

El debat s'aguditzava quan s'analitza la Directiva 2013/11/UE. L'article 5.2 de la norma comunitària esmentada permet expressament als estats membres establir mecanismes obligatoris de mediació, amb la condició que «no impedeixin a les parts l'exercici del seu dret d'accés al sistema judicial». Aquesta clàusula de salvaguarda revela que el caràcter imperatiu de l'ADR no es pot erigir en una barrera infranquejable al control jurisdiccional, ja que això resultaria incompatible amb el contingut essencial del dret a la tutela judicial efectiva.

El legislador espanyol va arribar a plantejar-se la imposició de la mediació obligatòria al projecte de Llei de 2011. Concretament, es preveia afegir un nou apartat a l'article 437 de la LEC, per establir que, en determinats judicis verbals de reclamació de quantitat, no s'admetria la demanda si no s'acreditava l'intent de mediació els sis mesos anteriors a interposar-la.

Més recent és la Llei 7/2017, les disposicions addicionals de la qual imposen un ADR obligatori —en aquest cas, resolt per un òrgan administratiu especialitzat— per a les

entitats financeres i companyies aèries en l'àmbit dels serveis financers i el transport aeri.

També cal ressenyar l'avantprojecte de llei d'Impuls de la Mediació, aprovat pel Consell de Ministres del Govern d'Espanya el 14 de gener del 2019. Aquest no s'ha presentat al Congrés dels Diputats a causa de la convocatòria d'eleccions generals mitjançant el Reial decret 129/2019, del 4 de març, de dissolució del Congrés dels Diputats i del Senat i de convocatòria d'eleccions generals. Això no obstant, és molt interessant perquè s'imposava el caràcter preceptiu de l'intent de mediació abans d'anar al procés judicial quan aquest tingués per objecte una sèrie de matèries

En suma, l'anàlisi comparada i doctrinal evidencia que la imposició legal d'un ADR pot ser compatible amb el dret a la tutela judicial efectiva, sempre que es respectin determinats límits: que el procediment no exclogui l'accés posterior al jutge, que no s'imposin càrregues econòmiques desproporcionades, i que, en cas d'ADR vinculants, es prevegi una via de control judicial suficient sobre el fons de l'assumpte. Tal com ha afirmat el Tribunal de Justícia de la Unió Europea, el que és essencial no és el caràcter obligatori o voluntari de l'ADR, sinó que es preservi la possibilitat d'accés a la justícia i que les restriccions no afectin l'essència del dret⁵.

1.3. Tutela judicial efectiva: límits i ponderació

L'article 24.1 de la Constitució espanyola consagra el dret fonamental a la tutela judicial efectiva i garanteix que «totes les persones tenen dret a obtenir la tutela efectiva dels jutges i tribunals en l'exercici dels seus drets i interessos legítims, sense que en cap cas es pugui produir indefensió». Aquest precepte constitueix l'eix vertebrador del sistema de justícia i es configura com una garantia institucional de l'estat de dret.

5 Vegeu l'anàlisi que realitzo posteriorment a l'apartat 1.4.



Aquest dret no només es troba al text constitucional espanyol, sinó que també ha estat recollit per instruments internacionals de protecció de drets humans, com l'article 6.1 del Conveni Europeu de Drets Humans i l'article 47 de la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea. En tots aquests casos, la finalitat última del dret és garantir l'accés a un jutge imparcial i competent, que resolgui en un termini raonable i mitjançant un procediment equitatiu i contradictori.

Tal com ha sostingut de manera reiterada el Tribunal Constitucional, el dret a la tutela judicial efectiva no és un dret absolut, sinó que està subjecte a restriccions raonables i proporcionades. Així, la STC 292/2000, del 30 de novembre, estableix que «el dret fonamental a la tutela judicial efectiva no garanteix un dret incondicionat a l'accés a la jurisdicció, sinó que aquest accés pot estar legalment condicionat al compliment de determinats requisits o pressupòsits processals».

En el mateix sentit, el Tribunal Europeu de Drets Humans ha declarat que l'article 6.1 CEDH no garanteix un dret d'accés il·limitat als tribunals, sinó que aquest dret es pot veure subjecte a limitacions legítimes, sempre que se'n respecti el contingut essencial i que les restriccions no siguin desproporcionades o arbitràries (*STEDH Ashingdane c. Regne Unit*, 1985; *Golder c. Regne Unit*, 1975).

El Tribunal de Justícia de la Unió Europea també ha admès, en la seva jurisprudència, la possibilitat d'establir requisits de procedibilitat abans d'accedir al procés. En l'assumpte Menini i Rampanelli (TJUE, C-75/16), el Tribunal va sostenir que el dret d'accés a la justícia pot quedar supeditat a l'intent previ de resolució alternativa, sempre que: no s'imposi una obligació d'assolir un acord, el procediment sigui gratuït o de cost reduït, la durada no excedeixi els 90 dies i no impedeixi l'accés ulterior a l'òrgan jurisdiccional competent.

En aquest sentit, la sentència del **Tribunal Constitucional italià** en la **Sentència 272/2012**, en què va validar la mediació obligatòria introduïda pel Decret legislatiu 28/2010, amb l'argument que havia de ser una temptativa prèvia, gratuïta i que no demorés injustificadament l'accés a la jurisdicció.

En el pla europeu, com ja s'ha assenyalat, el cas Menini i Rampanelli (TJUE, C-75/16) constitueix un referent interpretatiu fonamental. En aquest cas es va concloure que els estats membres poden establir com a obligatori el recurs a un ADR abans del procés judicial, però sempre que:

L'articulació entre el dret a la tutela judicial efectiva i els ADR s'ha de resoldre mitjançant un judici de proporcionalitat en sentit estricte, en què es valorin no només les finalitats legítimes del legislador (descongestió dels tribunals, eficiència, cultura de l'acord), sinó també l'impacte sobre els drets processals dels justiciables. Aquesta ponderació ha de respectar el contingut essencial del dret, tal com exigeix l'article 53 CE.

En definitiva, el dret a la tutela judicial efectiva, com a pilar de l'Estat constitucional de Dret, admet restriccions

formals, sempre que s'articulin d'acord amb els principis de legalitat, proporcionalitat i respecte del contingut essencial. La imposició legal dels ADR —com a tècnica de depuració de l'accés a la jurisdicció— no resulta *per se* incompatible amb la Constitució, però exigeix una acurada delimitació normativa i una supervisió jurisprudencial constant.

El reconeixement d'un dret fonamental d'accés a la justícia no exclou, sinó que condiona, la validesa de mecanismes alternatius que, lluny d'erosionar-lo, poden contribuir a reforçar-lo si es conceben com a vies complementàries de solució de conflictes, dotats de garanties mínimes, racionalitat procedimental i una tutela judicial ulterior accessible, suficient i efectiva.

A partir d'aquesta doctrina jurisprudencial, tant nacional com europea, s'han definit els paràmetres que permeten valorar la constitucionalitat de la imposició d'un ADR obligatori. Aquests paràmetres s'agrupen al voltant de quatre condicions fonamentals:

1. **Existència d'una previsió legal expressa:** la restricció al dret d'accés ha d'estar establerta per llei en sentit formal.



2. **Proporcionalitat i raonabilitat de la mesura:** l'exigència d'acudir a un procediment ADR no pot representar una càrrega excessiva o desproporcionada per a les parts.
3. **No exclusió de la revisió judicial posterior:** fins i tot en el cas d'ADR vinculants, com l'arbitratge o els laudes administratius, cal garantir una via jurisdiccional de control que permeti l'examen del fons de l'assumpte o, almenys, del compliment de les garanties essencials del procediment.
4. **Eficàcia del procediment ADR:** el mecanisme alternatiu ha d'oferir una garantia mínima d'idoneïtat i eficàcia per resoldre el conflicte. No es tracta d'imposar un tràmit buit o merament formal, sinó de configurar un veritable espai de resolució dialogada.

2. Regulació legal

La principal novetat de la LOEP és que considera els MASC com a requisit de procedibilitat. Així ho preveu l'article 5, que exigeix que hi hagi una identitat entre l'objecte de la negociació i el del litigi, tot i que

les pretensions que es puguin exercir en via judicial sobre aquest objecte puguin variar.

Els MASC a què cal acudir perquè es consideri complert el requisit de procedibilitat s'enumeren al paràgraf segon de l'article 5.1 LOEP. Els mitjans previstos són heterogenis i amb diferent naturalesa. La classificació que es pot fer és:

- Mitjans negocials. El MASC inclou la negociació prèvia a l'inici del procés.
 - Heterocompositiu.
 - La mediació.
 - La conciliació.
 - La intervenció d'expert independent.
 - Autocompositiu.
 - Negociació entre les parts.
 - Negociació entre advocats.
- Mitjans no negocials. Es fa una oferta sense possibilitat de negociació. S'hi inclouria l'oferta vinculant confidencial.

L'àmbit objectiu d'aplicació són tots els processos declaratius del llibre II i del llibre IV (article 5.2 LOEP). No és

necessari acudir-hi per interposar una demanda executiva, la sol·licitud de mesures cautelars prèvies o de diligències preliminars i l'inici d'expedients de jurisdicció voluntària, a excepció dels expedients d'intervenció judicial en els casos de desacord conjugal i en l'administració de béns de guanys, així com dels d'intervenció judicial en cas de desacord en l'exercici de la pàtria potestat, com tampoc per a la petició de requeriment europeu de pagament conforme al Reglament (CE) núm. 1896/2006 del Parlament Europeu i del Consell, de 12 de desembre de 2006, pel qual s'estableix un procés monitori europeu, o sol·licitar l'inici d'un procés europeu d'escassa quantia, conforme al Reglament (CE) núm. 861/2007 del Parlament Europeu i del Consell, d'11 de juliol de 2007, pel qual s'estableix un procés europeu d'escassa quantia.

No es tracta d'imposar un tràmit buit o merament formal, sinó de configurar un veritable espai de resolució dialogada

El legislador modifica els articles 264, 399.3 i 403 LEC per adaptar-la a aquest requisit de procedibilitat, i hi afegeix:

- L'apartat 4t a l'article 264 LEC per exigir que s'acompanyi amb la demanda o la contestació «el document que acrediti haver-se intentat l'activitat negociadora prèvia a la via judicial quan la llei exigeixi aquest intent com a requisit de procedibilitat, o declaració responsable de la part de la impossibilitat de dur a terme l'activitat negociadora prèvia a la via judicial per desconèixer el domicili de la part demandada o el mitjà pel qual pot ser requerit».





- El paràgraf segon a l'apartat 3 de l'article 399 LEC per exigir que «s'ha de fer constar a la demanda la descripció del procés de negociació previ dut a terme o la impossibilitat d'aquest, conforme al que estableix l'ordinal 4t de l'article 264, i cal posar de manifest, si escau, els documents que justifiquin que s'ha acudit a un mitjà adequat de solució de controvèrsies, excepte en els supòsits exceptuats a la llei d'aquest requisit de procedibilitat».
- Al paràgraf segon de l'article 403, la referència a què no s'admetran les demandes «quan no es facin constar les circumstàncies a què fa referència el segon paràgraf de l'apartat 3 de l'article 399 en els casos en què s'hagi acudit a un mitjà adequat de solució de controvèrsies perquè ho exigeix la llei com a requisit de procedibilitat».

3. La naturalesa jurídica

La recent configuració normativa dels mitjans adequats de solució de controvèrsies (MASC) com a requisit de procedibilitat en el procés civil obliga a replantejar-ne, des d'una perspectiva sistemàtica, la naturalesa jurídica i la ubicació dins l'elenc de pressupòsits processals. La tècnica emprada per la Llei orgànica 1/2025, quan condiciona l'admissió de la demanda a l'acreditació de la negociació prèvia, reactualitza una problemàtica

ja abordada al dret històric processal espanyol.

L'intent de negociació abans d'iniciar un procés judicial ja estava regulat al nostre dret, tant vigent com històric. L'antecedent immediat en el procés civil és la conciliació necessària abans d'iniciar el procés judicial que es regulava als articles 460 i seg. de la Llei d'enjudiciament civil de 1881⁶. Una de les qüestions que es va plantejar durant la seva vigència va ser la naturalesa jurídica i si la seva omisió era esmenable o no.

Amb caràcter previ, cal tenir en compte que el Tribunal havia d'apreciar d'ofici que s'hagués celebrat a l'hora d'admetre a tràmit la demanda, i havia d'inadmetre la demanda que no s'acompanyés. Això no obstant, si l'omissió es posava de manifest durant el transcurs del procés, no es declarava la nul·litat del que s'havia actuat, sinó que es procedia a la celebració de l'acte en qualsevol estat del plet en què es noti que manca (article 462.2 LEC)⁷.

En vista d'aquesta regulació, la doctrina processal va qualificar aquest requisit com a pressupòsit processal⁸. Aquest concepte té el seu origen en la teoria de la relació jurídica⁹, que el va introduir per referir-se a aquells aspectes que ha d'examinar d'ofici el Tribunal sense necessitat que el demandat ho al·legui. Els pressupòsits processals es conceben com els requisits essencials que han de concórrer perquè hi hagi un procés judicial¹⁰ i s'identifiquen amb els que ha d'analitzar l'òrgan jurisdiccional d'ofici quan admet a tràmit

la demanda. Així, es distingeixen els següents:

- Els relacionats amb l'òrgan jurisdiccional, que s'identifica amb la competència objectiva, funcional i territorial quan tingués caràcter indisponible per a les parts.
- Els relacionats amb les parts, que s'identifiquen amb la legitimació, la capacitat i la postulació processals.
- Els relacionats amb qüestions de forma com l'exigència del compliment dels requisits de la demanda previstos a l'article 399 LEC.

Ara bé, no tots els pressupòsits processals tenen el mateix grau de rigidesa. Alguns són **inesmenables**, com ara la manca de jurisdicció o de competència objectiva, mentre que d'altres són **esmenables**, com la acumulació d'accions indeguda, la no aportació de l'acord exprés de la Junta de la Comunitat de Propietaris en interposar una demanda, l'omissió de l'expressió de la quantia o la manca de còpies de la demanda. El caràcter esmenable es reconeix especialment en aquells supòsits en què el defecte **no provoca indefensió, no afecta pressupòsits d'ordre públic i es pot solucionar sense alterar substancialment l'economia processal ni els drets de les parts**.

Puc concloure que no tots els pressupòsits processals són inesmenables, sinó només els que determinarien la nul·litat absoluta de l'acte i que, consegüentment, s'ha d'apreciar d'ofici¹¹.

6 Aquest precepte es va modificar mitjançant la Llei 34/1984, del 6 d'agost, de reforma urgent de la Llei d'enjudiciament civil per convertir-la en voluntària. Sobre la reforma, els comentaris que va fer MONTERO AROCA, Juan, a *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, edit. Tecnos, Madrid, 1985, coord. Valentín Cortés Domínguez, p. 305 i seg.

7 La jurisprudència del Tribunal Suprem que va interpretar aquest precepte va ser flexible i va declarar que «en absoldre de la demanda reconvençional, recolzant-se exclusivament en l'incompliment d'un precepte de tan escassa transcendència... incorre en l'aplicació indeguda i interpretació errònia...» (STS de 17 de maig de 1941)

8 Vegeu per tots MONTERO AROCA (*op. cit.*, p. 316) i RAMOS MÉNDEZ (a *Derecho Procesal Civil*, edit. Librería Bosch, Barcelona, 1980, p. 386).

9 Vegeu SERRA DOMÍNGUEZ, (a «Proceso», a *Obra Processal*, tom I, ed. Fundación Privada Manuel Serra Domínguez, 2023, p. 554 i seg. —publicat originalment a Nova Enciclopèdia Jurídica Seix, t. XX, 1993, p. 860 i seg.—) i PÉREZ DAUDÍ (a *Derecho Procesal de ayer de hoy y de siempre*, edit. Dykinson, Madrid, 2024, p. 141 i seg.)

10 FORNACIARI, a *Presupposti processuali e giudizio di merito*, ed. G. Giappichelli, Torí, 1996, p. 6.

11 De conformitat amb el que preveu el paràgraf segon de l'article 240.2 LOPJ, l'òrgan jurisdiccional pot decretar d'ofici la nul·litat quan s'aprecii la manca de jurisdicció o de competència objectiva o funcional o s'hagi produït violència o intimidació que afecti el tribunal.

En aquesta tessitura se situa la previsió legal recent de l'intent de negociació prèvia com a condició de procedibilitat. El nou article 5 de la LOEP, en relació amb els articles 264.4, 399.3 i 403.2 de la LEC, estableix que no s'admetrà la demanda si no s'acredita documentalment l'intent de negociació o es justifica, mitjançant declaració responsable, la impossibilitat de realitzar-la. A diferència d'altres exigències documentals, aquest requisit té naturalesa habilitant, ja que constitueix una condició necessària per a l'obertura del procés jurisdiccional.

Això no obstant, la literalitat de l'article 403.2 LEC —que sanciona amb la inadmissió la manca d'acreditació del MASC— no es pot interpretar de manera automàtica ni excoent de tota possibilitat d'esmena. Des d'una interpretació sistemàtica i d'acord amb l'article 24 CE, s'imposa un enfocament *pro actione* que privilegi l'efectivitat de l'accés a la jurisdicció. Així ho ha reconegut la jurisprudència constitucional en supòsits anàlegs, com la conciliació prèvia a la jurisdicció social o la reclamació administrativa prèvia en els processos contra l'Administració, que es desenvolupa a continuació.

Una de les llacunes sobre les quals no es pronuncia la llei és si és possible o no l'esmena del defecte processal de no al·legar i acreditar el requisit de procedibilitat d'haver acudit a un MASC. L'única cosa que preveu l'article 403.2 LEC és que s'inadmet la demanda. Una interpretació literal del precepte sembla que la resposta és que no és possible¹².

La previsió legislativa de configurar un requisit de procedibilitat l'incompliment del qual impedeix l'accés al procés, i se sanciona amb la inadmissió de la demanda, s'ha d'enquadrar en el sistema processal general per poder arribar a una

conclusió al respecte, d'acord amb la interpretació realitzada pels tribunals. La qüestió és si, malgrat que la llei preveu la inadmissió de la demanda, s'ha de permetre l'esmena de l'omissió de la negociació prèvia entre les parts des de la perspectiva «*pro actione*» del dret a la tutela judicial efectiva.

Això no obstant, la literalitat de l'article 403.2 LEC —que sanciona amb la inadmissió la manca d'acreditació del MASC— no es pot interpretar de manera automàtica ni excoent de tota possibilitat d'esmena

Una interpretació contrària és inconstitucional perquè impedeix accedir als tribunals i vulnera el dret a la tutela judicial efectiva.

4. La regla general de l'esmena dels actes processals de part i la primacia del principi *pro actione*

4.1. L'esmenabilitat dels actes processals com a regla general

La sistemàtica processal vigent consagra, com a principi rector del procés civil, l'esmenabilitat dels actes processals defectuosos realitzats per les parts. En efecte, tant els articles 11.1 i 243.4 LOPJ com l'article 231 LEC consagren la regla general que els òrgans jurisdiccionals han de propiciar l'esmena dels defectes formals i evitar així que meres irregularitats formals impedeixin el dictat d'una resolució sobre el fons.

PÉREZ GORDO plantejava com a paràmetre que la irregularitat o el

defecte afecti o no l'essència de l'acte. Així, l'acte inexistent o afectat de nul·litat absoluta no podria ser objecte d'esmena. Per contra, els viciats d'anul·labilitat o irregulars serien esmenables¹³.

Així ja tindríem un primer criteri per delimitar-ho, que s'identificaria amb les causes de nul·litat d'actuacions, previstes a l'article 238 LOPJ. L'enumeració, que lògicament té caràcter general, ja ens indica els actes nuls de ple dret. Tot i això, aquesta afirmació s'ha de matisar en algun dels casos. El que indubtablement és inesmenable són els actes processals realitzats per tribunals que no tenen jurisdicció per conèixer del cas concret, ja que aquesta es té o no es té.

Un segon criteri seria atendre l'apreciació d'ofici del tribunal, que segons el paràgraf segon de l'article 240.2 LOPJ és la manca de jurisdicció, de competència objectiva o funcional o que s'hagi produït violència o intimidació que afecti el tribunal. Si només és apreciable a instància de part, en cas de no al·legar-se en el moment processal oportú i per la via prevista legalment, el defecte s'ha d'entendre esmenat.

La delimitació dels requisits processals que són esmenables implica analitzar una sèrie heterogènia d'actes i els seus requisits, cosa que porta a una casuística que pot ser excessiva. Abans d'analitzar-ne l'aplicació als MASC, indicaré els criteris generals en què aquesta s'ha permès.

La jurisprudència s'ha pronunciat en reiterades ocasions sobre l'esmenabilitat per les parts dels actes processals defectuosos, cosa que permet que se'n puguin extreure uns criteris generals. Cal partir de la premissa que el dret a la tutela judicial efectiva protegeix tant l'accés dels ciutadans als tribunals per obtenir una resolució de

12 En aquest sentit s'han pronunciat la totalitat dels acords d'unificació de criteris adoptats pels jutjats de primera instància dels partits judicials que s'hi han pronunciat. A tall d'exemple, els acords de la Junta de Jutges de Primera Instància de Barcelona de 12 de març de 2025 o de la Junta de Jutges de Família de Madrid no permeten l'esmena.

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



fons fundada en dret com la realització dels actes concrets en el procés.

D'aquesta manera, la jurisprudència del Tribunal Constitucional distingeix entre el dret a obtenir una resolució de fons motivada (*pro actione*) i el dret a l'accés al recurs. A continuació, afirma que el primer està protegit per l'article 24 de la Constitució i forma part essencial del dret a la tutela judicial efectiva, mentre que el segon s'incorpora al dret fonamental en la configuració legislativa que rebi, tret del recurs d'apel·lació en l'àmbit penal que també està protegit directament per l'article 24 de la Constitució. Així es pronuncia la Sentència del Ple del Tribunal Constitucional número 79/2012, de 17 d'abril, que al seu fonament de dret quart afirma:

«Com recordem a la STC 20/2012, F. 4, des de la STC 37/1995, de 7 de febrer (F. 5), aquest tribunal ha subratllat el diferent relleu constitucional que té el dret d'accés a la jurisdicció i el d'accés als recursos establerts legalment. Tot i que ambdós drets són innats a l'article 24.1 CE, el dret a accedir a la justícia és un component medul·lar del dret fonamental a la tutela judicial efectiva proclamat pel precepte constitucional i que no l'atorga la llei, sinó que neix de la Constitució mateixa. Per contra, el dret a accedir als recursos legals s'incorpora al dret fonamental en la configuració concreta que rebi de cadascuna de les lleis d'enjudiciament que regulen els diferents ordres jurisdiccionals, tret pel que fa al dret del condemnat a la revisió de la seva condemna i la pena imposada (STC 42/1982, de 5 de juliol; 33/1989, de 13 de febrer; i 48/2008, d'11 de març); el dret al recurs legal no neix directament de la Constitució, sinó del que hagin disposat les lleis processals que els creen, i s'incorpora al dret fonamental en la seva configuració legal (en el mateix sentit, entre moltes d'altres, les STC 46/2004, de 23 de març, F. 4; 15/2006, de 16 de gener, F. 3; 181/2007, de 10 de setembre, F. 2; i 35/2011, de 28 de març, F. 3).

D'aquesta manera, la jurisprudència del Tribunal Constitucional distingeix entre el dret a obtenir una resolució de fons motivada (pro actione) i el dret a l'accés al recurs

Això es tradueix en el fet que el principi hermenèutic *pro actione* protegeix el dret d'accés a la justícia, atesa la transcendència diferent que cal atorgar —des de la perspectiva constitucional— als requisits legals d'accés al procés, si poden obstaculitzar o eliminar el dret dels ciutadans a sotmetre el cas al coneixement i pronunciament d'un jutge i, per tant, causar indefensió. Per contra, el control constitucional dels requisits d'admissió dels recursos establerts legalment és més lax, ja que el que es demana en aquell moment no és més que la revisió de la resposta judicial que conté la sentència d'instància dictada prèviament, la qual, si resol el fons de l'assumpte, ja hauria satisfet el nucli del dret fonamental a una tutela judicial efectiva sense indefensió de totes les parts processals, i l'accés al recurs s'ha de contrapesar amb el dret de les altres parts a un procés sense dilacions indegudes i a l'execució del que s'ha resolt (STC 55/1995, de 6 de març, F. 2; 309/2005, de 12 de desembre, F. 2; 51/2007, de 12 de març, F. 4; i 27/2009, de 26 de gener, F. 3).»

La doctrina exposada, que ha estat reiterada pel Tribunal Constitucional en totes les sentències i justifica el tractament diferent de l'esmena dels defectes processals. Així, quan ens trobem davant d'un acte processal que s'integra al principi *pro actione*, que protegeix el dret d'accés a la jurisdicció, es permet l'esmena dels defectes processals de part. Això no obstant, quan l'acte processal defectuós es produeixi en un altre àmbit del procés, que

no s'integri en el dret d'accés a la jurisdicció, la possible esmena dependrà de la configuració legislativa del procés. A més, cal valorar altres criteris com:

- L'entitat del defecte.
- La incidència a la finalitat perseguida per la norma infringida.
- La transcendència per a les garanties de les altres parts del procés.
- La diligència processal de la part quant al compliment del requisit processal omès o observat de forma irregular.
- L'oportunitat d'esmena, amb l'exigència que el requeriment identifiqui el defecte en què s'ha incorregut per atorgar possibilitat real de complementar-lo. Així, ha negat la validesa dels requeriments d'esmena genèrics.

A partir d'aquests criteris, el Tribunal Constitucional ha fixat la doctrina sobre l'esmena dels defectes processals de part.

Un altre aspecte que cal tenir en compte és que s'ha plantejat la qüestió de si es pot esmenar un acte processal omès. *A priori* la resposta és que no és possible ja que no ens trobem davant d'un acte defectuós, sinó davant d'un acte inexistent. Això no obstant, el Tribunal Constitucional ho ha permès de vegades com en els casos en què no s'ha acudit a la conciliació prèvia preceptiva en el procés laboral¹⁴ o no s'ha efectuat la reclamació administrativa en un procés civil en què es demanda l'administració pública, tal com analitzaré en els apartats següents.

Tal com he exposat, el Tribunal Constitucional considera que el dret d'accés als tribunals i la realització dels actes de part necessaris per assolir una resolució de fons motivada formen part integrant del contingut essencial de l'article 24 de la Constitució. Conseqüentment, li atorga una protecció

14 Vegeu per tota la sentència del Tribunal Constitucional 172/2007, de 23 de juliol.



reforçada i permet amb més amplitud l'esmena dels defectes processals. La manifestació legal d'aquest concepte es troba en la redacció de l'article 11.3 LOPJ que preveu que:

«Els Jutjats i Tribunals, de conformitat amb el principi de tutela efectiva consagrat a l'article 24 de la Constitució, han de resoldre sempre sobre les pretensions que se'ls formulin, i només poden desestimar-les per motius formals quan el defecte sigui inesmenable o no s'esmenés pel procediment establert a les lleis».

Aquesta possibilitat és matisada pel Tribunal Constitucional quan declara que s'ha d'indicar el defecte específic que concorre a l'acte processal i donar un termini a la part per esmenar-lo¹⁵, valorant especialment la diligència que manifesti en l'acte concret.

El legislador regula a les lleis d'enjudiciament diverses manifestacions del principi *pro actione*. Hi concorren dos criteris:

- El dret a la tutela judicial efectiva que implica el dret de tota persona a acudir a un òrgan judicial per dictar una sentència de fons motivada.
- El principi de legalitat del procés, que obliga les parts a fer que l'acció l'exerceixi en la

forma prevista per les lleis. En cas contrari, s'eximeix l'Òrgan Jurisdiccional de dictar una sentència de fons, que ha de posar fi al procés. I aquesta activitat l'ha de fer tan aviat com sigui possible per raons d'economia processal.

Aquests dos interessos els té en compte el legislador en diferents preceptes quan regula, com a criteri general, la possibilitat d'esmenar els defectes en què incorrin els actes processals de part. Així ho realitza en els preceptes de la LEC següents:

- Amb caràcter general preveu a l'article 231 LEC que «el Tribunal i el Lletrat de l'Administració de Justícia han de vigilar que es puguin esmenar els defectes en què incorrin els actes processals de part».
- En regular els actes d'al·legacions (demanda i contestació) permet esmenar els defectes formals. Així es regula a la LEC en els articles 404 (demanda de judici ordinari civil), 405 (contestació a la demanda del judici ordinari civil) i 439 (la demanda de judici verbal que es remet a la regulació del judici ordinari). En el procés

d'execució civil, l'article 559.2 LEC preveu la concessió d'un termini d'esmena de 10 dies si el defecte processal al·legat per l'executat en l'oposició a l'execució és esmenable segons el parer del Tribunal.

- En alguns casos concrets, el legislador preveu expressament la possibilitat d'esmenar el defecte en què hagués incorregut la part. Així ho realitza la LEC en els articles 73.3 (acumulació d'accions indeguda), 254.4 (quan a la demanda no s'hagin aportat elements suficients per quantificar el procés i així no permetre que el lletrat de l'Administració de Justícia li doni la tramitació corresponent), 273.3 (la possibilitat d'esmenar l'incompliment del deure d'ús de les noves tecnologies en el procés civil), 275 (quan no s'hagin aportat còpies de la demanda, contestació o dels documents que s'acompanyen) i 418 (quan concorri algun defecte de capacitat o representació esmenable).

El legislador no estableix un termini comú d'esmena per a tots els defectes processals. Sinó que opta per tres criteris:

- Els deixa a la discreció del lletrat de l'Administració de Justícia per a l'admissió de la demanda o de la contestació (articles 404, 405 i 439 LEC), que ho ha d'establir segons la complexitat de l'esmena.
- Estableix un termini de deu dies en els articles 254.4 i 418 LEC, d'acord amb la rellevància del defecte ja que cal aportar els elements suficients per quantificar el procediment o esmenar la manca de capacitat o de representació. En el procés d'execució també

¹⁵ Sentència del Tribunal Constitucional 79/2012, de 17 d'abril.



preveu el termini de 10 dies per esmenar els defectes processals en què incorri la demanda executiva i que hagués estat motiu d'oposició per part de l'executat (article 559 LEC).

- Fixa un termini de cinc dies en els articles 73.3, 273 i 275 LEC per esmenar l'acumulació d'accions indeguda, l'incompliment del deure d'ús de noves tecnologies o la no presentació de les còpies de la demanda, contestació a la demanda o documents que s'acompanyen.

La finalitat del legislador és que esmenin els defectes processals que puguin impedir que es dicti una resolució de fons motivada, que és el contingut essencial del dret a la tutela judicial efectiva. Si el defecte processal subsisteix, bé perquè és inesmenable o per una manca de diligència de la part en esmenar-lo, s'eximeix el Tribunal de dictar una resolució sobre el fons motivada. En aquest cas, l'Òrgan Jurisdiccional ha de posar fi al procés com més aviat millor en la forma prevista per la llei (inadmissió de la demanda, sobresèiment o arxiu del procés o sentència desestimària) i d'acord amb criteris d'economia processal.

A continuació, analitzaré la regulació d'altres ADR en el procés civil i social sobre els quals els tribunals ja s'han pronunciat sobre la possibilitat d'esmena.

4.2. La possibilitat d'esmenar l'omissió de la conciliació en el procés laboral

Els articles 36 i seg. de la Llei 36/2011, del 10 d'octubre, reguladora de la jurisdicció social, també regulen una conciliació o mediació prèvia a l'inici del procés. De la mateixa manera, l'article 80 exigeix que juntament amb la demanda s'acompanyi la documentació justificativa d'haver intentat

la conciliació o mediació prèvia. Si la part actora no ho fa, l'article 81.3 preveu que el lletrat de l'Administració de Justícia, sense perjudici de resoldre sobre l'admissió i procedir a l'assenyalament, ha d'advertir el demandant que ha d'acreditar la celebració o l'intent de l'acte esmentat en el termini de 15 dies.

A la pràctica es va plantejar la qüestió de si l'esmena era només de l'acreditació d'haver-ho intentant abans de la presentació de la demanda o també de la celebració en el termini concedit. Al seu moment va plantejar dubtes interpretatius, però actualment ja s'ha de considerar resolta per la jurisprudència i admetre que l'esmena inclou la celebració dins del termini de la negociació no realitzada abans de presentar la demanda.

La Sentència del Tribunal Constitucional 185/2013, de 4 de novembre, que cita les sentències anteriors que havia dictat, després d'analitzar la naturalesa jurídica d'aquesta obligació conclou que «article 63 LPL, aquí aplicable, no la consideri estrictament com a requisit previ a la demanda, sinó com a requisit “previ per a la tramitació del procés” (STC 69/1997, de 8 d'abril, FJ 6, i 199/2001, de 4 d'octubre, FJ 3), la finalitat de la qual és assegurar que les parts hagin tingut oportunitat de, abans de tramitar-se aquest, sotmetre la controvèrsia a solució extrajudicial intentant un acord, garantia que està a la base de l'article 81.2 LPL esmentat, així com en el vigent article 81.3 LJS.»

Segueix afirmant que «la finalitat que inspira aquesta càrrega processal és la d'evitació del procés i d'aquí que el 63 LPL no la consideri estrictament com a requisit previ a la demanda, sinó “previ per a la tramitació del procés”, de tal manera que l'essencial és concedir a les parts l'oportunitat de, abans que es tramiti el procés, cosa que explica l'admissió provisional de la demanda tal com assenyala

l'esmentat article 81.2 LPL, sotmetre la controvèrsia a solució extrajudicial intentant la conciliació davant de l'òrgan administratiu corresponent. Es compleix, doncs, el signi inspirador del requisit si el demandant, en el termini atorgat per a l'esmena de l'omissió, intenta l'acte de conciliació i presenta la “papereta” corresponent perquè l'empresari demandat... pugui arribar a una avenença que eviti la substanciació del litigi».

Conclou que «el criteri que es manté en les interlocutòries impugnades per acordar l'arxivament de la demanda, basat en una entesa merament formal de l'esmenabilitat, contradiu obertament la doctrina d'aquest Tribunal, d'acord amb la qual, com queda exposat, l'esmentat termini d'esmena és material, de manera que acull no només la celebració mateixa de l'acte de conciliació, sinó fins i tot l'intent acreditat mitjançant la presentació de la corresponent papereta davant de l'òrgan de conciliació i això amb independència del moment en què se celebri l'acte de conciliació, ja que aquesta circumstància és aliena a la voluntat del demandant».

Aquesta doctrina ha estat recollida per la Sala Social del Tribunal Suprem en les sentències 220/2022, de 10 de març, i 222/2022, de 15 de març. També l'assumeixen les sentències de la Sala Social dels tribunals superiors de Justícia de Madrid 73/2019, de 25 de gener, de Las Palmas de Gran Canària número 40/20219, de 25 de gener, i de Catalunya 2895/2019, de 5 de juny, entre d'altres¹⁶.

Així es pot concloure que la conciliació prèvia a l'inici del procés per acomiadament a la jurisdicció social és un requisit previ per a la tramitació del procés i és esmenable una vegada presentada la demanda en el termini de 15 dies des que ho adverteixi el lletrat de l'Administració de Justícia, tant l'acreditació de la conciliació com

16 En aquest mateix sentit es pronuncien PLAZA GOLVANO, Sagrario i ALBERT EMBUENA, Vicente, a *Conciliación civil y laboral en la nueva oficina judicial*, edit. Tirant lo Blanch, València, 2010, p. 94 i seg.

la realització de l'acte omès en aquest termini.

4.3. La possibilitat d'esmenar l'omissió de la reclamació administrativa prèvia en l'ordre civil i social

En el procés civil i social era obligatori acudir a la reclamació administrativa prèvia davant l'Administració quan se l'anés a demandar, però es va suprimir amb caràcter general amb la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques, que justifica l'exposició de motius en «l'escassa utilitat pràctica que han demostrat fins ara».

La jurisprudència va declarar que aquesta ommissió era esmenable i no provocava la inadmissió de la demanda. Així, la Sentència de la Sala Civil del Tribunal Suprem número 495/2006, de 23 de maig, afirma que «la manca de reclamació prèvia en via civil s'ha d'entendre susceptible de ser esmenada (STS de 31 de desembre de 1993) ja que una altra interpretació conduiria a atribuir a aquest requisit, encaminat, com a mitjà anàleg a la conciliació, a l'evitació en la mesura del que sigui possible de la via judicial, una transcendència excessiva que el transformaria en un obstacle desproporcionat a l'exercici del dret a la tutela judicial efectiva que consagra l'article 24 de la Constitució».

Prèviament, la Sala Civil del Tribunal Suprem ja s'havia pronunciat sobre la seva esmena i l'assimilava a l'acte de conciliació en el procés civil, que recordo que tenia caràcter preceptiu fins que es va convertir en voluntari en la reforma de la LEC mitjançant la Llei 34/1984, de 7 d'agost. Així, la sentència de la Sala Civil del Tribunal Suprem de 3 de juliol de 1995, recurs 753/1992, afirma que «la jurisprudència ha declarat que tot i reconèixer les diferències entre la reclamació prèvia i l'acte de conciliació, es poden assimilar des del moment en què aquesta ve a substituir a aquest, amb identificació de la seva finalitat i efectes (sentències,

entre d'altres, de 20 de març de 1975 i de 26 de maig de 1988), d'on s'infereix que la manca de reclamació prèvia és un defecte esmenable».

La jurisprudència va declarar que aquesta ommissió era esmenable i no provocava la inadmissió de la demanda

Aquesta doctrina jurisprudencial la va reiterar posteriorment la Sala Civil del Tribunal Suprem a les sentències de 2 d'abril de 1993 i de 24 de juny de 1996.

En l'ordre social, la jurisprudència en el mateix sentit que s'ha exposat. Així, la sentència de la Sala de Quarta Social del Tribunal Suprem de 18 de març de 1997, recurs 2885/1996, va afirmar que:

«No hi ha problema quant a declarar la flexibilitat en l'exigència del requisit preprocesal ara qüestionat, ja que la generalitat referida en la necessitat del previ plantejament de la reclamació prèvia, com s'interpreta també en relació amb els actes processals o preprocesals restants, no ha de comportar un rigor formal excessiu en l'exigència dels seus requisits específics sempre que efectivament de la seva irregularitat o absència no s'hagi produït indefensió (arg. ex art. 238.3 LOPJ)

En aquest sentit, ja és reiterada la jurisprudència, tant d'aquesta sala com del Tribunal Constitucional, en què s'interpreta l'exigència d'aquest requisit amb flexibilitat i es possibilita sense rigidesa l'esmena. Destaquem, d'una banda, entre d'altres, les sentències TS de la Sala IV de 30 de maig de 1991 (recurs 1169/90) i de 30 de novembre de 1992 (recurs 1233/91) que ha declarat que fins i tot si la demanda es pogués haver presentat abans d'un mes comptat a partir de la presentació de la reclamació prèvia, termini necessari per entendre-la denegada per

silenci, la finalitat a què respon la seva exigència es compleix sempre que el judici tingui lloc després de superat aquest termini; i, d'altra banda, a la jurisprudència constitucional s'ha afirmat que es tracta d'un requisit processal emmarcable entre els que són esmenables a instància de l'òrgan judicial i que és, a més, esmenable pel transcurs del temps, i s'ha argumentat «el pressupòsit processal de la reclamació administrativa prèvia a què es refereix l'article 145 de la llei del procediment administratiu (actualment article 120 de la vigent llei de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, de 1992) va ser materialment esmenat pel transcurs del temps, per això és desraonat concedir a l'Administració, perquè es pronunciï sobre la reclamació plantejada, un temps que ja va tenir, i que va utilitzar amb el seu silenci, per pronunciar-se en sentit negatiu, com així va confirmar en el moment del judici en oposar-se a la demanda» (entre d'altres, les STC 120/93, de 19 d'abril, 122/93, de 19 d'abril i 144/93, de 26 d'abril)».

En aquest mateix sentit, la Sentència de la Sala Social del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 4388/2000, de 18 de maig, afirma que «la jurisprudència constitucional s'ha afirmat en el fet que es tracta d'un requisit processal emmarcable entre els que són esmenables a instància de l'òrgan judicial i que és, a més, esmenable «el pressupòsit processal de la reclamació administrativa prèvia a què es refereix l'article 145 de la llei de procediment administratiu (actualment 120 de la vigent llei de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, de 1992), va ser materialment esmenat pel transcurs del temps, per això no és raonable concedir a l'administració, perquè es pronunciï sobre la reclamació plantejada, un temps que ja va tenir, i que va utilitzar amb el seu silenci per pronunciar-se en sentit negatiu, com així va afirmar en el moment del judici per oposar-se a la demanda (sentències TC 120/93,



de 19 d'abril, 122/93, de 19 d'abril i 1444/93, de 26 d'abril, entre d'altres), a més de moltes en relació a pressupòsits preprocessals (sentències TC, ple, 76/1996, de 30 d'abril i 40/1996, entre d'altres)».

La doctrina jurisprudencial exposada no és nova, sinó que ja des del 1954 la Sala 1a del Tribunal Suprem havia sostingut el seu caràcter esmenable. MONTERO AROCA¹⁷ afirma en aquest sentit que:

«Atribuir a la reclamació prèvia naturalesa similar a la conciliació, configurar-la com un substitut d'aquesta, tant en els textos legislatius com per la jurisprudència, ha permès plantejar la possibilitat de l'esmena de la manca de reclamació prèvia, a semblança de l'esmena de la manca d'acte de conciliació continguda a l'article 462, II, LEC. També al procés laboral, l'article 54 LPL obligava el magistrat a admetre la demanda i a suspendre'n la tramitació davant la manca de conciliació sindical.

La jurisprudència de la Sala 1a del Tribunal Suprem ha sostingut amb reiteració (sentències de 17 de febrer de 1954, RA 698, de 23 de març i 12 de maig de 1961, RA 1221 i 1868, de 9 de gener de 1962, RA 333, de 17 de febrer de 1972, RA 714, i de 20 de març de 1975, RA 1328) la naturalesa esmenable de la manca de reclamació a la via governativa».

5. Conclusió. La necessitat de permetre l'esmena de l'omissió d'acudir a un masc abans d'iniciar un procés judicial

Si apliquem la doctrina exposada a la regulació dels MASC com a requisit de procedibilitat, és evident que s'ha de permetre l'esmena. Si s'inadmet la demanda sense donar aquesta possibilitat, seria inconstitucional perquè impediria l'accés a la jurisdicció. Tal com he exposat així s'ha pronunciat el TC reiteradament en totes les ocasions en què s'ha interposat un recurs d'empara contra la inadmissió d'una demanda



quan no s'ha acudit a la conciliació prèvia en la jurisdicció social.

El moment processal oportú per requerir l'esmena és en admetre a tràmit la demanda. El lletrat de l'Administració de Justícia ha d'analitzar si s'ha acudit o no a un mitjà de negociació dels previstos pel legislador. En cas que no s'hagi realitzat, ha de concedir a la part un termini perquè el demandant acrediti que ha iniciat el procés negociador.

La LEC no regula un termini uniforme per solucionar un defecte processal. Entre els previstos, el de cinc dies em sembla escàs, ja que la part ha d'optar per acudir al MASC i notificar-ho a la part demandada i després ha de comunicar al Jutjat que s'ha iniciat el procés negociador. Són moltes actuacions que s'han de realitzar, cosa que pot generar la sol·licitud d'una ampliació de termini o la inadmissió de la demanda per la impossibilitat de realitzar-les en el termini previst legalment.

Per això crec que és preferible el de deu dies, que és el que preveu la LEC per solucionar defectes com la manca de representació. Aquest seria prorrogable prèvia sol·licitud motivada de la part en cas que acrediti que no s'ha pogut complir amb tots els requisits previstos pel legislador per entendre que s'ha iniciat el procés de negociació.

Si no se soluciona l'omissió d'haver acudit a un MASC, el lletrat de l'Administració de Justícia el trasllada al jutge perquè decideixi sobre la inadmissió a tràmit de la demanda.

6. Bibliografia

- BARONA VILAR, J., *Nociones y principios de las ADR (solución extrajudicial de conflictos)*, Tirant lo Blanch, València, 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», a *Obra Procesal*, Fundación Privada Manuel Serra Domínguez, 2023.
- FORNACIARI, M., *Presupposti processuali e giudizio di merito*, G. Giappichelli, Torí, 1996.
- PÉREZ GORDO, A., *Los actos defectuosos y su subsanación en el proceso constitucional*, J. M. Bosch, Barcelona, 1989.
- PLAZA GOLVANO, S. i ALBERT EMBUENA, V., *Conciliación civil y laboral en la nueva oficina judicial*, Tirant lo Blanch, València, 2010. ■

17 MONTERO AROCA, Juan, *El proceso laboral*, edit. Bosch, 1979, tom I, pàg. 193.