La justicia en España tras la Ley Orgánica de eficiencia

Nuevos tribunales, medios adecuados de solución de controversias y reformas procesales

Julio Banacloche Palao
Fernando Gascón Inchausti
(Directores)

ARANZADI

© **Julio Banacloche Palao y Fernando Gascón Inchausti (Dirs.) y autores**, 2025
© **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**

ARANZADI LA LEY, S.A.U.
C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
www.aranzadilaley.es
Atención al cliente: https://areacliente.aranzadilaley.es/publicaciones

Primera edición: Mayo 2025

Depósito Legal: M-11535-2025
ISBN versión impresa: 978-84-1085-109-2
ISBN versión electrónica: 978-84-1085-110-8

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.
Printed in Spain

© **ARANZADI LA LEY, S.A.U.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, **www.cedro.org**) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Índice General

Página

CAPÍTULO 1

INTRODUCCIÓN A LA LEY ORGÁNICA 1/2025, DE EFICIENCIA PROCESAL (LOEP): ESTRUCTURA BÁSICA, NATURALEZA DE LAS NORMAS, ENTRADA EN VIGOR Y DERECHO TRANSITORIO
JOSÉ MANUEL CHOZAS ALONSO 31

1. Introducción: ¿cómo se ha llegado hasta aquí? 31

2. Estructura y contenido básico de la LOEP 35

2.1. La nueva organización de los tribunales 35

2.2. Los «medios adecuados» de solución de controversias (MASC) 41

2.3. Reformas de las leyes procesales 45

2.3.1. Reformas en la jurisdicción civil. 46

2.3.2. Reformas en la jurisdicción penal. 48

2.3.3. Reformas en la jurisdicción contencioso-administrativa 50

2.3.4. Reformas en la jurisdicción social 51

3. Rango normativo 51

4. Entrada en vigor 53

5. Derecho transitorio: aplicación de la reforma a los procesos judiciales en curso 57

Conclusiones 59

Bibliografía 63

Página

I
ASPECTOS ORGÁNICOS

CAPÍTULO 2

LOS NUEVOS TRIBUNALES DE INSTANCIA

FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI 67

1. Introducción 68

2. Los Tribunales de Instancia y sus Secciones: cuestiones generales 72

2.1. Las Secciones y las plazas judiciales como órganos jurisdiccionales 72

2.2. Modelos diversos de Tribunal de Instancia en función de las Secciones que los integren 74

3. Las secciones del Tribunal de Instancia 76

3.1. La Sección Única, Civil y de Instrucción 76

3.2. La Sección Civil 76

3.3. La Sección de Instrucción 76

3.4. La Sección de Familia, Infancia y Capacidad 77

3.5. La Sección de lo Mercantil 79

3.5.1. Las Secciones de lo Mercantil como «jueces del concurso» 80

3.5.2. Las Secciones de lo Mercantil como tribunales con competencia objetiva para conocer de determinados procesos en primera instancia 81

3.6. La Sección de Violencia sobre la Mujer 84

3.6.1. Competencias penales de las Secciones de Violencia sobre la Mujer 84

3.6.2. Competencias civiles de las Secciones de Violencia sobre la Mujer 85

3.6.3. Reglas adicionales 88

3.7. La Sección de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia 88

3.8. La Sección de lo Penal 91

Página

3.9. La Sección de Menores 91
3.10. La Sección de Vigilancia Penitenciaria 92
3.11. La Sección de lo Contencioso-Administrativo 92
3.12. La Sección de lo Social 93
3.13. (Ausencia de) Repercusiones de la nueva estructura jurisdiccional sobre el resto de reglas en materia de jurisdicción y competencia 93
4. El reparto de asuntos dentro de las secciones 95
5. El Tribunal Central de Instancia y sus secciones 97
6. Cuatro fenómenos especiales 97
6.1. La especialización de plazas judiciales 98
6.1.1. Reglas generales 98
6.1.2. La especialización en las Secciones de lo Mercantil 99
6.1.3. La especialización singular del artículo 96.3 LOPJ 100
6.1.4. Efectos de la especialización 101
6.2. La agrupación de Secciones de Instrucción 102
6.3. La designación de jueces adicionales para un caso concreto 104
6.4. La asignación a un juez de tareas propias de otra Sección 108
7. El gobierno interno del Tribunal de Instancia 110
7.1. El Presidente del Tribunal de Instancia 111
7.2. Los Presidentes de Sección 112
7.3. Las Juntas de Jueces y Juezas y la unificación de criterios 113
7.3.1. La Junta de Jueces y Juezas del Tribunal de Instancia 113
7.3.2. La Junta de Jueces y Juezas de Sección: los límites a la unificación de criterios 113
7.3.3. Las reuniones de los jueces de una provincia o comunidad autónoma 115
8. Régimen transitorio: la implantación de los Tribunales de Instancia 115
Bibliografía 118

Página

CAPÍTULO 3

LA MODIFICACIÓN DE LA OFICINA JUDICIAL
JESÚS MARÍA GONZÁLEZ GARCÍA 121

1. Introducción 121

1.1. Estructura y contenido 121

1.2. Resumen de las principales novedades de la LOEP sobre la oficina judicial 123

2. Consideración general de la reforma en materia de oficina judicial 124

3. Modelos de organización interna de los órganos jurisdiccionales anteriores al vigente 128

3.1. Diseño original del órgano jurisdiccional en la LOPJ. La secretaría de justicia como modelo de organización interna . . 128

3.2. La legalización de los servicios comunes: inicio del declive de las secretarías de los órganos jurisdiccionales 131

3.3. La creación de la oficina judicial: del Pacto de Estado de 2001 a la administrativización de la gestión procesal 132

4. Modificaciones de la oficina judicial en la LOEP 135

4.1. Ideas generales 135

4.2. Principios inspiradores 139

4.3. La estructura organizativa de los Tribunales de Instancia: un recordatorio 141

4.4. Régimen de los servicios comunes tras la LOEP: de los «servicios comunes de tramitación» a los «otros servicios comunes» de la oficina judicial 144

4.5. Derecho transitorio aplicable a la oficina judicial 151

5. Las oficinas de justicia en los municipios 152

5.1. Ideas generales 152

5.2. Régimen legal y funciones 154

5.3. Régimen de personal al servicio de las OJM 156

Bibliografía 156

Página

II
MEDIOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

CAPÍTULO 4

LOS MÉTODOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: CONCEPTO Y TIPOLOGÍAS

JUAN CARLOS ORTIZ PRADILLO 161

1. Introducción 161

1.1. Desjudicialización obligatoria de las controversias civiles y mercantiles y tutela judicial efectiva: de la voluntariedad mitigada a la condición de procedibilidad 163

2. Concepto y características 166

2.1. Naturaleza contractual y eficacia procesal 169

2.2. Carácter documental 171

2.3. Confidencialidad 173

2.4. Profesionalidad 175

3. Modalidades 177

3.1. Mediación 177

3.2. Conciliación 182

3.2.1. Conciliación judicial 186

3.2.2. Conciliación notarial 188

3.2.3. Conciliación registral 190

3.2.4. Conciliación privada 192

3.3. Oferta vinculante confidencial 195

3.4. Opinión de experto independiente 204

3.5. Negociación 207

3.6. Derecho colaborativo 210

3.7. Reclamación extrajudicial previa en materia de consumo . . 211

3.7.1. MASC y acciones colectivas 212

3.7.2. MASC y acciones individuales 214

Página

Conclusiones 217

Bibliografía 219

CAPÍTULO 5

LA VALIDEZ Y LA EFICACIA DE LOS ACUERDOS ALCANZADO EN LOS MEDIOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

GUILLERMO SCHUMANN BARRAGÁN 225

1. Introducción 226

2. La formalización del acuerdo alcanzado 226

2.1. Requisitos formales 226

2.2. La elevación a escritura pública del acuerdo alcanzado 227

2.3. La homologación judicial del acuerdo alcanzado 229

3. La validez del acuerdo alcanzado 232

3.1. El poder de disposición de las partes sobre el objeto de la controversia jurídica 232

3.2. El poder de disposición sobre las relaciones jurídicas y los derechos regulados por normas imperativas 234

3.3. Los requisitos esenciales de validez del negocio jurídico 237

3.4. La impugnación judicial del acuerdo alcanzado: el ejercicio de la acción de nulidad por vía principal 239

3.5. La impugnación judicial a título incidental del acuerdo alcanzado 241

4. La eficacia del acuerdo alcanzado 242

4.1. La eficacia material del acuerdo 243

4.1.1. Eficacia material declarativa 244

4.1.2. Eficacia material obligacional 245

4.1.3. Eficacia material constitutiva 247

4.1.4. Otros efectos materiales: el reinicio del plazo de prescripción y la reanudación del plazo de caducidad 248

4.2. La eficacia procesal del acuerdo 249

4.2.1. Eficacia procesal negativa 249

Página

4.2.2. Efectos sobre procesos pendientes 251
4.3. La eficacia ejecutiva del acuerdo 252
4.4. La eficacia registral del acuerdo 253
Conclusiones 254
Bibliografía 255

CAPÍTULO 6

LA INCIDENCIA DE LOS MEDIOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL PROCESO CIVIL
JULIO BANACLOCHE PALAO 259

1. Antecedentes históricos, fundamento y finalidad de la exigencia de intentar un MASC con carácter previo al inicio del proceso 260
1.1. Antecedentes históricos de los actuales MASC 260
1.1.1. La conciliación previa al proceso en las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881 260
1.1.2. La conciliación en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 y en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, y la aparición de la mediación 262
1.2. Fundamento y finalidad del MASC con carácter previo a la demanda 263
1.3. La obligatoriedad de acudir previamente a un MASC y el derecho a la tutela judicial efectiva 266
2. Ámbitos objetivo, subjetivo y procedimental de los MASC como exigencia previa al proceso 268
2.1. Ámbito objetivo y subjetivo de los MASC 268
2.2. Ámbito procedimental de los MASC: procesos incluidos y excluidos de su uso previo 270
2.2.1. La obligatoriedad del uso de los MASC en los procesos declarativos ordinarios y sus excepciones 270
2.2.2. La obligatoriedad del uso de los MASC en los procesos declarativos especiales y sus excepciones. Especial referencia a los procesos matrimoniales y al monitorio 273

Página

2.2.3. La no obligatoriedad del uso de los MASC con relación a los procesos de ejecución, actuaciones previas y expedientes judiciales de jurisdicción voluntaria 277

2.3. Un caso particular de reclamación previa relativo a contratos de consumidores 283

3. Los MASC y el demandante: su consideración como requisito (presupuesto) de procedibilidad 284

3.1. Acreditación en la demanda de haber intentado previamente un MASC 284

3.2. Prohibición de aportar con la demanda documentos relativos al MASC previamente intentado 286

3.3. Inadmisión de la demanda por no quedar acreditado que se haya intentado previamente un MASC y posibilidad de subsanación 287

3.4. Validez temporal del MASC intentado 289

4. Los MASC y el demandado: allanamiento inicial a la demanda e impugnación de la ausencia o insuficiencia del intento de MASC 290

4.1. El allanamiento inicial del demandado ante la demanda . . . 290

4.2. La posición del demandado sobre los MASC en su contestación a la demanda 292

5. La celebración de un MASC durante el desarrollo del proceso 293

5.1. Celebración de un MASC durante el proceso a petición de las partes 293

5.2. Celebración de un MASC durante el proceso por derivación del juez o del Letrado de la Administración de Justicia 295

6. Los MASC y la condena en costas 298

6.1. La estrecha relación existente entre la exigencia de un MASC previo y la imposición de costas en el proceso 298

6.2. La incidencia de la posición mantenida en los MASC en la condena en costas 299

6.3. La incidencia de la posición mantenida en los MASC en la tasación de costas y la posible exoneración de su pago 303

Bibliografía 308

Página

III
MODIFICACIONES EN EL PROCESO CIVIL

CAPÍTULO 7

LAS ¿NUEVAS? FUNCIONES DEL PROCURADOR: EL SILENCIOSO TRÁNSITO DE REPRESENTANTE PROCESAL A AGENTE PRIVADO DE NOTIFICACIONES Y DE EJECUCIÓN
BÁRBARA SÁNCHEZ LÓPEZ 313

1. Introducción 314

2. De representantes procesales a agentes privados de cooperación y auxilio de la Administración de justicia 315

2.1. El informe de la Comisión Nacional de la Competencia de mayo de 2009 como palanca de cambios 315

2.2. La posibilidad de practicar actos de comunicación con capacidad de certificación 324

2.2.1. El impulso de las Oficinas de Señalamientos Inmediatos en las nuevas funciones del procurador 324

2.2.2. La generalización de la posibilidad legal de practicar la notificación por entrega mediante procurador. 325

2.2.3. De la práctica documentada a la «práctica fehaciente» de la notificación con «capacidad de certificación». 327

2.3. La ampliación de las funciones notificadoras del procurador en el proceso de ejecución. 331

3. La consagración de las nuevas funciones del procurador en los artículos 543 LOPJ y 23 LEC 332

3.1. La función representativa y la práctica de actos procesales de comunicación con las partes 332

3.2. La realización de tareas de auxilio y cooperación con los tribunales 335

3.3. El debut legal del procurador como agente privado de ejecución 338

Página

4. La configuración del procurador como «agente privado de notificaciones y de ejecución» 340

4.1. Las Directrices de la CEPEJ sobre el agente de ejecución ... 341

4.2. Las «actuaciones» y «actividades materiales propias del proceso de ejecución» 343

4.3. El ámbito de actuación expresamente sustraído al procurador por la LOPJ 350

4.4. El carácter voluntario, típico, reglado y delegado de las funciones de agente privado de notificaciones y de ejecución ... 352

4.5. La capacidad de certificación y la sustitución entre procuradores. Indelegabilidad de las prerrogativas de servicio público 355

4.6. Régimen de impugnación a instancia de parte. Necesidad de control de oficio exhaustivo 357

5. Los riesgos que amenazan los principios de igualdad de partes, de contradicción y la transparencia del proceso de ejecución 358

6. El procurador y la conciliación privada 360

7. Las mejoras técnicas en relación con el derecho a la asistencia jurídica gratuita..... 362

Conclusiones..... 363

Bibliografía 364

CAPÍTULO 8

EL NUEVO JUICIO VERBAL
MARÍA LUISA VILLAMARÍN LÓPEZ 367

1. Consideraciones generales sobre las reformas del juicio verbal tras la LOEP 368

1.1. La situación del juicio verbal antes de la LOEP..... 368

1.2. La LOEP y su reforma del juicio verbal: fundamento y principales modificaciones 370

2. Ámbito de aplicación del juicio verbal (art. 250 LEC)..... 372

Página

3. El nuevo procedimiento por el que se sustancian los juicios verbales 373

3.1. Actuaciones previas a la demanda 373

3.2. La demanda (art. 437 LEC) 375

3.2.1. Consideraciones generales sobre la demanda . . . 375

3.2.2. Contenido y forma de la demanda 375

3.2.3. Documentos que han de acompañarse a las demandas en el juicio verbal. 379

3.2.4. La postulación en el juicio verbal 382

3.3. Examen y admisión de la demanda 382

3.4. Contestación a la demanda y reconvención (art. 438.1, 2 y 3 LEC) 383

3.5. La nueva fase escrita previa a la vista (art. 438.8, 9 y 10 LEC) 384

3.6. Citación para la vista 392

3.7. La celebración de la vista 392

3.7.1. La forma en que se celebra la vista 392

3.7.2. Finalidades de la vista 394

3.8. Las diligencias finales 398

3.9. Las sentencias dictadas en los juicios verbales 398

3.10. Apelación 404

4. Novedades introducidas por la LOEP en los juicios verbales con especialidades procedimentales 405

4.1. Nuevo requisito de procedibilidad en los procesos de reclamación de devolución de cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor en aplicación de cláusulas abusivas 405

4.2. Las causas de oposición en los procesos de tutela de la posesión (art. 444 LEC) 407

4.3. Tratamiento especial de la cosa juzgada en caso de acumulación de la acción de desahucio o recuperación de fincas y las acciones de reclamación de rentas (art. 447.III LEC) . . . 407

5. Novedades que impone la reforma de la LOEP en los procesos declarativos especiales; en particular, en los procesos matrimoniales 409

Página

5.1. El requisito de procedibilidad en los procesos especiales 409

5.2. La repercusión en los procesos especiales de los cambios en la estructura del juicio verbal 411

6. Valoración final de la reforma del juicio verbal 414

6.1. Valoración global de la reforma del juicio verbal operada por la LOEP 414

6.2. Cuestiones que precisan ser modificadas en la LEC y propuestas para mejorar la regulación del juicio verbal..... 417

Bibliografía
..... 419

CAPÍTULO 9

MODIFICACIONES EN LA EJECUCIÓN CIVIL
CLARA FERNÁNDEZ CARRON 423

1. Cuestiones introductorias 423

2. «Posible» ampliación de las funciones del procurador 425

2.1. Cuestiones generales 425

2.2. Actuaciones materiales concretas 428

2.2.1. Funciones relacionadas con la garantía de la traba 428

2.2.2. Funciones en el marco de la subasta judicial pública 429

2.2.3. Funciones en el marco de la ejecución forzosa de condenas no dinerarias 429

3. Modificaciones relacionadas con los medios adecuados de solución de controversias 432

3.1. Observaciones preliminares 432

3.2. Títulos ejecutivos y documentos que han de acompañarse a la demanda ejecutiva..... 432

3.3. Incidencia de los MASC sobre la ejecución..... 435

3.4. Medidas cautelares 436

4. Títulos ejecutivos 436

5. Ejecución provisional..... 439

Página

6. Ampliación de los supuestos de inaplicación de la regla general de inembargabilidad del Salario Mínimo Interprofesional y de sus escalas 440

7. De los modos de realización de los bienes y derechos embargados 441

7.1. Cuestiones generales 441

7.2. El convenio de realización 442

7.3. La subasta judicial pública 444

7.3.1. Observaciones preliminares 444

7.3.2. Trámites previos a la subasta 445

7.3.3. Desarrollo de la subasta, aprobación del remate, pago por el rematante y adjudicación de los bienes 452

7.3.4. Eventuales incidencias de la subasta 461

Conclusiones 465

Bibliografía 466

CAPÍTULO 10

OTRAS REFORMAS DEL PROCESO CIVIL
ALICIA BERNARDO SAN JOSÉ 469

1. Costas 470

1.1. Las costas del proceso que termina anticipadamente por desaparición sobrevenida del interés 470

1.2. Las costas en caso de intervención no preceptiva de abogado y procurador en litigios de consumo 477

2. Competencia objetiva 478

2.1. La competencia objetiva de los jueces y juezas de paz 479

2.2. La pérdida de la competencia del tribunal civil cuando se produzcan actos de violencia sobre la mujer 481

3. Actos de comunicación 485

3.1. Actos de comunicación con las partes aún no personadas o no representadas por procurador obligadas a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia 485

Página

3.2. Averiguaciones del tribunal sobre el domicilio del demandado 487
3.3. Práctica de actos de comunicación por el procurador 488
4. Forma y contenido de las resoluciones procesales 488
5. Condiciones de los peritos 490
6. Recursos 492
6.1. El depósito para recurrir 492
6.2. La limitación del derecho de disposición de las partes en el recurso de casación 495
7. Abuso del servicio público de justicia 499
7.1. El abuso del servicio público de Justicia como criterio para la imposición y tasación de las costas 503
7.2. El abuso del servicio público de Justicia como criterio para la imposición de multas 504
8. Medidas cautelares y MASC 505
8.1. Medidas cautelares acordadas antes del inicio o durante la tramitación de un MASC 505
8.2. Anotación preventiva de inicio de un medio de solución de controversias, arbitrajes y litigios extranjeros 510
9. El proceso monitorio 512
9.1. La exigencia de acudir con carácter previo a un MASC 512
9.2. La tramitación del juicio verbal derivado de la oposición del deudor 514
Bibliografía 517

IV
MODIFICACIONES EN EL PROCESO PENAL

CAPÍTULO 11

LA BREVE, COMPLICADA Y DESORDENADA, AUNQUE BASTANTE INTERESANTE, INCIDENCIA DE LA LOEP EN EL PROCESO PENAL
PILAR PEITEADO MARISCAL 523
1. La LOEP y el proceso penal 524

Página

2. La competencia de los tribunales penales 525

2.1. La creación de las secciones de violencia contra la infancia y la adolescencia de los tribunales de instancia. ¿Es la especialización un factor de eficiencia? 525

2.2. La competencia de las secciones de violencia sobre la mujer. 529

2.2.1. Las competencias relacionadas con delitos cometidos por un hombre contra la mujer con al que ha tenido o tiene una relación afectiva 530

2.2.2. Las competencias respecto de delitos de violencia sexual 533

2.3. La competencia de las secciones de violencia contra la infancia y la adolescencia de los tribunales de instancia 536

2.4. La concurrencia de las secciones de violencia sobre la mujer con las secciones de instrucción y de violencia contra la infancia y la adolescencia 540

2.5. ¿Modifica la LOEP indirectamente la competencia del Tribunal del Jurado? 544

3. La reforma de la conformidad 547

3.1. Modificaciones relativas a sus presupuestos 550

3.1.1. El límite penológico 550

3.1.2. Los restantes presupuestos 553

3.2. Modificaciones relativas al procedimiento 556

4. La audiencia preliminar 561

4.1. Los sujetos de la audiencia preliminar 562

4.2. Funciones y procedimiento de la audiencia preliminar 563

4.2.1. Depuración de problemas procesales y resolución sobre posibles nulidades por infracción de derechos fundamentales 564

4.2.2. Actuaciones relativas a la prueba 566

4.2.3. Debate sobre la conformidad, posible conformidad y final de la audiencia preliminar 571

5. El comienzo de la fase de ejecución del proceso penal 571

Página

5.1. Decisiones relativas al modo de ejecutarse las condenas impuestas 572
5.2. La liquidación de la condena 576
6. Otras modificaciones introducidas por la LOEP en el proceso penal 579
Bibliografía 582

CAPÍTULO 12

LA «NUEVA REGULACIÓN» DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA
MARIEN AGUILERA MORALES 585

1. La justicia restaurativa antes de la LOEP 585
2. La justicia restaurativa después de la LOEP 589
2.1. El artículo 89.9 LOPJ 589
2.2. La Disposición adicional novena LECrim 590
2.3. El actual diseño legal 592
3. La nueva disposición 593
3.1. Génesis y justificación de la reforma 593
3.2. Los principios de la justicia restaurativa 595
3.2.1. El principio de voluntariedad. La referencia a «las partes» 595
3.2.2. El principio de confidencialidad 597
3.2.3. El principio de oficialidad. En particular, el *quando* de la derivación 598
3.3. Ámbito objetivo y subjetivo 600
3.4. El procedimiento restaurativo 602
3.4.1. La derivación judicial 602
3.4.2. El procedimiento en sí 603
3.4.3. Los servicios restaurativos y el estatuto de los facilitadores 604
3.5. Eficacia procesal 605
3.5.1. Respecto del curso de las actuaciones 605

Página

3.5.2. Respecto del desenlace del proceso. 606
3.5.2.1. Según el tipo de delito 607
3.5.2.2. Según el estado procedimental de la causa 608
3.5.3. Respecto de la ejecución de la pena 609
Conclusiones 609
Bibliografía 610

V
MODIFICACIONES EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO 13

REFORMAS EN LA JURISDICCIÓN Y EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS
PABLO MUYO BUSSAC 615

1. Las tres grandes líneas de la reforma operada por la LOEP y su incidencia en la jurisdicción y el proceso Contencioso-Administrativos 616
2. Reforma orgánica de la jurisdicción Contencioso-Administrativa 618
2.1. Los órganos jurisdiccionales en esta rama de la jurisdicción tras la reforma 618
2.2. Las secciones de lo contencioso-administrativo en los Tribunales de Instancia 619
2.2.1. La circunscripción territorial de estas secciones: secciones provinciales, «infraprovinciales» y «pluriprovinciales» 619
2.2.2. Plazas judiciales especializadas 620
2.2.3. ¿Unipersonalidad funcional relativa en una estructura colegiada? 621
2.3. La sección de lo contencioso-administrativo en el Tribunal Central de Instancia 623
3. La representación voluntaria sindical del afiliado 623

Página

3.1. La representación voluntaria sindical del afiliado: arts. 19.1 y 45.2.e) LRJCA 624

3.2. Naturaleza jurídica: ¿estamos ante un supuesto de legitimación extraordinaria/«indirecta» o un supuesto de representación voluntaria del funcionario? 625

3.3. Presupuestos y requisitos de la representación voluntaria sindical del afiliado 626

3.3.1. Presupuestos y requisitos subjetivos 626

3.3.2. Presupuestos y requisitos objetivos 627

3.4. Poderes y funciones del representante 628

3.4.1. La posibilidad de autorrepresentación impropia del funcionario a través del sindicato 628

3.4.2. Iniciación de proceso y diseño de la estrategia procesal 629

3.4.3. Necesidad de un poder especial para desistir, renunciar o transigir 629

3.5. Efectos sobre el representado de la actuación en el proceso del demandante 629

4. El procedimiento abreviado 630

4.1. El procedimiento-abreviado (art. 78 LRJCA) tras la reforma 630

4.2. Régimen común del procedimiento abreviado 631

4.2.1. Reglas de determinación del procedimiento legalmente adecuado 632

4.2.2. Inicio del proceso mediante demanda 632

4.2.3. Admisión a trámite de la demanda 632

4.3. Procedimiento abreviado «ordinario» oral 633

4.3.1. Actuaciones previas a la celebración de la vista . 633

4.3.2. La vista 633

4.3.3. Crisis procesales y documentación de la vista . . 637

4.4. Procedimiento abreviado sin vista o escrito 637

4.4.1. Solicitud de vista por la parte demandada 638

Página

4.4.2. Contestación a la demanda y tres posibles desenlaces: sentencia, turno de conclusiones escritas, posible convocatoria de oficio de la vista por parte del tribunal 639

5. La resolución autocompositiva de controversias jurídicas en materia administrativa y la evitación del proceso Contencioso-Administrativo 640

5.1. Consideraciones introductorias 640

5.2. La transacción con las Administraciones públicas como forma de solución de controversias fuera y dentro del proceso . . 643

5.2.1. El contrato de transacción y las Administraciones públicas 643

5.2.2. ¿Qué puede ser objeto de transacción? 644

5.2.3. Base normativa común que legitima la actividad negociadora de la Administración 647

5.2.4. Proyectos piloto de mediación administrativa y de mediación intrajudicial 649

5.3. Panorámica de las técnicas de evitación del proceso a través de una solución extrajudicial de la controversia 651

5.3.1. Agotar la vía administrativa previa en los recursos frente a actos expresos o presuntos 652

5.3.2. Reclamación previa potestativa frente a la inactividad de la Administración: incumplimiento de la prestación debida e inejecución de actos firmes (art. 29.2) 653

5.3.3. Requerimiento previo potestativo frente a la vía de hecho 653

5.3.4. Requerimiento previo potestativo en los litigios entre administraciones (art. 44) 654

6. Reflexiones finales: algunas paradojas del eficientismo 654

6.1. ¿Eficiencia para qué? 654

6.2. La unipersonalidad como problema y solución 655

6.3. La oralidad desaparecida y exacerbada 655

Página

6.4. La Administración pública: tercero decisor en controversias privadas y parte negocial en controversias de derecho público 656

Bibliografía 657

VI
MODIFICACIONES EN EL PROCESO SOCIAL

CAPÍTULO 14

REFORMAS DEL PROCESO SOCIAL
JUAN IGNACIO DEL VALLE DE JOZ 663

1. La incidencia de la LOEP en la LRJS 664

2. Modificaciones en relación con las sentencias orales 665

2.1. La regulación anterior de las sentencias orales 665

2.2. El nuevo régimen de las sentencias orales 666

2.2.1. Procedimientos en los que puede dictarse sentencia oral 666

2.2.2. Excepción a la posibilidad de dictar sentencia oral 667

2.2.3. Tiempo para dictar la sentencia oral 668

2.2.4. Requisitos de la sentencia oral 668

2.2.5. Documentación de la sentencia 669

2.2.6. Firmeza de la sentencia y plazo para recurrir, en su caso 669

2.3. Dificultades que puede plantear la sentencia oral 670

2.4. Entrada en vigor 671

3. Modificaciones en relación con la conciliación o mediación previas 671

3.1. Efectos de la solicitud de conciliación o de mediación previa 671

3.2. La interrupción de la prescripción o la suspensión de la caducidad 671

3.3. El reinicio de la prescripción o la reanudación de la caducidad 672

Página

3.4. Entrada en vigor 674

4. La celebración separada de los actos de conciliación y juicio 674

4.1. La separación de los actos de conciliación y juicio 674

4.2. Presupuestos para la celebración separada de los actos de conciliación y juicio 675

4.3. Celebración del acto de conciliación 676

4.4. Acuerdo alcanzado antes del juicio 677

4.5. Conciliación separada sin acuerdo 677

4.6. Celebración posterior del juicio 678

4.7. Entrada en vigor 678

5. Modificaciones en relación con la prueba 679

5.1. Diligencias de preparación de la prueba 679

5.2. El nuevo régimen de aportación de la prueba documental y pericial 679

5.2.1. La fundamentación de la reforma 679

5.2.2. Las nuevas reglas sobre aportación de prueba documental y pericial 682

5.2.3. Cuestiones planteadas sobre aspectos no regulados 684

5.2.4. Preceptos sin modificar 686

5.3. Normas específicas de las modalidades procesales especiales 687

5.3.1. La aportación del expediente administrativo 687

5.3.2. Despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción o derivadas de fuerza mayor 687

5.4. Entrada en vigor 688

6. Modificaciones en relación con los recursos 688

6.1. Supresión de la obligación de acompañar copias del recurso para las partes recurridas 688

6.2. Determinación de la extensión y condiciones extrínsecas de los recursos de casación 688

Página

6.3. El requisito del interés casacional objetivo en el recurso de casación para la unificación de doctrina 689

6.3.1. Nuevo requisito en el recurso de casación para la unificación de doctrina 689

6.3.2. Supuestos de existencia de interés casacional objetivo 691

6.3.3. La apreciación del interés casacional objetivo... 694

6.4. Modificaciones en la tramitación del recurso de casación para la unificación de doctrina 698

6.4.1. En relación con la preparación del recurso 698

6.4.2. En relación con la admisión del recurso 699

6.5. La interposición del recurso en defensa de la legalidad por el Ministerio Fiscal 700

6.6. Revisión de sentencias y laudos arbitrales firmes y proceso de error judicial 703

6.7. Entrada en vigor 703

7. Modificaciones en la ejecución dineraria 704

7.1. En relación con la tercería de dominio 704

7.2. En relación con la realización de los bienes 704

7.3. Entrada en vigor 705

8. Multa por vulneración de la buena fe 705

9. Modificaciones introducidas en el estatuto de los trabajadores 705

9.1. La extinción causal por falta de pago o retrasos continuados en el pago del salario 705

9.2. La calificación de nulidad del despido de las personas trabajadoras que hayan solicitado o estén disfrutando de las adaptaciones de jornada previstas en el artículo 34.8 ET... 707

9.3. Entrada en vigor 708

Bibliografía 708

RROLLO DEL PROCESO. *5.1. Celebración de un MASC durante el proceso a petición de las partes. 5.2. Celebración de un MASC durante el proceso por derivación del juez o del Letrado de la Administración de Justicia.* 6. LOS MASC Y LA CONDENA EN COSTAS. *6.1. La estrecha relación existente entre la exigencia de un MASC previo y la imposición de costas en el proceso. 6.2. La incidencia de la posición mantenida en los MASC en la condena en costas. 6.3. La incidencia de la posición mantenida en los MASC en la tasación de costas y la posible exoneración de su pago.* BIBLIOGRAFÍA.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS, FUNDAMENTO Y FINALIDAD DE LA EXIGENCIA DE INTENTAR UN MASC CON CARÁCTER PREVIO AL INICIO DEL PROCESO

1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS ACTUALES MASC

1.1.1. La conciliación previa al proceso en las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881

La consideración del proceso civil como un mecanismo subsidiario que solo debe ponerse en marcha ante la falta de un acuerdo previo de los interesados que solucione su controversia no es algo nuevo en nuestro ordenamiento procesal. Ya la primera Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1855 (en vigor desde el 1 de enero de 1856) establecía en su art. 18.3.º que a la demanda debía acompañarse *«la certificación del acto de conciliación, o de haberse intentado sin efecto, en los casos en que es requisito indispensable para entrar en el juicio»*. Los litigios que quedaban excluidos de esa necesidad de haber acudido previamente a la conciliación —porque esa era la regla general, como señalaba el artículo 201: *«antes de promoverse un juicio debe intentarse la conciliación ante el Juez de paz competente»*—, eran los juicios verbales, los ejecutivos, los interdictos, los sucesorios (tanto los de sucesión testamentaria como los abintestato), los concursos de acreedores, los de la Hacienda Pública, los que tuvieran por interesados a menores e incapacitados, y los juicios contra ausentes. El art. 202 también excluía las demandas de tanteo, retracto y cualquier otra de carácter urgente o perentorio por su naturaleza. Y por si no hubiera quedado claro hasta ese momento, el art. 203 reiteraba que *«el Juez no admitirá demanda a que no acompañe certificación del acto de conciliación o de haberse intentado sin efecto»*. Ahora bien, si se llegara a admitir la demanda sin haberse realizado la conciliación, las actuaciones practicadas eran válidas y aquella debería celebrarse *a posteriori* (art. 203). Es decir, estaba expresamente prevista la posibilidad de subsanar (lo que no ha hecho la reforma actual que aquí vamos a comentar).

Cuando MANRESA comenta estos preceptos, explica que la conciliación viene ordenada por la ley «con el laudable fin de evitar los pleitos», y la considera como «una conquista de las ideas liberales y filantrópicas». La conciliación había aparecido por vez primera en la Constitución de 1812 (arts. 282 a 284) y estaba estrechamente vinculada a la figura del Juez de paz, que pretendía excluir a los

alcaldes de las funciones judiciales[1]. Se pensaba entonces que la intervención de un tercero —al que se presumía adornado con las virtudes de la prudencia y la justicia— ayudaría a zanjar satisfactoriamente cualquier controversia, haciendo además así innecesario el pleito posterior.

Siguiendo la estela de su predecesora, también la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881 impuso la necesidad de haber intentado un acto de conciliación (regulado en los arts. 460 a 480) para poder admitir la demanda (arts. 462 y 503.3.º). Sin embargo, la experiencia habida en los veinticinco años de vigencia de la LEC de 1855 respecto del acto de conciliación ya revelaba unos resultados muy poco satisfactorios, y había vuelto escépticos a muchos de los que lo habían alabado al instaurarse[2]. Por lo que nos ha transmitido la doctrina acerca de la eficacia del acto de conciliación previsto en la LEC de 1881, la inoperancia de la figura siguió siendo una constante durante los más de cien años en que estuvo en vigor[3]; por eso, la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, decidió convertirla en facultativa —en vez de obligatoria, como hasta entonces—, lo que supuso en la práctica que la conciliación dejara de usarse.

Conviene recordar las palabras con que la Exposición de Motivos de dicha ley —aprobada, por cierto, por un Congreso de los Diputados dominado por el PSOE con 202 escaños— justificó en aquel momento la supresión de la obligatoriedad de la conciliación: se decía que se había decidido *«conferir al acto de conciliación* (...) *un carácter meramente facultativo»* porque *«como demuestra la experiencia, ha dado resultados poco satisfactorios»*.

1. MANRESA y NAVARRO: *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y explicada*, Tomo I, Imprenta de la Revista de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1856, p. 538. Los Jueces de paz debían ser, como expuso Pedro Gómez de la Serna en la Exposición de Motivos de la propia LEC de 1855, jueces de avenencia y no de derecho, elegidos por su moralidad, su espíritu conciliador y su prudencia. Sin embargo, las competencias de los Jueces de paz volvieron tempranamente a los alcaldes, y después fueron ejercidas por los Jueces municipales, por lo que nunca llegó a actuar ese idílico Juez de paz.
2. El propio MANRESA y NAVARRO, otrora gran defensor del acto de conciliación —como hemos reproducido—, al comentar los arts. 460 a 480 de la LEC de 1881, proclama que «a pesar de los principios filosóficos que la aconsejaran, (la conciliación) no ha correspondido en la práctica a las esperanzas que hiciera concebir el establecimiento de esta institución, estando reducida hoy a una mera formalidad previa, y ociosa en muchos casos, intentada por el actor, más que con el objeto de conciliarse, con el de ser admitido a juicio» (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada*, Tomo II, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1883, p. 389). Quizá hubiera convenido que el legislador actual hubiera leído estas sabias palabras de Manresa, que probablemente anuncien lo que también sucederá en 2025 con los recién aprobados MASC.
3. GUASP DELGADO considera que «la observancia práctica de la realidad, tal como de hecho se desenvuelve, confirma esa falta de fundamento teórico, por el escaso resultado que las conciliaciones, en general, arrojan, y que hacen que sólo prosperen en un contadísimo número de casos» (*Derecho Procesal Civil*, 2.ª edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, p. 1192).

1.1.2. La conciliación en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 y en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, y la aparición de la mediación

Convertida en una figura casi testimonial, la Ley 1/2000, de 7 de enero (la vigente LEC) decidió mantener el estatus voluntario de la conciliación e incluso conservó su regulación en la extinta LEC de 1881, *«hasta la entrada en vigor de la regulación de ambas materias en la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria»* (Disposición derogatoria única 2.ª LEC, que mantenía vigente el Título I del Libro II de la anterior LEC, dedicado a la conciliación).

El cuarto hito regulatorio de la conciliación fue, pues, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV), que en sus arts. 139 a 148 procedió a regular la conciliación judicial (que es la que actualmente tiene lugar ante el Juez de Paz o ante el Letrado de la Administración de Justicia de las Secciones de lo Civil o de lo Mercantil del Tribunal de Instancia correspondiente). En ese momento también se extendió la figura del conciliador a los notarios (arts. 81 a 83 de la Ley del Notariado) y a los registradores (art. 103 bis de la Ley Hipotecaria), rompiendo el monopolio judicial existente hasta ese momento en dicha materia. Ahora bien, en todos esos casos, la posibilidad de acudir a la conciliación seguía siendo facultativa para el futuro actor.

Por último, conviene destacar que, unos años antes, se había procedido a regular —a instancias de la Unión Europea— un mecanismo alternativo al jurisdiccional (y a la propia conciliación judicial): la mediación, que dio origen a la actual Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. No entraremos aquí a abordar la diferencia teórica y práctica existente entre mediación y conciliación, pero sí destacaremos un rasgo que caracterizaba a la primera en la regulación originaria de la Ley 5/2012: su carácter voluntario (art. 1: *«...dos o más partes intentan voluntariamente...»* y art. 6.1: *«la mediación es voluntaria»*). Tampoco la mediación ha cuajado en nuestro sistema, ni ha conseguido reducir el volumen de litigación civil[4].

En definitiva, el sistema procesal siempre ha intentado ofrecer alternativas no judiciales al proceso con objeto de evitar su celebración: al principio, y durante siglo y medio, se hizo obligatorio acudir a ellas (en concreto, a la conciliación); pero ante los escasos resultados que se obtenían con su uso, y visto que se habían convertido en una mera formalidad, se convirtieron en facultativas, dejando a la libertad del futuro demandante acudir a ellas o no. Como en seguida veremos, esa voluntariedad en el uso de los MASC es lo que ha modificado la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia

4. Para CARRETERO MORALES, «tras más de diez años desde la entrada en vigor de la Ley 5/2012, se puede constatar en la práctica la escasa operatividad en nuestro país de la mediación, básicamente debida aún al desconocimiento que de dicho mecanismo se sigue teniendo entre muchos operadores jurídicos y en gran parte de la ciudadanía» («El modelo de "obligatoriedad mitigada" de los MASC», *Diario La Ley*, n.º 10256, marzo de 2023, p. 3).

del Servicio Público de Justicia (en adelante LOEP): desde su entrada en vigor, y salvo contadas excepciones, solo se podrá tramitar un juicio ante los tribunales civiles si previamente se ha intentado un MASC.

1.2. FUNDAMENTO Y FINALIDAD DEL MASC CON CARÁCTER PREVIO A LA DEMANDA

Ya hemos señalado cómo MANRESA apuntaba la finalidad última de la conciliación obligatoria: evitar los pleitos. Con un buenismo digno de mejor causa, nuestros antepasados del siglo XIX pensaban que el planteamiento de cualquier controversia ante una persona virtuosa y juiciosa debería naturalmente desembocar en una propuesta razonable formulada por esta que aceptarían ambos interesados, haciendo así innecesaria la celebración de un proceso. Por consiguiente, el fundamento que inspira la exigencia de haber intentado la conciliación antes de presentar una demanda civil resulta también claro: la economía procesal. Si se consigue resolver la controversia gracias a los buenos oficios de un conciliador (o de un mediador, que es su versión moderna), ya no habrá necesidad de acudir a un proceso, y los recursos de la Administración de Justicia se podrán dedicar a tramitar y resolver asuntos más complejos o en los que el conflicto esté más enconado; en definitiva, esa fórmula permitiría ahorrar costes y reducir pleitos.

Esta finalidad es la que expresamente refiere el apartado IV de la Exposición de Motivos de la LOEP (incluso incorporando alguna expresión atribuida a Prougnon[5] y que en el contexto de la reforma resulta un tanto excesiva e incluso sonrojante): *«Dejando clara la indiscutible importancia constitucional del ejercicio de la potestad jurisdiccional por los jueces y tribunales, con la introducción de estos mecanismos, ya consolidados en el derecho comparado, se cumple la máxima de la Ilustración y del proceso codificador: que antes de entrar en el templo de la Justicia, se ha de pasar por el templo de la concordia. En efecto, se trata de potenciar la negociación entre las partes, directamente o ante un tercero neutral, partiendo de la base de que estos medios reducen el conflicto social, evitan la sobrecarga de los tribunales y pueden ser igualmente adecuados para la solución de la inmensa mayoría de las controversias en materia civil y mercantil»*.

5. Así lo indica PICÓ i JUNOY («MASC y costas procesales en el futuro proceso civil: ¿La cuadratura del círculo?», *Diario La Ley*, n.º 9801, Sección Plan de Choque de la Justicia/ Tribuna, 2 de marzo de 2021). La referencia de la cita se halla en el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 22 de julio de 2021 sobre el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del Servicio Público de Justicia, apartado 28: *«Se citan de este modo las palabras del diputado de la Asamblea Constituyente, durante la Revolución Francesa, Louis-Pierre-Joseph Prugnon, que en la sesión de 7 de julio de 1790 declaró: "Rendre la justice n'est que la seconde dette de la société. Empêcher les procès, c'est la première. Il faut que la société dise aux parties: Pour arriver au temple de la justice, passez d'abord par celui de la concorde. J'espère qu'en passant vous transigerez"»*.

Como bien dice el aforismo, cuando un texto comienza con una excusa no solicitada (el reconocimiento de la importancia de la labor de los tribunales), es porque hay un perjuicio inmediato. Y este existe ya desde la propia denominación que se da a estos «mecanismos», a los que se llama «medios *adecuados* de solución de controversias», como si la respuesta jurisdiccional no fuera también adecuada (incluso más aún que aquellos, puesto que responde al uso de un derecho fundamental de los ciudadanos reconocido en el art. 24.1 CE)[6]. Podría haberse usado la expresión mucho más acertada y que había hecho fortuna de «medios alternativos», o incluso la de «medios extrajudiciales»; pero motejar a los MASC de «medios adecuados», supone calificar indirectamente a su alternativa (la vía judicial) como «inadecuada», lo que ya dice mucho de la visión que tiene la reforma del hecho de acudir a los tribunales a impetrar Justicia.

Por otra parte, la LOEP ignora que exigir acudir a un MASC antes de demandar conlleva importantes inconvenientes, como retrasar el inicio del proceso cuando se sabe de antemano que no se llegará a acuerdo alguno, facilitar las maniobras elusivas de un demandado que sabe que la demanda se va a retrasar, descubrir estrategias o datos que evitan el efecto sorpresa que tienen muchas demandas, o conllevar costes añadidos para el demandante (como la necesidad de retribuir al mediador o al abogado negociador, por ejemplo)[7], sin

6. Como señala PÉREZ DAUDÍ: «En relación con el término empleado debo manifestar mi discrepancia ya que el medio de solución de conflictos más adecuado técnicamente es el proceso judicial. La regulación actual es fruto de una evolución histórica que ha ido perfilando los principios procesales y procedimentales que deben regir el proceso judicial como instrumento del derecho a la tutela judicial efectiva. Es evidente que no es el más perfecto, pero técnicamente es el más adecuado porque se ha ido perfilando a lo largo de los siglos y adaptando a las necesidades que planteaba la sociedad en cada momento» («Los MASC y el proceso civil. Propuestas de reforma del Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal», *Diario La Ley*, n.º 10121, septiembre de 2022, p. 3).

7. El informe del Consejo General de la Abogacía Española al Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia, de 12 de febrero de 2021, señala, con mucho acierto, a este respecto, que: «la efectividad de los derechos encuentra su garantía definitiva en la tutela judicial; esta no puede quedar relegada a una suerte de vía subsidiaria o de segundo orden en la defensa que el ciudadano pretende. Al contrario, si queremos que las vías extrajudiciales sean utilizadas, es necesario que las partes confíen en que la administración de justicia está en condiciones de resolver en un período razonable y con un contenido previsible, el conflicto. De lo contario, el recurso a la vía previa será el mecanismo de que se sirva quien no quiere la solución de la controversia, para demorarla. Prueba de ello ha sido la reciente experiencia de la reclamación previa ante las entidades de crédito en materia de cláusulas suelo introducida por el Real Decreto Ley 1/2017. Hay ocasiones en que la vía previa puede entrañar particulares dificultades, es abiertamente inútil o pone en riesgo la tutela que se pretende. Supone una particular dificultad en todos aquellos supuestos de acumulación subjetiva cuando hay varios litigantes en cada posición procesal (...) No debe subestimarse el temor de que el recurso a estos medios alternativos previos pueda comprometer la estrategia procesal en la defensa de los derechos confiados, al anticipar y dar a conocer a la parte contraria datos y argumentos que se preferiría mantener reservados».

que haya incentivos económicos para el acuerdo[8]. Podría entenderse que tales inconvenientes compensan si en un elevado número de casos, los MASC finalizaran en un acuerdo. Pero los hechos revelan que esto no es así, y que las veces en que el MASC alcanza un resultado satisfactorio son muy escasas. Ya sucedía eso, como hemos señalado, durante la vigencia de las dos primeras leyes de enjuiciamiento civil, y lo mismo ocurre en la actualidad. El hecho de que se convierta en obligatorio intentar un MASC no va a cambiar esa circunstancia: mientras no cambie la mentalidad de nuestros ciudadanos, en nuestro país se seguirá prefiriendo un mal pleito a un posible buen acuerdo[9].

Por consiguiente, con la nueva regulación aumentará el número de actuaciones —al ser obligatorios los MASC—, pero no su previsible resultado. Como debemos suponer que el legislador conoce —o debe conocer— esta realidad (esto es, el escaso —y frustrante— uso que se ha hecho de la mediación civil —y aún más de la conciliación— en los últimos años), hay, pues, que aventurar que con esta reforma se busca una finalidad distinta a la de evitar los pleitos en general. Y, en nuestra opinión, esta es la de reducir un *concreto tipo de litigios*: los denominados litigios en masa, es decir, aquellos que afectan a una pluralidad de sujetos (generalmente consumidores y usuarios), que tienen unas características muy similares (el uso de determinadas cláusulas o condiciones generales de la contratación) y que tienen un resultado absolutamente predecible (por existir jurisprudencia favorable al actor, lo que convierte en casi absolutas las expectativas de éxito)[10]. La manera que tiene de hacerlo es poner en relación

8. Como señala LÓPEZ YAGÜES: «imponer, de forma indiscriminada, el uso preceptivo de estas fórmulas —o, cuando menos, su intento— haciendo recaer sobre la ciudadanía y, en particular, sobre un sector de la misma, probablemente mayoritario, que cuenta con recursos económicos limitados, aunque no lo suficiente como para ser beneficiarios de una justicia gratuita, sin acompañar, en compensación a su empleo, beneficios de carácter fiscal u otros que sirvan de paliativo a ese gasto, no parece la mejor estrategia. Obviar la configuración de incentivos reales al uso de la mediación y otros MASC que primen la consecución de acuerdos extrajudiciales, en contraprestación al ahorro que, para el servicio público de justicia, supone canalizar la resolución de las controversias a través de fórmulas negociales es, a nuestro juicio, un claro error» («La eficacia de los MASC como presupuesto de su eficiencia en la gestión de conflictos derivados de incumplimientos contractuales», *Actualidad Civil*, n.º 12, diciembre de 2023).

9. Según el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 22 de julio de 2021 sobre el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del Servicio Público de Justicia, apartado 35: *«El riesgo, con todo, es que la regulación ofrezca resultados poco satisfactorios, como en su día tuvo la conciliación previa prevista en la LEC de 1881, y que el intento de MASC se convierta en un mero trámite burocrático o un formulismo que se absuelve con el único fin de dejar expedito el acceso a la jurisdicción»*.

10. Así se refiere a este punto la Exposición de Motivos: *«Este abuso puede ejemplificarse, por tanto, en la utilización irresponsable del derecho fundamental de acceso a los tribunales recurriendo injustificadamente a la jurisdicción cuando hubiera sido factible y evidente una solución consensuada de la controversia, como son los litigios de cláusulas abusivas ya resueltos en vía judicial con carácter firme y con idéntico supuesto de hecho y fundamento jurídico, o en los casos en que las pretensiones carezcan notoriamente de toda justificación impactando en la sostenibilidad del sistema, del cual quiere hacerse partícipe a la ciudadanía»*.

la conducta seguida con relación al MASC previo con el resultado en materia de costas en el proceso posterior, como en seguida veremos.

Se trataría, pues, de evitar (o reducir) lo que la LOEP denomina «abuso del servicio público de justicia»; o, dicho de otra manera, de hacer la Administración de Justicia una realidad más «sostenible». Esa es la finalidad última de la reforma consistente en volver a hacer obligatorio acudir a un MASC para poder demandar: reducir la actividad de los tribunales, desincentivando pleitos que no deberían haber llegado a juicio por tener la solución «cantada» de antemano. Por eso no se puede desligar esta resucitada exigencia de los MASC como actuación previa y obligada a la demanda, con la nueva normativa sobre costas, según la cual estas no se concederán a aquel que no participó en la actividad previa o quedará exonerado de su pago cuando pudo haber evitado el pleito aceptando la oferta que le propuso el demandado (si esta resulta sustancialmente idéntica a la que le ha otorgado el tribunal).

En definitiva, se impone como obligatorio el haber intentado un MASC no porque se confíe en que así se reducirá una buena parte de los pleitos, sino porque se cree que con ello una buena parte de la litigación en masa desaparecerá. Ahora bien, la pregunta surge de inmediato: si eso es así, ¿por qué no se ha limitado la obligatoriedad del MASC a ese tipo de pleitos, en vez de exigirlos a la mayor parte de los procesos? La respuesta la desconocemos, pero el hecho de que cada vez se muevan más intereses crematísticos y corporativos en torno a la mediación y actuaciones similares, puede permitirnos aventurar los motivos últimos de una decisión tan poco justificada.

Por otra parte, no nos convence la insistencia de la reforma en usar la expresión «servicio público de Justicia», al que pretendidamente se protege con la obligatoriedad de los MASC. Esa denominación oculta que la Justicia es mucho más que un servicio público (no es comparable, por ejemplo, con el transporte público o la limpieza de las ciudades); es un Poder del Estado que actúa como contrapeso de los demás poderes y que se alza como el garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos (art. 53.2 CE).

1.3. LA OBLIGATORIEDAD DE ACUDIR PREVIAMENTE A UN MASC Y EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El hecho de imponer la obligatoriedad de un MASC para poder iniciar la gran mayoría de los procesos civiles podría plantear la duda acerca de si tal exigencia vulnera el art. 24.1 CE con relación al derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de derecho de acceso, al establecerse una condición limitativa a este[11].

11. Sobre este punto, *vid.* PEITEADO MARISCAL, P., «Consideraciones sobre la relación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la mediación obligatoria», *Estudios de Deusto*, vol. 66/2, julio-diciembre 2018, pp. 283-322.

La cuestión ya está resuelta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que en varias sentencias (SSTJUE de 18 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-317/08, C-318/08, C-319/08 y C-320/08, *Alassini*; y de 14 de junio de 2017, asunto C-75/16, *Menini*) ha establecido que no vulnera las normas comunitarias imponer una mediación obligatoria como actuación previa al proceso, dado que no afecta de modo «desmesurado e intolerable» al contenido esencial del derecho de acceso a los tribunales. En el primero de esos asuntos judiciales, una norma italiana imponía una conciliación extrajudicial obligatoria como requisito de admisibilidad de las acciones judiciales relativas a litigios en materia de servicios de comunicaciones electrónicas entre usuarios finales y proveedores. El TJUE consideró conforme a la normativa europea dicha exigencia, por las razones expuestas en el apartado 67 de la citada sentencia de 18 de marzo de 2010: *«los principios de equivalencia y de efectividad y el principio de tutela judicial efectiva tampoco se oponen a una normativa nacional que impone, para tales litigios, la tramitación previa de un procedimiento de conciliación extrajudicial cuando dicho procedimiento no conduce a una decisión vinculante para las partes, no implica un retraso sustancial a efectos de la interposición de un recurso judicial, interrumpe la prescripción de los correspondientes derechos, y no ocasiona gastos u ocasiona gastos escasamente significativos para las partes, y siempre y cuando la vía electrónica no constituya el único medio de acceder a ese procedimiento de conciliación y sea posible adoptar medidas provisionales en aquellos supuestos excepcionales en que la urgencia de la situación lo exija»*.

Son, pues, cuatro las características que tiene que reunir una regulación estatal que impone un MASC previo a la demanda para no vulnerar la normativa comunitaria: 1) que no cierre la posibilidad de un proceso posterior; 2) que no retrase sustancialmente el inicio de dicho proceso; 3) que interrumpa la prescripción o la caducidad de la acción; y 4) que no implique costes o estos sean poco relevantes. La normativa contenida en la LOEP parece que cumple con todas ellas, por lo que sería conforme al art. 24.1 CE y no creemos que prosperara un posible recurso de amparo contra la resolución de inadmisión de una demanda por no haberse intentado un MASC previo [12]. Ahora bien, como ya hemos indicado, que no sea inconstitucional no significa que no conlleve inconvenientes para el actor, siendo los principales el retraso en el inicio del proceso y la pérdida del efecto sorpresa, lo que puede favorecer maniobras del demandado dirigidas a frustrar la posible ejecución de una sentencia condenatoria.

12. Así lo entiende también el Informe del CGPJ ya citado: *«42.- A partir de las consideraciones precedentes, cabe concluir que la regulación proyectada se configura de tal modo que supera el test de proporcionalidad establecido por el TJUE y que puede ser empleado como criterio hermenéutico del alcance del artículo 24 CE en relación con la obligatoriedad del intento de MASC con carácter previo al acceso a la jurisdicción»*.

2. ÁMBITOS OBJETIVO, SUBJETIVO Y PROCEDIMENTAL DE LOS MASC COMO EXIGENCIA PREVIA AL PROCESO

2.1. ÁMBITO OBJETIVO Y SUBJETIVO DE LOS MASC

Como se acaba de señalar, la regla general que se establece en la LOEP es que antes de presentar una demanda de carácter civil o mercantil, se debe haber acudido a uno de los MASC reconocidos por las leyes: *«Las disposiciones de este título son de aplicación a los asuntos civiles y mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos»* (art. 3.1 LOEP). Para definir qué se entiende por conflicto transfronterizo, el art. 3.1. LOEP se remite al art. 3 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación (*«un conflicto es transfronterizo cuando al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto a aquél en que cualquiera de las otras partes a las que afecta estén domiciliadas»*).

El precepto mezcla, pues, la cuestión relativa al tipo de asunto que requiere el uso de un MASC (que se trate de un conflicto donde resulte aplicable el Derecho civil o mercantil) con el del lugar del domicilio de las partes (que podría afectar, en su caso, a la competencia de los tribunales, pero no al uso del MASC). Es decir, aquí lo relevante para saber si hay que intentar un MASC o no es que se trate de un litigio civil o mercantil en que haya que demandar en España, no que una de las partes tenga su domicilio en otro Estado. Si ambas partes tienen su domicilio fuera de España, pero tienen que demandar aquí —porque el fuero de competencia les conduzca a nuestros tribunales—, tendrán que haber intentado un MASC antes de presentar la demanda si quieren que esta resulte admitida (siempre que verse sobre una materia que requiere esa actuación previa, obviamente).

En cualquier caso, quedan fuera de los MASC obligatorios las pretensiones que se insten en los órdenes penal y social, a las que se añaden las relativas al ámbito concursal: *«Quedan excluidos, en todo caso, de lo dispuesto en este título las materias laboral, penal y concursal»* (art. 3.2 LOEP). La Exposición de Motivos de la LOEP justifica cada una de estas exclusiones: respecto del proceso penal, porque en él *«no rige el principio dispositivo, sin perjuicio del derecho de las víctimas a acceder a servicios de justicia restaurativa con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito cuando se cumplan los requisitos establecidos legalmente»*; con relación a los procesos laborales y concursales, porque en su *«normativa reguladora ya se prevén instrumentos en los que se materializan soluciones pactadas acomodadas a la naturaleza y peculiaridades de aquellas materias»*.

Respecto de los pleitos contencioso-administrativos, también quedan excluidos —como se deduce del contenido del art. 2.1 LOEP (*«Quedan excluidos, en todo caso, de lo dispuesto en este título (...) los asuntos de cualquier naturaleza, con independencia del orden jurisdiccional ante el que deban ventilarse, en los que una de las partes sea una entidad perteneciente al sector público»*)—, aunque

se está *«a la espera de la futura regulación de estos mismos medios adecuados de solución de controversias en el ámbito administrativo y en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, lo que requiere de un instrumento legislativo propio y diferenciado»*. Cómo se puedan instaurar los MASC en los procesos contencioso-administrativos cuando se trate de cuestiones que afectan al interés general[13], está por ver; pero la intención del legislador en ese sentido parece bastante clara.

El art. 4.2 LOEP, por su parte, exime del uso de los MASC a *«los conflictos de carácter civil que versen sobre alguna de las materias excluidas de la mediación, conforme a lo dispuesto en el apartado 9 del artículo 89 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial»*. La remisión es confusa y pone de relieve la falta de coordinación que existe en las remisiones internas de la LOEP, porque ese art. 89.9 LOPJ establece que *«en todos estos casos está vedada la utilización de los medios adecuados de solución de controversias»*, lo que significa que: 1) en contra de lo que dice el art. 4.2 LOEP, los casos no se contienen en ese apartado, sino en los apartados 6 y 7 de ese mismo art. 89 LOPJ; y 2) dichos casos no solo están excluidos de «mediación», como dice el art. 4.2 LOEP (que es solo un tipo de MASC), sino del uso de cualquier otro tipo de MASC[14].

Pero, al margen de lo anterior, lo que debe destacarse es que lo que realmente quiere decir el precepto no es que no deba usarse un MASC cuando se insten —en general— algunas de las acciones civiles a que se refiere el art. 89.6 y 7 LOPJ, sino que no se haga cuando estas acciones se presenten ante una Sección de Violencia sobre la Mujer de un Tribunal de Instancia por vincularse a un acto de violencia de género o violencia sexual. Es decir, lo que se excluye del uso previo y preceptivo de los MASC es toda acción civil que se ejercite por razón de su relación con un acto de violencia de género o sexual, acción que por eso se presenta ante las Secciones de Violencia sobre la Mujer de los Tribunales de Instancia.

---

13. Como señala la Exposición de Motivos de la LOEP, *«en efecto, el interés general que subyace en la intervención de todas las entidades del sector público, así como el carácter público de la financiación que soporta su funcionamiento, la sumisión al estricto principio de legalidad por exigencia del artículo 103 de la Constitución y la autotutela declarativa y ejecutiva de los actos administrativos determina la imposibilidad de que los medios adecuados de solución de controversias reciban un tratamiento legislativo asimilable al que se contiene en esta ley para los asuntos civiles y mercantiles»*.

14. Este es un ejemplo más (de los innumerables que hay) de la falta de cuidado con que se ha redactado y tramitado esta LOEP. Lo que decía la LOPJ en su versión anterior a la reforma incluida en la propia LOEP era que *«en todos estos casos está vedada la mediación»* (antiguo art. 87 ter 2 LOPJ). Ahí se hablaba, pues, de mediación, porque aún no existían los MASC y esa era la única actuación posible. Ahora que la LOEP ha introducido los MASC, se ha redactado de nuevo el equivalente al antiguo art. 87 ter 2 LOPJ incluyendo una referencia más amplia (art. 89.9 LOPJ: *«en todos estos casos está vedada la utilización de los medios adecuados de solución de controversias»*). Sin embargo, no se ha cambiado el art. 4.2 LOEP, que sigue haciendo referencia al texto del antiguo art. 87 ter 2 LOPJ, y no al nuevo del art. 89.9 LOPJ.

2.2. ÁMBITO PROCEDIMENTAL DE LOS MASC: PROCESOS INCLUIDOS Y EXCLUIDOS DE SU USO PREVIO

2.2.1. La obligatoriedad del uso de los MASC en los procesos declarativos ordinarios y sus excepciones

Centrándonos, por tanto, en los litigios propios del orden jurisdiccional civil, que son a los que resulta aplicable el Título II de la LOEP, y dejando de lado los casos de ejercicio de acciones civiles vinculadas con la violencia contra la mujer y de carácter sexual, hay algunas materias que quedan fuera del ámbito objetivo de aplicación de dicho Título, es decir, que no requieren haber intentado un MASC antes de presentar la demanda (ni tampoco podrán ser derivadas a los MASC posteriormente por el juez o por el Letrado de la Administración de Justicia, una vez iniciado el proceso). Se trata de aquellas *«materias que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable»*, sin que el precepto especifique nada más al respecto. Habrá, pues, que estar al caso concreto de que se trate, pero parece que excluye todos los asuntos relativos al estado civil, que no son disponibles ni negociables para las partes.

El hecho de que a continuación se indique que, no obstante, cabe llegar a acuerdos sobre *«los efectos y medidas previstos en los artículos 102 y 103 del Código Civil, sin perjuicio de la homologación judicial del acuerdo alcanzado»* (art. 4.1 II LEOP), parece ratificar la tesis de que los procesos excluidos son todos los que afectan al estado civil de las personas, incluidos los matrimoniales, pues los arts. 102 y 103 CC abordan cuestiones relacionadas con *«la demanda de nulidad, separación o divorcio»*. Sin embargo, esa conclusión parece contradecirse con lo que se establece en el art. 5.2 LOEP, que enumera una serie de procesos para los que se excluyen los MASC obligatorios previos, entre los que no se encuentran los matrimoniales, por lo que serían exigibles para esos casos. Posteriormente ahondaremos en esta cuestión.

Lo anterior revela que el problema estriba en la coexistencia de ese párrafo segundo del art. 4.1 LOEP, que tiene un carácter *genérico*, con el precepto siguiente (art. 5 LOEP), donde se exponen (en sus apartados 2 y 3) aquellos procedimientos *concretos* donde no se requiere haber instado un MASC para poder admitir la demanda correspondiente. Si esta última norma indica qué procesos se consideran como de materias no disponibles, allí no encontramos —sorprendentemente— a los matrimoniales.

Analizando el citado art. 5 LOEP, hay que comenzar afirmando que la regla general es que se necesita haber intentado un MASC antes de iniciar cualquier proceso declarativo, ya sea ordinario o especial: *«Se exigirá actividad negociadora previa a la vía jurisdiccional como requisito de procedibilidad en todos los procesos declarativos del libro II y en los procesos especiales del libro IV de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil»* (art. 5.2 LOEP). El precepto habla de «todos» los procesos, por lo que es indiferente el carácter que estos

tengan, la materia sobre la que versen o el tipo de procedimiento por el que se tramiten.

Como ya apuntamos con anterioridad, esta generalización de la exigencia de los MASC a todos los procesos es inédita en nuestro entorno[15], y nos parece desproporcionada e inútil, porque habrá numerosas ocasiones en que, desde el principio, se sepa que el MASC no producirá resultado alguno: pensemos en casos en que se conoce de antemano que el deudor no va a pagar la deuda (ya reclamada en numerosas ocasiones) por más que se le insista (porque carece de medios económicos, por ejemplo); o en pleitos familiares, donde ya se han producido diversas mediaciones de carácter informal; o en tantos otros donde lo que ambas partes quieren —ambas partes, no solo el demandante— es que sea un tribunal quien decida el conflicto que les enfrenta, no un intermediario que intente acercar posiciones. Pero aún son peores aquellos casos donde la existencia de un MASC previo contradice la propia finalidad del proceso al que precede (como sucede con el monitorio) o lo presupone (como en los procesos consensuales de separación y divorcio), y aun así viene exigido su intento por la norma.

Junto a esta regla general que obliga al uso de los MASC, la normativa también contempla algunas excepciones, que se enumeran a continuación. Así, respecto de los procesos declarativos ordinarios que se tramitan por el juicio ordinario por razón de la materia, solo se excluye *«la tutela judicial civil de derechos fundamentales»* (a la que se refiere el art. 249.1.2.º LEC), que englobaría los procesos sobre derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, los que afecten al derecho de asociación y cualquier otro cuya pretensión tenga su núcleo en la vulneración de un derecho fundamental de contenido civil.

Con relación al juicio verbal, se excluyen de los MASC previos únicamente dos tipos de tutelas que se tramitan por esa vía: los interdictos de retener y recobrar (*«la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute»*, a que se refiere el art. 250.1.4.º LEC) y el interdicto de obra ruinosa (*«la pretensión de que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la demolición o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace causar daños a quien demande»*, contemplada en el art. 250.1.6.º LEC). Lo primero que llama la atención es que no se haga referencia a la modalidad especial

15. Así lo indicó el Informe del CGPJ: *«44.- En primer lugar, debe ponerse de manifiesto que la opción del prelegislador de establecer el carácter obligatorio del intento de MASC para todo asunto civil y mercantil (con la excepción de determinadas categorías de supuestos caracterizados, sustancialmente, por el carácter sumario o urgente de la tutela) carece de antecedentes en el ámbito de la Unión Europea. En los distintos países en los que se ha establecido la obligación de intento de MASC se ha optado por un modelo de obligatoriedad mitigada, esto es, la obligatoriedad se ha circunscrito a un conjunto delimitado de materias respecto de las que el legislador ha estimado que por su naturaleza son más idóneas para la conciliación o negociación evitadora del proceso»*.

del interdicto de retener o recobrar relativo a los inmuebles ocupados, que se menciona en el segundo párrafo del art. 250.1.4.º LEC: en nuestra opinión, hay que considerarlo también excluido de la necesidad de un MASC, como se deduce de la propia naturaleza de la controversia existente. Lo segundo que hay que destacar es que no se hayan incluido los demás interdictos (adquirir u obra nueva) en la excepción al uso de los MASC, dado que en esos casos suele existir un punto de urgencia que debería haberse tomado en consideración. Hasta la propia LEC de 1855 establecía que todos los interdictos quedaban exentos del intento de conciliación previa, lo que demuestra que la decisión tomada por la LOEP no parece la más razonable.

Al margen de lo anterior, sorprende en todo caso que no se hayan excluido en bloque de la preceptividad de los MASC todas las pretensiones que se tramitan por el juicio verbal por razón de la materia, puesto que se articulan por ese procedimiento —precisamente por la mayor rapidez que requiere su tutela— procesos tales como desahucios, alimentos, protección de los derechos reales inscritos, rectificación de noticias inexactas, recuperación de bienes comprados a plazos, cesación en defensa de los consumidores, régimen de visitas de los abuelos a sus nietos. El intento de MASC en estos supuestos tiene *a priori* muy pocos visos de prosperar, y solo va a retrasar el inicio del proceso posterior, con los perjuicios que esto supone para el demandante.

Curiosamente, se excluyen de la necesidad de MASC previo las reclamaciones de escasa cuantía que se acogen a la normativa europea aprobada a tal efecto: *«Tampoco será preciso acudir a un medio adecuado de solución de controversias para (...) 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»*. Ello se debe probablemente a que en esa normativa europea no se impone un MASC previo como requisito de procedibilidad; pero precisamente por tal motivo, que se requiera un MASC para solicitar esas mismas cantidades a través de un juicio verbal carece absolutamente de sentido[16].

16. Todas las modificaciones introducidas en el art. 5 LOEP durante la tramitación parlamentaria con relación al texto del Proyecto de Ley se deben a la aceptación de la enmienda n.º 306 del Grupo Parlamentario Socialista, donde estaban incorporadas en bloque: en concreto, se contenía la mención expresa a que se debe acudir a un MASC antes de iniciar un proceso de los Libros II y IV de la LEC, y se añadían casos que quedaban excluidos de la necesidad de MASC (adopción de medidas de apoyo, filiación, cambiario, ejecución, medidas cautelares previas, diligencias preliminares, monitorio europeo, escasa cuantía). Pues bien, cuando se acude a la justificación de la enmienda para intentar descubrir el motivo de esas modificaciones (como, por ejemplo, por qué está el monitorio europeo y el cambiario y no el monitorio nacional), nos encontramos con esta única frase: «Mejora técnica. Clarificar la exigencia del requisito de procedibilidad e introducción de nuevas excepciones». Así es muy difícil llegar a entender el sentido de las normas y buscar una interpretación razonable a cuestiones que, a primera vista, carecen de lógica.

2.2.2. La obligatoriedad del uso de los MASC en los procesos declarativos especiales y sus excepciones. Especial referencia a los procesos matrimoniales y al monitorio

Por lo que se refiere a los procesos especiales del Libro IV, la regulación es ciertamente confusa. Si atendemos a lo dicho en el art. 4.1 II LOEP, que excluye del MASC previo a las pretensiones que versen sobre materias no disponibles, habría que excluir de dicha obligatoriedad a prácticamente todos los procesos regulados en el Título I del Libro IV, al referirse todos ellos al estado civil o a los menores. Sin embargo, el art. 5 LOEP menciona unos procesos sí y otros no, con lo que se genera la duda acerca de si resulta o no necesario intentar un MASC antes de presentar la demanda en aquellas materias que no aparecen expresamente excepcionadas.

Así, el art. 5.2.c), d) y g) excluye las acciones consistentes en *«la adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad»*, lo que entendemos que englobaría todos los procesos contenciosos regulados en el Capítulo II del Título I del Libro IV, incluida la revisión de medidas cuando ha habido oposición (art. 761 LEC) y el internamiento por razón de trastorno psíquico del art. 763 LEC (que, por cierto, era al único al que se hacía referencia en la letra c del texto originario del Proyecto de Ley); las relativas a *«la filiación, paternidad y maternidad»*, que abarcaría todas las acciones contempladas en el Capítulo III del Título I del Libro IV; y *«el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos, la entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de medidas de protección de menores o la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional»*, que se corresponde con el contenido de los arts.778 bis y 778 ter LEC, y con el Capítulo IV bis LEC.

Ahora bien, nada se dice de otros procesos también regulados en el Título I del Libro IV, como todos los procesos matrimoniales regulados en el Capítulo IV (nulidad, separación, divorcio, reclamaciones que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o alimentos relativos a estos, o el reconocimiento de la eficacia civil de resoluciones matrimoniales canónicas) y con otros procesos que afectan a menores contemplados en el Capítulo V (oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, la determinación de la necesidad de asentimiento en la adopción, y la oposición a determinadas resoluciones y actos de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de Registro Civil). El silencio sobre ellos dentro de las materias excluidas del intento de MASC parece que debería interpretarse como que quedan sujetos a la regla general y que, por consiguiente, en todos esos casos resulta necesario haber intentado un MASC antes de poder presentar la demanda. Pero esa conclusión resulta ilógica y no pensamos que deba sostenerse.

En primer lugar, no parece que quepa llegar a acuerdos en algunas de esas materias, que claramente consideramos como indisponibles y donde el acuerdo

de las partes no resulta relevante. Así sucede con la nulidad de un matrimonio, el reconocimiento civil de una sentencia canónica, o los tres procedimientos del Capítulo V del Título I del Libro IV relativos a menores. Por lo tanto, no cabe exigir en esos casos la realización previa de un MASC, y habría que considerarlos excluidos por *mor* del art. 4.1 II LOEP.

En segundo lugar, carece de sentido obligar a que se acredite haber intentado previamente un MASC en un proceso como el consensual de separación y divorcio, que requiere presentar con la solicitud un convenio acordado por ambas partes. Si no hubiera habido negociación previa, no se iniciaría un proceso como el regulado en el art. 777 LEC, por lo que es lógico sostener que queda excluido de la necesidad de MASC previo por la propia naturaleza del procedimiento, bastando con la presentación del convenio regulador para acreditar que se ha cumplido con la actividad negociadora previa.

Pero incluso en los casos de separación y divorcio contencioso o conflictivo (regulados en el art. 770 LEC), pensamos que no se necesita instar un MASC previo antes de demandar. Primero, porque si así fuera, carecería de sentido la referencia que hace el art. 4.1 II LOEP a que sí cabe intentar un MASC con relación a las medidas del art. 103 CC (sobre guarda y custodia de los hijos, uso de la vivienda familiar, contribución a las cargas del matrimonio, entrega de gananciales, etc.), es decir, que no están dentro de la prohibición general de MASC que opera para los procesos en los que se integran (los de separación y divorcio). Además, en muchas ocasiones, ese tipo de demanda viene precedida de unas medidas provisionales (art. 771 LEC), que carece de sentido que exijan un MASC previo por la urgencia que requieren; y, una vez acordadas, lo que procede es interponer la demanda en los treinta días que indica el art. 771.5 LEC, y no intentar entonces —antes de demandar— un MASC que ya no tiene objeto alguno, al haber fijado el Juez las medidas contempladas en el art. 103 CC.

Es decir, que lo que el art. 4.1 II LOEP permite —que no obliga: *«será posible su aplicación»*, dice el precepto— es que puedan ser objeto de mediación o conciliación el contenido de las medidas del art. 103 CC, pero no impone que se intente un MASC antes de solicitar las medidas del art. 771 LEC o de presentar la demanda —conteniendo esa misma petición de medidas— de separación o divorcio del art. 770 LEC[17].

Y lo mismo cabría decir con relación a las acciones dirigidas a reclamar la guarda y custodia de hijos menores o alimentos reclamados por un progenitor

17. En aquellas Comunidades Autónomas que han establecido una mediación familiar, esta se ha configurado siempre como voluntaria. Así sucede, por ejemplo, con la normativa catalana, regulada en la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado.

a otro en nombre de estos: no se exige MASC previo, al tratarse de materias que no están a disposición de las partes (art. 4.1 I LOEP), por más que los progenitores puedan llegar a un acuerdo sobre ellas que haga innecesaria la reclamación judicial.

Al margen de lo anterior, el art. 5.2.b) LOEP también exime de acudir a un MASC previo cuando estemos ante la materia consistente en *«la adopción de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil»*. Este art. 158 CC permite acordar medidas urgentísimas y necesarias para la protección de un menor cuando concurren determinadas situaciones contempladas en el precepto (si no existe esa urgencia, tendrían que pedirse medidas cautelares dentro del proceso, o instar una modificación de medidas, si ya hay sentencia firme). La cuestión es que el procedimiento que debe seguirse en esos casos del art. 158 CC es un expediente de jurisdicción voluntaria, y el art. 5.2.b LOEP) trata de los procesos contenciosos del Libro II y del Libro IV, no de los expedientes de jurisdicción voluntaria, que se abordan en el apartado siguiente (en el art. 5.3 LOEP). Además, con relación a estos últimos, no se requiere haber acudido antes a un MASC, salvo dos excepciones: *«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»*, que no son los propios del art. 158 CC, por lo que no hubiera hecho falta su mención en el art. 5.2 LOEP.

Es cierto que, en algunas ocasiones, el art. 158 CC puede responder a un supuesto particular de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, pero en la mayoría de los casos no sucede así (entre otras cosas, porque puede plantearlo de oficio el propio Juez, o el Ministerio Fiscal, o el propio hijo o cualquier pariente). Por eso no se entiende por qué la exclusión del art. 5.2.b) LOEP no se ha mencionado al tratar la jurisdicción voluntaria, o simplemente por qué se tiene que tratar específicamente, cuando quedaría dentro de la exclusión general de MASC que se aplica a los expedientes de jurisdicción voluntaria.

Por lo que respecta al proceso de división judicial de patrimonios, regulado en el Título II del Libro IV, no está excluido del uso previo de un MASC, por lo que hay que entender que, antes de intentar la partición judicial de la herencia o la liquidación judicial del régimen económico matrimonial, habría que intentar una solución negociada. No parece ilógica esta medida, puesto que se trata de actuaciones que se podrían solucionar por acuerdo de los interesados, quedando la vía judicial como algo subsidiario (art. 789 LEC).

Menos explicable es que se exija un MASC con carácter previo al proceso monitorio, máxime cuando quedan excluidos de dicha obligación tanto el monitorio europeo (*«tampoco será preciso acudir a un medio adecuado de solución de controversias para presentar 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»: art. 5.3 LOEP), como el juicio cambiario (art. 5.2.h LOEP)[18].

El proceso monitorio busca, por sí mismo, la evitación del pleito —al permitir el pago de la cantidad reclamada sin coste adicional, o la creación de un título ejecutivo cuando no hay oposición—, por lo que exigir una previa negociación antes de presentar la solicitud solo servirá para retrasar aún más la presentación de la demanda (primero, porque es necesario intentar un MASC y, después, porque obliga a esperar a ver si el deudor se opone o no al monitorio), sino que también aumentará los costes y, lo que es más grave, puede desactivar al monitorio en cuanto procedimiento sustitutivo del declarativo correspondiente, porque si hay que realizar una negociación previa y esta no llega a producirse por el desinterés del deudor, o se produce, pero en ella se comprueba que el deudor se opone a cualquier acuerdo, no parece que tenga mucho sentido iniciar después un monitorio —con el nuevo retraso que ello supone— cuando ya se sabe de antemano que no va a haber pago o consentimiento tácito, sino oposición. En esos casos, lo lógico es que el acreedor inste directamente el declarativo que corresponda ante el fracaso del MASC, lo que puede suponer que el monitorio desaparezca o quede convertido en un mecanismo residual.

Pero ya no es solo que el legislador no se haya parado a pensar en las consecuencias que, para la propia supervivencia del monitorio, tiene obligar a intentar un MASC con carácter previo a que este se inicie; es que no ha previsto la exclusión del MASC respecto del ordinario que puede seguir al monitorio cuando ha habido oposición del deudor. Es decir, que, cuando la cantidad reclamada en un proceso monitorio está dentro del ámbito del juicio ordinario (porque

18. Comentando el texto del Anteproyecto de Ley, LÓPEZ SÁNCHEZ sostenía que no era necesario intentar un MASC con carácter previo al inicio de un monitorio, porque este no es un verdadero proceso jurisdiccional y porque se tramita ante el Letrado de la Administración de Justicia y no ante el juez: «el requisito de procedibilidad que el art. 1.3 ALMEP no debería exigirse en el proceso monitorio al tratarse de un proceso especial para lograr una tutela privilegiada del crédito y que, por tal motivo, una futura regulación que incluyese aquel requisito de procedibilidad en el proceso civil debería excluir su aplicación de forma expresa para el proceso monitorio. El proceso monitorio constituye una vía jurisdiccional mediante la que se constituye un título ejecutivo equivalente a una sentencia y que deja decidida la situación existente entre acreedor y deudor sin posibilidad de discutir nuevamente sobre la exigibilidad del crédito. Se puede afirmar que presta una tutela declarativa. La petición inicial comporta la material formulación de una pretensión. Ahora bien, el proceso monitorio sólo puede alcanzar su fin en la medida en que no hay controversia sobre la existencia y exigibilidad del crédito reclamado. Carece de sentido, ante la inexistencia de controversia exigir que con carácter previo se acuda a la vía negocial» («El carácter general del requisito de procedibilidad de haber acudido a un medio adecuado de solución de controversias a propósito del proceso monitorio», *Revista General de Derecho Procesal* n.º 55, 2021, p. 67). Compartimos el sentido de estas reflexiones, pero ya no son válidas a la luz del texto de la LOEP, puesto que en él (a diferencia de lo que sucedía en el Anteproyecto) se ha excluido expresamente del uso de los MASC al monitorio europeo y al cambiario, pero no al monitorio nacional, que —absurdamente— exige acreditar haber intentado una negociación previa.

en el caso del verbal hay una continuidad procedimental con el anterior monitorio y no se plantea este problema), y ha habido una oposición, lo que se deduce de la regulación es que debe intentarse un nuevo MASC antes de presentar la demanda, dado que no existe norma que excluya ese supuesto del MASC previo. En nuestra opinión, esa interpretación carece de sentido, y convierte al monitorio en un auténtico vía crucis para el pobre acreedor que se atreva a iniciarlo.

Para sortear esa conclusión tan inaceptable, pensamos que puede sostenerse que, en este caso, resulta de aplicación directa del art. 818.2 II LEC, de manera que el acreedor dispone de un mes de plazo para presentar la demanda —sin necesidad de intentar un nuevo MASC— y, si no lo hace, se procedería al sobreseimiento de las actuaciones y a su condena en las costas del monitorio.

Como ya hemos señalado, la enmienda que excluyó al cambiario de la necesidad de MASC no explica la razón por la que se otorga un tratamiento dispar al proceso monitorio y al juicio cambiario, cuando ambos están construidos de forma similar (usando la técnica monitoria). También se desconoce por qué se exige MASC al monitorio nacional y no al europeo. Esa ausencia de una explicación induce a pensar que no ha habido un criterio claro fundado en un estudio previo que discrimine en qué procedimientos el uso de un MASC puede realmente conducir a un acuerdo, y cuándo no parece que deba imponerse en todo caso. Más bien da la impresión de que la selección tiene su origen en diversas *ocurrencias*, que provocan que se excluyan o incluyan determinados procesos de la exigencia de los MASC por razones que se escapan a nuestro conocimiento, lo que, en definitiva, dice muy poco en favor de la pretendida eficiencia procesal que se pretende conseguir con la reforma.

2.2.3. La no obligatoriedad del uso de los MASC con relación a los procesos de ejecución, actuaciones previas y expedientes judiciales de jurisdicción voluntaria

Al margen de los procesos declarativos (ordinarios o especiales), cualquier justiciable puede acudir a los tribunales bien a preparar el proceso (a través de diligencias preliminares, medidas cautelares previas a la demanda, prueba anticipada o aseguramiento de la prueba), bien a solicitar que se dé cumplimiento a lo previamente declarado (proceso de ejecución).

El art. 5.3 LOEP comienza diciendo que *«no será preciso acudir a un medio adecuado de solución de controversias para la interposición de una demanda ejecutiva»*. Dado que no distingue según que esa demanda ejecutiva provenga de un título ejecutivo judicial (sentencia firme de condena, auto que aprueba una transacción, o resolución procesal ejecutable: art. 517.2.1.º, 3.º, 8.º y 9.º LEC), de un título asimilado al judicial (laudo arbitral o acuerdo derivado de una MASC que conste en escritura pública: art. 517.2.2.º LEC), o de un título extrajudicial (copia de escritura pública, póliza intervenida, títulos o certificados: art.

517.2.4.º a 7.º LEC), hay que entender que en todos esos casos se puede presentar directamente la demanda ejecutiva, sin necesidad de haber intentado previamente un MASC. Por eso resulta curioso que una deuda que consta en un título ejecutivo extrajudicial se pueda reclamar directamente (no ya sin haber intentado antes un MASC, sino ni siquiera un requerimiento previo de pago, puesto que no se ha modificado el art. 581 LEC, que prevé el requerimiento posterior a la demanda ejecutiva), mientras que para reclamar esa misma deuda a través de un monitorio o mediante un ordinario resulte obligatorio acudir a un MASC antes de poder actuar ante los tribunales.

No se dice nada con relación a los incidentes declarativos que pueden suscitarse en un proceso de ejecución (básicamente las tercerías de dominio o de mejor derecho). No estamos en estos casos ante una «demanda ejecutiva» que dé inicio al incidente, puesto que este comienza por demanda ordinaria, por lo que no estarían contenidos en la causa de exclusión mencionada en el art. 5.3 LOEP. Pero tampoco estamos ante uno de *«los procesos declarativos del libro II y en los procesos especiales del libro IV de la Ley 1/2000»*, puesto que las tercerías no se regulan ni en el Libro II ni en el Libro IV de la LEC, sino en el Libro III. El hecho de que la tramitación de ambos incidentes se sustancie *«por los trámites previstos para el juicio verbal»* (art. 599 LEC y en el mismo sentido el art. 617.1 LEC) no los convierte en procesos declarativos del Libro II. Por tanto, hay que entender que las tercerías son meros incidentes de ejecución y, en consecuencia, están excluidas de la obligatoriedad de haber intentado un MASC con carácter previo, al quedar englobadas dentro del proceso de ejecución (que no requiere intento de MASC).

A continuación, el art. 5.3 LOEP señala que tampoco hay que acudir a un MASC para *«la solicitud de medidas cautelares previas a la demanda»*. Esas medidas, dirigidas a asegurar que se podrá llevar a cabo la ejecución de una posible sentencia condenatoria (art. 721.1 LEC), se piden con carácter previo a la demanda cuando concurren *«razones de urgencia o necesidad»* (art. 730.2 I LEC). Es frecuente además solicitar que se acuerden sin oír al demandado, bien por la propia urgencia de la situación, bien porque *«la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar»* (art. 733.2 I LEC). El problema estriba en cómo combinar la exigencia legal de que, en un plazo relativamente corto (20 días), se deba presentar la posterior demanda —si no se quiere que se alcen las medidas cautelares acordadas con carácter previo, y que además se le obligue al actor a pagar costas y los posibles daños y perjuicios—, con la obligación de intentar un MASC en ese breve período de tiempo (un MASC que, precisamente por la necesidad de que produzca resultados casi inmediatos, está condenado al fracaso).

Para abordar esta cuestión, la LOEP ha modificado el citado art. 730.2 LEC, en un intento de dar respuesta a las distintas situaciones que se pueden plantear. En primer lugar, aclara que esa solicitud de medidas cautelares anticipadas

puede tener lugar, lógicamente, cuando aún no existe ningún MASC, o cuando este ya está produciéndose (*«durante su pendencia»*, dice el art. 730.2 III LEC), lo que sucedería si el motivo determinante de la urgencia o necesidad aparece en un momento determinado de la negociación. En segundo lugar, se indica —indirectamente— que el hecho de haber pedido una cautelar anticipada no exime de la obligación de intentar después un MASC respecto de la pretensión del proceso principal. Ahora bien, lo que no se dice es cuándo hay que intentar el MASC, una vez concedida la medida cautelar. Lo lógico es entender que el actor tiene 20 días para iniciar la negociación, so pena de que, si no lo hace, se puedan alzar las medidas cautelares acordadas —se supone que a petición del demandado, porque en ningún momento se impone que se deba notificar al tribunal el inicio del MASC de que se trate—. Esta interpretación se realiza por analogía con lo previsto para los casos —que serán escasísimos— en que no procede intentar un MASC por tratarse de una materia excluida, donde se dice que la demanda debe presentarse en el plazo de 20 días desde que se acordó la medida (art. 730.2 II LEC).

En tercer lugar, el citado precepto regula las diferentes posibilidades que se abren cuando el MASC se cierra con un acuerdo: 1) hay que comunicárselo al tribunal (*«alcanzado el acuerdo éste habrá de ser puesto de manifiesto ante el tribunal»*), porque, al existir una medida acordada, el asunto se ha «judicializado» (aunque no se dice que tenga que haber un auto de homologación del acuerdo, sino que, por el contrario, se da a entender que la comunicación es a los solos efectos de decidir si la medida cautelar ha de continuar o no); 2) en el citado acuerdo las partes deben indicar qué solicitan al tribunal con respecto a las medidas acordadas: si han de mantenerse, alzarse o modificarse (*«en este acuerdo las partes deberán pronunciarse sobre el alzamiento, mantenimiento o modificación de las medidas cautelares adoptadas»*). Si ambas partes quieren el alzamiento, su decisión vincula al tribunal (*«si ambas partes solicitan el alzamiento se ordenará por el letrado o la letrada de la Administración de Justicia»*); en otro caso, decide el tribunal lo que considere pertinente, previa audiencia —se supone que por escrito, siguiendo los trámites de los incidentes— de las partes (*«en otro caso, se dará cuenta al tribunal que, oídas las partes, resolverá lo procedente atendiendo a las circunstancias concurrentes»*).

Por último, el art. 730.2 IV LEC pretende establecer lo que sucede cuando las partes no han llegado a un acuerdo en su intento de solución vía MASC. Y decimos que lo pretende, porque la redacción no puede ser más confusa y desafortunada. Según se deduce literalmente del precepto, *«las partes»* pueden pedir que se alcen las medidas *«en el plazo de veinte días desde la terminación del proceso negociador»*, lo que carece absolutamente de sentido: por un lado, el actor siempre querrá que las medidas permanezcan hasta que se pueda presentar la demanda, por lo que no debería mencionarse en el precepto como promotor de la petición; pero por otro lado, es absurdo que, fracasado el MASC, al día

siguiente el demandado pueda pedir —y obtener— el levantamiento de la cautelar, cuando el demandante apenas ha tenido tiempo de interponer la demanda.

Lo que entendemos que ha querido decir el legislador (y esta es la interpretación teleológica y sistemática que pensamos que debe hacerse del precepto) es que es «a partir del plazo de 20 días» que se menciona —y no «en», es decir, dentro de él—, contado desde que fracasó el MASC (*«desde la terminación del proceso negociador sin acuerdo o desde la fecha de recepción de la propuesta por la parte requerida en caso de que dicha propuesta inicial de acuerdo no obtenga respuesta»*), se puede pedir el alzamiento de la cautelar si antes no se ha presentado la demanda (*«las partes podrán solicitar el alzamiento de las medidas cautelares ante el tribunal competente»*). En definitiva, lo único que cambia de la anterior regulación es que el plazo de 20 días legalmente previsto para presentar la demanda ahora se computa no desde que se acuerda la medida cautelar, sino desde finalizó el MASC, a salvo de lo que indicaremos a continuación[19].

Y es que esta interpretación se ve avalada por lo dispuesto en el art. 7.3 II y III LOEP, que aborda precisamente esta misma cuestión. Comienza señalando que: *«si se hubieran acordado medidas cautelares durante la tramitación del proceso negociador, las partes deberán presentar la demanda ante el mismo tribunal que conoció de aquellas en los veinte días siguientes desde la terminación del proceso negociador sin acuerdo o desde la fecha en que deba entenderse finalizado el proceso de negociación sin acuerdo conforme a esta ley»*. Es decir, que las medidas cautelares no se alzarán hasta que no transcurran esos 20 días y no se haya presentado la correspondiente demanda.

Ahora bien, el precepto añade a continuación: *«si las medidas cautelares se hubieran acordado antes del inicio del proceso negociador, el plazo de veinte días para presentar la demanda se suspenderá y reanudará, respectivamente, en los términos previstos en el apartado 1»*. Una vez más, la regulación del párrafo es muy defectuosa, y genera de nuevo grandes dudas, especialmente por su remisión al apartado 1, que aborda la cuestión relativa a la incidencia de los MASC en la prescripción y la caducidad de la acción que se ejercita[20], algo completamente ajeno al cómputo del plazo para presentar la demanda después de la presentación de una medida cautelar.

Si se interpreta literalmente el art. 7.3 II LOEP, cuando alguien obtiene una medida cautelar previa (que no requiere un MASC previo), tendría, a partir de

19. En este caso además no se le puede echar la culpa de la confusa redacción a la tramitación parlamentaria, porque el párrafo cuarto del art. 730.2 no se ha modificado, mantenido su redacción originaria del Proyecto de Ley.

20. Respecto de los problemas de los MASC a la hora de valorar si se ha interrumpido la prescripción extintiva o se ha suspendido el plazo de caducidad, *vid.* CARRASCO PERERA: «Los medios adecuados de solución de controversias (MASC) en la ley de eficiencia de la Justicia y sus efectos sobre la prescripción civil», *Sección de Publicaciones*, web del Despacho de Abogados Gómez-Acebo & Pombo, on line, 4 de febrero de 2025.

ese momento, 20 días para presentar la demanda; pero como se necesita haber intentado un MASC antes de demandar, entonces debe iniciar este dentro de ese plazo de 20 días, lo que «suspende» el plazo para presentar la demanda hasta que finalice el proceso negociador. Si este acaba sin acuerdo, el plazo debe «reanudarse», lo que da a entender que el cómputo se inicia desde el día último transcurrido (dentro del plazo de 20) inmediatamente anterior al inicio de la negociación. Este planteamiento dificulta mucho las cosas al actor, y además no parece que sea razonable establecer tal disparidad de trato según que la medida cautelar se haya acordado durante el proceso de negociación (donde el plazo de 20 días se cuenta íntegramente) o antes de su inicio (donde quedarían solo los días no transcurridos, de los 20 iniciales). Por lo tanto, una interpretación teleológica y sistemática nos debería llevar a entender que la referencia que hace el párrafo al apartado 1 es para acercar el supuesto al de la prescripción extintiva, que queda «interrumpida» y da lugar al «reinicio» del cómputo. Pero como esto contradice claramente la dicción literal del precepto (que habla de «suspender» y no de interrumpir, y de «reanudar» y no de reiniciar), lo más prudente es presentar la demanda antes de que finalice lo que quede del plazo de veinte días, para evitar que el demandado plantee antes de haber presentado la demanda una solicitud de alzamiento de las medidas cautelares previas que están acordadas.

A diferencia de lo que sucede con las medidas cautelares previas al proceso, la LOEP no menciona nada sobre otras dos actuaciones que también se pueden solicitar con carácter previo a la demanda y que requieren una actuación judicial urgente: la prueba anticipada (art. 293.1 LEC) y el aseguramiento de la prueba (art. 297.1 LEC). Al no haberse reformado estos preceptos, hay que entender que sigue siendo posible solicitar ambas medidas antes de demandar y sin necesidad de haber intentado previamente un MASC. Hay dos razones que avalan esta tesis: primero, que no estamos aún ante un proceso declarativo, sino ante una simple medida precautoria que resulta necesaria para el caso de que aquel llegue a concretarse; y, segundo, porque se trata de un caso análogo al de las medidas cautelares previas, que, como acabamos de ver, están excluidas del intento de MASC.

Precisamente por esa identidad de razón (art. 4.1 CC) que se aprecia entre las medidas cautelares previas y las actuaciones consistentes en la prueba anticipada o el aseguramiento de la prueba, hay que entender que para estas últimas también ha de regir lo previsto para las primeras, a saber: 1) que, aunque se haya acordado la prueba anticipada o el aseguramiento, antes de presentar la demanda hay que intentar un MASC (si la materia no está excluida, evidentemente); y 2) que el plazo de dos meses en que se debe presentar la demanda con relación a la prueba anticipada (art. 295.3 LEC), o de 20 días para la prueba asegurada (art. 297.4 LEC), sirve, por un lado, para fijar los plazos en que se debe iniciar el MASC y, por otro lado, para determinar el cómputo de tiempo a tener en cuenta para presentar la demanda, una vez que haya finalizado —infructuosamente— el MASC.

A diferencia del caso anterior, la LOEP sí menciona las diligencias preliminares para indicar que su solicitud no requiere haber acudido previamente a un MASC. Por lo tanto, si se necesita acceder a alguna información para configurar adecuadamente la demanda, se puede presentar la solicitud correspondiente (art. 256.2 LEC) sin tener que acreditar que previamente se ha intentado un MASC. Lo que de nuevo genera dudas es cómo computar el plazo de un mes que contempla el art. 256.3 LEC: de acuerdo con la regulación existente hasta ahora, si no se presenta la demanda transcurrido un mes desde que se realizó la diligencia preliminar, ni se justifica por qué no se ha hecho, cabe que se pierda la caución prestada por el solicitante. Con la nueva regulación, en ese período de tiempo de un mes habría que acudir al MASC, por lo que es posible que no se pueda presentar la demanda dentro de ese plazo. Por lo tanto, habría que entender que dicho plazo debe computarse a partir de la fecha en que el MASC ha finalizado sin llegar a ningún acuerdo.

La LOEP, en su línea de preterir actuaciones judiciales legalmente previstas, no indica nada acerca de si debe o no intentarse un MASC antes de solicitar la exhibición de pruebas *ante demandam* (art. 283 bis e 1 LEC: *«Las medidas de acceso a fuentes de prueba podrán solicitarse antes de la incoación del proceso»*) en los procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia. Su analogía con la figura de las diligencias preliminares induce a pensar que no es necesario haber instado previamente un MASC en este caso; pero aquí nos encontramos con el problema derivado del plazo de 20 días que el art. 283 bis e) 2 LEC impone para la presentación de la demanda, so pena de tener que pagar las costas y los posibles daños y perjuicios. Al igual de lo que se dijo con relación a casos similares, hay que reinterpretar el precepto y entender que hay un plazo de 20 días para intentar el MASC desde que se termina el acceso a la prueba que se hubiera acordado, y de nuevo hay que considerar esos mismos 20 días para presentar la demanda, un plazo que debería empezar a contarse desde el momento en que el MASC fracasó.

Por último, tampoco se requiere acudir a un MASC para la iniciación 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 (art. 5.3 LOEP). En el texto originario, no había ninguna excepción a la exclusión de los MASC en los expedientes de jurisdicción voluntaria; fue durante la tramitación parlamentaria cuando se incluyeron esos dos casos, probablemente porque en la rúbrica del expediente aparecía la palabra «desacuerdo» (lo que puede hacer pensar que hay que intentar solucionarlo antes de intentar una vía judicial, aunque sea mediante un expediente de jurisdicción voluntaria). Sin embargo, los casos regulados en la Ley de Jurisdicción Voluntaria en que existe un «conflicto» no son únicamente esos dos (también lo hay en el relativo al beneficio de la mayoría de edad, por ejemplo), por lo que no tiene mucho sentido que para estos últimos se exija haber

intentado un MASC y para los otros casos no; con ello se demuestra una vez más la falta de sistemática y el desconocimiento de las instituciones que han demostrado tener los autores de la LOEP.

2.3. UN CASO PARTICULAR DE RECLAMACIÓN PREVIA RELATIVO A CONTRATOS DE CONSUMIDORES

Al margen de lo anteriormente señalado, la LOEP ha individualizado un tipo de pretensión que se debe tramitar a través del juicio verbal, y que requiere una reclamación previa muy específica sin cuyo intento no se puede posteriormente admitir la correspondiente demanda.

Se trata de aquellas pretensiones *«que tengan por objeto las acciones de reclamación de devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor en aplicación de determinadas cláusulas suelo o de cualesquiera otras cláusulas que se consideren abusivas contenidas en contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria»* (art. 439.5 LEC). La norma se integra dentro del Título relativo al juicio verbal porque se trata de una tutela que va por esa vía por razón de la materia, al tratarse de *«demandas en que se ejerciten acciones individuales relativas a condiciones generales de contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia»* (art. 250.1.14.º LEC).

En este caso, se pide al consumidor haber practicado *«una reclamación previa extrajudicial a la persona física o jurídica que realice la actividad de concesión de préstamos o créditos de manera profesional, con el fin de que reconozca expresamente el carácter abusivo de dichas cláusulas, con la consiguiente devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor»* (art. 439.5 LEC). A la demanda se deberá acompañar el documento que justifique la realización de dicha reclamación, so pena de resultar inadmitida.

El concreto procedimiento a través del cual se articula esa reclamación se contiene en el art. 439 bis LEC (en cuya rúbrica, por cierto, se confunde la concesión «profesional» de créditos con la «oficial», que es lo que dice el texto cuando se quiere claramente referir a la primera). Allí se aborda cómo tiene que formularse la reclamación, las conductas posibles del reclamado, la finalización del acto con o sin acuerdo, y la manera en que este se hace efectivo.

Pero lo más interesante es que también se apunta la razón por la que el legislador ha individualizado este concreto tipo de reclamaciones: para reducir el número de litigios existentes en materia de cláusulas abusivas firmadas por consumidores, vinculándolo a la posibilidad que tiene la entidad concedente del préstamo o crédito de pedir la no condena o la exoneración del pago de las costas a que pudiera ser condenada, si acredita que ofreció pagar extrajudicialmente con carácter previo al proceso unas cantidades que resultan ser sustancialmente las mismas a las que después resulta condenada en sentencia (art. 245.5 LEC).

Con ello se pretende que el consumidor —o más bien, su abogado— se piense si compensa iniciar un proceso judicial para alcanzar a la postre la misma cantidad que ya le está ofreciendo la contraparte en las negociaciones previas. Por eso el art. 439 bis VI LEC afirma que *«la posición mantenida por las partes durante esta negociación previa podrá ser valorada en el seno del proceso ulterior, caso de haberlo, a los efectos previstos en el artículo 394 y, en su caso, en los artículos 245 y 247»*.

Como dijimos al inicio de este estudio, la preceptividad de los MASC probablemente solo estaría justificada para este concreto caso contemplado en el art. 439.5 LEC. Sin embargo, el legislador ha decidido generalizar su exigencia e imponerlo en casi todos los procesos, sin que lleguemos a entender qué pretende obtener con ello ni en qué datos se basa para considerar que, en esta ocasión, no va a finalizar, como en las anteriores, en un estrepitoso fracaso.

3. LOS MASC Y EL DEMANDANTE: SU CONSIDERACIÓN COMO REQUISITO (PRESUPUESTO) DE PROCEDIBILIDAD

3.1. ACREDITACIÓN EN LA DEMANDA DE HABER INTENTADO PREVIAMENTE UN MASC

El art. 5.1 LOEP señala que *«en el orden jurisdiccional civil, con carácter general, para que sea admisible la demanda se considerará requisito de procedibilidad acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias de los previstos en el artículo 2»*. El apartado 2 de ese mismo precepto insiste en considerar la *«actividad negociadora previa a la vía jurisdiccional como requisito de procedibilidad»*, y lo mismo se reitera en el art. 14.1 LOEP (*«a los efectos de cumplir el requisito de procedibilidad para la iniciación de la vía jurisdiccional,...»*).

Lo primero que debemos indicar es la imprecisión técnica que supone denominar constantemente «requisito» lo que realmente es un «presupuesto», es decir, una circunstancia (la realización de un MASC) que ha de concurrir previamente para la consecución de un acto posterior (la admisión de la demanda).

Al margen de lo anterior, para acreditar que se ha cumplido dicho presupuesto, el actor debe narrar en el relato de hechos de su demanda los aspectos básicos de esa actividad negociadora. A tal fin, la LOEP ha añadido un segundo párrafo al art. 399.3 LEC del siguiente tenor: *«Así mismo, 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 4.º 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»*.

Esa «manifestación» (aunque más bien el precepto debería haber hablado de «indicación» o «relación») de los documentos que acreditan la existencia de una actividad negociadora previa, debe ir acompañada de su aportación junto con la demanda. A eso hace referencia el nuevo numeral 4.º añadido al art. 264 LEC (que es el que regula los documentos procesales que deben acompañarse a la demanda): *«4.º 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»*. Esta exigencia se relaciona con lo dispuesto en el art. 10.1 LOEP, a cuyo tenor: *«A los efectos de acreditar que se ha intentado una actividad negociadora previa y cumplir el requisito de procedibilidad, dicha actividad negociadora o el intento de la misma deberá ser recogida documentalmente»*.

El art. 264.4.º LEC plantea, pues, una doble modalidad a través de la cual se puede acreditar el cumplimiento del requisito del MASC previo: 1) aportando el documento que acredita el fracaso del MASC intentado (la manera en que se debe confeccionar dicho documento viene regulada en el art. 10.2 y 3 LOEP); o 2) aportando una «declaración responsable», donde se señale que se ha intentado localizar al demandado, pero no ha sido posible, y por eso no se ha llevado a cabo la negociación.

A la vista de esta nueva exigencia legal, pensamos que, por un lado, si el actor considera la realización del MASC como una mera formalidad, lo lógico es que acuda a la forma más rápida y económica de MASC para dar por cumplido el requisito. De todas las opciones previstas en el art. 5.1 II LOEP, la que mejor respondería a esa idea es la de la negociación directa entre las partes o sus abogados, que además podría acreditarse de forma muy sencilla y barata mediante un simple cruce de correos electrónicos que revelen la imposibilidad de llegar a un acuerdo, y que den lugar a un documento posterior que recoja el frustrado intento[21].

El art. 10.4 LOEP regula diversos casos en que se puede considerar intentada una negociación sin haber llegado a acuerdo alguno, entre ellos, el transcurso de 30 días naturales sin respuesta a la solicitud inicial planteada para reunirse, o sin contestar a una propuesta concreta de acuerdo. No obstante, ese tiempo puede incluso reducirse, si las partes comienzan a negociar y desde el

21. En esta misma línea, LORENZO AGUILAR indica que «el criterio elegido para la acreditación de los requisitos de procedibilidad es fácil de salvar», ya que, por ejemplo, con el envío de un burofax por una de las partes a la otra realizando una propuesta negocial, será suficiente para alegar que se ha realizado un intento amistoso de llegar a un acuerdo y presentar la demanda («Análisis global de los medios de solución de controversias en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal», *Práctica de Tribunales*, n.º 153, noviembre de 2021, p. 4).

primer momento constatan que no hay posibilidad de acuerdo (art. 10.4.d LOEP: *«Se entenderá que se ha producido la terminación del proceso sin acuerdo: d) si cualquiera de las partes se dirige por escrito a la otra dando por terminadas las negociaciones, quedando constancia del intento de comunicación de ser esa su voluntad»*).

Por otro lado, la presentación de una «declaración responsable» lógicamente debería ir acompañada de algún tipo de documento que acreditara la imposibilidad de comunicarse con el demandado, lo que no resulta fácil de obtener, salvo que se haya intentado un requerimiento notarial o un burofax (con resultado infructuoso), que harían prueba plena de dicho intento. Ahora bien, el precepto no menciona nada al respecto, por lo que podría ser suficiente con una mera declaración formal del actor para que, al menos *ab initio*, se diera por cumplido el requisito, lo que nos lleva a plantearnos qué sucedería si después el demandado alega en su contestación que no le consta que se le intentara localizar para dar inicio a la negociación. A esto daremos respuesta más adelante.

Hay que señalar que, en el caso de que la demanda se dirija contra varios demandados, deberá acreditarse que se ha intentado negociar con todos y cada uno de ellos (aunque no se haya hecho de forma conjunta).

3.2. PROHIBICIÓN DE APORTAR CON LA DEMANDA DOCUMENTOS RELATIVOS AL MASC PREVIAMENTE INTENTADO

El art. 9.1 LOEP establece que *«el proceso de negociación y la documentación utilizada en el mismo son confidenciales, salvo la información relativa a si las partes acudieron o no al intento de negociación previa y al objeto de la controversia»*. Se impide, pues, a las partes y a sus abogados que usen esos datos y documentos en el proceso posterior (*«ninguno de ellos podrá revelar la información que hubieran podido obtener derivada del proceso de negociación»*).

Lo anterior se concreta en la prohibición legal de que se aporte con la demanda (o la contestación) documentación relativa a la actividad negociadora (*«no podrán declarar o aportar documentación derivada del proceso de negociación o relacionada con el mismo ni ser obligados a ello en un procedimiento judicial o en un arbitraje»*: art. 9.2 LOEP). Para el caso de la oferta vinculante —materia extraordinariamente sensible, porque uno u otro interesado revela hasta dónde estaría dispuesto a ceder para poner fin a la controversia—, el art. 17.4 LOEP señala que, al ejercitar la acción ante el tribunal competente (o, en su caso, la defensa frente a la pretensión), *«basta en este caso acreditar la remisión de la oferta a la otra parte por manifestación expresa en el escrito de demanda o en la contestación a la misma, en su caso, a cuyo documento procesal se ha de acompañar el justificante de haberla enviado y de que la misma ha sido recibida por la parte requerida, sin que pueda hacerse mención a su contenido»*. Cabe destacar cómo

la norma busca que el tribunal no conozca los términos concretos de la oferta, para no condicionar su futura decisión.

En caso de que, contrariando esa exigencia, presentaran tales documentos, habría que solicitar su inadmisión en el momento de proposición de la prueba (*«si se pretendiese por alguna de las partes la aportación como prueba en el proceso de la información confidencial, no será admitida por los tribunales por aplicación de lo dispuesto en el artículo 283.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil»*: art. 9.2 *in fine* LOEP), y su correlativa exclusión del acervo del proceso (*«en caso de que se revele información o se aporte documentación en infracción de lo dispuesto en este artículo, la autoridad judicial la inadmitirá y dispondrá que no se incorpore al expediente, sin perjuicio, además, de la responsabilidad que dicha infracción genere en los términos previstos en el ordenamiento jurídico»*: art. 9.3 LOEP).

No nos resistimos a criticar de este último apartado que se acaba de reproducir dos detalles que demuestran el descuido con que se ha redactado la LOEP: por un lado, que se hable de «expediente», cuando estamos ante un proceso judicial y lo lógico hubiera sido hablar de no incorporación a los autos; y, por otro lado, que se mencionen unas posibles responsabilidades por infringir el deber de confidencialidad, pero sin especificar en qué se concretan estas (es decir, si puede generar una multa por ser un caso de abuso del servicio público de Justicia, si cabe pedir responsabilidad civil por daños, si únicamente ha de tener consecuencias deontológicas para el abogado que las aportó, etc.), ni si deben ser instadas de oficio por el tribunal o solo proceden a instancia de la parte perjudicada (lo que nos parece más razonable).

3.3. INADMISIÓN DE LA DEMANDA POR NO QUEDAR ACREDITADO QUE SE HAYA INTENTADO PREVIAMENTE UN MASC Y POSIBILIDAD DE SUBSANACIÓN

Corresponde al Letrado de la Administración de Justicia examinar si se cumplen los requisitos de admisibilidad de la demanda (art. 404.1 LEC), por lo que él será el primero en apreciar si se ha realizado un MASC con carácter previo o no y, en consecuencia, si se cumple o no ese requisito de procedibilidad a los efectos de admitir la demanda presentada.

Una de las cosas que debería comprobar es si lo que se negoció se corresponde con lo que ahora se reclama, lo que puede no resultarle sencillo si lo que se acompaña a la demanda es únicamente la declaración de haberse intentado un acuerdo sin resultado satisfactorio. Es cierto que el art. 10.2 LOEP señala que en dicho documento, que ha de ser firmado por ambas partes, debe contenerse *«la identidad de las mismas y, en su caso, de las personas profesionales o expertas que hayan participado asesorándolas, la fecha, el objeto de la controversia, la fecha de la reunión o reuniones mantenidas, en su caso, y la declaración res-*

ponsable de que las dos partes han intervenido de buena fe en el proceso»; pero a lo mejor no se especifica con detalle los términos de lo discutido, o se añaden pretensiones que no se incluyeron en la negociación, lo que puede dificultar la labor del Letrado de la Administración de Justicia.

Como el art. 5.1 LOEP exige que *«para entender cumplido este requisito habrá de existir una identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio, aun cuando las pretensiones que pudieran ejercitarse, en su caso, en vía judicial sobre dicho objeto pudieran variar»*, si el Letrado de la Administración de Justicia tuviera dudas sobre esa sustancial identidad entre lo negociado y lo reclamado, podría pedir al actor que complete la información suministrada antes de decidir sobre la admisión de la demanda (art. 404.2.2 LEC).

Para el caso de que considerara que no se cumple el requisito de procedibilidad, el art. 404.2.2 LEC le impone que dé cuenta al juez, para que este decida sobre la admisión. El art. 403.2 (modificado por la LOEP) prevé —con una redacción muy rebuscada, todo hay que decirlo— como causa específica de inadmisión de la demanda la no aportación de los documentos que acreditan el haber intentado la negociación previa (*«no se admitirán las demandas cuando no se acompañen a ella los documentos que la ley expresamente exija para la admisión de aquellas, cuando no se hagan constar las circunstancias a las que se refiere el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 399 en los casos en que se haya acudido a un medio adecuado de solución de controversias por exigirlo la ley como requisito de procedibilidad (...)»*). Evidentemente, el auto de inadmisión de la demanda por esa causa podría ser recurrido en apelación por el actor, al tratarse de una resolución definitiva (art. 455.1 LEC).

Otra cuestión que revela la falta de cuidado del legislador en la regulación de los MASC es el silencio legal existente en torno a la posibilidad de subsanar su ausencia, sobre la base del art. 231 LEC[22]. El Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto ya solicitó una regulación sobre este punto[23]; una sugerencia que, como se ve, ha sido completamente ignorada. La doctrina del Tribunal Constitucional, en casos similares, se ha mostrado partidaria de la subsanación, como revela la STC 69/1997, de 8 de abril, FJ 6: *«De lo anterior se infiere que el plazo habilitado para la subsanación no lo es tan solo para la simple acreditación formal*

22. A favor de permitir la subsanación se manifiesta MORENO GARCÍA: «Los MASC como requisito de procedibilidad en el proceso civil: ¿una futura medida de eficiencia procesal?», en *La eficiencia de la justicia a debate*, coord. por ALBA CLADERA, F., JIMÉNEZ CONDE, F., y LÓPEZ SIMÓ, F. (dir), 2023, p. 142.

23. *«58.- Más allá del análisis del requisito de procedibilidad desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE) que se ha planteado más arriba, la regulación proyectada suscita dos cuestiones de calado: por un lado, la identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio, y, por otro lado, la posible subsanación del defecto de intento de negociación (...) 61.- A la vista de la anterior doctrina constitucional, el prelegislador debería plantearse la necesidad de introducir una específica regulación de la subsanación del defecto de intento de MASC con el fin de preservar el derecho a la tutela judicial efectiva».*

de que temporáneamente fue cumplido el requisito procesal exigible, sino también para la realización en dicho plazo del acto omitido o la rectificación del defectuosamente practicado. En este orden de cosas, la doctrina constitucional ha reconocido la subsanabilidad material y no meramente formal de requisitos procesales a los que el legislador ha configurado como previos al proceso, y en tal sentido la STC 76/1996, en su fundamento jurídico 6.º, ha declarado subsanable de tal forma la omisión de la comunicación previa, [...]. De igual modo, la subsanabilidad ex post ha sido declarada por este Tribunal respecto a un requisito del proceso laboral que guarda semejanza con el ahora debatido, cual es la reclamación previa en la vía administrativa cuando se demanda a Entes públicos (SSTC 11/1988, 65/1993 y 120/1993)».

A la vista de esa doctrina, si el actor se encontrara en una situación de urgencia y decidiera presentar la demanda sin haber intentado el MASC previo, podría razonablemente esperar que el Letrado de la Administración de Justicia, antes de dar cuenta al Juez instando la inadmisión, le otorgara un plazo razonable (art. 404.2.2 LEC) para iniciar uno de los MASC legalmente previstos (quizá de diez días, que suele ser el período habitual cuando se trata de subsanaciones), quedando mientras tanto la admisión de la demanda en suspenso[24]. Si, en ese mismo caso, el Letrado de la Administración de Justicia admitiera la demanda sin haberse intentado un MASC previo —bien por error, bien porque considere que no es necesario en ese proceso en concreto—, siempre podrá el demandado presentar una excepción procesal basada en dicha ausencia, debiendo también el Juez dar en la audiencia previa la oportunidad de subsanar el defecto antes de sobreseer el proceso.

3.4. VALIDEZ TEMPORAL DEL MASC INTENTADO

Según lo dispuesto en el art. 7.3 LOEP, *«en el caso de que la solicitud inicial de negociación no tenga respuesta o bien de que el proceso negociador finalice sin acuerdo, las partes deberán formular la demanda dentro del plazo de un año a contar, respectivamente, desde la fecha de recepción de la solicitud de negociación por la parte a la que se haya dirigido la misma o, en su caso, desde la fecha de terminación del proceso de negociación sin acuerdo, para que pueda entenderse*

24. PÉREZ DAUDÍ considera que, si no se permitiera esa subsanación, el precepto sería inconstitucional, porque implicaría una vulneración del derecho de acceso a los tribunales: «Si se mantiene la redacción actual ésta resultaría inconstitucional porque impediría el acceso a la jurisdicción, sin permitir subsanar el defecto procesal. Tal como he expuesto así se ha pronunciado el TC de forma reiterada 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» («Los MASC y el proceso civil...», op. cit., pp, 7).

cumplido el requisito de procedibilidad». Lo primero que sorprende de esta norma es que dé por sentado que la actuación previa realizada puede servir indistintamente para cualquiera de ambas partes, cuando se supone que lo que se ha negociado es únicamente la reclamación que una tiene contra la otra (y sin embargo, el precepto habla de que «las partes deben formular la demanda», cuando lo lógico es que se refiriera exclusivamente al futuro demandante).

Lo segundo que debe comentarse es que esta necesidad de reintentar la actividad negociadora simplemente porque en un año no se ha llegado a presentar la demanda, no parece que responda a ninguna lógica, puesto que nada conduce a pensar que en ese momento concreto exista una nueva posibilidad de llegar a un acuerdo —que, por otra parte, siempre se podría haber concertado a lo largo del año transcurrido—. Por lo tanto, esa prescripción solo puede explicarse por la obsesión que destila el texto de intentar una y otra vez el acuerdo, por más que no haya indicios de que este pueda llegar a concretarse.

4. LOS MASC Y EL DEMANDADO: ALLANAMIENTO INICIAL A LA DEMANDA E IMPUGNACIÓN DE LA AUSENCIA O INSUFICIENCIA DEL INTENTO DE MASC

4.1. EL ALLANAMIENTO INICIAL DEL DEMANDADO ANTE LA DEMANDA

Admitida la demanda y notificado el demandado, este siempre tiene la posibilidad de aprovechar su primer acto procesal para allanarse (total o parcialmente) a la demanda presentada contra él. Conforme a la regulación original del art. 395 LEC, esa actuación le podría suponer una indudable ventaja, dado que, al evitar con su allanamiento todo el desarrollo del proceso, la norma le premiaba con la no imposición de las costas generada hasta entonces. La única excepción era que el demandado hubiera actuado con mala fe; y un supuesto de mala fe era precisamente que se le hubiera hecho con anterioridad a la demanda un *«requerimiento fehaciente y justificado de pago, o se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él solicitud de conciliación»*.

La LOEP ha modificado el art. 395 LEC en un doble aspecto: por un lado, se modifica el párrafo segundo del apartado 1 para aclarar que el requerimiento puede afectar a cualquier obligación, y no solo a las que consisten en un pago; y, por otro lado, se amplía el ofrecimiento de acuerdo a todos los MASC (*«Se entenderá que existe mala fe a estos efectos cuando, antes de presentada la demanda, se hubiese requerido al demandado para el cumplimiento de la obligación de forma fehaciente y justificada, o cuando hubiese rechazado el acuerdo ofrecido o la participación en un medio adecuado de solución de controversias»*).

Dado que haber intentado un MASC es un presupuesto necesario para la admisión de la demanda, el requerimiento como enervador de la no imposición de las costas solo resultaría aplicable a aquellos pocos procedimientos en que

ARANZADI DERECHO PROCESAL

La Ley Orgánica 1/2025 aspira a producir unos cambios muy importantes en nuestra justicia, que aspiran a hacerla más eficiente. La más visible, sin duda, es la imposición del intento de una negociación a través de un «medio adecuado de solución de controversias» como requisito ineludible para poder acudir a los tribunales en la gran mayoría de los asuntos civiles y mercantiles. Junto a ella se promueve un cambio profundo de nuestra organización judicial, a través de la creación y la puesta en funcionamiento de los Tribunales de Instancia, cuyas Secciones agruparán, en sus plazas judiciales, a quienes hasta ahora eran titulares de los diversos juzgados unipersonales, que se suprimen. Pero no son, ni mucho menos, los únicos cambios: los procesos civiles, penales, contencioso-administrativos y sociales han sido objeto de importantes reformas, cuyo alcance no siempre ha quedado bien definido en el texto legal.

Esta obra ofrece al lector un estudio exhaustivo y minucioso de los cambios, más allá de los comentarios de urgencia que han proliferado hasta ahora. No se trata de enumerar las reformas, sin más, ni de hacer comparaciones entre la situación previa y la vigente. De forma diversa, se ha buscado explicar de forma coherente y completa las instituciones afectadas por los cambios legales, de modo que al lector le baste acudir a sus páginas para manejarse de forma segura en el nuevo marco normativo (por ejemplo, la interrelación entre MASC y proceso civil, la nueva configuración del juicio verbal civil, del procedimiento abreviado contencioso-administrativo o de la audiencia preliminar del procedimiento abreviado penal). Profesionales y académicos hallarán en estas páginas cumplida respuesta a todas las dudas –y son muchas– que suscita la reforma.

ISBN: 978-84-1085-109-2