

# 16.

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE JULIO DE 2009

### Carácter facultativo de la asistencia del procurador en la audiencia previa del juicio ordinario

Comentario a cargo de:

JESÚS MARÍA GONZÁLEZ GARCÍA

*Profesor Titular de Derecho procesal*

*(Universidad Complutense de Madrid)*

*Letrado del Gabinete Técnico del Consejo General del Poder Judicial*

#### SENTENCIA DE 23 DE JULIO DE 2007

*Ponente: Excmo. Sr. Don Jesús Corbal Fernández*

**Asunto:** Se sienta doctrina sobre si es preceptivo o facultativo que las partes asistan con procurador a la audiencia previa del juicio ordinario.

La decisión del Tribunal Supremo se basa en la interpretación del art. 414.2 de la LEC, donde se establece qué sujetos han de intervenir en este momento del proceso. En su apartado primero, el precepto dispone que las partes comparezcan en la audiencia previa del juicio ordinario asistidas de abogado, pero nada dice sobre la necesidad del procurador. No obstante, el apartado segundo del art. 414.2 de la LEC establece que, al efecto del intento de arreglo o transacción, “*cuando las partes no concurran personalmente sino a través de su procurador*”, han de otorgar a éste poder para renunciar, allanarse o transigir. Si no concurrieran personalmente ni otorgaren aquel poder, se las tendrá por no comparecidas en la audiencia.

El Tribunal Supremo impone como doctrina jurisprudencial, tras la aplicación de los criterios hermenéuticos generales del Código civil, que la representación por procurador en la audiencia previa del juicio ordinario es facultativa, como especialidad al carácter necesario de la representación del procurador, regla general establecida en el art. 23 de la LEC.

# **Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2009**

## **Carácter facultativo de la asistencia del procurador en la audiencia previa del juicio ordinario**

JESÚS MARÍA GONZÁLEZ GARCÍA  
*Profesor Titular de Derecho procesal  
(Universidad Complutense de Madrid)*

*Letrado del Gabinete Técnico del Consejo General del Poder Judicial*

### **Resumen de los hechos**

La cuestión debatida es si es preceptivo que las partes acudan a la audiencia previa del juicio ordinario representadas por procurador, o si la representación del procurador en esta fase del proceso es facultativa.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2009 resuelve un recurso extraordinario por infracción procesal promovido por una persona jurídica que, como demandada, fue tenida por no comparecida en la audiencia previa al juicio ordinario al no acudir representada por procurador al acto, pese a estar personada en forma en el proceso, con las consecuencias que la legislación procesal anuda a esta decisión. El juzgado de primera instancia entendió que la asistencia del procurador era preceptiva, en interpretación sistemática de los arts. 414.2 y 23 de la LEC, decisión recurrida en reposición sin éxito. La impugnación sería reproducida ulteriormente en el recurso de apelación contra la sentencia definitiva (de fecha 13 de septiembre de 2002), pero la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 26 de julio de 2004, desestimó el recurso y confirmó la sentencia recurrida con imposición de costas a la apelante, sin que conste en la sentencia objeto de comentario dato alguno sobre la *ratio decidendi* de la sentencia.

Por la demandada y apelante se promovió recurso extraordinario por infracción procesal contra la sentencia de apelación, por infracción de los arts. 414 y siguientes de la LEC y el art. 24 de la Constitución, toda vez que, al no poder intervenir en la audiencia previa, no pudo practicar la prueba que convenía a su derecho, lo que, su juicio, era contrario a la tutela efectiva de los tribunales. Los motivos invocados en el recurso son los establecidos en los ordinales 2º (infracción de las normas reguladoras de la sentencia), 3º (infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión) y 4º

(vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución) del art. 469 de la LEC. El texto de la sentencia no entra en el primero de los motivos enumerados.

La decisión del Tribunal Supremo se basa en la exégesis del art. 414.2 de la LEC, que es el que regula qué sujetos deben intervenir en la audiencia previa al acto del juicio ordinario. El precepto, en su apartado primero, dispone que las partes han de comparecer en la audiencia asistidas de abogado, pero nada dice acerca de la necesidad de asistencia del procurador, en su condición de representante técnico de las partes. De otro modo, el apartado segundo del art. 414.2 de la LEC establece que, al efecto del intento de arreglo o transacción, cuando las partes no concurran personalmente sino a través de su procurador, han de otorgar a éste poder para renunciar, allanarse o transigir. Si no concurrieran personalmente ni otorgaren aquel poder, se las tendrá por no comparecidas en la audiencia.

Aunque la redacción del precepto podría dar lugar a interpretaciones diferentes, el Tribunal Supremo impone como doctrina jurisprudencial, tras la aplicación de los criterios hermenéuticos generales del Código civil, que la representación por procurador en la audiencia previa del juicio ordinario es potestativa, como especialidad a la regla general –establecida en el art. 23 de la LEC– de carácter necesario de la asistencia de abogado y representación del procurador.

La estimación del recurso tiene como consecuencia la revocación de la providencia que tuvo por no comparecida a la demandada, con declaración de la nulidad de las actuaciones posteriores, y retroacción de los autos a ese momento procesal. Si bien, en virtud del principio de conservación de los actos (conforme lo dispuesto en los arts. 230.1 de la LEC y 243.1 de la LOPJ), se deja al buen criterio del tribunal declarar válidos los posteriores no afectados que no sean consecuencia, o que sean independientes, de la providencia declarada nula: expresamente, se declaran válidas las pruebas practicadas en el juicio a instancias de la actora, de manera tal que el acto del juicio de limitará a la práctica de los medios de prueba de cuya práctica se vio privada la demandada en la primera instancia.

## COMENTARIO

**Sumario:** 1. Una cuestión previa: recurso extraordinario por infracción procesal y necesidad de unificación de doctrina en materia procesal. 2. El régimen general de representación técnica en el proceso civil: 2.1. Cuestiones generales; 2.2. Especialidades a la regla general de representación por procurador en el proceso civil. 3. Carácter obligatorio o potestativo de la asistencia del procurador en la audiencia previa del juicio ordinario: 3.1. Las diferentes opciones interpretativas del art. 414.2 de la LEC; 3.2. El camino hacia la audiencia previa del juicio ordinario: la comparecencia preparatoria del juicio de menor cuantía; 3.3. Finalidad de la audiencia previa y su incidencia en la necesidad de presencia de las partes; 3.4. Posición de la doctrina y de la jurisprudencia. 4. Los razonamientos de la sentencia: 4.1. Sobre la interpretación del art. 414.2, II de la LEC; 4.2. Sobre los efectos de la declaración de nulidad de ac-

tuaciones. **5. Dos cuestiones de interés sobre el Art. 414.2 de la LEC que no son objeto de la sentencia: subsanabilidad del defecto y clase de poder de representación.** **6. Bibliografía.**

## **1. Una cuestión previa: recurso extraordinario por infracción procesal y necesidad de unificación de doctrina en materia procesal**

La STS 23/07/2009 es, salvo error u omisión, la primera sentencia plenaria de la Sala primera del Tribunal Supremo que resuelve un recurso extraordinario por infracción procesal en exclusiva (esto es, no acumulado a un recurso de casación). Esta circunstancia sería probablemente anecdótica de no tomarse en consideración, de un lado, el propósito buscado por la Sala primera del Tribunal Supremo a través de sus “sentencias plenas” –que no es otro que la unificación de doctrina legal en asuntos controvertidos o con jurisprudencia contradictoria–, y, de otro, las dificultades que en el momento presente se plantean para la conformación de un cuerpo de doctrina jurisprudencial estable y único en materia procesal civil. Sólo por ello ya, debe ser destacada esta sentencia, con independencia de la valoración que puedan merecer su fallo y sus fundamentos jurídicos, en un terreno tan necesitado de interpretación uniforme como es el que concierne a la aplicación de la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil.

El asunto no está exento de importancia: *rectius*, el asunto es de importancia capital, en la medida en que se quiera dotar al proceso civil de la uniformidad interpretativa deseable en un terreno en el que la seguridad jurídica incide tan directamente en los derechos subjetivos como es el del proceso. Si así lo afirmamos, aun siendo un hecho notorio (y aun constituyendo un *obiter dictum* con respecto al objeto principal del presente comentario), es precisamente porque el estado de la cuestión no es precisamente, en este campo, favorable al optimismo. La formación de la jurisprudencia procesal civil carece en la actualidad de instrumentos que garanticen su uniformidad, por la sencilla razón de que el órgano al que debería corresponderle el ejercicio de esa función uniformadora –que no es otro que la Sala primera del Tribunal Supremo– accede hoy con grandes dificultades a las funciones que, como órgano superior en el orden jurisdiccional civil, se le encomiendan por las leyes.

La situación es fruto de un encadenamiento de circunstancias, más o menos deliberadas, más o menos afortunadas. Tradicionalmente (desde la creación del Tribunal Supremo y así reconocido desde la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855) la unificación de doctrina jurisprudencial en materia del proceso civil correspondía a la Sala primera del Tribunal Supremo, a través del recurso de casación por quebrantamiento de forma, regulado, con anterioridad a la Ley 34/1984, de 6 de agosto, en el art. 1691 de la LEC de 1881. El recurso de casación por quebrantamiento de forma contra las sentencias dictadas por las Au-

diencias era el cauce idóneo para someter a control de legalidad el juicio *in procedendo* de los tribunales de instancia, y garantizaba, si bien dentro de los límites objetivos propios de un recurso extraordinario como es el recurso de casación (cuya procedencia dependía y depende de que la demanda supere una cuantía mínima), la creación de un cuerpo de doctrina legal que brindaba a los órganos jurisdiccionales del orden civil y los litigantes pautas uniformes de interpretación y aplicación de las normas procesales.

La reforma urgente operada en la LEC de 1881 por la *Novela 34/1984*, concentró los motivos de casación por quebrantamiento de forma y por infracción de ley en un único precepto (el derogado art. 1692 de la LEC de 1881), pero *grosso modo* mantuvo, reformas técnicas aparte y al margen de las específicas críticas que la nueva redacción de los motivos de casación mereció, la dualidad de campos sobre los que se proyectaba la función nomofiláctica del Tribunal Supremo, en materia civil sustantiva y procesal. De este modo, de los cinco motivos de casación integrados ordinalmente en dicho precepto —que pasarían a ser cuatro tras la desaparición del motivo 4º (“*Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios*”), en virtud de la reforma ulterior del precepto por la Ley 10/1992, de 30 de abril, *de medidas urgentes de la reforma procesal*— los tres primeros (abuso exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción, incompetencia o inadecuación de procedimiento y quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las normas que rigen los actos y garantías procesales), pertenecían al terreno del quebrantamiento de forma, mientras que el último de los ordinales del precepto abarcaba el ámbito de la infracción de ley o control de vicios *in iudicando*.

Diferentes factores incidieron en el cambio del modelo en la vigente LEC de 2000, con respecto al sistema tradicional. En primer lugar, la necesidad de devolver al recurso de casación a su misión original de supremo intérprete del derecho sustantivo, detrayendo de su ámbito de competencia el control de errores *in procedendo*. En segundo lugar, la necesidad de reducir la carga de trabajo de la Sala primera del Tribunal Supremo, cuya tasa de litigiosidad era ya entonces, a finales de la década anterior, muy elevada. En tercer y último término, el reconocimiento de que un elevado porcentaje de recursos de casación por vicios procesales se basaban, en último término, en la vulneración del derecho a la tutela judicial, de suerte tal que la última voz doctrinal en la tutela de las normas procesales correspondía, no al Tribunal Supremo, sino al Tribunal Constitucional. El juego de los factores anteriores, al que se añadió la voluntad de dotar de mayor contenido competencial en materia civil a los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, dio pie al diseño de un nuevo modelo de control casacional, que se reducía estrictamente a la protección del *ius constitutionis* sobre el derecho privado material, pero del que se extraía el control de la aplicación de las normas procesales: para esto segundo se

creaba un nuevo recurso extraordinario —el recurso extraordinario por infracción procesal (regulado en los arts. 468 y siguientes de la LEC de 2000)—, cuyo conocimiento se encomendaría a la Sala de lo civil y penal de los Tribunales Superiores de Justicia, como forma de agotamiento de la vía procesal antes de acudir al amparo constitucional por vulneración del art. 24 de nuestra Carta magna, pero sin necesidad de pasar por el escalón jurisdiccional previo ante la Sala primera del Tribunal Supremo. Este nuevo recurso no estaba sujeto a límites de cuantía, y a él se asociaba la creación de un recurso extraordinario de casación en interés de ley (arts. 490 a 493 de la LEC), para cuyo conocimiento sería competente el Tribunal Supremo, con legitimación activa restringida y sin incidencia en la cosa juzgada, como forma de garantía de la unificación de doctrina legal procesal, en casos de jurisprudencia discrepante de los Tribunales Superiores de Justicia en recursos extraordinarios por infracción procesal.

El sistema que a grandes rasgos se acaba de describir no llegó nunca a estar vigente en los términos trazados por el legislador. Ello se debió, por una parte, a que la fragilidad de los apoyos parlamentarios con que la reforma procesal civil llegó a las Cortes Generales tuvo como consecuencia que se aprobara la ley procesal, pero no así el proyecto de ley orgánica complementaria que la acompañaba, y donde se modificaba el art. 73 de la LOPJ, en lo que concierne a la competencia en materia civil de los Tribunales Superiores de Justicia, así como su art. 56 en lo relativo al nuevo recurso de casación civil *en interés de ley*: el recurso extraordinario por infracción procesal sería aprobado por el Parlamento, pero no así la atribución de competencia funcional a los tribunales autonómicos, lo que tendría como consecuencia directa que del recurso extraordinario por infracción procesal conociera la Sala primera del Tribunal Supremo, hasta que no se procediera a reformar la LOPJ.

A tal efecto, se introdujo en la LEC la disposición final decimosexta, según la cual del recurso extraordinario por infracción procesal conocería la Sala primera del Tribunal Supremo hasta tanto no se confiriese la competencia a los Tribunales Superiores de Justicia, pero con la condición de que el asunto fuera recurrible en casación. En concordancia, se dejaba igualmente en suspenso la entrada en vigor del recurso de casación en interés de ley (D. a. 16<sup>a</sup>, § 2 de la LEC). Ello conllevaba una primera restricción objetiva a la unificación de doctrina en materia procesal, pues el recurso de casación procedía, y procede aún, en asuntos de una cuantía superior a “veinticinco millones de pesetas” (ciento cincuenta mil euros), salvo las sentencias dictadas en tutela civil de derechos fundamentales (con excepción de los del art. 24 constitucional), y también a salvo de la concurrencia de *interés casacional* en los términos definidos por el art. 477.3 de la LEC [sobre este particular, ver LÓPEZ SÁNCHEZ, *passim*]. Lo anterior implicaba el establecimiento de un límite cuantitativo para interponer válidamente el recurso extraordinario por infracción procesal, que sería ampliado por vía interpretativa por el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala primera del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2000, que excluyó del ámbito del in-

terés casacional las sentencias dictadas en procesos de cuantía inferior a los ciento cincuenta mil euros.

A lo anterior hay que sumar una evidente falta de interés por parte del legislador de dar desarrollo a las previsiones originales del recurso extraordinario por infracción procesal en los términos de su diseño original, con la consecuencia de que, desde la entrada en vigor de la LEC hasta el día de hoy, ninguna de las reformas operadas en la LOPJ se ha aprovechado para reformar los arts. 53 y 73 de la LOPJ en el sentido inicialmente previsto en 2000, lo que *mutatis mutandis*, en la práctica ha supuesto, siguiendo la máxima de Lampedusa, dejar las cosas en un estado muy parecido al existente con anterioridad a la LEC de 2000. El efecto colateral de todo este panorama, considerando además las restricciones al acceso al recurso de amparo tras la reforma de la Ley Orgánica del tribunal Constitucional en mayo de 2007, es que, *de facto*, la última voz jurisprudencial en la interpretación de muchas normas procesales civiles la tienen, no la Sala primera del Tribunal Supremo –como le correspondería conforme con la posición que al alto tribunal le reconoce el art. 123 de la Constitución–, sino las Audiencias Provinciales: cincuenta instancias finales cuya interpretación de la LEC cuenta con limitadas posibilidades de unificación, *lege lata*, a las que se suma la interpretación procedente de otros órdenes jurisdiccionales, en los cuales la LEC se aplica como norma procesal supletoria.

Se trata, a nuestro juicio, de un hecho de extraordinaria gravedad desde el punto de vista de la seguridad jurídica en una materia que, por su relativamente reciente novedad, carece de cuerpo de doctrina legal anterior, y sólo parcialmente compensado a través de los acuerdos no jurisdiccionales adoptados en el seno de las Audiencias para unificación de criterios en interpretación de la nueva LEC, al amparo del art. 264 de la LOPJ; unos criterios que, por otra parte, como se afirma en el apartado dos de este artículo, carecen de fuerza vinculante para los propios órganos jurisdiccionales. Con todo, el esfuerzo acometido en estos años, desde decanatos y Audiencias Provinciales para resolver los problemas de interpretación de la LEC son dignos de destacarse, algunos de ellos, por cierto, aplicados a la cuestión resuelta por la STS 23/07/2009. Bien está, por ello, que la Sala primera se anime igualmente a ejercer su función unificadora en un sector del ordenamiento jurídico necesitado de estabilidad y claridad interpretativa.

## **2. El régimen general de representación técnica en el proceso civil**

### *2.1. Cuestiones generales*

El régimen general de la LEC de 2000 en materia de representación por procurador no propone soluciones rupturistas con respecto a la regulación an-

terior de la LEC de 1881. Nuestro sistema se ha caracterizado tradicionalmente por la exigencia de que las partes actúen en el proceso a través de un representante que supla su falta de *capacidad de postulación*. Se trata de una garantía formal frente a las dificultades que plantea el ejercicio judicial de las acciones, habida cuenta de la complejidad inherente al proceso y de la de la propia estructura de los órganos jurisdiccionales. Para suplir esa falta de capacidad, la ley —en términos claramente inspirados en el art. 3 de la LEC de 1881— exige, como norma general, que cada parte comparezca en el proceso con asistencia de un representante técnico, que actúa en virtud de un mandato representativo típico: el *procurador de los tribunales* (art. 23.1 de la LEC: “*La comparecencia en juicio será por medio de procurador legalmente habilitado para actuar en el tribunal que conozca del juicio*”).

La representación por procurador constituye una singularidad de nuestro ordenamiento jurídico, si lo comparamos con los sistemas procesales de nuestro entorno. Se trata de un técnico en Derecho que conforma, junto con el abogado, el elenco profesional de apoyo necesario a las partes del proceso civil. La dualidad abogado/procurador ha sido en numerosas ocasiones cuestionada y también lo fue a lo largo del proceso de reforma que condujo a la vigente LEC, pues se consideraba que ello multiplicaba por dos los costes del proceso para las partes. Se trata de una vieja polémica aún viva, que se hace presente en el debate jurídico periódicamente, con mayor o menor intensidad. El legislador mantuvo esta dualidad sin novedades sustanciales con nuestra regulación tradicional. Una solución que, como hemos defendido en otra sede [GONZÁLEZ GARCÍA (2000), p. 61], es realista, pues no ignora que las funciones que ejerce el procurador son complementarias de las que desempeña el abogado, y que la supresión de la figura del procurador probablemente conduciría a que sus funciones fueran asumidas por otros profesionales. La eliminación del procurador era difícil de justificarse si no desaparecía también la función que la ley le atribuye, pues el abogado, por la naturaleza de su trabajo de asesoramiento y por la diversidad de asuntos que ordinariamente lleva en su despacho, siempre necesitará de alguien que le auxilie en su relación con los órganos jurisdiccionales. Cuestión aparte (y ajena al presente comentario) es, desde luego, si un eventual cambio de modelo podría incidir en una reducción de los costes económicos que para las partes supone hacer frente a los honorarios y derechos de abogado y procurador, tal y como hoy se conciben.

La norma del art. 23.1 de la LEC, sin embargo, y en lo que a la representación por procurador se refiere, constituye tan solamente una regla general. La ley quiere que los justiciables acudan a los tribunales de justicia con el suplemento de capacidad que determina la representación técnica corresponde al legislador el establecimiento de los límites y condiciones dentro de los cuales la misma debe discurrir, al igual que ocurre, por cierto, con la asistencia letrada. Tanto la función del procurador en el proceso como la del abogado se integran dentro de la garantía general del derecho de defensa que consagra el art. 24 de

la Constitución, pero de ello no debe deducirse que necesariamente y en todo caso deba darse lugar a su presencia en el proceso civil. Que pueda ser contrario a la tutela judicial que se prescinda en todo supuesto del abogado y del procurador no significa, *a sensu contrario*, que la tutela judicial efectiva exija necesariamente la presencia del abogado y del procurador en todo tipo de procesos.

## 2.2. Especialidades a la regla general de representación por procurador en el proceso civil

Como apuntamos, la LEC no plantea novedades extraordinarias en relación con el sistema derogado, en lo que a la representación técnica y asistencia letrada respecta. Como en la vieja LEC, no se exige la presencia de abogado y procurador en toda clase de procedimientos ni en todo tipo de actuaciones procesales: es preceptiva en el juicio ordinario (asuntos que rebasen la cuantía, tras la reforma de la Ley 13/2009, de seis mil euros), pero facultativa en los juicios verbales en que la cuantía del litigio no exceda de los 900 € (art. 23.2, I de la LEC). Esta regulación mejora la anterior, pues unifica los límites de asistencia letrada y representación técnica: en la LEC de 1881, la asistencia del abogado era necesaria en todos los procesos, con excepción de los juicios verbales (asuntos de hasta 80.000 pta. de cuantía), mientras que la representación del procurador era facultativa en asuntos de hasta 800.000 pta. (juicios verbales y juicios de cognición), pero obligatoria en los juicios de mayor y de menor cuantía (art. 27 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 y art. 4 de la LEC de 1881).

La especialidad se justifica por la supuesta mayor simplicidad que se supone a los asuntos civiles cuando menor es el interés económico en juego en el proceso, un argumento que, como en su momento nos encargamos de exponer, es falaz [GONZÁLEZ GARCÍA, 1996, *passim*]. En puridad, la razón que a nuestro juicio la explica no es otra cosa que económica, pues el importe de los honorarios y derechos de abogado y procurador puede tener efecto disuasorio en los justiciables a la hora de litigar. En el caso de que, no siendo preceptivo, las partes se personen en juicio por medio de procurador o litiguen con asistencia letrada, la LEC, a partir del modelo establecido ya en la Ley de Procedimiento Laboral, y como garantía de la igualdad de armas y de la debida contradicción en el proceso, permite que la parte contraria (singularmente pero no en exclusiva, el demandante), apodere a un procurador y contrate a un abogado sobrevenidamente (art. 32 de la LEC), incluso de oficio, de darse los presupuestos establecidos en la Ley 1/1996, *de asistencia jurídica gratuita*.

Al margen de la expuesta, la ley contempla otras especialidades en actuaciones concretas del proceso. El propio art. 23 de la LEC (en lo que concierne al procurador), permite que los litigantes comparezcan por sí mismos en los incidentes relativos a la impugnación de resoluciones en materia de asistencia jurídica gratuita y cuando se soliciten medidas [cautelares] urgentes con anterior-

ridad al juicio (art. 23.2, 3º), o la comparecencia para la presentación de títulos de crédito o derechos, o para concurrir a las Juntas, en los juicios universales (art. 23.2, 2º). A veces, la especialidad se justifica por la naturaleza y finalidad de la actuación: por ejemplo, como sujeto de la prueba, la parte declara por sí misma, y no a través del procurador, pues su declaración versa sobre la certeza o incerteza de hechos concretos percibidos por sus sentidos. En otras ocasiones, sirve para confirmar la vigencia de la regla general en el caso particular (es el caso, por ejemplo, del art. 539 del mismo cuerpo legal, sobre representación técnica y asistencia letrada en el proceso de ejecución o del art. 771 de la LEC, sobre comparecencia a la vista sobre medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio; en la misma línea, ver los arts. 818.1, II y 423.1 de la LEC, respectivamente sobre representación y asistencia en la oposición del proceso monitorio, y en el acto del juicio, en el juicio ordinario), ya sea para establecer especialidades al criterio general sobre representación (art. 814.2 de la LEC, sobre petición inicial del proceso monitorio; art. 750.2 de la LEC, sobre asistencia y representación de los cónyuges en el proceso consensual de separación o divorcio).

La exigencia de representación técnica en una determinada clase de procedimiento, no necesariamente significa que el procurador deba estar presente en todas sus actuaciones, siempre que así lo establezca la ley. Éste es precisamente el nudo gordiano de la cuestión que resuelve la STS 23/07/2009 y a su resolución se aplica, a nuestro entender, con acierto, la Sala primera del Tribunal Supremo: el *quid* estribaba, precisamente, en determinar si del tenor del art. 414.2 de la LEC cabe deducir una excepción a la regla general del art. 23.1 de la LEC, en lo que a la representación técnica en el juicio ordinario concierne, o si por el contrario no existe esa excepción, de suerte tal que se deba aplicar, dentro de la audiencia previa al juicio, el mismo régimen de representación que se exige para todo el proceso. Analicemos los argumentos que forman parte de la decisión.

### **3. Carácter obligatorio o potestativo de la asistencia del procurador en la audiencia previa del juicio ordinario**

#### *3.1. Las diferentes opciones interpretativas del art. 414.2 de la LEC*

La redacción del art. 414.2 no había planteado hasta la fecha problemas significativos de interpretación, a pesar de las diferentes posibilidades exegéticas que su tenor literal permite. De acuerdo con él, “*Las partes habrán de comparecer en la audiencia asistidas de abogado*”, para matizar a continuación: “*Al efecto del intento de arreglo o transacción, cuando las partes no concurrieren personalmente sino a través de su procurador, habrán de otorgar a éste poder para renunciar, allanarse o transigir. Si no concurrieren personalmente ni otorgaren aquel poder, se les tendrá por no compa-*

*recidos a la audiencia*". Desde un punto de vista de análisis teórico de la norma, las posibilidades de interpretación son dos:

a) Por una parte, cabe entender que la voluntad legal es que sólo sea preceptiva la asistencia del abogado, pero no la del procurador, que sería facultativa, integrando los dos párrafos del precepto. Si, por el contrario, aplicáramos subsidiariamente el Art. 23 de la LEC –considerando con ello preceptiva también la presencia del procurador en la audiencia previa–, la mención al abogado sería puramente superflua, puesto para alcanzar el mismo efecto bastaría la aplicación de la regla general que, para el abogado, establece el Art. 31 de la LEC. En otras palabras, se trata de aplicar el principio *inclusio unius, exclusio alterius*, criterio que conduce a la conclusión de entender no preceptiva la necesidad de que el procurador esté presente en la audiencia previa al juicio ordinario. Esta tesis es la mantenida por la demandada y recurrente en el caso estudiado.

b) Por otra, podría considerarse que el silencio del art. 414.2, I de la LEC sobre el procurador debe ser cubierto, en adecuada técnica de aplicación de las normas, acudiendo a la norma de carácter general sobre representación técnica, esto es, al art. 23.1 de la LEC, que señala como criterio general, la necesidad de representación técnica en el juicio ordinario: en resumidas cuentas, la norma general cumple con una función integradora del ordenamiento jurídico, como consecuencia de la cual sirve al fin de completar las omisiones existentes en las normas de carácter general.

Esta segunda tesis es la sustentada por el Juzgado de primera instancia en su providencia de 28 de noviembre de 2001 (según se señala en el fundamento de derecho primero, § III) y sirvió como base a la decisión del juzgado de primera instancia, y a su confirmación por la Audiencia Provincial en segunda instancia.

Sobre lo que no cabe duda, de la redacción del art. 414.2 de la LEC, es que el legislador quería que a la audiencia previa al juicio asistieran las partes en litigio, sus letrados, así como que la audiencia estuviera presidida por el juez, coherentemente con la nueva disciplina de inmediatez en los actos orales del proceso, bajo pena de nulidad (art. 137.3 de la LEC, en relación con el art. 238.3º de la LOPJ). Estas disposiciones no se comprenderían sin volver nuestra mirada hacia el antecedente legal de la audiencia previa y su aplicación práctica. Nos referimos a la comparecencia preparatoria del juicio de menor cuantía introducida en la LEC de 1881 (arts. 691 y siguientes) por la reforma operada en ella por la Ley 34/1984, de 6 de agosto.

### *3.2. El camino hacia la audiencia previa del juicio ordinario: la comparecencia preparatoria del juicio de menor cuantía*

El antecedente legislativo de la audiencia previa al juicio ordinario es la comparecencia previa a la vista del juicio de menor cuantía, introducida en la

anterior LEC por la Ley 34/1984, de 6 de agosto [sobre el particular, ver BONET NAVARRO (1988) y ALONSO-CUEVILLAS (1992)]. La comparecencia previa, o preparatoria, del juicio de menor cuantía pretendió cambiar el paradigma tradicional de nuestro proceso de declaración, desde el tránsito del proceso escrito (caracterizado por el orden sucesivo de las actuaciones) al proceso oral. Ese cambio trató de forjarse, principalmente, sobre la base de dos medidas: la primera, la conversión del juicio de menor cuantía en proceso declarativo prototípico (a través de la marginación del juicio de mayor cuantía, restringido a litigios de cuantía muy elevada); la segunda, la modificación del sistema de control de presupuestos procesales en el juicio de menor cuantía, con eliminación del incidente de excepciones dilatorias (que daba pie a un incidente de previo pronunciamiento, suspensivo del plazo para contestar a la demanda) y marginación de las excepciones perentorias procesales (que se resolvían en la sentencia).

El primero de los objetivos se consiguió sólo parcialmente, toda vez que el proceso de declaración se regulaba, en la anterior LEC, sobre la base del juicio de mayor cuantía, que ejercía de norma general en defecto de regulación específica. Para la consecución del segundo se estableció, con posterioridad a la contestación de la demanda y previamente a la fase de prueba, una comparecencia oral, regulada en los arts. 691 y siguientes de la LEC de 1881. El modelo le servía de base era el de la Ordenanza procesal civil austriaca (*öZPO*) de 1 de agosto de 1895, inspirada por la obra del jurista Franz KLEIN entrada en vigor en enero de 1898, con ciertas semejanzas con el sistema del *pre-trial* del proceso civil angloamericano, y que, según los autores, influyó también en el establecido por la LEC de 2000 [TAPIA FERNÁNDEZ, p. 1389 y GIMENO SENDRA, p. 329]). Este modelo, de gran influencia en muchos ordenamientos europeos a lo largo del siglo XX, implicaba la duplicación de las vistas del proceso, una primera (*die erste Termin* o *erste Tagsatzung*), anterior y preparatoria de la segunda, ordenada sobre todo a la práctica de la prueba (*die Hauptverhandlung*). En el caso español, la comparecencia servía, entre otros objetivos, para resolver y, en su caso, subsanar los defectos procesales detectados en la demanda (art. 693, 3ª y 4ª de la LEC de 1881), anticipando así la decisión sobre cuestiones procesales a un momento del proceso que evitase que todo el esfuerzo probatorio ulterior pudiera devenir inútil.

La comparecencia previa planteaba también novedades significativas con respecto a los procesos de declaración en los que se daba protagonismo a la oralidad en nuestro Derecho (el *juicio de cognición* y el *juicio verbal*), caracterizados por el sistema de vista única, en cuyo comienzo se resolvían las cuestiones procesales que en el juicio de menor cuantía se debían resolver en la comparecencia previa. Sin embargo, el modelo no terminaría de cuajar, al adolecer de notables defectos en su aplicación. De entre ellos, a lo que aquí interesa, la pervivencia de las inercias propias del proceso escrito en el juicio de menor cuantía conducía a que, en la práctica, ante la inexistencia del deber de asisten-

cia de los abogados, la comparecencia se convirtiera *de facto* en un mero trámite celebrado normalmente sin intermediación del juez y con la sola presencia de los procuradores de las partes.

La deficiente experiencia aplicativa de la comparecencia preparatoria del juicio de menor cuantía fue tenida en cuenta por el legislador al regular la audiencia previa. Se quiso, así, mantener el modelo austriaco, anticipado ya en el Proyecto de reforma de la anterior LEC elaborado por los profesores de Derecho procesal en 1974, con la salvedad de que en éste la comparecencia era anterior a la contestación a la demanda [BARONA VILAR, p. 3033]. De este modo, la LEC de 2000 mantuvo un juicio ordinario con dualidad de vistas, “*pues es una exigencia racional y constitucional de la efectividad de la tutela judicial que se resuelvan, cuanto antes, las eventuales cuestiones sobre presupuestos y óbices procesales, de modo que se eviten al máximo las sentencias que no entren sobre el fondo del asunto litigioso*” (E. de m., XII, párrafo II, LEC).

La audiencia previa se concibe así, por el propio legislador, como una fase del juicio ordinario en la cual a grandes rasgos, “*se intenta inicialmente un acuerdo o transacción de las partes, que ponga fin al proceso y, si tal acuerdo no se logra, se resuelven las posibles cuestiones sobre presupuestos y óbices procesales, se determinan con precisión las pretensiones de las partes y el ámbito de su controversia, se intenta nuevamente un acuerdo entre los litigantes y, en caso de no alcanzarse y de existir hechos controvertidos, se proponen y se admiten las pruebas pertinentes*” (E. de M., XII, párrafo X, LEC).

### 3.3. Finalidad de la audiencia previa y su incidencia en la necesidad de presencia de las partes

La LEC de 2000 introdujo en la audiencia previa novedades significativas con respecto a la derogada regulación de la comparecencia preparatoria del juicio de menor cuantía, dirigidas a dotarla de una mayor efectividad. Por una parte, la derogación del modelo de excepciones procesales tradicional de nuestro proceso civil convierte a la audiencia en el momento preclusivo para la alegación de cualquier defecto procesal apreciado en la demanda. Al mismo tiempo, es la audiencia previa el momento en el que se concretan los hechos y las pretensiones de las partes y, en caso de existir hechos controvertidos, se propone prueba. Pero, como primera finalidad (en la enumeración legal como en el orden establecido para la celebración de la audiencia, ex art. 414.1, pero sobre todo art. 415 y siguientes de la LEC) se encuentra el intento de evitación del juicio por medio de la búsqueda de un acuerdo o transacción entre las partes. Todos los contenidos anteriores justifican la necesidad de presencia de los abogados de las partes en la audiencia, como ordena el art. 414.2, I de la LEC y a diferencia de lo que hacía el art. 691 de la LEC de 188: de ahí probablemente (y con intención de desmarcarse del Art. 691 de la LeC de 1881) la expresa men-

ción del abogado en el Art. 414.2, I de la LEC. El último de los enumerados explica, sin embargo, la necesidad de la presencia de las propias partes, pues sólo a través de ella es posible alcanzar acuerdo alguno que extinga, conforme a los procesos basados en el principio dispositivo, el litigio.

Es éste un dato recurrente entre los autores y en la jurisprudencia de Audiencias Provinciales. El elemento teleológico está presente asimismo en el argumentarlo de la sentencia objeto de comentario (f. j. segundo, párrafo V). Por otro lado, la ley configura la presencia de las partes como una carga procesal, y no como un deber (como si hacía la *öZPO* [GIMENO SENDRA, p. 329]), de cuya inobservancia se deriva, no una sanción legal sino serias consecuencias desfavorables, excesivas a juicio de algunos autores [ARAGONESES MARTÍNEZ, p. 77, TAPIA FERNÁNDEZ, p. 1390; FAIRÉN GUILLÉN, p. 69 y siguientes].

Llegados a este punto, la cuestión es determinar si, *lege lata*, la carga de presencia de las partes en la audiencia previa se cubre con la presencia misma de los litigantes, o si se exige, en todo caso, la presencia del procurador.

#### 3.4. Posición de la doctrina y de la jurisprudencia

A la hora de interpretar el art. 414.2 de la LEC los autores se han manifestado de forma abrumadoramente mayoritaria en el sentido de la sentencia comentada. De este modo, la representación por procurador se considera como una posibilidad, no como una exigencia de la norma legal a la hora de dar cumplimiento a la carga de las partes de comparecer a la audiencia previa al juicio ordinario. Significa lo dicho que a la audiencia previa pueden acudir las partes por sí mismas, a través de su procurador debidamente apoderado o las propias partes junto con su procurador respectivo. En caso de que así lo decidan, se requerirá adicionalmente la presencia del abogado, de conformidad con lo dispuesto por el precepto analizado. El régimen legal implica que en la audiencia previa haya, al menos, dos sujetos por cada parte, el abogado, en todo caso, y alguien con poder para llegar a acuerdos: la propia parte o su procurador, con poder especial [BANACLOCHE PALAO, en DE LA OLIVA (2000), p. 696].

A favor del carácter facultativo se han inclinado DE LA OLIVA SANTOS [(2004) p. 620 y siguientes], GARBERÍ LLOBREGAT [p. 440], GIMENO SENDRA [p. 331], MORENO CATENA [pp. 1249-1950] (quien afirma literalmente que la presencia física de la parte no es imprescindible, siempre que actúe ésta con procurador), BARONA VILAR [p. 3036], HOYA COROMINA [pp. 1871-1872], DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ [en DE LA OLIVA (2001), p. 695], FAIRÉN GUILLÉN [pp. 69-72], LLEDÓ YAGÜE [p. 410], TAPIA FERNÁNDEZ [p. 1391], VALLINES GARCÍA [p. 371], JUAN SÁNCHEZ [en ORTELLS RAMOS, p. 606] DAMIÁN MORENO [en LORCA NAVARRETE, p. 2113], ETXEABARRÍA GURIDI [p. 1331], o SOLSONA ABAD [en GIL NOGUERAS, p. 70-71],

entre otros. Más matizada es la opinión de XIOL RÍOS, para quien la redacción del art. 414.2 de la LEC “puede leerse” como autorización a que la parte acuda con procurador, como norma especial para el caso de acuerdo o transacción; una opinión cualificada por el hecho de ser emitida por quien ostentaba en el momento de ser manifestada (y ostenta al tiempo de redactarse este comentario) la condición de presidente de la Sala primera del Tribunal Supremo [p. 2566]. Más difícil es encontrar opiniones partidarias del carácter obligatorio de la presencia del procurador en la audiencia previa. Entre ellas, destacamos la de GUTIÉRREZ SANZ [en CABAÑAS GARCÍA, p. 393].

En la jurisprudencia, los numerosos pronunciamientos sobre la materia en las Audiencias Provinciales son, también de forma prácticamente unánime, favorables al carácter potestativo de la presencia del procurador en la audiencia previa al juicio, tanto *obiter dicta* como parte de la *ratio decidendi*: SAP Albacete 22-10-2002 (EDJ 2002/64351); SAP Alicante, sec. 9ª, S 11-7-2007 (EDJ 355145); SAP Badajoz, sec. 3ª, 9-12-2004 (EDJ 2004/198113); SAP Badajoz, sec. 3ª, 9-12-2004, (EDJ 2004/198113), SAP Baleares, sec. 4ª, 10-1-2005 (EDJ 2005/12042); SAP Baleares, sec. 3ª, 17-10-2006 (EDJ/ 312388); AAP Barcelona, sec. 1ª, 14-6-2004 (EDJ 2004/70039); AAP Barcelona, sec. 17ª, 31-3-2004 (EDJ 2004/34954); SAP Barcelona, sec. 1ª, 7-4-2006 (EDJ 2006/278966); SAP Cáceres, sec. 1ª, 25-7-2001 (EDJ 2006/64199); SAP Cáceres, sec. 2ª, 13-1-2003 (EDJ 2003/12730); AAP Cuenca, sec. 1ª, 4-11-2003 (EDJ 2003/206113); S AP Granada, sec. 4ª, 6-10-2003, (EDJ 2003/176439); S AP Las Palmas, sec. 5ª, 20-5-2003 (EDJ 2003/124551); SAP Las Palmas 2-9-2004 (AC 2004\1920); A AP León 28-4-2003 (EDJ 2003/104878); SAP Beida 20-11-2001 (AC 2001\111); AP Madrid, sec. 14ª, 3-5-2006 (EDJ 2006/100895), entre otras muchas resoluciones.

No hemos encontrado, empero, resoluciones que mantengan la posición contraria, esto es, que consideren preceptiva la presencia del procurador, a salvo precisamente de la impugnada ante el Tribunal Supremo por el recurso extraordinario por infracción procesal que dio lugar a la sentencia comentada (SAP MADRID, sec. 20ª, 26-07-2004).

## 4. Los razonamientos de la sentencia

### 4.1. Sobre la interpretación del art. 414.2, II de la LEC

A nuestro entender, la conclusión favorable al carácter facultativo de la asistencia del procurador al acto de la audiencia previa del juicio ordinario – que es la alcanzada por la Sala primera del Tribunal Supremo– es la adecuada a la letra y al espíritu de la norma. La sentencia debe ser destacada por ello, pero también por la manera ordenada en que su fundamento de derecho segundo aplica al caso los criterios de interpretación de normas legales del art. 3 del Código civil.

Partiendo de la interpretación literal (según el sentido propio de las palabras del Art. 414.2, II de la LEC), la STS 23/07/2009 entiende que la redacción del apartado legal no dejan lugar a dudas: la parte puede asistir personalmente o hacerlo por medio de su procurador con el poder legalmente exigible, no siendo en el primer caso indispensable que también asista este segundo. Aplica, en definitiva, la regla *in Claris non fit interpretatio*, si bien la conclusión anterior resulta con mayor nitidez asociada al principio: *inclusio unius, exclusio alterius*: es decir, la expresa mención al carácter preceptivo de la asistencia del abogado en el Art. 414.2, I de la LEC permite deducir el carácter no preceptivo de la representación del procurador.

La interpretación literal efectuada por la Sala toma en consideración el apartado legal en su conjunto, integrando sus dos párrafos, para llegar a la conclusión de que no ofrece duda interpretativa que no cabe *“estimar que la alternativa parte o procurador con poder (para renunciar, allanar o transigir) se refiere exclusivamente al intento de arreglo o transacción, de modo que en cuanto a otros efectos (restante contenido, eventual, de la audiencia) sería preceptiva en todo caso la asistencia de Procurador”*.

Este segundo argumento enlaza la cuestión del carácter potestativo o preceptivo de la asistencia del procurador con la finalidad que la audiencia previa cumple en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que, siendo la transacción un acto de disposición del objeto del proceso, el Art. 414.2, II de la LEC (como con carácter general dispone el Art. 25.2.1º), exige para la realización de actos de disposición por parte a través del procurador el otorgamiento por el poderdante de poder especial. Esta regla general se concreta en sede de audiencia previa: la búsqueda del acuerdo o transacción entre las partes es uno de los objetivos inexcusables de la audiencia previa, una impresión reconocida por la propia LEC en su Exposición de motivos y en su desarrollo legislativo –Art. 415 de la LEC–, que antepone la posibilidad de arreglo entre las partes a los restantes contenidos de la audiencia previa), y compartida por muchas sentencias de Audiencias Provinciales: es el caso, por ejemplo (entre abundante jurisprudencia) de la SAP Madrid, sec. 11ª, 29-6-2004 (EDJ 2004/106096); o SAP Málaga, sec. 6ª, 23-10-2003 (EDJ 2003/175526). Más adelante hay oportunidad, a otros efectos, de volver sobre este asunto.

Desde un punto de vista teleológico, el carácter facultativo de la presencia del procurador puede deberse también a razones de economía procesal, en orden a la agilización de procesos, y para eludir las dificultades que puedan presentarse a los procuradores para cubrir todas las audiencias de sus clientes y su coste; si bien, como se ha señalado, es extraño a la práctica de la audiencia previa que, apoderado un procurador en el proceso, no comparezca éste sino el poderdante a la audiencia previa. En esta línea, DE LA OLIVA SANTOS [(2004), p. 621] considera que lo que la LEC prevé como normal es que las partes acudan representadas con procurador, aunque puedan hacerlo por sí mismas, sin necesidad del representante técnico. Hay también quien considera

que lo conveniente sería que las partes, y no sus representantes, fueran quienes asistieran a la audiencia, en atención a las posibilidades de conciliación [RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, p. 826].

La conclusión a la que llega la Sala primera a través de la interpretación literal y teleológica se ve reforzada por la interpretación sistemática. La sentencia compara el tenor del art. 414.2, I con el del art. 432 de la LEC. El primero, en sede de audiencia previa del juicio ordinario, dispone que “las partes habrán de comparecer en la *audiencia* asistidas de abogado”; el segundo, con respecto al propio acto del juicio ordinario, señala que las partes deberán comparecer en él representadas por procurador y asistidas por abogado, “sin perjuicio de la intervención personal en el interrogatorio que se hubiere admitido”. A juicio de la Sala primera, la omisión legal no debe ser cubierta, como *lex generalis*, por el Art. 23 de la LEC, pues se trata de un silencio deliberado, motivado por la voluntad de que sólo sea preceptiva la presencia del abogado, pero no así la del procurador.

De no menor importancia es la interpretación histórica de la norma. Acudiendo al procedimiento legislativo, el Art. 312.2 del *Borrador de Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, inciso primero, disponía que a la comparecencia habrían de asistir “*los litigantes, por sí o por medio de Procurador con poder especial para renunciar, allanarse o transigir*”, esto es, el carácter potestativo de la asistencia del procurador a la audiencia. El Art. 416.2 del *Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil* presentado por el Gobierno a las Cortes Generales exigía, por el contrario que las partes compareciesen en la audiencia representadas por Procurador y asistidas de Abogado, y añadía en párrafo aparte que, al efecto del intento de arreglo o transacción, los litigantes habrán de otorgar a su Procurador poder para renunciar, allanarse o transigir, salvo que, a dicho efecto, concurriesen e interviniesen personalmente.

La redacción vigente aparece en el Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso (*Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, serie A, 147-13, 07/09/1999) en la forma que sigue: “*Las partes habrán de comparecer en la audiencia asistidas de Abogado. Al efecto del intento de arreglo o transacción, cuando las partes no concurrieren personalmente sino a través de su Procurador, habrán de otorgar a éste poder para renunciar, allanarse o transigir. Si no concurrieren personalmente ni otorgaren aquel poder, se les tendrá por no comparecidos a la audiencia.*” La modificación responde a una propuesta de la Ponencia a la Comisión de incorporación de la enmienda n.º 1518 del GP Federal IU con un texto transaccional, que elimina del inicial del proyecto la necesidad de presencia del procurador en la audiencia previa.

La justificación de la enmienda es, literalmente, la necesidad de “adecuar la redacción a las verdaderas funciones del procurador”, recordando que en el Anteproyecto de Ley no se obligaba a la representación por procurador (*BOCG. Congreso de los Diputados*, serie A, núm. 147-9, de 26/03/1999, p. 610). Y aun-

que el texto propuesto en la enmienda n.º 1518 era más claro que el finalmente vigente (“*Los litigantes, asistidos de Abogado, asistirán a la comparecencia personalmente. Sólo en caso de que no haya solicitado ninguna de las partes contrarias su comparecencia o de imposibilidad acreditada podrán hacerlo por medio de procurador habilitado para allanarse, renunciar o transigir*”), la dinámica del procedimiento legislativo, y la justificación de esta enmienda justifican perfectamente la interpretación dada por el Tribunal Supremo en la sentencia comentada y mantenida mayoritariamente por los autores, esto es, el carácter facultativo de la representación por procurador.

#### *4.2. Sobre los efectos de la declaración de nulidad de actuaciones*

El fundamento de derecho tercero de la sentencia, en coherencia con los argumentos aducidos y con el fallo estimatorio, explica los efectos de la sentencia. El primero es la casación de la sentencia con declaración de la nulidad de actuaciones (Art. 476.2 en relación con la d. f. decimosexta de la LEC) con reposición de las actuaciones al momento de finalización de la audiencia previa. El segundo es, de conformidad con los arts. 230.1 LEC y 243.1 LOPJ, la aplicación del principio de conservación a los actos procesales no afectados, pues con arreglo a dichos preceptos “la nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquéllos cuyo contenido no pudiere haber sido distinto en caso de no haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad”.

La consecuencia inmediata es que el señalamiento de nuevo juicio lo será para la práctica de las pruebas de que se vio privada la parte demandada y las conclusiones sobre éstas (art. 431 LEC), “todo ello con exquisito respeto de los principios procesales, y singularmente el de contradicción”.

El tribunal aplica las consecuencias propias de la anulación derivada de la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal por vulneración de las normas legales que rigen los actos y garantías procesales, cuando determine indefensión (párrafo final del Art. 476.2 de la LEC). Sorprende, no obstante, que la retroacción se hace, no al momento de inicio de la audiencia previa (que es cuando debió comprobarse el cumplimiento de la regla de representación del Art. 414.2 de la LEC), sino al final de la misma, para el comienzo del periodo de prueba y citación para juicio de las partes. Si destacamos este hecho es porque de la sentencia comentada se deduce que el juzgado de primera instancia cometió una anomalía en la sustanciación de la audiencia previa, puesto que el control sobre concurrencia de los presupuestos de representación de las partes no se efectuó *a limine*, en la propia audiencia (en lo que algún autor denomina la “vistilla preliminar” [VALLINES GARCÍA, p. 355 y siguientes]), sino al final de la audiencia, cuando, entre otras actuaciones, las partes habían propuesto ya prueba; se alteró así el orden normal de las actua-

ciones que integran la audiencia previa, no por tratarse de un acto oral, basado en la concentración de los actos, menos exigible.

La solución dada por el Tribunal Supremo al retrotraer las actuaciones es la adecuada desde el punto de vista de la conservación de actuaciones y de la economía procesal: no es preciso, en su virtud, volver al momento de proposición de prueba, sino que vale la admitida para su práctica, sin necesidad de repetir la ya practicada a instancias del actor.

## **5. Dos cuestiones de interés sobre el Art. 414.2 de la LEC que no son objeto de la sentencia: subsanabilidad del defecto y clase de poder de representación**

Hay dos cuestiones no tratadas en la sentencia y que, sin embargo, plantean en la práctica de los tribunales civiles mayores problemas interpretativos, en lo que se refiere al régimen legal de comparecencia de las partes a la audiencia previa al juicio ordinario. Se trata, de un lado, de la subsanabilidad de los defectos de representación técnica, en atención a las gravosas consecuencias que de ellos se deducen para el litigante afectado; de otro, de los problemas a la hora de interpretar la extensión de la exigencia legal de que la representación del procurador se documente en poder especial, y no en poder general (como ordinariamente se exige por el art. 25.1 de la LEC) para pleitos.

La doctrina emanada de las Audiencias Provinciales a lo largo de los años de vigencia de la LEC ha puesto de manifiesto las dificultades de interpretación que estos dos asuntos plantean a la hora de plasmar en la realidad cotidiana de los juzgados y tribunales las previsiones de la ley; de manera tal que no es descartable (incluso, sería deseable) que en tiempo no lejano la Sala primera del Tribunal Supremo tuviera la oportunidad de ofrecer una interpretación unitaria, en un asunto, como decimos, que ha planteado mayor controversia a los tribunales civiles que el resuelto por la sentencia objeto de comentario. Al no formar parte del objeto del recurso, el Alto tribunal no tuvo la opción de entrar en la cuestión, aunque, insistimos, el parentesco existente entre estos dos asuntos (relacionados con un tema procesal nuclear como es el de la representación procesal de las partes) y la brecha abierta por esta STS 23/09/2009, hacen de la mera posibilidad de que acaben llegando al conocimiento de la Sala primera del Tribunal Supremo –con permiso de la actividad de su Gabinete técnico–, algo más probable que una incierta conjetura.

La cuestión de la subsanabilidad de la comparecencia defectuosa del litigante en la audiencia previa (o, si se prefiere, de la aptitud para que los defectos en la representación técnica en esa fase del procedimiento sean corregidos en un plazo otorgado por la ley) exige tomar en consideración tanto las consecuencias desfavorables del incumplimiento de la carga de comparecer en for-

ma, como la doctrina constitucional sobre conservación de las actuaciones. Por lo que a lo primero se refiere, el art. 414 de la LEC, en sus apartados 1 y 3, enumera una serie de consecuencias para el caso de incumplimiento de las exigencias de la ley sobre asistencia de las partes a la audiencia previa. En lo que ahora nos interesa, conforme a la *materia decidendi* en la sentencia comentada, si las partes no comparecen por sí ni otorgan oportunamente el poder bastante al procurador para que las represente, la consecuencia prevista en la ley es la de no tenerlas por comparecidas en el proceso: en el caso del actor, con el efecto de sobreseimiento (desistimiento) del proceso, salvo que el demandado alegue interés legítimo en continuar el litigio; en el caso de este segundo, con la imposibilidad de actuar válidamente en la audiencia previa, lo que se traduce, por ejemplo, en la imposibilidad de oponer la concurrencia de vicios u óbices procesales, de concretar los hechos controvertidos o de proponer prueba.

El tratamiento legal que recibe la no comparecencia en forma de las partes a la audiencia previa es el de una carga, como anteriormente se ha recordado, conforme a la configuración tradicional del proceso en la esfera de tradición europeo-continental, que concibe la actuación procesal de las partes no en virtud de un sistema de deberes cuyo incumplimiento lleva aparejada una sanción en Derecho, sino de derechos/cargas de actuación, cuyo no ejercicio le depara consecuencias desfavorables que son las que, al final, compelen a la parte a observar un determinado comportamiento dentro del proceso. Eso no significa que el sistema sea más cómodo para el litigante, pues las consecuencias del no ejercicio del derecho pueden ser más desfavorables que las que plantea la sanción legalmente prevista. Descendiendo al caso estudiado, los autores han destacado que la regulación de la LEC en el art. 414 plantea consecuencias quizá excesivamente drásticas [TAPIA FERNÁNDEZ, p. 1350; ARAGONESES MARTÍNEZ, p. 77] pero ajustadas al canon de constitucionalidad y proporcionales en virtud a la importancia que la LEC quiere dar a la presencia de las partes en la audiencia previa. Considerando además que los defectos en la comparecencia son imputables a las partes, como se ha sostenido, es muy difícil anudar a la consecuencia legal derivada de los defectos de comparecencia relevancia constitucional desde el punto de vista del art. 24.1 de la Carta magna, pues para entender que hay indefensión es preciso que el defecto no sea imputable a la parte de lo denuncia [así nos lo recuerda VALLINES GARCÍA, p. 358].

Desde el reconocimiento de esta realidad, la eventualidad de que los defectos en la representación del procurador sean subsanables se plantea como una opción plausible, evidentemente, siempre y cuando haya habido una actuación positiva de la parte tendente a cumplir los requisitos formales y de suficiencia del poder: la inexistencia de poder o la no asistencia del procurador son defectos ontológicamente no subsanables, pues no se puede corregir lo que no existe; ahora bien, sí es factible la subsanación de un poder de representación insuficiente, cuando, por ejemplo se comparece con poder general para pleitos debiendo aportarse un poder especial; o de un poder carente de la fir-

ma de poderdante. Además, para proveer a la subsanación de un defecto como los señalados, es preciso que se demuestre la voluntad de la parte de cumplir con el requisito. Como se ha señalado, “sólo se considera subsanable un defecto o vicio en tanto en cuanto el acto, aunque defectuoso, revele voluntad de cumplimiento del requisito y no ignorancia de su imperatividad, negativa o resistencia a cumplirlo o falta de la debida diligencia” [DE LA OLIVA SANTOS (2001), p. 433]; y además, añadimos nosotros, no encubra una finalidad fraudulenta [en este sentido también, VALLINES GARCÍA, p. 375].

Planteadas la cuestión en estos términos, las Audiencias Provinciales fluctúan entre las que consideran subsanable el defecto en la representación del procurador: SAP Albacete, sec. 1ª, 22-10-2002 (EDJ 2002/63351), SAP Badajoz, sec. 3ª, 9-12-2004, (EDJ 2004/198113), AAP Cáceres, sec. 1ª, 4-10-2004 (EDJ 2004/149126), SAP Lleida, sec. 2ª, 9-1-2002 (EDJ 2002/6012) y 20-9-2001 (AC 2001\1833), AAP Madrid, sec. 14ª, 8-7-2004 (EDJ 2004/106591), SAP Murcia 26-11-2002 (AC 2002\2239), AAP Teruel, sec. única, 24-11-2004 (JUR 2005\5007), entre otras (por ejemplo, a través de un apoderamiento *apud acta* al comienzo de la audiencia: AAP Madrid, sec. 14ª, 8-7-2004 EDJ 2004/106591), y las que entienden que el vicio es insubsanable, con carácter general: SAP Albacete, sec. 1ª, 30-6-2003 (EDJ/236765), SAP Alicante, sec. 9ª, 11-7-2007 (EDJ 2007/355145), AAP Cáceres, sec. 2ª, 13-1-2003 (EDJ 2003/12730), AAP León 28-4-2003 (EDJ 2003/104878), SAP Madrid, sec. 12ª, 12-11-2008 (EDJ 2008/355392), entre otras. En nuestra opinión, la puerta a subsanabilidad no puede cerrarse genéricamente, pues no existe tal prohibición en el precepto, aunque en ocasiones se acude al argumento de que la no mención en la ley a la posibilidad de subsanación es lo que impide que el vicio sea subsanable, a diferencia de lo que si ocurre con otros pasajes de la audiencia previa, como es el supuesto del Art. 428 de la LEC (AAP Cáceres, sec. 2ª, 13-1-2003, EDJ 2003/12730; SAP Madrid, sec. 11ª, 29-6-2004, EDJ 2004/106096).

La otra cuestión es la referida al carácter del poder para que se entienda suficiente. También en este punto existe discrepancia jurisprudencial: por una parte, con respecto a si el poder especial se exige en todo caso o sólo cuando haya intento de arreglo o transacción. Hay sentencias partidarias de esta segunda interpretación: AAP Cáceres, sec. 1ª, 25-7-2001 (EDJ 2001/64199), SAP Granada, sec. 4ª, 6-10-2003 (EDJ 2003/176439), SAP Las Palmas, sec. 5ª, 20-5-2003 (EDJ 2003/124551), SAP Madrid, sec. 25ª, 10-11-2004 (EDJ 2004/189998), o SAP Valencia, sec. 6ª, 21-6-2003 (EDJ 2003/207606). La postura mayoritaria es la de considerar siempre preceptivo el poder especial, dado que el intento de arreglo o transacción es uno de los contenidos esenciales de la audiencia. En este punto, la cuestión estriba en determinar qué se debe entender por poder especial: en su momento señalamos que la calificación de un poder como especial no depende de su otorgamiento para un procedimiento *ad hoc*, sino que su contenido habilite para la realización de actuaciones concretas; es la distinción entre poder especial y poder especialísimo [GONZÁLEZ GARCÍA (2000), p. 71 y siguientes].

La opinión dominante considera que, a los efectos del art. 414.2 de la LEC, lo exigible es un poder especial, no especialísimo, lo cual implica reconocer validez al apoderamiento otorgado en el poder que acompañó a la demanda o a la contestación, siempre que en él se autorizase al procurador a conciliar, transigir o disponer del objeto del proceso, sin necesidad del otorgamiento de un poder específico, además del apoderamiento efectuado con los escritos iniciales: SAP LAS PALMAS, sec. 5ª, 20-5-2003 (JUR 2003 240347), AAP ASTURIAS, sec. 5ª, 4-10-2002 (JUR 2003 9464), SAP Madrid, sec. 12ª, 11-12-2008 (EDJ 2008/355392), AAP Valencia, sec. 11ª, 11-3-2004 (EDJ 2004/211218). Entre los autores, MONTERO AROCA [(2008), 229] y ALONSO CUEVILLAS [(2000), p. 138], entre otros. En contra, GIMENO SENDRA [p. 331], entiende necesario, *ex lege*, el poder especialísimo.

Las discrepancias interpretativas en este asunto llevaron a la Audiencia Provincial de Madrid a alcanzar, en su ámbito territorial, un Acuerdo no Jurisdiccional (23-09-2004) para unificación de criterios, en cuya virtud se considera que “*las facultades que precisa el apoderamiento especial pueden concederse también en el impropriadamente denominado poder general, siempre que conste de forma clara y expresa el apoderamiento para renunciar transigir o allanarse, sin que quepa entender que la LEC esté exigiendo un apoderamiento ad hoc para cada procedimiento concreto*”; y, también, que “*La falta en el procurador de poder de las características antes reseñadas, provocara que se le tenga por incomparecido a todos los efectos de la audiencia previa, y no solo a los efectos de la posibilidad de renuncia, transacción o allanamiento*” (esto segundo aprobado por mayoría –17 votos a favor y 9 en contra– y, de hecho, en sentencias posteriores la Audiencia Provincial de Madrid sigue manteniendo criterios contrarios al Acuerdo: ver SAP Madrid, sec. 25ª, 10-11-2004 (EDJ 2004/189998).

Una muestra de la dificultad de obtener criterios uniformes de interpretación que justificaría, como hemos defendido, un pronunciamiento de la Sala primera del Tribunal Supremo, en ejercicio de su función constitucional en materia jurídico procesal.

#### 4. Bibliografía

- ABEL LLUCH, X., “La audiencia previa: entre el deseo y la realidad”, *Revista del Poder Judicial*, n.º 69, 2003, pp.335-372
- AGUILERA MORALES, M., “La representación procesal y la defensa técnica”, *Tribunales de justicia*, n.º 8/9 (ag.-sept.2000) pp. 397-940), y n.º 10 (oct.-2000), pp. 1061-1066.
- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *La comparecencia preparatoria del juicio de menor cuantía*, Barcelona, Bosch, 1992.
- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, L., “La audiencia previa al juicio”, *Instituciones del nuevo proceso civil*, vol. II, Barcelona, 2000.

- BARONA VILAR, S., *El proceso civil* (coord.. Escribano Mora), Valencia, Tirant o Blanch, 2001.
- BONET NAVARRO, A., *La nueva comparecencia del juicio de menor cuantía*, Barcelona, Bosch, 1988.
- BOSCH JIMÉNEZ, A., “El juicio ordinario: la audiencia previa”, *Jornadas de estudio*, Madrid, Abogacía General del Estado.
- CABAÑAS GARCÍA, R. (coord.), *Comentario práctico a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Trivium, 2000.
- CASAS COBOS, P. A., “Problemas del juicio ordinario en la nueva LEC en su primer año de vigencia”, *La aplicación judicial de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, Bosch, 2002.
- CODINA ROSSA, M. D., *La audiencia previa*, Barcelona, Bosch, 2009.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. (coord.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Civitas, 2001.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. (et. al.), *Derecho Procesal civil. El proceso de declaración*, 3ª, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2004.
- DE LAS HERAS GARCÍA, M., “Consideraciones críticas al principio de inmediatez en la LEC 1/2000”, *Revista del Poder Judicial*, 2002, n.º 65.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Algunas consideraciones sobre el recurso extraordinario por infracción procesal”, *La aplicación práctica de la Ley de enjuiciamiento civil; libro de estudio* (GÓMEZ COLOMER, coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 249-265.
- ETXEBERRIA GURIDI, J. F., “Consideraciones acerca de la audiencia previa al juicio en la nueva LEC”, *La Ley*, n.º. 5378 (sep. 2001), p. 1-7
- FAIRÉN GUILLÉN, V., *La audiencia previa. Consideraciones teórico-prácticas. Comentarios a los arts. 414 a 430 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000*, Madrid, Civitas, 2000.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., (dir.), *Los procesos civiles. Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, Barcelona, Bosch, vol. III., 2001.
- GIL NOGUERAS, L. A. (dir.) , *Cuestiones prácticas de la audiencia previa en el juicio ordinario*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, *Cuadernos de derecho judicial*, 2008.
- GIMENO SENDRA, V. (dir.), *Proceso civil práctico*, Madrid, La Ley, vol. III, 2008.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. M.<sup>a</sup>, *La determinación del procedimiento por razón de la cuantía*, Granada, Comares, 1996.
- “La representación procesal y la representación técnica”, *Disposiciones generales relativas a los juicios civiles en la nueva Ley de enjuiciamiento Civil, Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 1, 2000, pp. 51-98.
- “La representación procesal y la defensa técnica en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento civil”, *Tribunales de Justicia*, n.º 1, 2001, pp. 9-27.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Problemas que presenta en la práctica el poder de representación. Un análisis jurisprudencial*, *Práctica de tribunales. Revista de Derecho procesal civil y mercantil*, n.º. 55, dic. 2008, pp. 6-15.
- GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J. L., *La intervención de abogado y procurador en el proceso civil*, Madrid, Tecnos, 2005

- HERRERO PEREZAGUA, J. F., *La representación y defensa de las partes y las costas en el proceso civil*, Madrid, Civitas, 2000.
- HOYA COROMINA, J., “Comentario al Art. 414”, *Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento Civil* (FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J. M., VALLS GOMBAU, J. F., dirs.), Barcelona, Iurgium-Atelier, 1ª ed., 2000, pp. 1871 y ss.
- JIMÉNEZ GALLEGO, C., “El apoderamiento bastante para la audiencia previa al juicio declarativo ordinario: comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 14 de noviembre de 2005”; *Revista jurídica del notariado*, n.º 58, abril-junio, 2006, pp. 357-367.
- Juicio ordinario: la audiencia previa*, Madrid, Sepin, octubre 2007,
- LLEDO YAGÜE, F. (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, Dykinson, 2000.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El interés casacional*, Madrid, Civitas, 2002.
- LORCA NAVARRETE, A., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valladolid, Lex Nova, tomo II, 2000.
- MARTÍN GARCÍA, P., “Análisis comparativo entre la institución de la actual comparecencia del juicio declarativo de menor cuantía y la “audiencia previa al juicio” del futuro juicio ordinario”, *Actualidad civil*, n.º 29, jul. De 2000. pp. 1051-1080.
- MONTERO AROCA, J., “La justificación y la prueba de la existencia y de la suficiencia de la representación en el proceso”, *Diario La Ley*, núm. 5748, 27 abril 2003.
- MONTERO AROCA, J. (et al.), *Derecho Jurisdiccional, II. Proceso civil*, 16ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *La Ley de Enjuiciamiento civil. Aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, vol. I, 2009.
- ORTELLS RAMOS, M. (coord.), *Derecho Procesal civil*, Cizur menor (Navarra), Thompson Aranzadi, 6ª, 2005.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “La audiencia previa al juicio”, *Ley de Enjuiciamiento Civil* (Marina Martínez Pardo y Loscertales Fuertes, coords.), Madrid, Sepín, 2000.
- TAPIA FERNÁNDEZ, I. (con CORDÓN, ARMENTA y MUERZA), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Cizur menor (Navarra), Aranzadi, vol. I, 2001.
- VALLINES GARCÍA, E. (con BANACLOCHE, GASCÓN Y GUTIÉRREZ BERRINCHES), *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Civitas, 2ª ed., 2009.
- XIOL RÍOS, J. A., (et. al.), *Enjuiciamiento civil. Comentarios y Jurisprudencia. Ley 1/2000, de 7 de enero*, Madrid, Sepín, vol. II.