

Coordinador: Jaime Alonso-Cuevillas Sayrol

**Instituciones del Nuevo
Proceso Civil**
Comentarios sistemáticos
a la Ley 1/2000

EJ **DIFUSIÓN**
EDICIONES JURÍDICAS Y TEMAS DE ACTUALIDAD S.A.
ECONOMIST JURIST

Volumen II

**INSTITUCIONES
DEL NUEVO PROCESO CIVIL**

**Comentarios sistemáticos
a la Ley 1/2000**

•

Coordinador de la obra
Jaime Alonso-Cuevillas Sayrol

•

VOLUMEN II



ECONOMIST & JURIST

procesal de contradicción que ofrece la ley a las demás partes frente al escrito del demandado rebelde, incluida la contestación a la eventual reconvencción³⁴.

En adelante -dice la regla 3ª del 501.1- *se seguirán los trámites del juicio declarativo que corresponda, hasta dictar la sentencia que proceda, contra la que podrán interponerse los recursos previstos en esta Ley*. Siguen, por tanto, los trámites del juicio ordinario o verbal, que son los dos modelos de declarativo que ofrece la ley; en el ordinario habrá de continuar el procedimiento a partir del artículo 414 con la audiencia previa y, en el verbal, con la citación para la vista (440)³⁵ en la que, si bien resultará redundante efectuar las alegaciones previstas en el 443.2 (porque ya las ha presentado el demandado en su escrito inicial), podrá, en cambio, contestar las que, en "réplica", hayan prestado el demandante y, eventualmente, las demás partes, en el escrito previsto en el art. 507.1.2ª y, desde luego, podrán las partes solicitar las pruebas que les convenga.

El juicio seguirá su curso y finalizará con una sentencia que habrá de tener en cuenta todas las actuaciones, incluso las practicadas antes del juicio rescisorio, cuando el demandado estaba en rebeldía³⁶. Ahora bien; una cosa es conservar lo actuado en el proceso durante la rebeldía del demandado y otra, muy distinta, otorgar a estas actuaciones el mismo valor que si se hubiesen practicado en juicio contradictorio. Habiéndose acreditado que la ausencia del demandado no fue voluntaria en el primer juicio y que no pudo realizar alegaciones ni pruebas, ni siquiera intervenir en las propuestas por las demás partes, el tribunal habrá de ponderar debidamente esta falta de contradicción a la hora de valorar el resultado de aquellas pruebas, especialmente si el demandante no las reproduce en el juicio rescisorio³⁷.

³⁴ GUASP: *Comentarios (...)*, ob. cit. T. II, vol. 1º, p. 1122.

³⁵ Sobre algunas de las incidencias que puedan producirse en adelante, vid. más ampliamente, mi trabajo en AA.VV. *Comentarios a la Ley de (...)*, ob. cit., T. II, pp. 2439 y ss.

³⁶ MANRESA: *Comentarios (...)*, ob. y T. cit., p. 568.

³⁷ Por esto GUASP se pronunciaba, acertadamente, a favor de la reproducción de todo el juicio; del *litigio primitivo*. *Comentarios (...)*, T. II, vol 1º, p. 1118

LA AUDIENCIA PREVIA AL JUICIO

Comentarios

Jaime Alonso-Cuevillas Sayrol
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona
Abogado

LA AUDIENCIA PREVIA AL JUICIO

Jaime Alonso-Cuevillas Sayrol
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona
Abogado

ÍNDICE

	<i>página</i>
I. ANTECEDENTES.	131
II. CARACTERES GENERALES.	133
1. Denominación.	133
2. Regulación legal.	134
3. Contenido.	134
4. Ubicación.	135
5. Obligatoriedad.	135
6. Oralidad.	136
III. SUJETOS INTERVINIENTES.	137
1. El órgano judicial.	137
2. Las partes litigantes.	137
3. Los Abogados.	138
IV. PROCEDIMIENTO.	139
1. Convocatoria.	139
2. Apertura del acto o sobreseimiento del proceso.	139
3. Desarrollo del acto.	141
4. Documentación.	141
V. FUNCION CONCILIADORA.	142
1. La función conciliadora de la audiencia. Aspectos terminológicos.	142
2. Momento procesal.	142
3. Intervención del Juez.	143
a) En la consecución del acuerdo.	143
b) En la formalización del acuerdo.	144
4. Efectos del acuerdo.	145
5. Impugnación del convenio.	145

VI. FUNCION SANEADORA	145
1. La función saneadora de la nueva audiencia	145
2. Eventuales objetos susceptibles de examen	146
3. Procedimiento	147
4. Orden del examen	149
5. Resolución(es) interlocutoria(s) sobre las cuestiones procesales debatidas	149
6. Efectos de la actividad saneadora: saneamiento, sobreseimiento y otros posibles efectos.	150
7. Especial referencia al sobreseimiento del proceso	151
8. Examen de algunos posibles defectos	152
VII. FUNCION DELIMITADORA	161
1. La función delimitadora de la audiencia	161
2. La sub-función dialéctica	162
3. Sub-función aclaradora	162
4. Sub-función transformadora	163
5. Alegación de hechos nuevos o de nuevo conocimiento	164
6. Presentación de documentos	164
7. Posicionamiento expreso ante los documentos y dictámenes presentados de adverso	164
8. La sub-función concretora	166
9. Eventual conciliación	167
10. Posible sentencia inmediata	168
VIII. PROPOSICION DE PRUEBA	168
IX. ADMISION DE PRUEBA Y SEÑALAMIENTO DE JUICIO	169
X. SOLICITUD DE NUEVO SEÑALAMIENTO DEL JUICIO	170

LA AUDIENCIA PREVIA AL JUICIO

Jaime Alonso-Cuevillas Sayrol
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona
Abogado

I. ANTECEDENTES

El denominado *proceso ordinario* de la nueva LEC se configura, como es sabido, como un *proceso por audiencias*¹ en el que tras una fase de alegaciones escrita (demanda, contestación y contestación a la reconvencción en su caso), se celebra una *audiencia previa al juicio* (arts. 414 a 430) de finalidad conciliadora, saneadora y delimitadora de los términos del debate, tras la que se celebrará una segunda audiencia o comparecencia, denominada *juicio* (arts. 431 a 433) que tendrá por objeto la práctica de la prueba y la formulación de las conclusiones de las partes. La *audiencia previa al juicio* objeto aquí de comentario es pues el instituto similar, con las diferencias que veremos, a la *comparecencia* del juicio de menor cuantía introducida en la decimonónica LEC (arts. 691 a 693) por la *Novela* reformadora de 1984 (Ley 34/1984).²

¹ Vid. al respecto mi trabajo, *Principales ideas-clave para el estudio de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en "Actualidad Jurídica Aranzadi", núm. 248, de 2 de marzo de 2000, págs. 1 a 5.

² La comparecencia del juicio de menor cuantía fue objeto de estudio monográfico en mi trabajo ALONSO-CUEVILLAS Y SAYROL, Jaime. *La comparecencia preparatoria del juicio de menor cuantía*, Barcelona, J. M. Bosch Editor S.A., Barcelona, 1992. Con la obvia salvedad de las diferencias existentes entre ambas regulaciones (la introducida en 1984 y la de la LEC 2000), gran parte de las indicaciones efectuadas en mi citado trabajo siguen manteniendo vigencia.



Aunque como antecedente más remoto debe citarse la *Erste Tagsatzung* de la Ordenanza Procesal Civil Austriaca (ÖZPO)³, la nueva audiencia regulada por el actual legislador se ha inspirado en buena medida en la comparecencia diseñada en el denominado *Proyecto de los Profesores*, trabajo que en la década de los setenta acometieron un nutrido elenco de Profesores de Derecho Procesal de las universidades españolas, dirigido por el Profesor PRIETO-CASTRO, publicado bajo el título *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*⁴. Culminando un amplio movimiento doctrinal⁵, el Proyecto Profesorado introdujo en su regulación (artículos 396 a 417) una comparecencia inspirada en la *Erste Tagsatzung* de Franz KLEIN.⁶

³ La Ordenanza Procesal Civil Austriaca (ÖZPO) de 1885, obra del genial jurista Franz KLEIN, fue el primer ordenamiento en introducir un trámite oral destinado a subsanar los eventuales defectos que pudieran entorpecer el posterior curso del debate sobre el fondo. Dicho trámite denominado *Erste Tagsatzung* o audiencia previa -pues en el modelo austriaco se ubicaba antes de la contestación a la demanda- fue después importado por varios ordenamientos europeos y sudamericanos. Vid. ampliamente al respecto mi trabajo ALONSO-CUEVILLAS Y SAYROL, *La comparecencia preparatoria del juicio de menor cuantía*, cit., págs. 43-64.

⁴ PROFESORES DE DERECHO PROCESAL DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS, *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, t. I, 1972, y t. II, 1974.

⁵ Cabe citar como precursores de dicho movimiento a MIGUEL Y ROMERO, *Principios del Moderno Derecho Procesal*, Valladolid, 1931, págs. 471-472, y DE LA PLAZA, *Hacia una nueva ordenación del régimen de las excepciones en nuestro Derecho positivo*, en "Revista de Derecho Procesal", 1945, págs. 30 y 56-57, consolidándose a partir de 1950 con la conocida Ponencia presentada en el I Congreso de Derecho Procesal por el Profesor FAIREN, *El principio de autoridad del Juez en el proceso civil y sus límites (sobre los presupuestos procesales y la audiencia preliminar)*, publicada en "Estudios de Derecho procesal", Madrid, 1955, págs. 223-249, siendo posteriores hitos fundamentales la Ponencia presentada en el I Congreso Ibero-Americano de Derecho Procesal de 1955 por el Profesor GUASP, *El sistema de una Ley Procesal Civil Hispano-Americana*, publicada después en "Revista de Derecho Procesal", 1956, págs. 69-166, especialmente págs. 49-50, y, muy en particular, el citado Proyecto elaborado por los Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit. a principios de los setentas. Con posterioridad al Proyecto Profesorado, la doctrina siguió reclamando la efectiva introducción de la audiencia en nuestro ordenamiento positivo, siendo de destacar las Ponencias presentadas por los Profesores SERRA DOMÍNGUEZ, *Balance positivo de la ley de Enjuiciamiento Civil*, ALMAGRO NOSETE, *Garantías constitucionales del proceso civil*, MONTERO AROCA, *Juicio crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, y CORTES DOMÍNGUEZ, *La eficacia del proceso de declaración*, todas ellas publicadas en el libro "Para un proceso civil eficaz" editado con ocasión de los actos conmemorativos del Centenario de la Ley de Enjuiciamiento Civil celebrados en abril de 1981 en el Colegio de Abogados de Barcelona. Una más detallada reseña de dicho movimiento doctrinal puede verse en ALONSO-CUEVILLAS, *La comparecencia preparatoria ...*, cit., págs. 73-77.

⁶ Vid. más ampliamente al respecto, ALONSO-CUEVILLAS, *La comparecencia preparatoria del juicio de menor cuantía*, cit., págs. 77-80.

Aunque en el proyecto profesoral la *comparecencia previa* se ubicaba antes de la contestación a la demanda, la regulación de su contenido ha sido claramente fuente de inspiración para los actuales legisladores.⁷

Como antecedente inmediato, debemos empero fijar nuestra atención, obviamente, en la comparecencia regulada en los artículos 691 a 693 de la LEC ahora derogada. A modo introductorio, cabe señalar entre las diferencias de carácter general a destacar la de su nueva *denominación*, su *mejor regulación legal*, la *ampliación de su contenido* que ahora se extiende hasta la proposición de prueba y su admisión. Por el contrario, se mantienen los restantes caracteres generales de la comparecencia de 1984, y, en particular, su *ubicación* al final de la fase de alegaciones y su carácter *inexcusablemente obligatorio*. Es de esperar que la decidida apuesta por la oralidad de la LEC 2000, sea un factor clave para que, a diferencia del rotundo fracaso práctico sufrido por la comparecencia de 1984, la nueva audiencia previa sea efectivamente aplicada en la práctica forense aprovechándose así las potenciales utilidades que la figura indiscutiblemente ofrece.

II. CARACTERES GENERALES

1. Denominación

A diferencia del precedente de 1984, la nueva LEC otorga un expreso *nomen iuris* a la institución objeto de estudio, legalmente denominada ahora *audiencia previa al juicio*. Aunque por los motivos que en su momento expresamos⁸, nos parecería más adecuada la denominación de *comparecencia* o *audiencia preparatoria*, la denominación legalmente empleada

⁷ La comparecencia de 1984 también se inspiraba claramente en la comparecencia profesoral. Sin embargo, si entonces la parca regulación legal (arts. 691 a 693) desdibujaba el modelo, hoy el antecedente profesoral puede apreciarse con mucha mayor nitidez. Vid. al respecto, ALONSO-CUEVILLAS, *La comparecencia preparatoria del juicio de menor cuantía*, cit., págs. 77-80.

⁸ Así, respecto del texto de 1984, en mi citado trabajo, *La comparecencia preparatoria*, cit., págs. 27-34. El propuesto *nomen de comparecencia preparatoria* se inspiraba en la conceptualmente similar comparecencia preparatoria -parágrafos 273 y 274 de la ZPO alemana-, denominada *Vorbereitung* (preparación) -parágrafo 272.II ZPO-, de la posterior *Haupttermin* o comparecencia principal, ya que nuestra *audiencia previa al juicio* es asimismo preparatoria del posterior debate sobre el fondo del asunto (saneándolo de eventuales obstáculos entorpecedores y delimitando los términos del debate) que se lleva a cabo en el legalmente denominado *juicio* de los artículos 431 a 433.

puede reputarse aceptable, toda vez que el adjetivo *previa* se refiere expresamente al posterior *juicio principal*. Debe sin embargo señalarse que el adjetivo *previa* referido a la audiencia se reserva en el derecho comparado para aquellos supuestos en los que la audiencia está situada antes de la contestación a la demanda.⁹

2. Regulación legal

Frente a los tres, farragosos y obviamente insuficientes, artículos de 1984, la nueva LEC dedica a la audiencia un total de 17 artículos, mejorándose notablemente la regulación legal y, lo que es más importante, explicitándose con suficiente claridad los diferentes objetos de la institución que, en la regulación de 1984, apenas resultaban insinuados.¹⁰ En general, cabe pues afirmar que la regulación legal de la audiencia es técnicamente muy superior tanto al texto legal de 1984, como al que se contenía en el primer *Borrador* de la actual ley.

3. Contenido

La actual *audiencia* amplía el contenido de la *comparecencia* de 1984, al incluir también entre sus finalidades la proposición y admisión de la prueba. Así pues, la actual audiencia tiene por *finalidad* (como señala la rubrica del art. 414) las siguientes diversas funciones (expresamente enunciadas en el segundo párrafo del apartado 1 del citado artículo 414): 1) *intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso*, es decir la denominada *función conciliadora*; 2) *examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de éste y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto*, es decir la *función saneadora*; 3) *fixar con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho o de derecho, sobre los que exista controversia entre las partes*, es decir la *función delimitadora*; y, en su caso, 4) *proponer y admitir la prueba*, nueva función respecto de las de la comparecencia de 1984, prevista con carácter eventual, es decir sólo *en su caso* si tras la función delimitadora se constata la existencia de controversia fáctica.

⁹ Vid. al respecto, *La comparecencia preparatoria*, cit., págs. 49-50.

¹⁰ Vid. la crítica a la deficiente regulación legal de 1984 en mi citado trabajo *La comparecencia preparatoria*, cit., págs. 83-86.



4. Ubicación

Como ya se ha expuesto, la nueva LEC sigue en este punto su precedente de 1984 que se apartó del modelo original austriaco en el que al audiencia es *previa* (*Vortermin*) a la contestación a la demanda. Sin embargo, dicha ubicación posterior a la fase de alegaciones resulta obligada en la medida en que la audiencia no se limite a cumplir funciones *saneadoras* como en el modelo austriaco o alemán, sino que cumpla también funciones *delimitadoras* como hacen nuestras audiencias de 1984 y actual, al igual que las análogas instituciones de los derechos italiano, portugués o brasileño.

5. Obligatoriedad

Con motivo de la instauración de la comparecencia en el juicio de menor cuantía, operada como es sabido por la Ley 34/1984, tuvo ya ocasión la doctrina de pronunciarse sobre su discutida oportunidad¹¹. Si bien la supresión del sistema de las denominadas excepciones dilatorias y su sustitución por una audiencia inspirada en la *Erste Tagsatzung* austriaca había venido siendo, como ya hemos visto, insistentemente reclamada por la mejor doctrina, la efectiva instauración de la comparecencia incurrió en diversos errores tanto en su planteamiento conceptual como en su desafortunada incorrección técnico-jurídica.

En particular, fue objeto de duras críticas la desacertada concepción de la comparecencia como trámite obligatorio y oral.¹² Por ello, fue valorada muy positivamente la regulación prevista en el *Anteproyecto* que configuraba la comparecencia como un trámite no siempre y necesariamente obligatorio sino eventual (art. 311 del *Anteproyecto*).¹³ Incomprensiblemente, el texto definitivo de la Ley se aparta en este punto del *Anteproyecto* y reproduce el modelo conceptual de la comparecencia de 1984, configurando pues un trámite oral inexcusablemente obligatorio.

¹¹ Una reseña de las diferentes posturas doctrinales puede verse en mi citado trabajo ALONSO-CUEVILLAS, *La comparecencia preparatoria* ..., cit., págs. 87-91.

¹² Véase, más ampliamente, mi trabajo, ALONSO-CUEVILLAS, *La comparecencia preparatoria* ..., cit., págs. 83-93.

¹³ Vid. al respecto mi trabajo, ALONSO-CUEVILLAS, *La comparecencia preparatoria del futuro proceso civil*, en "Presente y futuro del proceso civil", dir. por Picó i Junoy, J.M. Bosch, Barcelona, 1988, págs. 223-238.

Cabe pues reproducir las críticas entonces efectuadas¹⁴ y, en especial, recordar que la inexcusable obligatoriedad de la comparecencia de 1984 ha sido una de las causas conducentes al evidente fracaso práctico de la figura.

6. Oralidad

Característica común, y principal, de la comparecencia de 1984 y la actual audiencia es su pretendida oralidad. Debe sin embargo destacarse que fue precisamente esa esencial característica el principal factor desencadenante del fracaso práctico de la comparecencia de 1984.

La comparecencia de 1984 fracasó, en efecto, por diversas causas entre las que cabe mencionar también las citadas torpe regulación legal e inexcusable obligatoriedad pero, muy en especial, debido al fracaso de la oralidad en su aplicación práctica. Si bien en un primer momento, la comparecencia se realizaba correctamente (con oralidad e inmediatez), pronto la celebración oral dejó de ser —como regla general, con contadas y honrosas excepciones— norma habitual para convertirse en algo excepcional. En la práctica forense de muchos Juzgados, la comparecencia sólo se celebraba correctamente en aquellos supuestos en los que “valía la pena”, en la mayoría de ocasiones para tratar de subsanar algún defecto procesal. Y en el resto de ocasiones, el obligatorio “trámite” se limitaba generalmente al cumplimiento de un mero formulismo rutinario e inútil. Idéntico riesgo correría hoy la nueva audiencia si no fuera por la firme apuesta del legislador de garantizar la efectiva oralidad en el proceso. En la medida en que dicha previsión se cumpla y la oralidad se practique de forma efectiva o no, la audiencia triunfará o fracasará. En todo caso, el efectivo éxito o fracaso de la audiencia se erigirá en un excelente barómetro para constatar el propio éxito o fracaso de la aplicación práctica de la nueva ley.

¹⁴ Vid, al respecto mi citado trabajo, ALONSO-CUEVILLAS, *La comparecencia preparatoria del juicio de menor cuantía*, págs. 87-89.

III. SUJETOS INTERVINIENTES

1. El órgano judicial

La efectiva presencia del Juez, imprescindible para que el acto se celebre, resulta tan obvia que no merecería mayores comentarios si no fuera por nuestra reciente experiencia forense. Obviamente, la ausencia del Juez provocará la nulidad radical del acto (art. 137 LEC), además de las responsabilidades disciplinarias a que haya lugar, como falta grave o muy grave ex art. 418.7º LOPJ.

No basta, sin embargo, con la mera “asistencia” del Juez. Su presencia ha de ser activa, dinámica, decisoria, directiva, ordenante, pues, en definitiva, el Juez debe erigirse en el principal protagonista de la audiencia, dirigiendo activamente el debate para que, sólo así, puedan aprovecharse al máximo las diferentes expectativas procesales que la institución ofrece.¹⁵

Junto al Juez, la presencia del Secretario Judicial (u Oficial habilitado que le sustituya ex art. 282 LOPJ) deviene asimismo inexcusable para cuidar, mediante su fe pública, de dejar constancia fehaciente de la realización del acto (art. 145 LEC).

2. Las partes litigantes

Alguno de los objetivos perseguidos por la audiencia, y muy en particular el intento de conciliación, sólo podrán ser ordinariamente alcanzados mediante la efectiva presencia de los litigantes. En dicho sentido, la nueva LEC —a diferencia en este punto de la anterior— regula de forma satisfactoria la intervención de las partes en la audiencia. Así, las partes deberán asistir personalmente o, en su defecto, estar representadas por Procurador provisto de poder especial para renunciar, allanarse o transigir, so pena de tenerlas por incomparecidas en el acto (art. 414.2). Aun cuando la solución legal adoptada pueda comportar cierta incomodidad, especialmente para los *grandes litigantes*, se consigue de esta manera que la función conciliadora de la audiencia no quede ordinariamente frustrada ante la actual inasistencia de las partes y la falta de apoderamiento especial del Procurador.¹⁶

¹⁵ Vid, al respecto mi citado trabajo, *La comparecencia preparatoria*, cit., págs. 116-118.

¹⁶ Esta es, asistencia ordinaria de las propias partes y su eventual representación a través del procurador ad litem provisto de poder especial, la fórmula que propusimos como más con-

A falta de indicación expresa en tal sentido, no parece necesario que ese poder especial "para renunciar, allanarse o transigir" deba ser también específico para cada litis. Aun cuando es previsible que, por mera prudencia, esa sea la costumbre habitual, debe entenderse asimismo admisible el poder que confiera genéricamente tales facultades al Procurador.

3. Los Abogados

Superando la confusa fórmula del antiguo artículo 691, la nueva ley exige con claridad la preceptiva asistencia del Abogado, advirtiéndose incluso que la inasistencia del Abogado de la parte actora podrá comportar el sobreseimiento del proceso (art. 414, apartado). La solución es asimismo satisfactoria pues para aprovechar todas las expectativas procesales que la audiencia ofrece, y singularmente sus funciones saneadora, delimitadora y postulante de prueba, la presencia de los letrados directores de las partes resulta absolutamente imprescindible.¹⁷

Ahora bien, esta preceptiva asistencia de los Abogados a la audiencia deberá comportar sin duda un importante cambio de hábitos respecto de la situación actual. No bastará ya en ningún caso una mera asistencia formal, sino, siempre, una participación activa en el acto, pues incluso en aquellos casos en los que nada haya que subsanar, el resto de funciones de la audiencia, y muy en particular la delimitación de los términos del debate y la proposición de prueba, ordinariamente además en presencia del propio cliente, obligarán a llevar a cabo una intervención activa en un acto que, si la ley se aplica correctamente, dejará de ser un mero trámite formulario pudiendo por contra tener gran trascendencia para el futuro curso de la litis. Como ya en su día explicaran los Profesores, aprovechar las ventajas que la introducción de la oralidad permite exigirá un cambio de mentalidad de los juristas españoles.¹⁸

veniente de *lege ferenda* al estudiar la comparecencia de 1984, en *La comparecencia preparatoria*, cit., págs. 105-106 y 113-116.

¹⁷ Fue ésta, también en este caso, la fórmula que propusimos en *La comparecencia preparatoria*, cit., págs. 109-113.

¹⁸ PROFESORES DE DERECHO PROCESAL DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS, *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., t. I, págs. 26-27, núm. 12.

IV. PROCEDIMIENTO

1. Convocatoria

Al igual que en la regulación de 1984, el Juez debe convocar la audiencia dentro de los tres días siguientes a la presentación de la constestación de la demanda, o en su caso a la reconvencción, debiéndose ahora celebrar el acto dentro de los veinte días siguientes (en lugar de los seis previstos en la regulación de 1984). Se estima correcta la actual regulación. Tres días es plazo suficiente para efectuar la convocatoria habida cuenta de que se trata de un acto de mero trámite o impulso procesal. Por el contrario, el antiguo plazo de sólo seis días para la celebración del acto resulta a todas luces insuficiente y era, por tanto, constantemente incumplido en la práctica. El nuevo plazo de veinte días resulta más realista pudiendo permitir su cumplimiento como regla general.¹⁹

Dada la pluralidad de eventuales objetos a examinar en el transcurso de la comparecencia hubiera sido conveniente prever la confección de un "programa de la comparecencia", facilitándose así la adecuada preparación del acto tanto por el juez como, especialmente, por parte de los Letrados de las partes. Se ha desaprovechado pues la ocasión para corregir la omisión ya cometida por el legislador de 1984.

2. Apertura del acto o sobreseimiento del proceso

Conforme previene el artículo 414.3, si no compareciere a la audiencia ninguna de las partes, se levantará acta haciéndolo constar y el tribunal, sin más trámites, dictará auto de sobreseimiento del proceso, ordenando el archivo de las actuaciones. También se sobreseerá el proceso -previene el segundo párrafo de dicho precepto- si a la audiencia sólo concurriere el demandado y no alegare interés legítimo en que continúe el procedimiento para que se dicte sentencia sobre el fondo. Si fuere el demandado quien no concurriere, la audiencia se entenderá con el actor en lo que resultare procedente. Por otra parte, conforme prescribe el apartado 4 del artículo 414, cuando faltare a la audiencia el abogado del demandante, se sobre-

¹⁹ En el *Anteproyecto* se preveían unos plazos de cinco días para convocar y diez para celebrar. En mi estudio, *La comparecencia preparatoria del futuro proceso civil*, cit., págs. 227-228, critiqué la innecesaria ampliación del primer plazo, advirtiendo de la insuficiencia de la ampliación del segundo. No puedo por tanto sino valorar positivamente la regulación legal.

seerá el proceso, salvo que el demandado alegare interés legítimo en la continuación del procedimiento para que se dicte sentencia sobre el fondo, mientras que si faltare el abogado del demandado, la audiencia se seguirá con el demandante en lo que resultare procedente.

Es decir, para que se abra el acto es necesario que concurra, como mínimo, la parte actora (el propio litigante o Procurador con poder especial) asistida de su Abogado o que, ante la inasistencia de la parte actora y/o su Abogado, la demandada (debe entenderse que asistida de su Abogado) interese la continuación del proceso. En cualquier otro caso se acordará el sobreseimiento del proceso.

La nueva Ley mantiene pues el mismo criterio de la antigua comparecencia en materia de efectos de la inasistencia de las partes, si bien la nueva regulación es más detallada que la anterior. Así, se mantiene el efecto del sobreseimiento del proceso para el supuesto de común inasistencia de las partes. Pero, para el supuesto de incomparecencia sólo de la parte actora (asistiendo, por el contrario, la demandada) se prevé expresamente que procederá igualmente el sobreseimiento si el demandado no alega expresamente interés legítimo en la continuación del proceso. Se acaba así el *juego del escondite*²⁰ de los demandados detrás de las columnas de los pasillos de los juzgados para espiar si el demandante asistía, y asistir entonces, o no asistía, continuando *escondidos* para provocar el sobreseimiento. Consecuencia de la nueva regulación de los sujetos intervinientes se refuerza asimismo que esa inasistencia opera tanto por la ausencia de la parte o de su procurador con poder especial como por la inasistencia del abogado.

Respecto del auto de sobreseimiento debe en primer lugar destacarse que, tal como ya se sostuvo con ocasión de la promulgación de la Ley 34/1984, se estima un acierto terminológico el *nomen iuris* legal de sobreseimiento²¹, que ya en su momento definimos como "anormal terminación anticipada del proceso por resolución judicial (auto) que, sin entrar en el fondo -que queda imprejuzgado-, deja sin curso ulterior el procedimiento, disponiendo el archivo de las actuaciones²². Siguen regulándose

²⁰ En gráfica expresión de MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, (ed. de 1989, con Ortells y Gómez Colomer), t. II, vol. 1º, pág. 661.

²¹ Vid más extensamente al respecto mi trabajo *La comparecencia preparatoria* ..., cit., págs. 143-145.

²² Vid. ALONSO-CUEVILLAS, *op. cit.*, pág. 149.

las mismas dos causas de sobreseimiento (por inasistencia y por defectos insubsanables o no subsanados). Silencia empero la Ley los efectos de dicha resolución (cuestión que será abordada *infra* al referirse al sobreseimiento por defectos procesales, pues es en esa sede donde la omisión tiene mayor importancia); en particular, no aclara la nueva Ley si el sobreseimiento por inasistencia comporta o no la imposición de costas. Entendemos que cuando se trate de común inasistencia, procederá la no imposición, pero que por el contrario cuando inasistiendo el actor, asista el demandado (sin alegar interés en la prosecución del proceso), sí procederá la imposición costas a la parte actora.

3. Desarrollo del acto

Aunque la ley no lo establezca de forma taxativa, parece haber pretendido un determinado orden de examen de los diferentes eventuales objetos de la audiencia. Así, parece deba principiarse por el intento de conciliación ("Comparecidas las partes -reza el primer inciso del art. 417.1-, el tribunal declarará abierto el acto y comprobará si subsiste el litigio entre ellas. [...]"), y proseguirse con la función saneadora ("Descartado el acuerdo entre las partes -empieza la dicción del art. 416.1-, el tribunal resolverá, del modo previsto en los artículos siguientes, sobre cualesquiera circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo ..."). Ello no obstante, tratándose como se trata de una cto oral, que, como hemos visto, debe ser activamente dirigido por el Juez, nada impide, y el sentido común aconsejará en muchas ocasiones, alterar ese orden y utilizar la llamda técnica del "micrófono abierto".²³

4. Documentación

A diferencia de la antigua ley, la nueva regulación no contiene previsión específica alguna sobre la documentación de la audiencia. Serán pues de aplicación las previsiones generales contenidas en los artículos 146 y 147 de la ley. Así, tratándose la audiencia de una actuación oral, de con-

²³ Gráfica expresión de PUEBLA POVEDANO, *La comparecencia en el juicio de menor cuantía*, en "Actualidad civil", 1986, núm. 1, pág. 936, que utilizamos en nuestro trabajo *La comparecencia preparatoria* ..., cit., pág. 130.



formidad con lo previsto en el artículo 147, se registrará, bajo la fe del Secretario, en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen. Conforme asimismo dispone el citado precepto, corresponderá al Secretario la custodia de las cintas pudiendo las partes pedir, a su costa, copia de las grabaciones originales.

V. FUNCION CONCILIADORA

1. La función conciliadora de la audiencia. Aspectos terminológicos

El artículo 415 regula la *función conciliadora* de la audiencia en similares términos al artículo 692 de la reforma de 1984, si bien la actual regulación supera en algunos aspectos la de su antecedente.

Desde el punto de vista terminológico, resulta procedente hablar de *intento de conciliación*, como hace la rúbrica del precepto²⁴, pues lo que se intenta en el seno de la audiencia es una conciliación - es decir, según la define el art. 1809 del Código Civil, aquel "contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa (*aliquid datum, aliquid retentum*), evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado" - de carácter intra-procesal. "Transacción" y "desistimiento" -términos asimismo utilizados en la rúbrica del precepto- no son sino algunos - al igual que "renuncia" y "allanamiento" - de los medios instrumentales de los que la conciliación se vale para obtener su fin auto-compositivo.²⁵

2. Momento procesal

La -eventual- función conciliadora de la comparecencia puede tener lugar en cualquier momento del acto, demostrando la práctica que es harto difícil que se produzca liminarmente -como si la mágica presencia del Juzgador pudiese facilitar un acuerdo habitualmente ya intentado con anterioridad por los Letrados de las partes- y, por contra, es más fácil que

²⁴ Afortunadamente, ha desaparecido de la Ley la deplorable terminología del *Anteproyecto* que denominaba al intento de conciliación *intento de arreglo*. Vid. Al respecto la crítica efectuada en mi trabajo *La comparecencia preparatoria en el futuro proceso civil*, cit., pág. 232.

²⁵ Vid. ampliamente al respecto, ALONSO-CUEVILLAS, *La comparecencia preparatoria del juicio de menor cuantía*, cit., págs. 171-174.

se produzca al final del acto, cuando, si se ha efectuado correctamente al concreción de los *temas probandi* y *debatendi*, los Letrados de las partes están en mejores condiciones de prever el posible resultado final de la litis. La actual regulación mantiene el intento de conciliación al principio de la audiencia, pues se prevé expresamente que "el tribunal declarará abierto el acto y [...]" (apartado 1 del art.415), así como que "si las partes no hubiesen llegado a un acuerdo [...], la audiencia continuará según lo previsto en los artículos siguientes" (apartado 3), pero por contra permite ahora de forma expresa que el acuerdo pueda también -más fácilmente- alcanzarse al término de la audiencia.

En efecto, el art. 428.2 prevé expresamente que a la vista del objeto de la controversia, el tribunal podrá exhortar a las partes o a sus representantes y a sus abogados para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio. Verificada la delimitación del *thema probandi*, las partes están ya en óptimas condiciones para valorar sus respectivas posibilidades de éxito o fracaso. Es pues un momento ideal para lograr un acuerdo conciliatorio que, *in limine* de la audiencia resultaba de mucha más difícil consecución. Y resultaría absurdo que ya no pudiese obtenerse la homologación de tal acuerdo por haber precluido la oportunidad prevista *in limine* de la audiencia. La previsión del aludido precepto debe pues valorarse muy positivamente.²⁶

3. Intervención del Juez

a) En la consecución del acuerdo

Como se recordará el antiguo artículo 692 -en sede de la conciliación intra-procesal en la comparecencia- preveía que "el Juez [...] exhortará a las partes para que lleguen a un acuerdo". Hoy, el nuevo art. 415 se limita a señalar que el Juez "comprobará si subsiste el litigio entre ellas" [las partes].

Se pretende obviamente advertir que, para evitar el riesgo de prejuzgamiento, el Juez no "procurará avenir" a las partes - como preveía al art. 477 de la antigua LEC en sede conciliación previa -, ni siquiera, como hemos visto, "exhortará a las partes para que lleguen a un acuerdo" -pre-

²⁶ La necesidad de prever un cauce expreso para la consecución y homologación de un acuerdo al término de la comparecencia fue expresamente apuntada en ALONSO-CUEVILLAS, *La comparecencia preparatoria del futuro proceso civil*, cit., pág. 233.



visión del antiguo art. 692 LEC- debiendo por contra simplemente limitarse a indagar las posibilidades reales de que el acuerdo sea alcanzado entre las propias partes sin intervención judicial en su consecución para evitar al máximo cualquier riesgo de prejuzgamiento. El Juez deberá pues limitarse a comprobar si subsiste el litigio o si, por el contrario, las partes han llegado a un acuerdo o se muestran dispuestas a concluirlo de inmediato (segundo párrafo del art. 415.1), consecuencia obviamente de las conversaciones mantenidas con anterioridad, quizás incluso en los propios pasillos del Juzgado.

El anterior aséptico planteamiento queda no obstante empañado cuando, con posterioridad, tras la delimitación del *thema probandi*, el artículo 428.2 afirma que "a la vista del objeto de la controversia, el tribunal podrá exhortar a las partes o a sus representantes y a sus abogados para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio". En evitación de cualquier riesgo de prejuzgamiento, mucho mayor en dicho momento procesal, debe entenderse que esa exhortación debe ser meramente formal, es decir limitada a recordar la posibilidad abstracta de alcanzar un acuerdo que ponga fin al litigio sin aventurar ni insinuar en ningún en el posible contenido del mismo.²⁷

b) En la formalización del acuerdo

Es por el contrario un acierto de la Ley regular expresamente la intervención del juez en la homologación del acuerdo obtenido en conciliación, estimándose asimismo correcta la concreta regulación prevista (examen "de la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes o de sus representantes debidamente acreditados, que asistan al acto" ex art. 415.1, párr. 3º), si bien hubiera sido conveniente prever asimismo la posibilidad de posterior ratificación por las partes no presentes en la audiencia del eventual pre-acuerdo alcanzado por sus defensores, pues aun cuando se prevea que, en defecto de las partes, los representantes deberán asistir con poder especial para renunciar, allanarse o transigir (art. 414.2), lo habitual será que dichos representantes carezcan de instrucciones suficientemente precisas para concluir definitivamente el acuerdo.

²⁷. Vid ampliamente al respecto, ALONSO-CUEVILLAS, *op. cit.*, págs. 174-175.

4. Efectos del acuerdo

De conformidad con lo previsto en el artículo 415.2 "el acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados". Dicha regulación referente a la ejecución del acuerdo conciliatorio -sustancialmente coincidente con la antigua previsión del art. 692 LEC- se estima correcta, aunque hubiera sido quizás conveniente - para mayor claridad- efectuar expresa remisión al artículo 517.3º de la Ley. De conformidad con lo previsto en el artículo 545 de la Ley, el tribunal que homologó el acuerdo será el competente para su ejecución.

5. Impugnación del convenio

A diferencia de la anterior que guardaba absoluto silencio en la materia, la nueva Ley prevé expresamente que el acuerdo conciliatorio "podrá impugnarse por las causas y en la forma que se prevén para la transacción judicial" (art. 415.2). Aunque el avance es positivo, es extremadamente tímido, habiendo resultado conveniente que se dijera expresamente que el acuerdo conciliatorio puede ser impugnado ejercitándose las correspondientes acciones de nulidad, anulabilidad y rescisión a través del posterior proceso declarativo que corresponda.²⁸

VI. FUNCION SANEADORA

1. La función saneadora de la nueva audiencia

A diferencia del farragoso y confuso antiguo artículo 693 y sus cuatro reglas, la nueva LEC dedica un total de diez artículos (arts. 416 a 425) a la regulación de la función saneadora de la audiencia. La nueva regulación merece además, en líneas generales, una valoración positiva acertada, debiendo destacarse especialmente la expresa regulación de diversos (los más habituales) de los eventuales objetos susceptibles de examen.

²⁸. Vid más ampliamente al respecto, ALONSO-CUEVILLAS, *op. cit.*, págs. 187-192.



Se echa, por contra, en falta, la expresa previsión de que el Juez deba resolver expresamente en todo caso; tanto para declarar la efectiva existencia del defecto -y, caso de ser subsanable, concediéndose plazo para la subsanación-, pronunciamientos éstos sí expresamente contemplados, como para declarar la inexistencia del defecto denunciado por alguna parte y/o, en su caso, la efectiva subsanación del defecto previamente advertido y declarado -pronunciamiento éste no siempre expresamente previsto-. La propia finalidad saneadora de la audiencia²⁹ exige que así se proceda en todo caso, depurando definitivamente de obstáculos el debate de fondo sin que deba con posterioridad a la audiencia efectuarse nueva actividad referente a los eventuales óbices procesales que debieron bien quedar subsanados, bien provocar el sobreseimiento del proceso -u otro efecto (rebeldía, incontestación, etc.) que proceda-. Hubiera sido asimismo conveniente prever expresamente que, celebrada la audiencia, precluye definitivamente la oportunidad de las partes de denunciar la concurrencia de aquellos vicios no oportunamente denunciados -a salvo, claro está, de aquellos de naturaleza insubsanable que imposibilitaren absolutamente el pronunciamiento de fondo y/o los surgidos con posterioridad a la audiencia.³⁰

2. Eventuales objetos susceptibles de examen

Para expresar el eventual posible objeto de la actividad saneadora, la nueva Ley utiliza una técnica mucho más clarificadora que su precedente de 1984, pues principia, en el artículo 416.1, por una cláusula general ("cualesquiera circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo"), sigue enumerando, en los siguientes artículos, los principales defectos que pueden ser objeto de examen en la audiencia y finaliza, en el artículo 425, incluyendo una cláusula de cierre para dejar claro que la lista relacionada se trata de un *numerus apertus* y no de un *numerus clausus*.

Respecto de la cláusula general prevista en el artículo 416.1 ("cualesquiera circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo") debe no obstante advertirse que la fórmula legal utilizada resulta algo confusa e insuficiente. Confusa porque lo correcto y cierto es que tienen cabida todos los defectos

u óbices que puedan en su momento impedir un *pronunciamiento sobre el fondo* del asunto (y no, la "*válida prosecución del proceso*") e insuficiente, porque a la vista de la regulación de alguno de tales eventuales defectos, la consecuencia de su no subsanación no siempre será la de impedir el pronunciamiento de fondo, sino que cabrán también otras consecuencias distintas, como por ejemplo, tener por no contestada la demanda o declarar la rebeldía del demandado.³¹

Llama asimismo la atención que la relación de eventuales defectos expresamente mencionados en el artículo 416 no coincida exactamente, como parecería lógico, con los que después se desarrollan en los artículos siguientes. Así, además de alterarse el orden y enunciarse en ocasiones de forma diferente, en el expresado artículo se omite por ejemplo la cita de la acumulación de acciones improcedente (expresamente regulada después en el art. 419).

En coherencia con la lógica interna de la Ley, el artículo 416.2 excluye de la audiencia el tratamiento de los defectos de jurisdicción -incluida la sumisión a arbitraje- y competencia del tribunal, al haberse previsto el cauce de la declinatoria para la denuncia de tales defectos (arts. 63 y siguientes). Obviamente, en todos aquellos supuestos en los que tales defectos sean apreciables de oficio (como sucede con la falta de jurisdicción, competencia objetiva o incluso en los supuestos de competencia territorial improrrogable), podrán ser objeto de examen en la audiencia dando lugar su estimación al sobreseimiento del proceso (art. 416.2, párr. 2º).

3. Procedimiento

La nueva Ley omite, al igual que la anterior, una regulación clara, sistemática y detallada del procedimiento interno de la audiencia. Aún cuando, al dedicarse una mayor extensión a la regulación de la figura y prever expresamente la forma de proceder en determinados supuestos, se mejora sensiblemente la muy deficiente regulación de la Novela de 1984, hubiera sido en efecto deseable regular con carácter general el procedimiento a seguir para el examen de cualquier objeto a tratar en la audiencia.

A mayor abundamiento, el único precepto (art. 417) que pretende regular determinados aspectos relativos al procedimiento interno de la au-

²⁹ Vid. ampliamente al respecto, ALONSO-CUEVILLAS, *op. cit.* págs. 193-196.

³⁰ Sobre el particular vid. nuevamente mi citado trabajo, págs. 231-232.

³¹ Vid. ampliamente al respecto, ALONSO-CUEVILLAS, *La comparecencia preparatoria*, cit., págs. 197-208.

diencia (orden del examen y resoluciones a adoptar), es probablemente el más desafortunado de la regulación de la figura. Al margen de la -como después veremos, desafortunada- regulación del orden de examen y de las resoluciones en su caso a adoptar tras el examen de cada objeto, debería haberse asimismo regulado el procedimiento interno para proceder al examen de cada objeto.

Así, en particular, debería haberse previsto que para analizar cualquier objeto - singularmente, en sede de saneamiento del proceso- es necesario conceder en primer lugar un turno de alegaciones a las partes, proceder seguidamente si es necesario a practicar una actividad probatoria, conceder a continuación un nuevo turno a las partes para valorar su resultado, debiéndose dictar finalmente la correspondiente resolución interlocutoria por el Juez. En sede de saneamiento, puede además ser preciso que, cuando dicha resolución interlocutoria consista en estimar la existencia del defecto y se conceda plazo de subsanación a la parte, deba reanudarse nuevamente la audiencia para examinar, nuevamente con los correspondientes turnos de intervención de las partes, si la actividad subsanadora ha sido suficiente, y así debe declararse, o procede, por contra, decretar el sobreseimiento del proceso -o, en su caso, resolución que proceda (declaración de rebeldía, incontestación de la demanda, etc.)-. La nueva regulación desaprovecha asimismo la ocasión para prever expresamente la posibilidad de que el correcto examen y resolución de algún objeto tratado requiera cierta actividad probatoria. Estimamos que, pese al silencio legal, nada impide, y la propia finalidad saneadora de la audiencia aconseja, que se desarrolle dicha actividad probatoria cuando resulte necesaria. Sin embargo, hubiere sido deseable que la Ley lo hubiere previsto expresamente disipando cualquier duda al respecto -y señalando el plazo para la práctica-. Finalmente, hubiera sido asimismo deseable que se previera expresamente que cualquier cuestión examinada en la audiencia debe dar lugar a la correspondiente resolución interlocutoria.³²

³². Sobre el procedimiento aplicable a la comparecencia del menor cuantía, en buena medida aplicable a la nueva audiencia, vid. ampliamente ALONSO-CUEVILLAS, *La comparecencia preparatoria*, cit., págs. 127 a 142.

4. Orden del examen

El primer apartado del artículo 417 regula, por remisión al artículo 416, el orden de examen de los diferentes eventuales objetos de la actividad saneadora de la audiencia³³. La rigidez del orden de examen de las legalmente denominadas cuestiones procesales resulta sumamente inconveniente. ¿Qué sentido tiene, por ejemplo, malgastar tiempo y esfuerzos en examinar la eventual falta de capacidad del actor, denunciada por el demandado, si *prima facie* se percibe ya con claridad la existencia de cosa juzgada? La oralidad del acto, que debe en todo caso ser activamente dirigido por el Juez, aconseja la utilización de la denominada técnica de "micrófono abierto"³⁴ alterando el orden legal preestablecido cuando ello resulte conveniente.

5. Resolución(es) interlocutoria(s) sobre las cuestiones procesales debatidas

Como se ha visto con anterioridad, es preciso que, tras el examen de cada eventual defecto denunciado, se adopte una resolución expresa por el Juez. El segundo apartado del artículo 417 regula la forma que pueden adoptar tales resoluciones. Así, pese a la poco clara dicción del precepto, que debe además conjugarse con las diferentes regulaciones que para cada concreto posible defecto prevén los artículos siguientes, debe entenderse que la regla general es la resolución *in voce* dictada en el propio acto de la audiencia. Sin embargo, con buen criterio se prevé asimismo que cuando se trate de debates complejos, el Juez pueda asimismo reservarse la facultad de resolver con posterioridad, mediante auto dictado por escrito, dentro de los cinco días siguientes a la finalización de la audiencia. Debe por el contrario censurarse que tal previsión sólo sea aplicable "cuando sea objeto de la audiencia *más de una* de las cuestiones y circunstancias del artículo anterior". Por identidad de razón, idéntica crítica merece la previsión final del precepto que parece excluir la posibilidad de posterior resolución escrita para

³³. "1.ª Falta de capacidad de los litigantes o de representación en sus diversas clases; 2.ª Cosa juzgada o litispendencia; 3.ª Falta del debido litisconsorcio; 4.ª Inadecuación del procedimiento; 5.ª Defecto legal en el modo de proponer la demanda o, en su caso, la reconvencción, por falta de claridad o precisión en la determinación de las partes o de la petición que se deduzca."

³⁴. PUEBLA POVEDANO, *La comparecencia en el juicio de menor cuantía*, cit., pág. 130.



las cuestiones que *conforme a los artículos siguientes*, el Juez *resuelva oralmente en la misma audiencia* (así, vg. en el art. 419, sobre acumulación de acciones, se prevé expresamente que el tribunal *resolverá oralmente*). Entendemos que, pese a la sorprendente regulación legal, la resolución posterior escrita estará justificada cuando la cuestión a resolver sea compleja, con independencia por tanto de que sea la única examinada o de que hayan sido varias las cuestiones procesales objeto de examen, o de que su concreta regulación prevea la ordinaria resolución oral de tal cuestión. Cuando la posterior resolución escrita resuelva la inexistencia del defecto denunciado, deberá asimismo decretar la reanudación de la audiencia para llevar a cabo sus restantes finalidades previstas (en especial, la delimitación del debate y posterior proposición y admisión de la prueba).

Omite la Ley cualquier referencia al régimen de impugnación de las resoluciones interlocutorias dictadas en la audiencia.³⁵ Ante el silencio legal estimamos que frente a las resoluciones dictadas por escrito tras la audiencia, cabrá formular el recurso de reposición contemplado en los artículos 451 y siguientes de la Ley. Por el contrario, contra las resoluciones dictadas *in voce* en el transcurso de la audiencia, aunque pudiera parecer más apropiado aplicar el régimen de protestas previsto para el juicio verbal (arts. 443.3 y 446), a falta de remisión expresa, deberá entenderse que cabe igualmente el recurso de reposición por escrito (pues la Ley no lo excluye y debemos por tanto aplicar el citado régimen general de los arts. 451 y siguientes, sin que quepa establecer una aplicación analógica de una norma restrictiva).

6. Efectos de la actividad saneadora: saneamiento, sobreseimiento y otros posibles efectos

Aún cuando se echa en falta una regulación completa, detallada y sistemática de los efectos que la actividad saneadora puede comportar, del análisis de los supuestos expresamente regulados, cabe concluir que el examen de un eventual defecto puede acabar con distintos efectos. Así, en primer lugar, cuando examinado un defecto procesal se declare su inexis-

³⁵ El primitivo Borrador de Ley de Enjuiciamiento Civil sí establecía una concreta y correcta regulación del régimen de recursos: recurso de apelación en un solo efecto contra los autos de sobreseimiento, y de reposición contra las resoluciones que decidían la continuación del proceso, todo ello sin perjuicio de los recursos procedentes contra la sentencia. Incomprensiblemente, dicha regulación desapareció en el *Anteproyecto* y, pese a que fue oportunamente denunciada (ALONSO-CUEVILLAS, *La comparecencia preparatoria en el futuro proceso civil*, cit., pág. 230), la omisión no ha sido corregida durante el iter legislativo.

tencia pese a la denuncia efectuada por alguna parte, o bien cuando se estime (y así se declare) la válida subsanación del defecto previamente advertido, se producirá el definitivo saneamiento del proceso sin que sea posible volver a plantear o debatir la cuestión en el posterior curso del proceso.

En otro caso, es decir defecto cuando se aprecie la existencia de un defecto insubsanable o cuando no se haya subsanado en tiempo y forma el defecto previamente apreciado, procederá bien el sobreseimiento del proceso, cuando el defecto impida cualquier pronunciamiento de fondo, bien otro efecto distinto. Así, si el defecto afecta a la actividad de algún demandado, su persistencia podrá comportar, por ejemplo, la declaración de rebeldía, el tener por no contestada la demanda o por no formulada la reconvención. E, incluso, afectando al actor, el defecto puede comportar un efecto distinto al sobreseimiento como, por ejemplo, en sede de acumulación de acciones improcedente, la válida continuación del proceso aunque circunscrito al objeto pretendido por las acciones válidamente ejercitadas.

7. Especial referencia al sobreseimiento del proceso

Pese a existir, como hemos visto, otras distintas posibilidades, el efecto principal y más frecuente de la estimación de un defecto procesal insubsanable o no subsanado será el sobreseimiento del proceso. Como ya se ha afirmado con anterioridad se estima un acierto terminológico el uso de la expresión *sobreseimiento*. Ello no obstante, se ha desaprovechado la ocasión para regular los efectos de dicha resolución. En particular, hubiera sido conveniente que se explicitara que el auto de sobreseimiento provoca no sólo los efectos de cosa juzgada formal, sino también los de cosa juzgada material, obviamente limitados éstos últimos a lo efectivamente decidido. Así, si se sobresee el proceso por ejemplo por estimar un defecto de capacidad o representación de la parte actora, no debe ser permisible que exactamente el mismo debate sobre capacidad pueda volver a plantearse ante otro Juzgado de Primera Instancia de la localidad. La cosa juzgada debería valer en el segundo juicio tanto en su sentido negativo (*non bis in idem*) como en su sentido positivo (*pro veritate habetur*)³⁶. Aún pese al silencio

³⁶ Jurisprudencia y doctrina mayoritarias entienden que los efectos de la cosa juzgada material son exclusivamente predicables de las sentencias firmes de fondo. Ciertamente doctrinal opina, por el contrario, que también son predicables de las sentencias absolutorias de la instancia. En la medida en que se acepten los argumentos esgrimidos por los partidarios

legal, estimamos que el auto de sobreseimiento regulado en la nueva LEC debe provocar los efectos de cosa juzgada formal y material.

Idénticas consideraciones pueden efectuarse respecto del también silenciado, pero entendemos asimismo cierto, efecto interruptor de la prescripción del proceso sobreseído³⁷.

Por contra, la nueva LEC ha empeorado la actual regulación de 1984 al no prever expresamente -a diferencia del artículo 693 de la aún vigente LEC- la imposición de costas al actor en el supuesto de sobreseimiento decretado por apreciarse la existencia de un defecto insubsanable o no temporáneamente subsanado. Pese al silencio legal, debe estimarse que el sobreseimiento por estimación de la existencia de un defecto imputable a la parte actora, deberá siempre comportar la imposición de costas a dicha parte demandante.

8. Examen de algunos posibles defectos

a) **Defectos de capacidad o representación.** Conforme dispone el artículo 418.1 LEC (el primero de los siete artículos destinados a regular concretas cuestiones procesales que pueden ser examinadas en la audiencia), "cuando el demandado haya alegado en la contestación o el actor aduzca en la audiencia defectos de capacidad o representación, que sean subsanables o susceptibles de corrección, se podrán subsanar o corregir en el acto y si no fuese posible en ese momento, se concederá para ello un plazo, no superior a diez días, con suspensión, entre tanto, de la audiencia".

Debe destacarse positivamente que se supere la arcaica terminología de la antigua Ley superándose la confusa expresión de "falta de personalidad",

de extender la eficacia de la cosa juzgada a las sentencias absolutorias de la instancia, podrá llegar a sostenerse -por identidad de razón- su igual predicabilidad de aquellas otras resoluciones finales que, sin ser sentencias, contengan una objeción impeditiva del pronunciamiento de fondo. El rechazo de la tesis apuntada podría conducir a indeseables situaciones desacordes con el principio de seguridad jurídica -vg.: que sobreseído un proceso por insuficiencia de poder, se vuelva a replantear la misma demanda, ante otro Juzgado, con el mismo poder ya declarado insuficiente-. En su virtud, estimamos que elementales razones de seguridad jurídica han de impedir que pueden producirse situaciones de dicha índole, imponiéndose, consecuentemente, la necesidad de postular la extensión de los efectos de cosa juzgada a cualquier tipo de resoluciones judiciales que pongan término al juicio declarando la existencia de un óbice procesal impeditivo de resolver el fondo del asunto, postulación ésta que requerirá seguramente la previa revisión del concepto de cosa juzgada. Vid. Más ampliamente al respecto, ALONSO-CUEVILLAS, *op. cit.*, págs. 151-153.

³⁷. Vid. más ampliamente ALONSO-CUEVILLAS, *op. cit.*, pág. 153.

sustituyéndose por los mucho más claros conceptos de *capacidad y representación* (en sus diversas clases, según expresamente advierte el art. 416.1.1ª). Debe por tanto advertirse que han quedado fuera los problemas de legitimación, exclusión que se reputa correcta toda vez que las cuestiones de legitimación tienen siempre que ver con el fondo del asunto. Hubiera sido conveniente hacer asimismo expresa referencia a los eventuales defectos de postulación, pues si bien la representación *causídica* puede entenderse comprendida entre las *diversas clases* de representación (junto a la *voluntaria*, la *legal* y la *necesaria u orgánica*), no ocurre lo mismo con la defensa técnica de abogado. Ello no obstante, la cuestión carece de trascendencia práctica toda vez que las cuestiones no expresamente previstas podrán asimismo examinarse al amparo del artículo 425, aunque en un momento posterior de la audiencia.

Los defectos de capacidad y/o representación son normalmente subsanables. Por ello, se prevé una eventual suspensión de la audiencia, de hasta diez días, para permitir llevar a cabo la actividad subsanadora.

La insubsanabilidad o no sanación del defecto comporta la invalidez de toda la actividad procesal desplegada por la parte afectada. En consecuencia, dará lugar bien al sobreseimiento, cuando afecte a la parte actora (art. 418.2), bien a la declaración de rebeldía del demandado si a dicha parte afecta la falta de capacidad o defecto de representación (art. 418.3).³⁸

b) **Acumulación improcedente de acciones.** Conforme previene el artículo 419 LEC "una vez suscitadas y resueltas, en su caso, las cuestiones de capacidad y representación, si en la demanda se hubiesen acumulado diversas acciones y el demandado en su contestación se hubiera opuesto motivadamente a esa acumulación, el tribunal, oyendo previamente al actor en la misma audiencia, resolverá oralmente sobre la procedencia y admisibilidad de la acumulación". La denuncia de la acumulación improcedente de acciones, era, como es sabido, una de las principales omisiones del antiguo régimen de excepciones dilatorias que quedó en parte paliada al introducirse en 1984 la comparecencia del menor cuantía. Su expresa inclusión entre los objetos de la audiencia debe pues reputarse un acierto, siendo asimismo satisfactoria, en líneas generales la regulación prevista.

³⁸. Sobre los defectos de capacidad y representación en la comparecencia del menor cuantía, en buena medida aplicable a la actual audiencia, vid. ampliamente, ALONSO-CUEVILLAS, *La comparecencia preparatoria*, cit., págs. 243 a 246.



El debate sobre la acumulación de acciones deberá resolverse en base a la regulación contenida en los artículos 71 a-73 (regulación general de la figura) y 401 a 402 (acumulación de acciones en el juicio ordinario). Así, de conformidad con el artículo 73.4 de la LEC, el tribunal debería haber requerido al actor para que subsane la acumulación defectuosa manteniendo las acciones cuya acumulación sí fuere posible. Ello no obstante, para el caso de que el tribunal no hubiere efectuado el citado requerimiento liminar, el artículo 402 prevé que el demandado pueda efectuar la correspondiente denuncia en el escrito de contestación a la demanda. Sucedido lo anterior, en la audiencia se oirá al demandante, y el tribunal resolverá sobre la procedencia y admisibilidad de la acumulación, siguiendo el proceso exclusivamente ceñido a la acción o acciones que, por estar debidamente ejercitadas y en su caso acumuladas, puedan constituir el objeto del proceso (segundo inciso del art. 419).³⁹

El examen de la acumulación de acciones puede no circunscribirse a la demanda principal, sino a la reconvenzional, en cuyo caso será el actor quien habrá formulado la denuncia al contestar la reconvencción, en la audiencia se oirá al actor, y, en su caso, se limitará el objeto de la reconvencción. Problemática distinta es si la reconvencción no es admisible en sí misma por no cumplirse los -endurecidos respecto al régimen anterior- requisitos previstos en la nueva Ley (arts. 406 y 407). No nos hallaríamos aquí, en puridad, en el supuesto contemplado en el artículo comentado (como si sucedería si, siendo admisible la reconvencción, contuviere alguna acción improcedentemente acumuladas a las restantes). Ello no obstante, si la cuestión no tuviere cabida en el seno del artículo 419 ahora comentado, podría ser objeto de posterior tratamiento al amparo del artículo 425.

c) **Preterición de litisconsorte necesario.** Aún cuando no estaba tampoco prevista en el régimen de las antiguas excepciones dilatorias, la subsanación de la preterición del litisconsorte necesario venía desde siempre efectuándose acudiendo al instituto de la acumulación de actuaciones. Al introducirse en 1984 la comparecencia del menor cuantía, algunos propusimos que la preterición del litisconsorte pudiera, pese al silencio legal, efectuarse en la propia comparecencia⁴⁰, solución ésta que fue

³⁹ La solución legalmente adoptada coincide con la interpretación integradora que en su momento efectuamos respecto de la comparecencia de 1984. Vid. al respecto, ALONSO-CUEVILLAS, *La comparecencia preparatoria*, cit., págs. 259-260.

⁴⁰ Vid. ALONSO-CUEVILLAS, *La comparecencia preparatoria*, cit., pág. 266-267.

acogida por el Tribunal Supremo⁴¹. Hoy, la nueva regulación (art. 420) prevé expresamente la subsanación de los defectos litisconsorciales en el seno de la audiencia, siguiendo parcialmente la solución que en su día adoptó el artículo 409 del denominado *Proyecto profesoral*.⁴²

Aun cuando la actual regulación es en líneas generales aceptable, la redacción del precepto resulta algo desordenada. Poniendo pues el necesario orden, la cuestión se planteará ordinariamente ante la denuncia efectuada por el demandado en la contestación a la demanda. A su vista, el actor podrá hacer dos cosas, bien presentar ya en la propia audiencia la nueva demanda dirigida contra los preteridos, u oponerse a la existencia del defecto litisconsorcial denunciado por el demandado. Cabe también la posibilidad de que, aún faltando la denuncia del demandado, sea el propio actor quien a la vista de la contestación crea que puede haber quedado preterido algún litisconsorte necesario, planteándose pues el debate en la audiencia a instancias no del demandado sino del propio actor. Asimismo, la cuestión puede ser planteada de oficio por el propio juzgador. Sea como fuere, planteado por quien sea el debate en la audiencia, deberá oírse a las partes interesadas y, en vista a sus alegaciones, el juez deberá decidir, *in voce* en el propio acto o por escrito dentro de los cinco días siguientes. En su resolución, el tribunal declarará si el debatido defecto litisconsorcial existe o no existe. De declararse la existencia del defecto, se concederá plazo al actor, mínimo de diez días, para subsanarlo. La subsanación se verificará mediante la presentación de nueva demanda contra el o los litisconsortes preteridos, en la que el actor "sólo podrá añadir a las alegaciones de la demanda inicial aquellas otras imprescindibles para justificar las pretensiones contra los nuevos demandados, sin alterar sustancialmente la causa de pedir" (segundo párrafo del art. 420.1). Obviamente, si el actor dejare transcurrir el plazo al efecto concedido sin presentar la nueva demanda contra los litisconsortes inicialmente preteridos, procedería decretar el sobreseimiento del proceso con imposición de costas a la parte actora. Aun cuando el texto legal confunda la presentación de la demanda con la aportación de copias de la misma y documentos anejos, debe en-

⁴¹ El Tribunal Supremo ha considerado subsanable la falta de litisconsorcio pasivo necesario en la comparecencia preparatoria; así las sentencias de 22 de julio de 1991, de 15 de abril y 14 de mayo de 1992, etc. Sobre este particular, vid. GONZÁLEZ GRANDA, *El litisconsorcio necesario en el proceso civil*, Granada, 1996, págs. 232 y ss.

⁴² PROFESORES DE DERECHO PROCESAL DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS, *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit. t. II, pág. 228.

tenderse que el sobreseimiento procederá sólo cuando no se presente la demanda, no ante la falta de aportación de copias en cuyo deberá aplicarse el régimen al efecto previsto en el artículo 275 de la Ley. Presentada en forma la nueva demanda, se emplazará a los nuevos demandados para que la contesten en el plazo de veinte días previsto en el artículo 404 de la Ley, quedando entre tanto en suspenso las actuaciones para las partes originarias. Contestada la demanda por los nuevos demandados, o transcurrido el plazo para verificarlo, deberá convocarse nueva audiencia con intervención ya de todas las partes litigantes, esto es, actor o actores, demandados iniciales y nuevos demandados inicialmente preteridos.

d) **Litispendencia y cosa juzgada.** El nuevo artículo 421 LEC contempla, de forma adecuada, el tratamiento legal de los defectos de litispendencia y cosa juzgada. Sin embargo, incurre nuevamente el legislador en una notable falta de sistemática interna que dificulta la comprensión de una norma que debiera ser más sencilla. Así, en el precepto citado se omite la expresa referencia al trámite de audiencia de las partes y, por el contrario, se prevé expresamente tanto la resolución que estima la existencia del defecto, como la que expresamente declara su inexistencia. Destaca asimismo ser el único supuesto en el que el legislador prevé expresamente la práctica de actividad probatoria relativa al debate sobre la cuestión examinada. Como ya se ha afirmado con anterioridad, el procedimiento interno de la audiencia adolece de una pésima regulación, carente de la más mínima sistemática y/o coherencia interna, pues, como acabamos de ver, en ocasiones el legislador explicita lo que en otros preceptos omite y a la inversa. El sentido común impone que la tramitación procedimental se acomode a una normas comunes (alegaciones, eventual prueba, resolución expresa, plazo de subsanación en su caso y nueva resolución expresa) que no tienen porqué diferir entre las diferentes cuestiones procesales que pueden ser objeto de examen en la audiencia.

Tanto la existencia de litispendencia como la de cosa juzgada deben conducir al sobreseimiento del proceso. Cuestión distinta es que la sentencia firme invocada no provoque, por no cumplir las identidades previstas en los apartados 1 a 3 del artículo 222, el efecto negativo de la cosa juzgada, *non bis in idem*, no impidiendo por tanto la prosecución del segundo proceso. En tal supuesto, en la audiencia deberá decretarse la continuación del nuevo proceso en el que, obviamente, el tribunal quedará vinculado por la eficacia positiva de la cosa juzgada de la primera sentencia, *res iur-*

dicata pro veritate habetur, debiendo por tanto el tribunal del segundo proceso tener por ciertos los extremos declarados en el proceso anterior.

Aún cuando ordinariamente la litispendencia o cosa juzgada se predicará respecto del conjunto de la demanda, cabe obviamente la posibilidad de que sólo afecten a alguna de sus pretensiones, en cuyo caso la consecuencia no debiera ser el sobreseimiento del proceso, sino su seguimiento respecto de aquellas otras pretensiones no afectadas. En similares términos pudiera también suceder que litispendencia o cosa juzgada se alegaren respecto de la reconvencción o parte de ella.⁴³

e) **Inadecuación de procedimiento por razón de la cuantía.** El artículo 422 de la nueva Ley igual el tratamiento procesal en la audiencia de la inadecuación de procedimiento por razón de la cuantía. A diferencia de lo que sucede con otras cuestiones procesales expresamente contempladas, la de la inadecuación de procedimiento por razón de la cuantía no se estima acertada.

Como es sabido, la Ley establece el ámbito del juicio ordinario (art. 249) bien por razón de la materia, bien a falta de previsión específica *ratione materiae*, por razón de la cuantía. Así, se ventilarán en proceso ordinario las pretensiones de cuantía superior a las quinientas mil pesetas. El actor deberá expresar en su demanda la cuantía litigiosa del proceso (art. 253), el tribunal deberá controlar de oficio la cuestión conforme previene el artículo 254 y, finalmente, el demandado podrá impugnar en la contestación tanto la cuantía como la clase de juicio por razón de aquella (art. 255).

La discusión puede obedecer pues bien a la aplicación de las reglas legales de determinación de la cuantía (arts. 251 y 252 de la Ley), bien a la discusión sobre el valor de la cosa litigiosa. En el primer caso, la solución pasa por la correcta aplicación, por el tribunal, de las citadas reglas legales, tratándose pues de una cuestión sencilla. Si, por contra, la discusión versa sobre el valor de la cosa litigiosa, prevé la Ley en primer lugar que se esté por el tribunal al que las partes decidan de común acuerdo, norma que no parece acertada cuando sea evidente para el tribunal que el valor consensuado entre las partes difiere notablemente del real. Faltando, como será frecuente, acuerdo entre las partes sobre tal extremo, se prevé que el tri-

⁴³. Sobre el tratamiento de la litispendencia y la cosa juzgada en la comparecencia del menor cuantía, en líneas generales aplicable a la actual audiencia, vid. más extensamente ALONSO-CUEVILLAS, *La comparecencia preparatoria*, cit., págs. 250-251 para la litispendencia, y 257-259 para la cosa juzgada.



bunal deba decidir oralmente en el acto en base a los "documentos, informes y cualesquiera otros elementos útiles para calcular el valor" que las partes hayan aportado (entiendo que, incluso, en el propio acto). Aun pese a que la cuestión tiene una trascendencia práctica muy inferior al exhaustivo tratamiento legal dado a la materia, no es difícil aventurar problemas de difícil solución cuando el tribunal deba decantarse por escoger entre, por ejemplo, dos informes de valoración diferentes (uno inferior y el otro superior a quinientas mil pesetas) aparentemente bien fundamentados ambos. Hubiera sido por tanto deseable prever la excepcional, para tal supuesto, práctica de las pertinentes diligencias probatorias (valoración a cargo de tercero imparcial).

Si la cuestión se decide a favor de la pertinencia del juicio verbal, se pone fin a la audiencia, convocándose ya a las partes a la vista para dicho juicio ante el propio tribunal. Resulta totalmente desafortunada la extraña referencia a la eventual caducidad de la acción efectuada en el último párrafo del artículo 422.2. Primero porque ninguna relación guarda con el valor de la cosa litigiosa y/o la adecuación o inadecuación del procedimiento y, segundo, porque, la eventual caducidad de la acción es una cuestión de fondo que debería por tanto conducir a una sentencia absolutoria de fondo y no al sobreseimiento del proceso, y, en todo caso, porque no puede entenderse porqué la eventual caducidad de la acción provoque tal efecto únicamente si se suscita en relación con la inadecuación del proceso ordinario inicialmente instado.

En otro orden de cosas, se echa por contra en falta la expresa previsión de la posibilidad de que pueda ser discutida exclusivamente la cuantía -es decir, cuando la discusión no afecte a la adecuación del procedimiento-, discusión que, aún omitida en la redacción el artículo 422, debe estimarse posible en la audiencia en méritos de lo expresamente previsto en el artículo 255.1 de la Ley, y en todo caso posible al amparo del artículo 425.⁴⁴

f) Inadecuación de procedimiento por razón de la materia. Diferenciado del tratamiento de la inadecuación de procedimiento por razón de la cuantía, el artículo 423 regula el tratamiento en la audiencia de la inadecuación por razón de la materia.

⁴⁴ Dicha discusión resulta trascendente tanto a efectos de comprobar si se alcanza o no la *summa gravaminis* prevista para acceder a casación (veinticinco millones de pesetas, según el art. 477 de la Ley), como a efectos de regulación de honorarios profesionales y aplicación de aranceles en la eventual tasación de costas.

Como ensayado, los artículos 249 y 250 de la Ley, regulan el respectivo ámbito del proceso ordinario y del verbal por razón de la materia. Aun cuando dicha materia, por ser de *ius cogens*, debiera haber sido controlada de oficio por el tribunal, pudiera llegar a plantearse en la audiencia, y dada la notable simplificación operada por la propia Ley, parece difícil que puedan suscitarse debates complejos al respecto. Así las cosas, planteado el debate, debe tener ordinariamente una sencilla resolución pareciendo por tanto injustificada la expresa previsión contenida en el artículo 423.2 de que la cuestión pueda ser resuelta por posterior resolución escrita.

En caso de estimarse procedente el juicio verbal, al igual que como se prevé para los supuestos de inadecuación por razón de la cuantía (art. 422), se convoca ya a las partes a la vista para dicho juicio ante el propio tribunal. Respecto de la extraña referencia a la eventual caducidad de la acción, téngase por reproducido lo afirmado en sede de inadecuación por razón de la cuantía en el anterior subepígrafe. Similares consideraciones cabe efectuar respecto de la previsión contenida en el último párrafo del apartado 3 del artículo 422, pues si bien el cumplimiento de determinados requisitos especiales es en ocasiones requisito de admisibilidad de la demanda (así, art. 403 para el proceso ordinario, y art. 439 para el verbal), ello es así siempre por razón de la materia y no por razón del procedimiento a seguir (aún cuando éste pueda quedar condicionado por aquella). En su virtud, el cumplimiento de tales requisitos especiales, debe ser siempre controlado de oficio y, en su defecto, puede ser estimado en la audiencia al amparo del artículo 425, con independencia de que incida o no en el procedimiento a seguir.

g) Demanda defectuosa. El tratamiento legal de la demanda defectuosa en sede de la audiencia (art. 424) debe estimarse plenamente acertado. Así, superándose la anacrónica expresión de *defecto legal en el modo de proponer la demanda* se detallan con mayor claridad los defectos realmente relevantes, la falta de claridad o precisión en la determinación de las partes o en las pretensiones deducidas. Para precisar tales conceptos habrá que estar a la jurisprudencia del Tribunal Supremo acuñada en sede del antiguo artículo 533.6º, que delimitó los supuestos de concurrencia del *defecto legal* a los de falta de designación del demandado o inexistencia de la persona designada y a los de falta de claridad o precisión en el *petitum* ya sea por inexistencia de la súplica o porque ésta sea oscura o imprecisa de forma que no pueda saberse lo que se pide. En similares términos, la Ley



establece que sólo procederá el sobreseimiento cuando "no fuese en absoluto posible determinar en qué consisten las pretensiones del actor" o "frente a qué sujetos jurídicos se formulan las pretensiones". El defecto podrá quedar fácilmente subsanado mediante las aclaraciones o precisiones que efectúe al respecto la parte interesada.

Hubiera resultado conveniente prever de forma expresa que cuando la falta de claridad y/o precisión no afectare al íntegro contenido de la demanda, sino sólo a alguna de las pretensiones contenidas, el efecto provocado deberá ser no el íntegro sobreseimiento del proceso, sino simplemente respecto de aquellas pretensiones afectadas.

Se estima por el contrario acertada la expresa previsión de que los aludidos defectos puedan afectar a la reconvención en lugar de la demanda.⁴⁵

Hubiera sido deseable prever expresamente el eventual debate sobre la propia admisibilidad -con independencia de su falta de claridad o precisión- de la reconvención cuando se discutiere la concurrencia de los requisitos -singularmente el de conexión- previstos en los artículos 406 y 407 de la Ley. Ello no obstante, aunque la cuestión no se halle expresamente prevista en el citado artículo 424, tendrá cabida al amparo del artículo 425.

h) Otros posibles defectos y faltas. Bajo la rúbrica "decisión judicial en casos de circunstancias procesales análogas a las expresamente previstas", el artículo 425 LEC contiene una cláusula de cierre del sistema. La inclusión de tal cláusula de cierre, previendo la posibilidad de que se examinen en la audiencia otros defectos distintos a los expresamente contemplados debe valorarse muy positivamente.⁴⁶ Tendrán pues cabida al amparo del precepto comentado todos los posibles vicios o defectos no expresamente contemplados que puedan impedir la terminación del proceso mediante sentencia sobre el fondo. Asimismo, en la medida en que la finalidad de la audiencia es esencialmente saneadora, deben tener también cabida todos aquellos otros defectos o faltas que afecten a cualquiera de los actos procesales de las partes y cuya subsanación sea posible verificar en la audiencia.

⁴⁵ Respecto al tratamiento del *defecto legal en el modo de proponer la demanda* en la comparecencia del menor cuantía, básicamente aplicable a la actual audiencia, vid. más extensamente, ALONSO-CUEVILLAS, *La comparecencia preparatoria*, cit., págs. 251-252.

⁴⁶ Esta fue la solución en su día adoptada en el artículo 410 del Proyecto de los Profesores. Vid. *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit. t. II, 1974, págs. 225-228.

VII. FUNCION DELIMITADORA

1. La función delimitadora de la audiencia

Los artículos 426 a 428 de la Ley regulan la denominada *función delimitadora* de la audiencia, anteriormente prevista en la regla segunda del artículo 693. Debe por tanto, en primer lugar, valorarse positivamente, la mayor extensión dedicada a la función delimitadora que, hasta la fecha -es decir, bajo la vigencia del citado art. 693-, ha sido la gran ignorada en nuestra práctica forense.

La inclusión de la función delimitadora entre los diferentes objetos de la audiencia es precisamente la justificación teórica de que nuestra audiencia no sea previa, sino posterior a la contestación a la demanda y reconvención en su caso, como sucede en todos los modelos de derecho comparado que incluyen entre las funciones de la comparecencia, una actividad delimitadora de los términos del debate.⁴⁷

Analizando el contenido de la regla segunda del antiguo artículo 693 LEC y contrastándolo asimismo con la regulación de los escritos de réplica y dúplica contenida en los artículos 548 y 549 L.E.C., podemos distinguir hasta cuatro diferentes actividades posibles al amparo de la citada regla segunda. Así, la función delimitadora podía subdividirse en las funciones -o, si se prefiere sub-funciones- *dialéctica*, que tiene por objeto *replicar* en sentido estricto -es decir, contestar a la contestación, o, mejor aún, exceptuar a la excepción (vg. frente a la *exceptio* de prescripción la *contraexceptio* de su interrupción)-, *transformadora*, consistente en la eventual modificación del objeto del proceso, *esclarecedora* o *aclaratoria*, que tiene por objeto aclarar las posibles oscuridades de los escritos de alegaciones, y *concretizadora*, que tiene por objeto definir claramente las posiciones en conflicto mediante la concreción del *thema decidendi* -es decir, la concreción de los aspectos fácticos y jurídicos verdaderamente relevantes a efectos de la decisión, separándolos de la frecuentemente abundante literatura irrelevante contenida en los escritos de alegaciones- y la concreción del *thema probandi* -es decir, de entre los relevantes, los hechos controvertidos que deberán ser objeto de prueba-.⁴⁸

⁴⁷ Vid. al respecto, ALONSO-CUEVILLAS, *La comparecencia preparatoria*, cit., pág. 51.

⁴⁸ Vid. más ampliamente al respecto ALONSO-CUEVILLAS, *op. cit.*, págs. 276-301.

Dichas cuatro funciones, apenas insinuadas en la antigua regla segunda, se perciben hoy con mucha mayor claridad en los artículos 426 a 428 de la Ley, añadiéndose aún la expresa referencia a la alegación de hechos nuevos o de nueva noticia (art. 426.4) y al pronunciamiento sobre los documentos y dictámenes aportados de adverso (art. 427).

2. La sub-función dialéctica

Como ya se ha afirmado la función delimitadora de la audiencia, puede subdividirse en diversas funciones -o, si se prefiere sub-funciones- entre las que hallamos la denominada función o sub-función *dialéctica*, que tiene por objeto *replicar* en sentido estricto -es decir, contestar a la contestación, o, mejor aún, excepcionar a la excepción (vg. frente a la *exceptio* de prescripción la *contraexceptio* de su interrupción)-. Dicha función fue la originariamente prevista para los escritos de réplica y dúplica, si bien, quizás por su obviada no fue expresamente mencionada por las leyes de enjuiciamiento decimonónicas quedando por tanto desdibujada en la redacción de los antiguos artículos 548 y 549.⁴⁹ La actual Ley contempla tal función en el apartado 1 del artículo 426 bajo la rúbrica de *alegaciones complementarias*. Se concibe por tanto con destacada amplitud que debe permitir no sólo *replicar* en sentido estricto, es decir, excepcionar a la excepción o *contraexcepcionar*⁵⁰, sino, en sentido más amplio, contestar a la contestación. La técnica del *micrófono abierto* que debe regir el desarrollo de los debates, permitirá que puedan concederse a las partes cuantos sucesivos turnos sean necesarios.

3. Sub-función aclaradora

La función o sub-función aclaradora se halla expresamente contemplada en los apartados 2 y 6 del artículo 426 LEC. Se trata en definitiva, que por propia iniciativa de cada parte, o a petición judicial, de oficio o a instancia de la contraparte, puedan quedar completamente aclarados cualesquiera extremos oscuros de los escritos de alegaciones. La oralidad del acto ha de

⁴⁹ Vid. ampliamente al respecto, ALONSO-CUEVILLAS, *La comparecencia preparatoria*, cit., págs. 283 a 288.

⁵⁰ Al margen de las expresas previsiones al respecto contenidas en el artículo 408 de la Ley respecto de la compensación y la nulidad del negocio jurídico.

permitir que tras la audiencia queden perfectamente clarificadas todas las alegaciones efectuadas por las partes, tanto del orden fáctico como jurídico. Es de destacar la previsión contenida en el inciso final del apartado 6 del citado precepto que permite que el tribunal advierta a las partes que, caso de no clarificar o precisar suficientemente lo que se les solicite, podrá tenerseles por conformes con la relación de hechos y argumentos aducidos de contrario.⁵¹

4. Sub-función transformadora

La función o sub-función transformadora de la audiencia se halla contemplada en los apartados 2 y 3 del citado artículo 426, que permiten *rectificar* extremos secundarios de las pretensiones y *añadir* alguna nueva pretensión accesoria o complementaria de las iniciales. Esta posibilidad, que se concibe como una excepción a la regla de prohibición de la *mutatio libello*, se hallaba ya contemplada tanto en la regulación de los escritos de réplica y dúplica (arts. 548 y 549) como en la comparecencia del menor cuantía (regla 2ª del art. 693). Será por tanto de aplicación la doctrina jurisprudencial acuñada en sede de los citados preceptos que, como regla general, sólo permitió las modificaciones *no sustanciales*, es decir aquellas que no sean *objeto principal* del pleito. A modo simplemente de ejemplo, cabe citar la petición de intereses respecto del principal reclamado en la demanda, o la pretensión, complementaria a la petición de nulidad de un negocio jurídico, de que se declare también la nulidad de una novación parcial efectuada por documento posterior conocido a raíz de la contestación a la demanda.⁵²

La modificación de las pretensiones requiere obviamente, tras la lógica previa audiencia de la contraparte, una expresa resolución sobre su admisión, resolución ésta expresamente prevista, de suerte que la contraparte conozca de forma clara las exactas pretensiones que contra ella se formulan. Por elemental aplicación del derecho de defensa, la parte adversa ha de tener oportunidad de contestar a las nuevas pretensiones ya sea en

⁵¹ Respecto de la función aclaratoria de la comparecencia, aplicable a la actual audiencia, vid. ampliamente, ALONSO-CUEVILLAS, *La comparecencia preparatoria*, cit., págs. 292 a 294.

⁵² Vid. ampliamente al respecto ALONSO-CUEVILLAS, *La comparecencia preparatoria*, cit., págs. 288 a 291, así como la monografía de BERZOSA FRANCO, *Demanda, "causa petendi" y objeto del proceso*, Córdoba, 1984, donde puede encontrarse abundante información bibliográfica y jurisprudencial sobre la materia.

el acto cuando ello sea posible sin menoscabo del correcto ejercicio del citado derecho de defensa, o en otro caso concediéndosele expreso plazo para la formular la contestación.

5. Alegación de hechos nuevos o de nuevo conocimiento

El apartado 4 del citado artículo 426 introduce en el seno de la audiencia la posibilidad de alegar hechos de relevancia sucedidos o conocidos con posterioridad a la fase de alegaciones. La admisibilidad de tales alegaciones queda obviamente sujeta a los límites y requisitos previstos en el artículo 286.4 de la Ley, es decir, deberá acreditarse suficientemente que se trata de un hecho nuevo o de nuevo conocimiento. Nuevamente, la técnica del *micrófono abierto* ha de permitir que alegado el hecho nuevo por una parte, pueda la adversa efectuar alegaciones sobre el mismo. Finalmente, el tribunal decidirá sobre la procedencia o improcedencia de tomar el hecho en consideración, pudiendo imponer, recuérdese, en caso de que aprecie ánimo dilatorio o mala fe procesal en la alegación extemporánea, multa de veinte a cien mil pesetas.

6. Presentación de documentos

El apartado 5 del artículo 426 prevé expresamente que en la audiencia puedan aportarse los documentos y dictámenes que se justifiquen en razón las actividades llevadas a cabo al socaire de los anteriores apartados del precepto, es decir, las alegaciones complementarias, las aclaraciones o precisiones efectuadas respecto de las alegaciones iniciales, las eventuales modificaciones de las pretensiones o la alegación de hechos nuevos o de nuevo conocimiento. Obviamente la presentación de nuevos documentos se halla sujeta a las formalidades generales previstas respectivamente tanto para los documentos públicos como para los privados en los artículos 267 y 268 de la Ley.

7. Posicionamiento expreso ante los documentos y dictámenes presentados de adverso

El artículo 427 LEC prevé expresamente que en la audiencia "cada parte se pronunciará sobre los documentos aportados de contrario hasta ese momento, manifestando si los admite o impugna o reconoce o si, en su caso,



propone prueba acerca de su autenticidad" (art 427.1) y, si fuere el caso, "expresarán lo que convenga a su derecho acerca de los dictámenes periciales presentados hasta ese momento, admitiéndolos, contradiciéndolos o proponiendo que sean ampliados en los extremos que determinen" (art. 427.2). Se trata por tanto de una novedosa función, o sub-función, de la audiencia fruto del tratamiento que la nueva Ley dispensa a las pruebas documental y pericial.

En materia documental, la nueva Ley establece como regla general la validez de los documentos aportados al proceso siempre que su autenticidad no sea expresamente cuestionada por la contraparte. Así lo establecen los artículos 267, para los documentos públicos admisibles incluso por copia simple, y 268, para los privados admisibles igualmente por mera copia simple o fotocopia. Consecuentemente con tal previsión, el apartado primero del citado artículo 427, prevé que cada parte se posicionará sobre la autenticidad de los documentos aportados de contrario, bien reconociendo expresamente su autenticidad (o calando que comportará idénticos efectos de reconocimiento), bien impugnándolos expresamente, pudiendo en tal caso proponerse (debe entenderse que por ambas partes) prueba sobre su autenticidad.

Idéntica previsión se contiene en el inciso segundo del apartado segundo del precepto citado respecto de los informes elaborados por investigadores privados legalmente habilitados que las partes hubieren podido presentar con demanda y contestación de conformidad con lo previsto en el artículo 265.15º de la Ley.

Más compleja resulta por contra la previsión relativa a los dictámenes periciales aportados por las partes adversas, de conformidad con la nueva regulación del dictamen de peritos contenida en los artículos 335 a 352 de la Ley. Tal previsión es obviamente consecuencia del importante peso que la Ley concede a los dictámenes privados aportados por las partes. Así, respecto de tales dictámenes prevé el artículo 427.2 que cada parte podrá expresar lo que a su derecho convenga "admitiéndolos, contradiciéndolos o proponiendo que sean ampliados en los extremos que determinen". Cabe entender que en este momento procesal la actuación se limitará a expresar cualquiera de tales posturas que en el caso de que no sea la de admisión simple del dictamen deberá comportar que su debate se efectúe en el juicio sobre el fondo del asunto, sea a través de la declaración de los peritos en el juicio prevista en el artículo 347 de la Ley, que prevé expresamente la posibilidad de am-

pliación del dictamen (art. 347.1.4º), sea a través de la práctica de otros medios probatorios y/o en la posterior valoración que cada parte efectúe de la prueba en trámite de conclusiones orales en el acto del juicio, conforme previene el artículo 433.2.

El artículo 427.3 prevé la posibilidad de aportación de nuevos dictámenes periciales en relación con alguna de las actividades llevadas a cabo al amparo de los tres primeros apartados del artículo 426, es decir, alegaciones complementarias, aclaración de las alegaciones y rectificación o adición de las pretensiones. En la audiencia se limitarán las partes a señalar la necesidad de aportación de tales dictámenes que, de conformidad con lo previsto en el artículo 338.2, podrán aportarse hasta cinco días antes de la celebración del juicio. Aunque la Ley se refiera expresamente a "los tres primeros apartados del artículo 426", cabe entender asimismo permisible la aportación posterior de dictámenes relativos a los hechos nuevos o de nueva noticia a los que se refiere el apartado 4 del citado artículo 426. Finalmente, el apartado 4 del citado artículo 427 prevé que, en los supuestos aludidos, en lugar de aportarse dictamen privado, pueda éste realizarse por perito judicialmente designado. Conforme a las previsiones del artículo 339.3 y 4 de la Ley, el tribunal acordará la designación siempre que considere pertinente y útil el dictamen y ambas partes se muestren conformes en el objeto de la pericia (extremo harto difícil) y en aceptar el dictamen del perito que el tribunal nombre. Si las partes estuviesen de acuerdo en la persona o entidad que deba realizar el dictamen así se acordará; en otro caso, la designación se efectuará en el modo previsto en el artículo 341 de la Ley.

8. La sub-función concretora

La función o sub-función que ordinariamente puede deparar mejores resultados prácticos es la que hemos antes denominado función concretizadora. La regulación contenida en el artículo 428.1 de la Ley, mejora sensiblemente la anterior previsión de la regla segunda del artículo 693 al destacar, en un párrafo aislado e independiente, la necesidad de que Juez y defensores procedan a fijar los hechos sobre los que exista conformidad y disconformidad. Se trata en definitiva de concretar el *thema decidendi*, o sea el conjunto de extremos realmente relevantes de entre todos los consignados por ambas partes en sus respectivas alegaciones, y dentro del mismo, el *thema probandi*, es decir la relación de puntos fá-

cticos relevantes verdaderamente controvertidos, que constituirán por tanto el objeto de prueba.⁵³

El buen aprovechamiento de la función delimitadora de la audiencia permite obtener resultados extremadamente útiles. En una experiencia llevada a cabo conjuntamente con varios Juzgados barceloneses, se procedió a preparar concienzudamente el debate a desarrollar en la comparecencia. Centrándonos en la función concretizadora de la comparecencia, el juzgador procedía a estudiar en profundidad el contenido de los escritos de alegaciones y advertía en la providencia de citación la conveniencia de que acudiesen los Letrados. Abierto el acto, y verificada en su caso la función saneadora, Juez y defensores procedían conjuntamente primero a desgajar el contenido verdaderamente relevante de los escritos iniciales desechando todas las alegaciones y argumentaciones de carácter intrascendente. Quedaba pues concretado el *thema decidendi*. Y, posteriormente, se procedía a fijar asimismo qué hechos eran conformes y cuáles controvertidos, concretándose así el *thema probandi*. El resultado fue espectacular. En muchas ocasiones se pudo fallar sin prueba en el pleito que, en otro caso, a buen seguro hubiera desplegado una -innecesaria- ingente actividad probatoria. En algunas ocasiones -cuando los defensores de las partes se daban cuenta del perfecto conocimiento de la controversia por el juzgador y podía valorar mejor sus posibilidades de éxito-, se consiguió el acuerdo en la propia comparecencia. En otras muchas, sin llegar siquiera a proponer prueba, la actora desistía -sin que la demandada reclamase las costas, evidenciándose así que se había obtenido un acuerdo- o se sometía a homologación un acuerdo a los pocos días de celebrada la comparecencia. Y, en los restantes, la prueba propuesta por las partes era sensiblemente inferior a la que presumiblemente se habría propuesto en otros procesos similares. La bondad de aprovechar convenientemente las posibilidades concretizadoras del debate ofrecidas por la comparecencia está pues fuera de toda duda.

9. Eventual conciliación

Verificada la delimitación del *thema probandi*, las partes, como acaba de exponerse, están ya en óptimas condiciones para valorar sus respectivas

⁵³ Vid. ampliamente al respecto, ALONSO-CUEVILLAS, *La comparecencia preparatoria*, cit., págs. 294 a 301.

posibilidades de éxito o fracaso. Es pues un momento ideal para lograr un acuerdo conciliatorio que, *in limine* de la audiencia resultaba de mucha más difícil consecución. Y resultaría absurdo que ya no pudiese obtenerse la homologación de tal acuerdo por haber precluido la oportunidad prevista *in limine* de la audiencia. La previsión del apartado segundo del artículo 428 debe pues valorarse muy positivamente.⁵⁴

10. Posible sentencia inmediata

Obviamente, si tras la delimitación del *thema probandi* se constatare que no existe discrepancia fáctica alguna sino exclusivamente jurídica, no procedería aperturar el período probatorio, sino que el tribunal dictara sentencia en el plazo de veinte días previsto en el artículo 428.3.

VIII. PROPOSICION DE PRUEBA

Conforme señala el primer apartado del artículo 429, constatada la discrepancia fáctica, la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de la prueba. La actual audiencia ya no termina pues, como la anterior comparecencia con la solicitud de recibimiento a prueba, trámite que desaparece al establecerse el señalado automatismo de la proposición por mor de la simple constatación de la discrepancia fáctica.

La prueba se propondrá por tanto sin solución de continuidad respecto de la previa delimitación del *thema probandi*. Este importante cambio legislativo obligará también a un cambio de hábitos en los abogados pues deberá ahora acudir a la audiencia previa convenientemente preparado no sólo respecto de las cuestiones procesales sino también sobre el fondo del asunto y, lo que ahora interesa destacar, sobre cómo puede acreditarse cada extremo de hecho discutido, cuestiones que el abogado deberá por tanto haber preparado con su cliente antes de la audiencia.⁵⁵

⁵⁴ La necesidad de prever un cauce expreso para la consecución y homologación de un acuerdo al término de la comparecencia fue expresamente apuntada en ALONSO-CUEVILLAS, *La comparecencia preparatoria del futuro proceso civil*, cit., pág. 233.

⁵⁵ En el *Anteproyecto* la audiencia finalizaba con el recibimiento a prueba, gozando después las partes del pertinente período de proposición. El loable intento de dar mayor celeridad a la tramitación el proceso debe conjugarse con la necesaria garantía de que las partes podrán ejercer correctamente su derecho de defensa.

Como quiera que el Juez habrá estado presente y participado activamente en la previa concreción del *thema probandi*, prevé la Ley que pueda manifestar a las partes que considera insuficientes las pruebas propuestas respecto de determinado o determinados hechos, pudiendo incluso sugerir cuál pudiera ser la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. La celebración de la audiencia comportará pues un necesario cambio de hábitos no sólo para los letrados de las partes sino también para los juzgadores.

Conforme previene el artículo 284 de la Ley, la proposición de los distintos medios de prueba se hará "expresándolos son separación"⁵⁶, señalándose qué testigos y peritos serán presentados por el proponente y cuáles deben ser citados judicialmente, consignándose el domicilio de estos últimos, sea en el propio acto o bien aportándose dentro de los cinco días siguientes (art. 284). Deberá asimismo señalarse qué prueba ha de practicarse con anterioridad al juicio al no ser posible su práctica en el mismo y cuál debe practicarse fuera del lugar del juicio a través del auxilio judicial, pudiendo en este caso las partes presentar el oportuno interrogatorio en el plazo de tres días (art. 429.5).

IX. ADMISION DE PRUEBA Y SEÑALAMIENTO DE JUICIO

Propuestas las pruebas por las partes, el tribunal admitirá las que sean pertinentes y útiles, cabiendo contra tal resolución recurso de reposición a sustanciar y resolver en el acto y, si se desestimare, formulación de protesta al efecto de hacer valer el derecho en segunda instancia (art. 285.2), y procederá en la misma resolución a señalar fecha para el inicio del juicio, que deberá celebrarse en el plazo de un mes desde la conclusión de la audiencia (art. 429.2) o, a instancia de parte, en el plazo de dos meses cuando toda la prueba o gran parte de ella hubiera de realizarse fuera del lugar del juicio, criterio éste absurdo pues de lo que se trata es de que cuando se celebre el juicio haya sido ya practicada toda la prueba que no tenga cabida en él (arts. 290 y 429.4) con independencia de que sea "toda la prueba", "gran parte de ella" o sólo alguna o algunas pruebas.

⁵⁶ La transcrita mención, que no tiene sentido en una proposición de prueba formulada oralmente, es muestra de la precipitada tramitación de la Ley ya que aún obedece al inicial esquema de proposición de prueba escrita.

Las partes que hayan comparecido a la audiencia quedarán ya citadas para el acto del juicio. El tribunal deberá citar, con la suficiente antelación, a los testigos y peritos que las partes no se hayan comprometido a aportar así como a aquellas partes que no hubiesen comparecido a la audiencia. Cuando fuese de prever que el juicio no finalizará en la primera sesión, deberá indicarse expresamente en qué fecha o fechas y hora se llevarán a cabo las siguientes sesiones del juicio.

Asimismo, el tribunal remitirá los oportunos exhortos cuando resulte necesario recabar el auxilio judicial (art. 429.6).

Obviamente, cuando sólo se haya admitido prueba de documentos ya aportados al proceso y no impugnados y/o dictámenes periciales de los que ni partes ni juez hayan solicitado su ratificación, de conformidad con lo previsto en el apartado 8 del artículo 429, no será necesario celebrar el juicio. En tal caso, sin necesidad de celebrarse juicio, el tribunal dictará sentencia en el plazo de veinte días.

X. SOLICITUD DE NUEVO SEÑALAMIENTO DEL JUICIO

El artículo 430 LEC, último de los preceptos formalmente incluidos en la regulación de la audiencia, ya no regula extremos relativos a ésta sino al trámite procesal posterior, el juicio. Procede pues efectuar remisión al estudio del juicio *infra*

EL JUICIO

Comentarios

Jaime Alonso-Cuevillas Sayrol
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona
Abogado