

El carácter no preceptivo de la comparecencia del procurador en la audiencia previa en el proceso civil español.

The non-obligatory appearance of the Agent of Court at stage of preliminary hearing in the spanish civil procedure.

David García Bartolomé

Doctorando.

Universidad Autónoma de Madrid.

Fecha de Presentación: febrero 2010. Fecha de Publicación: abril de 2010.

Resumen.

El autor analiza la comparecencia del procurador y de la parte material en la fase procesal de audiencia previa al juicio. En primer lugar se hace un breve recorrido sobre la finalidad de la audiencia previa en el proceso civil, interpretando el contenido previsto en el artículo 414.2 de la LEC, sobre el régimen de la comparecencia del procurador y las partes en la fase de audiencia previa. En el presente trabajo, el autor defiende la idea de que la representación mediante procurador en sede de audiencia previa no es preceptiva. Finalmente, se analiza el papel del procurador en el proceso civil, y las funciones que este tiene a la luz de la nueva Ley 13/2009 de la Oficina Judicial.

Abstract.

The author analyzes the appearance of the agent of court and the trial phase material in the stage of preliminary hearing. First, a brief tour of the purpose of the stage preliminary hearing in the civil process, interpreting the contents provided for in Article 414.2 of the LEC, on the arrangements of the hearing the agent of court at the stage preliminary hearing. In this paper, the author argues that agent court representation by the seat of a prior hearing is not mandatory. Finally, we analyze the role of the agent of court in a civil proceeding, and the functions that this is in the light of the new Law 13/2009 of the Judicial Office.

Sumario

- I. LA FINALIDAD DE LA FASE DE LA AUDIENCIA PREVIA EN EL ÁMBITO DEL JUICIO ORDINARIO.
- II. LA INTEPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL ARTÍCULO 414.2 DE LA LEC REALIZADA POR ALGUNOS JUZGADOS Y TRIBUNALES: *“UNA INTERPRETACIÓN YA VENCIDA EN LA DOCTRINA CIENTÍFICA”*.
- III. EL PAPEL DEL PROCURADOR EN LOS PROCESOS CIVILES ACTUALES.
- IV. CONCLUSIÓN.

Palabras clave

Audiencia previa, comparecencia, representación procesal, postulación, proceso civil, procurador, oficina judicial, poder general de pleitos, poder especial.

Keywords

Preliminary hearing, hearing, legal representation, nomination, civil, agent of court, judicial office, general power of litigation, special power,

I.- LA FINALIDAD DE LA FASE DE AUDIENCIA PREVIA EN EL ÁMBITO DEL JUICIO ORDINARIO.

Una de las principales novedades que introdujo la Ley de Enjuiciamiento civil 1/2000, fue la de concentrar el análisis de todas las cuestiones procesales en una sola audiencia a fin de que el acto del juicio esté exclusivamente destinado a formar la convicción del juez sobre los hechos controvertidos¹.

Como define la doctrina, la Audiencia previa es una fase procesal cuya finalidad es doble: o bien se persigue terminar el proceso cuando éste es inútil o imposible desde el punto de vista procesal, o bien se persigue preparar el verdadero juicio en el que las partes han de probar sus alegaciones y llevan acabo las conclusiones que permiten al juzgador dictar la sentencia de fondo².

En primer lugar, lo que se buscaba con dicha decisión, es la posibilidad de llegar a un acuerdo y no entrar a juicio, es decir, si se llega a un acuerdo extrajudicial, entonces se trunca o evita el proceso, esta es una de las principales finalidades de la Audiencia Previa, puesto que en esencia lo que se pretende es que se dilucide el litigio y si puede ser mediante un acuerdo extrajudicial, ¿por qué poner en marcha toda la maquinaria judicial originando gastos al Estado, si existe otra forma alternativa de resolver el conflicto?.

Como podemos ver, la sustanciación obligatoria de la fase intermedia de audiencia previa, fomenta de alguna manera las soluciones autocompositivas mediante la conciliación o la transacción³, ya que, si existe otra forma alternativa de resolver el litigio como pueda ser un acuerdo pactado por las partes, el legislador entiende que esta solución será preferible a seguir con el litigio, obteniendo la solución satisfactoria de las partes y evitando así que el juzgador tenga la obligación de pronunciarse ante tal controversia. En estos casos, entendemos que no

¹ DAMIÁN MORENO, J, "*Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*", en LORCA NAVARRETE (dir.) Tomo II, Valladolid, 2000, pág. 2111.

² Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, "*Derecho procesal civil*", con MORENO CATENA, Parte general, 2ª ed., Valencia, 2005, pág. 183.

³ DAMIÁN MORENO, J, "*Comentarios...*", Op.cit, pág.2112.

será necesario poner en marcha la maquinaria judicial, ahorrando los esfuerzos y los gastos que un proceso supone para el Estado⁴.

Por todo lo anteriormente apuntado, el órgano jurisdiccional frente al que se haya instado el proceso, deberá iniciar la fase de audiencia previa, comprobando si subsiste la controversia entre las partes, para lo que solicitará que manifiesten si existe alguna posibilidad de llegar a un acuerdo, pudiendo las partes desistir o bien someter al órgano judicial un acuerdo para que éste lo homologue y de este modo obtener los mismos efectos que si de una transacción se tratara⁵.

La otra finalidad esencial de la fase de audiencia previa en caso de que no se haya llegado a un acuerdo por las partes que conforman la relación jurídico-procesal, será la de preparar el juicio, y para ello habrá que depurar el proceso de presupuestos y excepciones procesales, atribuyendo al juez los medios precisos para saber con exactitud cuál es la posición que cada una de las partes mantiene en el proceso y, de esta manera, que pueda dictar una sentencia más justa, lo cual significa que el juez puede denegar el juicio por motivos procesales dictando resolución que, aunque no goce de efectos de cosa juzgada material puede en algún caso impedir un nuevo planteamiento de la cuestión en un juicio posterior⁶.

En definitiva, la función de depuración de las cuestiones procesales en la fase de audiencia previa, es primordial para el juez, puesto que una vez depuradas todas y cada una de las cuestiones procesales que se hayan podido plantear en un proceso, el juez se centrará en la resolución del fondo⁷.

En este caso, nos encontramos que ante la imposibilidad de haber podido llegar a un acuerdo o transacción sobre el objeto de la *litis*, será inevitable entrar a la solución jurisdiccional, teniendo el Juzgador la obligación legal de resolver el conflicto que le plantean según se desprende de la cláusula de cierre inserta en el artículo 1.7 del Código Civil.

⁴ CASAS COBO, P. A, "Problemas del juicio ordinario en la LEC en su primer año de vigencia", *"La aplicación judicial de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil"* en PICÓ I JUNOY (dir.), Zaragoza, 2002, pág.72.

⁵ JUAN SÁNCHEZ, R, "El juicio ordinario: Supuestos de adecuación", en ORTELLS RAMOS (dir.), *"Derecho Procesal civil"*, Navarra, 2007, pág.613.

⁶ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V, citado por DAMIÁN MORENO en *"Comentarios..."*, op.cit. pág.2.113.

⁷ Como bien afirma DAMIAN MORENO, J, *"El juez tiene que pensar que más allá del juicio solo está la sentencia y, consecuentemente, tiene que adaptar toda su actividad a la consecución de la decisión más justa posible en función de los medios con los que dispone."*, Vid. *"Comentarios"*, op.cit. pág. 2.110 y ss.

Por todo ello, el legislador refuerza la idea de que cuando sea inevitable la entrada a juicio, será conveniente preparar el mismo para facilitar su sustanciación, es decir, la audiencia previa está pensada para preparar el debate sobre el fondo, por lo que en puridad, dentro de la fase de audiencia previa se examinarán las cuestiones procesales que pudieran impedir la sustanciación regular del proceso, se fijarán los extremos y el objeto de la *litis* y se propondrán y admitirán las pruebas de las que se quieran hacer valer las partes, para que una vez se hayan resuelto dichas cuestiones, se vaya a la celebración del juicio, que se sustanciará de forma dinámica, entrando ya en el fondo del asunto, puesto que las cuestiones formales ya han sido analizadas en la audiencia previa.

Para los casos en los que las soluciones autocompositivas no sean posibles, la audiencia cobra especial importancia dentro de los cauces del juicio ordinario, pues sirve de fase preparatoria preliminar del auténtico juicio, dónde se practicarán las pruebas propuestas por las partes y admitidas por el juez en la audiencia previa. Dentro de la meritada fase, y una vez que el juzgador haya sondeado si existe la posibilidad de llegar a un acuerdo por las partes, se hayan resuelto las cuestiones procesales y se hayan fijado los extremos de la *litis*, se abrirá el momento oportuno para la proposición⁸ y admisión de las pruebas, que como bien afirma algún autor, el momento normal de la proposición de los medios de prueba es el del final de la audiencia previa⁹.

La proposición de la prueba es el acto de parte por el que se solicita al órgano judicial la práctica de la prueba de determinados medios de prueba que aquella estima que son necesarios y suficientes para poder probar la verdad de los hechos y de los actos que fundamentan la acción o, en su caso, la excepción¹⁰.

A nuestro juicio, la proposición de la prueba es una de las cuestiones más relevantes de la audiencia previa, ya que es el momento oportuno para que los litigantes propongan los medios

⁸ DAMIÁN MORENO, J, "La audiencia previa al juicio", en CORTÉS DOMÍNGUEZ/MORENO CATENA, (cords.), *"La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil"*, Tomo II, Madrid, 2000. Pág 105. El Autor afirma: *"La proposición de los concretos medios de prueba se encuentra presidida por el principio de concentración. Por consiguiente, ha de llevarse a cabo en este momento, una vez que se conocen los hechos que han resultado controvertidos. La proposición deberá realizarse por su orden. Primeramente las pruebas propuestas por el demandante y, posteriormente, las del demandado..." "... En este mismo acto el juez debe decidir sobre la admisión de los distintos medios de prueba propuestos..."*

⁹ MONTERO AROCA, J, "Procedimiento probatorio (la grandeza de la sumisión a la ley procesal)" en AAVV, MONTERO AROCA (dir), cuadernos del CGPJ, *"La prueba"*, Madrid, 2000, pág.290.

¹⁰ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V, *"Derecho procesal..."*, op.cit. pág. 240.

de prueba de los que quieren hacerse valer en el juicio, siendo esto muy importante desde el punto de vista procesal¹¹, puesto que en todo proceso deben predominar los Principios de dualidad de partes e igualdad de partes¹², por ello el legislador pone a disposición de los litigantes los cauces oportunos para que hagan valer el derecho que invocan, siendo la audiencia previa el momento idóneo en el cual se pueden y deben proponer las pruebas con la que se quieren acreditar todos y cada uno de los hechos alegados dentro de la fase de alegaciones, ya que, de no hacerlo, perderían su derecho, y no podrían aportar ningún medio de prueba más en la celebración del juicio, que no haya sido propuesto y admitido en fase de audiencia previa.

Por todo ello, hemos de acentuar la gran importancia del momento de proposición de prueba dentro de la audiencia previa, puesto que, sin medios de prueba, no podremos acreditar los hechos y por ende nuestras alegaciones pueden quedar ante el juez como meras manifestaciones no acreditadas, produciéndose un perjuicio al litigante que verá como sus pretensiones decaen en pro de las pretensiones de la contraparte.

Por todo lo anterior, entendemos que, la fase de audiencia previa es una fase intermedia esencial dentro de los juicios ordinarios y, aunque dicha fase queda bastante difuminada en el ámbito del juicio verbal, la operatividad de la fase de audiencia previa, no deja de ser necesaria y funcional para la buena sustanciación del los procesos civiles.

Como hemos podido ver, la audiencia previa es una fase que cumple dos finalidades decisivas en los juicios ordinarios, ya que, intentada la conciliación o transacción sobre el objeto del litigio, se puede llegar a un acuerdo entre los litigantes que evite la entrada del juzgador a conocer del asunto, consiguiendo con ello que los litigantes hayan resuelto sus diferencias y el Estado no

¹¹ DAMIÁN MORENO, J, "La Audiencia..." Op. Cit. Pág. 104. Como bien afirma el autor, *"El modelo de audiencia previa se articula única y exclusivamente en función del juicio (art. 431). Por lo tanto, si no hubiese acuerdo de las partes para finalizar el litigio ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de la prueba. Una vez que ha sido delimitado el objeto del juicio y corregidos todos los defectos procesales, lo único que queda es preparar el juicio y en él practicar las pruebas que hayan sido admitidas. Por lo tanto, sin prueba no hay juicio. El juicio está pues condicionado a la existencia de prueba"*.

¹² Como apunta CORTÉS DOMÍNGUEZ, *"Las partes deben tener los mismos derechos, cargas, facultades o posibilidades: en efecto, la sentencia, como acto que pone fin al proceso, como acto esencial en la función jurisdiccional, no podrá decirse que es un acto razonado que enjuicia un conflicto intersubjetivo, intentando ofrecer la eficacia, certeza y seguridad jurídicas, si en el proceso que antecede lógicamente a ella las partes no han tenido las mismas oportunidades de defender sus intereses, sus derechos, en definitiva su posición jurídica; si hubiera una parte con predominio sobre la otra es claro que el Juez no tendría en sus manos un mecanismo de tutela imparcial y su sentencia estaría condicionada por el predominio de esa parte. Por tanto, la contradicción y la igualdad vienen impuestas por la propia esencia de la jurisdicción"*. Vid. *"Cuadernos de Derecho Judicial"*, "La Constitución Española y los Principios Rectores del Proceso Civil", Tomo XXII, CGPJ, 1993, Madrid, pág.147.

haya incurrido en un gasto innecesario. La anterior afirmación parte de la base del principio de economía procesal, pues de nada valdría seguir todo el proceso hasta el final, es decir hasta la sentencia, si al principio del mismo se puede contestar que existen defectos que la impiden¹³.

Finalmente, para el caso en que no se hubiera podido truncar el proceso, por no haber llegado las partes a un acuerdo o transacción sobre el objeto de la *litis*, en sede de audiencia previa, se podrá preparar el juicio para que el mismo no incurra en cuestiones obstativas que impidan su prosecución de manera regular.

II.- LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL ARTÍCULO 414.2 DE LA LEC REALIZADA POR ALGUNOS JUZGADOS Y TRIBUNALES: "UNA INTERPRETACIÓN YA VENCIDA DENTRO DE LA DOCTRINA CIENTÍFICA".

El Artículo 414.2 de la Ley de enjuiciamiento Civil, regula los requisitos de la comparecencia de las partes en el acto de la audiencia previa al juicio ordinario, y como se puede desprender del mismo¹⁴ las partes deberán en todo caso, comparecer a la audiencia asistidas de abogado. Cosa distinta ocurre con respecto a la representación mediante procurador, puesto que del tenor literal de dicho precepto se entiende que la parte tiene la facultad de comparecer a la audiencia previa personalmente o representada por procurador, no siendo por tanto preceptiva la representación mediante procurador. El precepto en este sentido no puede ser más claro, "*Al efecto del intento de arreglo o transacción, cuando las partes no concurrieren personalmente sino a través de procurador...*", por lo tanto, no puede existir duda ante tal extremo, siendo completamente aceptada la posibilidad que tiene la parte de poder comparecer personalmente a la audiencia previa.

Por un lado las partes son titulares de la acción (*principio de demanda*)¹⁵ por otro lado, las partes tienen también la facultad de poder disponer del objeto del proceso (*principio dispositivo*), puesto que pueden renunciar a un derecho o exigir su cumplimiento solicitando la tutela judicial. En

¹³ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V, "*Derecho procesal*", op.cit. pág.184.

¹⁴ Artículo 414.2 de la LEC 1/2000: "*Las partes habrán de comparecer en la audiencia asistidas de abogado. Al efecto del intento de arreglo o transacción, cuando las partes no concurrieren personalmente sino a través de su procurador, habrán de otorgar a éste poder para renunciar, allanarse, o transigir. Si no concurrieran personalmente ni otorgaren aquel poder, se les tendrá por no comparecidos.*"

¹⁵ "*El principio de la demanda, es aplicable no sólo cuando los derechos materiales que se ponen en juego son dispositivos, sino cuando los derechos o los intereses son indisponibles...*" Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V, en "*Cuadernos de derecho...*", op. cit. Pág. 149.

puridad, la parte puede invocar o no la tutela judicial sobre un derecho material y esa solicitud sólo depende del propio justiciable que es dueño de la acción, de ahí el *principio de demanda*, pero bien es cierto que también pueden disponer del objeto del proceso, puesto que si las partes son o pueden ser titulares del derecho material invocado, también lo son de los derechos procesales que comporta el proceso por el mero hecho de que son libres de ejercitarlos o no. Las partes pueden renunciar, transar o allanarse con respecto de la acción que ejercitaron, es aquí dónde se refleja el *principio dispositivo*, puesto que no se podría entender el proceso dispositivo si el ordenamiento jurídico no permitiese al actor renunciar, transar o allanarse.¹⁶

Al hilo de lo anterior, como podemos observar, en la celebración de la audiencia previa, ya se pone de manifiesto este poder dispositivo del objeto de la *litis*, puesto que el legislador, regula en el artículo 414.2 LEC, la posibilidad que tiene la parte de poder disponer del objeto de la *litis* a través de del acuerdo o transacción, en sede de audiencia previa, puesto que del propio precepto, permite que se pueda intentar el arreglo o transacción a través del procurador debidamente apoderado para tales efectos, es decir, que dicho procurador ostente poder especial para renunciar, allanarse o transigir sobre el objeto del proceso¹⁷.

En definitiva vamos delimitando el supuesto de hecho básico del artículo 414.2 LEC, dejando patente que, la parte podrá comparecer personalmente a la audiencia previa y si lo hace representada a través de procurador, éste deberá estar debidamente apoderado según dispone el artículo 414.2 de la LEC.¹⁸

En un primer momento, parece que el procurador debía comparecer con un poder especialísimo, porque si no, se tendría por no comparecida a la parte que representa, aunque esta interpretación restrictiva es un criterio minoritario, puesto que en la práctica forense muchos juzgados, tienen por válido la aportación de poder general para pleitos con especiales facultades

¹⁶ Estas figuras no son de aplicación a los procesos civiles en los que se ventilen derechos materiales indisponibles por las partes, como por ejemplo, los regulados en el Libro IV de la LEC 1/2000, Los denominados "*Procesos especiales*"

¹⁷ El artículo 25.2 de la LEC 1/2000, dispone, que: "*Será necesario poder especial para la renuncia, la transacción, el desistimiento, el allanamiento, el sometimiento al arbitraje y las manifestaciones que puedan comportar sobreseimiento del proceso por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida del objeto.*"

¹⁸ "*Al efecto del intento de arreglo o transacción, cuando las partes no comparecieran personalmente sino a través de su procurador, habrá de otorgar a éste poder para renunciar, allanarse, o transigir.*"

de renunciar, allanarse o transigir. La doctrina científica ha seguido mayoritariamente esta interpretación¹⁹.

Entrando ya en la cuestión objeto de este comentario, traemos a colación la sentencia de importante Sentencia de Tribunal Supremo²⁰, que trata el problema que se suscita sobre si es conforme a derecho tener por no comparecido a la parte demandada en la fase de audiencia previa de un juicio ordinario por no concurrir el procurador y hacerlo sólo el propio litigante y el Abogado.

En esta sentencia el Alto Tribunal hace una interpretación del artículo 414.2 de la LEC, mucho menos restrictiva y a nuestro juicio, más acertada que los tribunales de instancia²¹.

Para introducirnos en el fondo de la cuestión será importante traer a colación el precepto objeto de la discusión, teniendo en cuenta que el acto de la audiencia previa se regula en los artículos 413 y siguientes de la LEC y concretamente en lo dispuesto en el artículo 414.2 de la LEC²².

Como ya hemos puesto de manifiesto el precepto objeto de debate, es el artículo 414.2 de la LEC. Según podemos observar, del tenor literal del precepto, las partes deberán comparecer inexcusablemente en la audiencia previa asistidas de abogado, y representadas mediante procurador, pero según la *ratio legis* de la norma, tenemos que decir que la representación a través de procurador *no es en este caso preceptiva*, puesto que, si leemos detenidamente el propio artículo 414.2 en su último inciso²³, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que, la representación a través de procurador no es preceptiva, sino que más bien, es una facultad de la

¹⁹ CASAS COBO, P.A, *"Problemas del juicio ordinario..."*, op. cit. pág 69, en esta misma línea citados por el autor: De la Oliva, Valencia Mirón, Garnica Martín

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2009 [JUR\2009\389970].

²¹ El asunto en cuestión, llegó al Tribunal Supremo, por haberse interpuesto recurso por infracción procesal. El iter judicial que siguió el asunto fue el siguiente: Vid. Sentencias del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Madrid, de 13 de septiembre de 2002 [Procedimiento Ordinario 119/2001], siendo esta Sentencia recurrida en Apelación ante la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Madrid [Rollo 222/2003] que dictó a su vez Sentencia número 458/2004 de 26 de julio, de 2004 [JUR\2005\43337], que a su vez fue recurrida ante el Tribunal Supremo por infracción procesal, dictándose definitivamente la sentencia objeto de nuestro trabajo.

²² Artículo 414.2 de la LEC: *"Las partes habrán de comparecer en la audiencia asistidas de abogado. A los efectos de intento de arreglo o transacción, cuando las partes no concurrieren personalmente sino a través de procurador, habrán de otorgar a éste poder renunciar, allanarse o transigir. Si no concurrieren personalmente ni otorgaren aquel poder se les tendrá por no comparecidos."*

²³ *"Si no concurrieren personalmente, ni otorgaren aquél poder, se les tendrá por no comparecidos a la audiencia."*

parte que podrá decidir si acude al acto de la audiencia de forma personal, o a través del procurador, otorgándole a éste poder bastante para una eventual transacción.

Haciendo una lectura meditada de tal precepto podemos aseverar que la idea que subyace de tal redacción, es que, en la audiencia previa al juicio no es necesario acudir representado por procurador, si la parte concurre personalmente al acto.

La redacción de este precepto como bien se desprende de los fundamentos jurídicos de la sentencia objeto de comentario, no es de las mejores posibles, pudiendo dar lugar a diversas interpretaciones contrapuestas, aunque bien es cierto que en la doctrina existe bastante consenso sobre dicho dilema, no ocurre lo mismo en la práctica forense, por todo ello, tenemos la intención abordar la interpretación de dicho precepto que creemos más idónea.

Parece que lo que se desprende del artículo 414.2 de la LEC, no coincide mucho con el verdadero espíritu que intentó trasladar la Ley Enjuiciamiento Civil 1/2000, puesto que el legislador, dejó patente en la exposición de motivos la importancia de la figura del procurador en los procesos judiciales, justificando y reforzando las funciones de los mismos en el seno del proceso. Por todo ello se debe entender que, la representación mediante procurador es obligada siguiendo los pasos de la ley de enjuiciamiento civil de 1.881, acentuando las funciones y responsabilidades de los mismos dentro del sistema procesal español.

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2009, es una sentencia novedosa, no tanto por el fondo del asunto, sino más bien, porque por primera vez el Alto Tribunal se ha pronunciado sobre si la representación procesal de las partes en la audiencia previa es o no preceptiva. El tema de debate consiste en ver si la parte puede acudir personalmente con su abogado y sin procurador a la celebración de la audiencia previa, o por el contrario debe de forma preceptiva acudir a la celebración de la audiencia representado mediante procurador debidamente apoderado.

El Alto Tribunal, hace una interpretación detallada del artículo 414.2 de la Ley Enjuiciamiento Civil, pues como se pone de relieve en los fundamentos de derecho, el recurso extraordinario por infracción procesal se admite a trámite por infracción del artículo 414 y siguientes de la LEC, en los que se regula la forma de comparecer en la fase de audiencia previa al juicio.

El Tribunal Supremo entiende que la interpretación que hacen los juzgadores de instancia²⁴ no es correcta, puesto que al acto de la audiencia previa la parte podría comparecer *in personam* sin necesidad de Procurador, entendiendo que la representación por medio de procurador en la celebración de la Audiencia previa es facultativa, por lo que el litigante podrá optar por comparecer por sí mismo asistido por un letrado pero no siendo necesario que comparezca el procurador, a no ser que la parte decida no asistir a la audiencia y lo haga a través de Procurador con apoderamiento especial, como así lo establece la LEC.

Tanto el juzgado de primera instancia nº 5 de Madrid²⁵ como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20ª)²⁶, entendieron que debía tenerse por no comparecida a la compañía demandada en la sustanciación de la audiencia previa, por acudir personalmente el representante legal de la compañía asistido de letrado pero sin la presencia del procurador.

Las argumentaciones de los juzgadores de instancia se apoyaban principalmente en el contenido de los artículos 23 y 432 de la Ley de Enjuiciamiento civil y por ello, a continuación, entraremos a realizar un pormenorizado estudio de ambos preceptos.

Si atendemos al contenido del artículo 23.1º de la LEC, podemos afirmar que la comparecencia en juicio por parte de los justiciables siempre “...será por medio de Procurador...”. A continuación el apartado 2º del mismo precepto, nos establece las excepciones a la regla general, estableciendo una serie de supuestos en los que se puede comparecer prescindiendo de procurador, pareciendo esta batería de supuestos una relación *numerus clausus*. A primera vista parece que lo que se desprende del artículo 23.1 de la LEC, es que la representación por medio de procurador es preceptiva y obligatoria en todo acto procesal y en cualquier proceso como si de un requisito inexcusable se tratara, dando especial relevancia a la función del procurador como representante de la parte litigante.

²⁴ La Audiencia Provincial de Madrid, se pronuncia sobre si fue acertada o no la decisión del Juez titular del Juzgado de primera Instancia nº 5 de Madrid, que tuvo por no comparecida a la parte demandada por no acudir a la audiencia previa con procurador habilitado, decisión que fue posteriormente ratificada por Auto de 14 de febrero de 2002, en virtud del artículo 23 de la LEC, ya que el juzgador en primera instancia, entiende que no nos encontramos ante un juicio verbal, un juicio universal, o un incidente. Por lo tanto, la Audiencia confirma tal razonamiento, entendiendo al mismo como acertado: “*ya que nuestra Ley procesal obliga a las partes, exceptuando los anteriores casos, a acudir a la audiencia previa no solamente asistidas de letrado, sino también de procurador...*”

²⁵ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Madrid de 13 de septiembre de 2002. Los preceptos en los que funda su razonamiento son los artículos 23, 399, 405, 414.2 y 432 de la LEC.

²⁶ Sentencia de la Audiencia provincial de Madrid (Sección 20ª), núm. 458/2004 de 26 de julio [JUR\2005\43337]. Ratifica el pronunciamiento del juzgado de primera instancia nº 5 de Madrid.

Si atendemos a la situación del artículo 23 dentro del cuerpo de la Ley de enjuiciamiento civil, podemos observar que se trata de un regla general situada en el Libro I ("*De las disposiciones generales relativas a los juicios civiles*"), se está diciendo que la intervención de procurador es necesaria para comparecer y actuar en juicio pidiendo la tutela declarativa, la tutela ejecutiva y la tutela cautelar. No obstante, como el libro III ("*De la ejecución forzosa y las medidas cautelares*") incluye normas propias para el proceso de ejecución, con remisión a veces a las normas generales, hay que entender que el artículo 23, apartado 1º, limita su campo de aplicación a la tutela declarativa y cautelar [cfr. Artículo 5 de la LEC (Clases de tutela jurisdiccional); artículo único del título I "*De la comparecencia y actuación en juicio*", Libro I²⁷].

A pesar de todo lo anterior, si observamos con detenimiento la redacción del artículo 23 de la Ley, podríamos decir que, dentro de los supuestos establecidos en su apartado 2º (en el que se relacionan los supuestos en los que no es preceptiva la comparecencia mediante procurador), no se encuentra la fase de la audiencia previa y, por ende, se podría entender que en dicho acto sería preceptiva la representación por medio de procurador de forma indubitada e ineludible, haciendo un interpretación restrictiva y cerrada del tal precepto, siendo esta la interpretación llevada a la práctica por algunos juzgados y tribunales españoles.

En el caso que nos acontece, nos encontramos con las interpretaciones y soluciones que dan los juzgadores de instancia, en la que afirman que ante la celebración de una audiencia previa en la que uno de los litigantes se persona al acto sin presencia de procurador, se le debe tener por no comparecido, aplicando con todo rigor la obligatoriedad de estar representado por procurador en juicio ex artículos 23 y 432 de la LEC. Ante tales acontecimientos, entendemos que los juzgadores de instancia hacen una interpretación restrictiva de tales preceptos, y llevan a extremos inquisitivos dicha aplicación, porque, ¿quien mejor que la parte que comparece *in personam* para intentar la conciliación previa tan buscada por la Ley Procesal? ¿Quién puede estar más legitimado para comparecer en la fase de audiencia previa que el propio justiciable para poder transigir sobre el objeto de la *litis* en la que está inmerso?.

Del propio artículo 414.2 *in fine* de la LEC, se desprende lo siguiente: "***Si no concurrieren personalmente ni otorgaren aquel poder, se les tendrá por no comparecidos a la Audiencia***". Como podemos ver sólo en el caso de que no comparezcan personalmente y no hayan otorgado tal poder especial exigido por la Ley al procurador que le represente, se podrá

²⁷ VALENCIA MIRÓN, A.J, "*Comentarios...*", op.cit. p.266.

tener por no comparecida a la parte, cosa que no ha ocurrido en nuestro caso, puesto que la parte estaba presente y asistida de letrado.

Como afirma DAMIÁN MORENO²⁸, las partes pueden acudir personalmente a la sustanciación de la audiencia previa asistidas de sus respectivos abogados, y para el caso de que las mismas decidan no acudir personalmente pueden comparecer representadas por procurador que deberá en este caso comparecer con un poder especial para pleitos²⁹, según los que se desprende del apartado segundo del artículo 414. LEC, ante la hipótesis de una eventual transacción.

La obligación de concurrir personalmente al acto de la audiencia se ve atenuada con la posibilidad que tienen las partes de hacerse representar por su procurador, por todo ello, observamos que la parte tiene la facultad de comparecer personalmente o no hacerlo, si ha otorgado poder especial a su procurador que hará de representante de la parte y podrá disponer del proceso en virtud del poder especial que le han conferido.

Entrando ya en la fundamentación de la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo, en su Fundamento de Derecho Segundo, el Tribunal argumenta que la actual redacción del artículo

²⁸ DAMIÁN MORENO, J, "Comentarios..." op. cit, pág. 2.113. El autor afirma: *"La obligación de concurrir personalmente al acto de la audiencia se ve atenuada con la posibilidad que tienen las partes de hacerse representar por su procurador. En este caso, según previene el apartado 2º de este artículo, ante la hipótesis de una eventual transacción, los procuradores habrán de comparecer provistos de un poder especial con facultades para renunciar, allanarse o transigir. Por lo tanto, no es suficiente el poder general. La Ley obliga, tal como se desprende de lo dispuesto en el artículo 25.2 de la LEC, que se acompañe un poder especial, lo cual entraña ciertas dificultades ya que tiene el inconveniente de que, salvo que se utilice uno especial desde el inicio del proceso, fuerza a los litigantes a otorgar un doble poder. Las consecuencias del incumplimiento de estos requisitos es clara. Si no concurrieran personalmente ni otorgaren aquel poder se les tendrá por no comparecidos con las consecuencias que derivan de esta situación, según se trate del actor o del demandado"*.

²⁹ GASCÓN INCHAUSTI, F, "El tratamiento de las cuestiones procesales con anterioridad a la audiencia previa al juicio (II): El tratamiento de los presupuestos y óbices procesales relativos a la jurisdicción y a la competencia del tribunal: la declinatoria", en AAVV, *"El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la ley de enjuiciamiento civil"*, 2ª Edición, Navarra, 2009, pág.223. Con respecto a los defectos en relación con la postulación argumenta el autor: *"... al amparo del artículo 418 será también posible tratar en la audiencia previa al juicio los eventuales defectos que el demandado haya denunciado en su contestación en relación con la representación técnica del actor, respecto de la del demandado o lo que el tribunal aprecie en ese momento respecto de cualquiera de ellos."* *"Lo anterior, no obstante debe ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 414.2, que obliga al tribunal a examinar el contenido del poder del procurador en caso de que asista al acto este profesional en vez de su representado. En tales supuestos, por tanto, no cabe descartar que el control de los diversos defectos que afecten al poder de actor o demandado se lleve a cabo de modo previo al inicio de la audiencia, de cara a decidir si se tendrá o no por comparecida en ella a alguna de las partes, con las consecuencias que determina el propio artículo 414.3"*. En este sentido, Cfr. HERRERO PEREZAGUA, en *"La representación y defensa de las partes y las costas en el proceso civil"*, Madrid, 2000, pág. 96.

414.2 de la LEC, opta por el criterio que se desprendía del Artículo 310.2 del Anteproyecto de la ley de Enjuiciamiento Civil³⁰.

Partiendo de la anterior interpretación, el Alto Tribunal argumenta que, desde la perspectiva de la hermenéutica literal procede señalar que, aunque la redacción del precepto no es de las mejores posibles, sin embargo no ofrece duda interpretativa pues no cabe desconectar los apartados 2º y 3º del mismo, ni se puede afirmar que la alternativa con la que cuenta el justiciable de comparecer personalmente o a través de procurador con poder especial, se refiere solo al intento de arreglo o transacción, de manera que en cuanto a otros efectos, es decir, los demás contenidos que se ventilan dentro de la audiencia previa, no sería preceptiva la representación mediante procurador.

Por todo ello, no solo deberemos estar a este criterio sino que también será acorde decir que según lo que se dispone en el artículo 432 de la LEC en conexión con lo preceptuado en el artículo 23 de la LEC, en el que se refuerza la representación por medio de procurador en juicio, sin perjuicio de la propia intervención personal en el interrogatorio de parte que se hubiera admitido como prueba propuesta en la misma audiencia previa.

Como podemos observar, según lo que se desprende del artículo 432 LEC, se vuelve a reforzar el dualismo entre procurador-abogado, en el que nos encontramos con que, excepto en las intervenciones personales en los interrogatorios que se hubieren admitido, las partes deberán comparecer en el juicio representadas por procurador y asistidas de abogado.

A este respecto, es de justicia apuntar que nos encontramos ante una obligación que pervive en el tiempo y que ha estado presente en las leyes procesales desde antiguo, y que se ha mantenido en la actualidad tanto a nivel nacional como en derecho comparado³¹.

³⁰ Que disponía: "los litigantes, asistidos de abogado, intervendrán en la comparecencia por sí o por medio de Procurador con poder para renunciar, allanarse o transigir) en lugar del que seguía el Proyecto (en cuyo Art. 416.2 se disponía que las partes habrán de comparecer en la audiencia representadas por Procurador y asistidas de Abogado, y añadía en párrafo aparte que al efecto del intento de arreglo o transacción, los litigantes habrán de otorgar a su Procurador poder para renunciar, allanarse o transigir, salvo que, a dicho efecto, concurriesen e interviniesen personalmente, [y] si no concurrieren personalmente ni otorgaren aquel poder, se les tendrá por no comparecidos a la audiencia)."

³¹ CHIOVENDA, J, "Principios de derecho procesal civil", Tomo II, traducción de la Tercera edición Italiana por los Profesores: Casáis y Santaló y notas de Salvador Bosque, Madrid, 2000, pág. 41. "El dualismo entre abogado y procurador remóntase al Derecho Romano; lo encontramos nuevamente en el canónico; en el Derecho Italiano y alemán medieval, y en la mayor parte de los derechos modernos en Francia: (avocats y avoués); en Inglaterra: (solicitors y barristers). En Alemania el dualismo ha caído, y solo existe una figura (Rechtsanwalt), aunque la

Es cierto que en los procesos antiguos se requerían multitud de actos estrictamente personales de las partes, siendo contrarios a la representación, no llegando en muchas ocasiones a reconocer de manera absoluta la representación procesal a través de procurador, a no ser que se diese de forma previa lo que se conocía como una verdadera sucesión en la relación sustancial (*Procurator in rem suam*), sin embargo, en la actualidad se admite la representación mediante procurador en los procesos, como, en general en las demás relaciones jurídicas³².

Como bien venía apuntando GUASP³³, existe la necesidad de representación de las partes mediante procurador cuando se dirigen a los tribunales, puesto que todo litigante tiene que valerse, en principio, de un procurador para su comparecencia en “juicio”, ya que sin ellos sus actos carecerían de valor procesal, y sólo en hipótesis legalmente determinadas es cuando, por excepción, se produce la dispensa de este grado de postulación profesional.

En este trabajo no se pone en duda la labor que desempeñan los procuradores, pues como ya se venía invocando desde antiguo la procuraduría, como parte orgánica integrante de la defensa, es entre nosotros un instituto de ultrasecular arraigo, que con el transcurso del tiempo ha ido evolucionando hasta alcanzar un prestigio indudable, por lo tanto ya nadie discute la importancia de la colaboración profesional que en la procuraduría encuentran los abogados y justiciables³⁴.

A pesar de la importancia del procurador en los procesos civiles y de su preceptiva intervención, según lo dispuesto en el artículo 23.1 de la LEC, hay que decir que la Ley de Enjuiciamiento civil, en el ámbito de la audiencia previa, permite a la partes comparecer por si mismas, asistidas de letrado o comparecer representados mediante procurador, por todo ello, debemos defender la idea de que la propia Ley de Enjuiciamiento civil es clara en este sentido.

En otro orden de cosas, según nuestro criterio, otro de los argumentos que podríamos traer a colación en contra de la solución que dan los tribunales de instancia, es que tanto el artículo 23

unificación no todos los ordenamientos la aprueban, teniendo en cuenta las diferentes aptitudes que exigen los dos oficios. Por ejemplo en el ordenamiento jurídico Italiano es posible actuar como abogado y procurador”, mientras que en España, como según prevé el artículo 23.3 de la LEC, la profesión de procurador es incompatible con la de abogado, precepto añadido por el artículo 15.10 de la Ley 13/2009 de 3 noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, entrando en vigor al día siguiente de su publicación (BOE de 4 noviembre).

³² QUIOVENDA, J, “Principios de Derecho...”, op.cit. pág. 37.

³³ GUASP, J, “Derecho Procesal civil”, 2ª reimpresión de la Tercera Edición, Madrid, 1977, pág. 190.

³⁴ PRIETO CASTRO, L., “Manual de Derecho Procesal civil”, Tomo I, Madrid, 1959, pág.143.

como el artículo 432 de la LEC, se refieren al acto del juicio siguiendo el tenor literal de los mismos, por lo que podríamos afirmar que la audiencia previa como fase procesal preparatoria del mismo, estaría fuera de la interpretación de dichos preceptos, puesto que la palabra "juicio" se sigue utilizando por el legislador del año 2000 como un sinónimo de <<proceso>>, según se desprende de la Exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento 1/2000, pero no por ello debemos otorgar el calificativo de sinónimo a la fase procesal de la audiencia previa y a la del juicio, ya que por definición son fases claramente diferenciadas y separadas dentro del proceso civil, aunque si podríamos afirmar con todo rigor que la audiencia previa es una fase preparatoria del verdadero juicio como viene afirmando CORTÉS DOMÍNGUEZ, y por ello no sería preceptiva la representación mediante procurador en dicho acto, sino que estaríamos ante una excepción, ya que existiría una facultad de la parte que podrá comparecer personalmente asistida de letrado o no asistir a la misma apoderando al procurador en las condiciones establecidas en la ley para que comparezca en la audiencia previa como si de la propia parte se tratara.

Además, debemos tener en cuenta que la propia Ley de Enjuiciamiento Civil habla en su artículo 432.1, de una regla general, que obliga a la parte a comparecer en juicio representada mediante procurador y asistida de letrado, excepto en los interrogatorios de parte en los que la parte comparece personalmente³⁵.

Por todo ello, hay que decir que dentro de la doctrina científica, existe bastante consenso sobre dicho dilema, es decir, que es tan válida la comparecencia del propio litigante que acude personalmente a la fase de audiencia previa, como el que decide que le represente su procurador otorgándole poder especial bastante, para una posible o eventual transacción.

Finalmente entendemos que la meritada sentencia dictada por el Tribunal Supremo, pondrá punto y final a la diversidad de criterios existentes con respecto a la comparecencia de la parte en la audiencia previa. Entendemos que las interpretaciones restrictivas realizadas por algunos juzgados de primera instancia sobre los artículos 23 y 432 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deben ser superadas, puesto que la doctrina mayoritaria entiende que no se debe hacer una interpretación inquisitiva de tales preceptos, puesto que si la parte comparece personalmente, no es necesario que lo haga el procurador, ya que a los efectos de una eventual transacción, ¿Quién estaría en mejor posición que la propia parte para poder disponer del objeto del litigio?

³⁵ LORCA NAVARRETE, A. M, "Comentarios...", op. cit, pág. 2168.

III.- EL PAPEL DEL PROCURADOR EN LOS PROCESOS CIVILES ACTUALES.

Como ya hemos apuntado anteriormente, La ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, da una gran importancia a la actuación del procurador en el proceso³⁶, estableciendo la obligada representación mediante procurador en el proceso civil³⁷, y concretando lo supuesto en los que no es preceptiva dicha representación mediante procurador en el artículo 23.2 de la LECiv³⁸. Esta tendencia se ha seguido dando con la promulgación de la Ley 13/2009, de 23 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, puesto que el legislador no solo ha seguido dando gran importancia al papel del procurador en el proceso civil, sino que, incluso ha reforzado sus funciones en aras de un mayor dinamismo para el proceso civil³⁹. Por todo ello, no nos queda más remedio que reconocer la importancia que tiene el procurador en el ámbito del proceso civil.

En este trabajo se pretende defender la importancia de estos profesionales en la sustanciación del proceso, y aunque se ponga en tela de juicio su importante función, de momento y hasta que se imponga de manera definitiva la administración electrónica en el área de justicia, el legislador sigue confiando en su papel dentro del sistema judicial español, por todo ello entendemos como un craso error, el que dichos profesionales vayan quedando fuera del proceso y que sus funciones vayan quedando sin contenido, por el mero hecho de defender la posibilidad que tiene

³⁶ De la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento civil 1/2000, de 7 de enero, se desprende la importancia que daba el legislador al papel del procurador en el proceso civil. Así se refleja en el título VII de la mencionada exposición de motivos, donde se predica lo siguiente: *“La obligada representación mediante procurador y la imperativa asistencia de abogado, se configuran en esta Ley sin variación sustancial respecto de las disposiciones anteriores. La experiencia, avalada por unánimes informes en este punto, garantiza el acierto de esta decisión...”). Se unifica del todo el ámbito material en el que la representación por procurador y la asistencia de abogado son necesarias. Las responsabilidades de procuraduría y abogacía se acentúan en el nuevo sistema procesal, de modo que se subraya la justificación de sus respectivas funciones.*

³⁷ ORTELLS RAMOS, M, “Derecho procesal...”, op.cit. pág.139. Dice el Autor: *“Si la regla general es la del carácter preceptivo de la postulación mediante abogado (art. 31.1 LECiv) y procurador (art. 23.1 LECiv), importa, ahora, determinar las excepciones y tratar los problemas que suscita la postulación en los casos de intervención no preceptiva de estos profesionales”*

³⁸ ROBLES GARZÓN, J.A, *“Conceptos básicos de Derecho procesal civil”*, AAVV en ROBLES GARZÓN (dir/Coord.), Madrid, 2008, pág.188.

³⁹ La ley 13/2009, de 23 de noviembre, ha introducido un nuevo apartado 3º al artículo 23 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se prevé la facultad que se les concede a los procuradores legalmente habilitados para comparecer en cualquier tipo de proceso sin necesidad de abogado, cuando los realice a los solos efectos de oír y recibir actos de comunicación y efectuar comparencias de carácter no personal de los representados, en los que casos en que hayan sido solicitados por el juez o el Secretario judicial. Al realizar dichos actos no podrá formular solicitud.

la parte de acudir personalmente a la celebración de una audiencia previa sin procurador legalmente habilitado.

Es más, entendemos que el procurador cumple una función muy importante dentro del sistema judicial español, puesto que se podría definir como aquel profesional que desarrolla conductas en nombre de otra persona o entidad que tiene la consideración de parte dentro del proceso, efectuando actos procesales en nombre de la parte y constituyéndose como sujeto receptor de los actos procesales o sus consecuencias.⁴⁰ Por todo ello, defendemos su importante e incuestionable labor dentro de los procesos judiciales.

En primer lugar, si todos los ciudadanos por el mero hecho de tener personalidad y capacidad, pudieran dirigirse al Juez, la administración de justicia se convertiría en un consultorio jurídico sin eficacia práctica, saturando su actividad y malgastando la técnica jurídica cara y difícil de conseguir⁴¹.

Por todo ello, nuestro ordenamiento jurídico, exige para poder acceder a la justicia, la capacidad de postular, de debatir o de solicitar frente a los tribunales de justicia. El *ius postulandi* es el derecho de poder pedir o solicitar al órgano judicial y dentro de nuestro ordenamiento jurídico descansa en el binomio abogado-procurador, que son las partes integrantes de la postulación procesal, puesto que este desdoblamiento de la postulación significa que el poder de postular lo ostentan estos dos profesionales. Además debemos apuntar que el procurador no es parte en el sentido estricto, si seguimos el concepto de parte aportado por SERRA DOMÍNGUEZ⁴², quien entiende que, la parte es aquella persona en la que concurre la triple condición: a) de ser catalogada como sujetos de los actos procesales, b) sujetos de los efectos del proceso y c) sujetos de los efectos de las sentencias, por lo tanto el procurador no puede ser considerado parte ya que sólo reúne la primera de las condiciones.

Salvo excepciones, el ciudadano por sí mismo no tiene esa capacidad de postulación por lo que si quiere acceder a la justicia, no le queda otra alternativa que suplir dicha falta de capacidad por alguien que la tenga. Es aquí cuando entran en juego los profesionales del Derecho, que son las

⁴⁰ PÉREZ DEL BLANCO, G, La representación técnica por graduado social en España tras las ley 13/2009 de la Oficina Judicial, en RIEDPA, nº1, 2009.

⁴¹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V, "Introducción al derecho procesal" con MORENO CATENA, VALENCIA, 2004, pág.201.

⁴² SERRA DOMÍNGUEZ, M, "En precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación", Revista Justicia 1987 pág. 289 y ss.

personas que por su preparación y titulación conocen el derecho y ostentan la capacidad de postular ante los tribunales, en defensa de los intereses de los justiciables.

Nuestro ordenamiento jurídico desde la antigüedad se decanta por un sistema dual de postulación procesal, ya que la misma descansa en dos tipos de profesionales: el abogado y el procurador.

Aunque bien es cierto que la anterior afirmación parece realmente una gran contradicción, puesto que si se analiza dicha capacidad de postulación procesal, el procurador carece de facultad o poder de postulación.

El procurador representa a la parte en el proceso, y aún poniéndose en la posición de la parte como representante de la misma, realizando aquellos actos que la parte por si misma no puede realizar, -al ser obligada la comparecencia mediante procurador- o bien pudiendo realizar los mismos, no se le puede considerar parte en el pleito en sentido técnico-procesal⁴³.

Dicho argumento es bastante razonable, pues como pone de manifiesto el artículo 31 de la LEC, no se provee ninguna solicitud de la parte mediante procurador que no lleve la firma del abogado, por lo tanto dicho profesional, no podrá solicitar ni postular, a no ser que dicha solicitud esté firmada por un letrado, por todo ello, no es nada descabellado afirmar que, el procurador carece de capacidad de postulación.

Dejando al margen la figura del abogado, que es el defensor técnico de la parte, nos centraremos en la figura del procurador, y su papel dentro del proceso. Como se puede adivinar, el procurador es el representante de la parte ante el juez, es el que pide en nombre de la parte al juez y por consiguiente el que recibe actos del juez en nombre de la parte⁴⁴.

Nos encontramos ante una figura bastante importante a la hora de hablar de impulso procesal, puesto que se ocupa de todas las notificaciones, actos, requerimientos, y emplazamientos que se dirijan a la parte cuya representación ostentan.

⁴³ DÍEZ RIAZA, S, *"La Procuraduría"*, Estudios Jurídicos, Madrid, 1997, Universidad pontificia de comillas, pág. 71.

⁴⁴ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V, *"Introducción..."*, op.cit. p.203 y ss. Según lo que se desprende del artículo 28.1 de la LEC, el procurador recibe toda clase de notificaciones que deban hacerse a su parte durante el curso del pleito, además de cualquier acto de parte, que no sea de carácter personalísimo.

Según nuestra opinión, dicha labor es sumamente importante dentro de los procesos, ya que la función de todo procurador descansa sobre una gran responsabilidad frente al justiciable, puesto que, dicho profesional debe ser un representante leal y diligente, dicha diligencia debe ser acorde a la de un profesional que conoce del impulso procesal, y por ende, como conocedor del proceso, deberá hacer su función según el arte de su profesión (*Lex artis ad hoc*), pues como afirma ORTELLS RAMOS la relación existente entre la parte y los procuradores está basada en el contrato de mandato, el procurador además de representante procesal de la parte, podría decirse que es un auténtico mandatario⁴⁵ de la parte, que actuará representando a la parte en el proceso.

En dicha relación interna contractual, el procurador, se compromete a poner todos los medios según el arte de su profesión para gestionar un asunto judicial a favor de su mandante⁴⁶, siendo este mandato un requisito inexcusable para que la parte a la cuál representa, pueda acceder a la justicia con todas las garantías formales que requiere la Ley procesal. Debemos tener en cuenta que no estamos ante una obligación de resultado, sino más bien nos encontraríamos ante una obligación de medios.

En estos casos ocurre algo parecido con los abogados, puesto que ellos se vinculan con la parte a través de la figura del arrendamiento de servicios y en el momento que aceptan llevar la defensa técnica de la parte, se comprometen a ostentar la dirección letrada del pleito en cuestión, poniendo todos los medios disponibles dentro del buen arte de su profesión, para defender los intereses de su cliente, no pudiendo considerar dicha obligación asumida como una obligación de resultados, más bien tenemos que afirmar que nos encontramos ante una auténtica obligación de medios⁴⁷ para que el justiciable tenga acceso a la justicia, pudiendo ejercer su derecho de defensa.

Volviendo a la figura del procurador, debemos apuntar que éstos pueden ser responsables si no son diligentes en su actuar profesional, sobre todo, cuando debido a su negligencia hayan producido un perjuicio a la parte por haber perdido la oportunidad de acceder a la tutela judicial, por ejemplo si dicho procurador deja pasar los plazos procesales, produciendo un grave perjuicio

⁴⁵ GUASP, J, "Derecho...", op.cit. p. 190

⁴⁶ ORTELLS RAMOS, M, Derecho...", op.cit., p. 135.

⁴⁷ El Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de abril de 2003, [RJ 2003/2956] "*define claramente la atribución de la función del Abogado como la propia de elección del mejor medio procesal en defensa de la situación de su cliente, sin que deba responder de la decisión final del órgano judicial si ésta no se ve condicionada por una mala elección del procedimiento por parte del Abogado*".

a la parte, que verá como decae su derecho de acción. El tribunal Supremo⁴⁸ ha entendido que los procuradores al actuar en el proceso, tienen responsabilidad en el ámbito de su actividad, sujeta al régimen del mandato, pudiendo ser declarados responsables en caso de que incumplan sus deberes de postulación procesal, es decir que, no hayan sido diligentes a la hora de respetar

⁴⁸ Vid. Las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de julio de 2003, RJ [2003/5989] y de 18 de junio de 2004, RJ [2004/3629] En las que se reconoce la responsabilidad del Procurador en el seno de un proceso. *"Como se puede observar, La intervención del Procurador y su falta de diligencia en la presentación de escritos dentro del plazo ha sido motivo de estimación del deber de indemnizar, que se fundamenta en el incumplimiento de los deberes de postulación procesal, al no dar traslado al Abogado del plazo o no presentar un escrito de personación que había preparado"*, Sentencia de 18 de febrero de 2005, que estudia minuciosamente la responsabilidad del procurador, el Alto Tribunal, establece que en virtud del artículo 5.2 de la LEC de 1881, el procurador queda obligado, una vez aceptado el poder, a transmitir al abogado todas las instrucciones que le remitieran, *"haciendo cuanto conduzca a la defensa de su poderdante, bajo la responsabilidad que las leyes imponen al mandatario"* así como, a falta de instrucciones del mandante o insuficiencia de las recibidas, a hacer *"lo que requiera la naturaleza o índole del negocio"* y que según el ordinal 4º del mismo artículo venía asimismo obligado a tener al corriente del curso del negocio confiado no solo al letrado sino también al cliente, disposiciones ambas incorporadas a su vez a los apartados 3 y 5 del artículo 14 del estatuto general de los Procuradores de los Tribunales de 1982, vigente por entonces, cuyo artículo 11 a su vez señalaba las pautas a seguir por el procurador en la defensa de los intereses de sus representados, señalando en primer lugar la profesionalidad de los mismos. En este caso, el tribunal Supremo entiende que el procurador en cuestión debe ser condenado por haber omitido, a partir de serle notificada la sentencia de casación, cualquier actividad hacia su poderdante distinta de la carta reclamándole el pago de sus derechos y más específicamente, por no haber interesado, ante su cliente y como mandatario del mismo, las instrucciones necesarias para alcanzar la satisfactoria conclusión del negocio encomendado *"advirtiéndole de manera expresa el inicio del cómputo del tan repetido término fatal para consignar el precio aplazado de la compraventa y de la necesidad de hacer tal consignación para evitar la consecuencia que finalmente se produjo (FJ 2)*. El procurador argumentó en su defensa que él había cumplido con sus obligaciones de comunicación con el abogado que llevaba la defensa de su poderdante, puesto que esa comunicación al abogado, *"Constituye el modo habitual en la práctica profesional"* y que en todo caso era el cliente quien tenía que pagar la parte aplazada del precio y que podía hacerlo extraprocesalmente. El tribunal no puso en duda dicha comunicación, *"pero aunque su actuar se hay acomodado al modo habitual, no se le puede exonerar de responsabilidad"*. El Alto tribunal expone en su sentencia que el artículo 26 de la LEC 1/2000, *"transcribe la competencia del procurador en elegir la mejor solución que requiera la naturaleza o índole del asunto, competencia que se traduce en responsabilidad"*. Por tanto, el tribunal Supremo no considera motivo de exoneración para el procurador que hubiera transmitido el requerimiento al letrado, pero al procurador no le basta la comunicación diligente al letrado sino que se le impone por la jurisprudencia el deber de comunicación a su cliente, cuando faltara la respuesta del letrado o ésta no fuere suficiente. Tampoco el problema se puede incardinar dentro de la relación abogado y letrado, marcando las diferencias entre ambos con la siguiente afirmación: *"puesto que el procurador solo tiene conocimiento del asunto, de la directrices y de la pretensión del cliente a través de los escritos y comentarios del letrado."* *"Es más, en el caso concreto de los procuradores sería contrario tanto a la profesionalidad que recalca el Estatuto de 1882, y sigue subrayando el de 2002, como a los requisitos legalmente exigidos para ejercer la profesión, e incluso a la propia dignidad de ésta, su equiparación a una especie de mero servicio de mensajería entre los órganos jurisdiccionales y el abogado"*. Por lo tanto, en definitiva el Tribunal Supremo, entiende que el ejercicio de la profesión de procurador, comporta no solo la recepción y diligente transmisión de las resoluciones judiciales al abogado sino también un análisis de tales resoluciones suficientes al menos para captar los perjuicios que pueda causar a su cliente una determinada omisión y advertirle de ello, y si para ello precisa el contacto con el cliente deberá indicarlo en el mismo de la aceptación de la representación.

los plazos del proceso dando traslado al abogado o que no hayan presentado escrito de personación.

Tanto lo abogados como los procuradores, son los profesionales que participan en el proceso y en ellos descansa la postulación procesal, por lo tanto como participantes principales en representación y defensa de los intereses de la parte, deberán estar sujetos a una responsabilidad civil objetiva, produciéndose la distribución de competencias y responsabilidades dentro de las funciones de cada uno de ellos, abandonando la idea de la condena solidaria. Es importante apuntar que el cliente al contratar los servicios del abogado debe tener la misma cobertura que la de cualquier usuario de otro servicio, y en el arrendamiento de servicios de defensa y representación procesal intervienen dos profesionales, pudiendo ser ambos, responsables dentro del ámbito de sus competencias y funciones, dejando de lado la idea de la actual condena por responsabilidad solidaria, puesto la responsabilidad siempre comporta definición de competencias, ya que cuando a uno le hacen responsable de una actuación es porque debe ser competente para evitarla⁴⁹.

También existen los casos en los que la responsabilidad no surge por no haber vencido en juicio, sino más bien, podríamos fundamentar la misma, por el mero el hecho de no haber tenido la oportunidad de poder solicitar la tutela judicial, la responsabilidad civil de estos profesionales estará también en plena conexión con la denominada teoría de la pérdida de la oportunidad⁵⁰.

Es patente la distinta función que realizan ambos profesionales, pero, hemos de reconocer que al abogado en virtud de la obligación de medios que asume, no se le responsabiliza por no obtener un resultado favorable en el pleito, aunque bien es cierto, que la jurisprudencia le va a exigir que ponga a contribución todos los medios, conocimientos, diligencia y prudencia que en condiciones normales permitirían obtenerlo. Por todo ello, podrá responder si dentro del arte de su profesión no pone los medios y la diligencia debida para que el justiciable, tenga la oportunidad de poder dirigirse a los tribunales con todas las garantías, como entiende el Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de abril de 2003.

⁴⁹ MARTÍ MARTÍ, J, "La distribución de competencias y responsabilidades en el proceso ente abogado y procurador" en Diario La Ley, año XXVI, Número 6386, de 26 de diciembre de 2005. El autor hace un profundo estudio sobre la distribución de competencias del procurador y el abogado dentro del proceso, haciendo participe al procurador del buen fin del proceso instado en interés del cliente común de ambos profesionales.

⁵⁰ Ver el interesantísimo trabajo de MEDINA ALCOZ, L, "La teoría de la pérdida de la oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial del Derecho de daños público y privado", ARANZADI, Navarra, 2007.

En otro orden de cosas, debemos decir, que actualmente, y después de las recientes reformas acometidas en materia procesal⁵¹, se sigue apostando por los procuradores dentro del proceso, incluso se acentúan sus funciones, ya que desde el día 4 de noviembre de 2009, los procuradores pueden comparecer en cualquier tipo de procesos sin necesidad de abogado, cuando comparezca a los solos efectos de oír y recibir actos de comunicación y efectuar comparecencias de carácter no personal de los representados que hayan sido solicitados por el juez, Tribunal, o Secretario judicial⁵². Lo único que no podrá hacer es formular solicitud alguna, puesto que es radicalmente incompatible el ejercicio simultáneo de abogado y procurador⁵³.

Como hemos podido ver, a lo largo de la historia dentro de nuestro Ordenamiento, desde la existencia de los profesionales que ejercían la procuraduría, siempre se ha puesto en duda la necesidad de existencia del procurador, aunque bien es cierto que actualmente ya no se discute sobre su participación y colaboración que oficialmente presta a los órganos jurisdiccionales, además del auxilio que encuentran en él los abogados y justiciables⁵⁴.

En palabras de DÍEZ RIAZA⁵⁵, si queremos conocer el comienzo del instituto del procurador, habrá que remontarse al Derecho Romano, puesto que en Grecia, no se hizo uso de tal figura, debido al carácter personalísimo de que estaba informado todo acto en la vida jurídica.

En Roma se habló primeramente incluso de la figura del *cognitor*, que fue el primer representante del *Dominus* en juicio, y posteriormente se hablaba del *procurator* al que se fueron encomendando otras funciones y cometidos además de la representación procesal en juicio⁵⁶.

En la actualidad sigue manteniendo las mismas funciones que se les otorgaba antiguamente, la representación procesal de la parte litigante, concepto que como bien afirma PÉREZ DEL

⁵¹ Vid. Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial

⁵² PÉREZ DEL BLANCO, G, "La representación...", op. cit, pág. 4. El autor afirma que dentro de los actos que realiza el representante procesal, se pueden distinguir las de carácter activo a favor de su representado o de actos de carácter pasivo, implicando la recepción de un acto procesal por parte del órgano jurisdiccional o del resto de partes procesales.

⁵³ Vid. El apartado 3º del artículo 23 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, introducido por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial que entró en vigor al día siguiente de su publicación (BOE 04 DE NOVIEMBRE).

⁵⁴ PRIETO CASTRO, L, "Manual...", op.cit, pág. 143.

⁵⁵ DÍEZ RIAZA, S, "La Procuraduría", Madrid, 1997, pág.9

⁵⁶ DÍEZ RIAZA, S, "La Procuraduría", Madrid, 1997, pág.9.

BLANCO⁵⁷, no difiere del concepto de jurídico general de representación, salvo la lógica limitación al exclusivo ámbito del proceso y las actuaciones que los integran. Por ello, en la actualidad se sigue afirmando que los procuradores siguen cumpliendo dicha función principal dentro de su ejercicio profesional, aunque bien es cierto que ellos les corresponde más específicamente el conocimiento del derecho procesal y de los usos forenses DÍEZ RIAZA⁵⁸, mientras que los abogados se ocupan del fondo del asunto, de la defensa técnica *stricto sensu*.

IV.- CONCLUSIÓN.

En conclusión, con respecto a la comparecencia del procurador en la fase de audiencia previa al juicio, debemos dejar patente como así lo hace el Tribunal Supremo, que por el mero hecho de aplica el contenido de los artículos 23 y 432 de la LEC, no es suficiente para tener a la parte que comparece personalmente a la audiencia por no comparecida, como en su día hicieron los tribunales de instancia y por ello debemos interpretar el artículo 414.2 de la LEC en un único sentido, entendiendo que, **será facultad de la parte**⁵⁹ acudir en persona al acto de la audiencia sin procurador, por lo que la parte podrá optar por comparecer personalmente sin procurador, o bien si decide no concurrir a la audiencia personalmente, podrá comparecer a través de procurador otorgándole a éste, un poder especial para renunciar, allanarse o transigir.

Otra cuestión nada exenta de polémica, sería ver si ese poder especial al que hemos hecho alusión, se necesita únicamente cuando se produzcan los supuestos de conciliación y transacción, o si por el contrario si dicha exigencia debe darse siempre cuando no concurra personalmente al acto de la audiencia la parte a la cuál representa. Aunque en este asunto como ya puso de manifiesto CASAS COBO⁶⁰, con respecto la rigurosidad de aportar un poder especial como así prescribe el artículo 414.2 de la LEC, es un criterio de interpretación seguido de forma minoritaria, puesto que actualmente los tribunales aceptan el poder general con especiales facultades de renunciar, allanarse o transigir, que es el criterio que sigue la doctrina mayoritaria.

⁵⁷ PÉREZ DEL BLANCO, G, "La Representación...", op. cit, pág 4.

⁵⁸ Vid. DÍEZ RIAZA, S, "La Procuraduría", op.cit.

⁵⁹ ROBLES GARZÓN, J. A, "Conceptos...", Op. cit. Pág 275. "La comparecencia de las partes es necesaria bien personalmente o a través del procurador". En esta misma línea CASAS COBO, P.A,

⁶⁰ COBO CASA, P. A, "Problemas del juicio ordinario..." op. cit. pág 69, en esta misma línea citados por el autor: De la Oliva, Valencia Mirón, Garnica Martín.

Sería muy perjudicial para los litigantes, que los tribunales optaran por entender de forma unánime que si la parte concurre personalmente a la celebración de la audiencia previa sin la presencia del procurador y asistida por letrado en el propio acto de la audiencia, se la tenga por no comparecida por el hecho de no venir representada por procurador debidamente apoderado.

Esto sería un grave ataque al importante Derecho de Defensa existente en nuestro sistema procesal, que como bien afirmaba COUTURE⁶¹ no es tanto el derecho sustancial de las defensas como el derecho procesal a defenderse, por todo ello, si a la parte se la tiene por no comparecida en la fase de audiencia previa se estaría provocando una indefensión plena a la parte que lo sufre, siendo vulnerado el Derecho a la tutela judicial efectiva, ex. artículo 24 de nuestra Carta Magna, y por supuesto, estaría cayendo -el tan importante principio de igualdad de las partes, que tan presente tiene que estar en todo proceso-, puesto que como ha ocurrido en el asunto de la Sentencia del Tribunal Supremo⁶² que hemos venido aludiendo reiteradamente, si el Alto tribunal entendiese que la decisión de tener a la parte demandada por no comparecida en los casos en que ésta comparezca personalmente a la Audiencia Previa, estaríamos quebrando el principio de igualdad o bilateralidad de la Audiencia, ya que si a la parte demandada no la permiten proponer prueba al tenerla por no comparecida, estaríamos privando a una de las partes del ejercicio de su defensa, puesto que se está concediendo a un litigante lo que se niega a otro. En estos casos, hay que puntualizar que, el quebrantamiento de este principio no proviene de que se dicten resoluciones sin oír a la parte contraria, sino que para que podamos hablar de quebranto del principio de igualdad en el proceso se tiene que conceder a un litigante lo que se le restringe a otro,⁶³ con todos los perjuicios que ello conlleva, puesto que las pruebas que intente proponer en dicha audiencia, quedarían como no admitidas, con el consiguiente perjuicio a la parte que verá como solamente se practicarán en el juicio las pruebas propuestas y admitidas de la contraparte y en consecuencia creando una gran indefensión a la parte que se ha visto privada de su derecho a proponer prueba.

Como hemos podido ver, la decisión de los tribunales de instancia de tener por no comparecida a la parte por comparecer personalmente sin procurador, es susceptible de ser recurrida por infracción procesal, ya que el artículo 414.2 de la Ley de Enjuiciamiento civil, es un precepto

⁶¹ COUTURE, E.J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Reimpresión inalterada, Tercera Edición, Buenos Aires, 1997, pág.96.

⁶² Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2009 [JUR\2009\389970].

⁶³ COUTURE, E. J., *Fundamentos...*, op. cit. pág. 185.

procesal esencial y fundamental para correcta sustanciación de la audiencia previa en la forma legalmente establecida para la misma.

El Tribunal Supremo llega a la conclusión de que se debe volver hacia atrás para practicar las pruebas que no se permitieron practicar en su día a la parte demandada, declarando la nulidad de actuaciones a partir de la Adición del acto de la Audiencia Previa celebrada en el Juzgado de Primera Instancia que conoció del asunto, aunque, en virtud del principio de conservación de los actos procesales no afectados, ya que con arreglo al mismo, la nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquellos cuyo contenido no pudiere haber sido distinto en caso de no haber cometido la infracción que dio lugar a la nulidad.

Por todo ello y como ya hemos defendiendo a lo largo del presente trabajo, se me ocurren algunas cuestiones que me suscita la interpretación que en este supuesto los tribunales de instancia hicieron en su día con respecto a la comparecencia en la Audiencia Previa, puesto que, ante tal interpretación ¿Quién mejor que la propia parte que concurre a la audiencia en persona para transar o conciliar sobre el objeto del litigio? ¿Quién estaría en mejor posición para poder disponer del pleito que el propio litigante que concurre en persona a la fase de audiencia previa? ¿Qué obligación hay de traer al procurador a la Audiencia Previa, si la parte comparece personalmente asistida de su letrado? ¿Es necesario apoderar en todo caso al procurador con un poder especial para pleitos *ab initio*, si no se tiene intención de transar sobre el objeto del litigio?.

A nuestro juicio, si se admite que la representación procesal por medio de procurador en el acto de la audiencia previa sea en todo caso preceptiva, se nos presentaría un problema, puesto que si un procurador tuviera que estar presente obligatoriamente en todas las celebraciones de audiencias previas, podríamos decir que se le restringe su actividad profesional de procura, ya que en muchas ocasiones, se le acumularán señalamientos que coincidan en el tiempo y no podrá estar en todas las audiencias previas a las que estuviese obligado por poder. Por consiguiente, si se acepta esta práctica llevada a cabo por algunos tribunales, ¿No se estaría produciendo un menoscabo directo al derecho de defensa, al principio de igualdad y al principio de contradicción, además de la tutela judicial efectiva de los justiciables, que verían en muchos casos como se les tendría por no comparecidos, no pudiendo proponer los medios de prueba de los que se quieran hacer valer en el juicio?.

Realmente, parece que todo ello, desde el punto de vista doctrinal está bastante consensuado, pero no es un tema baladí, pues la sentencia del Tribunal Supremo que ahora hemos

comentado, trae causa de un recurso por infracción procesal de los artículos 469, 414 y siguientes de la LEC y 24 de CE y de la interpretación restrictiva que hacen los tribunales de instancia sobre los artículos 23 y 432 de la LEC, equiparando el término “juicio”⁶⁴ con el de “audiencia previa” y por ende, predicando la obligatoriedad de la concurrencia de procurador en el acto de la misma, concurriendo o no personalmente la propia parte y siendo aquél debidamente apoderado para los casos en los que vaya a transigir o conciliar sobre el objeto del litigio.

Por tanto, de forma indubitada, entendemos, que el Tribunal Supremo deja claro que, en todo caso la interpretación que se desprende del propio artículo 414.2 LEC, es que existe de forma clara una facultad del litigante de poder concurrir personalmente a la audiencia sin procurador pero asistida en todo caso por letrado, y para el caso que la parte decidiese no concurrir a la celebración de la audiencia, deberá en este caso, acudir el procurador con un poder especial para el caso de que vaya a transigir o conciliar sobre el objeto del pleito.

Finalmente, creemos que la Sentencia del Tribunal Supremo que hemos venido citando, pondrá fin a la diversidad de criterios de algunos Juzgados y tribunales de instancia, poniendo coto a la decisión por parte de éstos, de no tener por comparecida a la parte que acude personalmente con su abogado a la celebración de una Audiencia Previa, puesto que adoptar tal interpretación en virtud del artículo 23 y 432 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, produciría un grave perjuicio al justiciable, que vería como no podría proponer prueba, quedando totalmente indefenso en el ulterior juicio.

Por ello, entendemos que hasta ahora, la actuación del procurador ha sido fundamental en el proceso civil, defendiendo su papel como representante de la parte y su preceptiva actuación en juicio como así se desprende del artículo 23.1 y 432 de la LEC, pero hemos de tener presente que, en determinados actos o fases, la LEC permite a la parte prescindir del servicio del procurador, como así se desprende de los artículos 23.2 y 414.2 de la LEC.

⁶⁴ La Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/2000, de 7 de enero, en su título IV, habla sobre la eliminación del lenguaje técnico Procesal que predominaba en la antigua Ley, se simplifican las expresiones, evitando las obsoletas y las antiguas expresiones difíciles de comprender, para que las mismas resulten fáciles de entender para cualquier ciudadano lego en derecho. Se dice que las expresiones de “Juicio” y “Proceso” se utilizan como sinónimos, por ello, los juzgadores de instancia entendían que la fase de audiencia previa debía ser equiparada a un juicio o proceso en toda regla, cuando sabemos, que desde el punto de vista estrictamente procesal, se trata de dos fases totalmente diferenciadas, cuya finalidad es diversa pero a la vez única, porque lo que realmente se busca, es la resolución del litigio que se ha planteado.

Para terminar, haremos un apunte a modo de avance, pues no sabemos en que lugar quedará el papel del procurador con la llegada de la e-justicia en un futuro no muy lejano, puesto que la entrada de la nueva administración electrónica en el área de justicia es inminente, con los beneficios y perjuicios que ello conlleva.