

LA FUNCIÓN CONCILIADORA EN LA AUDIENCIA PREVIA: PRESUPUESTOS, FACULTADES JUDICIALES Y LÍMITES*

CONCILIATORY FUNCTION REVIOUS HEARING: REQUIREMENTS, JUDICIAL POWERS AND LIMITS

XAVIER ABEL LLUCH

Profesor de Derecho Procesal. Facultad de Derecho de ESADE. Universitat Ramon Llull

Xavier.abel@esade.edu

RESUMEN:

Este artículo se centra en una de las funciones de la audiencia previa, la función conciliadora, y partiendo de la parquedad de la regulación legal (arts. 415 y 428.2 LEC) se intenta analizar aspectos sobre los que el legislador ha guardado silencio o apenas aparecen regulados. En particular, los presupuestos para que pueda existir conciliación. Entre las facultades judiciales en la conciliación se enumeran la facultad de comprobar la subsistencia del litigio, la facultad de exhortar a las partes para que alcancen un acuerdo, la facultad de centrar la controversia y la facultad de suspender las actuaciones para propiciar un acuerdo entre las partes. Y como límites a la facultad de conciliar se señalan los de no alterar las pretensiones de las partes ni los hechos alegados por las partes, no imponer un acuerdo, no prejuzgar la cuestión y no utilizar técnicas coercitivas.

PALABRAS CLAVE:

Procedimiento. Civil. Audiencia Previa. Conciliación. Juez.

ABSTRACT:

This article focuses on one of the functions of the previous hearing, the conciliatory function, and on the basis of the brevity of the legal regulation (arts. 415 and 428.2 LEC). We try to analyze aspects on which the legislator has remained silent or they are barely regulated. In particular, the requirements so that there could be conciliation. Between the judicial powers in the Conciliation We can lists the faculty of verifying the subsistence of the litigation, the power to urge the parties to reach an agreement, the power to focus the controversy and suspend actions to bring about an agreement between the parties. And as limits the power to reconcile point does not alter the claims of the parties and the facts alleged by the parties, not to impose an agreement, does not prejudge the issue, and not to use coercive techniques.

* Recibido en fecha 14/11/2012. Aceptada su publicación en fecha 25/05/2013.

KEY WORDS:

Procedure. Civil. Previous Hearing. Conciliation. Judge.

SUMARIO:

LA FUNCIÓN CONCILIADORA EN LA AUDIENCIA PREVIA: PRESUPUESTOS, FACULTADES JUDICIALES Y LÍMITES	1
CONCILIATORY FUNCTION REVIOUS HEARING: REQUIREMENTS, JUDICIAL POWERS AND LIMITS	1
I. Introducción	2
II. Cuestiones previas	3
1. Las finalidades de la audiencia previa.	3
2. Alcance de los principios dispositivo y de aportación de parte.	5
III. La función conciliadora en la audiencia previa	11
1. Regulación legal.....	11
2 Presupuestos.....	14
A) Presupuestos derivados de la regulación legal	14
B) Presupuestos inherentes a las partes	16
3. Las facultades del juez en la conciliación	18
4. Los límites de la conciliación.....	23

I. INTRODUCCIÓN

La función conciliatoria en la audiencia previa aparece regulada en los artículos 415 y 428.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) en los que se prevé el momento y algunos de los presupuestos necesarios para que pueda producirse la conciliación. Sin embargo, la regulación legal guarda silencio sobre las facultades judiciales y los límites de actuación del juez en materia de conciliación, y no contempla todos los presupuestos que hacen viable la conciliación.

Para abordar este tema, en primer lugar y a modo de cuestiones previas, será necesario, por una parte, conocer las funciones de la audiencia previa, situándolas cronológicamente dentro de la propia audiencia previa e identificando sus finalidades, y, por otra parte, precisar el alcance de los principios dispositivo y de aportación de parte en el proceso civil, con la finalidad de conocer las facultades de las partes y del juez en orden la introducción de los hechos, las pretensiones y las pruebas en el proceso.

Tras estas precisiones conceptuales iniciales abordaremos el estudio de las facultades del juez en la fase de conciliación, enumerando las posibles actuaciones del juez para alcanzar un acuerdo entre las partes, así como, por otra parte, los límites que debe respetar el juzgador en observancia del deber de imparcialidad y de la necesidad de no anticipar o prejuzgar el fallo. Previamente se determinarán los presupuestos para la viabilidad de la conciliación.

II. CUESTIONES PREVIAS

1. LAS FINALIDADES DE LA AUDIENCIA PREVIA.

La audiencia previa ha sido una de las apuestas más decididas del legislador en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, tal y como se desprende de la Exposición de Motivos, donde ya se anticipa la pluralidad de funciones que se integran en esta importante fase procesal, en los términos literales siguientes:

“En la audiencia previa, se intenta inicialmente un acuerdo o transacción de las partes, que ponga fin al proceso y, si tal acuerdo no se logra, se resuelven las posibles cuestiones sobre presupuestos y óbices procesales, se determinan con precisión las pretensiones de las partes y el ámbito de su controversia, se intenta de nuevo un acuerdo entre los litigantes y, en caso de no alcanzarse y de existir hechos controvertidos, se proponen y admiten las pruebas pertinentes”¹.

Y en términos muy similares, cuando idénticos, se explicitan estas mismas funciones en el párrafo segundo de art. 414 LEC al expresar:

“Esta audiencia previa se llevará a cabo, conforme a lo establecido en los artículos siguientes, para intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso, examinar las cuestiones procesales que pudieran obstaculizar a la prosecución de éste y a su terminación mediante una sentencia sobre su objeto, fijar con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho o de derecho, sobre los que exista controversia entre las partes y, en su caso, proponer y admitir la prueba”.

Esta pluralidad de funciones es también recordada por la jurisprudencia, como es de ver, entre otras, en la SAP Málaga de 16 de febrero de 2012, al señalar:

“Y es que la Audiencia Previa, tal y como está regulada en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 414 a 430), no tiene como única función la meramente conciliadora. Y así, si bien ésta es la primera función de la Audiencia Previa, el párrafo primero del artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil hace referencia a otras funciones perfectamente diferenciadas de aquélla, tanto en su finalidad como en su regulación, destinadas a examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución del proceso (función sanadora regulada en los artículos 416 a 425 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), como a delimitar el objeto del proceso y los extremos, de hecho y derecho, sobre los que exista controversia entre las partes y, en su caso, proponer la prueba (función delimitadora a cuya regulación se destinan los artículos 426 a 429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)”².

La audiencia previa se estructura en torno a cuatro funciones fundamentales. En primer lugar, la función conciliadora, sistemáticamente ubicada al inicio de la audiencia previa, una vez comprobados los presupuestos formales para su válida constitución, cuya finalidad es poner fin al litigio ya iniciado (art. 415 LEC), de manera que si el juez comprueba que las partes han alcanzado un acuerdo o están en vías de alcanzarlo (art. 414. 2 LEC), y una vez verificados los requisitos de capacidad de las partes y disposición sobre el objeto del proceso, procederá a dictar el correspondiente auto de homologación.

La función saneadora (arts. 416 a 425 LEC) persigue depurar el proceso de cuestiones procesales, de manera que el juez pueda dictar sentencia, conociendo del fondo de la cuestión controvertida, y evitando la práctica, tan indeseable aun cuando no infrecuente bajo la derogada legislación procesal de 1881, del dictado de sentencias absolutorias en la instancia que, dejando imprejuizado el fondo del asunto, obligaba a las

¹ Exposición de Motivos LEC, epígrafe XII, párrafo 9.

² SAP Málaga, secc. 4ª, de 16 de febrero de 2012, fto. jco. 2º (JUR 2012\156988).

partes a iniciar un nuevo proceso³. Así lo reconoce sin ambigüedades la Exposición de Motivos de la LEC al señalar:

“Por otro lado, es una exigencia racional y constitucional de la efectividad de la tutela judicial que se resuelvan, cuanto antes, las eventuales cuestiones sobre presupuestos y óbices procesales, de modo que se eviten al máximo las sentencias que no entren sobre el fondo del asunto litigioso y cualquier otro tipo de resolución que ponga fin al proceso sin resolver sobre su objeto, tras costosos esfuerzos baldíos de las partes y del tribunal”⁴.

La función delimitadora de los términos del debate (arts. 426 a 428 LEC) concentra una pluralidad de facultades judiciales que, resumidamente, pueden sintetizarse en la función aclaradora de alegaciones y pretensiones, la función impugnatoria de documentos y dictámenes judiciales y la función de fijar los hechos controvertidos, antecedente necesario del juicio de admisión de los medios de prueba. De ahí que ALONSO-CUEVILLAS distinga, dentro de la función delimitadora, hasta cuatro sub-funciones, que son la *dialectiva*, que tiene por objeto replicar a la contestación, la *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 *tema decidendi*⁵.

A los efectos del presente estudio interesa también destacar que dentro de la función delimitadora se incluye una segunda oportunidad conciliadora, una vez fijados los hechos controvertidos, pues se reconoce al juez la facultad de exhortar a las partes para que alcancen un acuerdo (art. 428.2 LEC).

La función probatoria (arts. 429 y 430 LEC) concentra la proposición y admisión de los medios de prueba y el señalamiento de la fecha del juicio. Se incluye la novedosa normativa del art. 429.1, II y III LEC, que contiene una facultad de integración de insuficiencia probatoria, cuando el juez, a raíz de la proposición de los medios de prueba por las partes, advierte que éstos pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, todo ello con anterioridad a la fase de práctica de la prueba.

Los párrafos segundo y tercero, del apartado primero del art. 429 LEC, se insertan en el contexto de un extenso artículo –comprensivo de hasta nueve apartados–, rubricado “Proposición y admisión de la prueba. Señalamiento del juicio”. Semejante rúbrica es genérica, y en lo que aquí es objeto de comentario, inexpresiva. Probablemente porque el art. 429 LEC regula aspectos tan diversos como la apertura del procedimiento probatorio, la fecha de celebración del juicio, el modo de citación de peritos y testigos al acto del

³ FAIRÉN GUILLÉN, V., *La audiencia previa al juicio de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 7/1/2000*, en “La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, Gómez Colomer, J.L. (coord.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp.105-106 ha definido la audiencia previa como “una serie de actividades procesales conexas destinadas a eliminar de un proceso civil obstáculos iusprocesales o aún iusmateriales que se puedan oponer a obstaculizar el haber de llegar y resolver sobre el fondo del asunto”.

⁴ Exposición Motivos LEC, epígrafe XII, párrafo 2º.

⁵ ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *La audiencia previa al juicio*, en “Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000”, vol. II, obra coordinada por el mismo autor, Dijusa, Barcelona, 2000, pp.161.

juicio o la innecesariedad de apertura de procedimiento probatorio en determinados supuestos, por citar tan sólo algunos aspectos.

Para cerrar esta aproximación inicial a las funciones y finalidades de la audiencia previa, y transcurridos más de diez años desde la entrada en vigor de la LEC, podemos afirmar que, en la práctica forense, se da cumplimiento a las funciones saneadora y probatoria, de manera que se procede a resolver –oralmente y por escrito en los supuestos legalmente previstos (arts. 420.2; 421.3 y 423.2 LEC)- las cuestiones procesales que impiden entrar en el fondo del asunto; y también se procede a la proposición y admisión de prueba, formulando los letrados sus proposiciones orales de prueba en el curso de la audiencia previa, a menudo acompañadas de un escrito –a modo de minuta de proposición de prueba- para facilitar el juicio de admisión y la citación de peritos y testigos.

Por el contrario, la práctica judicial es mucho más heterogénea –y, a veces, inexistente- en cuanto a la función conciliatoria y de delimitación de los términos del debate, probablemente por cuanto se trata de fases aparentemente no tan decisivas. Y aun dentro de la fase probatoria, el uso de la facultad judicial de integración probatoria (art. 429.1, II y III LEC) suscita no pocas reservas en algunos jueces, sin olvidar posicionamientos doctrinales que entienden que tal normativa cuestiona el deber de imparcialidad judicial.

2. ALCANCE DE LOS PRINCIPIOS DISPOSITIVO Y DE APORTACIÓN DE PARTE.

El art. 216 LEC ha supuesto, por primera vez en un Texto Procesal Civil, la introducción del “*principio de justicia rogada*” (técnicamente, el de aportación de parte⁶,

⁶ En realidad, bajo la rúbrica de principio de “justicia rogada” aparecen mezclados en el art. 216 LEC aspectos que forman parte del principio dispositivo –como la aportación de pretensiones- junto con aspectos que forman parte del principio de aportación de parte –como la aportación de pruebas- y la jurisprudencia “menor” viene destacando el engarce del art. 216 LEC con el principio de congruencia (SSAP Madrid, secc.22ª, de 10 de junio de 2003, fto. jco. 2º EDJ 2003/66256; AP Córdoba de 23 de mayo de 2003, fto. jco. 2º, EDJ 2003/37067; AP Toledo de 22 noviembre de 2002, fto. jco. 1º, EDJ 2002/67364; AP León de 13 de septiembre de 2002, fto. jco. 3º, EDJ 2002/64851; AP Alicante, secc. 7ª, de 5 de junio de 2002, fto jco. 2º, EDJ 2002/40096).

Respecto de la aportación de hechos habrá que distinguir, siguiendo a BERZOSA FRANCO, V. (*Principios del proceso*, en rev. “Justicia”, 1992-III, pp.594 y 595), según se trate de “hechos esenciales integradores de la causa de pedir” –que forman parte del principio dispositivo- de los “hechos que fundamentan o motivan la petición pero no tienen ese carácter de esencialidad” –que forman parte del principio de aportación de parte-. Para la citada autora “la alegación de los primeros corresponde a las partes en virtud del principio dispositivo ya que estos hechos constituyen junto al <petitum> el objeto del proceso. La alegación de los segundos, motivadores de la estimación o, en su caso, de la desestimación, si nos situamos en la perspectiva del demandado, aún correspondiendo también a las partes, encuentra su fundamento en el principio de aportación. Por tanto en función de uno u otro criterio son los litigantes los que asumen la tarea de introducir los hechos en el proceso, determinando así el tema de la prueba”. En sentido similar, ETXEBARRÍA GURIDI, F. J. (*Las facultades judiciales en materia probatoria*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp.140) distingue entre “hechos individualizadores o fundamentadores de la pretensión” y los “que sirven de justificación o motivación de aquélla” y concluye que la aportación

como ya precisan algunas resoluciones judiciales⁷), pacíficamente admitido como principio específico del proceso civil⁸ y, a menudo confundido con los principios dispositivo y de aportación de parte, tal como enseñan doctrina y jurisprudencia⁹.

Ya en 1972 SERRA DOMINGUEZ advertía de la unanimidad de los procesalistas en la vigencia del principio dispositivo y la falta de acuerdo completo "para determinar el alcance del principio dispositivo y su distinción respecto del de aportación de parte"¹⁰, diversidad doctrinal que, a diferencia de lo que sucede en la doctrina alemana e italiana¹¹, ni siquiera la publicación de la LEC ha conseguido zanjar.

Con el riesgo de simplificar, en una materia sumamente delicada y repleta de matices, podemos distinguir tres posiciones doctrinales. Un primer sector doctrinal efectúa una interpretación amplia del principio dispositivo, y concibe la aportación de parte como una manifestación del primero.

Se alega que el principio dispositivo no puede circunscribirse al poder de disposición de las partes sobre sus derechos subjetivos, sino que es "un criterio fundamental de inspiración de la estructura contradictoria del proceso y de asignación de <roles> a las partes y al tribunal" (DE LA OLIVA SANTOS¹²). Este mismo autor configura "la tarea de alegar y fijar los hechos que les interesen" a las partes como una "manifestación del principio dispositivo"¹³, con lo cual diluye el contenido del principio

de los primeros descansa en el principio dispositivo y de los segundos en el principio de aportación de parte.

⁷ La SAP Baleares, secc. 3, de 28 de junio, de 2002, fto. jco. 2º (EDJ 2002/46384) ofrece una definición del principio de aportación de parte y de su encaje en el art.216 LEC, al razonar "*El principio de aportación de parte hace recaer sobre los litigantes la carga de alegar y probar los hechos constitutivos de sus pretensiones –iudex iudicet secundum allegata et probata partium- y viene actualmente recogido en el artículo 216 LEC...*" (La negrita es mía). En sentido similar SAP Salamanca de 19 de mayo de 2003, fto. jco.3º (EDJ 2003/56243). De modo muy gráfico la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 17 de marzo de 2003, fto. jco. 2º (EDJ 2003/78966) matiza que "*el principio de aportación de parte (en la expresión utilizada por el art. 216 de la nueva LEC, y que equivale al tradicionalmente denominado de aportación de parte)...*" (La negrita es mía).

⁸ La doctrina procesalista distingue entre los denominados "principios comunes a todos los procesos" (dualidad de partes, audiencia e igualdad) y los "principios específicos" del proceso civil (dispositivo y aportación de parte). Sobre tal distinción puede verse: MONTERO AROCA, J., *Introducción al Derecho Procesal*, AAVV, t.I., 10ª ed., edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp.316 y ss; BERZOSA FRANCOS, V., *Principios del proceso*, en rev. "Justicia", 1992-III, pp.553 y ss; y de la misma autora *Los principios inspiradores del futuro proceso civil*, en "Presente y futuro del proceso civil", Picó Junoy, J. (dir.), ed. Bosch, Barcelona, 1998, pp.28-33.

⁹ Al respecto resulta ilustrativa la STS de 4 de abril de 1993, fto. jco. 3º (EDJ 1993/5373) que engloba dentro del principio dispositivo tanto la facultad de iniciar el proceso como de aportar prueba al razonar "*... no resulta infringido el principio dispositivo en virtud del cual se confía a las partes litigantes no solo la iniciativa para incoar el proceso sino también la aportación de las pruebas conducentes a la defensa de su derecho...*".

¹⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Liberalización y socialización del proceso civil. Las facultades del juez en la legislación y en la realidad procesales*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, p.519.

¹¹ Vide PICÓ JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 1996, p. 208, con abundante cita bibliográfica de doctrina alemana e italiana.

¹² DE LA OLIVA, A., en AAVV, "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil", ed. Civitas, Madrid, 2001, p.381.

¹³ DE LA OLIVA, A., *Derecho Procesal. Introducción*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, pp.61 y ss.

de aportación de parte dentro del principio dispositivo y, en definitiva y siquiera de manera implícita, le niega autonomía.

En línea de razonamiento similar, y en la interpretación del art. 216 LEC, se afirma que dicho artículo “ha extraído del principio dispositivo una de sus razonables manifestaciones, cual es la de dejar en manos de las partes la facultad de aportar al proceso el material fáctico y su iniciativa probatoria” (TAPIA FERNÁNDEZ¹⁴). Se insiste, pues, en la idea que la aportación de hechos y de pruebas es una manifestación del principio dispositivo, con lo cual, si bien se les dota a cada uno de los principios de contenido propio¹⁵, parece negarse una distinción entre ambos principios.

Y también pueden inscribirse en esta interpretación quienes entienden que el principio de aportación de parte es la aplicación del principio dispositivo a la actividad probatoria, “donde adquiere una especial significación en orden al reparto de papeles entre las partes y el juez” (MORENO CATENA¹⁶).

Un segundo sector doctrinal postula una interpretación amplia del principio de aportación de parte, en el que subsume manifestaciones esenciales del principio dispositivo. En el extremo opuesto a la anterior interpretación, otros autores, acaso influidos por una interpretación excesivamente literal del art. 216 LEC –que incluye la referencia a la introducción de pretensiones– ensanchan el contenido del principio de aportación de parte, e incluyen dentro del mismo la facultad de determinar el objeto del juicio que, en puridad, es una de las manifestaciones esenciales del principio dispositivo. Así se ha razonado que el principio de aportación “lo que nos indica esencialmente es a quién corresponde la tarea de aportar los hechos al proceso (delimitando el objeto del mismo) y la de procurar su acreditación a través de la oportuna actividad probatoria” (GARBERÍ LLOBREGAT¹⁷).

Y un tercer sector doctrinal efectúa una interpretación que delimita los principios dispositivo y de aportación de parte. La mayoría de autores delimita los principios dispositivo y de aportación de parte con formulaciones variadas¹⁸, pero que ponen el

¹⁴ TAPIA FERNÁNDEZ, I., en AAVV, “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil”, vol.I, Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, pp.781 y 782.

¹⁵ Para TAPIA FERNÁNDEZ, I. (en AAVV, “Comentarios...”, ob. cit., p.781) el principio de parte significa que “corresponde a quien solicita la tutela de los tribunales *la carga de determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de las partes*”.

¹⁶ MORENO CATENA, V., en AAVV, “El Proceso Civil”, vol.III, Escribano Mora, F. (coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp.2204 y ss.

¹⁷ GARBERÍ LLOBREGAT, J., en AAVV, “Los Procesos Civiles”, t.2, obra coordinada por el mismo autor, ed. Bosch, Barcelona, 2001, pp.434.

¹⁸ En la doctrina española, entre otros, y por orden alfabético cabe citar a: BERZOSA FRANCO, V., *Principios del proceso*, en rev. “Justicia”, 1992-III, pp.575-578 y 594-600; CORDÓN MORENO, F., (*En torno a los poderes de dirección del juez civil*, en “RDP”, 1979, pp.810 y ss.) para quien “la atenuación del principio de aportación de parte constituye un hecho de mera técnica procesal, algo que afecta a la estructura interna del proceso y no está en oposición con el principio de disposición en sentido estricto, ya que todo poder reconocido al juez en orden a la búsqueda de la verdad se vería limitado al campo de los hechos que las partes afirman en sus alegaciones como fundamento de sus respectivas pretensiones”;

acento en el hecho que el principio de aportación responde a la determinación de los sujetos a quienes corresponde introducir el material fáctico objeto de la cognición judicial.

Desde esta perspectiva, y para perfilar la esencia del principio de aportación de parte, se nos dice: a) “viene a regular el modo en que los hechos acceden al proceso y los medios con que cuenta el juez para el descubrimiento de la verdad” (DAMIAN MORENO¹⁹); b) “los Tribunales tan sólo pueden decidir las contiendas en base a los hechos que las partes hayan alegado oportunamente y a las pruebas que se hayan propuesto” y que dicho principio está “más bien dirigido a dar instrucciones al juzgador sobre cuál es el material que ha de examinar a la hora de hacer su reflexión” (SEONE PARDO²⁰); c) “hace recaer sobre los litigantes la carga de reunir e incorporar al proceso

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (*La constitución española y los principios rectores del proceso civil*, en “Principios constitucionales del proceso civil”, Cuadernos CGPJ, núm.XIII/93, Madrid, 1993, p.152) quien ya en relación con la derogada LEC 1881, había criticado el papel de “mero espectador” del Juez en la actividad probatoria, afirmando que “en alguna ocasión hemos sostenido que si la Ley deja en manos de las partes el ejercicio de la tutela jurisdiccional y la determinación del material de hecho sobre el que se va a juzgar, no tiene el menor sentido que sean las partes y no el juez quienes tengan la dirección la dirección material del proceso o, dicho en otras palabras, la capacidad probatoria dentro del mismo”. Para este autor “...en nada queda afectado el principio de imparcialidad judicial por el hecho de que el Juez, una vez se han delimitado los confines de su actuación judicial, tuviera los más amplios poderes de dirección del proceso para así poder adquirir en el mismo la más precisa certeza de los hechos”; DAMIAN MORENO, J., en AAVV, “Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, t.I, ed. Lex Nova, Valladolid, p.1417; FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., en AAVV, “Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, t.I., Fernández-Ballesteros; Rifá Soler; Valls Gombau, ed. Atelier, Barcelona, 2000, pp.814; ETXEBARRÍA GURIDI, F. J. (*Las facultades judiciales en materia probatoria*, ob. cit., pp. 85 y 126) quien, tras mostrarse partidario de “construir una relación equilibrada entre la actividad del juez y los derechos de las partes en el proceso”, afirma que los principios dispositivo y de aportación de parte “descansan en fundamentos distintos”. Este autor, “con la pretensión de armonizar la, parece conveniente intervención judicial abandonando la tradicional pasividad del órgano jurisdiccional, por un lado, y el protagonismo de las partes en la aportación del material probatorio” analiza las propuestas doctrinales basadas “en la distinción entre fuentes y medios de prueba” (ob. cit., pp.159-163) y “en la distinción entre medios de prueba que incorporan hechos y los que no” (ob. cit., pp.163-166); GARCÍA PÉREZ, J. J., (*El deber judicial de congruencia como manifestación del principio dispositivo y su alcance constitucional* (comunicación), en “Principios constitucionales del proceso civil”, Cuadernos CGPJ, núm.XIII/93, Madrid, 1993, p.449) quien, en relación con la LEC 1881, defendía que en un nuevo proceso civil, asentado sobre el principio dispositivo, no era incompatible “con la asunción sobremanera de un mayor protagonismo e intervención judicial en la prueba”; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T. y REVERÓN PALENZUELA, B., en AAVV, “Proceso Civil Práctico”, t.III, Gimeno Sendra. V. (coord.), ed. La Ley, Madrid, 2001, pp.152 y ss; MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, t.I, Parte General, obra de la que es autor junto con GÓMEZ COLOMER, J. L.; MONTÓN REDONDO, A.; y BARONA VILAR, S., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p.330; PICÓ JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp.208 y ss.; SEONE PARDO, J., en AAVV, “Lec XX. Comentada”, vol.I, ed. Sepin, Madrid, 2001, pp.477 y ss; SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Liberalización y socialización...*, ob. cit., p.519.

¹⁹ DAMIAN MORENO, J., en AAVV, “Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, t.I, Lorca Navarrete, A. M^a (dir); Guilarte Gutiérrez, V. (coord.), ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, p.1417.

²⁰ SEONE PARDO, J., en AAVV, “Lec XX. Comentada”, vol.I, ob. cit., pp.477 y ss.

los hechos a que la controversia se contrae para su valoración y consideración por el tribunal como sustrato fáctico de su resolución, según la máxima *da mihi factum dabo tibi ius*” (FERNÁNDEZ URZAINQUI²¹); d) “El principio de aportación y su opuesto, el principio de investigación, resuelven el problema procesal de determinar a qué sujetos del proceso, juez o partes, le corresponde la formación del material fáctico del proceso (GIMENO)” (LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ y REVERÓN PALENZUELA²²)

Desde tal interpretación se pone de manifiesto el error dogmático del art. 216 LEC, ya denunciado en el Informe del CGPJ al Anteproyecto de la LEC²³, con “la impropiedad de incluir las pretensiones dentro del principio de aportación, puesto que forman parte del principio dispositivo” (DAMIAN MORENO²⁴), así como que el hecho “que el art. 216 LEC confunde los principios dispositivo y de aportación de parte” (LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ y REVERÓN PALENZUELA²⁵).

La Exposición de Motivos de la LEC utiliza en su epígrafe VI indistintamente o, mejor dicho, como sinónimos los términos principio de justicia rogada y principio dispositivo. Así nos dice: “*La nueva Ley de Enjuiciamiento civil sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus consecuencias razonables,....*”.

Con mayor precisión técnica, podemos efectuar la siguiente distinción. En virtud del principio dispositivo (*Dispositionsprinzip*) las partes son dueñas de sus intereses privados y de reclamarlos, o no, judicialmente. Responde, como apunta BERZONA FRANCO, “al interrogante de quién inicia el proceso y quién fija o determina su objeto”²⁶ y comprende, como indica SERRA DOMÍNGUEZ, “todas aquellas facultades procesales derivadas de la titularidad afirmada en el proceso”²⁷.

²¹ FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., en AAVV, “Comentarios...”, t.I, ob. cit., pp.813 y 814.

²² LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T. y REVERÓN PALENZUELA, B., en AAVV, “Proceso Civil Práctico”, t.III, ob. cit., p.153.

²³ Según el Informe del CGPJ al Anteproyecto de la LEC “los principios dispositivo y de aportación de parte son constitutivos del proceso civil. Estos principios se han venido confundiendo dentro de la que se llamó justicia rogada, sin embargo la doctrina alemana desde principios de siglo los separó con claridad [...]. El principio dispositivo se funda en que los derechos en intereses legítimos de los particulares, derivados del Derecho privado, tienen un titular, que es el único que puede solicitar la tutela a través del proceso. Su fundamento reside en la esencia misma del derecho subjetivo, caracterizado por el hecho de que sólo ese titular puede deducirlo y, por ello, la sentencia que se dicte sólo puede extenderse al ámbito dentro del cual el derecho ha sido reclamado [...]. El principio de aportación se refiere a que son las partes las que deben aportar el material fáctico al proceso...” (citado por SEONE PARDO, J., en AAVV, “Lec Comentada XX”, vol.I, ob. cit., pp.477 y ss.).

²⁴ DAMIAN MORENO, J., en AAVV, “Comentarios...”, t.I, ob. cit., p.1417.

²⁵ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T. y REVERÓN PALENZUELA, B., en AAVV, “Proceso Civil Práctico”, t.III, ob. cit., pp.153.

²⁶ BERZOSA FRANCO, V., *Principios del proceso*, en rev. “Justicia”, 92-III, p.575.

²⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, M. (*Liberalización y socialización...*, ob. cit., p.520) enumera como facultades procesales derivadas del contenido del principio dispositivo: 1ª) La de acudir o no al proceso jurisdiccional; 2ª) La de elegir para la resolución del proceso bien los Tribunales ordinarios, bien las jurisdicciones arbitrales; 3ª) La facultad de determinar el contenido de la sentencia o de ponerle término (al proceso) mediante una disposición sobre el derecho afirmado. 4ª) La congruencia con las pretensiones deducidas por las partes. Por su parte, PICÓ JUNOY, J. (*Los principios del nuevo proceso civil*, en

Una de las consecuencias fundamentales del principio dispositivo –que no del principio de aportación, ni del de rogación- es que la introducción de las pretensiones corresponde también a las partes. La pretensión se formula en el escrito inicial de demanda (art. 399.5 LEC) con necesidad de “separación” y, de ser varias, “por su orden y separadamente”.

De modo distinto, y en virtud del principio de aportación de parte (*Verhandlungsmaxime*) la introducción de los hechos, así como de la prueba para justificarlos, corresponde a las partes²⁸. En palabras de BERZOSA FRANCO “supone este criterio que el dominio del material procesal que constituirá fundamento de hecho de la sentencia corresponde a los litigantes”²⁹.

Los razonamientos anteriores permite sentar dos conclusiones, ya apuntadas por SERRA DOMÍNGUEZ: Primera: la vigencia del principio dispositivo en el proceso civil, lo cual no significa afirmar la pasividad del juez en el proceso civil, “por afectar la intervención del juez no a los derechos materiales debatidos en el proceso, sino a la ordenación de proceso, indisponible en principio a los particulares”³⁰. Y segunda: el reparto de funciones o roles que corresponden a las partes y al juez en el proceso civil. En este sentido el citado autor sostiene que “a las partes les corresponde un absoluto poder de disposición sobre los derechos afirmados en el proceso, mientras al juez le corresponde, con carácter limitado solo por la previa petición de parte, la dirección del proceso civil”³¹.

Ello significa que, con absoluto y escrupuloso respeto a los hechos y las pretensiones introducidas por las partes en el proceso, la función directiva, esto es, de ordenación del proceso corresponde al juez, el cual no es un simple espectador pasivo de una controversia entre particulares, sino que puede asumir una función directiva, procurando que cada una de las fases del proceso –y en particular en la función conciliadora - responda a las finalidades previstas por el legislador. Ahora bien, para que la función directiva del juez, no ponga en peligro aspectos tan importantes como el deber de imparcialidad judicial, será necesario fijar los presupuestos y límites de la actuación

“Instituciones del Nuevo Proceso Civil”, vol.I, ob. cit., p.30) atribuye al principio dispositivo cuatro “manifestaciones” o “notas esenciales”: 1ª) El inicio de la actividad jurisdiccional a instancia de parte; 2ª) La determinación del objeto del proceso únicamente por los litigantes; 3ª) La congruencia de las resoluciones judiciales con las pretensiones de las partes; 4ª) La finalización de la actividad jurisdiccional por voluntad exclusiva de los litigantes (renuncia, allanamiento, transacción, desistimiento, caducidad en la instancia).

²⁸ Para distinguir el principio dispositivo del de aportación de parte DÍAZ CABIALE, J. A. (*Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, ed. Comares, Granada, 1996, pp.52-54) utiliza un ejemplo extraído de la doctrina procesalista italiana, cuya expresividad es manifiesta: “el hecho que una persona decida ir a un lugar determinado y tome un medio de transporte, un autobús o un taxi, conlleva evidentemente la plena disponibilidad de la iniciativa y fin, en cuanto se utiliza el medio con plena libertad y siempre se puede apearse uno del autobús o alterar el destino del taxi, pero ello no tiene que conllevar necesariamente que el usuario disponga de la forma de conducción o del tipo de recorrido. Todos estos aspectos pueden quedar sustraídos a su voluntad, como sucede en el ejemplo visto, sin que él pierda la disponibilidad del viaje, esto es el objeto”.

²⁹ BERZOSA FRANCO, V., *Principios del proceso*, en rev. “Justicia”, 92-III, p.544.

³⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Liberalización y socialización...*, ob. cit., p.521.

³¹ SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Liberalización y socialización...*, ob. cit., p.525.

judicial en aras a la función conciliadora en la audiencia previa, precisando las facultades judiciales. Y lo misma deberemos efectuar en el momento de analizar la facultad de integración probatoria (art. 429.1, II y III LEC)

III. LA FUNCIÓN CONCILIADORA EN LA AUDIENCIA PREVIA

1. REGULACIÓN LEGAL

La función conciliadora, también llamada evitadora³², se sitúa en dos momentos procesales de la audiencia previa: al inicio (art. 415.1 LEC) y una vez delimitados los términos del debate (art. 428.2 LEC). En ambos casos, su finalidad es idéntica: evitar la continuación del juicio mediante un acuerdo que ponga fin al proceso. De ahí que se haya afirmado que la conciliación es “una solución autocompositiva (espontánea o mediada) de un conflicto preexistente entre las partes” (SAP Huelva, 30 marzo 2007³³) también que “es la primera función de la Audiencia Previa (SAP Málaga, 16 febrero 2012³⁴).

El intento de conciliación al inicio de la audiencia previa se regula en los términos literales siguientes: “...el juez declarará abierto el acto y comprobará si subsiste el litigio entre ellas” (art. 415.1 LEC). De esta forma imperativa y tan escueta es cómo se regula la intervención conciliadora del juez al inicio de la audiencia previa, circunscrita a constatar la existencia de un acuerdo y a procurar un posible acuerdo. Se ha afirmado que la labor conciliadora del juez “es preceptiva, pero posee un marcado carácter pasivo”³⁵, y también que en esta fase procesal “la actuación que se exige del juez no es la de promover un acuerdo, sino la de constar su existencia o inexistencia”³⁶.

Por el contrario, la conciliación situada con posterioridad a la fijación de los hechos controvertidos tiene carácter facultativo, como se desprende meridianamente de la literalidad legal: “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” (art. 428.2 LEC). De ahí que se haya afirmado a que “el intento de conciliación que se lleva a cabo en este momento es facultativo para el juez pero se sugiere una mayor intervención de este como conciliador”³⁷. Este segundo intento de conciliación intraprocesal tendrá lugar a la vista del estado de la controversia (esto es, número de hechos controvertidos, su complejidad, etc.) y si el juez estima prudente suscitarlo, por lo que, a diferencia de la conciliación inicial, puede prescindirse de esta

³² En este sentido, GONZÁLEZ MONTES, F., *La audiencia previa en el juicio ordinario de la Ley 1/2000, de 7 de enero*, en rev. “Tribunales de Justicia”, núm.10, 2000, pp.1050 y 1053 y ss.

³³ SAP Huelva, secc. 1ª, de 30 de marzo de 2007, fto. jco. 1º (JUR 2007\202481).

³⁴ SAP Málaga, secc. 4ª, de 16 de febrero de 2012, fto. jco. 2º (JUR 2012\156988).

³⁵ GIMENO SENDRA, V., *Características esenciales de la audiencia previa*, en “La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, Gómez Colomer, J.L. (coord.), ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2003, p.146.

³⁶ SOLSONA ABAD, F., *La mediación en la audiencia previa. La intervención de las partes y la mediación judicial*, en “Cuestiones prácticas de la audiencia previa en el juicio ordinario”, Cuadernos de Derecho Judicial II/2008, CGPJ, 2009, p.61.

³⁷ GARCIMARTIN MONTERO, R. *La función conciliadora de la audiencia previa en el juicio ordinario*, en Revista del Poder Judicial, núm. 82, Segundo Trimestre, 2006, p.162.

segunda conciliación³⁸. Y aun no faltan autores que han postulado que la conciliación puede tener en cualquier momento del proceso³⁹.

Mientras el art. 415 LEC lleva por rubrica “*Intento de conciliación o transacción*”, el artículo 428 LEC se anuncia como “*Fijación de los hechos controvertidos y posible sentencia inmediata*” es decir, lleva un enunciado que ni siquiera alude a la conciliación⁴⁰. Al inicio de la audiencia previa al juez se le encomienda no ya una conciliación, sino algo un poco más modesto “un intento de conciliación”, probablemente porque el legislador no ignora que se trata de una fase prematura de la contienda judicial. Y avanzada la audiencia previa, y dentro de la fase delimitadora de los términos del debate, la rúbrica legal no esconde que el legislador parece más preocupado en la fijación de los hechos controvertidos o en alcanzar un fin más anticipado del proceso, obviando la fase probatoria, que en la posibilidad de conciliación.

Históricamente se ha pasado de una conciliación preprocesal y preventiva (arts. 460 a 480 LEC 1881) a una doble conciliación intraprocésal (arts. 415.1 y 428.2 LEC), siendo el primer intento de conciliación preceptivo (art. 415.1 LEC) y el segundo potestativo (art. 428.2 LEC). Como se ha precisado acertadamente “el art. 415.1 de la vigente LEC regula el intento (y eventual logro) de conciliación o transacción cuando ya se ha consolidado el litigio” (SAP Huelva, de 30 de marzo de 2007⁴¹).

Los términos imperativos del art. 415.1 LEC (“...comprobará si subsiste el litigio”) contrastan con los términos potestativos del art. 428.2 LEC (“...podrá exhortar a las partes [...] para que lleguen a un acuerdo...”). De la misma manera que el legislador no ha querido prescindir de la audiencia previa, y que se trata de un trámite imperativo⁴², tampoco ha querido prescindir de una conciliación inicial, sea por el arrastre de una tradición histórica –en la comparecencia del menor cuantía de la LEC de 1881 también existía la exhortación inicial a un acuerdo–, sea por los beneficios de celeridad procesal que, aun cuando estadísticamente sean limitados, reporta la función evitadora del litigio al comienzo de la audiencia previa.

El art. 415 LEC, rubricado “*Intento de conciliación o transacción. Sobreseimiento por desistimiento bilateral. Homologación y eficacia del acuerdo*”, dispone en su apartado 1º, pfo. 2º: “*Si manifestaren haber llegado a un acuerdo o se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, podrán desistir del proceso o solicitar del tribunal*

³⁸ BANACLOCHE PALAO, J., en AAVV “El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, ed. Civitas, Madrid, 2005, p.341.

³⁹ FAIRÉN GUILLEN, V., *La audiencia previa al juicio de la LEC 7/1/2000*, en “La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000”, ob. cit., pp.135.

⁴⁰ En este sentido la SAP Santa Cruz, secc. 4ª, de 18 de marzo de 2002, fto. jco. 2º (JUR 2002\140527) parece distinguir entre la solución de propuesta amistosa que puede partir de la parte contraria, al amparo del art. 415 LEC, y la que puede partir del Juez, al amparo del art. 428.2 LEC.

⁴¹ SAP Huelva, secc. 1ª, de 30 de marzo de 2007, fto. jco. 7º (JUR 2007\202481).

⁴² En sentido crítico sobre la obligatoriedad de la audiencia previa, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *La audiencia previa al juicio*, en “Instituciones del nuevo proceso civil: comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000”, vol. II, obra coordinada por el propio autor, ed. Difusa, Barcelona, 2000, p.135.

que homologue lo acordado". Y en su apartado 2º: "*El acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por ley a la transacción...*".

La doctrina ha apuntado varias imprecisiones en la redacción y el contenido legal de este artículo, como son⁴³:

a) Aun cuando la rúbrica del art. 415 LEC no tiene valor normativo, puede inducir a confusión al referirse alternativamente a un "intento de conciliación o transacción", puesto que equipara el medio que se utiliza para alcanzar un acuerdo (la conciliación) con el resultado en que dicho acuerdo se puede plasmar (transacción).

b) La rúbrica del art. 415 LEC no se corresponde con su contenido, puesto que no hace referencia a todas las formas de terminación del proceso que se contemplan en el articulado. La rúbrica alude, como formas de terminación del procesal, a la transacción y al desistimiento bilateral. En cambio, el articulado se refiere al desistimiento (art. 415.1, II LEC), a la homologación judicial de lo acordado (art. 415.1, II LEC) y ésta última forma de adoptar el acuerdo se equipara a la transacción (art. 415.2 LEC). Y existen otras formas de terminación anormal del proceso, como el allanamiento (art. 21 LEC), que no están comprendidas en el art. 415 LEC⁴⁴. Como se ha dicho acertadamente la transacción y el desistimiento no son sino algunos –al igual que la renuncia y allanamiento- de los medios instrumentales de los que la conciliación se vale para obtener su fin autocompositivo⁴⁵.

c) El art. 415.2 LEC dispone literalmente que "*El acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por ley a la transacción judicial*", y puede dar a entender que el acuerdo homologado judicialmente es algo distinto de la transacción. En la medida en que un acuerdo es siempre una transacción parece razonable entender que el legislador utiliza de forma indebida y superflua el término transacción.

d) La referencia al término desistir en el art. 415.1, II LEC no parece la más acertada teniendo en cuenta que el desistimiento es una decisión procesal que sólo compete al actor⁴⁶, y la conciliación busca un acuerdo de las partes. Tampoco parece acertada la rúbrica del art. 415 LEC al referirse a un "*desistimiento bilateral*",

⁴³ GARCIMARTÍN MONTERO, R., *La función conciliadora de la audiencia previa en el juicio ordinario*, en Revista del Poder Judicial, núm. 82, Segundo Trimestre, 2006, pp.172-174.

⁴⁴ La SAP Madrid de 17 de abril de 2004, fto. jco. 1º (Economist & Iuris marginal 296794) contiene una enumeración exhaustiva y definición de los distintos modos de terminación anormal del proceso, distinguiendo entre una terminación anormal de carácter procesal –desistimiento, sobreseimiento y caducidad- y unos modos de terminación anormal de carácter material –renuncia, allanamiento, satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto, enervación y transacción-.

⁴⁵ En este sentido, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *La audiencia previa al juicio*, en "Instituciones del nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000", ob. cit., p.143; GIMENO SENDRA, V., *Características esenciales de la audiencia previa*, en "La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000", Gómez Colomer, J.L. (coord.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p.146.

⁴⁶ ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., *Consideraciones acerca de la audiencia previa al juicio en la nueva LEC (y II)*, diario La Ley, número 5379, de 20 de septiembre de 2001.

técnicamente inexistente, y que parece aludir a un desistimiento consentido por el demandado.

Estas imprecisiones no se limitan al art. 415 LEC, regulador de la conciliación inicial, y se extienden a otros preceptos contenidos en la regulación de la audiencia previa:

a) El art. 414.1 LEC señala que una de las finalidades de la audiencia previa es “*intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso*”.

b) El mismo art. 414.2 II LEC, para regular quines y cómo deben comparecer a la audiencia previa, señala que “*al efecto del intento de arreglo o transacción....*”.

c) El art. 428.2 LEC, que regula la facultad de una segunda conciliación intraprocésal una vez fijados los hechos controvertidos, señala que el tribunal podrá exhortar a las partes “*para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al juicio*”.

Aun cuando algún autor ha justificado estas imprecisiones señalando que todas estas expresiones se refieren al acuerdo de las partes que pone fin al proceso⁴⁷, lo cierto es que el legislador emplea términos que jurídicamente tienen un significado jurídico muy genérico –acuerdo, arreglo-, junto con otros que tienen un significado jurídico muy preciso –transacción (art.1809 CC)- y, además, al emplearlos como sinónimos o de forma indistinta parece reducir las formas que pueden alcanzar los acuerdos nacidos de la conciliación intraprocésal a la transacción.

2 PRESUPUESTOS

Para la viabilidad de la conciliación intraprocésal se requieren unos presupuestos, algunos de los cuales se desprenden de la regulación legal y otros que son inherentes a las partes, pudiéndose distinguir:

A) Presupuestos derivados de la regulación legal

1º.- Válida constitución de la audiencia previa. Para que la audiencia previa pueda iniciarse el legislador ha previsto una serie de requisitos que afectan básicamente a los sujetos que deben concurrir a dicho acto. Las partes habrán de comparecer en la audiencia previa, personalmente o a través de procurador (art. 414.2 LEC). Ello significa que la incomparecencia no justificada de la parte, o la inasistencia de su abogado, constituye una omisión insubsanable, que determinará el efecto del sobreseimiento del proceso previsto en el art. 414.3 y 4 LEC.

2º.- Poder del procurador. Si la parte no comparece personalmente, deberá hacerlo con un Procurador con poder especial para allanarse, renunciar o transigir (art. 414. 2 LEC).

Sobre las consecuencias de la insuficiencia del poder y la interpretación del art. 414.2, II LEC se advierten dos posturas en la doctrina emanada de las Audiencias Provinciales. Una postura, apegada excesivamente a la literalidad legal, que sostiene que la finalidad del art. 414.2, II LEC es que a la audiencia previa concurre un sujeto, sea la

⁴⁷ BANACLOCHE PALAO, J., El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil, ed. Aranzadi, Navarra, pp.337-338.

propia parte o su procurador, con capacidad para renunciar, allanarse o transigir, dado que la comparecencia en forma de las partes es presupuesto para que el tribunal declare abierto el acto y compruebe si subsiste el litigio entre ellas (art. 415.1 LEC), de manera que si la parte no comparece por sí misma ni otorga poder especial al procurador, se le tendrá por incomparecida y no podrá intentarse con ella la conciliación, ni comprobarse por el Juez la posibilidad de acuerdo, ya que el Procurador carece de facultades para iniciar cualquier negociación en el seno de la audiencia previa, todo ello sin perjuicio de la posible subsanación del defecto. El poder especial deberá otorgarse en el momento inicial de la audiencia previa, como presupuesto para su válida constitución⁴⁸, de manera que su ausencia genera un defecto legal “exclusivamente imputable al litigante”⁴⁹.

Otra postura más flexible, y a la que nos adherimos, sostiene que la exigencia de poder especial para renunciar, allanarse o transigir se refiere sólo a la primera de las funciones de la audiencia previa, consistente en el intento de arreglo o transacción (art. 415.1, II LEC), y no debe impedir la continuación de la audiencia previa a los demás efectos, por lo que el poder especial sólo será requisito para la constitución de la audiencia previa cuando las partes manifiesten su intención de llegar a un acuerdo, pero no en los demás supuestos⁵⁰.

3º.- Capacidad jurídica de las partes. La falta de capacidad para ser parte y la falta de capacidad procesal podrá ser apreciada de oficio por el tribunal en cualquier momento del proceso (art. 9 LEC) y, con carácter previo a la homologación del acuerdo de las partes, y si éstas han manifestado su intención de llegar a un acuerdo, el tribunal deberá verificar la concurrencia de los requisitos de capacidad, entendido como capacidad para ser parte y capacidad procesal.

Con respecto a algunos casos especiales, es necesario precisar: a) si se trata de incapaces, habrá de disponerse de autorización judicial; b) si se trata de menores, habrán

⁴⁸ SAP Santa Cruz de Tenerife de 18 de marzo de 2002, fto. jco. 2º (EDJ 2002/17562); SAP Valencia de 26 de febrero de 2002, fto. jco. 2º (EDJ 2002/11519); AAP Málaga de 8 de abril de 2002, fto. jco. 3º (EDJ 2002/36881).

⁴⁹ VALLINÉS GARCÍA, E., en el Capítulo *El acto de celebración de la audiencia previa al juicio*, en la obra colectiva “El tratamiento de la cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil” (con BANACLOCHE PALAO, J.; GASCÓN INCHAUSTI, F. y GUTIERREZ BERLINCHES, A.), 1ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2005, p.373, para quien la exigencia del art. 414.2, II LEC “aunque rigurosa, no es modo contraria al derecho fundamental que proclama el artículo 24.1, i. f de la CE”.

⁵⁰ En este sentido resulta sumamente ilustrativa la SAP Málaga, secc. 4ª, de 16 de febrero de 2012, fto. jco.2º (JUR 2012/156988) al afirmar: “Atendiendo a la pluralidad de funciones o cometidos, la exigencia del poder al que hace referencia el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (donde no se emplea el término “especial”) no puede entenderse referida a todas las vertientes que conforman la Audiencia Previa considerada en su globalidad, sino únicamente para aquellos supuestos en los que se consolide la conciliación, esto es, cuando las partes lleguen a un acuerdo, transacción, renuncia o cualquier otro acto que pudiera poner fin al proceso en ese trámite procesal”. AAP Cáceres de 4 de octubre de 2004, fto. jco. 2º (EDJ 2004/149126); SAP Las Palmas, secc. 3ª, de 20 de mayo de 2003, fto. jco. 4º (La ley 90141/2003); SAP Granada de 6 de octubre de 2003, fto. jco. 2º (EDJ 2003/176439); AAP Cáceres de 6 de junio de 2002, fto. jco. 3º (EDJ 2002/49047); AAP Cáceres de 25 de julio de 2001, fto. jco. 2º (EDJ 2001/64199).

de comparecer a prestar su autorización los padres o el representante legal; y c) en situaciones de litisconsorcio necesario, ha de concurrir el acuerdo de todos los litisconsortes.

4º.- Poder de disposición. Es necesario un poder de disposición por las partes en los términos ya señalados.

B) Presupuestos inherentes a las partes

1º.- Que el juez considere viable la conciliación intraprocesal. Aun cuando parezca una obviedad, y salvo en aquellos supuestos en los que las partes se limitan a proponer un acuerdo para su homologación judicial, en los restantes supuestos, no puede haber conciliación si el juez estima que su función es meramente pasiva, limitándose a verificar un acuerdo previamente alcanzado, sin que pueda ni deba tener funciones directivas o, con mayor propiedad, funciones que faciliten el acuerdo de las partes.

Es fundamental la actitud del juez ante la conciliación, pudiéndose distinguir en la práctica forense, simplícidamente, hasta tres actitudes distintas: a) la perspectiva pasiva, del juez que simplemente soslaya la conciliación, iniciando la audiencia previa a partir del análisis de las cuestiones procesales, si las hubiere (ej.: “Si Vds. no han llegado a un acuerdo, pasaremos a analizar las cuestiones procesales”), bien porque esté convencido que su función no es conciliar, bien porque dude de la eficacia de una conciliación intraprocesal; b) la perspectiva formal: del juez que comprobará si las partes han llegado a un acuerdo o están dispuestas a alcanzarlo, por emplear la dicción del artículo 415.1 LEC (ej. “¿Han alcanzado Vds. un acuerdo? ¿Existe alguna posibilidad de que Vds. lleguen a un acuerdo en este momento?”). El juez se limitará a la verificación formal de la subsistencia de la litis a los efectos de la continuación de la audiencia previa, con independencia de que crea en las mayores o menores posibilidades de un acuerdo intraprocesal; y c) finalmente, la perspectiva directiva, del juez que ve factible una conciliación y comprobará la subsistencia del litigio, pero también usará de sus facultades para que ésta se alcance^{51/52}.

2º.- Que los Letrados estén predispuestos a alcanzar un acuerdo. Del mismo modo, y además de la actitud del juez, es necesario que haya una predisposición por los letrados para alcanzar o intentar alcanzar una solución consensuada. De modo que si los letrados o cualquiera de ellos manifiesta una negativa cerrada o simplemente una posición reacia a la conciliación es más prudente que el juez se abstenga de incentivarla.

El Letrado puede pensar que el juez está sobrecargado de asuntos y con varias audiencias previas en la misma mañana, y puede estar más preocupado por celebrar el mayor número de audiencias que en propiciar la conciliación en una de ellas. Además, la

⁵¹ Más ampliamente en mi trabajo *La audiencia previa: entre el deseo y la realidad*, en Revista del Poder Judicial, Primer Trimestre 2003, núm. 69, pp.342-343.

⁵² En un Estudio de Derecho Judicial del CGPJ, que lleva por título el significativo de “La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia”, núm 44/2003, Madrid, CGPJ, Madrid, 2004, pp. 420 el Magistrado SEIJAS QUINTA, J.A. afirma “con alguna excepción, no se practica la mediación y el intento judicial no dura más tiempo que el que tarda en cumplir la previsión legal de preguntar a las partes si existe ese acuerdo, adelantándose, incluso, muchas veces la respuesta”.

misma sobrecarga le habrá impedido, las más de las veces, un estudio detenido y sosegado del objeto del proceso que le permita estar en la posición de aunar posiciones. Y, por supuesto, desde la perspectiva del letrado, el juez que participa más activamente en la conciliación y no obtiene el acuerdo puede, aun sin ser consciente, haber quedado ya contaminado o, si se prefiere, mirar con disfavor a la parte más renuente en la consecución del acuerdo⁵³.

Alguna resolución judicial se ha hecho eco de la filosofía de la LEC y de su apuesta por incentivar las vías alternativas para la solución de conflictos a través de la conciliación, lo cual exige una predisposición por parte de los letrados y también acudir a la audiencia previa con el poder especial que permite tal acuerdo. En este sentido, por su claridad, merece reproducir literalmente los términos de la SAP Málaga de 2 de septiembre de 2002⁵⁴:

“Esta Sala ha de declarar que la LEC pretende esencialmente los acuerdos y se va contra el espíritu de la misma cuando la parte desde el inicio acude premeditadamente sin ánimo transaccionador, pero en cualquier caso la LEC exige la presencia de la parte o del Procurador con poder especial, y si bien el Juzgado pudo suspender para subsanar tampoco actuó desacertadamente al sobreseer dada la claridad de la ley en este aspecto, unido ello a la proliferación de comentarios doctrinales sobre la materia, por lo que la cuestión no pudo pasar desapercibida a las partes apelantes.

La necesidad del poder especial, que como tal debe indicarse en el poder notarial, tiene su base en la obligatoriedad de que las partes faculten a su representante para poder llegar a acuerdos que permitan la finalización del litigio.

Es necesario desterrar la práctica viciosa de la comparecencia y conciliación de la anterior LEC, por lo que tribunales, abogados y procuradores han de concienciarse de la necesidad de arbitrar mecanismos alternativos para la solución de litigios.

Tan esencial es esta cuestión que el legislador la menciona en: el antecedente XII de la exposición de motivos, el art. 414.2º y el art. 428.2 LEC”.

La predisposición al acuerdo o, cuando menos, de una voluntad inicial para alcanzar un acuerdo puede manifestarse de varias maneras, como puede ser, a título ejemplo el supuesto contemplado en la SAP Pontevedra de 15 de febrero de 2007⁵⁵ en el que el Letrado manifiesta estar autorizado por su cliente para ofrecer una determinada cantidad de dinero:

“Examinada la grabación del acto de audiencia previa, cuál pone de relieve el letrado de la demandada-impugnante, efectivamente se comprueba que en el trámite de intento de conciliación o transacción del art. 415 LEC por el mismo se manifestó estar autorizado por su cliente para ofrecer hasta la cantidad de 4.000 euros para llegar a un acuerdo.

No nos encontramos, pues, ante un supuesto de reconocimiento de deuda incondicionado sino ante una simple oferta transaccional supeditada al acuerdo de poner definitivamente fin en ese momento al

⁵³ ABEL LLUCH, X., La audiencia previa: entre el deseo y la realidad, ob. cit., p.347.

⁵⁴ AAP Málaga, secc. 1º, de 2 de septiembre de 2002, fto. jco. 2º (La Ley 144208/2002) confirma la resolución del Juzgado de Primera Instancia que había acordado el sobreseimiento y archivo de las actuaciones por no comparecer a las partes en debida forma. Se tuvo por incomparecidas a las partes del proceso por no presentar la actora procurador con poder especial para pleitos y por no presentar la demandada procurador, según prescribe la ley, independientemente de no llegar a acuerdo.

⁵⁵ SAP Pontevedra, secc. 1ª, de 15 de febrero de 2007, fto. jco. 3º (Economist & Iuris 307274).

litigio entablado, de resultado siempre incierto, con la consiguiente disminución de los gastos procesales, que no vincula a la demandada oferente en el caso de no ser aceptada por la contraparte, con la consecuencia de tener que proseguir con la tramitación del proceso”.

3º.- Existencia de unas técnicas conciliatorias. No basta una predisposición inicial del juez o de los letrados para alcanzar un acuerdo, sino que son necesarias unas técnicas conciliatorias, que impliquen por una parte el conocimiento por parte del juez de sus facultades y límites en esta materia, y por otra parte, la adquisición de unas mínimas habilidades, todo ello con la finalidad de respetar el deber de imparcialidad y de no anticipar el fallo.

Es fundamental aquí que el juez, sea durante su fase de formación en la oposición o en la Escuela Judicial, tenga un conocimiento de esas facultades, límites y habilidades, a los efectos que, en su caso, en el posterior ejercicio de la jurisdicción se halle en disposición de aunar posturas de las partes. No debe olvidarse la existencia de posiciones reacias, cuando no contrarias, a la conciliación y que se asientan bien en el convencimiento que la función jurisdiccional viene definida en el art. 117 CE en los conocidos términos de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”, sin ninguna referencia a función distinta como puede ser la conciliación, bien en el convencimiento que si las partes que normalmente acuden al juzgado con un previo asesoramiento letrado no han alcanzado un acuerdo, tampoco lo van a alcanzar con la intervención judicial.

3. LAS FACULTADES DEL JUEZ EN LA CONCILIACIÓN

Las facultades judiciales se pueden enumerar, sin ánimo exhaustivo, como:

1º) Facultad de comprobar la subsistencia del litigio. Tal y como se desprende de la literalidad legal, una vez abierto el acto de la audiencia previa, la primera actuación judicial, redactada en términos imperativos y contundentes, es “comprobará si subsiste el litigio entre ellas [las partes]” (art. 415.1 LEC). Se trata de una facultad esencial con la cual el legislador quiere evitar que prosigan las demás fases de la audiencia previa e incluso el proceso, si las partes manifiestan haber alcanzado un acuerdo. En su configuración legal, tal vez fuera más preciso considerar que se trata de una facultad/deber, a modo de presupuesto previo para la continuación de la audiencia previa⁵⁶.

El primer momento conciliatorio en la audiencia previa (art. 415.1 LEC) debe limitarse a constatar la existencia o inexistencia de un acuerdo entre las partes, sin necesidad que el juez lo promueva, y tratándose de una función insoslayable e imperativa en la audiencia previa. Recogiendo un parecer doctrinal extendido podemos reproducir las palabras de GARCIMARTÍN MONTERO cuando afirma: “la doctrina estima razonable que la actividad conciliadora del juez en este momento no sea más intensa, puesto que estamos al inicio de la audiencia previa y el órgano judicial tiene un conocimiento de la *litis* bastante limitado, de forma que su actuación tampoco puede ir

⁵⁶ DAMIÁN MORENO, J., *Comentario al art. 415*, en “Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, t.II, Lorca Navarrete, A.M^a (dir) y Guilarte Gutiérrez, V. (coord.), ed. Lex Nova, 2ª ed., Valladolid, 2000, p.2117 quien no obstante no duda en afirmar que el juez no puede prescindir de este trámite “aun a sabiendas de su inutilidad como lo acredita la experiencia de estos últimos años”.

más allá de asegurarse la subsistencia de la controversia, que es lo que prevé el legislador⁵⁷. Y aún más allá ALONSO-CUEVILLAS precisa el intento de conciliación se traduce en una “exhortación meramente formal, es decir limitada a recordar la posibilidad abstracta de alcanzar un acuerdo que ponga fin al litigio sin aventurar ni insinuar el posible contenido del mismo”⁵⁸.

Ahora bien, la práctica forense enseña que el ejercicio de semejante facultad no requiere una actividad especial intensa por parte del juez, dado que si las partes comparecen a la audiencia previa con un acuerdo lo suelen poner de manifiesto de inmediato, a menudo incluso a modo de una suerte de cuestión previa, a fin que el juez proceda a verificar la concurrencia de los requisitos de capacidad y poder de disposición, y dictar el correspondiente auto homologando el acuerdo extrajudicialmente alcanzado.

En este sentido puede resultar esclarecedora la SAP Barcelona de 23 de junio de 2005⁵⁹ que estima que la omisión del trámite del art. 415 LEC no constituye motivo de nulidad de actuaciones, precisamente atendiendo al argumento que las partes que alcanzan un acuerdo suelen ponerlo de manifiesto al tribunal. Así la precitada sentencia razona:

“La nulidad de actuaciones invocada se funda en la infracción de las normas esenciales del procedimiento que ocasione indefensión para alguna de las partes (art. 238 LOPJ). Por lo tanto, la nulidad pretendida se justifica por una infracción procesal relevante, y lo será cuando a través de ella se sitúe a una de las partes en indefensión.

⁵⁷ GARCIMARTIN MONTERO, R., *La función conciliadora de la audiencia previa en el juicio ordinario*, en Revista del Poder Judicial, núm. 82, Segundo Trimestre, 2006, p. 161. En sentido similar BARONA VILAR, S., *Comentario al art. 415 LEC*, en “El Proceso Civil”, vol. IV, Escribano Mora, F. (coord.), ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2001, p.3060, quien recuerda que “es un momento incipiente de la audiencia, que hace augurar una actitud formal en este momento del tribunal, consistente en el control de la subsistencia de la litis”; TAPIA FERNÁNDEZ, I, *Comentario al art. 415 LEC*, en “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil”, vol.I, Cordon-Moreno; Armenta-Deu; Muerza-Esparza; Tapia-Fernández, (coords.), vol.I, ed. Aranzadi, Navarra, p.1395 para quien “en este momento inicial de la audiencia previa, el tribunal se habrá de limitar a preguntar a las partes si subsiste el litigio entre ellas”.

⁵⁸ ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *La audiencia previa al juicio*, en “Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000”, vol.II, ob. cit., p.144. En sentido distinto, MORENO CATENA, V., en “La Ley de Enjuiciamiento Civil. Aplicación práctica”, vol.I, obra dirigida por el mismo autor junto con Cortés Domínguez, V., ed. Tecnos, 2004, p.1251 para quien “no se trata de una intervención judicial formal o rutinaria, sino que el juez deberá intervenir para que las partes logren un acuerdo”. MORENO GARCÍA, J.A., *Comentario al art. 415*, en “Ley de Enjuiciamiento Civil 1/200”, t.II, Suárez Robledano, J.M. (coord.), ed. Dijusa, 2003, p.1368 para quien “el papel que debe realizar el juez en el acto de la comparecencia a fin de intentar un acuerdo entre las partes no debe ser pasivo, sino activo, en el sentido de auxiliar a las partes e incluso ilustrándolas al respecto”.

⁵⁹ SAP Barcelona, secc. 15ª, de 23 de junio de 2005, fto.jco.2º (Economist & Iuris. Marginal 237853). La Audiencia Provincial de Barcelona estima el recurso de apelación del demandante sobre acción individual de responsabilidad contra administradores; la Sala señala que no procede la nulidad de actuaciones ya que la omisión, en el acto de la audiencia previa, de la comprobación de si las partes han alcanzado un acuerdo, si bien constituye una infracción procesal, carece de relevancia pues caso de existir acuerdo entre las partes, estas lo podían haber puesto de manifiesto.

La visualización y audición del CD en el que se encuentra grabada la audiencia previa permite advertir que, en su celebración, el Magistrado no se interesó por la posibilidad de que las partes alcanzaran un acuerdo, ni resolvió ninguna excepción o cuestión procesal, ni determinó la cuestión controvertida, fuera de la aclaración sobre la acción de responsabilidad ejercitada contra el administrador demandado. La omisión de la comprobación de si las partes han alcanzado un acuerdo, si bien constituye una infracción del art. 415 LEC, carece de relevancia pues caso de existir acuerdo entre las partes, estas lo podían haber puesto de manifiesto”.

2º) Facultad de exhortar a las partes para que alcancen un acuerdo. Exhortar, según el RAE, significa “incitar a uno con palabras, razones o ruegos para que haga o deje de hacer alguna cosa”.

En el segundo momento conciliatorio de la audiencia previa el tribunal puede exhortar a las partes para que lleguen a un acuerdo (art. 428.2 LEC), pues una vez depurado el proceso de las cuestiones procesales y fijados los hechos controvertidos, las partes se hallan en mejores condiciones de valorar sus posibilidades de éxito o de fracaso que en el intento conciliatorio a limine audiencia previa⁶⁰. De la literalidad legal y del empleo del verbo “exhortar” algunos autores apuestan por una intervención más activa del juez. Así, para BARONA VILAR el art. 428.2 LEC reza que se “exhortará” a las partes para que alcancen un acuerdo, “siendo que tras el verbo utilizado está potenciando y reforzando el intervencionismo del juez en la obtención del acuerdo”⁶¹. Y para ASECIO MELLADO “si la LEC utiliza el término “exhortar” no parece que la voluntad del legislador sea la de un Juez pasivo o abstencionista ya que, en caso contrario, hubiera utilizado una acepción distinta”⁶².

Dado el incremento de facultades judiciales directivas que ha supuesto la LEC, esta exhortación no se limita a un recordatorio formal. Como han apuntado algunos autores, el juez no se limita a exhortar, sino que puede incluso –siempre que no supere los límites que veremos a continuación- facilitar un acuerdo. A tal efecto, el juez puede relatar las ventajas de una solución convenida sobre otra impuesta por el juez y centrar los puntos de la controversia alentando un debate entre las partes, pero resulta, cuando menos discutible que, pueda exponer cuál es el criterio asentado de la Audiencia Provincial sobre una materia o interpretación, tal como se ha propuesto bajo el argumento que se trata de un dato que contribuye a la seguridad jurídica y puede ser un dato desconocido

⁶⁰ En este sentido y con bastante unanimidad doctrinal: ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *La audiencia previa al juicio*, en “Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000”, vol. II, ob. cit., p.143; BARONA VILAR, S., *Comentario al art. 415*, en “El Proceso Civil”, vol.IV, ob. cit., p.3061; TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Comentario al art. 428*, en “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil”, vol.I, ob.cit., p.1457; DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., Ed. Ramon Areces, Madrid, 2004, p.620; MORENO CATENA, V., *Comentario al art. 428*, en “La Ley de Enjuiciamiento Civil. Aplicación práctica”, vol.I, ob. cit., pp.1274; DAMIÁN MORENO, J., *Comentario al art. 415 y 428*, en “Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, t.II, ob. cit., pp.2117 y 2155, respectivamente; MONTERO AROCA, J., (con GÓMEZ COLOMER, J.L.; MONTÓN REDONDO, A.; BARONA VILAR, S.) *Derecho Jurisdiccional*, 13ª ed., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 241.

⁶¹ BARONA VILAR, S., *Comentario al art. 415*, en “El Proceso Civil”, vol. IV, ob. cit., p.3061.

⁶² ASECIO MELLADO, J.M., *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p.219.

por las partes⁶³, puesto que con tal actuación el juez puede prejuzgar o anticipar su fallo, y ello constituye un límite a la conciliación.

Más discutible nos parece que esa intervención activa del juez pueda alcanzar a la proposición de soluciones y alternativas⁶⁴, en la medida que, por una parte, entendemos que el juez debe propiciar, en su caso, el acuerdo de las partes, pero no anticipar propuestas de acuerdos, no tanto por la pérdida de su deber de imparcialidad, cuanto porque de actuar de este modo podría anticipar, aun de modo inconsciente, el fallo o incurrir en un pre-enjuiciamiento⁶⁵.

En todo caso, parece lo más prudente que este segundo momento conciliatorio se trata de una facultad –que no de un deber– de la que el juez podrá usar, mediante la exhortación al acuerdo, y “a la vista del objeto de la controversia” (art. 428.2 LEC), pues es lo cierto que tras la fijación de los hechos controvertidos, el tribunal podrá haber advertido la mayor o menor predisposición de los letrados para solucionar las cuestiones controvertidas⁶⁶.

3º) Facultad de centrar la controversia: señalar puntos de conformidad o disconformidad. Ello aparece con más evidencia en la conciliación que tiene lugar una vez avanzada la audiencia previa y en la denominada función delimitadora de la audiencia previa. Adviértase que el segundo momento procesal en que es posible la conciliación intraprocesal se contempla en el artículo 428 LEC, apartado segundo (“A la vista del objeto de la controversia, el tribunal podrá exhortar a las partes para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio”) e inmediatamente después que el artículo 428 LEC, apartado primero (“En su caso, la audiencia previa continuará para que las partes o sus defensores, con el tribunal, fijen los hechos sobre los exista conformidad o disconformidad de los litigantes”).

Desde la doctrina científica existen posicionamientos muy prudentes, que describen la intervención judicial en su función conciliadora en sus justos límites. Tal es el caso de GARCIMARTIN MONTERO cuando afirma: “Entiendo que el juez habrá de valorar, a la luz de los escritos de alegaciones, hasta qué punto es posible acercar las posturas de los litigantes, y si comprueba que dicha posibilidad no es lejana, ha de alentar un cierto diálogo o debate entre las partes para intentar el logro de un acuerdo”⁶⁷.

⁶³ RODRÍGUEZ ACHUÉTIGUI, E., *Comentario al art. 415 LEC*, en “Ley de Enjuiciamiento Civil. Comentarios y jurisprudencia”, t.II, Xiol Ríos, J.A. (coord.), ed. Sepin, Madrid, 2008, p.2577.

⁶⁴ Así lo apunta ASECIO MELLADO, J.M., *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p.219, para quien la intervención activa del juez implica proponer soluciones y alternativas, “ya que sólo de este modo se puede conseguir que las partes concluyan con un litigio”.

⁶⁵ MONTERO AROCA, J., (con GÓMEZ COLOMER, J.L.; MONTÓN REDONDO, A.; BARONA VILAR, S.) *Derecho Jurisdiccional*, 13ª ed., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 230 para quien “Dado que es el mismo tribunal el que está conociendo del proceso y el que intenta la conciliación, al no poder hacer propuestas de arreglo no existe riesgo de que el tribunal prejuzgue la cuestión y de que fuerce la voluntad de las partes”.

⁶⁶ TAPIA FERNÁNDEZ, I, *Comentario al art. 428*, en “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil”, vol.I, ob. cit., p. 1457.

⁶⁷ GARCIMARTÍN MONERO, R., *La función conciliatoria...*, ob. cit., p. 157.

Una vez fijados los hechos controvertidos, el juez puede incluso encontrarse en mejor posición para incentivar un acuerdo entre las partes. Y en la fijación de los hechos controvertidos, no existe un único modo o manera de hacerlo, ni tampoco se desprende de la regulación legal. De ahí que no vemos inconveniente en que el juez pueda asumir, también dentro de su función directiva, una cierta iniciativa en la fijación de los hechos, sea poniendo de manifiesto la conformidad o disconformidad de los hechos que van manifestando las partes, sea incluso anticipando los puntos de conformidad o disconformidad que se desprenden de los relatos de alegaciones iniciales de las partes y recabando su conformidad. Se trata, en definitiva y como ha precisado BARONA VILAR, de que el juez asuma un “papel activo o cuasiactivo en la búsqueda de una solución de consenso”⁶⁸.

Desde la práctica judicial se han descrito ya distintas modos de fijación de los hechos controvertidos, distinguiéndose: a) la fijación de las partes con aquiescencia del juez; b) la fijación de los hechos por el juez con consentimiento de la partes; y c) la fijación de los hechos tras un debate contradictorio entre las partes por el juez. Y se ha apuntado, a modo de sugerencia de práctica forense, un manera de fijar que combinase elementos de los tres, efectuándose una propuesta por el juez de hechos conformes, una propuesta de hechos no conformes, y reservándose la discusión sobre los que no existe acuerdo entre los letrados –sea para su conformidad o disconformidad- en momento posterior⁶⁹.

También desde la práctica judicial, se han propuesto y ejemplificado facultades judiciales para dar contenido a su función conciliadora que, por su detalle y concreción –poco habitual en esta materia- no resistimos a transcribir literalmente: “1º) preguntar a las partes en qué punto o puntos no están de acuerdo con la contraria; 2º) poner de relieve la identidad de posiciones en los casos en los que el juzgador la aprecie, aunque las partes no la hayan mencionado, favoreciendo así vías de acuerdo; 3º) exponer cuáles son en opinión del juez los puntos de discrepancia de la demanda y contestación y preguntar a las partes si están de acuerdo con ello o si creen que hay otros; 4º) si el juez apreciase que existe cierta posibilidad de aproximación, y que la discrepancia que existe es desproporcionada con el eventual coste del litigio, no sería contrario al precepto examinado [el art. 415 LEC] que el juez manifestase su opinión en este sentido, dejando claro a las partes que ellas tienen la última palabra acerca de la prosecución o no de procedimiento, pese a las posibles consecuencias antieconómicas”⁷⁰.

4º) Facultad de suspender las actuaciones para propiciar un acuerdo entre las partes. Aun cuando no lo contemple expresamente el legislador, ni en la regulación de la

⁶⁸ BARONA VILAR, S., *Comentario al art. 415*, en “El Proceso Civil”, vol.IV, ob. cit, p.3069.

⁶⁹ URIARTE CORDÓN, A., *La fijación de los hechos controvertidos como presupuesto del juicio de admisión*, en “Aspectos prácticos de la prueba civil”, Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), J. M. Bosch, Barcelona, 2006, p. 94. Sobre la fijación de los hechos controvertidos, en particular los sujetos, los modos de fijar los hechos y las dificultades ver mi trabajo *Derecho Probatorio*, J.M.Bosch editor, Barcelona, 2012, p. 276-278.

⁷⁰ SOLSONA ABAD, F., *La mediación en la audiencia previa. La intervención de las partes y la mediación judicial*, en “Cuestiones prácticas de la audiencia previa en el juicio ordinario”. Cuadernos de Derecho Judicial II/2008, CGPJ, 2009, p.64.

conciliación intraprocesal en la audiencia previa (arts. 415 y 428.2 LEC), ni entre las causas de suspensión de las vistas (arts. 188 LEC), una de las facultades, acaso una de la más efectivas, es la de suspender el curso de una audiencia previa, sea por unos breves minutos sea por un plazo más prolongado de tiempo –y siempre que no supere el límite legal de los sesenta días (art. 19.4 LEC)- para facilitar las conversaciones de los propios letrados entre sí o bien con sus propios patrocinados⁷¹.

La facultad legal de suspender una audiencia previa ya iniciada si las partes manifiestan que necesitan unos minutos o unos días para cerrar sus negociaciones puede tener cabida legal en el artículo 188.2 LEC, conforme al cual el juez puede mediante providencia acordar la celebración de comparecencias: por solicitarlo de acuerdo las partes, alegando justa causa a juicio del tribunal”.

En tales supuestos la suspensión no puede concebirse como un mecanismo o técnica de las partes para alargar el proceso o para provocar conciliaciones indeseadas⁷², sino como un instrumento para acercar posturas o cerrar aquellos aspectos de una negociación (ej. acuerdo sobre los costes del proceso) que es preferible que se ventilen sin la presencia judicial; o más simplemente como un plazo prudencial para que las partes puedan ponderar más sosegadamente y fuera del escenario que supone un juzgado el acuerdo que empieza a vislumbrarse.

Esta facultad de suspender la audiencia previa puede producirse, bien a instancia de parte, cuando las partes manifiestan que se “muestran dispuestas a concluir de inmediato un acuerdo”⁷³ (art. 415.1, II LEC), bien a iniciativa de oficio –y previa conformidad de las partes- cuando “a la vista del objeto de la controversia” (art. 428.2 LEC) el juez entiende que puede ser instrumento que permita concluir un eventual acuerdo.

4. LOS LÍMITES DE LA CONCILIACIÓN

Las facultades directivas del juez en el intento de un acuerdo han de acomodarse a la naturaleza, más o menos dispositiva, del pleito y respetar, en todo caso, los límites que impone el deber de imparcialidad y de no anticipar o prejuzgar el fallo.

En cuanto a la naturaleza del proceso, es sobradamente conocido que las facultades judiciales no son las mismas en los procesos dispositivos que en los procesos no dispositivos, en los que la existencia de un interés público, justifica un cierto debilitamiento del principio dispositivo y un reforzamiento de la prueba de oficio, claramente expresado en materia de prueba en el artículo 752.1, II LEC, conforme al

⁷¹ También se muestra partidarios de tal posibilidad MORENO CATENA, V., en “La Ley de Enjuiciamiento Civil. Aplicación práctica”, vol. I, ob. cit., p.1251.

⁷² DAMIÁN MORENO, J., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t.2, ob. cit., p.2117 quien precisa “que la intervención del juez en este acto debe ser absolutamente respetuosa con la voluntad de las partes y no rebasar los límites de lo que aconseja la prudencia, procurando evitar que las facultades de suspensión no se conviertan en un instrumento para provocar conciliaciones indeseadas”.

⁷³ En este sentido ASENCIO MELLADO, J.M^a. *Derecho Procesal Civil*, Parte Primera, 2^a ed., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p.218, quien no obstante recuerda que “nunca puede ser superior a sesenta días” por mor de lo dispuesto en el art. 19.4 LEC.

cual: “Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes”.

Y en materia de medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio, se dispone en el artículo 771, apartado 2º LEC: “A la vista de la solicitud [de medidas provisionales previas], el Tribunal mandará citar a los cónyuges y, si hubiera hijos menores o incapacitados a Ministerio Fiscal, a una comparecencia, *en la que se intentará un acuerdo entre las partes*, y que se celebrará en los diez días siguientes”. Precisamente el imperativo de intentar una conciliación fue introducido por la Disposición final 4ª de la Ley 15/2005, de 8 de junio, por el que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, y responde la finalidad de procurar la solución consensuada del conflicto matrimonial sobre la decisión judicial.

Con carácter general, y en los procesos dispositivos, los límites a la conciliación pueden fijarse del modo siguiente:

1º) No alterar las pretensiones de las partes ni los hechos alegados por las partes. El respeto a los principios dispositivo y de aportación de parte, en los términos ya descritos, exige que cualquier acuerdo en sede de audiencia previa, y por ende, en vía intraprocesal, respete los hechos y pretensiones de las partes.

Ello significa que el juez no puede alterar los hechos o pretensiones de las partes para incentivar un acuerdo, pues la función conciliadora tiene lugar una vez delimitados los hechos y pretensiones de las partes, y configurado el objeto del proceso, sobre el que las partes mantienen su poder de disposición.

2º) No imponer un acuerdo. El art. 414 LEC previene al juez para que exhorte a las partes para que alcancen el acuerdo, pero no autoriza la mediación en la obtención del acuerdo, y menos realizar proposiciones para la obtención de éste, pues ello podría atentar al principio de imparcialidad o suponer que se está prejuzgando la cuestión⁷⁴.

La conciliación es el acuerdo que alcanzan las partes, con una intervención más o menos activa del juez, pero no puede confundirse el acuerdo de las partes con la solución que el juez entiende más ajustada a derecho, tras la fase inicial de las alegaciones. Conciliar no significa que las partes tengan que “aceptar” el acuerdo o solución que anticipa el juez, y ello por dos razones fundamentales. Primera, porque en el proceso dispositivo, tal como hemos expuesto con anterioridad, las partes son las dueñas de las pretensiones (principio dispositivo) y las que con sus escritos de alegaciones configuran el objeto del proceso (“*thema decidendi*”), sin que corresponda al juez el ofrecer o proponer una solución. Todo lo que sea imponer un acuerdo debe ser reprobado en la medida que supone una alteración del principio dispositivo que inspira el proceso civil⁷⁵.

⁷⁴ HOYA COROMINA, J., *Comentario al art. 415 LEC*, en “Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, t.II, Fernández Ballesteros, Rifá Soler, Valls Gombau, ed. Atelier, Barcelona, 2000, p.1877.

⁷⁵ BARONA VILAR, S., *Comentario al art. 415 LEC*, en “El Proceso Civil”, vol. IV, ob. cit., pp.3060 y 3069 para quien el juez no puede imponer un acuerdo, “por cuanto si así fuere estaría dictando una resolución de fondo heterocompositiva, tarea que desempeña en el supuesto que la labor conciliadora o mediadora se frustré”.

Y segunda, porque las partes siempre están más cercanas a los hechos que el juez, y son las partes y sus abogados quienes conocen mejor los hechos. Como se ha escrito acertadamente con respecto a la fase de proposición y admisión de prueba “el abogado al proponer la prueba se encuentra en una relación de familiaridad con el hecho; el juez en una relación de extraneidad⁷⁶. La misma relación de extraneidad existe en el momento de la conciliación⁷⁷.

3º) No prejuzgar la cuestión. Otro de los riesgos que debe conjurar la actividad conciliadora del juez es el del prejuzgar la cuestión o anticipar el fallo sobre la cuestión litigiosa. Si el juez, a través de las técnicas de conciliación que utiliza, predetermina el fallo no está realizando funciones conciliadoras, sino jurisdiccionales, de anticipación de la resolución judicial y en un momento procesal inadecuado.

La conciliación intraprocesal de la audiencia previa se sitúa en un momento anterior a la práctica de la prueba, por lo que el juez deberá abstenerse de dejar ver a las partes o anticipar la solución al conflicto. Cualquier actuación del juez, en el curso de la audiencia previa y más concretamente en la fase de conciliación en la que, de modo directo o indirecto, se dirija a las partes para anticiparles su resolución –incluso el mero hecho de anunciar o poner de manifiesto que ya tiene una resolución tomada sobre la materia- es contraria a la función de juzgar, que, por definición, solo puede tener lugar, una vez oídas las alegaciones de las partes y practicada la prueba, a través de la resolución que pone fin al proceso en la instancia, una vez concluida la tramitación prevista en la ley, en forma de sentencia (art. 206.1.3º LEC)⁷⁸.

Cuestión totalmente distinta, y no prevista en nuestra legislación, pero sí en la de otros países con mayor tradición jurídica en materia de conciliación, es qué sucede si el juez se ha implicado activamente en la fase de conciliación hasta el punto de haber llegado formarse un “prejuicio” en el sentido de un juicio anticipado sobre el fondo de la cuestión, o formulado en otros términos, si el juez que interviene activamente en la conciliación y para el supuesto de no haberse alcanzado un acuerdo entre las partes, debe ser el mismo juez que dicte la resolución definitiva en forma de sentencia. En otros países, se ha propuesto que el “juez conciliador” y el juez sentenciador deben recaer en dos personas distintas. Así, y sucede, por ejemplo, en el tribunal de Nueva York: “de cada tres jueces, uno se dedica a intentar conciliaciones en los pleitos pendientes; de no

⁷⁶ MUÑOZ SABATÉ, LL, *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C 1/2000*, ed. Bosch, Barcelona, 2001, p.239 quien ha aludido a “la abismal diferencia que todos percibimos entre la actividad y la responsabilidad del juez y la del abogado en el acto binomial de proposición/admisibilidad de la prueba”.

⁷⁷ Sobre la asimetría entre el letrado y el juez, puede verse nuestro trabajo *Derecho Probatorio*, J.M.Bosch, Barcelona, 2012, pp.266-268.

⁷⁸ En este sentido también se ha pronunciado GARCIMARTIN MONTERO, R., *La función conciliatoria...*, ob. cit., p.157, para quien “hay otras formas más perniciosas de forzar un acuerdo entre las partes [...] es lo que sucede si el juzgador en el curso de una audiencia previa, deja entrever – voluntaria o involuntariamente- cuál puede ser el resultado del litigio. Esta actitud puede conducir a que alguno de los litigantes, que no era especialmente proclive al logro de un acuerdo, se avenga a él para evitar un mayor coste económico”.

lograr ese objetivo pasa el pleito a uno de sus colegas, el cual continua por la vía procesal. Los jueces se turnar por semana”⁷⁹.

4º) No utilizar técnicas coercitivas. El uso, manifiesto o sutil, de técnicas coercitivas, no solamente debe reputarse como una práctica contraria a la conciliación, sino más ampliamente al buen quehacer judicial, pudiéndose calificar como una “práctica viciosa” y censurable desde la perspectiva de un proceso judicial debido y también supone una extralimitación de la función que el juez puede desempeñar en el proceso⁸⁰.

Entre estas técnicas coercitivas, y sin ánimo exhaustivo, citamos las siguientes: a) la amenaza de cargar con el coste económico del proceso: la más reprobable de las técnicas coercitivas, a nuestro entender, es la de advertir a alguna de las partes –particularmente a aquella que se muestra más renuente al acuerdo- que de no avenirse a un acuerdo se le impondrá las costas procesales; b) la predictibilidad de la resolución judicial: de forma más sutil puede anticiparse a las partes cuál ha sido el parecer del juzgador en casos similares o análogos, de modo que la prosecución del proceso se considera inútil, a la vista del reiterado criterio del juzgador para asuntos idénticos y previos al ya enjuiciado; c) el “malgasto de energías judiciales” (si se me permite la expresión) o la conveniencia que la atención del juzgador se circunscriba a asuntos de mayor relevancia: también puede advertirse a las partes que la cuestión litigiosa carece de complejidad jurídica, y que la prosecución del proceso no hace sino sobrecargar la apretada agenda de actos de juicio que pesan sobre el juzgador; d) la presumible dilatación e indefinición en el plazo de dictar sentencia: en otros supuestos puede advertirse a las partes que el estudio de la cuestión enjuiciada es tan complejo que puede requerir de un lapso muy prolongado de tiempo, forzando a que la parte que tenga mayor interés en la celeridad de la resolución judicial se avenga a un acuerdo temprano antes que a uno lejano e impredecible.

⁷⁹ FAIRÉN GUILLEN, V., La audiencia previa. Consideraciones teórico-prácticas. Comentarios a los artículos 414 a 430 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero del año 2000, ed. Civitas, 1ª ed., Madrid, 2000, pp. 79-81.

⁸⁰ En términos categóricos, BARONA VILAR, S., *Comentario al art. 415*, en “El Proceso Civil”, vol. IV, ob. cit., p.3072.