

¿Puede un Juez Inadmitir de Oficio una Demanda por Falta de Legitimación de las Partes?*

Vicente Gimeno Sendra**

Dentro de la legitimación procesal existen dos posturas, aquellos que señalan su naturaleza de presupuesto procesal y otros que lo ven como presupuesto material. Aunque ambas posturas presentan un mismo problema: el tratamiento que los jueces deben darle al proceso cuando un supuesto de esta naturaleza se presenta en el proceso. En el presente artículo, el autor busca explicarnos el rol de los mismos al momento de resolver estos casos y la posibilidad de que ellos puedan no admitir una demanda con estas características aun así las partes se hayan pronunciado sobre el tema.

1. Introducción

La naturaleza jurídica de la legitimación permanece siendo un tema polémico en la doctrina y carente de uniformidad por la jurisprudencia, en las cuales subsisten soluciones para todos los gustos: desde quienes mantienen su carácter jurídico material y configuran a este requisito como un elemento de la fundamentación de la pretensión, hasta quienes lo configuran como un auténtico presupuesto procesal.

La adopción de una u otra tesis no resulta baladí, pues, sus consecuencias prácticas son notables. Así, si se configura a la legitimación como un requisito de naturaleza material hay que asumir esta triple exigencia: en primer lugar, la de que al demandado le asistirá la carga de tener que denunciar su ausencia; en segundo, su resolución no podrá efectuarse en la comparecencia previa, sino que habrá de decidirse siempre mediante Sentencia de fondo y, finalmente, la resolución, que admita o deniegue dicha legitimación, gozará con plenitud de los efectos materiales de la cosa juzgada. Y, si se caracterizara a la legitimación como un presupuesto procesal, ello comportaría, por el contrario, la triple posibilidad contraria: en primer término, la de su apreciación de oficio; en segundo, la de su resolución en la admisión de la demanda o en la audiencia previa del juicio ordinario o vista del juicio verbal –según cual sea el momento de su apreciación– y, por último, la ausencia de atribución a la resolución, que admita o deniegue dicha legitimación, de los efectos materiales de la cosa juzgada.

La asunción radical, con vocación de generalidad, de una u otra solución no parece acorde con el tratamiento que

debiera conferirse a la legitimación, puesto que razones de economía procesal, de seguridad jurídica, de evitación de la eventual proliferación de pretensiones infundadas y hasta de “orden público procesal”, como veremos, imponen, a nuestro juicio, la exigencia de revisar ambas tesis maximalistas en aras de la consecución de un tratamiento procesal que imponga, a los Jueces, no sólo la oportunidad, sino incluso la obligación de un análisis previo, de dicho presupuesto procesal, de un lado, en aquellos supuestos en los que, de no aceptarse dicho conocimiento “*a limine*”, puedan resultar conculcados los derechos “a un proceso sin dilaciones indebidas” y de “defensa”, por absoluta inexistencia del derecho del actor a la interposición de pretensiones y, de otro, la exigencia, en otros casos, de que la legitimación se examine, junto con el fondo del asunto, con el objeto de no vulnerar el derecho a la “tutela judicial efectiva” que conlleva el de obtener una resolución de fondo, una vez cumplidos los presupuestos y requisitos procesales.

2. La legitimación: concepto y fundamento

Para que una pretensión pueda ser estimada por el órgano jurisdiccional precisa, como es sabido, no sólo que se cumplan con los presupuestos procesales del órgano jurisdiccional (jurisdicción y competencia) y de las partes (capacidad para ser parte y procesal), sino también que las partes se encuentren en una determinada relación jurídico material con ella o, lo que es lo mismo, es necesario, tanto que se observe lo que la doctrina clásica conceptuaba y todavía denomina la jurisprudencia¹, la “*legitimatío ad processum*” o capacidad procesal, cuanto la “*legitimatío ad causam*” o legitimación en un proceso determinado.

* NOTA INTRODUCTORIA: Las referencias en siglas se corresponden con la legislación española. Así, C.E.= Constitución Española; LEC= Ley de Enjuiciamiento Civil; T.C.= Tribunal Constitucional; T.S.= Tribunal Supremo; STS= Sentencia del Tribunal Supremo; SAP= Sentencia de la Audiencia Provincial; C.C.= Código Civil; LAR= Ley de Arrendamientos Rústicos; LAU= Ley de Arrendamientos Urbanos; LSA= Ley de Sociedades Anónimas; LC= Ley de Cooperativas; LOPJ= Ley Orgánica del Poder Judicial; MF= Ministerio Fiscal; LP= Ley de Patentes; LGDCU= Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios; C.A.= Comunidad Autónoma; LOTC= Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

** Catedrático de Derecho Procesal de la UNED. Magistrado Emérito del Tribunal Constitucional.

1 Cfr. SSTS 6 de octubre de 2003, r. 6817, 24 de junio de 2003, r.4258, 9 de junio de 2003, r. 4296, 23 de octubre de 2002, r. 9305.

A la legitimación se refiere, expresamente, el art. 10.1 LEC, en cuya virtud *“serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso”*.

“La legitimación en el proceso civil (...) se manifiesta como un problema de consistencia jurídica, en cuanto que exige la adecuación entre la titularidad jurídica que se afirma y el objeto jurídico que se pretende (...).”

Del enunciado concepto legal (*“parte legítima”*, que actúa en el proceso como *“titular de la relación jurídica”*) claramente se infiere que la legitimación viene establecida por una norma de Derecho material, que otorga a quién interpone la pretensión o se opone a ella la titularidad del derecho subjetivo u obligación jurídica material, del bien jurídico o del interés legítimo que se discute en el proceso y que ejercita frente a quien reclama su titularidad o impide su disfrute, habilitándole para obtener la tutela jurisdiccional de dicho derecho, bien o interés legítimo.

Por esta razón, y como primera conclusión se hace obligado afirmar que **la legitimación pertenece siempre al ámbito del Derecho material** (como *“Sachlegitimation”* o *“legitimación material”* la define la doctrina alemana²), vincula a las partes con la relación jurídica material que se discute en el proceso y, por la misma, debiera convenirse en que, como regla general, **no constituye presupuesto procesal alguno**, sino que se erige en un elemento subjetivo de la fundamentación de la pretensión. De ahí que la ausencia de legitimación activa o pasiva no deba ocasionar, como regla general, una resolución absolutoria en la instancia, sino de fondo, es decir, ha de producir, si se decide la totalidad del objeto procesal, una Sentencia con todos los efectos materiales de la cosa juzgada, pues, tal y como afirma el art. 222.3 LEC, *“la cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte”*.

Precisamente porque, con la sola excepción de los supuestos de legitimación extraordinaria, quiénes han de accionar en el proceso han de ser los titulares de la relación jurídica material debatida y a quiénes se les extenderán los efectos materiales de la cosa juzgada, **el fundamento de la legitimación hay que encontrarlo en las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva y en la prohibición de indefensión**, que efectúa el art. 24

de la CE. Y ello, porque, si se permitiera que actuara en un proceso sólo quién afirma la titularidad del derecho subjetivo, sin serlo efectivamente, se produciría una condena en ausencia de la auténtica parte material, a la que se le habría privado de su derecho a la tutela o de defensa.

Dicha fundamentación constitucional otorga a las normas materiales que disciplinan la legitimación un carácter de “orden público procesal”³, que permite, en ocasiones y como veremos posteriormente, su examen de oficio a fin de que los tribunales puedan controlar el *“interés legítimo”* de las partes en la obtención de una Sentencia⁴.

La legitimación en el proceso civil, tal y como señala la STS de 16 de Mayo de 2.000 (R.J. -2.000/3111-), se manifiesta como un problema de consistencia jurídica, en cuanto que exige la adecuación entre la titularidad jurídica que se afirma y el objeto jurídico que se pretende, lo que se traduce en que el tema de la legitimación comporta siempre una *“questio iuris”* y no una *“questio facti”* que, aunque afecta a los argumentos jurídicos de fondo, puede determinarse con carácter previo a la resolución del mismo, pues únicamente obliga a establecer si, efectivamente, guarda coherencia jurídica la posición subjetiva que se invoca en relación con las peticiones que se deducen⁵. Se puede, por ello, estar legitimado y carecer del derecho que se controvierte. Con todo, dada la vinculación de la legitimación con el tema de fondo y las utilidades que comporta el manejo del concepto con precisión, no es extraño que, en ocasiones, se confunda la legitimación (*“questio iuris”*) con la existencia del derecho discutido (que exige la comprobación de los elementos fácticos que lo configuran).

La legitimación pertenece, pues a la fundamentación de la pretensión, aunque no se identifica totalmente con ella, pues, de un lado, la legitimación **es un elemento “jurídico”**, ya que viene determinada por la titularidad de un bien o interés jurídico, en tanto que la fundamentación lo es de los hechos con significación jurídica que justifican el *“petitum”* y, de otro, la fundamentación de la pretensión es mucho más amplia, pues abarca la totalidad de las causas de pedir que hacen atendible la estimación de la petición y, así, se puede estar legitimado en un proceso determinado y no recibir del Juez la satisfacción de la pretensión, por encontrarse infundadas las causas de pedir.

La circunstancia de que la legitimación estribe en una determinada relación o situación jurídica material, que liga o vincula a las partes con el objeto del proceso, ocasiona que pueda ser examinada con carácter previo al de la fundamentación de la pretensión o de la relación jurídica debatida. Pero esta condición de constituir un

2 Vid., ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, quiénes han señalado que la *“legitimación o autorización para la dirección procesal es el derecho a dirigir, como parte, un proceso en nombre propio sobre un derecho propio o ajeno”*, en *Zivilprozessrecht*, C.H.Beck, 16 Auflage, München, 2004, p.272.

3 SSTS 24 de enero de 1998, r.152, 17 de junio de 1992, r. 6432.

4 SSTS 6 de mayo de 1997, r. 3865, 22 de febrero de 1996, r.1585.

5 Vid., en este sentido, las ilustrativas SSTS de 31 de marzo de 1997, r.2481 y de 22 de enero de 2002, r.1903, en las que se señala, con toda claridad, que *“la legitimación es un presupuesto de carácter procesal que, por una parte, depende de la afirmación de la titularidad del derecho, y en este sentido el art.10 de la LECiv. 1/2000 establece en su párrafo primero que “sean considerados parte legítima quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso”*. Mas tal presupuesto procesal depende también de la coherencia jurídica entre la titularidad que se afirma y las consecuencias jurídicas que se pretenden, tratándose, pues, de un problema de consistencia estrictamente jurídica de la pretensión formulada que, aunque sólo pueda ser analizado desde los argumentos jurídicos de fondo que la parte haya empleado –o desde los que fueren efectivamente procedentes siempre que no se altere la *“causa petendi”*–, es distinto y de examen previo de la determinación de la existencia del derecho discutido, pues esto último entraña también una *“questio facti”*: la comprobación de los elementos fácticos que configuran aquel derecho, que resulta ajena a la legitimación en sentido propio, de modo tal que se puede estar legitimado pero carecer del derecho controvertido”.

“*prius*” lógico, un análisis previo o preliminar al examen del «fondo» del asunto (SSTS de 14 de Junio de 2.002 -2.002/5826-, 11 de febrero 2002 -2002\3106-), no la convierte en un presupuesto procesal, sino en una condición para dictar una sentencia de fondo que, si decide la relación jurídico material debatida, gozará de los efectos de la cosa juzgada material.

3. Legitimación y “capacidad de conducción procesal”

A) La Legitimación

Tal y como se ha adelantado, la naturaleza de la legitimación ha sido ampliamente cuestionada por la doctrina⁶ y la jurisprudencia sin llegar a una solución unívoca, ya que todavía permanece dividida entre los partidarios de su naturaleza material y sus consiguientes detractores, firmes partidarios de su naturaleza de presupuesto procesal.

A nuestro parecer, ambas tesis no pueden ser llevadas a sus últimas consecuencias. De este modo, los defensores a ultranza de la naturaleza procesal debieran convenir en que la norma que disciplina el requisito de la legitimación ostenta una clara naturaleza material; sea suficiente constatar que la legitimación no viene determinada por la voluntad, predicable de las partes implicadas en la relación jurídica, de cumplimentar una serie de presupuestos o condicionantes previos que les permitan entrar con éxito en el futuro proceso, sino por una especial vinculación, de un lado, entre ellas⁷ y, de otro, entre ellas y el objeto litigioso, que habrá de venir, necesariamente, condicionada por el Derecho material que ampara sus respectivas pretensiones.

Pero, también los partidarios de su naturaleza material debieran ser conscientes de que, de aceptarse un tratamiento exclusivamente material, entonces, la ausencia de legitimación habría, siempre y en todo caso, de ser denunciada por el demandado, resuelta en sentencia sobre el fondo y atribuir a la resolución judicial, que admita o deniegue dicha legitimación, los efectos materiales de la cosa juzgada, cuando, en puridad, la sentencia dimanante de un proceso seguido entre partes no legitimadas no entrará, en modo alguno, a resolver el objeto litigioso, sino sólo a determinar, procesalmente, la falta de legitimación de una o de ambas partes.

Así, pues, parece razonable distinguir, como en adelante expondremos, la disyuntiva entre aquellos supuestos de legitimación, cuya apreciación habrá de ventilarse “a

limine litis” y, en consecuencia, requieren un tratamiento procesal, de aquellos otros susceptibles, al propio tiempo, de un examen de fondo, que, por tanto, precisan un tratamiento material, tan sólo atendible al final del procedimiento mediante sentencia.

B) La capacidad de conducción procesal

Pero, para ello, se hace necesario incorporar al catálogo de presupuestos procesales la “**capacidad de conducción procesal**”, que, elaborada por la doctrina alemana de principios del S. XX, mereció escasa atención por parte de nuestra doctrina⁸. Dicho presupuesto procesal, del que nos ocupamos extensamente en nuestro “*Derecho Procesal Civil. I. El Proceso de Declaración*” (Ed. COLEX, Madrid, 2005, págs.132-139), abarcaría aquellos elementos de la legitimación, fácilmente evidenciables dentro del proceso a través de la pertinente justificación documental y que permiten un tratamiento, previo y separado, del objeto litigioso.

A este respecto la doctrina alemana⁹ desde siempre ha señalado, con notable precisión, que la capacidad para ser parte y la capacidad procesal son cualidades subjetivas y, por tanto, se determinan conforme a circunstancias personales, pero la legitimación “procesal” o “capacidad de conducción procesal” (“*Prozessführungsbefugnis*”) no es una cualidad personal de la parte. Por legitimación, “*latu sensu*”, se entiende, pues, la consecuencia dimanante de los interrogantes siguientes: en primer lugar, a si las partes tienen derecho a la gestión del proceso o están legitimadas para la dirección del litigio; en segundo lugar, a si el demandante está autorizado para hacer efectiva la pretensión y, finalmente, a si la pretensión puede hacerse efectiva contra un determinado demandado. En este sentido, la capacidad para ser parte (“*Parteifähigkeit*”) y la capacidad procesal (“*Prozessfähigkeit*”) se relacionan con la legitimación, en Derecho Procesal, de la misma manera que se relacionan, en el Derecho Civil, la capacidad jurídica (“*Rechtsfähigkeit*”) y la capacidad de obrar (“*Geschäftsfähigkeit*”) con la facultad de disfrute.

Pero, dentro de este concepto genérico de la legitimación, cabe distinguir la “*facultad de conducción del proceso*” (“*Prozessführungsbefugnis*”) o “*derecho de conducción procesal*” (“*Prozessführungsrecht*”), que la doctrina alemana, desde HELLMIG y KOHLER hasta el momento actual (JAUERNIG, ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, GRUNSKY, LUKE...) diferenciaron de ella y mantienen la distinción entre la legitimación

6 Se han manifestado en favor de la naturaleza procesal de la legitimación, entre otros, GUASP, J.- ARAGONESES, P., “La legitimación procesal o legitimación en causa debe considerarse un verdadero requisito procesal”, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Ed. Civitas, 5ª ed, 2002, p.202; MONTERO AROCA, J., “La atribución de la legitimación se realiza en una norma de naturaleza claramente procesal” y “Los problemas atinentes a la legitimación se resuelven aplicando normas procesales”, *Derecho Jurisdiccional III*, Ed. Tirant lo Blanch, 11ª ed., Valencia, 2002, pp. 76 y 79, respectivamente. Asimismo, este mismo autor ya había señalado, anteriormente, lo siguiente: “por nuestra parte atribuimos a la legitimación carácter procesal, (y afirmamos que) la concesión de la misma se realiza en normas procesales, no materiales, que de ella puede tratarse *in limine litis* y que su falta debe conducir a una sentencia meramente procesal, no de fondo”, “*La legitimación en el proceso civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuánto más se habla sobre él)*”, Ed. Civitas, Madrid, 1994, p.87.; GONZÁLEZ GRANDA, P., “Lo cierto es que aunque resulte imposible de adivinar la voluntad del legislador, dada la omisión legal de una solución afectante al tratamiento legal de la legitimación con carácter general, creo que puede afirmarse que, dentro de la sistemática y de la coherencia interna de la LEC, cabe sospechar que la voluntad es la de otorgarle un tratamiento de forma, en todos los supuestos en que ello sea posible”, “*La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*”, Tomo I, Ed. Tecnos, Madrid, 2000, pp. 59 y 60. Se han manifestado, por el contrario, en favor de naturaleza sustantiva de la legitimación, entre otros, DE LA OLIVA, A., “La legitimación siempre constituye un presupuesto de la acción o, desde otro punto de vista, un presupuesto de la estimación de la demanda, y no de la validez del proceso o de los actos procesales”, *Derecho Procesal Civil*, “*El proceso de declaración*”, Ed. CEURA, Madrid, 2002, pp.133 y 134 y “*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*”, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p.93; LÓPEZ-FRAGOSO, T., “La legitimación es una cuestión de fondo sobre cuya concurrencia en cada caso concreto habrá de resolverse en la sentencia de fondo”, “*Proceso Civil Práctico*”, Tomo I, Ed. La Ley, Madrid, 2002, p.176.

7 La consecuencia de la falta de vinculación entre las partes sería idéntica a la de la inexistencia de la parte, respecto de la cual, tal y como han señalado, ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, habría de concluirse, por todo resultado, la evidente ineficacia de la sentencia, *Zivilprozessrecht*, Verlag C.H.Beck, 16 Auflage, München, 2004, p.245.

8 Posiblemente con la única excepción de PRIETO CASTRO, quien se refirió a la capacidad de conducción procesal en las “notas a pié de página” núms. 5 y 41 de su *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I, págs. 308 y 324.

9 Vid., ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, C.H.Beck, 16 Auflage, München, 2004, p.272.

material, de un lado (“*Sachlegitimation*”), que no es un verdadero presupuesto procesal, pues, como se ha dicho, constituye un requisito de la fundamentación de la pretensión (por lo que su ausencia ocasiona una sentencia de fondo), y, de otro, la **legitimación procesal o capacidad de conducción procesal**, que, si bien viene también determinada por una norma material, al relacionarse con el concepto formal de parte, **constituye un auténtico “presupuesto procesal”**, cuya omisión en el proceso puede dar lugar, bien a una inadmisión de plano de la demanda, bien a una resolución absolutoria en la instancia.

Y es que, si se repara en que, en el proceso civil, no existe la acción popular, para comparecer válidamente en un proceso, no sólo es necesario ostentar las capacidades para ser parte, procesal y de postulación, sino que también, en ocasiones, el ordenamiento material impone la exigencia de que tan sólo pueda “*ab initio*” demandar o ser demandado quién reúna una determinada cualidad material (así, por ejemplo, la de heredero para la impugnación de un testamento o la de accionista para la de un acuerdo social). A esta cualidad material, que ha de concurrir en determinadas personas o grupos de personas para la interposición o defensa frente a específicas pretensiones, a fin de que puedan constituirse como partes formales, se denomina capacidad de conducción procesal.

Al igual que la legitimación material, la capacidad de conducción procesal viene determinada por una norma, también material, que liga a la parte con el objeto procesal y, del mismo modo que ella, requiere un principio de prueba suficiente, esto es, ha de acreditarse mediante el oportuno documento, que, al amparo de lo dispuesto en el art. 265.1.1, ha de incorporarse a la demanda; pero se diferencia de ella, en que no afecta a la fundamentación de la pretensión –ya que, como se ha dicho, una pretensión puede fundarse en distintas causas de pedir, siendo una de ellas necesariamente la legitimación, por lo que, cuando falta, ha de rechazarse en el fondo-, sino que es el presupuesto de su procedencia, por lo que permite su examen con independencia del de la pretensión.

La capacidad de conducción procesal o legitimación procesal se erige, pues, en un auténtico **presupuesto procesal**, que puede condicionar la admisibilidad de la demanda, ser discutida su concurrencia en la comparecencia previa y provocar su ausencia una resolución absolutoria de la instancia que ha de dejar imprejuzgada la relación jurídica material debatida.

El fundamento de la capacidad de conducción procesal hay que encontrarlo en razones de economía procesal y en el estricto cumplimiento del derecho, que a todas las partes asiste, “a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 C.E.), puesto que resulta antieconómico para

el Estado y oneroso para las propias partes que quiénes litigan, sin esa cualidad necesaria, hayan de llegar a una Sentencia definitiva, cuando, desde el inicio del proceso, pueda obtener el Juez la evidencia de que nunca podrá satisfacer en él la pretensión, por la sola causa de carecer la parte demandante o demandada de relación alguna con el objeto del proceso. En tal caso, a fin de evitar procesos inútiles¹⁰, se hace necesario que el ordenamiento procesal otorgue al Juez la facultad de examinar, incluso de oficio, dicha capacidad de conducción procesal, bien para inadmitir la demanda, bien para dictar un auto de archivo que ponga término, a la mayor brevedad posible, el procedimiento.

4. Supuestos de capacidad de conducción procesal

Pero este presupuesto ha de tener un tratamiento procesal restrictivo, pues, al venir determinado por una norma jurídico material, cuya concurrencia requiere, aunque sea mínima, una determinada actividad probatoria, pugnaría con el derecho a la tutela judicial efectiva y lo dispuesto en el art. 5 LEC, si los Jueces, sin examinar siquiera el objeto del litigio, estuvieran autorizados a repeler cualquier demanda por la única circunstancia de que obtuvieran la precipitada conclusión de que el actor o el demandado carecen de relación alguna con respecto al objeto del proceso (SAP Alicante, 3 de Abril de 1.992)¹¹.

Por esta razón, se hace necesario, de un lado, que, bien una norma procesal, genérica o específica, bien un precepto material expresamente autoricen dicho examen de oficio por el Juez de la capacidad de conducción procesal, el cual, en cualquier caso, ha de ser posible sin entrar en el del fondo del asunto y, de otro, que dicha capacidad de conducción procesal se acredite fehacientemente al inicio del proceso mediante la aportación del correspondiente documento en los escritos de demanda y de contestación (arts. 265.1 y 266 y 405.1 en relación con el art. 399.3).

Sin ningún ánimo de exhaustividad podrían citarse como supuestos de dicha capacidad de conducción procesal los que a continuación se relacionan:

a) Procesales genéricos: el art. 266.2-5

Los documentos exigidos en casos especiales de los números 2 a 5 del art. 266, que han de incorporarse al escrito de demanda, integran un claro ejemplo de capacidad de conducción procesal. De esta manera, la necesidad de incorporar a la demanda el documento que acredite la cualidad de alimentista (art. 266.2; STS 24 de Abril de 2.000 -2.000/3378-), de acreditar el título y la consignación del precio en el proceso de retracto (art. 266.3, SSTS de 16 de Mayo de 2.003 -2.003/4761-, 14 de Noviembre de 2.002 -2.002/9919-) o el título que acredite la cualidad de heredero en una pretensión de

10 *Vid.*, en sentido similar a la tesis que propugnamos, GARNICA MARTÍN, J., quién afirma, con gran elocuencia, que “la posibilidad de resolver sobre la legitimación en sentencia debe plantearse como una posibilidad extraordinaria, más producto del error que de la naturaleza de la institución. El espíritu de la norma que informa la regulación positiva es el de evitación de procesos inútiles. Por ello no cabe en el sistema que una cuestión como ésta, que conduce únicamente a la inutilidad del proceso, pueda quedar para sentencia”, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Iurium, Barcelona, 2000, p.159.

11 Pues, como certeramente afirma DE LA OLIVA “el Derecho prefiere correr el riesgo de permitir el desenvolvimiento de algunos procesos civiles enteros a consecuencia de demandas absurdas a correr otro riesgo mayor y más grave: el de que se deniegue justicia *in limine litis* a causa de la errónea y/o arbitraria aplicación de una norma general que ordenase o autorizase rechazar ab initio las demandas por manifiesta falta de legitimación”, DE LA OLIVA, “*Derecho Procesal Civil*”, “*El proceso de declaración*”, Ed. CEURA, Madrid, 2000, pp.136 y 137.

reintegro de la posesión (art. 266.4) y aquellos otros documentos que la Ley exija para la admisión de la demanda (art. 266.5), constituyen un claro exponente de la carga de justificar documentalmente, junto con la demanda, la capacidad de conducción procesal y, si el actor no lo hace, se expone “ex” art. 403.1 en relación con los arts. 269.2 y 266, a la inadmisión de su demanda.

b) Procesales específicos

a') En los procesos relativos al estado civil de las personas (capacidad, filiación, matrimonio y menores), y excepción hecha de la intervención del M.F., tan sólo ostentan la capacidad de conducción procesal las personas que se encuentren en la relación de parentesco, de afectividad o con la patria potestad requeridas por las correspondientes normas procesales específicas (arts. 757, 765 y 766, 771, 773 y 777) (cfr. STS de 24 de Junio de 1.996 -1.996/4848-). En particular, la acreditación de la legitimación para interponer una acción de impugnación de la filiación (“ex” arts.136 a 141 del Código Civil)¹² habrá de venir determinada por la inscripción en el Registro Civil y/o, en su caso, por la “posesión de estado”, demostrada a través de los principios de prueba de que pueda valerse el demandante en orden a demostrar la apariencia de la maternidad o paternidad que trata de impugnar; como es sabido, “cuando exista posesión de estado, la acción de impugnación (de la filiación) corresponderá a quién aparece como hijo o progenitor y a quiénes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos” (art.140 CC).

En todos estos casos, las partes habrán de justificar dicha relación de parentesco en sus respectivos escritos de alegaciones, todo ello con la sanción procesal de que el Juez pueda repeler de oficio la demanda en los supuestos previstos en los arts. 757.4 (cuando quien inste la incapacidad del menor no acredite ostentar su patria potestad) y 767.1 (quien al reclamar la filiación no aporte un principio de prueba sobre la paternidad) o dictar una resolución absolutoria en la comparecencia del juicio verbal o en la del art. 777.4.

b') La cualidad de cónyuge para la defensa de los bienes y derechos comunes (arts. 1.375 y 1.385.2 C.C.; STS de 14 de Febrero de 2.000 -2.000/824-, 12 de Noviembre de 1.994 -1.994/8472-, 7 de Julio de 1.994 -1.994/5549-) y la exigencia de demandar a ambos esposos cuando se ejercite una acción sobre un bien ganancial (SSTS de 5 de Mayo de 2.000 -2.000/3389-, 10 de Octubre de 1.995 -1.995/7404-, 22 de Julio de 1.991 -1.991/5408-, 25 de enero de 1990 -1990\24-, 6 de junio de 1988 -1988\4819-..., que configuran dicha exigencia como un supuesto de litisconsorcio necesario).

c') En los procedimientos hereditarios es necesario acreditar la cualidad de “heredero” para obtener la pertinente declaración judicial abintestato (art. 980

LEC/1.881), para impugnar un testamento (cfr. STS STS de 28 de febrero de 2004, La Ley nº 6010, mayo de 2004, 4 de Noviembre de 2.002 -2.002/9632- y 24 de Enero de 1.998 -1.998/152-, para las que la ausencia de justificación de la cualidad de heredero supone una falta de legitimación activa), o un negocio del causante efectuado con simulación relativa (STS 24 de Octubre de 1.995 -1.995/7846-), para la reducción de las donaciones (STS 30 de Marzo de 1.993 -1.993/2541-) o para repudiar una herencia (así, en la STS de 9 de abril de 2001, r.3638, el T.S., ha tenido ocasión de apreciar la falta de legitimación activa de un tercero para la impugnación de la repudiación de la herencia puesto que la aceptación o repudiación de la herencia es un acto ajeno al interés, en este caso, del recurrente, para cuya impugnación, por respeto a los derechos privados, no se halla legitimado). En todos estos casos, y salvedad hecha del contemplado en el art. 266.4, no se le autoriza al Juez a repeler una demanda que no justifique dicha conducción procesal. El demandante, ello no obstante, habrá de justificar esa cualidad en la demanda (art. 265.1); si no lo hiciera, el demandado podrá aducir o incluso el Juez podría estimar de oficio la pertinente excepción, que debiera denominarse “falta de conducción procesal”, al amparo de lo dispuesto en el art. 425 – excepciones análogas- en relación con el art. 416.1.1 (“falta de capacidad de los litigantes” por ausencia de “capacidad de conducción procesal”) y dictar el auto de archivo contemplado en el art. 418.2.

d') En los procesos arrendaticios (arts. 249.1.6 y 250.1.1) hay que acreditar la cualidad de arrendador y arrendatario de finca urbana (arts. 2 y s.s. LAU) o de finca rústica (arts. 1 y s.s. LAR; SSTS de 27 de Febrero de 1.993 -1.993/1301-, 18 de junio de 1.992 -1.992/5323-, o la de 22 de Febrero de 1.996 -1.996/1585-, que califica la ausencia de la cualidad de arrendatario como una “falta de legitimación que “que lleva a una mera absolución en la instancia, por tratarse de presupuesto procesal, aunque relacionado con la cuestión de fondo”), mediante la incorporación a la demanda del pertinente contrato de arrendamiento (art. 265.1.1). Pero dicha omisión, y salvedad hecha del incumplimiento del requisito contenido en el art. 439.3, no provocará la inadmisión de la demanda, por cuanto ninguna norma lo autoriza. Sin embargo, si no se subsanara este defecto, el Juez podría, en la comparecencia previa o en la del juicio verbal, estimar la excepción de la falta de conducción procesal (art. 425 en relación con los arts. 416.1. y 418.2).

e') En los procesos sumarios del art. 41 de la Ley Hipotecaria hay que acreditar la cualidad de titular de la inscripción de dominio en el Registro de la Propiedad, vigente y sin contradicción alguna. En tal supuesto la certificación, que justifica esta capacidad de conducción procesal, se erige en presupuesto de la demanda, por cuanto el art. 439.2.3 LEC es taxativo a la hora de disponer su inadmisión, si no se adjuntara a ella dicha certificación, todo ello sin perjuicio de que

12 El T.S. ha señalado, en sentencia de 28 de noviembre de 2002, r.10.418, que “la reglamentación del Código Civil sobre legitimación para el ejercicio de las acciones de impugnación de la filiación aparece inspirada por el principio de que la investigación de la verdad biológica debe resultar atemperado por la necesidad de preservar la paz familiar y la intimidad de las relaciones matrimoniales, de tal forma que se establece un sistema en el que la legitimación activa para impugnar una filiación matrimonial aparece mucho más restringida que aquella que se fija para impugnar una filiación no matrimonial, en cuyo caso también es más limitada si media posesión de estado”.

se pueda hacer valer como excepción al amparo de lo dispuesto en el art. 444.2. Asimismo, dicha cualidad de titular de la inscripción de un derecho real en el referido Registro de la Propiedad otorga también dicha capacidad para instar un juicio ejecutivo, de ejecución u obtener un embargo (arts. 38.3 LH, 593.3, 658, 729) (STS 28 de Abril de 1.998 -418/1.998-).

- f) En las demandas de tercerías de dominio se ha de incorporar un principio de prueba por escrito del fundamento de la pretensión del tercerista (art. 595 LEC), es decir, del título de dominio que acredite su titularidad sobre el bien indebidamente trabado y en la de mejor derecho un principio de prueba del crédito que se reputa preferente (art. 614.1), sin que ostente dicha conducción quien no es tercero, porque es parte (STS 19 de Mayo de 1.993 -1.993/3802-). Tanto la redacción del art. 595.3 (“*con la demanda de tercería de dominio deberá aportarse...*”), como, sobre todo, la del art. 614.3 (“*no se admitirá la demanda de tercería de mejor derecho si no se acompaña el principio de prueba...*”) abonan por considerar la justificación de este requisito como un presupuesto procesal de la demanda, por lo que, si se incumpliera, puede el Juez, al amparo de lo dispuesto en los arts. 403.1 en relación con los arts. 269.2 y 266.5, rechazarla de plano.
- g) En la ejecución sobre bienes hipotecados hay que acreditar ser titular del crédito, cuya ejecución se solicita. A tal efecto, dispone el art. 685.2 que a la demanda se incorporará el título o títulos de crédito, cuya omisión habrá de provocar que el Juez no despache ejecución, de conformidad con lo dispuesto en dicho art. 685.2 en relación con el art. 552.1.
- h) En los procesos ejecutivos para la provisión de fondos y pagos de cuentas al Procurador y jura de cuentas de los Abogados (arts. 29, 34.1 y 35 LEC) hay que acreditar la cualidad de ser Procurador o Abogado en ejercicio. El incumplimiento de este presupuesto habrá de acarrear la denegación del despacho de ejecución.
- i) Para la interposición de pretensiones de condena, individuales o colectivas, a la reparación de un daño (arts. 1.902 y s.s. C.C.) hay que acreditar la condición de “*perjudicado*” (art. 7.3 LOPJ) u ostentar la cualidad de asociación “*de consumidores o usuarios legalmente constituida*” (art. 11.1). Pero, si los perjudicados integran un grupo de consumidores no determinado, la pretensión de tutela de tales “*intereses difusos*” ha de recaer exclusivamente en las “*asociaciones de consumidores y usuarios más representativas*” (art. 11.3), esto es, las inscritas en el Libro Registro del Ministerio de Sanidad y Consumo o en la Consejería de Sanidad de la C.A. competente (arts. 20.3 Ley 26/1.984 -LGDCU- y 16.1 del R.D. 825/1990). Y, si se tratara del ejercicio de una acción de cesación para la defensa de intereses colectivos y difusos, se ha de acreditar la condición de “*entidad habilitada por la legislación comunitaria*” para el ejercicio de dichas acciones de

cesación (arts. 11.4 en relación con el art. 6.8), las cuales, son las habilitadas “*mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas*”. Como quiera que, en tales casos, la capacidad de conducción procesal se confunde con la capacidad para ser parte, la cual, como sabemos, integra un presupuesto procesal y, en cuanto tal, es examinable de oficio (art. 9) y ha de acreditarse mediante un documento especial, que ha de incorporarse preceptivamente a la demanda (art. 266.5 en relación con el art. 9), su omisión autorizará al Juez a repeler de oficio la demanda, sin perjuicio de que, si no lo hiciera, pueda el demandado oponer la excepción de falta de “*capacidad procesal*”, contemplada en el art. 418.

b) Procesales especiales

También determinadas Leyes materiales contemplan preceptos procesales especiales sobre la capacidad de conducción procesal. Son las siguientes:

- a) La condición de accionista (art. 117.2 LSA) y la existencia de un “*quórum*” determinado para el ejercicio de las acciones de impugnación (así, el de los arts. 100 y 134.4 LSA; STS 31 de Diciembre de 2.001 -2.001/10132-, que configura la cualidad de accionista y el “*quórum*” necesario como un supuesto de “*legitimatío ad causam*” o la STS de 9 de Octubre de 1.993 -1.993/8175- que, aun reconociendo que la condición de accionista afecta a la legitimación activa, la que concibe como un “*presupuesto de la acción*”, por lo que “*comprobado que el actor carece de dicha legitimación activa, el Juez ha de abstenerse de conocer de la cuestión de fondo propiamente dicha y dictar una sentencia desestimatoria de la pretensión ejercitada*”) o la cualidad de administrador en la acción de responsabilidad (art. 134 LSA; SSTS de 31 de Diciembre de 2.001 -2.001/10132-, que concibe dicha cualidad como un supuesto de “*legitimatío ad causam*”, y 5 de Noviembre de 1.997 -1.997/7933-) o la de socio de una Cooperativa (art. 31.4.II LC) en el proceso de impugnación de acuerdos sociales anulables; cualidad que, según la jurisprudencia, hay que acreditar en el momento de la interposición de la demanda (STS 7 de Julio de 2.003 -2.003/4332-, 25 de Noviembre de 2.002 -2.002/10276-, 23 de Junio de 1.994 -1.994/5322-, 7 de Febrero de 1.959 -1.959/464-, 19 de Abril de 1.960 -1.960/1682-, 18 de Junio de 1.963, 1963/3383-...) y mantenerla a lo largo de todo el proceso. Se trata, pues, de un requisito de la capacidad de conducción procesal que no puede, sin embargo, ocasionar la inadmisión de la demanda, por cuanto ni el art. 117 LSA, ni el art. 31 LC lo autorizan. Pero el actor tiene, “*ex*” art. 265.1.1, la carga de su acreditación documental en la demanda y, si incumpliere este requisito o no lo subsanara en la comparecencia previa, procederá el archivo del procedimiento en virtud de lo dispuesto en el art. 425 en relación con los arts. 416.1.1 y 418.1 y 2.
- b) En caso de concurso de acreedores la capacidad de conducción procesal la ostenta la administración

concurral para el ejercicio de acciones de índole no personal (art. 54.1 L.C., Ley 22/2.003; cfr.: STS 22 de Mayo de 2.001 -2.001/6469-, que configura la legitimación de los interventores en los antiguos expedientes de suspensión de pagos como un supuesto de "*legitimatío ad causam*").

- c') El albacea ostenta dicha capacidad para defender en juicio la validez del testamento y la conservación y custodia de los bienes (art. 902.3º y 4º C.C.).
- d') En el caso de una comunidad de bienes "pro indiviso" ostentan dicha conducción procesal todos y cada uno de los comuneros, por lo que todos ellos han de demandar o ser demandados en juicio, pudiendo la ausencia de este requisito ser examinada de oficio (bajo el concepto de "*legitimatío ad causam*", según la SSTS 15 de Diciembre de 2.002 -2.002/256-, 20 de Enero de 2.000 -2.000/58-, 4 de Diciembre de 1.999 -1.999/9013-, 2 de Diciembre de 1.999 -1.999/8973- 10 de Noviembre de 1.994 -1.994/8482-, 10 de Noviembre de 1.992 -1.992/8960-).
- e') La condición de profesional de la agricultura del arrendatario para el ejercicio de una acción de adquisición preferente de la finca rústica arrendada (arts. 15 y 86 LAR, Ley 83/1.980), que, en opinión de la STS 16 de Mayo de 2.003 (2.003/4761), constituye un supuesto de "*legitimatío ad causam*", integra también una condición jurídica de la conducción procesal y, en cuanto tal, es examinable de oficio.
- f') La condición de fiador acreedor como consecuencia de haber verificado el pago (art. 1.844.3 C.C.), como presupuesto para el ejercicio de la acción de regreso (STS 24 de Mayo de 2.002 -2.002/6426-, para la que la ausencia de dicha condición integra una falta de legitimación activa examinable de oficio).
- g') El titular de una patente y el licenciatarío en exclusiva ostentan conducción procesal para el ejercicio de pretensiones de condena (arts. 63.1, 124.1 L.P., Ley 11/1986). Dicha capacidad también asiste a los titulares de marcas y concesionarios de licencias en exclusiva (arts. 40 y 124.1 LM, Ley 17/2.001).
- h') Los Colegios profesionales ostentan conducción procesal para la interposición de pretensiones de condena al pago de honorarios devengados a sus colegiados, cuando ellos así lo soliciten (art. 5.p Ley 2/1.974 sobre Colegios Profesionales).

En todos estos supuestos, el tratamiento procesal es similar al de los accionistas para el ejercicio de de las pretensiones de anulación de acuerdos sociales: la capacidad de conducción procesal habrá de acreditarse mediante el pertinente documento que se adjuntará a la demanda, conforme a lo dispuesto en el art. 265.1.1 y 2. Si no se justificara esta condición jurídica de la conducción procesal, podrá el tribunal decretar el archivo de la demanda "ex" art. 425 en relación con los arts. 416.1.1 y 418.1 y 2.

5. Tratamiento procesal de la falta de legitimación procesal (capacidad de conducción) y material

Aun cuando sea una doctrina del T.S. con vocación de generalidad la de que "la existencia o no de legitimación «*ad causam*» es cuestión que afecta al orden público procesal, examinable de oficio por esta Sala aunque no hayasido planteada por las partes en el período expositivo del proceso" (STS 3 de Julio de 2.000 -2.000/6877-) y la de que "la legitimación activa o «*ad causam*» puede ser apreciada de oficio por la misma, en tanto que atañe al control de si se tiene interés legítimo para solicitar de los órganos judiciales una resolución" (SSTS 6 de Mayo de 1.997 -1.997/3865- 17 julio 1992 -1992\6432, 20 octubre 1993 -1993\8141-, 1 febrero 1994 -1994\854- y 22 febrero 1996 -1996\1585-), no creemos que pueda sustentarse, en todo caso, esta drástica solución para cualquier ausencia de legitimación activa o pasiva, sino única y exclusivamente para aquellos supuestos en que, de no apreciarse de oficio dicha ausencia, se puedan conculcar normas imperativas, como lo son las que tipifican los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva o de defensa o cuando, en pureza, más que de una ausencia de legitimación, nos encontremos ante supuestos de incumplimiento del presupuesto de la falta de conducción procesal.

A) El examen de oficio de la legitimación procesal

Junto a los determinados supuestos de ausencia de capacidad de conducción procesal, la jurisprudencia del T.S. también admite el examen de oficio de la legitimación, cuando nos encontremos ante un supuesto de "manifiesta falta de acción", entendida ésta en sentido concreto, o en los de "vulneración de los derechos a la tutela o de defensa":

a') La violación del derecho a la tutela judicial efectiva por ausencia de titularidad sobre el derecho subjetivo

Sabido es que el art. 24.1 consagra la teoría concreta del derecho a la acción en su formulación de WACH como "*Rechtsschutzanspruch*" o pretensión de tutela de los derechos e intereses legítimos. Dicha concepción (que, sin embargo y paradójicamente, no fue la consagrada por la jurisprudencia del T.C., la que desde siempre ha mantenido y sustenta la teoría abstracta) también ha sido secundada por la LEC, tal y como lo demuestra la simple puesta en relación del art. 10.1 con su art. 5.

Pues bien, si manifiestamente, en un proceso determinado, no existiera la titularidad de ese derecho subjetivo material (o, de secundar la teoría abstracta, se encontrara ausente el "derecho a pretender", en la terminología de FAIRÉN), cuya tutela jurisdiccional pretende el actor, podría el tribunal de oficio, sin conculcar el art. 24.1, repeler dicha infundada pretensión; y esto es precisamente lo que ha hecho el T.S. en determinados supuestos.

De este modo, en la STS 14 de Noviembre de 2.002 -2.002/9919-, estimó de oficio la falta de legitimación activa, porque el demandante ejerció una acción de

retracto, cuando todavía no había nacido dicho derecho material; en la STS 24 de Mayo de 2.002 -2.002/6426-, hizo otro tanto, porque los demandantes, al no haber efectuado el pago en una fianza, no eran acreedores y no podían, por tanto, ejercitar la acción de regreso contra sus cofiadores; en la STS de 28 de Septiembre de 2.001 -2.001/7132- estimó también de oficio la falta de legitimación pasiva de una sociedad demandada que no había sido parte en el contrato, cuya resolución pretendía el actor; en la STS 16 de Febrero de 2.001 -2.001/2054, también estimó de oficio la falta de legitimación activa, porque todavía no había nacido el derecho de crédito que invocaba el actor; en la STS 26 de Abril de 2.001 -2.001/6890-, porque un perjudicado pretendía para sí la indemnización que correspondía a los demás, por lo que no revestía, con respecto a ellos, dicho carácter de "perjudicado"; en la STS 30 de julio de 1.999 -1.999/6358-, porque el demandante, que era un acreedor hipotecario, tampoco ostentaba el carácter de perjudicado y no podía, por tanto, reclamar el importe de una indemnización de daños y perjuicios derivada de un contrato de seguro, y en la STS de 6 de Mayo de 1.997 -1.997/3865-, porque, ante un siniestro, el propietario solicitaba una indemnización que tampoco le correspondía, pues tan sólo le asistía a su arrendatario, quien era el único perjudicado....

Tal y como podrá observar el lector, la inmensa mayoría de los referidos supuestos jurisprudenciales de falta de legitimación activa, en realidad, encierran casos de falta de "capacidad de conducción procesal". Así, la STS de 14 de Noviembre de 2.002 permitiría hoy su examen de oficio por incumplimiento de lo dispuesto en el art. 266.3 en relación con los arts. 269.2 y 266 LEC, y los demás constituyen auténticos supuestos de ausencia de capacidad de conducción procesal (véase supra., los epígrafes 4.a.h' y 4.b.f') que, en cuanto tales, autorizan al órgano jurisdiccional a examinar de oficio su concurrencia (e incluso, en el primer caso, a repeler la demanda) en cualquiera de las instancias del proceso, incluida la casación, aun cuando el demandado no haya aducido expresamente como excepción la falta de legitimación activa.

b') La violación de los derechos a la tutela y de defensa por falta de emplazamiento de las partes legítimas al proceso

Como es sabido, la primera manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva constituye el libre acceso de todos a los tribunales, para cuyo ejercicio los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de comunicar la existencia del proceso a fin de que puedan ejercitar sus derechos fundamentales a la tutela o de defensa.

Sucede, sin embargo, que en un proceso, como el civil, regido por los principios dispositivo y de aportación, dicha obligación del tribunal sólo puede contraerse con respecto a las partes que han sido demandadas en el proceso y, de aquí, que, en principio, tan sólo a ellas se dirigirán las notificaciones (art. 150.1). Al demandante, por tanto, le asiste la carga, que debiera transformarse en obligación procesal, de demandar, fuera de los supuestos de legitimación extraordinaria, en su propio

nombre y exclusivamente en relación a derechos de su efectiva titularidad y de dirigir la demanda tan sólo contra quien deba soportar los efectos de su pretensión. Si no lo hiciera así y aparentara una titularidad que no tiene o demandara a una persona que nada tiene que ver con la relación jurídico material debatida, el tribunal, obligado por la congruencia, podría otorgar, en su Sentencia, derechos a quien en modo alguno le corresponden o condenar a quien ni siquiera tuvo la oportunidad de haber sido oído en el proceso.

"Al demandante, por tanto, le asiste la carga, que debiera transformarse en obligación procesal, de demandar (...) en su propio nombre y exclusivamente en relación a derechos de su efectiva titularidad y de dirigir la demanda tan sólo contra quien deba soportar los efectos de su pretensión."

Por esta razón, porque esta burda infracción de las normas que tutelan la legitimación activa y pasiva infringe el derecho a la tutela del art. 24.1 C.E. y, desde luego, el "orden público procesal" y porque, como señala la STS de 30 de Junio de 1.999 -1.999/4572- "los efectos de las normas jurídicas no pueden quedar a voluntad de los particulares de modo que se apliquen aun no dándose los supuestos queridos y previstos por el legislador para ello", la jurisprudencia del T.S., también con muy buen criterio, ha admitido, en tales casos, el examen de oficio de la legitimación. Así lo declaró en la STS de 15 de Octubre de 2.002 -2.003/256-, en la que tan sólo los titulares de una cuota del 40% de propiedad "*pro indivisa*" pretendían la declaración de dominio de la totalidad de un inmueble; en la STS de 30 de Mayo de 2.002 -2.002/4576- también estimó de oficio la falta de legitimación pasiva, porque se solicitaba la declaración de nulidad de una persona jurídica que no había sido demandada; lo mismo en la STS, de 24 de Julio de 2.001-2.001/4988-, debido a que un apoderado demandaba en su propio nombre y para sí, y no para sus poderdantes, el pago de una compraventa; en la STS 30 de Octubre de 1.999 -1.999/8170-, porque el demandante solicitaba el pago para una sociedad que no representaba; en la STS 18 de Noviembre de 2.000 -2.000/9309-, porque se pretendía la ejecución de un préstamo hipotecario que no había sido suscrito por todos los comuneros, y en la STS 30 de Junio de 1.999 -1.999/4572-, porque era un accionista y no el legal representante de la sociedad quien demandaba la devolución de lo percibido en virtud de un acuerdo anulado por la sociedad...

Como puede observarse el común denominador de este segundo grupo de supuestos lo constituye la prevención por el T.S. de la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva de terceros, que, por ostentar en la realidad la cualidad de partes materiales, debieron demandar o ser demandados en el proceso, sin que lo fueran a causa de la negligencia o mala fe del

demandante. La vulneración del art. 24.1 C.E., por la extensión indebida de los efectos de la cosa juzgada, hubiera producido, sin duda, en tales casos, un supuesto de nulidad radical de la Sentencia (arts. 238.3 y 241.1 LOPJ) y la interposición, en su caso, por la parte, cuyo emplazamiento se hubiera omitido, de un recurso constitucional de amparo.

Todas estas razones, a las que se une la obligación de los tribunales de preservar, frente a su hipotética violación, el libre ejercicio de los derechos fundamentales (arts. 53.2 C.E. y 43 LOTC), aconsejan que, en tales supuestos, el tratamiento procesal de la legitimación haya de ser de oficio.

B) La denuncia de la falta de la legitimación material

Pero, fuera de estos casos de inexistencia del derecho de "acción" o, mejor dicho, del derecho a interponer una pretensión, salvedad hecha de la preservación de la infracción de los derechos fundamentales a la tutela y de defensa, de los supuestos de ausencia de capacidad de conducción procesal o de la falta de litisconsorcio pasivo necesario, en los que el examen de la falta de legitimación puede y debe efectuarse también de oficio en la instancia, en la apelación e incluso en la casación (SSTS 3 de Julio de 2.000 -2.000/6877-, 30 de julio de 1999 -1999\6358-, 22 de febrero de 1996 -1996\1585-24 de enero de 1998 -1998\152- 20 de octubre de 1993 -1993\8141-), el examen de la legitimación ha de efectuarse, previa denuncia del demandado en su escrito de contestación a la demanda y resolverse en la Sentencia como elemento de la fundamentación de la pretensión, de examen previo a la cuestión de fondo.

Tal y como se ha avanzado, incumbe al demandante la carga procesal de adjuntar a su escrito de demanda el documento justificativo de su legitimación material (el título o contrato que acredita la titularidad del derecho discutido o, como señala el art. 265.1.1, "*los documentos en que las partes funden su derecho a la tutela judicial que pretenden*"). Si tales documentos no se encontraran en los supuestos de conducción procesal contemplados en el art. 266, el Juez, ante su omisión, no podrá, sólo por dicha causa, dejar de admitir la demanda (art. 269.2); pero el demandado habrá de alegar, en su escrito de contestación, la pertinente excepción de falta de legitimación activa o pasiva (art. 405). Según la jurisprudencia del T.S. dicha excepción ha de alegarse expresamente en dicha contestación, sin que pueda "ex novo" invocarse en la apelación (STS de 26 de Julio de 1.993 -1.993/6313-), o en la casación (SSTS de 7 de Mayo de 1.993 -1.993/3461-, 28 de Mayo de 1.992 -1.992/4388-); el no planteamiento de dicha excepción, cuyo levantamiento de esta carga procesal incumbe exclusivamente al demandado, ocasiona, pues, el tácito reconocimiento de la legitimación activa y pasiva por parte del demandado, sin que pueda posteriormente negarla, ya que, si así lo hiciera, atentaría al principio de que "nadie puede ir contra sus propios actos (SSTS 21 de Junio de 2.002 -2.002/5233-, 29 de Abril de 2.002 -2.002/5109-, 25 de Octubre de 1.999 -1.999/8161-, 14 de Marzo de 1.995 -1.995/2429-, 6 de Octubre de 1.989 -1.989/9888-).

Una vez aducida expresamente por el demandado en su escrito de contestación dicha excepción de falta

de legitimación activa o pasiva, surge, sin embargo, el problema, consistente en determinar, si, en la comparecencia previa, puede discutirse la falta de legitimación material de las partes. Por una respuesta negativa abonaría la redacción del art. 416 que, en su listado de excepciones, no contempla expresamente la legitimación activa y pasiva, aunque sí lo hace con respecto a la de litisconsorcio, que, como es sabido, encierra una cuestión de falta de legitimación pasiva. También la jurisprudencia clásica del T.S. no fue favorable al tratamiento de esta excepción ("dilatatoria" en la LEC de 1.881), porque, tal y como afirmaba la STS de 8 de Abril de 1.998 -318/1998-, "no es admisible la tesis de que en la comparecencia prevista en el juicio de menor cuantía se tenga que pronunciar el juzgador sobre las cuestiones que constituyen el fondo del asunto, como si en ese momento finalizase el litigio" (en tal sentido también SSTS de 17 de Mayo de 1999 -412/1999- y 18 de Marzo de 1993 -271/1993-; en contra STS de 10 de Enero de 1995 -1213/1994-).

Aun cuando esta omisión del legislador de la legitimación en su relación de presupuestos procesales, que "ex" art. 416 pueden dilucidarse en la comparecencia previa, es significativa de que no comparte la pretendida tesis que la configura como presupuesto procesal, no hay que olvidar que el referido precepto, el art. 416, contempla, en su número primero, una cláusula general abierta y que el art. 425 permite, junto a la excepción de litisconsorcio pasivo necesario prevista en el art. 416.1.3, plantear excepciones análogas, dentro de las cuales podría incluirse la falta de legitimación, eso sí, circunscrita su ausencia a los supuestos enunciados: falta de capacidad de conducción procesal (al amparo de lo dispuesto en el art. 425 en relación con el art. 418) y la ausencia de legitimación que afecte a la inexistencia del derecho de "acción", entendida en sentido concreto, o que pueda ocasionar la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela o de defensa; asimismo, también podría incorporarse a dicho catálogo la ausencia de habilitación legal en la legitimación extraordinaria, tanto por sustitución procesal, como la legitimación representativa, pues, si la Ley no autorizara al sustituto a accionar en interés de otro, es claro que su legitimación sería originaria y ocasionaría al sustituido, de no comparecer en el proceso, indefensión material.

En los demás casos, no debiera discutirse la legitimación en la comparecencia previa, que, como elemento de la fundamentación de la pretensión, exige una actividad probatoria, por lo que, a fin de evitar una precipitada e injustificada denegación del derecho la tutela, debe merecer un examen de fondo en la Sentencia.

Aun cuando la vulneración de las normas, que disciplinan la legitimación, son, tal y como se ha reiterado, de Derecho sustantivo, es una doctrina reiterada y unánime del T.S. la de que su infracción ha de denunciarse por el cauce del recurso de casación extraordinario por infracción procesal y no a través del recurso material de casación (AATS 16 de Septiembre de 2.003 -2.003/7259-, 31 de Julio de 2.003 -2.003/7259, 6 de Mayo de 2.003 -2.003/4712-) 