

# **NOTAS SOBRE LA ACCIÓN Y LA LEGITIMACIÓN EN LA ACCIÓN DECLARATIVA DISPOSITIVA**

**MARÍA MARCOS GONZÁLEZ LECUONA**

Doctora en Derecho. Prof. D<sup>º</sup> Procesal  
Universidad de Alcalá

## **SUMARIO:**

### **DEDICATORIA**

#### **I. INTRODUCCIÓN**

#### **II. INCIDENCIA DE LA LEC 1/2000 EN EL OBJETO DE ESTUDIO**

1. VALORACIÓN POSITIVA DE LA NUEVA LEY.
2. LA ACCIÓN EN SENTIDO CONCRETO.
3. PROTECCIÓN PROCESAL ADECUADA DE LA TUTELA SUSTANTIVA.

#### **III. REFLEXIONES SOBRE LA ACCIÓN Y LA LEGITIMACIÓN EN LA ACCIÓN DECLARATIVA DISPOSITIVA.**

1. JUSTIFICACIÓN DE LA ACCIÓN EN SENTIDO CONCRETO.
2. IMPLICACIÓN CONCEPTUAL ENTRE ACCIÓN Y LEGITIMACIÓN.
  - 2.1. Legitimación y parte material.
  - 2.2. Legitimación y prueba de hechos constitutivos.
  - 2.3. Legitimación y titularidad procesal
  - 2.4. Legitimación y efecto de cosa juzgada.

3. REVISIÓN CRÍTICA DE LA TESIS EXPUESTA.
  - 3.1. Acceso de la legitimación al proceso declarativo.
  - 3.2. Naturaleza material de la legitimación.
  - 3.3. Graduación en la comprobación judicial de la legitimación.
  - 3.4. Legitimación como elemento constitutivo de la acción declarativa.
  - 3.5. Legitimación como presupuesto material de la acción declarativa.
  - 3.6. Acción concreta y legitimación en la tutela jurisdiccional procesal.

## DEDICATORIA

Gracias, querido Luis, por tu talante universitario, por tu rigor científico en la búsqueda sin prejuicios de la verdad y por tu sincera amabilidad que no repara en discriminaciones mezquinas. Con la confianza de tenerte mucho tiempo entre nosotros, recibe este pequeño trabajo por tu valiosa aportación a la vida universitaria .

## I. INTRODUCCIÓN

El estudio de la legitimación despierta especial interés en un procesalista puesto que a través de esta institución delimita el legislador procesal quiénes pueden acudir a los tribunales para, cuanto menos, solicitar una concreta tutela jurídica y, cuanto más, obtener la sentencia favorable sobre el fondo.

La doctrina procesal ha prestado atención preferente a este tema y, fruto de investigaciones profundas, han surgido posiciones extremas sobre la delimitación conceptual y el tratamiento procesal de la legitimación<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sobre las distintas posturas y su argumentación, V. GÓMEZ ORBANEJA, E. *Legitimación y representación*, en «Estudios de Derecho Histórico y Moderno», Barcelona, 1947, pp.19 y ss.; Id. *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1979, I, (con HERCE QUEMADA, V.), pp.140 y ss.; MONTERO AROCA, J. *La legitimación en el proceso civil (intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Madrid, 1994; DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal Civil*, I, Madrid, 1995 (con FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A.), pp.496 y ss.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A. *Derecho Procesal Civil*, IV, Madrid, 1995 (con DE LA OLIVA SANTOS, A.), p.220;

En efecto, la doctrina procesal ha realizado esfuerzos notables en un intento de elaborar un concepto autónomo de legitimación<sup>2</sup>, que no pudiera confundirse con el defendido por la doctrina civilista o sustantiva para la que, en términos generales, esta institución está directamente vinculada con la justificación en derecho de la exigencia de una concreta pretensión jurídico-privada<sup>3</sup>.

Este intento ha concluido, en su posición procesal más extrema, en una conceptualización abstracta de la legitimación entendida como la atribución subjetiva de la facultad de iniciar un proceso sin que sea necesaria una especial vinculación jurídica del sujeto con la pretensión ejercitada, por lo que, de forma gráfica, cualquiera puede proponer una demanda ante el órgano jurisdiccional y obtener de él una resolución sobre el fondo<sup>4</sup>.

Por el momento los resultados del intento aludido no son del todo satisfactorios ni en el seno de la doctrina procesal —como lo demuestra la conocida variedad de posiciones inconciliables—, ni tampoco en ámbitos doctrinales civiles en los que se critica la tesis abstracta de la legitimación porque, en la práctica forense, el interés legítimo (material) para litigar —sustentado en una situación jurídica sustantiva— es sustituido por el interés en la obtención de cualquier beneficio del proceso (interés procesal) que, al no ser controlado, puede incluso ser absolutamente ajeno al círculo de intereses protegidos por las normas sustantivas<sup>5</sup>.

La discrepancia doctrinal existente sobre el significado procesal de la legitimación explica que la doctrina se encuentre dividida entre quienes entienden que es un presupuesto material

---

CORDÓN MORENO, F. *De nuevo sobre la legitimación*, «Revista de Derecho Procesal» 1997, 1, pp.45 y ss. y *Anotaciones acerca de la legitimación*, «Revista de Derecho Procesal Iberoamericana» 1979,2, pp.305 y ss.; PEDRAZ PENALVA, E. *Objeto del proceso y objeto litigioso (reflexiones sobre el Borrador de Ley de Enjuiciamiento Civil de abril de 1997)*, en «Jornadas Nacionales sobre el ALC», Murcia, 1997, pp.101 y ss.; SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación*, «Justicia», 1987, II, pp.306 y ss.

<sup>2</sup> V. por todos, GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V. *Derecho Procesal Civil*, op.cit. p.148.

<sup>3</sup> En la doctrina italiana, V. por todos, MESSINEO, F. *Doctrina general del contrato*, I, Buenos Aires, 1986, (trad. FONTANARROSA), pp.88 y ss. Entre nuestros autores, V. GARCÍA AMIGO, M. *Teoría general de las obligaciones y contratos*, en «Lecciones de Derecho civil», II, Madrid, 1995, p.143.

<sup>4</sup> V.CARNELUTTI, F. *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, p.317.

<sup>5</sup> V. por todos, PASQUAU LIANO, M. *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, 1997, p. 226.

o de fondo del derecho de acción y quienes consideran que se trata de un presupuesto procesal o de forma del derecho al proceso; no faltando posturas, de corte conciliador, que conciben la legitimación como un presupuesto procesal del derecho de acción.

Con carácter general, como es bien conocido, si defendemos que la legitimación es un presupuesto de la acción, entendida ésta en sentido concreto<sup>6</sup> (como derecho a sentencia favorable sobre el fondo), diremos que sólo tienen legitimación para ejercitar una acción y obtener la tutela judicial pretendida los sujetos que ocupen una posición determinada (convencional o legal) dentro de la situación jurídica debatida<sup>7</sup>, tanto si se entiende que la legitimación es un presupuesto procesal exigible *ab initio* del proceso (acreditación de esta posición determinada) como si se defiende que su naturaleza es material (prueba de dicha posición) y no es suficiente la mera acreditación inicial.

Por el contrario, si concebimos la acción en sentido abstracto, también la legitimación tendrá este carácter, lo que implica que la misma no estará vinculada, en su caso, a la relación jurídica sustantiva debatida en el proceso y, en consecuencia, estarán legitimados cuantos sujetos acrediten los presupuestos procesales exigidos por el legislador para iniciar y continuar el proceso (derecho al proceso).

No es nuestro propósito sistematizar las posturas elaboradas por la doctrina procesal en torno a los conceptos de acción y legitimación, ni tampoco criticarlas, y, mucho menos, tratar de innovar sobre una cuestión tan trabajada por prestigiosos procesalistas. Afrontamos nuestro estudio con la mera intención de profundizar en la comprensión de los conceptos de acción y legitimación, en sede declarativa, a la luz de la regulación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

---

<sup>6</sup> Sobre las críticas vertidas hacia la tesis concreta y su refutación, V., por todos, DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal. Introducción*, (con DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, I. y VEGAS TORRES, J.), Madrid, 1999, pp.80 y ss.; MONTERO AROCA, J. *Derecho Jurisdiccional, I, Parte General, conforme a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con GÓMEZ COLOMER, J.L.; MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.), Valencia, 2000, págs. 237 y ss.; y, CORDÓN MORENO, F. *Introducción al Derecho Procesal*, Pamplona, 1998, p.116.

<sup>7</sup> En este sentido, la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 ha incorporado al ordenamiento positivo la tesis tradicional sobre la legitimación al disponer que «serán consideradas partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular» (art.10).

## II. INCIDENCIA DE LA LEC 1/2000 EN EL OBJETO DE ESTUDIO

### VALORACIÓN POSITIVA DE LA NUEVA LEY

La LEC 1/2000 ha introducido novedades importantes en el ámbito de la justicia civil con la finalidad de satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>8</sup>. Y, en su regulación, no sólo ha mejorado notablemente los instrumentos procesales al servicio de las partes sino que también ha clarificado la naturaleza y características propias de la actividad jurisdiccional, tanto declarativa como ejecutiva y cautelar.

Ciertamente la posición doctrinal asumida por el legislador es susceptible de críticas por parte de quienes, adscritos a corrientes de pensamiento jurídicas diferentes, entienden que otras bases conceptuales serían más acertadas. Sin embargo, solventada la cuestión ideológica, es preciso que todos los operadores jurídicos contribuyamos a la correcta aplicación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que permitirá solucionar, al menos parcialmente, problemas que actualmente tiene planteados la justicia civil.

A nuestro juicio, la coherencia interna del planteamiento legal y su solidez jurídica, aportan al procesalista conclusiones determinantes que le permiten adentrarse, sin recelos, en cuestiones como las que abordaremos que, hasta la publicación de este texto, resultaban excesivamente complejas tanto desde el punto de vista legal como doctrinal.

A simple vista, pudiera parecer que el respaldo de un texto positivo no debe condicionar, de ninguna manera, el quehacer del investigador jurídico. Sin embargo, si tenemos en cuenta que el proceso es una creación legal y no la regulación legal de una realidad preexistente<sup>9</sup>, valoraremos la importancia decisiva que la ley tiene en la Ciencia Procesal como fuente principal de conocimiento y, en

<sup>8</sup> El derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE no garantiza el derecho de acción en sentido concreto, es decir, el derecho a obtener una resolución de conformidad con lo solicitado; este derecho, que existe, es un derecho diferente (cfr. STC 118/1989, de 3 de julio) y no es objeto de la protección reforzada prevista en la CE para los derechos fundamentales (V. DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal Civil*, op.cit., I, pp.196 y ss.; CORDÓN MORENO, F. *Introducción al Derecho Procesal*, op.cit., p. 124).

<sup>9</sup> V. GÓMEZ ORBANEJA, E. *Derecho Procesal Civil*, op.cit., p.20; CORDÓN MORENO, F. *Introducción*, op.cit., p.192. Al respecto, afirma DE LA OLIVA que «el proceso es una realidad que no existe en la vida, en el tráfico jurídico, sino que sólo existe porque la ley lo quiere y lo crea. Un proceso es sí, una realidad, pero no una

consecuencia, vislumbraremos la influencia de la calidad legislativa sobre las tareas del investigador.

Esta calidad de la ley procesal se condiciona, a nuestro juicio, a un doble elemento: por un lado, a la técnica legislativa general, es decir, a la correcta sistematización (interna y externa), claridad expositiva y regulación completa de la materia; por otro, a la armonía sustantivo-procesal que garantizará la efectiva tutela jurídica de los derechos e intereses de los ciudadanos, individual o colectivamente considerados.

Este segundo aspecto es, a nuestro juicio, decisivo, ya que el Derecho Procesal es tal en la medida que realiza su función esencial que consiste en ser instrumento del Derecho material<sup>10</sup>. Por tanto, desde el momento en que el legislador olvidara este aspecto instrumental y pasara a dotar de independencia a las instituciones procesales, otorgando tutelas jurisdiccionales al margen del Derecho sustantivo, dejaría de ser Derecho Procesal para convertirse en una clase nueva de Derecho, si es que pudiera denominarse Derecho, no sustentado en normas objetivas sino en la voluntad del *Poder Judicial*<sup>11</sup>.

Dos razones más en favor de la inescindible vinculación de la función jurisdiccional al Derecho objetivo: 1) por un lado, la diferencia entre la solución jurisdiccional y la solución arbitral de los conflictos de naturaleza privada, que consiste precisamente en que «el Juez soluciona el conflicto aplicando la norma jurídica preestablecida al caso concreto (es una solución legal) e imponiendo su sentencia en virtud de la autoridad que le confiere el Estado; en el arbitraje, en cambio, las partes eluden la intervención jurisdiccional, confiando la decisión

---

realidad espontánea fruto de la voluntad libre de determinados sujetos, (...) sino una realidad querida por la ley y que se disciplina concretamente por normas jurídico positivas, sin perjuicio de la vigencia y efectividad de ciertos principios generales del Derecho» (DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal Penal*, [con ARAGONESES MARTÍNEZ, S.; HINOJOSA SEGOVIA, R; MUERZA ESPARZA, J.; TOMÉ GARCÍA, J.A.], Madrid, 1999, p.6).

<sup>10</sup> V. CALAMANDREI, P. *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, Buenos Aires 1962, (trad. SENTIS MELENDO), I, pp.144 y ss.; FENECH, M. *Notas previas al estudio del Derecho Procesal*, en «Estudios de Derecho Procesal», Barcelona, 1962 (con CARRERAS LLANSANA, J.), pp.35 y ss; y CORDÓN MORENO quien afirma que «el Derecho Procesal es un derecho instrumental. El proceso es un medio para conseguir un fin específico, la protección por los órganos jurisdiccionales de los derechos e intereses legítimos a través de la actuación o aplicación de la ley en el caso concreto» (CORDÓN MORENO, F. *Introducción*, op.cit., p.190).

<sup>11</sup> DE LA OLIVA SANTOS se refiere, con acierto a nuestro juicio, a la destrucción del Derecho objetivo (V. DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal. Introducción*, op.cit., p.87).

del conflicto a un tercero, no Juez, cuya resolución que puede ser de Derecho o equidad, aceptan previamente»<sup>12</sup>. 2) Y por otro, la consideración del proceso jurisdiccional civil, en el ámbito dispositivo, como *ultima ratio* en la aplicación del Derecho objetivo: esta realidad explica sobradamente, a nuestro juicio, que la voluntad libre de los sujetos es la configuradora de las prestaciones materiales y de su ejercicio y que sólo en último extremo, y siempre que las partes accedan a ello, el órgano jurisdiccional decidirá sobre ellas, en caso de conflicto; por tanto, el Juez no *crea* la relación jurídica sustantiva (dispositiva) a través de su resolución favorable, sino que la *reconoce*.

A nuestro juicio, en ambos aspectos, la nueva Ley es excelente; en cuanto al primero, de forma sucinta, porque mejora notablemente la sistemática anterior, porque plasma con rigor técnico los principios en los que se inspira (recogidos brillantemente en su Exposición de Motivos) y porque regula la materia con precisión y claridad. Y, en cuanto al segundo, porque el legislador respeta el carácter instrumental del Derecho Procesal al pretender, con esta ley, la protección jurisdiccional efectiva de los *ámbitos jurídico-materiales*, también en órdenes distintos del civil, puesto que es una ley llamada a ser supletoria y común<sup>13</sup>.

La armonía señalada se refleja de forma particular en la eficacia subjetiva de las sentencias, donde como afirma la Exposición de Motivos (VII) «la diversidad de casos de protección impone evitar una errónea norma generalizadora. Se dispone, en consecuencia, que el tribunal indicará la eficacia que corresponde a la sentencia según su contenido y conforme a la tutela otorgada por la vigente Ley sustantiva protectora de los derechos e intereses en juego».

## 2. LA ACCIÓN EN SENTIDO CONCRETO

Precisamente, este segundo aspecto afecta de lleno al objeto de nuestro trabajo, ya que el legislador no regula la acción de forma abstracta, es decir, desvinculándola del derecho o interés sustantivo. Por el contrario, ésta se regula, como iremos viendo, sin prescindir en ningún momento de la relación jurídico-sustantiva que está en la base de la actividad jurisdiccional civil, aunque dicha actividad no tenga

<sup>12</sup> CORDÓN MORENO, F. *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, Pamplona, 1995, p.19.

<sup>13</sup> V. Exposición de Motivos, III.

por finalidad el pronunciamiento sobre la aplicación del Derecho a los hechos jurídicamente relevantes aducidos por las partes.

Esta observación disipa, en principio, las dudas sobre el carácter concreto de la acción ejercitada en el proceso civil dispositivo puesto que, en coherencia con lo afirmado, la actividad jurisdiccional, no conceptualmente hablando sino en la realidad jurídica<sup>14</sup>, es siempre concreta en el sentido de estar al servicio de una tutela jurídico-material determinada, con independencia del grado de comprobación judicial —acreditación o prueba— que sobre la efectiva existencia de ésta requiera el legislador en la tutela jurisdiccional solicitada (cautelar, ejecutiva, declarativa). No obstante, la cuestión exige un estudio algo más particularizado sobre el que nos adentraremos a lo largo del trabajo.

### 3. PROTECCIÓN PROCESAL ADECUADA DE LA TUTELA SUSTANTIVA

Por otro lado, en la actualidad asistimos a una creciente tutela de *intereses jurídicos colectivos* por el legislador sustantivo, que presenta características diferentes a la tutela de los derechos e intereses de titularidad individual. En coherencia con la armonía de la que hemos hablado, entendemos que esta diversidad sustantiva debe encontrar adecuado reflejo en la diversidad procesal. En esta línea, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, al regular mecanismos eficaces para la protección de los derechos e intereses de consumidores y usuarios, ha incluido, en el proceso civil ordinario, normas que permiten la inserción de las peculiaridades que presenta esta tutela<sup>15</sup>.

## III. REFLEXIONES SOBRE LA ACCIÓN Y LA LEGITIMACIÓN EN LA ACCIÓN DECLARATIVA DISPOSITIVA

### 1. JUSTIFICACIÓN DE LA ACCIÓN EN SENTIDO CONCRETO

La acción en sentido concreto, o clásico, se define en sede de proceso civil de declaración, como un derecho subjetivo público ante-

---

<sup>14</sup> Al Derecho Procesal le debe interesar, en el plano científico, tanto el concepto abstracto como la manifestación real del proceso incoado (V. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A. *Derecho Procesal*, op.cit., II, p.20).

<sup>15</sup> V. CORDÓN MORENO, F. *Estudio Preliminar*, en «Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero», Pamplona, 2000, p.18.

rior al proceso que se tiene frente al Estado para que, a través de los órganos jurisdiccionales, otorgue una resolución judicial contra el obligado de contenido determinado y favorable a la pretensión del actor<sup>16</sup>.

Conforme a esta tesis, el actor no sólo tiene derecho a solicitar y obtener una resolución judicial conforme a Derecho, sino que tiene derecho a solicitar y *obtener* una tutela jurisdiccional conforme a su derecho subjetivo, interés material o situación jurídico-sustantiva.

Por tanto, la acción declarativa dispositiva podemos definirla como un derecho subjetivo público anterior al proceso que se tiene frente al Estado para que, a través de los órganos jurisdiccionales, estime la pretensión material solicitada por el demandante contra el demandado, o dicho con otras palabras, otorgue sentencia favorable al demandante contra el demandado en cuanto al fondo.

De esta definición deriva una inmediata consecuencia que, a pesar de su carácter evidente, la resaltamos por su trascendencia: se trata de la exigencia del ejercicio de la acción por parte de un sujeto distinto al Estado puesto que al ser el sujeto pasivo del derecho aludido, no puede ser a la vez el sujeto activo del mismo. Por tanto, la actuación procesal iniciada y concluida de oficio no se corresponde con el concepto de acción<sup>17</sup>.

Por otro lado, en coherencia con los principios básicos del Derecho Procesal, este concepto de acción sólo podrá aplicarse, en sentido propio, a los ámbitos del ordenamiento jurídico en los que rija el principio de la autonomía de la voluntad y en el que las partes sean soberanas —con las limitaciones del orden público— en la configuración de sus relaciones jurídicas y, por tanto, pueda hablarse, sin imprecisiones, de sujetos titulares de derechos o intereses sustantivos propios que acuden a los órganos jurisdiccionales cuando aquellos han sido lesionados para que restablezcan las cosas al estado jurídico constituido por ellos<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> V., por todos, DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal Civil*, op.cit., I, págs. 172 y ss.

<sup>17</sup> Distinto es el caso de la apreciación de oficio por el Juez de cuestiones fácticas o jurídicas, en los autos derivados de la acción iniciada a instancia de parte no jurisdiccional.

<sup>18</sup> Con particular acierto afirma FERNÁNDEZ LÓPEZ que «a nadie extrañará que con la inevitable vigencia de los anteriores principios (de oficialidad y de investigación de oficio), en el proceso de incapacitación deba darse un contenido diverso a los conceptos mejor acuñados. Empezando por el propio concepto de «acción» a no ser que se quiera mantener el término otorgándole un contenido muy distinto al que tiene en cualquier proceso civil de objeto patrimonial» (FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A. *Derecho Procesal Civil*, op.cit., IV, p.214).

El reconocimiento de situaciones jurídicas materiales previas (o coetáneas<sup>19</sup>) al proceso jurisdiccional, en las que los sujetos titulares del derecho y de la obligación ya están determinados, implica que la posición procesal de las partes litigantes está previamente configurada y, por tanto, no es en absoluto, determinable al arbitrio del legislador procesal<sup>20</sup>.

En efecto, la tutela jurisdiccional sólo satisfecerá al demandante en la medida que le reconozca su derecho material precisamente frente al obligado (convencional o legal); y, en el mismo sentido, el obligado sólo se verá jurisdiccionalmente protegido si el legislador procesal impide que cualquier demandante, que no sea el titular del derecho (originario o derivado), pueda obtener la tutela jurisdiccional solicitada frente a él.

## 2. IMPLICACIÓN CONCEPTUAL ENTRE ACCIÓN Y LEGITIMACIÓN

Como puede observarse, la teoría concreta de la acción defiende, con especial énfasis, dos cuestiones de particular trascendencia en la protección del ámbito privado de los ciudadanos: primero, que sólo quienes ostentan la condición de ser titulares de la relación jurídica sustantiva (originarios o derivados) puedan permitir al órgano jurisdiccional que afecte su esfera jurídica con la eficacia de *cosa juzgada* de sus resoluciones, por lo que la *concesión* de la tutela jurisdiccional está condicionada a la comprobación de la titularidad de los sujetos sobre el objeto del proceso; y, segundo, que la concesión de la tutela jurisdiccional reclamada está también condicionada a la prueba de los hechos constitutivos de la situación jurídica sustantiva en cuestión, puesto que, en caso contrario, el órgano judicial no podrá pronunciarse sobre la obligación (material) del demandado ni sobre el derecho (material) del demandante.

Estas dos cuestiones, en realidad, se reconducen a una única consistente en la exigencia procesal de la *prueba* de los hechos constitutivos de la titularidad de la situación jurídico material debatida como presupuesto (más bien, elemento esencial) de la obtención de la tutela jurisdiccional solicitada.

---

<sup>19</sup> Teniendo en cuenta que las partes pueden disponer del objeto del proceso durante la tramitación de éste, V. artículos 19 a 22 LEC 1/2000.

<sup>20</sup> A menos que se pretenda obtener una reforma sustancial por vía procesal (V. CALAMANDREI, P. *El principio inquisitivo en el nuevo Código procesal civil*, en «Estudios sobre el proceso civil», Buenos Aires, 1945 [trad. SENTIS MELENDO], p.352).

## 2.1. Legitimación y parte material

A su vez este presupuesto coincide con el significado procesal del término «parte legítima» (art.10 LEC 1/2000), que afecta tanto al demandante como al demandado y que puede ser ordinaria o extraordinaria. Derivamos, por tanto, necesariamente, en el concepto procesal de «legitimación».

Tanto la legitimación ordinaria como la extraordinaria constituyen la vertiente procesal de la titularidad sustantiva. Con esta expresión nos referimos a la fundamentación material de la legitimación entendiendo que la facultad de reclamar en juicio y obtener la tutela judicial requiere que el Derecho objetivo otorgue la titularidad del derecho (o del interés) en el plano extraprocésal y, en virtud de esta titularidad material, la parte está legitimada para reclamar en juicio su pretensión.

Es el caso, a nuestro juicio, entre otros, de la acción subrogatoria en la que el ordenamiento protege el interés del acreedor al permitirle reclamar en nombre propio el derecho de su deudor<sup>21</sup>. Si en este supuesto el acreedor ostenta legitimación para reclamar la tutela jurisdiccional debida a su deudor, es porque el Derecho objetivo le otorga una tutela jurídica (material) con este alcance<sup>22</sup>. Por tanto, cuando la reclamación extrajudicial fracase podrá acudir a los órganos jurisdiccionales ejercitando *su* interés material y obtendrá la tutela solicitada si prueba los hechos constitutivos del mismo, tanto en relación a la titularidad derivada como a la propia existencia del derecho material.

## 2.2. Legitimación y prueba de hechos constitutivos

Como es fácilmente deducible, la apreciación por el órgano jurisdiccional de la legitimación de la parte requiere el desarrollo del pro-

<sup>21</sup> V. CORDÓN MORENO, F. *De nuevo sobre la legitimación*, op.cit., p.77.

<sup>22</sup> Ciertamente, como afirma Díez-PICAZO, «a pesar de su nombre, la acción no subroga a los acreedores en el derecho que ejercita. El derecho continúa perteneciendo al deudor y, por consiguiente, los efectos del acto de ejercicio ingresarán en el patrimonio de éste» (DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1993, p.745). Al respecto CORDÓN MORENO afirma que «el acreedor que ejercita la acción no se beneficia directamente de los contratos en que ha intervenido el sustituido, sino que se limita a ejercitar, porque así está facultado por la Ley, los derechos y acciones de éste, y el resultado de su acción ingresa en el patrimonio del sustituido» (CORDÓN MORENO, F. *De nuevo sobre la legitimación*, op.cit., p.77).

ceso en el que actor y demandado aportarán cuantas alegaciones y medios probatorios estimen conveniente a su derecho y/o defensa, respectivamente, con el fin de que el Juez pueda estimar si efectivamente concurre o no la titularidad del derecho o interés material<sup>23</sup>.

Sin embargo, la actuación como mera parte procesal, sin referencia a la vinculación con la situación sustantiva, se adquiere con el primer acto procesal, aunque sea el último y único, y esto explica que la parte actora pueda *iniciar* el proceso, pero no *obtener* la tutela jurisdiccional a su favor y frente al demandado, porque, en la fase de conclusiones, el Juez estime que no concurre la legitimación en alguna de las partes.

Por tanto, la legitimación no es una mera formalidad sino que, como hemos indicado, deriva de hechos constitutivos cuya virtualidad jurídica debe ser probada por el actor en el proceso. Esto implica que, el demandado pueda alegar hechos impeditivos y extintivos para fundamentar su defensa contra la pretendida legitimación, originaria o derivada, del actor. Cuestión distinta es el caso en el que el demandado, en la contestación a la demanda, acepte los hechos constitutivos de la titularidad material afirmada por el demandante, por lo que se convierten en hechos no controvertidos y no necesitados de prueba<sup>24</sup>. Pero esta aceptación de los hechos, aunque se realice en el *inicio* del proceso (audiencia previa), no transforma la legitimación en una cuestión procesal sino en una cuestión material no controvertida.

De lo expuesto podemos afirmar que la tesis concreta de la acción, concebida como el derecho frente al Estado a la tutela jurisdiccional solicitada, está condicionada, en el ámbito civil dispositivo, a la prueba de la vinculación personal del sujeto que insta la acción (demandante) y frente al que se insta (demandado) con el objeto del proceso, es decir, a la prueba de que efectivamente es *su* derecho y *su* obligación, respectivamente<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> «A nuestro parecer la jurisprudencia acierta cuando dice que la existencia del título en que se hace la petición, sea originario o derivado —o, por extensión, autorice a deducir la relación propia o ajena—, es cuestión de fondo» (GÓMEZ ORBANEJA, E. *Derecho Procesal Civil*, con HERCE QUEMADA, op.cit., p.148).

<sup>24</sup> En este caso la prueba deberá versar sobre los hechos constitutivos de la existencia efectiva del derecho material en los términos señalados por el actor.

<sup>25</sup> «La legitimación extraordinaria, igual que la ordinaria, es un presupuesto de fondo de la acción. El sustituto o el titular de la acción directa, para obtener una sentencia favorable, debe probar no sólo la existencia del derecho que hace valer en juicio (y su pertenencia al sustituido frente al tercero deudor), sino también el vínculo legal que le une con él y que sirve de fundamento para el reconocimiento legal de la legitimación» (CORDÓN MORENO, F. *De nuevo sobre la legitimación*, op.cit., p.83).

La vinculación personal de demandante y demandado con la situación jurídico-material constituye, en su caso, el fondo del proceso, su objeto (titularidad de la relación jurídica), y por tanto, no puede decidirse al margen de los principios de contradicción, igualdad y audiencia, que son esenciales a la función jurisdiccional declarativa.

En este sentido, nos parece que vulneraría el principio de contradicción, y la congruencia de la sentencia, la posibilidad de desestimar en el *inicio* del proceso el fondo del asunto ante la falta de *acreditación* de la legitimación por el demandante, cuando el legislador así lo exija, ya que esta sentencia desestimatoria en cuanto al *fondo* sólo fundamentaría el fallo en las alegaciones de la parte actora sin que hayan sido objeto de contradicción y *prueba*. Es difícil defender que en este caso el Juez esté otorgando una tutela jurisdiccional con unas mínimas garantías procesales.

Ciertamente, en la tesis concreta de la acción es decisiva la concepción de la legitimación como presupuesto material de la misma, en el sentido de entender que la estimación o desestimación del *fondo* del proceso está condicionada a la *prueba* de la titularidad de la relación jurídica y, por tanto, a su comprobación al *final* del proceso<sup>26</sup>. Por eso, es incompatible, en principio<sup>27</sup>, con la admisión de la desestimación del *fondo* del proceso fundada en la falta de *acreditación* de la legitimación en el *inicio* del proceso<sup>28</sup>, a la que aludíamos antes. Sin embargo, parece compatible con la citada tesis el pronunciamiento de sentencia absolutoria de la *instancia* en el *inicio* del proceso, ante la falta de *acreditación* de la legitimación<sup>29</sup>. Aunque, a nuestro juicio, no nos encontramos ante un presupuesto procesal condicionante del *derecho al proce-*

<sup>26</sup> En este sentido, conforme a la LEC 1981, la falta de personalidad del demandado (art.533, 4.º) o la falta de personalidad en el actor (art.533,2.º) no se refiere ni a la legitimación pasiva ni a la activa, porque ambas cuestiones se refieren al fondo del asunto. Y, en el mismo sentido, la audiencia previa del proceso ordinario, en la LEC 1/2000, tiene la misma finalidad que la comparecencia del juicio de menor cuantía de la LEC 1981, es decir, el intento de conciliación entre las partes y depurar el proceso de vicios procesales, por lo que la legitimación no será objeto de esta audiencia previa (V. arts.414 y ss LEC 1/2000).

<sup>27</sup> Posteriormente matizaremos esta afirmación.

<sup>28</sup> Entendemos, con CORDÓN MORENO, que «si (el Juez) considera que falta tal acreditación, dictará, según los casos, una resolución de inadmisibilidad de la demanda o absolutoria en la instancia, pero esta resolución —que se pronuncia sobre la falta de acreditación— no impedirá el planteamiento de una nueva demanda una vez subsanado el defecto» (CORDÓN MORENO, F. *De nuevo sobre la legitimación*, op.cit., p.67).

<sup>29</sup> V. sobre el tratamiento procesal de la legitimación, CORDÓN MORENO, F. *De nuevo sobre la legitimación*, op.cit., p.67 y ss.

so puesto que, entendemos que el *momento procesal* en el que el legislador exija una justificación de algún elemento jurídico, atinente al objeto procesal, no debe cambiar la naturaleza intrínseca de este elemento<sup>30</sup>. Por tanto, si la legitimación es un presupuesto material de la acción, aunque el legislador exija en el inicio del proceso la acreditación de la misma, no dejará, por esta causa, de ser un presupuesto material para transformarse en presupuesto procesal<sup>31</sup>.

Y abundando en el razonamiento, entendemos que cuando se pretende la *acreditación* de algún elemento en el inicio del proceso es precisamente porque su naturaleza es material y, por tanto, su *prueba* requiere el efectivo desarrollo del proceso. Sin embargo, cuando se trata de presupuestos procesales no basta con la acreditación sino que es preciso que conste su efectiva concurrencia desde el inicio y su control es posible como cuestión previa al desarrollo del proceso porque, en cuanto presupuestos procesales, están desvinculados del fondo del proceso<sup>32</sup>.

Es decir, la acreditación siempre resultará insuficiente en relación a la realidad jurídica material susceptible de ser probada como objeto del proceso; sin embargo, los presupuestos procesales deben constar en forma suficiente y no son parte del objeto del proceso<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> «Este tratamiento previo es posible, pero en el bien entendido de que si es negativo, el Juez no se pronuncia sobre la falta de legitimación, sino de su acreditación; y si es positivo, se reconoce la legitimación, pero sólo transitoriamente (hasta el momento del examen de esa cuestión de fondo), dando como posible la existencia del derecho» (CORDÓN MORENO, F. *De nuevo sobre la legitimación*, op.cit., p.76).

<sup>31</sup> MONTERO AROCA discrepa de esta posición y entiende que «la doctrina viene estimando con reiteración que la legitimación no puede tratarse *in limine litis*, al comienzo del proceso, pudiendo hacerse sólo en la sentencia, pero es consecuencia del error de considerarla tema de fondo» (MONTERO AROCA, J. *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, Valencia, 2000, [con GÓMEZ COLOMER, J.L.; MONTÓN REDONDO, A.; BARONA VILAR, S.], p.88).

<sup>32</sup> Este es el caso, entre otros, del tratamiento procesal de los defectos de capacidad o representación en la audiencia previa del juicio ordinario (art.418 LEC 1/2000) donde se establece que «cuando el defecto o falta no sean subsanables ni corregibles o no se subsanen o corrijan en el plazo concedido se dará por concluida la audiencia y se dictará auto poniendo fin al proceso (...)».

<sup>33</sup> «No es objeto del proceso el propio derecho al proceso, es decir, el derecho a obtener una sentencia sobre el fondo (...). Cuando se somete al Juez el derecho del actor a una sentencia de fondo, no decide el Juez sobre la materia que es objeto concreto del proceso (que queda siempre imprejuzgada), sino sobre la presencia o ausencia de aquellos requisitos procesales que condicionan la decisión sobre lo que ha sido —o se pretenda que sea— objeto del litigio» (FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A. *De derecho Procesal*, II, op.cit., p.22).

### 2.3. Legitimación y titularidad procesal

Hasta ahora, sólo nos hemos referido a la acción como el derecho a la tutela jurisdiccional concreta entendiéndola como una tutela de naturaleza material, en coherencia con el carácter instrumental del Derecho Procesal.

En este sentido, defendemos, por un lado, la fundamentación de la acción y de la legitimación en una situación jurídico sustantiva (derecho o interés) previa al proceso y, por otro, la satisfacción del derecho de acción como la concesión de la tutela jurisdiccional material (de incidencia en el ámbito jurídico privado de las partes) solicitada por el actor.

Sin embargo, una atenta observación de la legislación procesal nos obliga a matizar, en un doble sentido, ambas afirmaciones: la primera matización surge, porque, en ocasiones, las partes procesales fundamentan sus pretensiones en derechos subjetivos *procesales*<sup>34</sup> y no materiales, como es el caso de los recursos, impugnaciones, tercería de dominio, etc. Y, la segunda, porque, también en ocasiones, la tutela jurisdiccional otorgada no es de alcance sustantivo sino meramente procesal, por lo que no incide en el ámbito jurídico material de las partes: por ejemplo, el despacho a la ejecución o la concesión de tutelas cautelares asegurativas.

Ambas matizaciones nos invitan a plantearnos, la amplitud jurídica de los conceptos de acción en sentido concreto y, de legitimación como vinculación material de las partes, para examinar si los mismos deben abarcar también los supuestos enunciados, o por el contrario, deben mantenerse en los términos que estamos defendiendo.

Al respecto, sobre la primera cuestión, entendemos, que la actividad procesal desarrollada por el órgano jurisdiccional ante el ejercicio de derechos subjetivos *procesales*, —desvinculados, por tanto, de situaciones jurídico sustantivas—, no es subsumible bajo los conceptos expuestos por referirse a una realidad conceptual de diferente naturaleza (protección de situaciones jurídico procesales)

Esta conclusión aconseja, en aras de una mayor precisión terminológica, que, en estos casos, la utilización de los significantes «acción» y «legitimación» se acompañe del calificativo «formal» con

<sup>34</sup> V. DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración, conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2000, (con DIEZ- PICAZO GIMÉNEZ, I), pp.137 y ss.

el fin de evidenciar que nos hallamos ante un mismo significante pero con distinto significado.

En efecto, con lo términos «acción formal» y «legitimación formal» nos referiríamos a los supuestos en los que el actor ostenta un derecho a una tutela jurisdiccional sustentada en una situación jurídica procesal, no sustantiva<sup>35</sup>. Por el contrario, los términos acción y legitimación, sin calificativo, suponen una situación jurídico sustantiva de la que deriva su operatividad procesal.

Sobre la segunda cuestión nos centraremos, al final del trabajo, bajo el título «acción concreta y legitimación en la tutela jurisdiccional procesal».

#### 2.4. Legitimación y efecto de cosa juzgada

Hasta el momento hemos resaltado dos características que consideramos esenciales al concepto de legitimación: vinculación de las partes a una situación jurídico material y que la misma se constituya en objeto del proceso. Sin embargo, a nuestro juicio, la configuración completa de esta cuestión requiere la consideración, como tercer elemento esencial de la misma, de la eficacia de cosa juzgada.

En efecto, no es suficiente con el examen en el proceso, como cuestión de *fondo*, de la titularidad por las partes del derecho (o interés) material discutido, sino que también es decisivo, para entender que estamos ante una cuestión de legitimación, el análisis de la extensión y los límites del ámbito de la actividad jurisdiccional desarrollada por el órgano jurisdiccional en el cauce procesal correspondiente.

Al respecto, la actividad jurisdiccional debe consistir en un enjuiciamiento pleno de la cuestión material en los términos delimitados por las partes, sin que, por tanto, el legislador admita restricciones sobre las alegaciones o la actividad probatoria que las partes pudieran proponer en relación a sus pretensiones.

---

<sup>35</sup> Frente a la acción y legitimación en sentido *procesal material*. De alguna manera, CORDÓN MORENO apunta esta idea al afirmar que «junto a las normas procesales que se limitan a regular la actividad que se desarrolla entre el Juez y las partes, existen otras que afectan al fondo mismo de la actividad enjuiciadora. Las primeras son normas procesales que podemos denominar formales y las segundas materiales, por cuanto despliegan su eficacia sobre el qué (no sobre el cómo) del juicio contenido en la sentencia pronunciada por el órganos jurisdiccional» (CORDÓN MORENO, F. *Introducción*, op.cit., p.192).

Esta exigencia es consecuencia directa del planteamiento que venimos defendiendo, conforme al cual si la legitimación es la titularidad de las partes procesales de la relación jurídica u objeto litigioso y, como tal, se constituye en el objeto (de fondo) del proceso, resulta imprescindible que el Juez se pronuncie sobre su efectiva concurrencia una vez que las partes (legítimas) hayan aportado al proceso cuantas alegaciones y medios probatorios consideren convenientes a la protección de *sus* derechos (o intereses), sin que sea posible, por tanto, limitación alguna sobre el objeto del proceso ni sobre los medios de ataque y defensa de las partes.

Por lo expuesto, a nuestro juicio, la institución procesal de la legitimación tiene unos contornos jurídicos muy precisos que permiten distinguir cuándo nos hallamos ante esta institución o ante otra similar, pero no idéntica. Estos contornos, en lo que se refiere a la legitimación pueden delimitarse, según nuestra postura, en los siguientes elementos: 1) la posición procesal que ocupan las partes está vinculada necesariamente a una situación subjetiva, propia o derivada, de Derecho sustantivo; 2) el contenido favorable de la sentencia requiere el examen, en la fase de conclusiones, de esta vinculación, por constituir el fondo del asunto; y, 3) la legitimación queda definitivamente fijada con efecto de cosa juzgada.

Defendemos que la correcta comprensión de las instituciones procesales exige, en gran medida, la delimitación precisa del alcance jurídico de los términos utilizados; en caso contrario, si con la intención de entendernos desdibujamos los límites conceptuales y aplicamos un mismo significante a varios significados, el resultado inevitable será un entendimiento superficial en detrimento de la depuración conceptual.

En consecuencia, si el legislador sólo exige la *acreditación* de la legitimación como requisito del ejercicio de una acción sin que la *prueba* de su efectiva concurrencia constituya el objeto del proceso, entendemos que la concesión de la tutela, en este supuesto, no está vinculada a la prueba de los hechos constitutivos de la titularidad de la relación jurídico material reclamada —puesto que la actividad procesal no versa sobre ésta—, por lo que no estamos, en principio, ante una cuestión de legitimación, ya que cualquier pronunciamiento del Juez sobre su acreditación sólo tendrá eficacia a los efectos de ese proceso, sin que pueda desplegar la misma hacia otros procesos (efica-

cia de cosa juzgada) como si de un enjuiciamiento pleno se tratara<sup>36</sup>.

En efecto, este pronunciamiento del órgano jurisdiccional sobre la legitimación exige un enjuiciamiento pleno de la cuestión, que pasará en autoridad de cosa juzgada (arts. 207 y 222 LEC 1/2000)<sup>37</sup>, y el mismo se cumple, con carácter general, en la primera instancia del juicio ordinario<sup>38</sup> y, salvo las excepciones legales en atención al carácter sumario de algunos procesos<sup>39</sup>, en el juicio verbal (art.447.4 LEC 1/2000).

Por tanto, si la resolución judicial no contiene pronunciamiento sobre la titularidad del derecho material susceptible de producir eficacia de cosa juzgada, esta resolución no se ha pronunciado sobre la legitimación, puesto que la misma no ha sido *probada* en un proceso con todas las garantías, ni siquiera aunque el legislador hubiera exigido, en el inicio del proceso, su *acreditación* ya que, como hemos defendido, en este caso (si basta la acreditación), no nos encontramos ante la discusión plena (con la contradicción de la actividad probatoria) de cuestión alguna de derecho material<sup>40</sup>, por lo que, a nuestro juicio, no estaríamos, según lo expuesto, ante un problema de legitimación<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> El artículo 222.3 LEC 1/2000 regula los límites subjetivos de la eficacia de cosa juzgada material.

<sup>38</sup> Sin que en nada obstaculice a esta afirmación la regulación legal de la extensión de la cosa juzgada a los hechos jurídicamente relevantes deducibles pero no deducidos en el proceso, ya que esta disposición no supone límite alguno a las alegaciones o medios probatorios —no afecta, por tanto, al objeto del proceso—, sino que nos encontramos ante una regla que delimita los efectos de la sentencia, como se desprende de su ubicación sistemática en la nueva ley (Cfr.TAPIA FERNÁNDEZ, I. *El objeto del proceso: su fijación en los actos de alegaciones*, en «Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», Murcia, 1997, p.140).

<sup>39</sup> V. Exposición de Motivos, XII, *in fine*.

<sup>40</sup> Es el caso del artículo 728 LEC 1/2000 en relación a las medidas cautelares donde expresamente se alude al juicio provisional e indiciario favorable al fundamento del actor que hace el Juez, «sin prejuzgar el fondo del asunto». Sobre la regulación de la oposición al embargo preventivo en la LEC 1881, V. ORTELLS RAMOS, M. *El embargo preventivo*, Granada, 1998, p.190; y, a juicio de CORDÓN MORENO, «en cuanto al ámbito a que se extiende la oposición (al embargo preventivo) (...) de la dicción del artículo 1416.I, parece deducirse que debe excluirse de su ámbito cualquier discusión sobre la validez y eficacia del título; esta doctrina —restrictiva— es la tradicional, aunque hay jurisprudencia, más acorde con las exigencias de la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, que opina lo contrario» (CORDÓN MORENO, F. *Formularios Aranzadi Procesales Civiles. Con un estudio sistemático y jurisprudencial de las Instituciones del Proceso Civil*, Pamplona, 1998, p.53).

<sup>41</sup> El término «personalidad», tal y como lo concibe FERNÁNDEZ LÓPEZ tampoco sería aplicable ya que con él se designa una cualidad abstracta, por tanto, para cualquier proceso y no para uno concreto (FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A. *Derecho Procesal*, op.cit., IV, p.220). Y, a juicio de MONTERO AROCA, la ley se refiere a dos cosas con el término personalidad: a) Cualidades necesarias para comparecer en juicio (capacidad para ser parte y capacidad procesal) (...) y b) Carácter con que el litigante se presente en juicio (representación legal y sucesión en el derecho

Esta realidad nos sitúa ante una cuestión de importancia capital en relación a la legitimación, que consiste en determinar si la misma accede, de alguna manera, a estos procesos declarativos sumarios<sup>42</sup>, ya que, en caso negativo, difícilmente podremos aplicarles la tesis de la acción concreta porque las partes, al no constar en el proceso su vinculación jurídica-sustantiva previa al proceso (legitimación), no tendrán derecho a *obtener* una tutela jurisdiccional concreta sino que sólo estarán facultadas para *iniciar* el proceso declarativo, en su caso.

### 3. REVISIÓN CRÍTICA DE LA TESIS EXPUESTA

Hasta el momento hemos ofrecido las características de la institución procesal denominada «legitimación» en el ámbito declarativo dispositivo y, al ofrecerlas, hemos otorgado régimen de generalidad a lo que, en realidad, sólo consiste en uno de los modos, no el único, de acceso de la legitimación al proceso civil declarativo.

Ciertamente, hemos expuesto el contenido del concepto citado tomando como punto de referencia un tipo concreto de tutela jurisdiccional material, a saber, la tutela declarativa plenaria, y, en consecuencia, hemos cometido el error de tomar, en frase gráfica, la parte por el todo.

El resultado de este enfoque equivocado ha sido la obtención de una definición parcial de legitimación, que no sirve para explicar satisfactoriamente este fenómeno procesal, más que en un caso determinado, aquél en el que la legitimación constituye el *fondo* del proceso, se discute en un proceso declarativo (dispositivo) plenario y, en consecuencia, la sentencia se pronuncia sobre el mismo con eficacia de cosa juzgada.

---

que se reclama, cuando éste haya sido transmitido por herencia o por cualquier otro título) (...) (MONTERO AROCA, J. *La legitimación en el proceso civil*, op.cit., pp.16 y 17).

<sup>42</sup> En relación al proceso de ejecución, apuntamos que, a nuestro juicio, se exige una vinculación entre los sujetos del proceso que se fundamenta en el derecho sustantivo, sin embargo, esta vinculación no es objeto de la actividad ejecutiva y, en consecuencia, no se produce, en relación a la misma efecto de *cosa juzgada*, por lo que, en este proceso, en principio, no accedería la legitimación en el sentido referido. Sin embargo, el legislador procesal, en la Ley 1/2000, ha establecido la oposición a la ejecución como cauce facultativo para discutir, de forma limitada, cuestiones de derecho material atinentes a la legitimación sin eficacia de cosa juzgada (V. arts.556 y ss). A pesar del interés del tema, sólo lo apuntamos ya que excede del objeto de nuestro trabajo.

A nuestro juicio, esta delimitación conceptual contradice los postulados de la tesis concreta de la acción en cuanto que, al excluir la legitimación de los procesos declarativos sumarios —ante la ausencia de efecto de cosa juzgada—, prescinde de la situación jurídico-sustantiva (concreta) fundamentadora del derecho de acción a la tutela jurisdiccional solicitada.

En efecto, la definición expuesta es tan insatisfactoria, por incompleta, que, aplicada en toda su crudeza, nos obliga a entender que cuando el actor, haciendo uso de su derecho de acción, solicita una declaración judicial sumaria<sup>43</sup>, la legitimación no accede al proceso<sup>44</sup>. Sería el caso, en sede declarativa, de la sentencia que finaliza el juicio verbal sin eficacia de cosa juzgada (art.447 LEC 1/2000)<sup>45</sup>.

Sin embargo, a nuestro juicio, esta conclusión es científicamente inviable porque, expulsada (por irreconocida) la legitimación de un proceso civil dispositivo, la acción ejercitada se convierte inmediatamente en abstracta.

Por tanto, debemos replantearnos el concepto de legitimación para situarlo en sus estrictos términos y que sea válidamente aplicable a la acción declarativa dispositiva, tanto si la tutela jurisdiccional solicitada y obtenida es plenaria como si lo es sumaria y, en consecuencia, no produce efecto de cosa juzgada.

### 3.1. Acceso de la legitimación al proceso declarativo

En este sentido, rectificamos el carácter general de la afirmación por la que hemos defendido que el concepto de acción en sentido concreto se fundamenta en la concurrencia *probada* de la ti-

---

<sup>43</sup> Sobre la tutela judicial sumaria afirma DE LA OLIVA que (la misma) «significa decir (y realizar) el Derecho en casos concretos de manera singularmente expeditiva, con limitación de posibilidades de alegación y prueba, pero dejando abierta la puerta de un proceso ulterior, con plena contradicción, sobre el mismo objeto. La sentencia que otorga una tutela sumaria es una sentencia sin fuerza de cosa juzgada (...) pero de eficacia inmediata y, sobre todo, eventualmente *indefinida*» (DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal, Introducción*, op.cit., p.45).

<sup>44</sup> Además, excluye el acceso de la legitimación a los procesos no declarativos en los que el objeto procesal no consiste, en principio, en la discusión de cuestiones materiales.

<sup>45</sup> «La referencia a la no producción de eficacia de cosa juzgada de la sentencia en determinados casos se debe a que la Ley ha reconducido a este juicio, recogiendo sus especialidades más relevantes, los juicios especiales sumarios LEC 1881, cuya sentencia, por definición, no producía eficacia de cosa juzgada, al estar limitado en ellos el objeto del proceso y los medios de ataque y de defensa de las partes» (CORDÓN MORENO, F. *Notas a la LEC 1/2000, de 7 de enero*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 2000, p.224).

tularidad sustantiva de la relación jurídica u objeto litigioso (legitimación), previa al proceso.

La rectificación es obligada puesto que, de no hacerlo, como hemos adelantado, deberemos admitir que, si las partes no pueden alegar y probar en el proceso su condición de legítima, la titularidad del derecho material no accederá al mismo, por lo que la tutela jurisdiccional otorgada será forzosamente abstracta, puesto que en las actuaciones procesales no constará el derecho previo del actor a la tutela concreta pedida y, en consecuencia, el contenido de la resolución judicial será independiente de la posición sustantiva ocupada por el demandante y demandado<sup>46</sup>.

Por lo expuesto, entendemos que la coherencia con la concepción concreta de la acción, a la que nos adscribimos, nos obliga a revisar críticamente el concepto de legitimación desarrollado, para introducir un elemento corrector que nos permita advertir la presencia de la legitimación en todo proceso en el que se ejercita una acción propiamente dicha, es decir, una acción concreta (declarativa, ejecutiva o cautelar).

Al respecto, conviene recordar que la vinculación material de las partes, previa al proceso, en la que se fundamenta la acción, es requisito indispensable para hablar de acción como derecho a la tutela jurisdiccional concreta, por tanto, esta vinculación material accede al proceso declarativo dispositivo en todos los casos, si bien, unas veces es objeto de actividad probatoria plena y otras limitada.

En ambos casos se trata de una manifestación del acceso al proceso de una cuestión de legitimación, —como vinculación material fundamentadora de la acción concreta—, sin embargo, dependiendo del alcance de la tutela jurisdiccional otorgada, el legislador exige una mayor o menor actividad justificadora de la misma, es decir, si la sentencia produce efecto de cosa juzgada la constancia de la legitimación tendrá que ser *plena* a través de contradicción y prueba. Por el contrario, cuando la tutela jurisdiccional (declarati-

<sup>46</sup> En efecto, como afirma DE LA OLIVA, «... la acción civil surge como resultado de proyectarse el derecho a la sentencia de fondo potencialmente existente sobre la situación jurídica material del justiciable (...). Queda así claro que ese derecho público a una concreta tutela jurisdiccional surge con profundas raíces en el Derecho objetivo material o sustantivo, y en su caso, en derechos subjetivos privados; la tutela del Derecho material privado o de esos derechos subjetivos privados mediante el proceso da origen a un derecho subjetivo *nuevo* (la acción) pero no siempre absolutamente autónomo ni totalmente separado» (DE LA OLIVA SANTOS, A. *Introducción*, op.cit., p.97).

va) otorgada es sumaria, el legislador restringe las posibilidades de alegación y la actividad probatoria, por lo que la sentencia no tendrá esta eficacia.

En conclusión, la legitimación está siempre presente en el proceso *declarativo dispositivo* y siempre constituye el *fondo* sobre el que versa la actividad probatoria de la tutela jurisdiccional solicitada, si bien con distinto alcance en función de la eficacia de la sentencia.

### 3.2. Naturaleza material de la legitimación

Por lo expuesto, podemos concluir que, en el proceso declarativo dispositivo, tanto plenario como sumario, la legitimación es el objeto del proceso, y su naturaleza es necesariamente material puesto que la misma consiste en la prueba de la situación jurídica sustantiva fundamentadora del derecho de acción declarativa (fondo).

Sin embargo, en los demás tipos de acciones civiles (ejecutiva y cautelar) la legitimación no constituye necesariamente el *fondo* del proceso puesto que la tutela jurisdiccional otorgada por el legislador no consiste en el *reconocimiento*, a través de la resolución judicial, del derecho derivado de situaciones jurídicas sustantivas previas al proceso.

En estos casos, la legitimación no accede necesariamente al proceso a través del cauce probatorio —esencial al proceso declarativo para la inserción del contradictorio—, sino que bastará con la *acreditación* de la vinculación material de las partes, que excluye, en el *inicio*, la contradicción del examen jurisdiccional de la situación jurídico-sustantiva fundamentadora del derecho de acción<sup>47</sup>.

A nuestro juicio, en estos supuestos la legitimación sigue manteniendo su naturaleza material porque entendemos que el diferente grado de actividad justificativa que se exija en relación a este presupuesto material tampoco transforma su naturaleza intrínseca.

En efecto, el hecho de que en algunos casos la legitimación no sea el *fondo* del proceso, porque la tutela jurisdiccional pedida no

---

<sup>47</sup> Al menos, la legitimación no se constituye en el fondo del proceso ejecutivo cuando el ejecutado no se opone al despacho de la ejecución; lo mismo sucede si no hay oposición a la medida cautelar adoptada sin citar ni oír al demandado presente o próximo.

consiste en un pronunciamiento sobre la titularidad material del derecho de las partes, no significa que se convierta, por exclusión, en una cuestión *formal*.

De este modo, a nuestro juicio, la legitimación no siempre es el fondo del proceso, sin embargo, siempre es una cuestión material o sustantiva.

Ciertamente, como hemos señalado, la solución de los conflictos a través de los órganos jurisdiccionales no requiere, en todos los casos, el enjuiciamiento pleno de la titularidad sustantiva con eficacia de cosa juzgada.

Por el contrario, las partes tienen a su disposición distintos cauces procesales para satisfacer el derecho de acción a través de la concesión de tutelas jurisdiccionales de diverso alcance<sup>48</sup>, desde la referida sentencia declarativa con eficacia de cosa juzgada —en la que deberá constar plenamente la legitimación—, hasta la sentencia declarativa sin dicha eficacia, la tutela cautelar y la tutela ejecutiva, en las que bastará, en principio, con acreditar la legitimación.

En estos casos, a nuestro juicio, sigue siendo defendible la concepción concreta de la acción puesto que la tutela jurisdiccional determinada está condicionada a la legitimación, como presupuesto material de la acción, aunque sobre la concurrencia de este presupuesto el legislador no exija una prueba completa en el litigio. En efecto, el actor deberá, al menos, *acreditar* la vinculación material con el demandado para obtener la tutela jurisdiccional solicitada.

En consecuencia, insistiendo en el afán de precisar el concepto de legitimación, defendemos que no estamos ante la figura procesal denominada «legitimación» si la vinculación material del actor y demandado no está presente en la delimitación de los sujetos que pueden solicitar la tutela jurisdiccional por derecho propio o derivado (es el caso, entre otros, de la acción popular o a instancia del Ministerio Fiscal), o si estando, no fundamenta un derecho a una tutela jurisdiccional concreta porque esta vinculación se entiende únicamente como un criterio (basado en el derecho material) utili-

<sup>48</sup> TAPIA FERNÁNDEZ afirma que «en función del *petitum* las acciones se clasifican en declarativas, ejecutivas y cautelares (...). Puesto que un mismo derecho o relación jurídica puede dar lugar a diversas peticiones, la concreción de esa petición identificará el concepto objeto de ese preciso proceso» (TAPIA FERNÁNDEZ, Í. *El objeto del proceso*, op.y loc.cit., p.134).

zado por el legislador para atribuir eficacia subjetiva para iniciar un proceso (supuesto de acción de incapacitación instada por un familiar<sup>49</sup>) pero no como un derecho de acción.

Y además defendemos que la legitimación es siempre presupuesto material de la acción en el ámbito dispositivo (tanto declarativa, como ejecutiva o cautelar<sup>50</sup>) porque, según hemos afirmado repetidamente, inserta en el proceso la vinculación de las partes con la situación jurídico privada concreta<sup>51</sup>, previa al proceso, que a su vez fundamenta el aspecto concreto de la acción.

### **3.3. Graduación en la comprobación judicial de la legitimación**

Sin embargo, como hemos ido advirtiendo, este presupuesto material no debe constar en todas las acciones con la misma intensidad justificativa, sino que podemos distinguir, al menos, tres supuestos diferentes: 1. La legitimación es el objeto principal del proceso (fondo): no se requiere acreditación en el inicio sino que se exige su prueba en el desarrollo del proceso y su concurrencia al final del mismo. 2. Exigencia de acreditación inicial de la legitimación sin prueba plena de la misma, porque el objeto del proceso está configurado por otra pretensión (material). 3. Acreditación inicial de la legitimación y prueba de la misma (fondo) en la correspondiente fase procesal.

A nuestro juicio, el primer supuesto exige la articulación de un proceso de naturaleza declarativa en el que el órgano jurisdiccional examine las alegaciones de las partes, valore la actividad probatoria y otorgue la tutela jurídica pretendida si los hechos constitutivos de la titularidad del derecho material solicitado han quedado probados.

El segundo supuesto es el adecuado para la protección de derechos e intereses materiales de las partes que no consistan en la delimitación con eficacia de cosa juzgada de la titularidad sustantiva

---

<sup>49</sup> Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A. *Derecho Procesal Civil*, op.cit., IV, p.220.

<sup>50</sup> En relación a este tipo de tutela, esta afirmación requiere ciertas matizaciones que expondremos.

<sup>51</sup> La legitimación se ha considerado como el trasunto procesal de la titularidad (V. sobre esta doctrina, por todos, DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal Civil*, op.cit., I, p.498).

del derecho material reclamado, sino que pretendan otro tipo de tutela jurisdiccional material<sup>62</sup>: por ejemplo, en términos generales, los supuestos del artículo 266 de la LEC 1/2000 donde se unifica la exigencia de presentación de documentos acompañando a la demanda en casos especiales; la tercería de mejor derecho<sup>63</sup> (arts.615 y ss. LEC 1/2000); la solicitud de división judicial de la herencia (art.782.2 LEC 1/2000), la acción ejecutiva<sup>64</sup> (arts.571 y 699 LEC 1/2000), etc.

La diversidad de tutelas jurisdiccionales materiales protegidas por el legislador sustantivo justifica la variada articulación de los procesos: juicio verbal, procesos especiales de declaración o proceso de ejecución<sup>65</sup>.

Y el tercer supuesto, conviene a los casos en los que se reclamen derechos o intereses sustantivos *por sucesión o por sustitución*, en los que el legislador procesal suele exigir desde el inicio la acreditación de la vinculación entre causante y sucesor, o sustituto y sustituido (legitimación extraordinaria), respectivamente, sin perjuicio de la exigencia posterior de la prueba de los hechos constitutivos de la titularidad derivada (y del derecho)<sup>66</sup>. Por tanto, la acredita-

<sup>62</sup> A nuestro juicio, el tipo de tutela solicitada debe ser necesariamente de naturaleza material, excluyendo, por tanto, como veremos, los supuestos de tutela jurisdiccional meramente procesal.

<sup>63</sup> No se incluye la tercería de dominio por su diferente naturaleza, afirmada en el Preámbulo de la Ley: «mientras la primera se concibe incidente, en sentido estricto, de la ejecución, encaminado directa y exclusivamente a la desafección o el mantenimiento del embargo (arts. 601 y 603), (...) en la de mejor derecho es necesaria una sentencia del tribunal con fuerza definitoria del crédito y de su preferencia, aunque esta sentencia no prejuzgue otras acciones» (XVII).

<sup>64</sup> Como ya hemos defendido, la acción ejecutiva pretende una tutela jurisdiccional material (satisfacción del cumplimiento de la obligación material, pecuniaria o no) y no la mera adopción de medidas de naturaleza procesal (embargo de bienes).

<sup>65</sup> En este sentido, PELÁEZ SANZ valora positivamente la nueva ordenación de los procesos declarativos en la LEC 1/2000 afirmando que «se ha intentado dar un vuelco a la situación actual, aunque se ha quedado a mitad de camino, porque todavía siguen existiendo demasiados procesos y especialidades procedimentales. No obstante, mi opinión, para que sea justa, debo formularla teniendo en cuenta la realidad existente, y desde este punto de vista es utópico pensar que se pueden suprimir todos los procesos y reducirlos a un cauce ordinario y otro acelerado, porque el Derecho privado material es demasiado complejo y con enormes peculiaridades que impiden una simplificación procedimental a ultranza. Pienso que se ha realizado un enorme esfuerzo para suprimir lo que se consideraba innecesario y poner término a una dispersión normativa excesiva, por lo que la valoración de conjunto no puede dejar de ser positiva» (PELÁEZ SANZ, F.J. *La ordenación de los procesos declarativos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, «Staff empresarial» n.º 68, año XI, ESADE, p.46).

<sup>66</sup> No se regula de este modo en la LEC 1/2000 los supuestos de legitimación por sustitución. Sin embargo, en la reclamación de tutelas jurisdiccionales en virtud de la sucesión sí se exige acreditar, incluso fehacientemente, la legitimación (V. art.266.4.º LEC 1/2000).

ción inicial de la legitimación se cumplimenta con la posterior prueba de la misma, a través del proceso declarativo correspondiente<sup>57</sup>, puesto que la titularidad derivada constituye parte del objeto del proceso<sup>58</sup>.

Como hemos podido observar, la concurrencia de la legitimación como presupuesto material de la acción es susceptible de tratamiento procesal diferenciado en cuanto a su efectiva concurrencia en el proceso a los efectos de conceder el tipo de tutela jurisdiccional solicitada<sup>59</sup>.

A nuestro juicio, en los tres supuestos aludidos nos encontramos, en términos generales, con un presupuesto material de la acción<sup>60</sup>. Sin embargo, en la línea de encontrar una mayor precisión conceptual, entendemos que en el primero y en el tercero la legitimación no sólo actúa como presupuesto material sino que, propiamente, es un elemento constitutivo de la acción. Veamos brevemente las características de cada una de estas instituciones.

#### **3.4. Legitimación como elemento constitutivo de la acción declarativa**

La legitimación será elemento constitutivo de la acción cuando su efectiva concurrencia condicione sustancialmente la estimación de la tutela jurisdiccional solicitada, es decir, la sentencia favorable sobre el fondo.

En cuanto elemento constitutivo de la acción, su regulación no está regida por el principio de oportunidad sino por el de necesidad lo que implica que el legislador procesal debe articular el proceso de tal forma que se garantice la alegación y prueba de su efectiva concurrencia, de modo que la resolución judicial sobre el fondo, estimatoria o desestimatoria, sólo pueda ser dictada después de haber procedido el Tribunal al examen completo del elemento constitutivo en cuestión, en los términos permitidos por el legislador (proceso plenario o sumario).

---

<sup>57</sup> Nos inclinamos a pensar que debería tratarse de un proceso declarativo plenario, a menos que se defienda que también el sustituto puede solicitar tutelas jurisdiccionales sumarias, pero la prueba de la legitimación extraordinaria parece que excede del cauce procesal propio de los juicios sumarios.

<sup>58</sup> V. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A. *Derecho Procesal Civil*, op.cit., III, pp.29 y 35.

<sup>59</sup> Sobre el tratamiento procesal de la legitimación, V. CORDÓN MORENO, F. *De nuevo sobre la legitimación*, op.cit., pp.71 y ss.

<sup>60</sup> Decimos, «en términos generales», porque en los supuestos en los que el legislador no concede acción —en el sentido concreto aludido— lógicamente no tiene sentido hablar de presupuestos de la misma.

Al respecto, defendemos que la legitimación es elemento constitutivo de la acción declarativa dispositiva porque la concesión de la tutela jurisdiccional declarativa exige la discusión en fase contradictoria de su concurrencia, de forma que el demandante pueda alegar y probar los hechos constitutivos de su pretensión y el demandado cuantos hechos extintivos, impeditivos y/o excluyentes fundamenten su absolución.

### **3.5. Legitimación como presupuesto material de la acción declarativa**

Por el contrario, a nuestro juicio, los presupuestos de una acción, tanto materiales como procesales, sólomente condicionan el curso de la demanda<sup>61</sup> pero no la estimación o desestimación de la tutela jurisdiccional solicitada.

Son, por tanto, presupuestos de la acción en sentido literal, en cuanto que la estimación de la acción requiere que previamente se haya cursado la demanda en el proceso concreto<sup>62</sup>.

El principio que rige el establecimiento de estos presupuestos es el de oportunidad legislativa, lo que implica que los motivos que están presentes en su determinación no dependen de cuestiones esenciales a la tutela jurídica pretendida, sino que responden a razones de eficacia o de economía procesal, por lo que la misma puede variar en función de la perfección técnica que se vaya alcanzando.

En consecuencia, el establecimiento de presupuestos materiales condicionantes del curso de la demanda es un aspecto contingente que admite manifestaciones múltiples.

Cualquiera que sea la opción del legislador, tanto si no exige la concurrencia de presupuestos materiales como si precisa de la misma para acceder al curso de la demanda, hay que tener en cuenta que la regulación establecida debe respetar el derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que no debe entorpecer el acceso de los ciu-

---

<sup>61</sup> Entendemos que la expresión «curso de la demanda» difiere en su alcance procesal de la «inadmisión de la demanda». La primera se refiere a la tutela del «derecho a la resolución sobre el fondo» y la segunda al «derecho de acceso a los tribunales».

<sup>62</sup> «La demanda es el vehículo formal de la pretensión y, por tanto, de la afirmación de la acción y del derecho al proceso» (FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A. *Derecho Procesal Civil*, op.cit., II, p.42).

dadanos a la obtención de sentencias sobre el fondo<sup>63</sup> y, además, no debe invadir el ámbito de los elementos constitutivos de la acción que, como hemos señalado, exigen un tratamiento específico.

El derecho a la tutela judicial efectiva se infringiría, a nuestro juicio, si el legislador permitiera la inadmisión a trámite de la demanda ante la falta de acreditación de presupuestos de la acción y, en concreto, de la acreditación de la legitimación<sup>64</sup> y ello porque la oportunidad procesal de acreditar la legitimación exige la admisión a trámite de la demanda con la finalidad, al menos, de llevar a cabo las actuaciones procesales propuestas por el actor para dicha acreditación.

Por otro lado, se produciría la invasión referida si el legislador admitiera la posibilidad de que el Tribunal desestime la pretensión (el fondo) en el inicio del proceso por falta de legitimación en los supuestos en los que ésta se configura como un elemento constitutivo de la acción. Por el contrario, dicha invasión no se produciría, a nuestro juicio, si el régimen establecido fuera, en estos supuestos, la inadmisión del *curso* de la demanda (no del trámite), dejando imprejuizado el objeto del proceso<sup>65</sup>.

Vista con carácter general la operatividad de los presupuestos de la acción, resta, por último, referirnos a las posibilidades de técnica procesal en relación al modo de exigir la concurrencia de la legitimación como presupuesto material de la acción y sus efectos correlativos.

Al respecto, la acreditación de la legitimación puede ser regulada a través de un instrumento procesal unilateral o bilateral, es decir, sin audiencia o con audiencia de la parte contraria, respectivamente<sup>66</sup>.

Y en cuanto a los efectos, debemos concluir que si el legislador condiciona el curso de la demanda a la concurrencia de presumpes-

---

<sup>63</sup> Sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y la admisibilidad de la demanda, V. CORDÓN MORENO, F. *Formularios Aranzadi*, op.cit., p.103.

<sup>64</sup> Sobre la inadmisión de la demanda, V. artículo 403 LEC 1/2000.

<sup>65</sup> Sobre esta cuestión DE LA OLIVA afirma que «el Derecho prefiere correr el riesgo de permitir el desenvolvimiento de algunos procesos civiles enteros a consecuencia de demandas absurdas a correr otro mayor y más grave: el riesgo 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 a rechazar *ab initio* las demandas por manifiesta falta de legitimación» (DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal Civil*, op.cit., I, p.506).

<sup>66</sup> Lo que no implica contradicción puesto que no se discute cuestión material alguna sino sólo la *acreditación* de la misma.

tos materiales en el inicio del proceso, ésto significa que su voluntad es la de evitar la sustanciación completa del proceso cuando no conste esta concurrencia. Por tanto, la apreciación de la falta del presupuesto material llevará consigo la absolución de la instancia dejando imprevista la acción<sup>67</sup>.

Ciertamente también sería defendible, en pura técnica procesal, la desestimación en cuanto al fondo de la pretensión (declarativa), si no concurre el presupuesto material, por entender que quien no puede acreditar la legitimación tampoco estará en condiciones de probarla. Pero, a nuestro juicio, esta regulación procesal infringiría el derecho constitucional a la defensa (art.24 CE) y además no se ajustaría bien a la función procesal de los presupuestos de la acción.

### **3.6. Acción concreta y legitimación en la tutela jurisdiccional procesal**

Por último, debemos referirnos, según hemos adelantado, a la amplitud conceptual de los términos acción y legitimación en relación a los supuestos en los que la tutela jurisdiccional otorgada por el legislador sea de naturaleza procesal y no material.

Desde el plano teórico, a nuestro juicio, nada obsta a los conceptos señalados, según los hemos configurado, su posible ampliación hasta abarcar también la concesión de tutelas jurisdiccionales de naturaleza procesal.

Y, además, desde el plano práctico, la mayor y más eficaz protección de los derechos e intereses materiales de los ciudadanos puede aconsejar la instrumentación de cauces procesales a través de los que se conceda, previa acreditación de la legitimación, tutelas jurisdiccionales de naturaleza procesal en los supuestos en los que, a juicio del legislador, sea suficiente esta tutela.

Entendemos, al respecto, que el concepto de acción en sentido concreto puede hacerse extensivo a situaciones jurídicas, previas al proceso, de naturaleza material a las que el legislador otorga una

---

<sup>67</sup> Afirma CORDÓN MORENO que «el hecho de que se prevea para ellos (los supuestos de falta de acreditación de la legitimación) (...) o no (...) por la Ley un control previo y que éste sea, en el caso de admitirse, la inadmisión de la demanda nada obsta a que la legitimación sea un presupuesto de fondo y a que la resolución que se pronuncia sobre ella tenga la misma naturaleza» (CORDÓN MORENO, F. *De nuevo sobre la legitimación*, op.cit., p.75).

tutela meramente procesal, sin afectar, por tanto, la esfera jurídico privada de las partes.

En efecto, en ambos casos —acción como derecho a tutela jurisdiccional material y acción como derecho a tutela jurisdiccional procesal— nos encontramos ante derechos públicos, anteriores al proceso, a la obtención de tutelas jurisdiccionales concretas y favorables al actor, anteriores al proceso, aunque su ámbito de actuación jurídica sea material y procesal, respectivamente.

En estos casos, a nuestro juicio, la legitimación también constituiría un presupuesto material de la acción puesto que la tutela de efecto procesal se concedería para la protección de una situación sustantiva concreta, si bien, el efecto de la misma no sería sustantivo sino procesal. Es decir, la finalidad sería sustantiva, por cuanto satisface una pretensión de tutela material, aunque los medios utilizados sean de eficacia procesal.

No obstante, si la protección procesal fuera insuficiente a juicio del actor, éste siempre tendría a su disposición otros cauces procesales con los que obtener una tutela jurisdiccional de alcance sustantivo.

Sin embargo, para que esta amplitud de los conceptos sea aplicable a un ordenamiento nacional es preciso que el legislador del país admita, con sustantividad propia, la obtención de tutelas jurisdiccionales procesales procediendo a una desvinculación entre tutela jurisdiccional de alcance procesal y tutela jurisdiccional material.

Admitida la tutela jurisdiccional procesal —como un segundo género de tutela escindible de la tutela jurisdiccional material, por ser de alcance procesal y no material—, sería preciso establecer el cauce procesal adecuado para su concesión, en los casos permitidos por el legislador.

Este cauce procesal no estará regido por el principio de contradicción puesto que no se solicita un pronunciamiento de alcance material ni el órgano jurisdiccional lo emite, por lo que no será preciso integrar el contradictorio<sup>68</sup>, sin embargo, será muy conveniente instrumentalizarlo respetando el principio de audiencia.

---

<sup>68</sup> Entendemos que cualquier tutela de alcance material requiere el respeto al principio de contradicción en el que ambas partes puedan alegar y probar, aunque sea de forma sumaria, lo atinente a sus derechos. MONTERO AROCA afirma que «los principios que atendiendo a las partes determinan la misma existencia del proceso, y que son dualidad, contradicción e igualdad, se dan también en la ejecución. De entrada estamos ante una actividad con dos partes que, en contra de lo que tradicionalmente viene sosteniéndose, están en contradicción e igualdad» (MONTERO AROCA, J. *El nuevo proceso civil*, op.cit., p.580).

La actividad procesal tendrá por objeto la acreditación, —no prueba, en sentido propio, puesto que no hay contradicción material—, de los presupuestos materiales y procesales de la tutela jurisdiccional procesal solicitada.

Sería el caso, entre otros, de la que hemos llamado «acción cautelar», en el supuesto de reconocimiento legal de la concesión de tutela jurisdiccional cautelar, sometida a presupuestos propios (procesales y materiales) y entendida como un tipo autónomo de tutela jurisdiccional<sup>69</sup>.

Ciertamente, la apreciación judicial de concurrencia de la legitimación —a través del juicio provisional e indiciario favorable al derecho o interés<sup>70</sup>— fortalecería la posición sustantiva del actor frente al demandado y la protegería a través de la adopción de medidas de efecto procesal<sup>71</sup>.

También sería el caso, a nuestro juicio, del derecho al despacho de la ejecución, como acción autónoma, suponiendo que el mismo tuviera virtualidad propia con independencia del ejercicio de la acción ejecutiva, lo que tampoco sucede en nuestro ordenamiento procesal.

Por el contrario, entendemos que no sería el caso de la acción declarativa (dispositiva), ni de la acción ejecutiva<sup>72</sup> ni de la ac-

<sup>69</sup> Al respecto, V. BARONA VILAR, S. *Derecho Jurisdiccional*, op.cit., II, (con otros), p.657. En contra del reconocimiento del «proceso cautelar», V. DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal, Introducción*, op.cit., p.44.

<sup>70</sup> Por tanto, el juicio *provisional e indiciario* no será plenario ni sumario, puesto que no estaríamos propiamente en un proceso declarativo sino en un tercer género de proceso, el cautelar.

<sup>71</sup> Afirma DE LA OLIVA sobre las medidas cautelares de la LEC 1/2000 que «dada la virtualidad de las medidas y su onerosidad, es presupuesto necesario para la adopción de medidas cautelares la existencia de datos y criterios valorativos que permitan fundar un juicio de probabilidad, más o menos cualificada, justificativo de la medida cautelar: aquello de lo que la medida cautelar es instrumento debe aparecer provisto de una justificación fáctica y jurídica, un *fumus boni iuris*, un aroma de buen derecho, si los casos pertenecen a los ámbitos jurisdiccionales civil, contencioso-administrativo o laboral» (DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal, Introducción*, op.cit., p.44).

<sup>72</sup> Repetimos que, a nuestro juicio, la acción ejecutiva incide en el ámbito sustantivo puesto que sólo se satisface con el pago o cumplimiento de la prestación material. Autores de reconocido prestigio han aplicado la tesis de la acción en sentido concreto, tal y como se concibe en el proceso de declaración civil (dispositivo) al proceso de ejecución civil, afirmando al respecto, que la acción ejecutiva —o el derecho a la ejecución— «es el derecho subjetivo público a obtener de los órganos jurisdiccionales que se haga efectiva en el patrimonio del ejecutado la responsabilidad contenida en el título ejecutivo» (FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A. *Derecho Procesal Civil*, op.cit., III, p.51), siendo «titular de este derecho el sujeto jurídico que se encuentra en una de las posiciones jurídicas expresamente reconocidas por el derecho objetivo como fundamentos de la capacidad de exigir y obtener la prestación de actividades de ejecución» (DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal. Introducción*, op.cit., pág. 99).

ción cautelar satisfactiva, puesto que en todos estos supuestos el actor solicita la concesión de una tutela jurisdiccional de alcance material.

En efecto, la esencia de la acción declarativa, según hemos visto, es el pronunciamiento del órgano jurisdiccional sobre la aplicación del Derecho sustantivo a los hechos jurídicamente relevantes, tanto en tutelas sumarias como plenarias.

En cuanto a la acción ejecutiva, como hemos afirmado, el ejercicio de esta acción incide sobre el ámbito jurídico sustantivo de las partes ya que el ejecutante solicita el cumplimiento forzoso de una prestación material frente al ejecutado.

Y, por último, tampoco sería el supuesto de las medidas cautelares satisfactivas en cuanto que las mismas, por exceder de la mera conservación, inciden en el ámbito material otorgando una ejecución anticipada de la prestación material que se pretende, por lo que las mismas no se limitan a la producción de efectos procesales.