

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Revista del Poder Judicial nº 41-42. 1996 (I)

Bonet Navarro, José

Ayudante de Derecho procesal. Universitat de València

TRATAMIENTO PROCESAL DE LA LEGITIMACIÓN EN EL JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO

Estudios

Serie: *Civil*

VOCES: PROCEDIMIENTO CIVIL. LEGITIMACION. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO. LITISCONSORCIO PASIVO. SOCIEDAD DE GANANCIALES. EXCEPCIONES DILATORIAS.

ÍNDICE

- I. Aproximación y delimitación de la noción de legitimación en el proceso civil
- II. La pluralidad de obligados cambiarios y la inexistencia de litisconsorcio pasivo
 - 1. La solidaridad de las obligaciones cambiarias
 - 2. La inexistencia de litisconsorcio voluntario
 - 3. La inexistencia de litisconsorcio necesario: La sociedad de gananciales
- III. Control de oficio de la legitimación en el juicio ejecutivo cambiario
 - 1. El control de la legitimación a efectos del despacho ejecutivo
 - 2. El control de oficio de la legitimación en cualquier momento del procedimiento
 - 3. La resolución procedente en los supuestos de apreciación de oficio de la legitimación
- IV. Control de la legitimación a instancia de parte
 - 1. La ausencia de la legitimación en las excepciones previstas en el juicio ejecutivo cambiario
 - A) Su ausencia en la falta de personalidad en el ejecutante o en su Procurador (art. 1.464.7º LEC)
 - B) Su ausencia en la falta del carácter o representación con que se demanda al ejecutado (art. 1.467.4 LEC)
 - C) Su ausencia en «la falta de legitimación del tenedor» (art. 67.2.2ª LCCH)
 - 2. La alegación de la falta de legitimación a instancia de parte y la resolución procedente

TEXTO

I. APROXIMACIÓN Y DELIMITACIÓN DE LA NOCIÓN DE LEGITIMACIÓN EN EL PROCESO CIVIL

El control de los aspectos relativos al elemento subjetivo en el seno del juicio ejecutivo cambiario no se encuentra total ni correctamente resuelto por nuestra Ley Procesal. Particularmente en lo que respecta a la noción de legitimación que, para el proceso civil en general, no encuentra una respuesta unánime en nuestra doctrina ni, tampoco, en la jurisprudencia. Hasta se le ha llegado a calificar como concepto más oscuro cuanto más se escribe sobre él (1).

De todos modos, el objeto de este trabajo en modo alguno va a consistir en profundizar en las nociones dogmáticas. Sin embargo, antes de que entremos de lleno en el tratamiento procesal de la legitimación, es preciso ofrecer algunas pinceladas que reflejen las nociones de las que partimos y permitan delimitar el concepto de legitimación frente al resto de los aspectos del elemento subjetivo.

El fenómeno que estudiamos puede observarse desde una doble perspectiva bien diferenciada:

1.a De un lado, la procesal. Con este carácter se estudia la aptitud de los sujetos, primero para ser titulares de derechos y obligaciones (capacidad para ser parte) y, después, la aptitud de actuación procesal (capacidad procesal). Incluyendo su integración. Así como también la legitimación, como posición habilitante para formular la pretensión y para que contra una persona se formule.

2.a De otro, la material. Desde esa perspectiva se observa la atribución subjetiva del derecho, incluida la sucesión en el mismo.

Sin duda tal distinción va a tener reflejo en orden a su tratamiento procesal. En el primer caso la sentencia deberá ser meramente procesal o de absolución en la instancia. En el segundo, de fondo. Pero su importancia no será tanta como a primera vista pudiera parecer. De hecho, la acreditación inicial de algunos requisitos procesales no es necesaria (capacidad para ser parte de las personas físicas). Y, sobre todo, con la exigencia de adjuntar el título a la demanda ejecutiva, los hechos constitutivos de la pretensión del demandante (todos ellos materiales) deberán estar acreditados inicialmente. Así ocurre con la sucesión, y con la titularidad activa y pasiva.

Los elementos que conforman la capacidad y, a contrario, los supuestos de incapacidad, a pesar de la parquedad con que se regulan en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 2 y 533.3 y 4 LEC así como art. 34 del Decreto de 21 de noviembre de 1952), no ofrecen particulares dificultades de deslinde conceptual. Se ha dicho (2), en esquema, que:

a) La capacidad para ser parte de las personas físicas viene reconocida por el ordenamiento. Se posee con la sola condición de ser persona, por ello no es preciso acreditarla. La de las personas jurídicas viene atribuida por la Ley. Por lo tanto, su creación y, extinción vendrá determinada por hechos jurídicos, sujetos a los requisitos que en cada supuesto determine la norma correspondiente.

b) La capacidad procesal es necesaria para comparecer en juicio y para realizar con eficacia todos los actos procesales que derivan de dicha comparecencia. Las personas físicas deberán actuar representadas o, en su caso asistidas, en aquellos supuestos que sea necesario (minoría de edad, incapacidad, prodigalidad). Las personas jurídicas deberán actuar a través de la correspondiente persona u órgano facultado a tal efecto. Supuesto que no es en realidad de representación pues quien actúa es la propia persona jurídica (3). Todo ello sin perjuicio de los supuestos especiales en los que no queda completamente definida la distinción entre las anteriores personas (uniones sin personalidad, sociedades irregulares, patrimonios autónomos ..)

No obstante los múltiples matices que requiere lo anterior, el verdadero problema de deslinde conceptual se produce respecto a la legitimación. Es claro que su concepto es ajeno tanto a la capacidad como a

su posible integración (representación y asistencia). Pero respecto al tema de fondo ya no ofrece unos perfiles tan bien definidos.

En efecto, no podemos olvidar que es actualmente opinión mayoritaria considerar la legitimación como tema de fondo que debe resolverse en la sentencia (4). En ese sentido, las corrientes doctrinales principales corren por una doble vía (5):

a) Legitimación, como entiende DE LA OLIVA SANTOS (6), es «la cualidad de un sujeto jurídico consistente en hallarse, dentro de una situación jurídica determinada, en la posición que fundamenta, según el Derecho, el reconocimiento a su favor de una pretensión que ejercita (la legitimación activa) o a la exigencia, precisamente respecto de él, del contenido de una pretensión (legitimación pasiva)». En este sentido, como las posiciones jurídicas consisten en ser titulares del derecho subjetivo o de la obligación, la legitimación no es presupuesto del proceso sino de la estimación o desestimación de la demanda.

b) La legitimación, para RAMOS MÉNDEZ (7), si toma en cuenta la relación jurídico material en cuanto deducida en el proceso, bastando la mera afirmación de la relación como propia, no es más que algo estéril de lo que se puede prescindir en el estudio del derecho procesal. De ahí que lo importante no sea la afirmación del derecho, sino el pronunciamiento de la sentencia que crea el derecho entre las partes.

En cuanto a la jurisprudencia la opinión es la misma. Podemos encontrar numerosos pronunciamientos en esa línea. Por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 12 mayo de 1990 (8), afirma rotundamente que:

«la falta de legitimación no es denunciabile como excepción ni en los procesos ordinarios ni tampoco en el juicio ejecutivo, sino como cuestión de fondo a resolver en la sentencia definitiva y que, de ser estimada, provoca la desestimación de la demanda».

En todo caso, al final, entienden la legitimación como tema de fondo que ha de ser resuelto en la sentencia. Y en ningún caso como un presupuesto procesal. Sin embargo, a pesar de lo anterior, nosotros partimos de una posición doctrinal bien distinta a la expuesta. Siguiendo los postulados que inicia ALLORIO (9) y que culmina MONTERO AROCA (10) consideramos que debe atribuirse carácter procesal a la legitimación y, consecuentemente, entendemos que de ella puede tratarse *in limine litis*, debiendo conducir su falta a una sentencia meramente procesal (11). Lo dicho, trasladado al juicio ejecutivo, supone que la legitimación tanto activa como pasiva deberá ser observada de oficio por el juez previamente al despacho ejecutivo. Así como, también podrá ser puesta de manifiesto de oficio o a instancia de parte con posterioridad.

Ello es así porque la legitimación, tanto sea individual como plural, no es otra cosa más que la posición habilitante para formular la pretensión o para que contra alguien se formule. Referida, en la mayoría de los casos (legitimación ordinaria), a la afirmación de la titularidad de un derecho subjetivo privado o a la imputación de la obligación. En lo que respecta al juicio ejecutivo, ésta se atribuirá por la simple afirmación del demandante de que es acreedor (en cuanto posee y aporta un título cambiario al que la Ley -art. 1.429.4 LEC le otorga fuerza ejecutiva), frente a uno o varios sujetos demandados (deudores por haber estampado su firma en dicho título con anterioridad), quienes no han realizado el pago a su vencimiento (13). El resto de cuestiones, significativamente la sucesión y la atribución subjetiva del derecho y de la obligación que paralelamente se produce, serán en todo caso ajenas a su concepto.

Partiendo de esta noción, pues, estamos ya en disposición de conocer el tratamiento de la misma en el juicio ejecutivo cambiario, distinguiéndola de otros aspectos relativos a los elementos subjetivos que entran en juego en el proceso.

II. LA PLURALIDAD DE OBLIGADOS CAMBIARIOS Y LA INEXISTENCIA DE LITISCONSORCIO PASIVO

La obligación cambiaria se extiende en el Juicio ejecutivo cambiario prácticamente a todas las personas que firman el título. Concretamente estará obligado:

- a) El librador ante la acción de regreso, quien según el artículo 11 LCCH garantiza el pago sin que sea admisible cualquier cláusula que pretenda exonerar de esa garantía,.
- b) El aceptante (sea librado, tercero interviniente o indicado) frente a la acción directa, conforme el artículo 33 LCCH en relación con los artículos 32, 60, 71 y 72 de la misma Ley.
- c) En su caso, otros sujetos como el endosante (art. 18), o el avalista, del aceptante, librador o endosante (arts. 35 a 37).
- d) También, aunque con algunas dudas (14), otras personas que sin firmar el título pueden resultar obligadas, como ocurre con los herederos de los anteriores obligados (15).

A pesar de esta pluralidad de obligaciones, no se produce litisconsorcio pasivo necesario ni voluntario en ningún supuesto. Básicamente por el carácter solidario de las mismas.

1. LAS SOLIDARIDAD DE LAS OBLIGACIONES CAMBIARIAS

Quizás lo más destacable en relación a las obligaciones cambiarias sea la previsión contenida en los párrafos 1º, 2º y 4º del artículo 57 LCCH, por la que los legitimados pasivos anteriormente citados «*responden solidariamente frente al tenedor*». Este último sujeto tendrá derecho -dice el mismo precepto- a proceder contra aquellos individual o conjuntamente, sin que le sea indispensable observar el orden en que se hubieran obligado, y sin que la acción intentada contra cualquiera de ellos impida que se proceda contra las demás, aunque sean posteriores en orden a la que fue primeramente demandada.

La alusión expresa del precepto a la «solidaridad», no obstante, se realiza con absoluta falta de técnica jurídica, fundamentalmente porque la misma no se corresponde con la solidaridad civil típica.

Las diferencias entre ambas se pueden resumir en: 1ª) La solidaridad civil requiere un pacto expreso, la cambiaria se impone *ope legis*; 2ª) Frente al codeudor que haya pagado, el obligado civil responderá frente a él por la cuota que le corresponda (art. 1. 145 CC), el cambiario por la cantidad íntegra más los intereses y gastos realizados (art. 59 LCCH); 3ª) En las obligaciones solidarias existen varias partes en la misma posición, pero únicamente con un derecho y una obligación. En la cambiaria existe un derecho y obligación propia por cada parte (16). A nuestro juicio, la verdadera importancia del precepto se obtiene atendiendo, más que a la desafortunada alusión a la solidaridad, a la autorización para que el tenedor proceda contra los obligados conjunta o individualmente. Así puede mantenerse que, en el fondo, nos encontramos simplemente ante una autorización para que el tenedor acumule varias pretensiones contra varios demandados (17).

2. LA INEXISTENCIA DE LITISCONSORCIO VOLUNTARIO

Algunos autores vienen considerando que la Ley Cambiaria instaura un litisconsorcio pasivo denominado «voluntario» (18), o «facultativo» (19). Pero creemos que dicha opinión no es plenamente acertada.

Si etimológicamente la palabra litisconsorcio, que proviene del latín, significa «comunidad de suerte», sólo debe hablarse de «litisconsorcio cuando dicha comunidad concurre realmente (20) . Aunque pueda

pensarse que el tenedor es titular de un único derecho y de una única acción que se ostenta y ejercita frente a una pluralidad de sujetos, lo cierto es que entre los mismos no existe una verdadera «comunidad de suerte». Los pronunciamientos judiciales pueden y deben ser diversos para los mismos. Piénsese, por ejemplo, en la posible exclusión de la responsabilidad de los endosantes (art. 18 LCCH); en que determinadas obligaciones de algunos sujetos puedan ser nulas pero no así las restantes (art. 8 LCCH); en que los plazos de prescripción son diversos según la acción y los obligados que se trate (art. 88 LCCH); en que el régimen de excepciones es también diverso entre los mismos (sobre todo, art. 67.1 LCCH)... Lo que, en definitiva, significa que es absolutamente factible que en el supuesto de que se proceda contra todos o algunos de los obligados cambiarios, el fallo de la sentencia que se dicte pueda ser de remate para unos, de no haber lugar a dictar sentencia de remate frente a otros, de nulidad parcial contra unos cuantos, y de nulidad total para el resto.

Así puede afirmarse, con ORTELLS RAMOS (21), que tanto el encuadre que se suele dar a la acumulación objetivo-subjetiva dentro de los supuestos de litisconsorcio, como la propia denominación «litisconsorcio voluntario», es errónea pues partiendo de la pluralidad de pretensiones y de la legitimación individualizada respecto de cada una de ellas, no puede dictarse una sentencia con pronunciamiento único y que afecte por igual a todas las partes.

De todos modos, sin perjuicio de que pueda existir en nuestro ordenamiento un principio de presunción de no solidaridad (22), los artículos 57, 96 y 148 de la Ley Cambiaria están imponiendo un régimen (todo lo especial que se quiera) de responsabilidad solidaria de los obligados cambiarios frente al tenedor (23). Por lo que esto es ahora lo importante, podrá procederse a voluntad contra uno, varios o todos los obligados conjuntamente.

Lo anterior, junto al principio general de autonomía de las declaraciones cambiarias, determina la imposibilidad de alegar ningún género de litisconsorcio (24), ni voluntario, ni necesario.

3. LA INEXISTENCIA DE LITISCONSORCIO NECESARIO: LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Sin embargo, puede ser dudoso el supuesto previsto en el artículo 144 del Reglamento Hipotecario. Del mismo se deduce que, con carácter general, cuando se decreta el embargo de bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales como consecuencia de obligaciones (incluidas las cambiarias) contraídas por uno o ambos cónyuges a cargo de dicha sociedad, antes de su disolución, deberá constar que la demanda ha sido dirigida contra ambos cónyuges para que sea anotable en el Registro de la Propiedad el embargo de bienes comunes (25). ¿Existe, por ello, un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario de carácter general aplicable también en materia cambiaria?

A nuestro juicio, a pesar de lo anterior, es claro que el hecho de no demandar a ambos cónyuges en ningún caso puede servir de fundamento para apreciar un hipotético litisconsorcio pasivo necesario. Es patente, creemos, que dirigir la demanda contra ambos cónyuges en modo alguno se prevé como requisito de admisibilidad de la misma, sino que simplemente se trata de una exigencia para que el embargo de determinados bienes, y en circunstancias concretas, sea anotable en el Registro de la Propiedad.

Básicamente, podrán darse dos situaciones:

1.^a Que se dirija la demanda contra uno de los cónyuges. En ese caso solamente será posible embargar los bienes del demandado (los privativos y la mitad de los gananciales) con el límite cuantitativo que corresponda. El otro cónyuge carece, por la sencilla razón de no ser demandado, de legitimación pasiva. Y, en cualquier caso, el Registrador de la Propiedad, conforme al artículo 144 del Reglamento Hipotecario, en esas condiciones deberá denegar la inscripción de un embargo que afecte a todo un bien ganancial. Si, aún

así, se afectaren bienes del no demandado, sean de su mitad de gananciales o de cualquier otro tipo, procedería su oposición a través de la tercería de dominio.

2.^a En el caso de que se interponga demanda frente a ambos cónyuges (al exclusivo fin de lo previsto en los arts. 1.368, 1.373 CC y 144.1 del Reglamento Hipotecario) siendo solamente uno de ellos el obligado cambiario, el órgano jurisdiccional debe continuar los trámites frente a ambos cónyuges de la manera ordinaria (26). Pero sin afectar en ningún caso los bienes privativos del no obligado. Y en cuanto a los gananciales del mismo no obligado, solamente cuando los privativos de su cónyuge faltasen o fueran insuficientes. Alguna jurisprudencia, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 12^a, de 16 de julio de 1992 (27) afirma que no actuar del modo descrito conduciría irremediabilmente a la nulidad de pleno derecho de las actuaciones suscitadas frente al cónyuge no deudor desde el auto despachando su ejecución, por haberse prescindido total y absolutamente de la normas esenciales del procedimiento y producir indefensión. A nuestro juicio, la nulidad debe ser parcial, respecto a la afección de los bienes privativos del no deudor, o de los gananciales cuando los del otro cónyuge no falten o no sean insuficientes.

En resumidas cuentas, podemos afirmar que del artículo 144 del Reglamento Hipotecario no deriva litisconsorcio pasivo necesario alguno. El hecho de que en determinados casos deba demandarse a ambos cónyuges es una circunstancia que en ningún caso condiciona la admisibilidad de la demanda ni, en puridad, se refiere verdaderamente a la legitimación. Se trata más bien de un presupuesto para que el embargo de unos bienes concretos (los gananciales) y en determinadas circunstancias (reclamaciones derivadas de obligaciones contraídas por alguno de los cónyuges a cargo de esa sociedad) puedan ser inscritos en el Registro de la Propiedad. Todo ello materia ajena a la legitimación y al control *ad limine* de la demanda ejecutiva por el juez.

III. CONTROL DE OFICIO DE LA LEGITIMACIÓN EN EL JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO

Si bien, como decíamos, la legitimación ordinaria viene atribuida con carácter general en el proceso civil por la simple afirmación de la titularidad del derecho, en el juicio ejecutivo cambiario tal afirmación debe quedar corroborada mediante la acreditación que deriva de la correspondiente documentación que se ha de acompañar a la demanda (título ejecutivo y, en su caso, documento que acredite la transmisión extracambiaria del derecho tanto *mortis causa* como *inter vivos*).

Ello es consecuencia o contrapunto de las especiales condiciones del juicio ejecutivo y, particularmente, del cambiario. Como es sabido, mediante el mismo se otorga una tutela que, de algún modo, es anticipada de acuerdo a las concretas necesidades, y, desde esa perspectiva, es también privilegiada (en su sentido no peyorativo) frente a otros procesos ordinarios. Es lógico, si se ha de producir el embargo con anterioridad a que se dicte sentencia en primera instancia, que no baste la simple afirmación de la titularidad, sino que ésta se acredite (principio de prueba por escrito, en este caso plena) mediante el correspondiente documento perfectamente tipificado por la Ley (art. 1.429.4 LEC en relación con los arts. 1, 94 y 106 de la Ley Cambiaria). Consecuentemente, será igualmente lógico que ante tal acreditación no se exijan otros presupuestos para la adopción de ese embargo (28).

Si tiene algún sentido el que a la demanda ejecutiva deba acompañarse el título es porque el juez debe comprobar la acreditación de la legitimación. Sin embargo, indirectamente, como el derecho se encuentra documentado en la titularidad de la letra de cambio, el pagaré y el cheque, aportando el título y los documentos que sean necesarios, al mismo tiempo se está probando (plenamente) la situación jurídica que se va a tutelar en el juicio. Es claro que dicha prueba excede con creces de una simple acreditación de la legi-

timación. En realidad se trata de una prueba plena de todos los elementos constitutivos de la pretensión del acreedor-demandante (29). Por ello el deudor-demandado a su vez deberá probar con carácter general los motivos de oposición que eventualmente alegue en su defensa.

Ciertamente, el control del título y de los documentos adjuntos, que constituyen prueba suficiente del derecho, también ha de ser objeto de riguroso control judicial previo el despacho de ejecución. Como puede fácilmente observarse, en el ámbito de ese conocimiento judicial previo se entremezclan de ese modo temas procesales con temas de fondo, es decir, la simple afirmación del derecho y su acreditación, con la realidad del derecho documentado, incluyendo su atribución subjetiva.

Ello no debe significar, en ningún caso, que otras cuestiones distintas a la afirmación de titularidad y su acreditación dejen de ser tema de fondo que se deba resolver en la sentencia. En especial, por lo confundido, la cuestión de la sucesión en el derecho.

Así pues, la naturaleza procesal de la legitimación impone, en todo caso, que sobre ella se pueda resolver *ad limine*. Sin embargo, tal control no ha sido aceptado mayoritariamente. La doctrina, como no podía ser de otro modo dado el concepto predominante de legitimación, ha venido negando reiteradamente la posibilidad de su control previo. Afirma FAIRÉN GUILLÉN (30) que «*dar la posibilidad al juez de repeler la demanda ad limine por falta de legitimación, sería provocar la posibilidad de errores; y por causa de tales errores de valoración (a veces muy difícil en cuanto a la legitimación, tanto por su carácter intrínseco como por no tener todavía suficientes elementos de juicio a su disposición) podría ocurrir que en realidad el juez repeliere la demanda por falta de fundamentación*».

En el mismo sentido, específicamente para el juicio ejecutivo, se ha dicho que (31), como a la falta de personalidad en el ejecutante o en su procurador se refiere el número 7º del artículo 1.464; y a la falta de carácter o representación en el ejecutado se refiere, como motivo de nulidad, el número 4º del 1.467, la legitimación del actor en el proceso sólo dará motivo a excepción.

Contrariamente, como después desarrollaremos, tales preceptos no amparan la legitimación. Además, creemos que, conforme al artículo 1.440 LEC y concordantes del mismo texto legal y de la Ley Cambiaria (32), el juez no solamente está facultado para controlar de oficio y *ad limine* la legitimación, sino incluso, como consecuencia indirecta pero insoslayable, la atribución subjetiva de la titularidad. Y ello sin perjuicio de la distinta naturaleza que ambas cuestiones poseen.

1. EL CONTROL DE LA LEGITIMACIÓN A EFECTOS DEL DESPACHO EJECUTIVO

A los efectos de dictar auto de despacho ejecutivo, debe controlarse tanto la legitimación como, indirectamente, la atribución subjetiva del derecho. Concretamente, deberá el juez dictar auto por el que deniega el despacho de ejecución al menos en los supuestos siguientes:

a) Por la cuestión de carácter procesal de no concurrir la afirmación de la titularidad del derecho y de la obligación respecto del demandante y demandado respectivamente. En realidad es éste el único supuesto de denegación por inexistencia de legitimación. Se producirá cuando en la demanda ejecutiva no se contiene una afirmación de titularidad en el meritado sentido. Por ejemplo, que se interponga demanda afirmando no ser el acreedor o poseedor legítimo del título, o frente a persona no obligada.

Su fundamento se encuentra en el mismo artículo 24.1 de la Constitución Española. Argumenta MONTERO AROCA (33) que, en principio, el legislador ordinario no puede autorizar que los derechos de un particular sean ejercitados por otro, salvo que exista un motivo objetivo, razonable y proporcional. Dado que de modo previo al proceso y ante una situación controvertida, no puede saberse si el derecho y la obligación existen y quiénes son sus titulares de manera definitiva, el derecho a la tutela judicial ha de recono-

cerse a quien afirme ser su titular activo y contra el que se impute la titularidad pasiva. La existencia real del derecho y de la obligación y respecto de unas personas determinadas, será el contenido de la sentencia de fondo, a que se dicte la cual se tiene derecho fundamental. Derecho éste que puede quedar condicionado a la concurrencia de los requisitos y presupuestos procesales, y uno de ellos es la legitimación.

A pesar de que esta concepción no ha sido mayoritariamente asumida, pueden vislumbrarse en ocasiones postulados que se sustentan en la misma. Por ejemplo, como ocurre en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 15 de octubre de 1991 (34) cuando manifiesta que:

«la demanda se ha dirigido indebidamente contra J., que es un mero nombre comercial, al parecer correspondiente a un negocio de camisería, carente de personalidad jurídica y no inscrito en el Registro Mercantil; y aunque las diligencias de requerimiento de pago, embargo y citación de remate se entendieron con doña B. P, como dueña del establecimiento, compareciendo ésta en autos para oponerse a la ejecución, la sentencia condenatoria se dictó contra J., ya que así se pedía en la demanda, y no cabe entenderla referida a doña B., porque ésta no fue demandada, con la consecuencia insubsanable de haberse dirigido la acción contra un mero nombre comercial, carente de personalidad jurídica y de capacidad procesal, lo que haría inviable la ejecución de la sentencia dictada; razones por las cuales ha de acogerse la causa de nulidad del juicio invocada, con la obligada revocación de la sentencia apelada» (35).

b) Por la cuestión procesal de no quedar acreditada la legitimación (al no reflejarse la designación nominal de las partes en el título o en los documentos adjuntos). Produciéndose al mismo tiempo la cuestión material de no constar la atribución subjetiva del derecho.

De una primera lectura del artículo 1.440 LEC puede deducirse que, una vez comprobada su propia competencia, despachará sin más ejecución. Con la única salvedad de que el título se encuentre en alguno de los supuestos previstos en el artículo 1.467.1 y 2, puntos que nada dicen en relación a las partes.

Sin embargo, nos parece ésta una conclusión claramente incierta. El título ejecutivo contiene con carácter general la atribución subjetiva del derecho. El estudio del mismo ha de incluir también ese aspecto. Veamos un ejemplo, se interpone demanda ejecutiva por AA frente a BB y CC, con base en una letra de cambio cuyo tomador es DD, librador EE y librado FF, sin que consten otros sujetos no haya circulado el título. ¿Debe el juez, por muy afirmada que sea la titularidad, despachar ejecución a favor de AA y contra BB y EE, que son totalmente ajenos al título ejecutivo?

Lo anterior a todas luces no puede ser posible. Entre otras, por la elemental razón de que el juicio ejecutivo parte de la realidad formal de una deuda, pero no considerada en abstracto sino solamente en relación a determinadas personas. De modo que si el juicio se basa en la certeza que deriva del título ejecutivo, fundamento de la pretensión y de la actuación del órgano, dicho juicio solamente puede ser admisible respecto a los elementos subjetivos mencionados en el mismo título (o, en su caso, en los documentos adjuntos a la demanda en determinados supuestos excepcionales, como la sucesión). Pero siempre respecto a unas concretas personas que consten en la documentación presentada. Lo contrario supondría un atentado a la esencia misma del juicio ejecutivo y, en todo caso, sería absurdo.

Y ello a pesar de que en materia cambiaria la cuestión no se presenta sencilla en este punto. Precisamente una de las características más sobresalientes de los títulos cambiarios, y de ellos todavía más de la letra de cambio, es la pluralidad subjetiva de los elementos personales que participan o pueden participar en la vida de los mismos. Como no podía ser de otra forma, sobre todo si tenemos en cuenta que se trata de títulos destinados fundamentalmente a la circulación. En la letra de cambio y el cheque la relación primaria está compuesta, en principio, por tres elementos (librador-librado-tomador). En el pagaré por dos

(firmante y tomador). Sobre ellas se pueden añadir declaraciones cambiarias por parte de otras personas (por ejemplo, aval, aceptación y, sobre todo, endoso ...), que amplían todavía más los elementos subjetivos y, con ello, los posibles legitimados. Incluso se prevé legitimación activa al portador aunque el último endoso esté en blanco (art. 19 LCCH).

Ello no justifica que el juez obvie esta cuestión. Las partes han de estar designadas en el título o en los documentos adjuntos. Y si no se corresponden las personas mencionadas en la documentación con quienes afirman la titularidad, la legitimación no queda acreditada.

c) Por la cuestión procesal de no acreditar la legitimación (no constar el demandante como tenedor posterior al demandado) Produciéndose al mismo tiempo la cuestión material de no concurrir la atribución subjetiva del derecho frente al demandante. La duda se plantea si el juez se ha de limitar a observar la mera constancia de las mismas en la documentación, o además ha de comprobar al mismo tiempo si las partes están autorizadas legalmente para ejercer o soportar las acciones cambiarias.

A nuestro entender, por la misma razón vista en el anterior punto b), la respuesta a tal cuestión ha de ser afirmativa.

Si el juicio ejecutivo parte de la certeza de una deuda, considerada solamente en relación a determinadas personas, basándose en la certeza que deriva del título ejecutivo (fundamento de la pretensión y de la actuación del órgano), dicho juicio solamente puede ser admisible no sólo respecto a los elementos subjetivos mencionados en el mismo título (o, en su caso, en los documentos adjuntos a la demanda en determinados supuestos excepcionales, como la sucesión), sino también siempre y cuando las partes se encuentren en la situación habilitante contenida en la documentación. Lo contrario, creemos, no tendría tampoco sentido. En cualquier caso, la legitimación no quedaría acreditada.

Hemos de considerar que, en principio, todas y cada una de las personas mencionadas en el título están habilitadas legalmente tanto para ejercer como para soportar las acciones cambiarias. Dicha regla, aún sin distinguir entre las diferentes acciones cambiarias, sólo debe matizarse en cuanto la obligación únicamente corresponde a los poseedores posteriores.

Veamos un ejemplo, aceptante es Primero, librador Segundo, tomador Tercero, endosatario-endosante 1º Cuarto, endosatario-endosante 2º Quinto, y endosatario Sexto (36). Así pues, si Quinto es el tenedor, podrá ejercitar legalmente las acciones cambiarias frente a los poseedores anteriores. Es decir frente a Primero (acción directa), y contra de Cuarto a Segundo (acción de regreso). Pero en ningún caso frente a Sexto. Porque por muy afirmada que sea la titularidad frente a este último, la Ley excluye la habilitación para el ejercicio de las acciones frente a ese sujeto concreto.

En realidad ocurre aquí lo mismo que en el punto anterior. Afirmada la legitimación pasiva de un sujeto, aportando un título en el que dicho sujeto es un obligado posterior al tenedor, no se está acreditando la legitimación.

Así, pues, para que pueda despacharse ejecución el órgano no se limitará a comprobar que las partes se encuentran mencionadas en el título o en los documentos adjuntos, sino además que se respeta el principio de falta de acreditación de la legitimación de aquellos que son poseedores posteriores al tenedor. O, lo que viene a ser lo mismo, que se cumplen los requisitos subjetivos necesarios para el ejercicio de las acciones cambiarias. En cualquier caso, el control de la documentación (de la titularidad y de su atribución subjetiva) impone al juez velar para que el juicio se inicie únicamente frente a los mencionados en el título que, además, sean poseedores anteriores del demandante. De cualquier otro modo no se acredita la legitimación afirmada.

2. EL CONTROL DE OFICIO DE LA LEGITIMACIÓN EN CUALQUIER MOMENTO DEL PROCEDIMIENTO

Es claro que si la legitimación, en los términos vistos, constituye un presupuesto procesal controlable *in limine*, en el hipotético (e improbable) supuesto de que se iniciara el juicio ejecutivo a pesar de faltar la afirmación de titularidad de los sujetos que se presentan como partes, tal circunstancia podrá ser igualmente puesta de manifiesto por el mismo juez en cualquier momento del procedimiento.

Ello sin perjuicio de que debamos manifestar, en orden a la economía procesal y a una más eficiente tutela de los derechos de los justiciables, que la falta de legitimación, como la del resto de los presupuestos procesales, sea apreciada previo el despacho ejecutivo, sin necesidad de esperar al momento de dictar sentencia. Sin duda, las especiales condiciones del juicio ejecutivo cambiario, basado en un derecho y una atribución subjetiva del mismo debidamente documentadas, así permiten sin mayores problemas.

3. LA RESOLUCIÓN PROCEDENTE EN LOS SUPUESTOS DE APRECIACIÓN DE OFICIO DE LA LEGITIMACIÓN

La resolución que procede, después de lo dicho, se presenta en principio bien sencilla. Si se aprecia con carácter previo, deberá dictarse auto denegatorio del despacho ejecutivo. En cambio, si se atiende a la misma una vez iniciado el juicio ejecutivo, la resolución deberá consistir en una sentencia meramente procesal o de absolución en la instancia. Que, en los términos del artículo 1.473 LEC, como se trata de una excepción de carácter procesal, consistirá en una sentencia de nulidad de todo lo actuado.

Esta solución es congruente con la naturaleza de presupuesto procesal de la legitimación que venimos siguiendo. Sin embargo, debido al solapamiento que se produce entre la cuestión procesal y la de fondo, la misma no se presenta tan clara cuando, una vez iniciado el juicio ejecutivo cambiario, se entienda que la legitimación no ha quedado acreditada. En efecto, como hemos dicho, si el título cambiario documenta el derecho y la atribución subjetiva del mismo, la acreditación de la legitimación va acompañada al mismo tiempo de la prueba del fondo del asunto. De modo que si el juez aprecia no acreditada la legitimación, está reconociendo al mismo tiempo que el derecho no se atribuye a quien afirma ser titular. ¿Procede en ese caso dictar sentencia meramente procesal, o ha de ser de fondo. Es decir, se ha de dictar en el juicio ejecutivo cambiario sentencia de nulidad o, por contra, de no remate?

Es cierto que plantear la cuestión en los anteriores términos puede entenderse que tenga pocas o nulas consecuencias prácticas. Sobre todo partiendo de considerar el Juicio ejecutivo como proceso de ejecución. Congruentemente con la misma, la sentencia dictada en su seno, cuando no ha existido incidente de oposición, puede ser considerada innecesaria y perturbadora, pudiendo ser suprimida completamente o sustituida por un auto en el que se resuelva el reexamen (37). Al mismo tiempo, tampoco tendrá importancia dicha cuestión a efectos de cosa juzgada si se atiende al tenor literal del artículo 1.479 LEC.

Desde otros postulados, en cambio, partiendo de la naturaleza declarativa del juicio ejecutivo, la sentencia adquiere una importancia vital. La necesidad de que se dicte sentencia en todo caso se explica mejor si se entiende que existe actividad jurisdiccional declarativa de condena referida según los casos, a la demanda y documentos acompañados o, además, a los hechos y pruebas introducidos en la oposición, y que culmina con la sentencia prevista en el artículo 1.473 LEC (38).

Sin perjuicio de que compartamos esta última posición, a los efectos de lo que ahora nos interesa, nos basta con afirmar la trascendencia del hecho que se dicte sentencia de un tipo o de otro:

- a) Aunque sea indirectamente, la cuestión de fondo se controla también previamente y, por tanto, de un

modo o de otro, el reexamen judicial que se produce al dictar sentencia incluye también dicha cuestión.

b) A efectos de cosa juzgada material no es tampoco baladí. La jurisprudencia y la doctrina reconoce que el efecto de cosa juzgada se produce, aunque sea con alcance limitado al objeto y los sujetos del mismo.

c) En cualquier caso, que se deba dictar sentencia de nulidad o de no ha lugar a dictar sentencia de remate tiene importancia a efectos de imposición de costas conforme al artículo 1.474 LEC.

A pesar del solapamiento que se produce entre la cuestión formal y de fondo cuando falta la acreditación de la legitimación, a nuestro juicio, cuando ésta se observa de oficio debe conducir en el juicio ejecutivo a dictar formalmente sentencia de absolución en la instancia, es decir, de nulidad.

Si bien nos fijamos, las consecuencias en orden a la cuestión de fondo son innegables, pero ello es un fenómeno que igualmente se produce en el juicio ejecutivo cambiario en otras ocasiones. Por ejemplo, puede compartirse que no puede despacharse ejecución sin adjuntar a la demanda el correspondiente título. Si se iniciara faltando la letra de cambio, el pagaré o el cheque, o siendo nulos, el juez podrá apreciar dicho presupuesto con posterioridad, debiendo dictar sentencia de nulidad. En realidad, afirmar la inexistencia del título supone negar la existencia del derecho cambiario. Pero tal solapamiento de cuestiones no impide dictar la resolución que procede. Lo mismo ocurre con la legitimación. Afirmar de oficio su falta de acreditación supone negar la correspondencia subjetiva del derecho. No obstante, la resolución procedente, atendida la condición de presupuesto procesal de la legitimación, no deja de ser la de absolución en la instancia.

Ello no significa que dicha sentencia deba ser irrelevante en orden a un proceso ulterior sobre la misma cuestión. Creemos que la resolución de nulidad, dictada como consecuencia de la falta de acreditación de la legitimación (como por la inexistencia del título), al menos en aquellos casos en que las partes sean terceras en relación a la obligación causal, iniciado un proceso ordinario con base en el mismo título y entre las mismas partes, deberá tener sus consecuencias en orden a la desestimación de la demanda por la cuestión de fondo consistente en la inexistencia del derecho o la obligación afirmada.

IV. CONTROL DE LA LEGITIMACIÓN A INSTANCIA DE PARTE

La afirmación de la titularidad y su acreditación, es decir, la correspondencia de la misma con las menciones relativas a las partes contenidas en el título ejecutivo o, en su caso, en los documentos adjuntos, hemos visto que es materia controlable de oficio por el juez tanto en el momento del despacho de ejecución como, incluso, en otro posterior. Por tanto, parece claro que, en el supuesto de que erróneamente se inicie el juicio ejecutivo cambiario, el demandado podrá igualmente poner de manifiesto al juzgador la falta de este presupuesto como hecho con el que basar su defensa. Procediendo, si es estimada, una sentencia de nulidad.

Sin embargo, esa afirmación congruente con la noción y naturaleza de legitimación que venimos defendiendo no viene acompañada, al menos nítidamente, de un tratamiento procesal adecuado. Como vamos a ver, en la Ley de Enjuiciamiento Civil no se encuentra precepto alguno que recoja la legitimación como excepción. Ni siquiera el artículo 67.2.2ª de la Ley Cambiaria, cuando permite alegar la «falta de legitimación del tenedor», se refiere en puridad a la legitimación en el sentido que estamos estudiando.

1. LA AUSENCIA DE LA LEGITIMACIÓN EN LAS EXCEPCIONES PREVISTAS EN EL JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO

A) Su ausencia en la falta de personalidad en el ejecutante o en su Procurador (art. 1. 464.7º LEC)

Hemos de decir, en primer lugar, que cuando se alega la falta de personalidad del ejecutante no se está haciendo realmente referencia a la legitimación sino, utilizando terminología legal (art. 533.2 LEC), a dos circunstancias (39)):

a) Las «cualidades necesarias para comparecer en juicio». Aquí se incluye la capacidad para ser parte y la capacidad procesal (art. 2.1 LEC) (40), En general, sobre la capacidad destaca que: 1º) No es precisa su acreditación previa ni, por tanto, que se acompañe a la demanda documento alguno al respecto; 2º) Su falta puede ser alegada por el deudor demandado como excepción procesal; 3º) La estimación de la misma conducirá a que se dicte una resolución de absolución en la instancia; 4º) Se trata de cuestiones ajenas a la noción de legitimación.

Únicamente interesa significar en este momento que, en materia cambiaria al menos, es relativamente habitual que el estado concursal de los comerciantes se trate como falta de capacidad (41). Tal consideración no tiene en cuenta que esa circunstancia está afectando más bien a la legitimación, que pasa a los depositarios-administradores y a los síndicos pero solamente en relación al aspecto patrimonial de la vida del concursado y del quebrado (42).

b) «El carácter o representación con que reclama». Se trata de la representación: 1º) Legal de las personas físicas que no están en el pleno ejercicio de sus derechos civiles (art. 2.2 LEC). Básicamente, por minoría de edad o, en su caso, incapacidad; 2º) Necesaria de las personas jurídicas (art. 2.3 LEC), tratándose realmente de la actuación de las mismas a través de sus órganos legales o estatutarios (43); 3º) También la asistencia derivada de algunos supuestos de incapacidad o prodigalidad.

Contrariamente a lo que ocurría con la personalidad, el carácter debe acreditarse inicialmente (44) mediante los correspondientes documentos relativos a la representación que se acompañarán a la demanda. En el caso de que los mismos falten o sean ilegales o insuficientes, podrá el deudor demandado poner de manifiesto tal circunstancia en su correspondiente oposición. Sin perjuicio de la subsanabilidad del defecto en cualquier momento anterior a la decisión, si la misma no se produce, procederá dictarse también resolución meramente procesal. Pero tampoco se trata de legitimación.

c) La sucesión en el derecho que se reclama. Sin perjuicio de que deba controlarse de oficio en el juicio ejecutivo para el despacho de ejecución, no es correcta su ubicación en este apartado. Como afirma MONTERO AROCA (45), «desde la perspectiva del demandado, la alegación de que el actor no ha acreditado su condición de sucesor y la de que el mismo demandado no tiene la condición de sucesor, no es una excepción procesal, sino material o de fondo».

De ese modo, la no acreditación por parte del actor de su condición de sucesor, encuentra su sede adecuada en la excepción 2ª del artículo 67 LCCH. Y si ésta se estima, deberá dictarse sentencia absoluta de fondo.

d) Defecto de postulación. A pesar de que en el título del presente apartado nos referíamos solamente a la falta de personalidad en el procurador, podría también incluirse también la ausencia de dirección letrada. Englobado en lo que comúnmente se ha venido denominando como «defecto de postulación» (46).

El cumplimiento de los artículos 3, 5, 10, 11 y concordantes de la LEC exige que el juez debe controlar de oficio la concurrencia de la postulación de las partes (47). Ello esquemáticamente consistirá en comprobar el apoderamiento (declarado bastante por un letrado) (48) y la firma del letrado. Sin embargo,

los gravísimos efectos que derivan de los anteriores preceptos, esto es, la ineficacia total de los actos que no cumplan los presupuestos de postulación ha de matizarse a la luz del principio contenido en el artículo 24 CE. En ese sentido el artículo 11.3 LOPJ establece que de conformidad con la tutela judicial efectiva, sólo se permitirá desestimar o rechazar pretensiones que se formulen por motivos formales cuando el defecto fuere insubsanable o no se subsanare por el procedimiento legalmente establecido (49). Por ello, sin perjuicio de la posibilidad de subsanación lo anterior supondrá que el juez no debe dar curso a la demanda en estas condiciones, consistiendo, como entiende MONTERO AROCA (50), en que, a pesar de la admisión de la demanda, se suspenda el procedimiento hasta que la subsanación se produzca.

En todo caso, mientras se mantenga el defecto, podrá el demandado ponerlo de manifiesto para que se subsane o, en caso contrario, no se de curso a la demanda ejecutiva. Por supuesto, es inadmisibile que el demandado alegue su propia falta de representación o defensa técnica, en cuanto se trata de una carga que solamente a él corresponde.

Con todo, en ocasiones y con argumentos jurisprudenciales a nuestro juicio poco convincentes, se ha negado la posibilidad de fundar la oposición del demandado alegando la falta de personalidad en el ejecutante o en su procurador. Con anterioridad a la Ley Cambiaria el fundamento se buscaba en el artículo 1.465 LEC que excluía la alegación del punto 70 del artículo 1.464. Actualmente, con base en el último párrafo del artículo 67 LCCH (51). Tal consideración, de todos modos, no es mantenida con carácter general, sino más bien al contrario. Por ejemplo, como afirma la Sentencia de la Audiencia Provincia de Sevilla, de 12 de mayo de 1990 (52), «no parece ser ésta la filosofía que preside la reforma, por la forma amplia y extensiva con que está redactado el artículo 67 de la Ley».

Como se observa, con base en la falta de personalidad «del ejecutante o su procurador» prevista en el artículo 1.464.7 LEC, en ningún caso se da cobertura a la alegación de falta de legitimación activa.

B) Su ausencia en la falta del carácter o representación con que se demanda al ejecutado (art. 1. 467.4 LEC)

El motivo de oposición basado en este precepto no ofrece dudas en cuanto a su admisibilidad en el juicio ejecutivo cambiario, al ser mantenido por la Ley Cambiaria a través de la remisión (en sentido negativo y con carácter residual) que el artículo 67 *In fine* LCCH hace al artículo 1.467.4 LEC (53). Como es sabido, este último precepto permite que pueda pedirse la nulidad del juicio «cuando el ejecutado no tuviere el carácter o la representación con que se le demanda». Pero tampoco cabe alegar la falta de legitimación con base en el mismo.

Si nos fijamos, éste es uno de los pocos motivos de oposición de carácter procesal (motivo de utilidad) que en relación al elemento subjetivo se contempla expresamente en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil. Tal circunstancia podría merecer, en sí misma, una valoración positiva. Pero lo lamentable es que, precisamente en este punto, tal previsión es en realidad, innecesaria puesto que, en la forma que se presenta el motivo de nulidad, técnicamente las cuestiones que ampara no constituyen cuestiones de naturaleza procesal, sino de fondo.

a) La no inclusión de la falta de capacidad o de postulación. En principio, la propia redacción literal del artículo 533 LEC permite observar que el ámbito de irregularidades que sobre el lado pasivo se producen, son más limitadas a las vistas anteriormente en relación a las del demandante. Es claro que no se contempla previsión alguna referente a las cualidades para comparecer en juicio. En efecto, el artículo 1.467.4 LEC permite al demandado ejecutivo alegar solamente la falta del carácter o la representación con que se le demanda. Para Gutiérrez de Cabiedes (54) es lógico y conveniente que el deudor no pueda oponer su

propia falta de capacidad para ser parte y procesal. Sobre todo si, aunque con algunas dudas respecto a la primera, tanto esta última capacidad como todo lo referente a la integración de la postulación (que tampoco cabrá alegar) son cargas que corresponden al demandado.

El único problema en este punto se plantea cuando al demandado por minoría de edad, ausencia o incapacidad de hecho no le es exigible la asunción de la carga de integrar la incapacidad. Para estos casos el artículo 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981, en relación a otros preceptos como los artículos 163, 228, o 299 *bis* todos ellos del Código Civil, prevén que, mientras, se designa representante legal o se nombra defensor, el propio Ministerio Público tendrá transitoriamente la función de representación y defensa en juicio (55). Para estos supuestos puede entenderse que se dirige un mandato al juez en virtud del cual debe dar traslado de la demanda al Fiscal. Desde esta interpretación, con MONTERO AROCA (56), si el juez incumplió el mandato legal, si prescindió total y absolutamente de las normas del procedimiento (art. 238,3 LOPJ), debe proceder después a declarar la nulidad de lo actuado reponiéndolo al momento inicial para que el fiscal pueda asumir su condición.

b) Las cuestiones relativas a la representación. Se refiere aquí al supuesto de que se demande al representante y no, en cambio, al representado (57). Tales cuestiones en realidad no son procesales ni, consecuentemente, debería tratarse como excepción de esa naturaleza (58). A dicha conclusión se llega sencillamente con comprender que la verdadera parte (y la que debe ser demandada sin perjuicio de su necesidad de representación) es la representada. Sin que, dado que no es parte demandada, pueda condenarse en modo alguno al representante". En definitiva, como afirma MONTERO AROCA (59) *«parece evidente que el caso de que una persona es demandada en cuanto representante de otra, careciendo sin embargo de tal condición, no puede ni siquiera presentarse»*.

Si, en cambio, se formula demanda frente a una persona física en cuanto a tal, su posible alegación relativa a que no es titular de la relación jurídica pues se realizó como representante o como órgano encargado de conformar la voluntad de la persona jurídica, se trata en realidad de un tema de fondo en su aspecto subjetivo (60) . que encuentra mejor cabida entre las excepciones materiales del artículo 67 LCCH.

c) La sucesión. Ya nos hemos referido antes a que cualquier alegación relativa a la misma no es cuestión procesal, sino de fondo. Por lo que debería poder alegarse con fundamento en los correspondientes preceptos de carácter material y con los efectos que en su consecuencia procedan. Es así fácil comprender que, en lo concerniente a la sucesión, el artículo 1.467.4 LEC es completamente innecesario.

Como se observa, una vez más, en el ámbito de motivo de nulidad del artículo 1.467.4 LEC no se incluye ningún punto de carácter procesal, sino que todos ellos son de fondo. La incongruencia es evidente. La estimación del motivo debería conducir a dictar sentencia de fondo y, en ningún caso, de nulidad.

Sin perjuicio de la incongruencia que ello supone, y dado que el artículo 67 LCCH (claramente al menos) no ampara las situaciones antes descritas, al demandado no le queda más opción que basar su defensa, insisto, de fondo, en este motivo de nulidad (61) . Se produce así la impropiedad o inadecuación consisten en dictar pronunciamiento de absolución en la instancia por cuestiones que merecerían una resolución de fondo.

Es claro, con todo, que no va a quedar más solución práctica al demandado ejecutivo, que fundar cualquier alegación relativa a su falta de representación o carácter así como de la sucesión en el derecho que se le reclama, en el repetido motivo de nulidad previsto en el artículo 1.467.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Como lo es también, que dicho precepto no incluye en su ámbito la alegación de la falta de legitimación pasiva.

C) Su ausencia en «la falta de legitimación del tenedor» (art. 67.2.2ª LCCH)

Dados los términos de su enunciado, parece evidente que podrá alegarse la falta de legitimación activa con base en el artículo 67.2.2ª LCCH (62). Sin embargo, nos parece que, en puridad, el precepto no hace alusión a la noción de legitimación a la que nos hemos adherido, al menos por dos razones:

1.ª Porque no tiene sentido que, si se refiere al presupuesto procesal, no se aluda también a la falta de legitimación del obligado que es igualmente presupuesto. Sí tiene sentido, en cambio, que se refiera a la falta de «legitimidad» en la posesión del título, en el sentido de falta de atribución subjetiva del derecho cambiario. Como cuestión de fondo, en cambio, la falta de atribución subjetiva de la obligación cambiaria sí puede incluirse en el punto anterior del artículo 67 LCCH, en la «inexistencia o falta de validez de su propia declaración cambiaria».

2.ª Porque en realidad es innecesario que una ley material como la cambiaria aluda a los motivos de oposición procesales. De hecho, el artículo 67 LCCH no se refiere a dichos motivos y no por ello son inaplicables en el mismo juicio. La falta de presupuestos procesales, si lo son en realidad, puede ser puesta de manifiesto en todo proceso.

Podemos concluir afirmando que, a nuestro juicio, el artículo 67.2.2ª, al aludir a la falta de legitimación del tenedor está refiriéndose en realidad a la legítima titularidad de la obligación documentada, como cuestión material. Ajena, por tanto, a la legitimación. De modo que, alegada por el demandado cambiario la falta de legitimación del tenedor con base en el artículo 67 LCCH, con independencia de que también paralelamente se produzca una falta de acreditación de la legitimación, la resolución procedente deberá ser la de no haber lugar a dictar sentencia de remate. Declarando el juez, con base en el artículo 1.473 LEC *in fine*, la falta de atribución subjetiva al demandante del derecho cambiario.

2. LA ALEGACIÓN DE LA FALTA DE LEGITIMACIÓN A INSTANCIA DE PARTE Y LA RESOLUCIÓN PROCEDENTE

Cuanto hemos dicho no significa que sea imposible al demandado denunciar la falta de legitimación tanto activa como pasiva. Sino que, como tantas veces ocurre (63), nuestra Ley Procesal no establece un tratamiento procesal adecuado para ello. Es claro, con todo, que si se trata de un Presupuesto procesal en los términos vistos, su falta podrá ser puesta de manifiesto por la parte con el fin de que el juez resuelva en consecuencia.

Se produce, sin embargo, una diferencia importante en relación a su apreciación de oficio. Como hemos visto, el juez comprobará la afirmación de la titularidad y su acreditación mediante los correspondientes documentos que deben adjuntarse a la demanda. En todos esos casos, aunque los dos últimos impliquen también reconocer la falta de atribución subjetiva del derecho o la obligación cambiaria, cuando se aprecie de oficio la falta de legitimación o de su acreditación la resolución judicial no podrá ser de fondo, sino que deberá tratarse de una sentencia meramente procesal o de absolución en la instancia. Por contra, cuando se alegue a instancia de parte la falta de acreditación de la legitimación, sin perjuicio de que además suponga una infracción de carácter procesal, el juez sí podrá y deberá resolver conforme a su aspecto material o de fondo. Veamos los distintos supuestos:

a) Es claro que con carácter previo, a efectos del despacho ejecutivo, la falta de legitimación o de su acreditación no podrá ser puesta de manifiesto por la parte. La razón es bien sencilla, mientras no se despache ejecución el demandado todavía no es parte. Solamente si el mismo se deniega, podrá el demandante impugnar el correspondiente auto a través de los recursos procedentes si entiende que el despacho ha sido incorrectamente denegado.

b) Si falta la afirmación de la titularidad tanto activa como pasiva, el demandado podrá poner de manifiesto la falta de legitimación que concurre. Como alegación de carácter procesal, el juez deberá dictar sentencia de nulidad.

c) Si falta la acreditación de la legitimación. El demandado basará su defensa en el hecho material o de fondo que supone la falta de atribución subjetiva del derecho o de la obligación. Respecto a la parte activa, se basará en el artículo 67.2.2ª por la falta de «Legitimidad» del tenedor. La pasiva se fundará en el artículo 67.2.1ª, como inexistencia o falta de validez de la declaración cambiaria. En ambos casos, si se estima, procederá dictar sentencia de no ha lugar a dictar sentencia de remate. Declarando la falta de atribución subjetiva del derecho.

NOTAS:

(1) Así titula su obra 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.

(2) Véase extensamente MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional, II, 1º* (con ORTELLS RAMOS y GÓMEZ COLOMER), Barcelona, 1994, págs. 11-27.

(3) Quizás la cuestión más relevante en este momento sea la del tratamiento procesal de la capacidad. Destacando su falta de consideración unitaria como presupuesto procesal (en ocasiones se regula solamente como impedimento), así como la posibilidades de alegación normalmente limitadas al demandante sobre su falta de capacidad para ser parte y la falta de representación con que se le demanda.

(4) Por ejemplo, GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil, I* (con HERCE QUEMADA, V.), Madrid, 1945, págs. 142-3; DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil, I* (con FERNÁNDEZ LÓPEZ), Madrid, 1992, 3a ed., págs. 439-42; RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho Procesal Civil, I, 5a ed.*, Barcelona, 1992, págs. 251-62.

(5) Una visión panorámica de las mismas puede verse en MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil*, cit., págs. 32-5. Así como también en FERNÁNDEZ-ESPINAR, G., *Aproximación a una delimitación del concepto y la naturaleza jurídica de la legitimación en el proceso civil*, Poder Judicial, núm. 38, 1995, págs. 79-99.

(6) DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil, I* (con FERNÁNDEZ LÓPEZ), cit., págs. 439-42.

(7) RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho Procesal Civil, 1*, cit., págs. 251-62.

(8) RGD, 1991, pág. 5.509.

(9) ALLORIO, E., *Problemas de Derecho Procesal, II*, Buenos Aires, 1963 (trad. SENTÍS MELENDO).

(10) Compartimos la posición y argumentos que ofrece con gran desarrollo MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil*, cit., págs. 87-93.

(11) También se adhiere a esta opinión, recientemente, MARTINEZ GARCÍA, E., *Algunas reflexiones sobre la legitimación en el proceso civil*, La Ley, 3 de abril de 1996, pág. 16.

(12) MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil*, cit., págs. 40 y SS.

(13) Específicamente en materia cambiaria, puede vislumbrarse el deslinde entre legitimación y titularidad del derecho en la regulación de la amortización de los títulos cambiarios. En efecto, conforme al artículo 87.2 LCCH «*declarada judicialmente la amortización de la letra, no tendrá ésta ninguna eficacia*», de

modo que se priva de la legitimación documental al actual poseedor del efecto, incluyendo al que, por ser adquirente de buena fe, es titular del crédito. Que el artículo 87.3 LCCH, afirme que lo establecido en este capítulo se entenderá sin perjuicio de lo que dispone el artículo 19.2 LCCH, en opinión de JAVIER CORTÉS, L., *Amortización de los títulos cambiarios*, en «Derecho Cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque» (coor. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.), Madrid, 1986, pág. 863, «*deja en todo caso irresuelto el problema planteado por el perjuicio, este sí, efectivo y real que sufre quien siendo acreedor cambiario, por aplicación precisamente del segundo párrafo del artículo 19, ve anulada, sin haber podido intervenir para oponerse, la legitimación que le confería su propia letra de cambiario*».

(14) De las mismas se hace eco, sin resolverlas, la SAP Madrid, de 3 de febrero de 1992. RGD, 1992, pág. 5.800.

(15) BALERIOLA LUCAS, G., *Una vez más sobre la letra de cambio y los herederos del aceptante*, Revista de Derecho Privado, 1984, págs. 682-6, tras un resumen de los principales argumentos de la jurisprudencia y la doctrina, se inclina por la existencia de legitimación pasiva en el juicio ejecutivo del heredero del obligado cambiario.

(16) Ver SENÉS MOTILLA, C., *Consideraciones sobre la fuerza, ejecutiva de la letra de cambio y el juicio ejecutivo cambiario*, Justicia, 1989, pág. 899. Así como CORTÉS DOMINGUEZ, V., *El nuevo juicio ejecutivo cambiario*, en «Derecho Cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque» (coor. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.), Madrid, 1986, págs. 886-7.

(17) MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, 11, 2º (con ORTELLS, GÓMEZ COLOMER, y MONTÓN), Barcelona, 1994, pág. 231.

(18) MORENO CATENA, V., *Algunos problemas del juicio ejecutivo cambiario*, en «Problemas actuales de la Justicia», Valencia, 1988, pág. 503. También RODRIGUEZ MERINO, A. *Sobre el nuevo juicio ejecutivo cambiario» a tenor de la Ley 1911985, de 16 de julio*, en «Problemas actuales de la Justicia», cit., pág. 557.

(19) SENÉS MOTILLA, C., *Consideraciones sobre la fuerza ejecutiva de la letra de cambio y el juicio ejecutivo cambiario*, cit., pág. 900.

(20) MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional*, II, 1º (con ORTELLS, y GÓMEZ COLOMER), cit., pág. 59.

(21) ORTELLS RAMOS, M., *Derecho jurisdiccional*, II, 1º (con MONTERO, y GÓMEZ COLOMER), cit., pág. 109.

(22) Ver MUÑOZ JIMÉNEZ, F. J., *Consideraciones en torno al litisconsorcio necesario y los vínculos de solidaridad pasiva*, Revista General de Derecho (RGD), 1991, págs. 5.746 y ss.

(23) CUÑAT EDO, V., *Modificaciones sustantivas al régimen de los obligados cambiarios*, RGD, 1987, pág. 3.077, manifiesta que con la Ley Cambiaria se trastoca el concepto del Código de Comercio en orden a la solidaridad. Aunque con algunas particularidades sustantivas, se ha producido una aproximación al régimen de solidaridad descrito en el Código Civil.

(24) En esa línea la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) Santa Cruz de Tenerife, Secc. 1ª, de 3 de diciembre de 1991. RGD» 1993, págs. 2.561-2.

(25) Sobre el particular, MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional*, II, 2º (con ORTELLS, GÓMEZ COLOMER, y MONTÓN), cit, Pág. 126, afirma que del artículo 144 del Reglamento Hipotecario se deduce la consecuencia de que la demanda en el proceso declarativo se dirija contra los dos cónyuges.

(26) Por contra, alguna Sentencia, como la SAP Barcelona, Secc. 12ª, de 16 de julio de 1992. RGD, 1993, Págs. 2.126-8, mantiene que se debe practicar cuantas diligencias sean procedentes tan sólo en la persona del obligado al pago. Sin que, en ningún caso, se despache ejecución contra el patrimonio del no deudor cambiario. Únicamente cuando efectivamente se hubiesen embargado bienes inscritos real o presuntamente como gananciales deberá ser notificado el otro cónyuge. Como dice textualmente dicha

Sentencia, ello servirá «tanto para darle oportunidad de ejercitar las acciones que puedan corresponderle contra su marido, no contra el ejecutante en el proceso declarativo que corresponda, como para que en el momento en que se le haya de requerir, para consentir en el otorgamiento de la escritura de remate, no plantee incidencias que puedan dilatar o entorpecer la normal marcha de la vía de apremio».

(27) RGD, 1993, págs. 2.126-8.

(28) En realidad, como entiende ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo*, Barcelona, 1984, págs. 67-71, el embargo trabado en el juicio ejecutivo es preventivo especial.

(29) Como afirma RODRÍGUEZ MERINO, A., *Sobre el nuevo «juicio ejecutivo cambiario» a tenor de la Ley 19/1985, de 16 de julio, cit., pág. 552* «el órgano jurisdiccional actúa ante la pretensión específica del actor sobre la acreditación prima facie de la verosimilitud del derecho reclamado aplicación de las normas de la "prueba legal"».

(30) FAIRÉN GUILLÉN, V., *El principio de autoridad del juez en el proceso civil y sus límites (sobre los presupuestos procesales y la audiencia preliminar)*, en «Estudios de Derecho Procesal», Madrid, 1955, pág. 229.

(31) VIADA, C., y COMELLAS, M., *El ámbito judicial en el despacho de ejecución*, Revista de Derecho Procesal, 1949, pág. 40.

(32) Si, perjuicio de que esta afirmación merezca argumentar extensamente, los puntos 1º y 2º del artículo 1.467, a pesar de su aparente inaplicación conforme al artículo 67 LCCH *in fine*, el control de la regularidad formal del título y la indirecta observancia de la titularidad que deriva de dichos preceptos se mantiene plenamente vigente a los efectos del despacho ejecutivo. En ese sentido la práctica totalidad de la doctrina, por ejemplo, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil*, IV (con DE LA OLIVA), Madrid, 1992, pág. 81; MORENO CATENA, V., *Algunos problemas del juicio ejecutivo cambiario, cit.*, págs. 507-8; MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, 11, 2º (con ORTELLS, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN), Barcelona, 1994, pág. 23) L

(33) MONTERO -AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil, cit.*, págs. 41-4.

(34) RGD, 1992, pág. 2.219.

(35) En todo caso, es necesario reconocer que en el supuesto concreto de la Sentencia anterior, si la legitimación se hubiera controlado *in limine litis*, probablemente se habría impedido la realización de actividades jurisdiccionales inútiles.

(36) Todo ello sin perjuicio de que en el anterior esquema: 1º) Una misma persona puede ocupar distintas posiciones. por ejemplo, el aceptante que a su vez sea endosatario-endosante ... ; 2º) En una misma posición puedan concurrir distintas personas, como ocurre con los avalistas...

(37) MONTERO AROCA, J., *La naturaleza jurídica del juicio ejecutivo*, Revista de Derecho Procesal, 1993, pág. 295.

(38) ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo, cit.*, pág. 70.

(39) Ver GUTIÉRREZ DE CABIEDES y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, E., *La excepción dilatoria de falta de carácter*, en «Estudios de Derecho Procesal», Pamplona, 1974, págs. 245-99. MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil, cit.*, págs. 15-28.

(40) Nos remitimos a lo dicho sobre la misma por DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil*, 1 (con FERNÁNDEZ LÓPEZ), cit., págs. 421-38; Así como por MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, 1º (con ORTELLS, y GÓMEZ COLOMER), cit, págs. 14-30. Ver asimismo la SAP Madrid, Secc. 191, de 10 de febrero de 1993. RGD, 1993, págs. 6.273-5.

(41) Entre otras, ver la anterior SAP Madrid, Secc. 19ª, de 10 de febrero de 1993. RGD, 1993, págs. 6.273-5.

(42) Así MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, 1º (con ORTELLS, y GÓMEZ COLOMER), cit, pág. 21.

(43) Aunque el Tribunal Supremo ha venido incluyendo aquí la representación voluntaria, las cuestiones relativas a la misma realmente constituyen un tema de fondo en su aspecto subjetivo. Cuestiones que estudiaremos en el siguiente capítulo, entre las excepciones estrictamente cambiarias.

(44) MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil*, cit., pág. 20, entiende que el acreditar, con relación a la representación, no puede entenderse como una semiplena probatio sino como una prueba plena.

(45) MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil*, cit., pág. 27.

(46) Por ejemplo, GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., *Jurisprudencia cambiaria. Juicio ejecutivo*, Oviedo, 1991, 3ª ed., pág. 163-4; SOTO VÁZQUEZ, R., *Manual de oposición cambiaria*, Granada, 1992, págs. 84-93.

(47) Como es sabido, conforme al artículo 3 LEC todo litigante ha de comparecer en juicio por medio de procurador legalmente habilitado para funcionar en el Juzgado o Tribunal que conozca los autos, ya que sin tal exigencia los actos de la parte carecen de valor alguno. Al mismo tiempo, el artículo 10 prohíbe, salvo los supuestos que contempla, proveer cualquier solicitud que no lleve firma de abogado habilitado para ejercer su profesión en el órgano que conozca el proceso. Los artículos 3.2 y 503 LEC completan lo anterior en cuanto obligan necesariamente a acompañar con el primer escrito (demanda o contestación) el poder del procurador siempre que éste intervenga. Sin que pueda darse curso al mismo aunque se contenga la propuesta de presentarlo.

(48) GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., *Jurisprudencia cambiaria*, cit., pág. 163, entiende que la existencia de bastanteo, exigido con carácter general en el artículo 3 LEC, es requisito sin el cual no puede proveerse ninguna demanda. Por contra, SANZ LLORENTE, F. J., *La representación procesal y el poder para pleitos*, Granada, 1995, págs. 73 y ss., con base en la jurisprudencia más reciente, entiende que el férreo concepto que se ha tenido del bastante se desmorona dada su intrascendencia, toda vez que no genera perjuicio ni produce indefensión, y al anteponerse la realización de la justicia al cumplimiento de un mero formalísimo.

(49) El Tribunal Constitucional, por ejemplo en la Sentencia 21/1987, de 21 de enero, BOE de 10 de febrero, se ha pronunciado en el sentido de que no puede imponerse una sanción desproporcionada a una irregularidad procesal constitutiva de omisión subsanable sin dar la oportunidad de que efectivamente la subsanación se produzca (incluyendo la convalidación de los actos a los que nos referimos). Máxime cuando, con carácter general, el artículo 243 LOPJ impone la subsanabilidad de los actos de las partes que carezcan de los requisitos exigidos por la Ley. Ver, entre otras, las SAP de Oviedo, de 16 de mayo de 1989. RGD, 1989, pág. 3.896. Y de Barcelona, de 13 de noviembre de 1990. RGD, 1991, pág. 3.298.

(50) MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional*, II, 1º (con ORTELLS y GÓMEZ COLOMER), cit., pág. 157.

(51) Ver la SAP Madrid, Secc. 12ª, de 23 de junio, de 1990 RGD, 1991, pág. 3.298.

(52) RGD, 1991, pág. 5.509. Y, más técnicamente, la Sentencia de la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 10 de febrero de 1993 (RGD.1), 1993, págs. 6.273-5) afirma rotundamente y con gran acierto que:

«la falta de un presupuesto del proceso que oportunamente alegado y constatado impide que prospere la acción entablada, sin que a ello sea obstáculo el que este tipo de motivo de oposición no venga expresamente mencionado entre los que cita el artículo 67 de la Ley Cambiaria y del Cheque, pues es evidente que no se puede impedir la alegación en los juicios ejecutivos cambiarios de aquellos defectos que por constituir verdaderos presupuestos procesales eran perfectamente oponibles en toda clase de juicios por venir impuestos por normas procesales cuya observancia es de orden público y que son de obligado acatamiento por los órganos judiciales, cual sucede en el caso con el artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

(53) Así se mantiene por toda la jurisprudencia. por ejemplo, SSAP Las Palmas de Gran Canaria, Secc. 2ª, de 5 de abril de 1991. RGD, 1992, págs. 12.819-20; Castellón, de 23 de Octubre de 1991. RGD, 1992, pág. 9.163.

(54) GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, E., *La excepción dilatoria de falta de carácter*, cit., págs. 252. Añade este autor que además el distinto tratamiento se encuentra en cuanto a la acreditación de la excepción. Para que prospere respecto al actor basta que éste no acredite el carácter, pero si se refiere al demandado, debe carecer del mismo.

(55) MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional, II*, 1ª (con ORTELLS y GÓMEZ COLOMER), cit., pág. 82.

(56) MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil*, cit., pág. 111.

(57) Como ya hemos dicho, en ningún caso puede el demandado alegar su propia falta de capacidad para ser parte y procesal, ni su propia falta de postulación. Aunque con algunas dudas respecto a la primera, tanto esa última capacidad como todo lo referente a la integración de la postulación son cargas que corresponden al demandado.

(58) Por contra, MORENO CATENA, V., *Algunos problemas del juicio ejecutivo cambiario*, cit., pág. 5 12, entiende que la circunstancia de haberse firmado la letra por quien carecía de poder para obrar en nombre del demandado, tiene mejor sede en el motivo de nulidad del artículo 1.467.4 LEC.

(59) MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil*, cit., pág. 21.

(60) En similares términos se pronuncia MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil*, cit., pág. 22.

(61) Ver SAP Valencia, de 3 de mayo de 1990. RGD, 1990, pág. 6.065. Quizás por esa razón SOTO VÁZQUEZ, R., *Manual de oposición cambiaria*, cit., págs. 94-7, entienda (aventuradamente, a nuestro juicio), que el artículo 1.467 «se está refiriendo a la falta de legitimación pasiva cambiaria».

(62) El legislador sin duda pensaba en incluir con carácter general cualquier circunstancia relativa a la persona del demandante ejecutivo. Por ello, en los trabajos parlamentarios (ver Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 1985, núm. 293, págs. 9.131-2) su ponente (SOTILLO MARTÍ) manifiesta que «*La falta de personalidad del demandante está englobada en la excepción número 2 del artículo 67, la falta de legitimación del tenedor cambiario. Por tanto ahí entra todo el supuesto del tenedor de mala fe, de tenedor que sustrajo o robó la letra, del tenedor que no puede demostrar la cadena de endosos; en definitiva, de un acreedor no legítimo que no es tenedor cambiario, en términos legales, de la letra*»

(63) Por ejemplo, con la falta de competencia territorial en el juicio ejecutivo cambiario.