

PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN DEL PROYECTO DE LEY 121/000027 DE 2020 EN MATERIA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL PROCESO DE ADOPCIÓN JUDICIAL DE MEDIDAS DE APOYO A LA CAPACIDAD

Bárbara SÁNCHEZ LÓPEZ

Profesora Contratada Doctora interina

Universidad Complutense de Madrid

ORCID 0000-0002-8530-1907

§. La presente comunicación¹, defendida por escrito en la mesa dedicada a «Justicia y vulnerables por razón de discapacidad» del Congreso Internacional *Justicia y personas vulnerables en Iberoamérica y la Unión Europea*, celebrado en Cádiz los días 2, 3 y 4 de diciembre de 2020 y por cuya organización telemática quiero felicitar a los colegas de la Universidad de Cádiz capitaneados por el prof. ÁLVAREZ ALARCÓN, se centra en un aspecto concreto, delimitado y parcial del proyecto de ley núm. 121/000027, por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica²: la *legitimación* en el proceso de adopción judicial de medidas de apoyo a la capacidad, regulada en el actual artículo 757 LEC.

§. La legitimación es, como es sabido, un concepto funcionalmente necesario para el Derecho privado que admite ser considerado tanto desde una perspectiva estática, como desde una perspectiva dinámica. Desde la primera, la legitimación —califiquémosla así— *material* consiste en la posición legitimante en la que se halla un determinado sujeto para obtener concretas tutelas con fundamento en el Derecho sustantivo; o, dicho en palabras del maestro DE LA OLIVA SANTOS, consiste en «la cualidad de un sujeto jurídico concreto, consistente en hallarse, dentro de una situación jurídica determinada, en la posición que fundamenta, según el Derecho, el otorgamiento justamente *a su favor* de la

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “Tutela judicial no contenciosa en materia de personas mayores y menores de edad. Nuevos retos y propuestas de solución”, de referencia Ref. DER 2017-86838-P, dirigido por el Prof. Dr. D. JULIO BANACLOCHE PALAO y financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

² [BOCG, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie A, núm. 27-1, 17 de julio de 2020](#). Este *muy tardío* proyecto de ley adapta, por fin, la normativa española a la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en Nueva York el día 13 de diciembre de 2006 y prontamente ratificada por el Reino de España (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008), donde se encuentra en vigor desde el día 3 de mayo de 2008.

concreta tutela jurisdiccional pretendida (legitimación activa) o la exigencia, precisamente respecto de él, de las consecuencias del otorgamiento de una concreta tutela jurisdiccional (legitimación pasiva)»³. Esta legitimación material o *posición legitimante*, por su difícil separabilidad del enjuiciamiento fáctico y jurídico del asunto, no puede ni debe de suyo —sin perjuicio de excepciones claras, precisas y muy justificadas, como después se dirá— adelantarse a su examen en la sentencia de fondo, por la sencilla razón —en feliz expresión de GÓMEZ ORBANEJA— de que «lo que condiciona la acción (...) no puede a la vez condicionar el proceso en que se conoce de ella»⁴; y, de hecho, a tal fin está predispuesta la regla general de legitimación —esta sí, *procesal*— del nada pueril párrafo primero del artículo 10 LEC, que, con toda intención, atribuye legitimación *procesal* —pues en esto consiste la «Condición de parte procesal legítima», como dice su rúbrica— a quienes «comparezcan y actúen como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso»⁵. Así, *in statu assertionis*, cabe entender la explicación —aquí no hago sino seguir a mi maestro, el prof. DE LA OLIVA SANTOS— de que «la legitimación procesal proviene normalmente de la afirmación de la titularidad de un derecho (que no es el de acción) o de la afirmación de hallarse en una determinada situación jurídica material»⁶. Solo excepcionalmente y en expresos y específicos supuestos, es dable que la legitimación condicione no el signo estimatorio o desestimatorio de la resolución de fondo, sino —antes— el propio derecho constitucionalizado en el artículo 24.1 CE a que el proceso se desenvuelva regularmente hasta el dictado de la sentencia de fondo; y este es otro de los problemas que —desde una contemplación del momento dinámico del Derecho— se proponen atajar ciertas normas especiales de legitimación que han sido diseñadas para invertir la regla antes mencionada y que justifican que se hable también en estos casos de legitimación *procesal*. Desde esta otra consideración dinámica del inicio y el desarrollo del proceso civil, la legitimación cobra el valor negativo de «evitar que, sujetos ajenos al objeto del proceso, puedan intentar acciones temerarias en el caso de los

³ DE LA OLIVA SANTOS, A., “Artículo 10”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J., y BANACLOCHE PALAO, J., Madrid, 2001, pp. 93, y, por último, en *Curso de Derecho procesal civil I. Parte general*, con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J., 4.ª ed., Madrid, 2019, p. 444.

⁴ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal civil*, I, I, 4ª ed., Madrid, 1955, p. 137.

⁵ El tenor literal del artículo 10 LEC, bajo la rúbrica de *Condición de parte procesal legítima*, dispone lo siguiente: «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». Este segundo párrafo suele entenderse referido a los supuestos de legitimación extraordinaria, que ulteriormente cuenta con reglas especiales de legitimación, como el artículo 11 LEC.

⁶ DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional: la persona ante la administración de justicia*, Barcelona, 1980, p. 115.

actores, y que sujetos se vean perjudicados, no como actores, sino como demandados, obligándolos a todos los dispendios y contrariedades de un proceso»⁷. Se trata de supuestos en los que la propia situación legitimante del sujeto condiciona el derecho mismo a una resolución de fondo, normalmente, mediante la técnica de presentar a ciertas personas jurídicamente predeterminadas como los únicos sujetos habilitados legalmente para —según los dictados de cada regla procesal de legitimación— «*instar*» concretas tutelas, «*promover*» ciertos procesos o «*defender en juicio*» determinados derechos e intereses, como ilustra el artículo 11 LEC con la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios.

§. Pues bien, el artículo 757 LEC pasa por ser uno de estos supuestos de norma especial de legitimación. Su carácter especial radica en un doble motivo: (i) de un lado, en que aquí «la legitimación ordinaria no puede referirse a la afirmación de titularidad de un derecho subjetivo o a la imputación de una obligación, y ello simplemente porque no existe ni lo uno ni la otra»⁸, sino situaciones jurídicas en las que «la atribución de la legitimación es objeto de una determinación reglada (...) menos abierta que la legitimación por interés jurídico»⁹; y (ii) su especialidad también radica, de otro lado, en que esta regla es muy ilustrativa de que el tratamiento que se dispense en el proceso a un determinado elemento no está constreñido por su naturaleza jurídica, sino que puede obedecer a una ponderación del legislador sobre el adecuado equilibrio de los intereses en juego con la naturaleza de la figura en cuestión. Y aquí, en efecto, el legislador del artículo 757 LEC, tras una ponderación de los intereses que subyacen a estos procesos, ha tipificado expresamente qué cualidades subjetivo-materiales ha de reunir el actor —en qué posiciones legitimantes ha de encontrarse— para que el proceso consiga alcanzar la resolución de fondo, lo que viene indicado con el uso constante del verbo «*promover*», que expresa la idea de «impulsar el desarrollo o la realización de algo»¹⁰. Idea esta que, de nuevo, se recoge en el artículo Cuarto.Trece del proyecto de ley de 17 de junio de

⁷ DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional...*, cit., p. 20.

⁸ MONTERO AROCA, J., *De la legitimación en el proceso civil...*, cit., pp. 191-192; y, en el mismo sentido, DE LA OLIVA SANTOS, A., *Curso de Derecho procesal civil I*, cit., p. 445 y “Artículo 10”, *op. cit.*, p. 94.

⁹ ORTELLS RAMOS, M. “Capítulo 6. La legitimación”, *loc. cit.*, p. 123 (con la precisión de que, si bien este autor refiere la legitimación en este caso «para instar la incapacidad», luego no incluye este supuesto entre los supuestos susceptibles de recibir un tratamiento procesal anticipado).

¹⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.3 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [Fecha de la consulta: 22/11/2020].

2020, que propone la siguiente nueva redacción al artículo 757 LEC, que cambia su rúbrica por la de *Legitimación e intervención procesal*:

«1. El proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad puede promoverlo la propia persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y sus descendientes, ascendientes o hermanos.

2. El Ministerio Fiscal deberá promover dicho proceso si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no hubieran presentado la correspondiente demanda.

3. La declaración de prodigalidad solo podrá ser instada por el propio interesado, por su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, por los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos, así como por los representantes legales de cualquiera de ellos. Si no la pidieren los representantes legales, lo hará por ellos el Ministerio Fiscal.

4. Cuando con la demanda se solicite el inicio del procedimiento de provisión de apoyos, las medidas de apoyo correspondientes y un curador determinado, se le dará a este traslado de aquella a fin de que pueda alegar lo que considere conveniente sobre dicha cuestión.

5. Las personas legitimadas para instar el proceso de adopción de medidas judiciales de apoyo o que acrediten un interés legítimo podrán intervenir a su costa en el ya iniciado, con los efectos previstos en el artículo 13».

§. El aptdo. 1 del artículo. 757 proyectado vuelve a abrirse con el enunciado de que este proceso para la determinación judicial de apoyos a la capacidad de la persona «*puede promoverlo*» cualesquiera de las personas designadas como legitimadas —pero no otras—, que están tomadas de los derogados artículos 202-205 y 294 CC que pasaron al actual artículo 757 LEC, que fue puntualmente ampliado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de personas con discapacidad. La determinación de este abanico de sujetos obedece a la valoración jurídica de los vínculos familiares y afectivos que discurren entre los sujetos concernidos y, en todo caso, a la presencia del interés público en materia de apoyos a la capacidad jurídica que el Ministerio Fiscal tiene por misión defender. El círculo de personas legitimadas activamente que se propone en el proyecto de ley incluye, sin orden de prelación entre ellos, a:

(i) «*La propia persona interesada*». Esta es la referencia que se propone para sustituir la expresión «*presunto incapaz*» que introdujo la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, en el artículo 757 LEC, y que dejará de tener sentido tras la eliminación del concepto de capacidad de obrar (y la de su consecuente falta o situación de incapacidad/incapacitación). La redacción propuesta evita el reiterar la perífrasis

«persona con discapacidad» que ya abre este apartado¹¹, aunque calificarla como la «*persona interesada*» no es lo más correcto, por cuanto el interés jurídico es, a la postre, el sustrato legitimante *común* a todos los sujetos que menciona el artículo 757 y, sobre todo, porque posteriormente el aptdo. 5 vuelve a emplear la fórmula del «interés legítimo» para admitir la intervención procesal de terceras personas distintas de las personas legitimadas. Lo que, de verdad, cualifica y distingue la legitimación de la persona en situación de discapacidad de los restantes sujetos también legitimados activamente *ex* artículo 757 LEC, es que su legitimación no es contingente, sino *necesaria*, como se deduce de las exigencias del artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en razón a que en el seno de este proceso que se han de determinar los apoyos necesarios para el ejercicio de *su* capacidad jurídica. Por este motivo, entiendo que es más adecuado sustituir la referencia de «*la propia persona interesada*» por la de «*la propia persona en cuyo favor se hayan de determinar las medidas de apoyo*», que es fiel al espíritu de la Convención de Nueva York.

(ii) «*Su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable*». En este punto, se ha introducido —como había apuntado con buen sentido LAFUENTE TORRALBA¹²— el requisito negativo que el cónyuge o asimilado no esté separado legalmente o de hecho de la persona en situación de discapacidad, lo que debe valorarse positivamente porque evita la instrumentalización de este delicado proceso. Hay que señalar que, por la dificultad de probar hechos negativos, la acreditación de este extremo debe entenderse colmada, en el caso de uniones matrimoniales, con la presunción de convivencia del artículo 69 CC (que cesa legalmente —*ex* artículo 102 CC— con la admisión de demanda de separación, divorcio y nulidad matrimonial) y, en el caso de uniones paramatrimoniales, con el certificado del correspondiente registro administrativo autonómico y, en su defecto, con la acreditación de los requisitos que pida la respectiva norma aplicable.

¹¹ Las críticas a esta expresión pueden verse en LAFUENTE TORRALBA, A. J., “Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacitación judicial”, en *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, núm. 10 (2012), p. 124 (DOI: <https://doi.org/10.18172/redur.4107>; fecha consulta: 29/11/2020).

¹² LAFUENTE TORRALBA, A. J., “Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacitación judicial”, *loc. cit.*, pp. 131 y 132.

(iii) «*Sus descendientes, ascendientes o hermanos*». Hasta aquí llega el ámbito de los familiares legitimados, de los que el legislador ha excluido a sobrinos, primos y otros parientes, que habrán de acudir, aunque ya no se proponga decirlo expresamente el artículo 757 del proyecto, al Ministerio Fiscal, para que este proceda en consecuencia.

§. Lo anterior se completa con la norma del aptdo. 2 del artículo 757 LEC, que emplea también el verbo «promover» al tratar la legitimación subsidiaria de Ministerio Fiscal, con la lógica conversión en un deber jurídico-público de lo que para los particulares es un derecho («*el Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación...*»). Y con la norma especial del aptdo. 3 que regula la legitimación para solicitar la declaración de prodigalidad —de la que quedan excluidos, en este caso, los hermanos—, caracterizada por que los sujetos legitimados son parientes —o asimilados— asistidos potencialmente del derecho a alimentos.

§. Una ausencia del artículo 757 que propone el proyecto es la relativa a la legitimación pasiva de la persona en situación de discapacidad, que resulta todavía más llamativa a la vista de que este artículo pasará a llevar por rúbrica el título *Legitimación e intervención procesal*. Sin embargo y contradictoriamente, no es en este artículo 757, sino en el artículo 758 LEC, relativo a la personación del demandado, que disciplina materialmente la comparecencia en el proceso de la persona en situación de discapacidad, donde hay que buscar y *deducir* —pues es un error confundir personación con legitimación¹³— que la legitimación pasiva la ostenta siempre la persona en situación de discapacidad, salvo cuando promueva el proceso, en cuyo caso la posición pasiva la ocupará formalmente el Ministerio Fiscal (a excepción de que este decida colocarse en el papel de parte activa y deba nombrarse entonces un defensor judicial a aquélla)¹⁴. En el artículo 757 que nos ocupa, la norma que más se acerca a regular la legitimación pasiva —de forma bastante defectuosa, por cierto— está en el aptdo. 4, de nuevo cuño, que, aunque no emplea abiertamente esta noción, alude ella mediante una perífrasis de equivalente valor que

¹³ ORTELLS RAMOS, M., y CUCARELLA GALIANA, L., “Artículo 757. Legitimación en los procesos de incapacitación y de declaración de prodigalidad”, en *Proceso civil práctico*, dir. Gimeno Sendra, V., t. X, 4.ª ed., Las Rozas, 2010, pp. 130-131.

¹⁴ En el mismo sentido, por todos, ORTELLS RAMOS, M., y CUCARELLA GALIANA, L., “Artículo 757”, *ibidem*, y “Artículo 758. Personación del demandado”, *Proceso civil práctico*, dir. Gimeno Sendra, V., t. X, 4.ª ed., Las Rozas, 2010, pp. 160-161. El artículo 758 LEC, que se ocupa de la representación y defensa de la persona en situación de discapacidad, es objeto de reforma para clarificar este panorama.

impone la necesidad de dar traslado de la demanda a quien venga propuesto en ella como curador¹⁵. No estaría de más reformular este apartado para que contemple con suficiente claridad y sin temores la legitimación pasiva en este proceso, aunque no es fácil acertar a dar con una redacción “políticamente correcta”, que no emplee adverbios tales como «contra» o «frente», a los que se atribuyen inmerecidas connotaciones peyorativas. Si damos por equivalentes perífrasis tales como «emplazar» o «dar traslado», al modo en que el artículo 758 LEC lo hace con la personación, el aptdo. 4 del artículo 757 del proyecto podría quedar diciendo algo parecido a esto: *«4. Con la admisión de la demanda de provisión de apoyos a la capacidad de una persona, se emplazará a esta, si no ha sido la promotora del proceso, para que comparezca y alegue lo que a su derecho convenga con plenitud de derechos procesales. Lo mismo se observará cuando en la demanda se proponga el nombramiento como curador de persona determinada»*. O también puede pensarse en incluir esta previsión no en el artículo 757 LEC, sino —con muy poco retoque de su rúbrica, para dedicarlo a la legitimación pasiva y a la comparecencia de la parte demandada— en el artículo 758 LEC.

§. Retomemos, en fin, la idea de que la legitimación activa en este proceso admite un control de oficio anterior al fondo del asunto. Así lo apreció, todavía bajo la vigencia de la LEC de 1881, el Tribunal Supremo, en su [STS \(Sala 1ª\) núm. 681/2004, de 7 de julio de 2004 \(ECLI: ES:TS:2004:4866\)](#), en la que, desde la consideración de que es posible apreciar de oficio la falta de esta legitimación activa incluso en casación, anuló una sentencia de incapacitación absoluta patrimonial de tres hermanas dictada en el proceso promovido por una sobrina carnal de las presuntas incapaces. La demandante —dice la sentencia— *«carecía legalmente de legitimación para pedir su incapacitación»*, *«pues el*

¹⁵ La legitimación pasiva del llamado como curador debería deducirse de la previsión general del artículo 5 LEC, que exige dirigir la demanda contra las personas a que hayan de afectar directamente los pronunciamientos que se pretenden del tribunal, que en este caso es la pretensión de que se designe curador a persona determinada, quien, a resultas de la sentencia, tendrá nuevas obligaciones y cargas; razón por la cual, mientras no se resuelva definitivamente el proceso mediante sentencia firme, debe reconocérsele legitimación y autonomía para poder defender lo que a su derecho convenga (en sentido contrario al que alguna Audiencia resuelve; p. e., AAP Barcelona, Secc. 13ª, núm. 56/2019 de 7 de marzo (ECLI: ES:APT:2019:203A)). El proyecto de ley diluye su legitimación pasiva al limitarse a mencionar que puede presentar alegaciones para —como se dice en la Exposición de motivos— *«contar con más datos acerca de su disponibilidad e idoneidad para asumir tal encomienda»*. Esto no cambia, a mi juicio, que, de conformidad con las previsiones del artículo 5.2 LEC, la demanda que incluya ya la designación nominatim de curador, ha de dirigirse también frente a esta persona como legitimado pasivo y con plenitud de derechos, cargas y obligaciones procesales como parte del proceso, sin que baste la mera previsión de ser oído sobre su disponibilidad, pues no le ha de resultar indiferente jurídicamente que la extensión de los actos en los que deba concurrir como curador sean unos u otros.

derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el art. 24.1 de la Constitución a todas las personas en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos es de configuración legal, como en ininidad de ocasiones ha declarado el Tribunal Constitucional, y en consecuencia cabe su restricción normativa en determinadas materias por más que en la demanda se invoque, e incluso en el proceso se justifique, un interés que en abstracto pueda considerarse legítimo pero que la ley no ha configurado como tal». La estimación de este defecto condujo a casar la sentencia de apelación y a desestimar la demanda «*por falta de legitimación activa de dicha demandante y sin prejuzgar la existencia o inexistencia de causa legal de incapacidad*». Esta precisión la hizo el TS entonces, porque el artículo 1252 CC, derogado por la LEC de 2000, afirmaba que «*en las cuestiones relativas al estado civil de las personas (...) la presunción de cosa juzgada es eficaz contra terceros, aunque no hubiesen litigado*» y, con la entonces extendida opinión de que la cosa juzgada material se formaba sobre el fallo de la sentencia y no sobre sus fundamentos jurídicos, un pronunciamiento tal que se limitara a desestimar la demanda sin expresar que la causa de la desestimación se hallaba en la falta de legitimación activa de ese concreto demandante habría podido inducir al error de excluir un segundo proceso iniciado por alguno de los sujetos que sí ostentan legitimación. Hoy en día estas razones decaen por varios motivos.

§. En la actualidad, la razón del control de oficio y previo al fondo del asunto de la legitimación activa del demandante no radica ya en la inconveniencia de dictar una sentencia que despliegue *erga omnes* eficacia de cosa juzgada material¹⁶. Tampoco radica en la mayor o menor facilidad de acreditar en concreto la legitimación activa de los sujetos beneficiados por la regla, porque se trata de una verificación preliminar que no resulta especialmente gravosa para quienes se encuentran en las situaciones legitimantes previstas en la norma. Y lo mismo puede decirse de la inconveniencia de adelantar cuestiones de fondo, porque el examen de la legitimación activa del artículo 757 LEC —esto es, circunscrita a este específico— no empeña ni prejuzga la decisión sobre el fondo

¹⁶ El aptdo. 3 del artículo 222 LEC anuda *de lege lata* la eficacia *ultra partes* de la cosa juzgada material de estas sentencias no a la firmeza de la sentencia, sino a «*su inscripción o anotación en el Registro Civil*», lo que presupone la estimación de la demanda y, con ella, el establecimiento *ex novo* o la alteración de medidas de apoyo preexistentes de la capacidad jurídica, que es lo que da acceso registral a la sentencia; las sentencias desestimatorias, por no suponer una variación de la situación jurídica preexistente, carecerá de acceso registral y, con ello, *de lege lata*, de eficacia *ultra partes* —no *inter partes*— de cosa juzgada material.

del asunto, que radica en la determinación de eventuales medidas de apoyo a la capacidad de una concreta persona. La razón por la que, en la actualidad, cabe atribuir a estas reglas de legitimación del artículo 757 LEC un tratamiento preliminar radica en evitar que el proceso se convierta —tanto personal, como institucionalmente— en un *trastorno en sí mismo*, como sucede solo en especialísimos procesos —como el que ahora nos ocupa, de provisión de apoyos a la capacidad—, en los que es posible apreciar su falta sin casi margen de error¹⁷. En los procesos de provisión de apoyos a la capacidad, no tiene ningún sentido tramitar un proceso completo, con la audiencia de parientes, entrevista de la persona en situación de discapacidad y dictámenes periciales de orden jurídico, social y sanitarios que imponen como preceptivos el artículo 759 LEC, para terminar, a la postre, apreciando en la sentencia que no se estima la demanda ni se establecen las medidas de apoyo —tal vez, muy necesarias para la concreta persona en cuestión—, por falta de legitimación activa de el/la sobrino/a o de un guardador de hecho. No debe extrañar, pues, que observemos que, en evitación de esta indeseable resultado, no pocos tribunales que verifican de oficio este control de la legitimación activa del demandante con el resultado bien de inadmitir la demanda, bien de archivarlo, sin llegar a dictar sentencia sobre el fondo¹⁸.

§. Pues bien, aun desde mi adscripción al derecho de acción en sentido concreto, es dable postular que, en el proceso especial que ahora nos ocupa, en el que se pide y obtiene una tutela jurídica objetivizada que no pone en riesgo un “derecho subjetivo privado” del justiciable que formula la pretensión, la falta de legitimación activa es susceptible de ser erigida —y es razonable hacerlo en estos casos, a la luz del principio de proporcionalidad— en un *óbice procesal* mediante la técnica de emplear reglas especiales de legitimación de las que se deduzca de forma más o menos explícita que el desarrollo del proceso —su

¹⁷ Así, ORTELLS RAMOS, M. “Capítulo 6. La legitimación”, *loc. cit.*, p. 137. Este es el riesgo del que perennemente ha avisado DE LA OLIVA SANTOS ante toda pretensión de examinar anticipadamente la legitimación del demandante: «(...) el Derecho prefiere correr el riesgo de permitir el desenvolvimiento de algunos procesos civiles enteros a consecuencia de demandas absurdas a correr otro riesgo mayor y más grave: el de que se deniegue justicia in limine litis a causa de la errónea y/o arbitraria aplicación de una norma general que ordenase o autorizase rechazar ad initio las demandas por manifiesta falta de legitimación (*Curso de Derecho procesal civil I. Parte general, cit.*, p. 455).

¹⁸ Es ilustrativa de esta línea la postura que mantiene la Sección 18ª de la AP Barcelona de verificar el control de la legitimación activa a lo largo y ancho del proceso como muestran su AAP núm. 674/2018 de 12 de diciembre (ECLI: ES:APB:2018:7701A), que inadmite la demanda presentada por defensora judicial de la discapaz, y no por el Ministerio Fiscal; y su AAP núm. 78/2009, de 27 de marzo (ECLI: ES:APB:2009:2421A), en un caso en el que se inadmitió la legitimación de un sobrino y de la hija del conviviente *more uxorio* de la persona discapaz. También ha verificado este control el AAP Gerona (Secc. 2ª) núm. 207/2002, de 31 de diciembre de 2002 (ECLI: ES:APGI:2002:1350A).

desenvolvimiento eficaz— queda condicionado a que el justiciable *alegue y acredite* encontrarse en determinadas posiciones legitimantes. Es razonable —en otras palabras— configurar el art. 757 LEC como un conjunto de reglas de legitimación que piden la *alegación* y la *acreditación iniciales* de encontrarse el demandante en una de las situaciones legitimantes. Esto, hoy, tiene por todo fundamento legal la interpretación *a contrario* del artículo 757 LEC, y, concretamente, el sentido del verbo «promover». Pero, con todo, persiste todavía el problema —a falta de una previsión legal ulterior— de determinar qué momento es el más idóneo para hacerlo, lo que, por defecto, aboca a tratarlo en la misma sentencia de fondo (en parte por la rigidez y el desuso de las cuestiones incidentales —en este caso, de previo pronunciamiento— de los artículos 387 y ss. LEC).

§. En este punto, entiendo que, por un lado, demorar el control de la legitimación activa del promotor del proceso a la vista de juicio verbal resulta tardío puesto que muchas de las pruebas preceptivas —y, con ellas, no pocas molestias personales y gran parte de los dispendios procesales que llevan aparejadas— ya habrán tenido lugar, aunque, por otro lado, adelantarlo al momento de admisión de la demanda debe tener en cuenta dos consideraciones. La primera radica en que un control procesal tan prematuro carece del soporte legal expreso que requiere el artículo 403 LEC, pese a que, no obstante esto, algunos tribunales lo hacen así, a raíz de la STS 681/2004 mencionada. Podría pensarse que este inconveniente es eventual y que el artículo 403 LEC podría cambiarse, pero razones superiores aconsejan no introducir una norma general en el artículo 403 LEC que abra la puerta a permitir en todo proceso civil que un concepto tan poliédrico como la legitimación condicione la admisión de la demanda¹⁹. Esto conduce, como segunda consideración, a centrarse en encontrar la solución dentro del propio proceso de provisión de ayudas a la capacidad, puesto que si de lo que se trata es de evitar que el proceso perturbe innecesariamente a la persona discapacitada, con derroche también de los medios de la Administración de justicia, debería articularse un control de oficio de la legitimación activa que: (i) haga posible que el promotor pueda subsanar la falta de acreditación suficiente de sus condiciones legitimantes —como, especialmente, la convivencia de hecho—, para evitar abocarlo a un segundo proceso para subsanar las deficiencias (con los consecuentes trastornos para unos y otros); y (ii) que este control de oficio consienta,

¹⁹ *Vid.* lo dicho en nota 18.

en cualquier caso, que el Ministerio Fiscal pueda, como garante de la legalidad y defensor público del interés público, asumir la conducción del proceso quedando como parte activa²⁰.

§. En estas condiciones, lo más respetuoso con el artículo 24.1 CE es que la finalización del proceso a causa de una falta de legitimación activa del promotor del proceso de provisión de apoyos a la capacidad, se produzca de oficio, después de admitir la demanda y de dar traslado de la misma al Ministerio Fiscal, si este no fuera el promotor. A tal fin, no sería necesaria una reforma del artículo 403 LEC, pero sí podría considerarse una reforma puntual del apartado 1 de artículo 757 LEC para que, con la inclusión de los términos «alegar y acreditar», pudiera conectarse con el apartado 2 del artículo 403 LEC. En este sentido, visto que los tribunales ya están procediendo a examinar la concurrencia de la legitimación del artículo 757 LEC a través del propio proceso, brindando la oportunidad de subsanar defectos y deficiencias, podría redundar en una mayor calidad y claridad del apartado 1 del artículo 757 LEC proponer la modificación del apartado 1 del artículo 757 LEC para que tenga la siguiente redacción: *«El proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad puede promoverlo la propia persona a quien se refieran los apoyos y quien alegue y acredite ser su cónyuge no separado de hecho o legalmente o encontrarse en una situación de hecho asimilable, y sus descendientes, ascendientes o hermanos»*.

§. Con esta modificación será posible entender que el artículo 757 LEC, en unión del artículo 403.2 LEC, constituyen una base legal suficiente para controlar la legitimación activa como presupuesto que, si bien no debe condicionar el acceso inmediato al proceso (terreno que, como muestra el propio artículo 758 LEC, relativo a la capacidad y comparecencia del demandado, nos sitúa ante el falso dilema de la «aporía de los presupuestos procesales»), sí debe supeditar su desarrollo o desenvolvimiento inmediato posterior.

²⁰ Como así se permitió, p.e., en el caso considerado en la SAP Barcelona (Secc. 18ª) núm. 38/2020, de 21 de enero (ECLI: ES:APB:2020:240), en cuyo seno el Ministerio Fiscal, en el acto de la vista, modificó sus peticiones iniciales para sostener la procedencia de acordar medidas de apoyo a la capacidad.