

DERECHO PROCESAL CIVIL
COMERCIAL Y LABORAL

TRATADO DE LA TERCERIA



JUAN FRANCISCO MUJICA
DONACION

345. 71
P63T

R.3680

J. RAMIRO PODETTI

Profesor de la Facultad de Derecho de Buenos Aires

Miembro titular de la Academia Argentina de Derecho Procesal y honorario
de la Mexicana y del Instituto Peruano de la misma materia.

DERECHO PROCESAL CIVIL COMERCIAL Y LABORAL

(DOCTRINA, LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA)

TRATADO DE LA TERCERIA

LIBRERIA EDITORIAL TEMIS LTDA.

Calle 18 No. 6-45

BOGOTA - COLOMBIA



EDIAR Soc. ANÓN. EDITORES

Sucesores de Compañía Argentina de Editores, S. R. L.

BUENOS AIRES

JUAN FRANCISCO MUJICA
DONACION

*Queda hecho el depósito
que exige la ley*

COPYRIGHT by

EDIAR Soc. Anón. EDITORES
ores de Compañía Argentina de Editores, S. R. L.
Tucumán 826
Buenos Aires

1949

Impreso en la Argentina
Printed in Argentina

REPERTORIOS DE FALLOS UTILIZADOS

1º *Sentencias de la Suprema Corte de la Nación Argentina*. Publ. dirigida por Roberto Parry. Ed. Jur. Bs. Aires. Las citas se hacen de acuerdo a la edición original. Forma de citar: S. C. Fallos, 45, 185.

2º *Repertorio de la Jurisprudencia Civil*, por F. A. Hernández. Bs. Aires, Imp. Lit. y Enc. Chacabuco 664-670, 1899, tomos 1º y 2º. Las citas se hacen por serie, tomo y página; así: Ant. Cám. Civ. Cap. S. I, 2, 214. Tomo 3º (tomos 70 a 134 de la colección). Las citas se hacen por tomo y página; así: Ant. Cám. Civ. Cap., 88, 125.

3º *Jurisprudencia de los Tribunales nacionales*. Pub. de la Inspección de Justicia. Bs. Aires, Tipografía de la Prisión Nacional. Las citas se hacen con indicación del tribunal, mes, año y página; así: Cám. Fed. Cap., oct. 1911, 98.

4º *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Las citas se hacen por tribunal, tomo y página, así: Cám. Com. Cap., Jur. Arg., 45, 168.

5º *Jurisprudencia de Mendoza*. Publicación Oficial. Las citas se hacen por tribunal, tomo y página, así: Cám. Com. Mend., Jur. Mend. III, 153.

6º *Jurisprudencia de Tucumán*. Publ. Oficial. Las citas se hacen por tribunal, tomo y página; así: S. C. Tuc. Jur. Tuc. XVI, 97.

PROPOSITOS Y PLAN

Desde que inicié el estudio intensivo del derecho procesal, tuve el propósito de escribir una serie de manuales teórico-prácticos sobre instituciones procesales. Careciendo de tiempo para realizar de inmediato una obra completa sobre derecho procesal civil y no estando obligado a seguir un curso regular, por no ser profesor de la materia, se me ocurrió que dicho plan era el más cómodo y mi obra podía ser útil. Pero creí un deber de estudioso exponer primero, ordenada, aunque sintéticamente, mis conceptos sobre el derecho procesal; a ello se debió "Teoría y técnica del proceso civil" (Ensayo de una sistemática del derecho procesal argentino) que amplié y sistematicé luego en sus bases fundamentales en "Trilogía estructural del proceso civil".

He elegido el estudio de la tercera como materia del primer tratado, por varios motivos. En primer lugar, porque existen pocas obras especiales sobre el tema y ninguna, que yo sepa, de autor argentino. En segundo lugar, porque es materia deficientemente reglamentada por las leyes procesales, no obstante el uso y abuso que se hace del instituto¹. Y en tercer lugar, porque me pareció conve-

¹ Aun cuando el empleo de "instituto" como "institución" pueda ser considerado un neologismo, no me resulta fácil prescindir del empleo del vocablo instituto, en el sentido indicado. Por otra parte, entre nosotros al menos, es corriente la nueva acepción de esta palabra.

niente estudiar, reunidos y sistematizados, una serie de procesos que tienen, como característica común, la intervención en el pleito de personas distintas de los sujetos originarios.

Pero, aparte de la utilidad práctica que deriva de reunir todas estas instituciones que tienen algún elemento común y dejando a un lado el concepto doctrinario que inspira este libro, no puede discutirse que, como enseña Chiovenda, "La correlación de instituciones diferentes, pero que tienen elementos comunes, hace frecuentemente brillar luces nuevas o, al menos, resplandores que descubren nuevos aspectos de las cosas o son causa de nuevas reflexiones"².

Me propongo, pues, definir y sistematizar los procesos con intervención efectiva o posible de terceros, considerando la doctrina, la legislación nacional y las soluciones que nuestros tribunales han dado a la ley.

Por razones doctrinarias y de utilidad práctica, dividiré este tratado en secciones, éstas en capítulos y los capítulos en párrafos. Cada sección, aparte de la destinada a generalidades, abarca un tipo de tercería, según el interés sustancial que protege. Los capítulos y párrafos llevan numeración corrida, para facilitar las citas.

El plan general comprende diez tratados independientes, en uno o dos volúmenes cada tratado. En ellos será estudiada, en forma exhaustiva, toda la materia correspondiente al derecho procesal civil.

Se incluirá en la obra el proceso laboral, los comerciales y todos aquellos normados por leyes especiales o que resultan de los códigos civil y comercial.

El primer tratado comprenderá la parte general; el segundo el proceso ordinario (común, sumario, sumarísimo y procesos referentes al estado civil de las personas); el tercero los procesos compulsorios (ejecutivo típico y acelerados); el cuarto los procesos universales; el quinto los

² Instituciones de Derecho Procesal Civil. Trad. Gómez Orbaneja, Madrid, 1936-I-Prólogo.

*procesos por división de bienes, mensura, deslinde, expropiación, interdictos, posesión treintañal y desalojo; el sexto procesos arbitrales y periciales y otros procesos atípicos; el séptimo la tercería, el octavo las medidas cautelares; el noveno el proceso laboral. El décimo será destinado a la actualización de los tratados precedentes y a los índices generales*³.

³ El plan expuesto está sujeto a modificaciones, máxime estando en vísperas de una reforma procesal, que abarcará todos los fueros.

SECCION I

P A R T E G E N E R A L

CAPÍTULO I

ESBOZO DE LEGISLACIÓN COMPARADA

1. Diferencias fundamentales en la legislación contemporánea. — 2. Clasificación.

1. Diferencias fundamentales en la legislación contemporánea.

La legislación actual sobre la tercería difiere considerablemente de unos países a otros: 1º, en cuanto a las instituciones creadas para la defensa del interés de los terceros y a la amplitud de las mismas y 2º, en cuanto a la técnica sistemática con que han sido concebidas y ubicadas dichas instituciones.

En cuanto a lo primero, algunos países sólo prevén la tercería en juicio ejecutivo, como Paraguay, Perú y España, aunque estos dos últimos hacen extensivo ese procedimiento a las tercerías deducidas en juicios de otra índole. Otros se refieren también a la tercería en juicio ordinario (Uruguay) y a otras instituciones afines, aunque esquemáticamente (Chile) y otros, en forma más amplia a la intervención voluntaria o coactiva del tercero, incluyendo expresa o tácitamente, las diversas situaciones posibles, (Alemania, Austria, México, Brasil) y por último, otros disciplinan, además, un procedimiento típico, que es la oposición del tercero a la sentencia (Francia, Italia, Holanda y algunos

cantones suizas, estos últimos sólo en caso de dolo o fraudes) ⁽¹⁾.

El nuevo código italiano ⁽²⁾, por sus conocidos antecedentes doctrinarios, merece una referencia aparte. En este moderno cuerpo legal, al considerar el "ejercicio de la acción", (Libro I, tít. IV), se prevé el litisconsorcio necesario y la posible integración del litigio por mandato judicial (art. 102), el litisconsorcio facultativo (art. 103), la intervención voluntaria adhesiva (art. 105), la intervención por pedido de parte (art. 106), la intervención por iniciativa judicial (art. 107), la substitución del litigante garantizado por el garante (art. 108), la exclusión del demandado, cuando éste deposita la cosa reclamada a fin de que se entregue a quien resulte titular del derecho (llamamiento del pretendiente) (art. 109) y la sucesión a título universal (art. 110) o singular (art. 111). En el libro segundo ("Del proceso de conocimiento"), título III, capítulo IV, se norma la oposición de terceros a la sentencia, incluso de causahabientes y acreedores de las partes (arts. 404 a 408). Y en el libro III ("Del proceso de ejecución") se reglamenta la intervención de los acreedores en la ejecución en general (arts. 498 a 500), en la mobiliaria (525 a 528), en la inmobiliaria (563 a 566), la ejecución contra el tercero propietario del bien afectado a la deuda que se ejecuta (arts. 602 a 604) y la oposición del tercero que se considera propietario o titular de otro derecho real sobre los bienes embargados (arts. 619 a 622).

En cuanto a lo segundo, o sea la sistematización de estos institutos, observamos que algunos códigos sólo incluyen una sección en el título del juicio ejecutivo (Paraguay, España, Perú) y otros incluyen, además, un título sobre la tercería en juicio ordinario (Uruguay) o algunas disposi-

⁽¹⁾ Galluppi Enrico, "Teoría della opposizione del terzo", Torino 1895.

⁽²⁾ *Código de Procedimiento Civil Italiano*, trad. de los Dres. de Cellis y Dassen, Bs. As. 1944.

ciones en la parte general (Chile); otros reglamentan dentro del juicio tipo la tercería y en los recursos extraordinarios la oposición de terceros a la sentencia (Francia). Otros países reúnen en un título de la parte general, todo lo relativo a la intervención de terceros en el proceso, sin perjuicio de referirse a la oposición a las ejecuciones en el título correspondiente a éstas (Alemania, Austria, Hungría, Japón, México, Brasil) ⁽³⁾. En cuanto a Italia, vimos ya que en el ejercicio de la acción, sistematiza todas las posibles intervenciones de terceros, se refiere a la oposición de terceros a las sentencias en el libro dedicado al proceso de conocimiento y a la oposición e intervención de terceros en los diversos supuestos de juicios ejecutivos, en el libro a éstos dedicado. Es una verdadera sistematización técnica y exhaustiva.

2. Clasificación.

Una clasificación medianamente aceptable, que facilite el estudio comparativo de las leyes extranjeras respecto al tema general de la intervención de terceros en el proceso, en los diversos supuestos, es tarea difícil, por las diferencias, substanciales o de detalles que existen entre ellas. Por otra parte, la doctrina que se ha desarrollado alrededor de esas leyes, da a la tercería fundamentos de los más diversos (efectos de la cosa juzgada, derecho de accionar y derecho de intervenir, clases de tutela judicial de los bienes, etc.), como diversos son los puntos de vista bajo los cuales la clasifican.

A simple título enunciativo y prescindiendo de detalles, pueden agruparse los códigos que he mencionado, en tres grupos: 1º, Códigos que solamente reglamentan la defensa del interés del tercero, cuando se embargan sus bienes o es preterido en sus derecho sobre el producido del bien

(3) SEGNI ANTONIO: *L'Intervento Adesivo*, Roma 1919.

embargado (España, Paraguay ⁽⁴⁾, Perú ⁽⁵⁾, Chile ⁽⁶⁾). 2º. Códigos que reglamentan o admiten diversas clases de tercerías e instituciones conexas (Austria ⁽⁷⁾, Alemania ⁽⁸⁾, Uruguay ⁽⁹⁾, México ⁽¹⁰⁾, Brasil ⁽¹¹⁾, Estados Unidos ⁽¹²⁾, Italia.) 3º. Códigos que además de la tercería, conceden a los terceros la oposición a la sentencia (Francia ⁽¹³⁾, Italia, Holanda y algunos cantones suizos).

Los códigos que reúno en el primer grupo, consideran a la tercería como instituto propio de la ejecución, y alrededor de ella reúnen sus normas. Extensivamente la admiten (unos más que otros), en juicios de otra índole, pero siempre considerándola como institución encaminada a evitar los efectos de la ejecución en bienes de terceros o a hacer participar a éstos en el producido de aquélla. Es la característica de la legislación española que siguen o han seguido la mayoría de los códigos de los países hispano-americanos.

Los códigos del segundo y tercer grupo, ven la tercería o intervención u oposición, como indistintamente la lla-

(4) GONZÁLEZ EMETERIO: *Leyes de organización y procedimientos para la justicia nacional*, Asunción 1902.

(5) CORNEJO GUSTAVO A., *Código de Procedimientos Civiles*, Lima 1912.

(6) *Código de Procedimiento Civil de la República de Chile*, Imprenta Santiago, Santiago de Chile, 1919.

(7) EUSEBIO LUDOVICO, *Diritto Giudiziario Civile Austriaco*, Torino 1901.

(8) *Código. Procesal Civil Alemán* (Z.P.O.); GOLDSCHMIDT JAMES, *Derecho Procesal Civil*, 1936.

(9) *Código de Procedimiento Civil de la República Oriental del Uruguay*, Montevideo, Lib. Nac. 1929. COUTURE EDUARDO J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Bs. As. 1942.

(10) *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Nacionales*, México.

(11) *O novo Código de Processo Civil e Comercial*, Río de Janeiro, 1939.

(12) WYNESS MILLAR ROBERT, *Le regole federali del 1938 sul processo civile*, en *Rivista di diritto Processuale Civile*, XVII-141.

(13) GARSONNET E. y CH. BRU, *Precis de Procedure Civile*, París 1904. JAPIOT R., *Traité Elementaire de Procedure Civile et Commerciale*, París, 1916. ZARZIKI, *De la demande en justice*, París 1937.

man, como procedimiento destinado a defender el interés de terceros en el proceso. Por ello consideran extensivamente ese interés y amplían las instituciones disciplinadas expresamente a tal fin. En ellos, la tercería en juicio ejecutivo es, o una oposición a la sentencia o un medio de hacer participar al tercero en la distribución (accesión).

Entre estos países puede a su vez distinguirse la tendencia latina de conceder la oposición al cumplimiento de la sentencia ("tierce opposition" y "opposizione del terzo" en Francia e Italia, respectivamente) y la germana de prescindir de esta institución, sin perjuicio de que el tercero se defienda con el principio negativo de la cosa juzgada ("res inter alios judicata aliis non praejudicare").

CAPÍTULO II

LEGISLACIÓN NACIONAL

3. Diferencias en la legislación nacional. — 4. Clasificación. — 5. Primer grupo. 1º Procedimiento Federal. (Ley 50). — 6. 2º Capital Federal. — 7. 3º Prov. de Corrientes. — 8. 4º Prov. de Salta. — 9. Segundo grupo. 1º Prov. de Buenos Aires. — 10. 2º Prov. de Entre Ríos. — 11. 3º Prov. de La Rioja. — 12. 4º Prov. de Jujuy. — 13. Tercer grupo. 1º Mendoza. — 14. 2º Prov. de San Juan. — 15. 3º Prov. de San Luis. 16. 4º Prov. de Santiago del Estero. — 17. Cuarto grupo. 1º Prov. de Santa Fe. — 18. 2º Prov. de Córdoba.

3. Diferencias en la legislación nacional.

Los códigos procesales argentinos difieren considerablemente en cuanto a la extensión del interés de terceros que protegen y aún a las instituciones que para la defensa de tal interés disciplinan.

Los códigos procesales argentinos siguen dos tendencias; la amplia que adoptó la ley mendocina de 1880, inspirada en esta parte, en el Conde de la Cañada y la restrictiva que siguió la ley española de 1881. Nuestra doctrina moderna retorna a la vieja tradición española, pero escindiendo la institución en dos, la tercería y la intervención, criterio que no comparto por los motivos que puntualizaré más adelante.

En los primeros años de la era independiente, cuando aún nos regíamos por la legislación colonial, apenas modificada por algunos reglamentos patrios, se admitían solamente las tercerías de mejor derecho y de dominio en juicio ejecutivo. Castro ⁽¹⁾, siguiendo a los prácticos españoles,

(1) MANUEL ANTONIO CASTRO, *Prontuario de práctica forense*, Buenos Aires, 1834, p. 189.

las clasifica en coadyuvantes al actor o al reo y excluyentes. Admite, para el tercero que acredita "incontinenti" el dominio, el alzamiento del embargo en incidante, sin forma de juicio. En el *Manual del Abogado Americano*, poco anterior al libro de Castro, se expresan, con mayor brevedad, ideas análogas. Acepta la apelación de la sentencia por "todos aquellos a quienes perjudique, aunque no hayan litigado" (2).

No obstante esas diferencias, que destacaré a continuación, se nota en los fallos de los tribunales una gran uniformidad, que atribuyo a que la doctrina nacional no se ha ocupado, hasta época muy reciente, sino de la tercería por embargo de bienes y en especial, de las deducibles en juicio ejecutivo. Sobre las mismas ideas han versado en consecuencia, la mayoría de los casos planteados, sin aplicar, sino muy limitadamente, las disposiciones legales que prevén, con carácter amplio, la intervención de terceros en toda clase de procesos.

4. Clasificación.

Los códigos argentinos de derecho procesal vigentes, pueden clasificarse, en cuanto a la forma como reglamentan la intervención de terceros en el proceso, en cuatro grupos: 1º Aquellos que norman esa intervención solamente en el juicio ejecutivo (Ley 50, Capital Federal, Corrientes, Salta y Tucumán); 2º Aquellos que también norman esa intervención en el juicio ejecutivo, pero la hacen extensiva a cualquier juicio donde se embarguen bienes (Buenos Aires, Entre Ríos, La Rioja y Jujuy); 3º Aquellos que reglamentan, separadamente, las tercerías en general y las tercerías en juicio ejecutivo (Mendoza, San Juan, San Luis y Santiago del Estero); 4º Aquellos que reglamentan, junto

(2) *Manual del Abogado Americano*, por D. J. E. de O., París 1827, II, p. 128.

a la tercería, otras instituciones conexas (Santa Fe y Córdoba).

En la reseña subsiguiente, sólo me ocupo de las normas reunidas bajo el rubro común de tercería, sin mencionar las demás disposiciones legales que se refieren a otras instituciones similares, como el litisconsorcio, citación de evicción, citación de acreedores con hipoteca o prenda, etc., a las cuales he de referirme en los capítulos pertinentes de esta obra.

5. A. Primer grupo. 1º Procedimiento Federal (Ley 50).

En el título XXIV "Del juicio ejecutivo", en cuatro artículos (301 a 304), prevé la tercería de dominio, que llama excluyente y de preferencia, que llama coadyuvante (art. 301). Prevé la suspensión del ejecutivo igual que el de la Capital (art. 302), autoriza la ampliación del embargo (art. 303) y la prosecución de la ejecución en los bienes embargados no comprendidos en la tercería (art. 304).

6. A. 2º Capital Federal.

Como Sección III, del Título XIV "De las ejecuciones", reglamenta las tercerías en seis artículos (529 a 534). Se refiere a las tercerías en juicios ejecutivos, de dominio o de preferencia, disponiendo que se sustancien en expediente por separado y en juicio ordinario (art. 529), con ejecutante y ejecutado (art. 532). Dispone que la tercería de dominio suspende la ejecución después de la sentencia de remate (art. 530) y la de preferencia antes del pago (art. 531). Autoriza al ejecutante a pedir ampliación de embargo (art. 533), disposición que debió ser ubicada en la Sección I del Título y establece sanción para el caso de connivencia entre tercerista y ejecutado (art. 534).

7. A. 3º Provincia de Corrientes.

Como el precedente, el código de esta provincia trata de la tercería como Sección III del Título XIV (“De las ejecuciones”), dedicándole seis artículos (518 a 523), que siguen, a la letra, las disposiciones ya citadas del código de la Capital Federal.

8. A. 4º Provincia de Salta.

Igual que el de la Capital Federal, en el Título XIV “De las ejecuciones”, como Sección III “De las tercerías”, reglamenta en siete artículos (490 a 496), las tercerías de dominio o de preferencia, que se deduzcan en los juicios ejecutivos (art. 490). A la tercería de dominio se le dará curso, si el derecho del tercerista resultase “prima facie” acreditado, suspendiéndose en tal supuesto el juicio ejecutivo (art. 491 modificado por ley 570).

La de preferencia suspende el pago y, si el derecho del tercerista resulta reconocido, puede intervenir en la ejecución (art. 492).

En lo demás, sigue al código de la Capital con algunas ampliaciones sobre privilegio de las costas del ejecutivo (art. 492 infine), perentoriedad de términos y prohibición de nuevas tercerías por el mismo tercerista, sus sucesores o cesionarios por hechos o títulos anteriores a la iniciación de la primera tercería (art. 493) y oportunidad de deducir la tercería (art. 496).

9. B. Segundo grupo. 1º Provincia de Buenos Aires.

Como Título XV y a continuación del Título XIV que trata de las ejecuciones, reglamenta, en ocho artículos (574 a 581), las tercerías. Empieza restringiendo la institución: “Las tercerías deben fundarse en el dominio de los bienes embargados o en el derecho que el tercero tenga de ser pagado con preferencia al embargante”.

“Unas y otras deben sustanciarse en expediente por separado” (art. 574). Reglamenta luego las tercerías en juicio ejecutivo, estableciendo los recaudos que deben acompañarse a la de dominio para que se le dé curso (art. 575). Establece en seguida los trámites (arts. 576 y 578) y los efectos sobre el principal (art. 577). Autoriza al ejecutante a solicitar ampliación de embargo (art. 579) y sanciona la connivencia del tercerista con el ejecutado o embargado (art. 580). Termina normando el levantamiento de embargo mediante un trámite sumario (art. 581).

10. B. 2º Provincia de Entre Ríos.

En el Capítulo IX del Título V “De los incidentes”, legisla, en ocho artículos, lo referente a tercerías, siguiendo en gran parte, el código de la Capital. El artículo 388 reproduce los arts. 529 y 532 del código de la Capital. Prevé luego el supuesto de ejecutado rebelde (art. 389) y en seguida reúne los arts. 530 y 531 del código de la Capital (art. 390). Autoriza al tercerista coadyuvante a intervenir en ciertos trámites del principal (art. 391), y al ejecutante para pedir ampliación de embargo, copiando el artículo 533 de la Capital (art. 392). Luego sanciona la connivencia entre tercerista y ejecutado (art. 393) y permite, como el código de la provincia de Buenos Aires, el levantamiento de embargo, mediante un procedimiento sumario (art. 394). Termina haciendo extensivas las disposiciones reseñadas a las tercerías “que se dedujeren en los procedimientos para la ejecución de las sentencias, y en cualquier otro juicio o incidente en que se proceda por embargo de bienes (artículo 395).

11. B. 3º Provincia de La Rioja.

En forma similar a los precedentes y con solo modificaciones de forma, reglamenta este código las tercerías en nueve artículos de la Sección IV del Título XVIII “De

los incidentes". Limita las tercerías a las de dominio y de preferencia (art. 1195), determinando sus efectos sobre el principal (arts. 1196 y 1197) y el trámite (art. 1198). Autoriza al coadyuvante a intervenir en ciertos trámites del principal (art. 1199) y al ejecutante a pedir ampliación de embargo (art. 1200). Sanciona la connivencia del tercerista y del ejecutado (art. 1201) y prohíbe segunda tercería "por título que hubiese poseído el tercero al tiempo de entablarse la primera" (art. 1202). Por último hace aplicables las normas reseñadas a las tercerías "que se dedujeren en el juicio de apremio y en cualquier otro juicio o incidente en que se proceda por embargo de bienes" (artículo 1203).

12. B. 4º Provincia de Jujuy.

Como el de la Capital Federal norma las tercerías como Sección III del Título XIV referente al juicio ejecutivo. Sigue a la letra a ese código, en los cinco primeros artículos (558 a 562), modifica luego el que sanciona la connivencia entre tercerista y ejecutado, disponiendo se remitan los antecedentes al juez del crimen, cuando haya "ndicios" de esa connivencia (art. 563) y agrega dos artículos: el 564 que fija la oportunidad para deducir la tercería de dominio y el 565 que hace aplicable lo dispuesto sobre las tercerías a "cualquier otro juicio o incidente en que se proceda por embargo de bienes".

13. C. Tercer grupo. 1º Provincia de Mendoza.

En el Título X "De los incidentes", del Libro Primero "Disposiciones generales y juicio ordinario", como Sección V, dividida en dos párrafos, se disciplinan las tercerías en dieciséis artículos (649 a 664). El primer párrafo, "De las tercerías en general", empieza con un concepto genérico que permite deducir tercería en defensa de cualquier interés legítimo: "Los que sin ser parte en un juicio pen-

diente, tuviesen, sin embargo, en él algún interés legítimo, podrán intervenir en el procedimiento, aun sin ser citados, en cualquier estado en que se encuentre, con arreglo a las disposiciones que siguen" art. 649). Determina luego la clase de interés alegado que debe ser "cierto y positivo susceptible de una acción en juicio" (art. 650). Fija luego los efectos de la tercería coadyuvante, que no puede "retrogradar ni suspender el curso de la causa" principal (art. 651). Concede al tercero el derecho de apelar o de adherir al recurso (art. 652), fijando los efectos de la sentencia respecto al tercerista coadyuvante (art. 653). Se ocupa en seguida de la tercería excluyente que "se tramitará por el mismo orden que la demanda primitiva con el demandante y demandado, suspendiéndose el curso de aquella hasta que ambas se pongan en igual estado y se puedan seguir y sentenciar juntas en el mismo expediente" (art. 654) y fija la oportunidad de deducir esta clase de tercerías (art. 655). El segundo párrafo "De las tercerías en juicio ejecutivo", reglamenta las de dominio y preferencia, la forma de su sustanciación (art. 656), requisitos para dar curso a la de dominio (arts. 657 y 21 ley 434), oportunidad de deducirla (art. 658) y efectos sobre el principal (arts. 659, 21 ley 434 y 1 ley 444). Suspensión del pago en las de preferencia (art. 660); trámite de la tercería en caso de que el ejecutado en el principal hubiese sido declarado rebelde (art. 661) y derechos del coadyuvante a intervenir en el principal (art. 662). Por último autoriza al ejecutante a pedir ampliación de embargo (art. 663) y a continuar la ejecución sobre los bienes no comprendidos en la tercería (art. 664).

Estas disposiciones no son originales del doctor Angel D. Rojas, autor del código, ni tomadas del código de la Capital. Casi todas aparecen ya en la "Ley de enjuiciamiento civil de la Provincia de Mendoza de 1880, proyectada por los doctores C. S. de la Torre, José V. Zapata y Federico

Corvalán. Esta ley, siguiendo la buena práctica, lleva notas que determinan el origen de cada norma y facilitan su interpretación. La nota al primer artículo del Título XII “De las tercerías”, Sección I “De las tercerías en general” o sea el el 519, dice textualmente: “El artículo habla del que sin ser parte en una instancia ya comenzada entre otros tuviere sin embargo un interés legítimo que hacer valer en ella; tal sería por ejemplo el vendedor en el pleito seguido contra el comprador y viceversa; el que quiere demandar una cosa objeto ya de litigio entre otros con exclusión del derecho de éstos, etc., etc. Sobre el procedimiento que este y los artículos siguientes sancionan dirigido a prevenir la multiplicidad de los pleitos como el peligro de contradicción en las resoluciones judiciales y a evitar además todo con-cierto fraudulento de las partes litigantes en perjuicio de terceros, hemos consultado principalmente, aunque sin adoptarlas del todo, las conclusiones del Conde de la Cañada en su obra *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, Parte 2ª, Capítulo IX y siguientes, que pueden leerse”.

Recién en la Sección II “De las tercerías en el juicio ejecutivo”, se citan los arts. 996, 997, 999 y 1000 de la ley española de enjuiciamiento (1855), como antecedentes de los artículos 530 a 533 de esa Sección.

14. C. 2º Provincia de San Juan.

El código sanjuanino sigue al de Mendoza en la forma de reglamentar las tercerías. Les dedica la Sección V, del Título XIX “De los incidentes”, del Libro II “De los juicios”. En 16 artículos (1012 a 1027) agrupados también en dos párrafos, norma, de manera casi idéntica al de Mendoza, las tercerías en general y en juicio ejecutivo. La subdivisión de algún artículo, cambios de redacción, la supresión del artículo que califica el interés que debe ostentar el tercero y alguna otra de menor importancia, son las únicas diferencias entre este código y el de Mendoza.

15. C. 3ª Provincia de San Luis.

Como Título XIX y a continuación del Título XVIII, que trata de las ejecuciones, reglamenta en dos capítulos que contienen 15 artículos, lo referente a las tercerías (artículos 808 a 822). El primer capítulo "De las tercerías en los juicios declarativos", sigue, en lo sustancial a los Códigos de Mendoza y de San Juan, aproximándose más a este último.

Se refiere al trámite de la tercería coadyuvante (artículo 808) y de la excluyente, cuando la causa principal está en primera instancia (art. 809) y en segunda instancia (art. 809) y en segunda instancia (art. 810). Equipara a los terceristas, en cuanto a los efectos de la cosa juzgada a los litigantes principales (art. 811). Determina que los terceristas "deben fundar su derecho en un interés propio", que "debe ser positivo y cierto en su existencia, aunque su ejercicio esté sujeto a un plazo convencional" (art. 812). Autoriza a disponer se continúe el juicio principal suspendido "cuando aparezca manifiesto que el tercero proceda sin derecho y sólo para entorpecer el juicio" (art. 813).

El capítulo II "De las tercerías en los juicios ejecutivos", sigue, casi literalmente, al Título XV del código de la provincia de Buenos Aires.

16. C. 4ª Provincia de Santiago del Estero.

Como Título XVI de la Sección IV "Juicios de procedimiento especial" del Libro II "Juicios contenciosos", reglamenta el código de esta provincia, en dos capítulos conteniendo 15 artículos (702 a 716), las tercerías.

El capítulo I "Tercerías en general", sigue en lo fundamental a los códigos precedentes. Fija quienes pueden intervenir en juicios pendientes y la forma de la presentación (art. 702). Reglamenta luego la tercería coadyuvante (art. 703), la excluyente cuando el proceso principal está

en primera instancia (art. 704) y en segunda (art. 705). Autoriza a deducir recursos (art. 706) y amplía los efectos de la cosa juzgada a los terceristas (art. 707).

El capítulo II “Tercerías en juicio ejecutivo”, contiene algunas novedades, siguiendo al código de Santa Fe. Después de limitarlas a las de dominio o POSESIÓN de los bienes embargados o al derecho de preferencia (art. 708), norma el trámite (arts. 709 y 710) y fija los efectos sobre el principal, autorizando la suspensión de los trámites de cumplimiento de la sentencia de remate, no sólo cuando el tercerista haya justificado “prima facie” el derecho invocado, sino cuando preste fianza para responder a los posibles perjuicios (art. 711). Sanciona la connivencia (art. 712), prohíbe la segunda tercería (art. 713) y autoriza un trámite sumario para ciertos supuestos de levantamiento de embargo (art. 715). Por último, fija un plazo de 15 días “desde la traba de embargo o desde que el interesado tuvo noticia de ella, o desde que se rechazó el pedido de levantamiento de embargo” para deducir la tercería de dominio, “so pena de abonar las costas por su presentación tardía”.

17. D. Cuarto grupo. 1º Provincia de Santa Fe

Este código ha reunido, bajo el rótulo genérico de “Tercerías”, como Título IV del Libro IV “Juicios y Procedimientos especiales”, la “tercería en juicio declarativo” (Sección I), la “tercería en juicio ejecutivo” (Sección II), la “acción subrogatoria” (Sección III) y la “intervención de terceros” (Sección IV).

En la primera Sección norma, en tres artículos, la tercería coadyuvante (art. 523), la excluyente (art. 524) y la cosa juzgada (art. 525).

En la segunda Sección, en seis artículos, reglamenta el trámite de las tercerías de dominio o posesión y preferencia, en juicio ejecutivo (art. 526).

Prevé los efectos sobre el principal y autoriza la sus-

pensión de éste, de acuerdo a la prueba y también dando fianza (art. 527). Se refiere al caso de tercería que se tramite ante un juez de "mayor jurisdicción" ("rectuis" competencia) (art. 528) y autoriza al tercerista de mejor derecho a intervenir en las actuaciones relativas al remate de los bienes (art. 529).

Permite el levantamiento de embargo con trámite sumario (art. 530) y establece el plazo para la deducción de la tercería de dominio, disposición que ha reproducido el código de Santiago del Estero.

En la tercera Sección, disciplina, en cinco artículos, el trámite del proceso en el cual un acreedor ejercita la acción subrogatoria. Después de referirse a la forma del juicio, según sea la acción en la cual se subroga el acreedor (art. 532), dispone que junto con el demandado se cite al titular de la acción a fin de que pueda oponerse si ya ha iniciado el juicio o desea proseguirlo, en cuyo caso el actor puede seguir como su coadyuvante (art. 533). Regla luego la posición del deudor que no se opone (art. 534), la del acreedor si el proceso hubiese sido ya iniciado (art. 535) y la cosa juzgada (art. 536).

Por último, la cuarta sección, en dos artículos, reglamenta una extraña intervención de terceros, que no asumen "el carácter de parte" (art. 538). El artículo 537 que define esta institución reza textualmente: "Todo el que sin ser parte en juicio tenga interés legítimo en su solución, podrá intervenir espontáneamente o ser citado a los mismos fines de oficio o a petición de parte tomando el proceso en el estado en que lo encuentre".

18. D. 2º Provincia de Córdoba³

Como Capítulo 2º "Intervención de terceros en el juicio"; del Título II "Partes" del Libro I "Disposiciones comunes a los juicios", reúne en 18 artículos las dispo-

(3) Código sancionado en 1942 (Ley 3981).

siciones referentes a tercerías en cualquier clase de juicios y en aquéllos donde hay embargo de bienes, a la citación de evicción y saneamiento y a la acción subrogatoria.

En primer lugar trata de la llamada intervención de terceros; en cuanto a sus efectos (art. 56), a la suspensión del principal (art. 57), a la impugnación por el tercero de su citación (art. 58), a su concurrencia (art. 59), a la intervención coadyuvante y a la intervención excluyente (art. 60) y a los recursos (art. 61).

Luego se ocupa de la “tercería por embargo de bienes”, refiriéndose a las de dominio, posesión y preferencia (art. 62), a la comprobación “ab-initio”, del dominio o posesión invocados (art. 63), a los efectos de la tercería sobre el principal (arts. 64 y 65), al pedido de levantamiento de embargo, sin deducir tercería (art. 66) y a la prohibición de nueva tercería (art. 67).

En tercer lugar se ocupa de la “evicción y saneamiento”, reglamentando quiénes y en qué oportunidad pueden solicitar la citación (art. 68), sus efectos (art. 69) y la situación de los citados que equipara a los terceros llamados a juicio (art. 70).

Por último, reglamenta el ejercicio de la “acción subrogatoria” disponiendo que se cite también al titular del derecho (art. 71), fijando los efectos de la comparecencia o no de éste, los casos de que haya o no otro juicio iniciado (art. 72) y la cosa juzgada (art. 73).

CAPÍTULO III

CONCEPTOS GENERALES Y SISTEMATIZACIÓN DOCTRINARIA

19. Planteo. — 20. Concepto de tercería. — 21. Interés substancial y legitimación. — 22. Caracteres del interés en obrar. — 23. Fundamentos y causas de la acción concedida al tercerista. — 24. Legitimación sustancial. — 25. Legitimación para obrar y contradecir según Nencioni. — 26. Consecuencias doctrinarias y prácticas de la exposición precedente, en la realidad procesal. — 27. Clasificación: 1º Interés propio, originario, directo y excluyente. — 28. 2º Interés propio, originario, directo y no excluyente. — 29. 3º Interés propio, originario, e indirecto. — 30. 4º Interés propio, no originario. — 31. 5º Interés ajeno. — 32. La clasificación expuesta ante la triple base del proceso.

19. Planteo.

La ordenación de los elementos que caracterizan e individualizan las diversas instituciones creadas por las leyes procesales, admitidas por los jueces en sus sentencias o previstas por la legislación de fondo, que permiten la intervención de terceros en un proceso, es tarea difícil. Máxime si, como en mi caso, hay el propósito de extraer y de destacar de esa ordenación, puntos comunes que permitan UNIFICAR todas esas instituciones, sistematizándolas orgánicamente.

Generalmente se encara el problema que me ocupa partiendo de los efectos de la cosa juzgada o con más precisión, de los límites subjetivos de la cosa juzgada material. Vale decir, se consideran los efectos de la sentencia, para deducir de ellos cuando un tercero está legitimado activa o pasivamente para inmiscuirse o ser llamado a inmiscuirse en una litis existente entre otras personas. Se refuerzan

en unos casos, se limitan en otros, los elementos que surgen de este antecedente en cuanto validan diversas instituciones procesales, con las ideas de INTEGRACIÓN de la litis o del proceso, de CONTINENCIA de la causa, de ECONOMÍA PROCESAL, etc.

El planteo del problema resulta así complejo, oscuro y de difícil solución. No se llega, por ese camino, a una sistematización adecuada de las diversas instituciones que se dirigen a proteger el interés de los terceros, ni tampoco a su fundamentación dogmática.

A mi juicio, no debe empezarse por el acto judicial que soluciona la litis, sino por el acto inicial del proceso, o sea por la facultad de pedir protección jurídica al Estado y encararse el problema considerando la triple estructura del derecho procesal.

Una elaboración total de las instituciones procesales que me ocupan, requiere su visión y en consecuencia su comprensión, a través de las bases necesarias del derecho procesal: jurisdicción, acción y proceso. Pero como aquí no se trata del conocimiento integral y genérico del fenómeno procesal, sino del conocimiento específico de algunas de sus instituciones, el orden en el cual han de utilizarse esas bases varía y así las enfocaré, sucesivamente, desde el ángulo de la acción (base de la sistematización), desde el ángulo de la jurisdicción y desde el ángulo del proceso.

Desde el ángulo de la acción, destacaré las condiciones del ejercicio de la primera facultad del plexo o sea la de pedir protección jurídica. Ello me permitirá dar una primera justificación de la tercería y un firme apoyo para sistematizar sus diversas instituciones, según el GRADO y caracteres del interés del accionante, como asimismo de las FACULTADES del tercerista y de los otros sujetos del proceso, dentro de éste.

Desde el ángulo de la jurisdicción, además de los problemas vinculados a la competencia y a las facultades ju-

diciales para integrar el proceso, encontraré una segunda justificación de la tercería.

Y desde el ángulo del proceso, además de encontrar una tercera justificación de la tercería, destacaré las formas que la intervención de terceros da al procedimiento.

20. Concepto de tercería.

Antes de dar comienzo a la investigación indicada, debo aclarar el sentido que doy al vocablo "tercería", aunque ello represente un anticipo de mis conclusiones.

En su acepción común, aun dentro del vocabulario jurídico, tercero es una persona ajena a una relación o a una controversia suscitada entre otras. En ese sentido se emplea el vocablo en la institución que reglan todas nuestras leyes procesales o sea la tercería en juicio ejecutivo.

Yo lo empleo con un significado más amplio, que es diverso del precedente. El proceso común y también considerado históricamente, tiene dos sujetos: actor y reo o demandado, que con el juez, constituyen la trilogía romana que da origen a la idea de relación jurídica. Simples o compuestos, los sujetos clásicos son dos: actor (Primus) y demandado (Secundus). Pero puede intervenir, voluntariamente o por llamado de las partes o del juez, antes o después de trabada la contienda, otro sujeto (Tertius), que bien puede ser actor (como litis-consorte, coadyuvante, substituto o sucesor del actor) o demandado (en iguales supuestos) o bien ser actor contra actor y demandado, pero que es SIEMPRE un nuevo sujeto distinto físicamente de los anteriores y jurídicamente también, aún cuando sea sólo en matices de su interés.

A este NUEVO SUJETO, lo llamo tercerista o tercero, con el significado de que no es Primus (actor originario), ni Secundus (demandado originario). Así, llamo tercerista: al llamado en garantía (real o personal), al denunciado por el ficto poseedor y a todo aquel que por su interés propio

directo o por defender un interés ajeno a fin de defender el propio, sea ese interés originario o por cesión, sucesión o substitución, interviene en un proceso pendiente, sea como litisconsorte de los sujetos originales, en lugar de uno de ellos o en forma excluyente.

Se dirá que el empleo del vocablo tercería con la amplitud reseñada puede inducir a equívoco a quien no esté en antecedentes del significado procesal que le asigno, pero igual objeción puede hacerse al término, generalmente empleado por los procesalistas, de intervención. En cuanto al concepto de proceso con pluralidad de partes o de litis (Carnelutti), puede observarse que algunas figuras de la tercería (tercerista que substituye al citante) quedarían fuera, aparte de que hace mención del instrumento (proceso) no de quien lo usa (litigante).

Carnelutti intenta solucionar el problema de la división del interés en litigio, que provoca la substitución procesal, la tercería coadyuvante y el litis-consorcio, con la formación de lo que llama PERSONA COMPLEJA. Y el de la tercería excluyente o agresiva, con la formación de la LITIS DOBLE. Sea A (actor), B (demandado) y C (tercerista) que intenta excluir a ambos. Para Carnelutti hay una litis entre A y B y otra entre C y el titular del derecho que éste pretende. ¿Pero si A y B se pretenden TITULARES de un mismo derecho (caso de reivindicación)? Habría tres litis: A contra B; C contra A y C contra B..., lo cual complica en lugar de simplificar ⁽¹⁾.

En resumen, cuando posteriormente a la demanda o sea al ejercicio por el actor de la facultad de pedir protección jurídica, interviene otro u otros sujetos (fuera del demandado o demandados contra quienes se dirigió la demanda), substituyendo o coadyuvando o no, a/o con los sujetos principales, sostengo que hay TERCERÍA. Puede haber plu-

(1) FRANCISCO CARNELUTTI, *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, Barcelona 1942, pág. 33.

ralidad de actores o de demandados o no, puede haber un nuevo sujeto frente a actor o demandado originario (Tertius en sentido restringido o clásico) o no. Puede haber una o varias litis o controversias.

21. Interés sustancial y legitimación.

No hay, ni puede haber un límite preciso, que fije “a priori” hasta donde llega en la doctrina y en la práctica, o hasta dónde puede llegar, lo que llamo tercería, como no hay posibilidad de establecer una separación neta entre normas procesales o instrumentales y sustanciales o materiales. El proceso en sus formas particulares, como complejo de hechos y de seres humanos, es variable hasta el infinito y lo hacen necesario. Sus formas, pues, aún cuando finito, como son los factores que lo constituyen, lo deter-
tengan la relativa permanencia que les da la ley, tienen que adaptarse constantemente a lo que deben contener. Y el entrecruzamiento, la subordinación, la conexidad de los intereses materiales a los cuales sirve el proceso, producen situaciones que no han sido previstas y que no pueden serlo, por su infinita variedad. Así, desde el INTERÉS de un acreedor, en que otro no liquide todos los bienes del deudor común, hasta el INTERÉS del “dominus” de que no se ejecute un bien propio, atribuyéndolo a un tercero, hay una gradación insensible en la legitimación del tercero para ser sujeto de un proceso, que afecta o puede afectar ese interés. Y aquí surge el problema crucial de la institución “in genere”, ¿cuándo el interés del tercero, le legitima para concurrir al proceso ya iniciado? ¿Cuándo para deducir OTRO proceso?

La figura del tercero que concurre al proceso por un interés indirecto (interés propio en defender un interés ajeno), asume parecidos muy grandes con la representación en juicio, con el mandato.

En otros supuestos, si la reunión de los sujetos de un

proceso es contemporánea a la iniciación del proceso o la substitución anterior a la deducción de la demanda, no puede hablarse de "tercero" que interviene en causa, tales los casos de litisconsorcio inicial no ampliable y de la sucesión anterior al proceso. En los casos de substitución procesal en los cuales el sustituido no interviene, hay siempre un tercero en potencia.

Modernamente se concibe la acción como un plexo de facultades jurídicas, privadas y públicas que corresponden a los individuos para reclamar al Estado el ejercicio de la jurisdicción y al Estado mismo para instruir el proceso y actuar la ley. (2).

La primera de esas facultades, que es de carácter privado, pero que tiene también una finalidad pública, es la de pedir protección jurídica al Estado, reclamando el ejercicio por éste de la jurisdicción. Tomando la parte por el todo, esa facultad, que da andamio al proceso civil, se ha llamado acción y a sus condiciones o requisitos se les denomina condiciones o requisitos de la acción. Esos requisitos constitutivos como los llama Calamandrei, son tres para la doctrina de este maestro; un cierto hecho específico jurídico o sea una cierta relación entre un hecho y una norma (fundamentos), la legitimación y el interés procesal. De la conjunción de estos tres elementos nace el interés legítimo de obrar, tomando el vocablo interés en sentido amplio y comprensivo de la situación material y jurídica del individuo que va a recurrir a los jueces y que es el interés al cual me he referido precedentemente.

22. Caracteres del interés en obrar.

Ese interés en obrar (accionar), que da la legitimación para demandar y contradecir y por ende, para accionar o

(2) PODETTI J. R. "*Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*" en Rev. Der. Proc. II. 1ª Parte, 147. Véase también CALAMANDREI "*Instituciones de Derecho Procesal Civil*" Bs. Aires 1943, 158.

contradecir como tercerista, puede tener diversos caracteres, que determinan los grados de ese INTERÉS.

1º El interés en obrar, es generalmente PROPIO, en el sentido de personal, pero en los casos de legitimación familiar o colectiva, puede ser ajeno.

2º Puede ser ORIGINARIO, en el sentido de haber nacido en el sujeto que lo ejercita o puede ser no originario, transmitido por sucesión, si nació en otro sujeto distinto a quien lo ejercita.

3º Puede ser DIRECTO, en el sentido de perseguir su satisfacción, sin dependencia del interés de otro o INDIRECTO, cuando la satisfacción del propio interés se obtiene a través de la consecución del interés de otro.

4º Puede ser excluyente, en el sentido de no admitir ser ejercitado por otro, como sujeto primario al menos y no ser excluyente cuando debe o puede ser ejercitado por otro u otros.

5º Puede incidir sobre todo o parte del proceso, o necesariamente sólo sobre parte del proceso.

23. Fundamentos y causas de la acción concedida al tercerista.

De la gradación de ese interés, totalizado, surgen, las diversas categorías de terceristas y de la consideración en particular de cada uno de los elementos allí contenidos, el fundamento, la legitimación y el interés procesal de la tercería.

Al garantizar la Constitución Argentina, la inviolabilidad de los derechos (art. 18) ha dado base constitucional a los terceros, cuyos intereses jurídicamente protegidos pueden ser lesionados por un proceso, para intervenir en él, como lo ha declarado la Suprema Corte Nacional de Justicia.

Objetivamente, el proceso mismo es un hecho que puede producir la lesión, que da origen al interés ("latu sensu"), que protege la acción.

He sostenido que el interés jurídico que protege la acción “puede provenir de la acción (“rectius” comisión) u omisión consciente o involuntaria de un tercero (conflicto); de un hecho o estado de la naturaleza (muerte, insanía, minoridad); de un hecho propio (errores u omisiones al redactar un acta del registro del estado civil) o simplemente de una situación jurídica (condominio, sociedad) ⁽³⁾, porque en cualquiera de esos supuestos existe un menoscabo, oscurecimiento o desvalorización del derecho. Ahora bien, ese estado de menoscabo o incertidumbre del propio derecho, puede derivar o surgir también de un PROCESO PENDIENTE o que se inicia entre otras personas; consecuentemente, la facultad de pedir protección jurídica también puede ejercitarse en ese supuesto, en las diversas formas en las cuales se puede intervenir en un proceso ya iniciado por otros.

24. Legitimación sustancial.

La legitimación para obrar (activa) o para contradecir (pasiva), es la vinculación que surge entre la persona que demanda o la persona demandada y un hecho específico en relación con una norma jurídica. Suele por eso llamársele también cualidad, y es una vinculación que emana de la ley, pues sólo ésta puede LEGITIMAR para poner en movimiento al poder jurisdiccional.

Esta legitimación puede ser individual o colectiva, puede corresponderse con el titular originario del derecho sustancial que sirve de fundamento a la demanda o no. Refiriéndose a este interesante aspecto de la legitimación, dice Calamandrei ⁽⁴⁾: “Sin embargo, también cuando la controversia se refiere a un derecho subjetivo privado, puede ocurrir que, excepcionalmente se verifique aquella atribución a personas diversas del derecho y de la legitimación que permite ver también prácticamente la distinción entre estos

⁽³⁾ “Teoría y técnica del proceso civil”. Bs. As. pág. 138.

⁽⁴⁾ Op. citada, pág. 187.

dos momentos de la acción. Esto puede suceder, por ejemplo, cuando la relación jurídica substancial tenga lugar no entre DOS SUJETOS, sino entre una PLURALIDAD de sujetos activos o pasivos: en casos semejantes puede ocurrir que la ley establezca que CADA UNO de los sujetos activos y pasivos esté legitimado por sí solo para obrar o contradecir en juicio en cuanto a toda la relación (véase, por ejemplo, lo que dispone respecto a obligaciones solidarias, el art. 1184 Código Civil de 1865) o bien que la misma ley disponga que el juez no pueda pronunciar sobre la relación si no actúan o no están llamados a contradecir TODAS las personas que, según el derecho substancial están interesadas en la relación misma" (litisconsorcio necesario). Más adelante agrega: "Otros casos en los que se ve clara la distinción entre los sujetos de la relación substancial y los legitimados "ad causam" se puede verificar cuando haya tenido lugar una SUCESIÓN en la relación substancial, especialmente si ésta se ha verificado durante un proceso ya en curso..."

Esta legitimación disgregada de la relación substancial, da origen a la que el maestro florentino llama legitimación por categorías (por ejemplo en los juicios por "status" familiar) y legitimación pública (cuando se concede el ejercicio de la acción civil a funcionarios del ministerio público).

En el caso de que varias personas estén legitimadas para ejercitar una determinada acción, esa legitimación puede ser INDIVIDUAL o COLECTIVA; en el primer supuesto, cada uno de los legitimados puede iniciar el proceso, sin perjuicio de que los demás comparezcan VOLUNTARIAMENTE al mismo como terceristas coadyuvantes (litisconsorcio voluntario). Si la legitimación es COLECTIVA, el proceso no puede válidamente ser instruido, si sólo lo inicia uno. En tal supuesto, el actor, el juez y el demandado, deben tener la facultad de hacer CITAR a juicio a los demás legitimados.

De las consideraciones precedentes surge, a mi juicio,

que es erróneo sostener que ciertas figuras de la tercería (“ad-adyuvandum”) no dan al tercerista carácter de parte (o sujeto procesal, como yo le llamo). Entiendo que SIEMPRE y en todos los supuestos, el interviniente es SUJETO del proceso (elementos activos, como los he llamado) ⁽⁵⁾, aunque, en ciertos casos y estableciendo una gradación en el interés que los legitima, pueda hablarse de “sujetos secundarios”, ya que al ostentar un menor interés substancial, son portadores de menores facultades y cargas dentro del proceso.

Pero sí pueden ejercer algunas de las diversas facultades que integran la acción, quedan sometidos a la cosa juzgada y son sujetos activos del proceso. No son funcionarios, ni auxiliares de la justicia, es decir, no integran el órgano jurisdiccional sino que son elementos subjetivos (activos) del proceso en el cual intervienen.

25. La legitimación para obrar o contradecir, según Nencioni.

Esta idea de la legitimación para obrar o contradecir, como base de la intervención de terceros, aparece nítida en Nencioni ⁽⁶⁾, quien clasifica a los terceros en cinco grupos, según su posición con respecto a la cuestión litigiosa, clasificación que sigue el grado progresivo de su interés substancial, con relación al interés sustancial discutido.

A) INDIFERENTES, carecen de legitimación para intervenir.

B) INDIRECTAMENTE, las pretensiones de las partes pueden producirles un gravamen de hecho a su derecho (caso de los acreedores con respecto a su deudor ejecutado por otro); en este supuesto el tercero puede o no estar legi-

⁽⁵⁾ *Teoría y técnica*. Pág. 128.

⁽⁶⁾ GIOVANNI NENCIONI “*L'intervento volontario litisconsorziale nel processo civile. Contributo ad una nuova sistematica dell'intervento*”, Cedam, Padova, 1935.

timado para obrar como tercerista coadyuvante o substituto y en caso de privilegio, como tercerista de mejor derecho.

C) Cuando existe CONEXIÓN entre su interés sustancial y el discutido o sea cuando una relación substancial condiciona a la otra, como en el caso de locación y sublocación, deudor y fiador, asegurado y asegurador. En estos casos existen entre las dos relaciones substanciales elementos subjetivos comunes (deudor y acreedor recíprocos), o elementos objetivos comunes (propietario y usufructuario de un inmueble) o elementos causales comunes (comprador y vendedor).

D) Cuando existe IDENTIDAD en la relación causal, tal el caso de muchos titulares contemporáneos de un derecho (servidumbre predial) o sucesivos (propietario y usufructuario).

E) Cuando existe INCOMPATIBILIDAD entre las diversas relaciones sustanciales. Tal por ejemplo, pretensiones que surgen contemporáneamente de relaciones diversas que pueden coexistir (propiedad, usufructo y locación) o que no pueden coexistir, siendo la inexistencia de una, condición de la existencia de otra: dos personas que se pretenden titulares del mismo derecho (propiedad, v. g.).

Resulta de este planteo, que la legitimación para intervenir en un proceso ya iniciado puede corresponder:

1º A quien es titular de la misma relación o pretensión deducida en el juicio.

2º A quien es sujeto del mismo acto jurídico controvertido (caso del escribano cuando se discute la nulidad de una escritura pasada ante él).

3º A quien es titular de una relación conexas con la deducida en juicio (sub-inquilino, en el juicio de desalojo entre locador y locatario y fiador en el juicio por cobro de la deuda afianzada entre acreedor y fiado).

4º A quien está legitimado para intervenir en la relación o acto discutido en el proceso, independientemente

de ser titular o sujeto del derecho discutido (acción popular, acción familiar).

Este autor concluye dividiendo a los terceros en legitimados para intervenir (pero no para deducir el proceso) y en legitimados para accionar e intervenir.

26. Consecuencias doctrinarias y prácticas de la exposición precedente, en la realidad procesal.

De acuerdo a la exposición precedente, podrían distinguirse tres casos de terceros.

1º Aquellos cuyo derecho u obligación emana de una fuente común con el actor o el reo y que, advenidos al proceso, son sujetos secundarios, que completan el sujeto con el cual coadyuvan. Suele por ello, obligárseles a actuar en conjunto. Sus medios de ataque y de defensa son generalmente iguales (salvo excepciones personales derivadas de la capacidad civil o nacionalidad), son litisconsortes.

2º Aquellos cuyo derecho es paralelo al del actor o del reo. Objetivamente es el mismo, subjetivamente es diverso. Obligado por garantía real o personal que defiende la propiedad o intenta impedir la condena de su garantido; acreedores que defienden el derecho de su deudor. Este supuesto puede subdividirse, según que el tercero actúe en lugar de un sujeto: citado de evicción que pone fuera de juicio a su garantido, subrogatario de su deudor, etc., o bien que actúe a la par de un sujeto (semejante, pero no igual al litisconsorte).

3º Aquellos cuyo derecho es contrario, total o parcialmente al de ambos o de alguno de los sujetos. Aquí podemos ver tres casos:

- a) Total contra ambos: tercero en una reivindicación.
- b) Total contra actor: tercero pretendiente al crédito demandado, por exclusividad o privilegio.
- c) Parcial contra ambos: participación en el pago.

En el PRIMER CASO, el derecho litigioso es COMÚN y la acción también y compete por igual a ambos.

En el SEGUNDO, el derecho y la acción o la obligación y la defensa son del litigante; el tercero tiene un derecho y una acción, o una obligación, o una defensa SOBRE los del litigante al cual defiende, reemplaza o ayuda.

En el TERCERO, hay un DERECHO y una ACCIÓN propios, que excluyen total o parcialmente el derecho y la acción de los litigantes originarios.

Bajo otro aspecto, podemos observar que en el PRIMER CASO, la sentencia es COMÚN para las partes y los terceros; en el SEGUNDO, es SÓLO para las partes originarias, pero como el tercero tiene un derecho o una obligación sobre el del litigante a quien defendió o reemplazó, la sentencia tiene efectos contra él. En el TERCERO, la sentencia COMPRENDE al tercero, que ha ejercitado una acción propia EN el juicio.

En cuanto al origen de la legitimación, en el PRIMER CASO, deriva de la COMUNIDAD del derecho y de la acción, que autoriza al tercero a pedir protección jurídica, actuando mancomunadamente con las otras partes, en el ataque o la defensa, según su posición. El litigio no se modifica, pues sólo aumenta el número de personas que ostentan el carácter de sujetos.

En el SEGUNDO, la legitimación del tercero surge de su propio derecho y acción, que le autoriza a pedir protección jurídica, ayudando o reemplazando "ad-témpera" a una de las partes. El litigio tampoco se modifica, pues el tercero o es una adherencia, de una de las partes o la reemplaza provisoria y definitivamente.

En el TERCERO, la legitimación también surge de su propio derecho y acción, que le autoriza a pedir protección jurídica, oponiéndose al derecho y acción de los otros litigantes. Aquí sí tenemos un sujeto primario más en el litigio, sea que actúe en el mismo o en diferente proceso. Toda ten-

tativa a REDUCIR este caso al esquema romano tripartito (actor, reo y juez) desnaturaliza el concepto de este instituto. Considerar como lo hacen algunas legislaciones al actor y al reo como litisconsortes que actúan como demandados del tercerista, es DESCONOCER la realidad de la situación. Puede ser que el interés del tercero no sea contrario al de alguno de los litigantes originarios, pero será difícil que actor y reo puedan tener DEFENSAS comunes contra el tercerista, aún suponiendo que el interés de ambos tienda al rechazo de la nueva demanda.

La sentencia tendrá que considerar las acciones y defensas CRUZADAS, entre el tercero y el actor originario y entre el tercero y el reo, si el juicio se tramita por separado y además, entre actor y reo, si se sustancia y falla en una misma pieza.

Con relación a los ACTOS PROCESALES, tenemos que en el PRIMER CASO y en el supuesto de que no se obligue al tercero a actuar bajo una sola representación con el sujeto con el cual tiene el mismo derecho, los actos procesales que cumple cada litisconsorte, deben considerarse COMUNES en el sentido de que benefician o perjudican a todos, salvo el caso de dolo o connivencia entre uno de los litisconsortes y la parte contraria. En la hipótesis de que en el acto doloso no haya participado el contrario, el perjudicado sólo tendría la "actio doli" contra su litisconsorte.

En el SEGUNDO CASO, la situación es análoga.

En el TERCERO, cada parte actúa por sí y sus actos dentro del proceso sólo a ella benefician o perjudican.

En los dos PRIMEROS CASOS, si la intervención es VOLUNTARIA, debe aplicarse al tercero el adagio "in statu et terminis"; si es FORZOSA y ha de pararle perjuicio su no intervención, es necesario darle amplitud en el ataque y en la defensa.

En el TERCER CASO, tratándose de una acción DISTINTA, no debería distinguirse, dándose SIEMPRE la totali-

dad de los medios. Concibo pues esta clase de tercería, como la "tierce opposittion" francesa o la "opposizione del terzo" de los italianos, sin la limitación de tiempo durante el desarrollo del proceso para deducirla.

En lo referente a las costas, en el PRIMER CASO, ellas pesan proporcionalmente al derecho de cada uno. En el SEGUNDO debe distinguirse, si el tercero cumple una OBLIGACIÓN contractual viniendo a ayudar o a remplazar al demandado, entonces es pasible de las costas puesto que se OBLIGÓ a asumir la responsabilidad del demandado (evicción, garantía personal); pero si en ejercicio y defensa de su propio INTERÉS concurre al juicio, sea ayudando a su deudor o reemplazándole, su figura de tercerista adhesivo o sustituto, le libra de las costas, que debén RECAER sobre el litigante a quien adhiere o sustituye, sin perjuicio de su responsabilidad directa frente a la contraria o a sus propios profesionales. En el TERCER CASO, el punto costas debe encontrarse sometido a los principios comunes sobre la materia.

Entre los posibles supuestos del SEGUNDO CASO, tenemos situaciones en las cuales el tercero ayuda a un sujeto procesal para VIGILARLO (7), pues interesa a su derecho que el derecho de aquel triunfe, sea para OBTENER la integración de su derecho, sea para EVITAR que REPITA contra él la pérdida sufrida en el proceso.

Estos datos, que provienen de la intuición de fenómenos de conducta dentro del proceso, permiten estructurar una clasificación de las posibles intervenciones de nuevos sujetos en un litigio pendiente, conceptualizando el grado del interés que autoriza esa intervención, según las normas jurídicas y también la categoría de la intervención, según la naturaleza de ese interés, que protege la acción.

(7) SEGNÍ, Op. cit. pág. 186.

mente sin la comparecencia de TODOS los legitimados de una parte o de otra.

Cuando el interés en la relación substancial es común a todos los legitimados activa o pasivamente, tenemos la figura llamada litisconsorcio voluntario o necesario (según sea autónoma o no la legitimación) y las facultades y cargas procesales son plenarias colectivamente. Pero si actuaran por separado, cada uno podría ejercer la totalidad de las facultades procesales, circunstancia que hace necesaria la unificación de la personería (arts. 112 y 139 cód. Mend.).

Cuando el interés en la relación substancial, es diverso en cada uno de los legitimados activa o pasivamente, en forma no autónoma, cada uno es sujeto procesal primario PARALELO a los demás sujetos que defienden interés semejante o concorde, con facultades y cargas procesales plenarias, pero que pueden interferirse entre sí, haciendo innecesarias las del otro u otros sujetos paralelos. Es el caso de los demandados en juicio de simulación de acto jurídico, de nulidad de escritura, de acción revocatoria y otros análogos.

En consecuencia, podríamos reunir así los casos de este grupo:

- a) Con legitimación autónoma o sean los diversos supuestos de litisconsorcio voluntario, propio y anómalo;
- b) Con legitimación no autónoma, que puede comprender un interés común (litisconsorcio necesario propio) o un interés diverso (simulación de acto jurídico, acción revocatoria, nulidad de escritura), que llamo litisconsorcio necesario anómalo.

27. Clasificación. 1º Interés propio, originario, directo y excluyente.

Otorga una legitimación “ad causam” plenaria y da al interviniente el carácter de sujeto procesal primario. Se da cuando existe una relación de hecho, provocada por un proceso suscitado entre otras personas y el derecho del tercerista (fundamento). Las facultades correspondientes al actor, involucradas en la acción, desde la primera, o sea la facultad de pedir protección jurídica, corresponden, con carácter exclusivo y excluyente, al sujeto legitimado para deducir la tercería o para intervenir, aún cuando en ciertos casos su intervención comprenda sólo etapas del proceso: aquellas que pueden afectar su interés.

En este primer grupo deben incluirse:

- a) El tercerista de dominio o de posesión, en juicio ejecutivo o en cualquier otro proceso, donde se discuta el dominio o cualquier otro derecho real, cuya titularidad pretenda el tercerista.
- b) El tercerista de mejor derecho que, en cualquier clase de proceso, pretenda hacer valer un privilegio para ser pagado con preferencia al litigante que intenta cobrar al deudor común, en perjuicio suyo;
- c) El acreedor hipotecario, en el proceso donde se ejecuta la garantía (también el acreedor prendario en igual supuesto). Se trata de una sub-especie de la tercería de mejor derecho, normada dentro del mismo juicio ejecutivo (art. 521, cód. B. A.). Con regulación propia y algunas diferencias específicas en cuanto al grado del interés, también la intervención del segundo o ulterior acreedor hipotecario (art. 518 cód. C. F.);
- d) Intervención del sub-locatario en el proceso de desalojo entre locador y locatario.

En estos dos últimos casos (c y d), como el derecho del tercerista o interviniente entra en relación de hecho (que autoriza su obrar procesal), sólo con ciertas etapas o trámites del proceso, aparece como un sujeto procesal secundario, con legitimación "ad causam" parcial y con facultades procesales limitadas a las etapas o trámites que determinan su interés. Pero, en cuanto a esas actuaciones, su interés es propio, originario, directo y excluyente;

- e) "Ad citatio". Si concurre el citado (caso del "verus" poseedor denunciado por el "fictus" poseedor), substituye al citante y es sujeto primario, con legitimación plenaria y facultades procesales totales y excluyentes. Si al citante no se le pone fuera de causa, sería un tercerista coadyuvante del citado y sujeto procesal secundario, con facultades limitadas y no excluyentes;
- f) Llamado al pretendiente: Si éste concurre, con él se traba la litis, asume los mismos caracteres del citado en el caso precedente y si el deudor que le llamó no es puesto fuera de causa, su situación es análoga a la del citante.

28. 2º Interés propio, originario, directo y no excluyente.

Otorga una legitimación "ad causam" parcial y da al interviniente el carácter de parte de un sujeto procesal primario. Se da cuando la relación substancial abarca varios sujetos activos o pasivos. La legitimación puede ser autónoma, cuando no es necesaria la concurrencia de todos los legitimados y no autónoma cuando esa concurrencia es necesaria.

En este último caso, se trata de una legitimación colectiva forzosa y el proceso no puede substanciarse válida-

mente sin la comparecencia de TODOS los legitimados de una parte o de otra.

Cuando el interés en la relación substancial es común a todos los legitimados activa o pasivamente, tenemos la figura llamada litisconsorcio voluntario o necesario (según sea autónoma o no la legitimación) y las facultades y cargas procesales son plenarias colectivamente. Pero si actuaran por separado, cada uno podría ejercer la totalidad de las facultades procesales, circunstancia que hace necesaria la unificación de la personería (arts. 112 y 139 cód. Mend.).

Cuando el interés en la relación substancial, es diverso en cada uno de los legitimados activa o pasivamente, en forma no autónoma, cada uno es sujeto procesal primario PARALELO a los demás sujetos que defienden interés semejante o concorde, con facultades y cargas procesales plenarias, pero que pueden interferirse entre sí, haciendo innecesarias las del otro u otros sujetos paralelos. Es el caso de los demandados en juicio de simulación de acto jurídico, de nulidad de escritura, de acción revocatoria y otros análogos.

En consecuencia, podríamos reunir así los casos de este grupo:

- a) Con legitimación autónoma o sean los diversos supuestos de litisconsorcio voluntario, propio y anómalo;
- b) Con legitimación no autónoma, que puede comprender un interés común (litisconsorcio necesario propio) o un interés diverso (simulación de acto jurídico, acción revocatoria, nulidad de escritura), que llamo litisconsorcio necesario anómalo.

29. 3º Interés propio, originario e indirecto.

Puede otorgar una legitimación "ad causam" plenaria y dar al interviniente el carácter de sujeto procesal primario o bien una legitimación parcial y dar al interviniente el carácter de sujeto procesal secundario.

El primer caso se da cuando el tercerista saca de la causa a un sujeto procesal primario o le hace pasar a la categoría de sujeto procesal secundario; por ejemplo, cuando el citado de evicción concurre al proceso y se hace cargo de la defensa del citante o cuando en ejercicio de la acción oblicua, se substituye a un sujeto procesal.

El segundo caso se da cuando el interviniente viene a colaborar con uno de los sujetos procesales, porque el interés de su coadyuvado incide sobre el propio.

En este grupo, encontramos:

- a) La substitución procesal. Hay aquí una aparente separación entre el fundamento y la legitimación, pues el litigio persigue la actuación de la ley a favor del substituído, no obstante lo cual el substituto está legitimado para obrar. En realidad existen dos fundamentos y dos legitimaciones independientes entre sí. El fundamento o relación sustancial entre el substituído y su obligado; la legitimación y el interés procesal derivados de esa relación sustancial, son los REQUISITOS de la acción, sin cuya concurrencia no puede prosperar. El fundamento o relación sustancial entre el substituído y el sustituto; la legitimación y el interés procesal de esta relación sustancial, son REQUISITOS para la subrogación o substitución procesal.

Resulta, entonces, que dentro del proceso, la relación sustancial entre substituído y sustituto, puede no influir. La legitimación del sustituto, en contra del substituído, se superpone a la legitima-

ción de este último en contra del demandado y el interés del sustituto en contra del substituído, se convierte en interés indirecto en el proceso, por depender su satisfacción del interés del substituído.

El sustituto, mientras actúa en tal carácter, es sujeto primario con facultades y cargas parciales.

Los códigos de Córdoba y de Santa Fe, que han legislado en forma expresa el ejercicio de la acción subrogatoria, dan al sustituto el carácter de tercero coadyuvante, en el supuesto de que el substituído siga el juicio (arts. 72 y 533 respectivamente).

- b) La citación de evicción e intervención voluntaria en tales casos.. Puede substituir a un sujeto o coadyuvar con él. En la primera hipótesis, el interviniente tiene facultades y cargas procesales plenas similares al sucesor. En el segundo, el interviniente tiene facultades y cargas procesales parciales voluntarias, pudiendo realizar los actos procesales correspondientes al sujeto primario al cual ayuda, que éste no cumpliera, pero en las condiciones y dentro de los plazos vigentes para aquél.

30. 4º Interés propio, no originario.

Otorga una legitimación "ad causam" plenaria y dá al interviniente el carácter de sujeto procesal primario. Se dá cuando existe una sucesión procesal. Si la sucesión es por muerte de un sujeto procesal originario, justificado el derecho del sucesor, éste sucede al causante con las mismas facultades y cargas procesales, salvo en cuanto al reconocimiento de firmas y absolución de posiciones sobre hechos personales del causante (arts. 141, cód. C. F. y 196 cód. Mend.).

Si la sucesión es a título singular, por venta o cesión

del derecho litigioso y la contraria acepta sin restricciones el cambio de sujeto procesal, la situación se plantea en forma idéntica a la sucesión por muerte y el sucesor se encuentra en la situación ya indicada.

Pero si el co-litigante no acepta la separación del cedente, el sucesor vendría a tener sólo el carácter de sujeto procesal secundario, como tercerista adhesivo del cedente, que continúa en el proceso como sujeto primario. Sus facultades y cargas procesales son así restringidas, como veremos más adelante al considerar la posición del coadyuvante.

En todos los supuestos, el sucesor procesal ingresa al proceso sin que pueda modificar su estado, lo cual se expresa con el adagio latino "in status et terminis." Otra cosa significaría admitir la restitución de términos, expresamente prohibida por el art. 65 cód. C. F.

31. 5º Interés ajeno.

Otorga una legitimación "ad causam", "sui generis" generalmente parcial y da al interviniente el carácter de sujeto procesal primario, pero con facultades limitadas "ad-témpera" o por su naturaleza. Se da en el caso de legitimación familiar o por categorías y de legitimación pública. Así, los parientes en los procesos por insanía, curatela y tutela; el ministerio pupilar en igual caso y en la acción popular. El sujeto puede estar legitimado sólo para poner en movimiento el proceso o puede seguir interviniendo en él con facultades restringidas.

SISTEMATIZACIÓN DE LA TERCERÍA, SEGÚN LOS CARACTERES DEL INTERÉS EN OBRAR				
II. Interés ajeno	I. Interés propio			
	II. Interés no originario	I. Interés originario		
		II. Interés indirecto	I. Interés directo	
			I. Excluyente	
		II. No excluyente		
		II. Interés directo		
	I. Excluyente			
	II. No excluyente			
	II. Interés indirecto			
	I. Interés directo			
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				
I. Interés directo				
I. Excluyente				
II. No excluyente				
II. Interés indirecto				

32. La clasificación expuesta ante la triple base del proceso.

Puede apreciarse de lo expuesto, que el grado y naturaleza del interés que protege la facultad de pedir protección jurídica, unido a la actitud de otro sujeto procesal, determina la clase de LEGITIMACIÓN (requisito necesario de la acción) y el tipo de SUJETO PROCESAL, que puede ostentar

el interviniente. Y que de estos elementos surgen las facultades que integran la acción, correspondientes al sujeto procesal activo, que puede ejercitar el interviniente. En unos casos, la existencia de un sujeto procesal latente o posible, aunque permanezca fuera del proceso (substitución total), resta algunas facultades al interviniente, en otros, la existencia de un sujeto procesal primario, al cual se coadyuva, produce la distribución de facultades procesales. La subsistencia de un sujeto procesal originario, que pasa a la categoría de sujeto secundario, puede restar al interviniente algunas facultades, dándole un coadyuvante que le vigile; la coexistencia de varios litigantes, que bajo cierto aspecto integran un solo sujeto procesal, atribuye a estos la plenitud de facultades aún no ejercitadas por sus compañeros, etc.

Si miramos las posibles intervenciones de terceros en un proceso, DESDE EL ÁNGULO DE LA JURISDICCIÓN, observamos que, tanto en el supuesto de que el tercero intervenga en el proceso pre-existente, como de que se constituya un proceso incidental con su intervención, esa circunstancia, en principio, no debe modificar la COMPETENCIA, como veremos, en detalle, en los capítulos subsiguientes de esta obra, ya que la litis es la MISMA o la nueva es CONEXA con aquélla.

El juez que intervenía en el proceso que causa o determina el interés de la intervención, debe pues seguir interviniendo en él, después que ésta se ha producido. Y en los casos en los cuales la intervención puede considerarse como medio de integrar la litis y aun como medio instructorio, el juez debe tener facultades para llamar al tercero a intervenir.

Considerada la tercería, DESDE EL ÁNGULO DEL PROCESO, observamos, en primer lugar, que éste, en lugar de ser el INSTRUMENTO para la actuación del derecho objetivo y la satisfacción de los intereses individuales y generales, se

convierte, como destaqué más arriba, en la causa inmediata, el origen o la exteriorización de otro conflicto.

En segundo lugar, se plantea el viejo problema, de la subsistencia del proceso, MODIFICADO o AMPLIADO, en cuanto a sus elementos (sujetos) o en cuanto a los temas litigiosos (cuestiones a resolver) o la substanciación de un NUEVO PROCESO, con los sujetos del primero y el tercerista. O en otros términos, si la tercería se substancia en el MISMO PROCESO o en proceso DISTINTO. En todos los casos en los cuales el interés del interviniente es derivado (sucesión) u originario pero indirecto (sustitución) o tiene ambos caracteres indirecto y derivado (garantía, coadyuvante), no hay un nuevo proceso, sino el cambio de un sujeto o el agregado de un sujeto secundario. Cuando el interés es directo y originario, si es total o exclusivo y el proceso que lo lesiona es especial (caso del juicio ejecutivo), la tercería se substancia en proceso por separado; pero si el proceso que lo provoca es ordinario (reivindicación, por ejemplo), el tercero DEBE INTERVENIR en el mismo proceso. Cuando el interés, siendo originario y directo, es sólo parcial (en relación a la litis que lo lesiona o puede lesionarlo), la intervención del tercerista debe substanciarse en el MISMO PROCESO. Igual sucede cuando el interés, por no ser exclusivo, da al interviniente el carácter de parte de un sujeto procesal al cual integra o complementa.

Bajo otro punto de vista, siendo el proceso en tercería un INCIDENTE del principal, debe substanciarse en la misma pieza, cuando por su naturaleza impida la prosecución del principal (art. 404 cód. C.F.) y en pieza separada en caso contrario (art. 406, cód. C.F.). En consecuencia, la tercería de dominio, deducida DESPUÉS de la sentencia de remate, debería substanciarse dentro del juicio ejecutivo donde se embargó el bien que la provoca (art. 530 cód. C.F.). Pero, como pueden acumularse a la tercería y servirle de fundamento, acciones que requieren amplitud de de-

fensa (reivindicación, simulación), la ley dispone que se sustancie en pieza separada y en juicio ordinario (art. 529, cód. C.F.). En cambio, la tercería de preferencia en juicio ejecutivo, que también debe substanciarse por separado y en juicio ordinario, podría, sin inconveniente y cuando el estado del ejecutivo lo permita (art. 531 cód. C.F.), tramitarse dentro del mismo juicio ejecutivo.

EN RESUMEN: Considerada la tercería en FUNCIÓN DE LA ACCIÓN, descubrimos que según el grado y naturaleza del interés que protege la acción, es la naturaleza de la legitimación del tercero, su clase de sujeto procesal y las facultades y cargas que le corresponderán dentro del proceso.

Siendo la acción la garantía o mejor dicho, el instrumento jurídico mediante el cual se defiende o protege la inviolabilidad de los derechos (art. 18 Cons. Nac.), aparece entonces de este enfoque de la tercería desde la acción, la PRIMERA y fundamental justificación de ella.

Considerando la tercería en FUNCIÓN DE LA JURISDICCIÓN, observamos que, normalmente, debe ser el mismo juez que interviene en el proceso originario, el que intervenga en el proceso con tercero, pues, o es la misma litis con modificación o ampliación de elementos o la nueva es conexa con aquélla. Y que, como medio de integración de la litis o de instrucción, debe el juez tener facultad para llamar al proceso a terceros. Esta facultad, que forma parte constitutiva de la acción, es análoga a la que pueden ejercitar los sujetos procesales.

Bajo el punto de vista de la continencia de la causa y de la excepción de litis pendencia o del fin de aquélla y de ésta de evitar sentencias contradictorias, la tercería, mirada desde la función jurisdiccional, encuentra una SEGUNDA justificación.

Considerando la tercería en FUNCIÓN DEL PROCESO, pudimos observar que éste es causa inmediata de ella y que,

relacionado el interés que protege, con la FORMA Y ESTADO del proceso originario, la tercería deberá sujetarse a un determinado trámite formal.

La sustanciación en un mismo proceso de un litigio modificado o ampliado, responde al principio de economía procesal y da una tercera justificación a la tercería.

SECCIÓN II

TERCERÍAS EN INTERÉS PROPIO, ORIGINARIO, DIRECTO Y EXCLUYENTE

CAPITULO IV

Tercería de Dominio en Juicio Ejecutivo

TERCERÍAS EN INTERÉS PROPIO, ORIGINARIO, DIRECTO Y EXCLUYENTE

33. Síntesis histórica. — 34. Método y clasificación. — 35. I. Caracteres. Derecho substancial que protege. — 36. II. Presupuestos procesales. — 37. II. 1º Competencia. — 38. II. 2º Excusación y recusación. — 39. II. 3º Capacidad procesal. Mandato. — 40. II. 4º Cumplimiento de formas legales. — 41. II. 5º Acumulación de acciones. — 42. II. 6º Otras circunstancias que pueden obstar al ejercicio de la facultad de pedir protección jurídica. — 43. II. 7º Litispendencia. — 44. II. 8. Cosa Juzgada. — 45. II. 9º Incumplimiento de obligaciones procesales derivadas de un litigio anterior. — 46. II. 10º Arraigo. — 47. II. 11º Oportunidad para deducir la Tercería. — 48. II. 12º Evicción. — 49. III. Medidas cautelares. Suspensión de trámites en el ejecutivo. — 50. IV. Substanciación de la Tercería de dominio. 1º Notificación del traslado. Domicilio. Mandato. — 51. IV. 2º Rebeldía. — 52. IV. 3º Reconvención. — 53. IV. 4º Allanamiento. — 54. V. Pruebas. — 55. V. 1º Oportunidad de ofrecer la prueba. — 56. V. 2º Reglas generales sobre la prueba de dominio. A) Inmuebles. — 57. V. 2º B) Casas de comercio. — 58. V. 2º C) Semovientes. — 59. V. 2º D) Automotores. — 60. V. 2º E) Muebles. — 61. V. 2º F) Mercaderías. — 62. V. 2º G) Concesión de servicios públicos. — 63. V. 3º Pruebas en el caso de tercería de dominio deducida por el cónyuge del ejecutado y en el de concubinato. — 64. V. 4º Prueba emanada de uno de los litigantes. — 65. VI. La sentencia en la



tercería de dominio en juicio ejecutivo. 1º Su naturaleza y complejidad. — 66. VI. 2º Prejuzgamiento. — 67. VI. 3º Contenido de la sentencia. Cuestiones que pueden ser planteadas. — 68. VI. 4º Legitimación para obrar y contradecir. — 69. VII. Recursos. — 70. VII. 1º Aclaratoria. — 71. VII. 2º Apelación. — 72. VII. 3º Nulidad. — 73. VII. 4º Extraordinarios. Provincia de Bs. Aires. — 74. VII. 5º Extraordinarios. Suprema Corte Nacional. — 75. VIII Las costas. Solidaridad en la obligación de pagarlas. 76. VIII. 1º Costas por su orden. 77. VIII. 2º Costas a cargo del tercerista. — 78. VIII. 3º Costas a cargo del demandado-ejecutante. — 79. VIII. 4º No procede imponer las costas al ejecutante. — 80. IX. Perención, Prescripción y cosa juzgada. — 81. X. Efectos de la tercería de dominio, sobre el juicio en el cual se deduce. — 82. X. 1º Limitaciones a la suspensión de procedimientos. — 83. X. 2º Intervención del tercerista en el principal. — 84. XI. Sanciones civiles. — 85. XI. 1º Responsabilidad del tercerista. — 86. XI. 2º Responsabilidad del ejecutante. — 87. XII. Sanciones penales.

33. Síntesis histórica.

Según Segni ⁽¹⁾, hacia el final del desarrollo del proceso romano, si bien se encuentra perfectamente delineada la intervención adhesiva, no aparecen rastros de las otras formas modernas de este instituto. Algunas de ellas como la intervención principal, aparecen en el derecho italiano a partir del siglo XIII.

Mainz, en cambio ⁽²⁾, admite que si bien nunca con la extensión que reconoce la legislación moderna, las fuentes romanas conceden el derecho de intervención para la mayor parte de los casos en los cuales puede desearse, incluso en el de quien “pretende ser propietario de una cosa embargada o bien tener un derecho de hipoteca sobre esta cosa”.

Ocupándose del cumplimiento de las sentencias, la Par-

⁽¹⁾ ANTONIO SEGNI. *L' intervento adesivo*. Roma, 1919 I, capítulo I.

⁽²⁾ CARLOS MAINZ. *Curso de Derecho Romano*. Ed. Bordoy. Bs. As. Barcelona, 1913, I. pág. 613.

tida 3ª, título 27, ley 3, dice: “E si por aventura, en cumplimiento del juyzio, acaesciese contienda sobre las cosas que tomauan para fazer la entrega, diziendo alguno, que eran suyas, o que auían derecho en ellas, e non de aquel contra quien fué dada la sentencia: entonces deue el Judgador llanamente saber verdad, si es como dizen: o si fallare que es assí deue dexar las cosas, e complir el juyzio en las otras del vencido, que fallare que son sin contienda”.

A través de los viejos prácticos españoles, se puede seguir el creciente desarrollo de la intervención de tercero, que se divide y subdivide, hasta constituir una maraña que desacredita la institución y lleva a restringirla, a límites absurdos, en las primeras codificaciones.

Dice Elizondo a este respecto “su materia es una de las más graves, que ocupan y fatigan diariamente a los Causídicos y Magistrados”, agregando que por eso “es forzoso dar principio a ella por la regla común, y general de derecho, de no deber admitir a la causa aquel tercero, que no acredite su interés.”³

En el antiguo derecho, según surge del texto transcrito de las Partidas, de que debe el Judgador llanamente saber verdad, si el tercero no justificaba sumariamente su oposición, se mandaba pagar al acreedor dando fianza, pero más tarde, se suspende el principal y se da plazo al tercero para justificar su derecho.

Según Suárez de Paz (4), la tercería se sustanciaba en juicio ordinario, con el ejecutante y LOS DEMÁS ACREEDORES DEL EJECUTADO, suspendiéndose entretanto el juicio ejecutivo.

Para Hevia Bolaños (5), que escribía a principios del siglo XVII (1615), existían, según los autores, tres géneros de terceros opositores: “el primero es el que sale al pleito

(3) FRANCISCO ANTONIO DE ELIZONDO. *Práctica universal forense*, Madrid, 1784. III; pág. 37.

(4) GUNDISALVO SUÁREZ DE PAZ, *Praxis eclesiástica, et saecularis*, Madrid, 1790, pág. 171.

coadyuvando, y para favorecer al Actor; el segundo el que concurre para coadyuvar al Reo; y el tercero el que intenta excluir de la pretensión así al Actor, como al Reo.”

Por su mayor uso y abuso, la tercería en juicio ejecutivo fué ahogando a las otras formas, que los autores españoles, desenvolviendo las disposiciones legales y metodiizando las costumbres de los tribunales, habían llegado a exponer ⁽⁶⁾.

Así pasó al derecho de los pueblos de hispanoamérica, restringida la institución a la tercería de mejor derecho y de prelación en juicio ejecutivo ⁽⁷⁾.

34. Método y clasificación.

Vimos en el capítulo anterior, que era posible una clasificación de los diversos supuestos de intervención de terceros en un proceso, atendiendo a los distintos caracteres del interés de obrar ostentado por el tercero. Dividí así, esos supuestos, en cinco grupos:

1º Cuando el interés es propio, originario, directo y excluyente.

2º Cuando el interés es también propio, originario y directo, pero no excluyente.

3º Cuando el interés es propio, originario e indirecto.

4º Cuando el interés es propio y no originario.

5º Cuando se trata de interés ajeno.

Incluí en el primer grupo, seis especies de tercerías o

(5) JUAN DE HEVIA BOLAÑOS; *Curia Filipica*, París, lib. de Rosa y Bouret, 1853, I, página 179.

(6) Véase, por ejemplo, la forma de exposición que siguen PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA y JUAN MANUEL MONTALBÁN en su *Tratado Académico-Forense de los Procedimientos Judiciales*. Madrid. Librería Sánchez, 1861, II, pág. 417, quienes escribieron antes de la sanción de la ley de enjuiciamiento de 1855.

(7) Véanse: MANUEL ANTONIO CASTRO. *Prontuario de práctica forense*. Imprenta de la Independencia. Bs. As. 1834, pág. 189.

D. J. E. de O. “*Manual del abogado americano*.” París. 1827, II, pág. 128. Sin indicación de autor: *Prontuario de los juicios. Su iniciación, tramitación e incidencias*. S. de Chile, 1844, pág. 204.

intervenciones: de dominio o de posesión, de mejor derecho o preferencia, de hipotecarios, de sub-locatarios, del "verus possessor" y del pretendiente.

Consideradas estas especies en forma analítica y en relación con nuestro derecho, tenemos los siguientes procesos posibles, con intervención de terceros:

1º Tercería de dominio o de posesión en el proceso ejecutivo típico.

2º Tercerías de dominio o de posesión en otra clase de procesos especiales (apremio, ejecución de prenda agraria, medidas cautelares, etc.).

3º Tercerías de dominio o de posesión en procesos ordinarios.

4º Tercería de dominio o de posesión en procesos universales.

5º Tercerías de dominio o de posesión en los trámites de cumplimiento de sentencia.

6º Tercerías en el proceso por expropiación.

7º Tercerías emergentes de la ley orgánica del Banco Hipotecario Nacional.

8º Tercerías de dominio o de posesión en juicio sumario. (incidente de levantamiento de embargo).

9º Tercerías de mejor derecho.

10º Tercerías provocadas por la ejecución de un inmueble hipotecado (acreedores hipotecarios, tercer poseedor).

11. Tercería en el juicio de desalojo (intervención del sub-inquilino).

12º Denuncia de litis, intervención del "verus possessor".

13º Denuncia de litis, llamado e intervención del pretendiente.

El primer caso, que es el más importante, tanto por el uso que se hace de la tercería de dominio en juicio ejecutivo, como por ser proceso especialmente normado por todos

nuestros códigos procesales, será materia de este capítulo.

En el capítulo V, después de ocuparme de las tercerías excluyentes o principales, en general y en sus diversas formas: voluntaria, coactiva y voluntaria excluyente, trataré el segundo caso o sea las tercerías de dominio o de posesión en otros procesos especiales; el tercer caso o sea las tercerías de dominio o de posesión en juicios ordinarios; el cuarto caso o sea las tercerías de dominio o de posesión en juicios universales; el quinto caso o sea las tercerías de dominio o de posesión en los trámites de cumplimiento de sentencia; el sexto caso o sea las tercerías en la expropiación; el séptimo caso o sea las tercerías derivadas de la ley orgánica del Banco Hipotecario Nacional y el octavo caso o sea las tercerías de dominio o de posesión substanciadas en procedimiento sumario (incidente de levantamiento de embargo).

En el capítulo VI, consideraré las tercerías de mejor derecho y en el capítulo VII, dividido en tres partes, el caso décimo o sea las tercerías provocadas por la ejecución de un inmueble hipotecado, el undécimo o sea la intervención del subinquilino en el proceso por desalojo entre locador y locatario y los casos décimo segundo y décimo tercero o sea los supuestos de denuncia de litis.

35. I. Caracteres. Derecho sustancial que protege.

La tercería de dominio en juicio ejecutivo, es de las llamadas principales, excluyentes o agresivas y voluntarias, que exige la sustanciación de un proceso ordinario. La legislación argentina la prevé y reglamenta en forma expresa con bastante uniformidad. Su fundamento surge de la garantía constitucional de la propiedad (art. 17), cuando en la ejecución seguida contra una persona, se embarga un bien, cuyo dominio pertenece o se atribuye a un tercero. Por eso dice el art. 529 cód. Cap. que "las tercerías que se

deduzcan en los juicios ejecutivos, deben fundarse, en el DOMINIO de los bienes embargados..." (8).

No se trata de una tercería de las llamadas doctrinariamente coactivas o forzosas, pues el tercero no está obligado a comparecer y si tiene la posesión del bien embargado, puede defenderse negándose a entregar dicha posesión (9), o al embargo mismo (10). Pero si no tuviera la posesión de los muebles embargados, deberá deducir tercería, pues carece de derecho a oponerse a la traba (C. Civ. Cap. S. IV-t. 7-52), aunque en ciertos supuestos puede reivindicar. Veremos más adelante, como hay una tercera posibilidad: el incidente de levantamiento de embargo.

En cuanto al propietario de un inmueble que ha perdido la posesión, sobre el cual se traba embargo, y ejecuta a nombre de un tercero, puede deducir la tercería (vía más apta) o bien demandar por reivindicación al adquirente.

Dije que defiende el DOMINIO¹¹ (art. 2506, cód. civil) o sea el "derecho real por excelencia, que comprende todas las demás facultades sobre la cosa, las cuales no vienen a ser más que aspectos o desmembraciones de aquél" (12). Este derecho es exclusivo (art. 2508) "en los límites y bajo las condiciones determinadas por la ley" (nota de Vélez al art.

(8) Disposiciones iguales: códigos de Corr. (518), Salta (409), Bs. As. (574), E. Ríos (388), Jujuy (558), Mendoza (656), S. Juan (1018), S. Luis (814), Santiago del Estero (702), S. Fe (525). Con diferencias de redacción ley 50 (301), La Rioja (1195), Córdoba (62).

(9) "No está obligado a entablarla (la tercería) el propietario por escritura pública de un bien embargado como perteneciente a un tercero, siempre que tuviese la posesión" (C. Civ. Cap. S. I, t. 3-582).

(10) "No está obligado a deducirla (la tercería) el poseedor de bienes cuyo embargo se pide a nombre de un tercero, le basta la simple oposición a que se lleve a efecto" (C. Civ. Cap. S. I, T. 7-106 y 453).

(11) "Aún cuando la tercería sea un incidente del juicio ejecutivo, puede discutirse y decidirse en ella el dominio definitivo de un buen inmueble." (C. Com. Cap. Sep. 1912, 289).

(12) LAFAILLE HÉCTOR "Tratado de los Derechos Reales" Bs. As. 1943, I, párr. 439.

2508) y es inherente a él, el uso goce, disposición o servicio de la cosa sobre la cual se ejerce (art. 2513).

El dominio, de acuerdo a las disposiciones legales y a la interpretación doctrinaria, sólo puede referirse a bienes corporales (muebles o inmuebles), singulares y determinados ⁽¹³⁾. A ellos pues, se referiría específicamente la ley procesal, cuando autoriza la tercería que me ocupa, pero como existen otros bienes de valor pecuniario cuyo embargo es posible y frecuente, entiendo que el vocable dominio, usado por el art. 529, debe admitirse en sentido amplio, aunque impropio, de propiedad. Así pues, podría fundarse una tercería, no solamente en el dominio sobre una cosa corporal, sino también en un derecho sobre un bien incorporeal o de los denominados casos anómalos, que ha sido embargado: derechos intelectuales, propiedad industrial y comercial, derechos mineros, derechos sobre un sepulcro, propiedad familiar y el llamado dominio público del Estado, etc.

El dominio puede sufrir desmembraciones (art. 2507) por haberse constituido sobre el objeto del mismo derechos reales. Así en caso de usufructo (arts. 2876 y 2877), uso y habitación (art. 2950), servidumbre (art. 3034 y 3035) hipoteca y prenda (arts. 3227 y 3890), anticresis (arts. 3260 y 3254). Puede pertenecer a varias personas al mismo tiempo, en condominio (art. 2673 cód. civ.), que tratándose de otra clase de bienes, sería co-propiedad. Tenemos también, el dominio fiduciario (art. 2662 cód. civ.).

En todos estos casos, el titular del dominio o condominio, puede deducir tercería para defender su integridad y en algunos casos, también, a mi juicio, el titular del derecho real desmembrado. Tal el usufructuario, usuario, o a quien pertenece el derecho de habitación o la servidumbre activa. Igualmente el fideicomisario y aún el prendario y el anticresista. El prendario podría utilizar también la tercería de mejor derecho. El hipotecario sólo esta última

(13) LAFAILLE, op. cit. párr. 454.

tercería pues no tiene la posesión de la cosa y sus derechos aparecen suficientemente garantizados en la ley. El anticresista también puede ejercer la tercería de mejor derecho (art. 3254).

En el caso del usufructo, si el usufructuario deduce la tercería y triunfa en ella, la resolución hace cosa juzgada a favor del nudo propietario, pero si su acción es rechazada, la sentencia no es oponible al nudo propietario (art. 2877 cód. civ. ⁽¹⁴⁾). Si es el nudo propietario, quien deduce la tercería, la sentencia que recaiga debe tener los mismos efectos que en el caso anterior, es decir, si es favorable, beneficia, indirectamente, al usufructuario, si es contraria no le puede ser opuesta, ya que no ha sido oído. De allí que en uno y otro caso, los demandados (ejecutante o ejecutado o ambos) pueden pedir la integración de la litis, en forma de litisconsorcio pasivo, llamando al pleito al nudo propietario o al usufructuario, según el caso.

Debe recordarse que el usufructo puede constituirse sobre cualquier clase de bienes (art. 2838).

De acuerdo al art. 529 cód. C. F. "Las tercerías que se deduzcan en los juicios ejecutivos, deben fundarse en el dominio de los BIENES EMBARGADO: ... ⁽¹⁵⁾, lo que, pareciera,

⁽¹⁴⁾ LAFAILLE; op. cit. párr. 1368. SALVAT RAIMUNDO M. "Derechos Reales" Bs. As. 1932. II. párr. 1586.

⁽¹⁵⁾ Disposiciones análogas en las otras leyes procesales del país. "La tercería no puede calificarse de dominio, si el propio tercerista manifiesta que vendió los inmuebles que son objeto de aquélla" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 18, 1192). "No procede la tercería de dominio si el tercerista había vendido las cosas objeto de la acción con anterioridad a la fecha en la cual deduce la tercería" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 5, 465). "La tercería de dominio debe fundarse en el dominio de las cosas embargadas, no en créditos contra el propietario de ellas" (C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 38, 289). "No procede la tercería de dominio deducida por el arrendatario de la cosa embargada" (S. C. Fallos 22, 101); "ni por quien invoca un derecho de preferencia para la compra del inmueble embargado" (S. C. Fallos 99, 277); tampoco por quien "reconoce haber cedido los bienes embargados" y solicita "el levantamiento del embargo fundándose en que aquéllos son de propiedad de un tercero" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 36, 1517).

indicar que es condición “sine qua non” para deducir tercería de dominio, el embargo, sea definitivo o precautorio o a lo menos, cualquier otra medida cautelar que obstaculice el derecho del tercerista. Creo sin embargo que la ley se ha referido a “bienes embargados”, porque está reglamentando la tercería en juicio ejecutivo y es trámite substancial de él o de las actuaciones para el cumplimiento de sentencia, el embargo del bien que se ejecuta. Ese embargo es el primer acto en colisión con el interés y el derecho del que se pretende titular de un derecho real sobre el bien que se ha elegido para hacer efectiva la ejecución. Pero imaginemos que por omisión o por connivencia culpable de actor y demandado e inadvertencia del juez, se prescinde del embargo y se va directamente a la subasta o a la adjudicación. ¿Podría el tercero afectado deducir su acción en tercería? Creo que sí. Se dirá que la venta sin embargo sería nula, pero ¿quién la reclama si no se autoriza a ello al interesado? ⁽¹⁶⁾. Sostengo pues, como dice Acuña Anzorena ⁽¹⁷⁾, que procede la tercería de dominio en juicio ejecutivo cuando “se ha embargado el bien del tercerista o VULNERADO SU DERECHO EN ALGUNA FORMA” ⁽¹⁸⁾.

En un caso que se registra en Jur. Arg. 38, 843, la C. Com. de la Capital revocó una sentencia que rechazaba una tercería, porque no correspondía “pronunciamiento alguno” por no haber embargo, ni “lesión, menoscabo, ni limitación preventiva que dé base a la acción interpuesta”. La

⁽¹⁶⁾ “Si la cuestión proviene de un error de hecho cometido por el martillero al solicitar la ocupación forzada del lote poseído por el tercerista, por ser OTRO EL LOTE EMBARGADO como de pertenencia del ejecutado, procede la tercería entablada, para evitar que se consume el remate ordenado, cualquiera sea el derecho del actor sobre el bien que ocupa” (C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 44, 750).

⁽¹⁷⁾ “Condiciones requeridas para el ejercicio de las tercerías” en Jur. Arg. 48, 26.

⁽¹⁸⁾ GOLDSCHMIDT “Derecho Procesal Civil”, dice al respecto, “Está legitimado activamente para interponer la demanda de oposición el tercero que haya experimentado un perjuicio en sus derechos o al cual amenaza un daño en los mismos...” (pág. 594).

C. Civ. 1ª de la Capital se pronunció en la misma forma por “que la propiedad está al nombre del tercerista, con el aditamento de que hasta hoy no ha sufrido menoscabo alguno en su derecho” (Jur. Arg. 14-512); se había decretado el embargo, pero éste no se anotó. Y la C. Civ. 1ª de La Plata dijo, que “no proceden las tercerías de dominio y de mejor derecho, deducidas por el acreedor hipotecario, si sus derechos no aparecen afectados a causa de la venta del bien...” (Jur. Arg. 56, 649).

Jofré sostiene la opinión que resulta de los fallos cuyos sumarios he transcripto ⁽¹⁹⁾, porque el tercero “puede emplear otros recursos legales”. Pero es que el embargo no le quita esos recursos legales (acciones posesorias o petitorias), no obstante, la ley le ha concedido una vía más eficaz para defender sus derechos. No se ve por qué razón, solo el embargo haya de justificar esa vía para defender un derecho real, que puede ser afectado sin aquella formalidad procesal.

El levantamiento del embargo que al lesionar el derecho de un tercero, origina la tercería, no puede por sí sólo, determinar el fin del litigio. En efecto, como dijo la C. de Apelación de Corrientes ⁽²⁰⁾, “el acreedor persigue el pago de lo que se le adeuda y para ello embarga y vende. Se neutraliza su acción pagándole. El tercerista en cambio persigue el reconocimiento de su dominio sobre los objetos embargados o que han de venderse. Poco importa a éste que el deudor pague al ejecutante. No obstante la cancelación de la deuda, su acción subsistirá hasta tanto no se haya resuelto el dominio que reclama. La tercería de dominio es una verdadera acción reivindicatoria y termina o subsiste sin perjuicio de la subsistencia o terminación de la acción (del ejecutante)”.

⁽¹⁹⁾ TOMÁS JOFRÉ. *Manual de Procedimiento (Civil y Penal)* Bs. As. 1923. IV, 89.

⁽²⁰⁾ *Jur. Arg.* 2, 333. “El levantamiento de un embargo por sentencia definitiva en el juicio principal, no impide que se resuelva la tercería pendiente, conforme a los términos iniciales de la litis”. *C. Com. Cap. Jur. Arg.* 1945. II, 545.

Pero si el ejecutado se allana a la tercería reconociendo al tercerista el dominio que pretende y la acción del ejecutante es rechazada, la tercería carece de objeto práctico ⁽²¹⁾. Igual solución cabe si en el ejecutivo se levantó el embargo, substituyéndolo por un depósito en efectivo y no hay discusión entre ejecutado y tercerista, sobre el dominio de los bienes embargados ⁽²²⁾.

Contrariamente, la S. Corte, siguiendo el dictamen de su Procurador, ha resuelto que "concluido el juicio ejecutivo por arreglo entre acreedor y deudor (sea cualquiera el dueño del bien embargado), debe darse por terminada la tercería". ("Fallos" 32, 375). Otros pronunciamientos contrarios a la tesis que sustento: "No puede entablar tercería de dominio el poseedor que para eludir el embargo que se pretende por deudas de un tercero paga el importe del crédito, debe repetir simplemente contra el deudor". (Ant. C. Civ. S. I, 8, 114). "Para que proceda la tercería es indispensable que existan bienes embargados, el depósito en efectivo para evitar el embargo, no puede fundar una tercería". (Ant. C. Civ. S. V., 11, 231). "No procede la tercería iniciada después de haberse levantado el embargo que la motivó". (S. C. "Fallos" 89, 57).

36. II. Presupuestos procesales.

He sostenido ⁽²³⁾ que en nuestro proceso son cuatro los presupuestos procesales o sean los requisitos para que pueda ser reclamada protección jurídica mediante el acto inicial de la acción e instruido un proceso válido. Ellos son: 1º, órgano competente; 2º, capacidad procesal de los sujetos; 3º, cumplimiento de formas legales, y 4º, inexistencia de causas legales que obstan al ejercicio de la facultad de pedir

⁽²¹⁾ *C. Com. de la Cap. en Jur. Arg.* 17; 281.

⁽²²⁾ *C. Fed. Cap. en Jur. Arg.* 14, 404.

⁽²³⁾ *Teoría y técnica del proceso civil.* Bs. As. pág. 182.

protección jurídica. Una o más excepciones defienden estos presupuestos, como veremos a continuación.

Me ocuparé pues de los presupuestos procesales para el ejercicio de la tercería de dominio, que, en general, son los mismos para las demás tercerías o intervenciones de terceros, en el orden en el cual los he enumerado.

37. II. 1º Competencia.

Para que pueda instruirse un proceso válido, el órgano que lo substancia debe ser competente y subjetivamente idóneo. A fin de asegurar el primer recaudo, la ley da la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción (art. 84, inc. 1º, Cód. C. F.) y para el segundo la recusación (art. 366, Cód. C. F.).

Para resolver el problema de la competencia en cuanto al nuevo proceso que se instaura ante la petición de protección jurídica formulada por el tercerista, es necesario recordar la necesaria CONEXIDAD del proceso que es causa inmediata de la tercería, con ésta. Conexidad que da lugar a que se considere la tercería como incidente del principal ⁽²⁴⁾ y a que en el título dedicado a los incidentes reglamenten la tercería los códigos de E. Ríos, La Rioja, Mendoza y S. Juan.

La Sup. Corte ha sido expresa en la aceptación de esa tesis, cuando ha dicho que la “acción de tercería presupone la formación de una causa nueva con intervención en ella del actor y del demandado y siendo así es de estricta aplicación la doctrina de esta Corte según la cual aquélla constituye un INCIDENTE del cual debe conocer el juez del principal (“Fallos” 19, 426; 23, 189; 26, 209; y 103, 172)” ⁽²⁵⁾.

Se ha llegado a idéntica conclusión, por considerar que

⁽²⁴⁾ RAYMUNDO L. FERNÁNDEZ, *Código de Procedimiento Civil y Comercial* Bs. As. 1ª ed. nota 72, pág. 332 y bibliog. allí citada.

⁽²⁵⁾ *Jur. Arg.* 46-810. En igual sentido: S. C. “Fallos” 25, 89, 29, 38, 53, 169. También la C. Com. de la Cap. en *Jur. Arg.* 30, 751.

la tercería importa oposición al embargo (Ant. C. Civ. Cap. 117, 433), por ser la tercería un caso de ACUMULACIÓN (C. Civ. 2ª Cap., Jur. Arg. 7, 463) por ser en el principal donde se decretó el EMBARGO (C. Civ. 1ª Cap., Jur. Arg. 1943, III, 211) ⁽²⁶⁾.

No fué óbice al mantenimiento de este criterio sobre competencia, la circunstancia de discutirse la propiedad de un buque embargado (competencia "ratione materiae") ⁽²⁷⁾, ni el hecho de deducir la tercería el fisco nacional (S. C. "Fallos" 46, 59); o un extranjero (S. C. "Fallos" 133, 352; S. C. en "Jur. Arg." 62, 338) ⁽²⁸⁾. Se ha resuelto que en tales supuestos es nulo lo actuado ante la justicia federal (C. Fed. de la Cap. en "Jur. Arg." 21, 624).

El criterio no se modifica en el caso de secuestro o embargo pedido por el particular damnificado ante la justicia del crimen (S. C. Bs. As. en "Jur. Arg." 1942, II, 30).

Pero la doctrina jurisprudencial sobre competencia no aparece tan nítida cuando entra en juego la competencia en razón de la cantidad. Así tenemos un fallo de la antigua Cámara Civil de la Capital (Serie I, 7, 102) que sostiene que el criterio expuesto "sólo es aplicable cuando no exceda por su cantidad (la tercería) de los límites de su jurisdicción" ⁽²⁹⁾. Si bien es verdad que éste es un fallo antiguo y que la Cám. Com. de la Capital se ha pronunciado en sentido contrario. ("Jur. Arg." 1, 88; con nota de Descotto Reyna).

De acuerdo al principio de que el fuero de atracción de

⁽²⁶⁾ En sentido análogo: Ant. C. Civ. S. III. 3, 99; 77; 247; 98; 301; 1º oct. 27/1910, 1513. S. C. "Fallos" 7, 38.

⁽²⁷⁾ S. C. Fallos, 17, 182.

⁽²⁸⁾ Allí se dijo que también el pedido de levantamiento de embargo corresponde al juez de la ejecución, aún cuando quien lo deduce sea extranjero.

⁽²⁹⁾ Este mismo tribunal dijo que "la demanda sobre restitución de muebles embargados por exhorto, aún cuando importa una tercería, puede ser deducida en el domicilio del responsable si se acciona también por los daños y perjuicios causados" (Serie V, 22, 103).

Los juicios universales sólo funciona respecto al demandado, la S. C. ("Fallos" 18, 242), ha dicho que "decretada la quiebra del ejecutado, el juicio por cobro hipotecario (deducido ante la justicia federal por distinta nacionalidad y vecindad) y la tercería en él deducida, deben remitirse al juez del concurso". En el caso de tercería contra una sucesión e invocando lo dispuesto por los arts. 3284, inc. 4, Cód. Civil; 2, ley 927; 12, ley 48 y su fallo del tomo 114, 37, resolvió que ella correspondía al juez donde quedó radicada la sucesión (pues la tercería fué deducida antes de presentarse la cuenta particionaria) ("Jur. Arg." 20, 558). Y la C. Civ. 1ª de la Cap. ("Jur. Arg." 39, 111), que "el fallecimiento del tercerista no altera la competencia del juez ante el cual radica el juicio en que fuera deducida la tercería".

En un caso interesante, la S. Corte rechazó una tercería de dominio "deducida en un juicio en el cual se persigue la declaración de inconstitucionalidad de determinadas leyes "porque" mediante aquélla se pretende traer indirectamente al conocimiento de la Corte, asuntos que no pueden serlo directamente, como el de nulidad de concesiones mineras, cuando no se ha suscitado el caso federal" ("Fallos" 183, 359 y en "Jur. Arg." 66, 34).

En resumen, es juez competente para intervenir en la tercería de dominio, el que lo sea del principal, sin que modifique esa conclusión el fuero especial que pudiera corresponder al tercerista.

38. II. 2º Excusación y recusación.

Aún cuando no se trate de presupuestos procesales, estas dos instituciones complementarias, se encuentran ligadas a la competencia, puesto que pueden producir el desplazamiento de los jueces. Ellas tienden a asegurar la idoneidad subjetiva del órgano jurisdiccional y la consiguiente confianza del litigante en su imparcialidad.

La excusación (art. 384, Cód. C. F.) podría producirse

por la situación personal del juez con respecto al tercerista y por los mismos motivos puede ser recusado sin causa ⁽³⁰⁾ (art. 366, cód. cit.) o con ella (art. 368).

De acuerdo con conceptos que expondré más adelante sobre el derecho del tercerista a intervenir en el principal, entiendo que la separación del juez que se excusa o cuya recusación se admite, debe alcanzar no sólo a la tercería que motivó el incidente, sino también al principal.

39. II. 3º Capacidad procesal-Mandato.

El segundo de los presupuestos de todo proceso, es, lógicamente, el de la capacidad de los sujetos. Me refiero a la capacidad procesal ("legitimatio ad processum"), no sólo de los sujetos, sino de sus representantes legales, convencionales o funcionales (art. 84, inc. 2, cód. C. F.).

Es ineludible el cumplimiento de los recaudos legales atinentes a la capacidad procesal del tercerista y de su representante (arts. 13 y 14, cód. C. F.) ⁽³¹⁾. Pero, en cuanto a los sujetos del juicio principal, que como demandados deben intervenir en la tercería, no necesitan acreditar documentalmente en ésta su personería, por aplicación de lo dispuesto por el art. 17 del Cód. de Proc. Civ. de la Cap. Fed. y concordantes de las demás leyes procesales del país ⁽³²⁾.

⁽³⁰⁾ "El tercerista tiene derecho a recusar sin causa al juez aunque la intervención de éste hubiese sido aceptada por la parte en el principal." (C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 31, 889).

⁽³¹⁾ "Procede la excepción de falta de personería opuesta a la razón social tercerista, que no acompaña el contrato social ni demuestra el impedimento para la agregación del mismo" (C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 38, 1189). "No procede la excepción de falta de personería opuesta al socio desprovisto del uso de la firma social, que ha deducido tercería de dominio a nombre de la sociedad a fin de que se levante el embargo sobre bienes sociales, trabado a requerimiento de un acreedor particular del socio administrador, si éste (el socio administrador) omitió defender los intereses de la entidad. Esta actitud faculta a su consocio para representar a la sociedad conforme lo disponen los arts. 1726 C. Civ. y 207 C. Com. (C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 61, 677).

⁽³²⁾ "El poder otorgado para el juicio principal, faculta al

En cuanto a la capacidad para actuar en juicio, la C. Com. de la Cap. tiene resuelto que "la mujer casada puede deducir tercería en el juicio que contra su esposo sigue un tercero, sin necesidad de autorización alguna" ("Jur. Arg." 14, 552), por aplicación del art. 57 de la ley de matrimonio, ya que "LA TERCERÍA deducida por la mujer en el juicio contra aquél por un tercero, ES evidentemente UN JUICIO CONTRA EL MARIDO". En igual sentido: C. Fed., Paraná, abril 1910, 344. El concursado no puede deducir tercería, ha resuelto la C. Com. Cap. ("Jur. Arg." 12, 203).

Con relación a la representación del fisco, la C. Fed. de Bahía Blanca, ha dicho que "el cobrador fiscal con poder general para perseguir por apremio el canon de riego, tiene personería para intervenir en la tercería deducida en uno de esos apremios" ("Jur. Arg." 37, 147).

Puede darse el caso de que los bienes embargados pertenezcan a un incapaz, cuya representación necesaria ejerza el ejecutado. Tal el supuesto de ejecución seguida contra el padre, donde se embargan bienes de los hijos menores. Como una misma persona no puede ser actor y demandado y eso acaecería si el padre promueve la tercería por su hijo menor, aún cuando en realidad no haya oposición de intereses substanciales (arts. 61 y 397, inc. 1º, Cód. Civil), la hay de intereses procesales y debe darse al menor un tutor especial para que promueva la tercería y le represente en ella ⁽³³⁾.

mandatario para intervenir en la tercería" (C. Com. Cap. en *Jur. Arg.* 61, 729, 64, 319; S. C. "*Fallos*" 40, 411); "aunque esta facultad no haya sido expresamente mencionada" (id en *Jur. Arg.* 61, 476). "El mandatario con poder especial para iniciar y proseguir hasta su terminación el juicio de divorcio, separación de bienes y alimentos, tiene facultad para intervenir en la tercería de dominio deducida a raíz de un embargo decretado en aquel juicio y para promover reconvencción por simulación en dicha tercería" (C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 1943, III, 211). "El administrador de una sucesión con facultades amplias, puede deducir tercería" (C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 1944, I, 189).

⁽³³⁾ S. C. en "*Fallos*" 18 ,290 y S. C. S. Juan en *Jur. Arg.* 48, 313.

40. II. 4º Cumplimiento de formas legales.

Después de los presupuestos referentes al órgano (jurisdicción) y a los sujetos (acción), debemos de considerar los que se refieren a las formas legales (proceso). Uno de ellos, el más conocido, se protege por la excepción dilatoria de defecto legal (art. 84, inc. 4º, cód. C. F.) o de oscuro libelo. Es, pues, indispensable que el tercerista, como cualquier litigante, cumpla en su demanda los recaudos mínimos indispensables, (arts. 71, incs. 1 a 4 y 6 y 72, cód. C. F.), aunque, por tratarse de un incidente de un proceso ya en trámite, estos sean menos rígidos. En efecto, tratándose de formalidades, no es posible que su omisión pueda autorizar una excepción de defecto legal, si ellas aparecen subsanadas por las constancias del principal.

Pero, “si no se acompaña al escrito en que se deduce la tercería ningún documento que fundamente el derecho que se invoca, ni los hechos que se mencionan, si se designa el archivo, oficina o lugar donde se encuentran” procede la excepción de defecto legal, ha dicho la C. Com. de la Cap. (“Jur. Arg.” 14, 572) y la S. Corte (“Fallos” 20, 366), por aplicación de los arts. 72 y 530 del Cód. de Proc. Civil⁽³⁴⁾.

Para aquellas provincias cuyos códigos, como el de Buenos Aires, exigen que se acompañe, en ciertos supuestos de tercerías de dominio, el título, la conclusión del fallo aparece como indiscutible. El de Mendoza es bien explícito: “Con la demanda de tercería de dominio sobre inmuebles, deberá presentarse el título en que se fude sin cuyo requisito no se le dará curso” (art. 657 ref. por el 21 ley 434). Lo son más los de Buenos Aires y San Luis: “tratándose de tercerías de dominio sobre bienes raíces, con el escrito de demanda, deberá acompañarse el título de propiedad que se atribuye el tercerista o individualizarlo indicando el archivo, registro u oficina donde se encuentre”.

⁽³⁴⁾ En igual sentido la antigua C. Civ. de la Cap. en t. 130, págs. 106 y 136.

“En el caso de ser deducida tercería de dominio sobre bienes muebles, o tercería de mejor derecho, el actor acompañará su título u ofrecerá la prueba correspondiente en el escrito de demanda. No observándose los requisitos establecidos en los incisos anteriores, el juez rechazará la demanda sin más trámite y sin recurso alguno” (arts. 575 y 815, respectivamente).

El título al cual se refieren estas disposiciones legales, no es necesariamente el título traslativo de dominio, otorgado de acuerdo a las prescripciones legales, sino el que “prima facie” acredite los derechos de tercerista ⁽³⁵⁾.

Naturalmente que si primara la interpretación magníficamente propugnada por Alsina, del art. 72 del cód. de la C. F. ⁽³⁶⁾ la solución tendría que ser más rígida.

Volviendo al tema preciso del defecto legal, veamos algunos fallos: “Procede la excepción de defecto legal si la demanda de tercería no contiene el nombre y domicilio del demandante” (C. Civ. 1ª Cap. en “Jur. Arg.” 44, 668). “No procede... si surge innegable la jurisdicción del juez del principal” (C. Com. Cap. “Jur. Arg.” 22, 515); “... por omisión de un apellido, si de la enunciación de las relaciones entre las partes y los antecedentes de la tercería que hace el excepcionante, resulta evidente que éste es exactamente la persona que se ha querido demandar” (C. Com. Cap., “Jur. Arg.” 29, 799); “... por omisión del domicilio real del accionante y del título de propiedad, si estos recaudos se cumplieron con posterioridad y ya constaban en los autos principales” (C. Com. Cap., “Jur. Arg.” 74, 811); “... fundada en la acumulación de las acciones de reivindicación y tercería de dominio” (C. Civ. 2ª Cap. en “Jur. Arg.” 55, 209).

⁽³⁵⁾ PODETTI J. R. *Cód. de Proc. en materia Civ y Com. de Mendoza*, Bs. As. 1936, I, 411; JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil reformada*. Madrid. 1891. V. 653.

⁽³⁶⁾ “La fundamentación y la justificación del derecho en juicio (documentos que deben acompañarse a la demanda)” R. D. P. I, 1ª P., 7.

41. II. 5º Acumulación de acciones.

Suele admitirse también, como fundamento de la excepción de defecto legal, la impropia acumulación de acciones ⁽³⁷⁾. Podría también, entonces, producirse este caso en la tercería y se ha producido por la acumulación de las tercerías de dominio y de mejor derecho ⁽³⁸⁾. No creo que el problema pueda resolverse en términos generales, porque si bien puede haber situaciones en las cuales la pretensión del dominio excluye la de preferencia en el pago, existen muchos en los cuales esa exclusión no se produce y la acumulación, en forma subsidiaria resulta procedente.

Podría también acumularse la acción reivindicatoria (propia de la tercería de dominio), a la de nulidad de actos jurídicos o a la de simulación ⁽³⁹⁾.

42. II. 6º Otras circunstancias que pueden obstar al ejercicio de la facultad de pedir protección jurídica.

Además de las formas procesales que expresamente exigen los códigos que se cumplan para que el juez dé curso al proceso y que se defienden con la excepción de defecto legal, pueden existir otras circunstancias que impidan se entre al proceso. Es decir que hay supuestos en los cuales, no obstante el cumplimiento de los recaudos formales a los cuales me he referido, el titular de la acción no puede pedir protección jurídica, en ese proceso, o sin cumplir requisitos que no hacen a su capacidad procesal, ni a las formas de su presentación. Algunas de esas situaciones posibles, son previstas por excepciones que las leyes procesales establecen,

⁽³⁷⁾ HUGO ALSINA *"Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil"*, Bs. As. 1941. II, 106.

⁽³⁸⁾ "Nada obsta al ejercicio conjunto de las tercerías de dominio y de mejor derecho puesto que ellas no son excluyentes" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 32, 1075). "La tercería de dominio excluye la tercería de mejor derecho" (C. Civ. 1ª Cap. Jur Arg. 44, 135).

⁽³⁹⁾ Puede verse sobre acumulación de acciones: PODETTI, *"Código de Proc. Civ. de Mendoza"* I, 181 y sigs.

otras no. Entre ellas tenemos: 1º, la existencia de otro proceso pendiente por el mismo motivo y entre las mismas partes, que autoriza la excepción dilatoria de litis pendencia (art. 84, inc. 3, cód. C. F.); 2º, la existencia de una resolución judicial que produzca cosa juzgada material respecto a la cuestión, que motiva el proceso, que autoriza la excepción perentoria de cosa juzgada (art. 95, inc. 1º, cód. cit.); el incumplimiento de obligaciones procesales derivadas de un litigio anterior (art. 2486, Cód. Civil) ⁽⁴⁰⁾; 4º, la inexistencia de domicilio o bienes en la República, que hacen presumir incapacidad económica para responder a las consecuencias procesales del pleito, que autoriza la excepción dilatoria de arraigo (art. 85, cód. C. F.), y 5º, caso particular de la tercería en juicio ejecutivo, la oportunidad en la cual debe ser deducida (art. 658, cód. Mend.).

Cualquiera de estas circunstancias puede darse en la tercería en juicio ejecutivo, ya que se substancia en juicio ordinario (art. 529, cód. C. F.). Las veremos por su orden.

43. II. 7º Litispendencia.

Sería raro que se cumplieran los recaudos clásicos: identidad de personas, causa y objeto ⁽⁴¹⁾ entre una tercería y otro proceso, salvo que fuese otra tercería. Pero puede darse el caso de que, pendiente un juicio reivindicatorio, el bien que motiva el pleito fuese embargado en juicio ejecutivo seguido contra el demandado. ¿Si el reivindicante deduce tercería, podría prosperar la excepción dilatoria de litis pendencia? A simple vista parece que no, ya que en la tercería existe un sujeto más, el ejecutante. Pero si se piensa que ese sujeto tiene sólo un interés substancial SECUNDARIO en la tercería, o sea el de defender el derecho del ejecutado sobre el bien que embargó, la solución ya no

⁽⁴⁰⁾ Disposición análoga, en cuanto a incidentes en el nuevo código cordobés (art. 155). En general, Salta, art. 84.

⁽⁴¹⁾ Véase sobre esta excepción: ALSINA, op. cit. II, 97.

aparece tan clara. En efecto, en la tercería de dominio, y en cuanto concierne al interés del tercerista la discusión fundamental se traba o debe trabarse entre el ejecutado (supuesto titular del dominio) y el tercerista (que pretende el mismo derecho), por ello la figura del ejecutante es, bajo el punto de vista de aquel interés substancial, secundaria y aparece como COADYUVANTE del ejecutado o como SUBSTITUTO de éste (art. 1196 Cód. Civ.) si no se defendiera eficazmente o se allanara. En consecuencia, el ejecutante viene a ser dentro del juicio de tercería y en cuanto al interés del tercerista, un COMPLEMENTO de un sujeto o un SUBSTITUTO y por ello, la identidad de sujetos entre el juicio reivindicatorio y la tercería aparece como evidente. Creo en consecuencia que la excepción de litis pendencia procede en el supuesto planteado.

Ello puede traer inconvenientes al tercerista si en el juicio ejecutivo se subasta el bien y lo adquiere un tercero, pero, si de acuerdo al derecho que le acuerdan las leyes, ha obtenido una medida precautoria ⁽⁴¹⁾ (arts. 447, cód. C. F.; 2483, 2786 y 2788, Cód. Civ.) esos inconvenientes no pueden tener trascendencia.

44. II. 8º Cosa juzgada.

Institución procesal por excelencia, la cosa juzgada en su aspecto o sentido material, al obligar a los sujetos y al órgano a respetar la indiscutibilidad de la cuestión ya resuelta, da nacimiento a la excepción de cosa juzgada (art. 95, inc. 1º, cód. C. F.). Como en cualquier otro juicio, podría oponerse a la acción del tercerista la defensa de cosa juzgada, sea como excepción perentoria previa, sea como defensa de fondo al contestar la demanda ⁽⁴²⁾.

⁽⁴¹⁾ Véase: PODETTI J. R.: *Las medidas cautelares y el embargo preventivo de los frutos de la cosa litigiosa* (En *Rev. de Proc.* I, 1º, p. 138).

⁽⁴²⁾ "Existe (cosa juzgada) si los terceristas, —herederos de la sucesión ejecutada—, no dedujeron en tiempo oportuno la de-

Aún cuando no se trate ya de una defensa posible en una tercería, sino de una defensa que surgiría del fallo dictado en una tercería, conviene recordar que la sentencia dictada en ésta, hace cosa juzgada, tema que consideraré con detención más adelante.

45. II. 9º Incumplimiento de obligaciones procesales derivadas de un litigio anterior.

Supongamos que el poseedor de un inmueble es demandado por una acción posesoria y vencido en la misma se le imponen la entrega de la posesión y el pago de las costas y que consecutivamente, en un juicio ejecutivo seguido contra el demandante vencedor, se embarga el inmueble. Si el demandado vencido en el posesorio, ejercita la acción reivindicatoria u otra análoga, mediante la tercería de dominio, sin haber cumplido "las condenaciones pronunciadas contra él", procedería una excepción dilatoria innominada que surge del art. 2486 del Cód. Civ. Esta defensa es, naturalmente, procesal y del código de procedimientos civiles francés la tomó Vélez ⁽⁴³⁾ y se ha creado para evitar la acumulación del posesorio y el petitorio (art. 2482 Cód. Civ.). Mientras no esté finiquitado el posesorio, no se puede iniciar el petitorio ⁽⁴⁴⁾ y no puede estar terminado un proceso, mientras no se haya cumplido la sentencia dictada en él.

La acentuación del principio de moralidad en los trámites del proceso civil, que motivó una de las conclusiones

fensa del beneficio de inventario, en el juicio donde se dictó la sentencia, en cuya ejecución se deduce tercería fundada en esa circunstancia" (C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 2, 241). "No puede deducir tercería de dominio el heredero, si su apoderado intervino en el juicio". (Ant. C. Civ. 121, 19).

⁽⁴³⁾ LISANDRO SEGOVIA "El código civil de la Rep. Arg." II, nota 50 art. 2488.

⁽⁴⁴⁾ RENÉ JAPOIT, *Traité élémentaire de procédure civile y commerciale*. París 1916.

del Primer Congreso Nacional de Ciencias Procesales ⁽⁴⁵⁾, tendría que dar a esta defensa dilatoria, mayor consistencia y generalidad, estableciéndose, como en el nuevo código procesal de Córdoba (art. 155), la prohibición de iniciar nuevos incidentes, sin previo pago de las costas del anterior y, lo que es urgente, que no pueda promoverse el juicio ordinario posterior al ejecutivo, sin previo cumplimiento de la sentencia (bajo fianza) dictada en aquél.

46. II. 10º Arraigo.

La excepción dilatoria de arraigo normada por el art. 85 del cód. de proc. civ. de la C. F., ha sido muy discutida y una poderosa corriente propugna su supresión ⁽⁴⁶⁾. Pero nuestra legislación procesal la admite y en principio ella procede en la tercería en juicio ejecutivo, ya que debe tramitarse en juicio ordinario.

Las soluciones contradictorias de nuestra jurisprudencia, tienden a uniformarse en el sentido de que ella no puede ser opuesta al tercerista ⁽⁴⁷⁾. Comparto esa tesis, no sólo por el argumento generalmente esgrimido de que el tercerista está obligado a deducir su acción ante el juez donde se tramita el principal ⁽⁴⁸⁾, sino por motivos generales sobre los inconvenientes de la institución, que, a mi juicio deben incidir en favor de una interpretación restrictiva del precepto legal que autoriza la excepción de arraigo.

⁽⁴⁶⁾ Puede verse el debate al respecto en el Congreso de Derecho Procesal, op. cit. 352 y sigs.

⁽⁴⁵⁾ *Primer Congreso Nacional de Ciencias Procesales. Antecedentes y actas*. Córdoba, 1942, págs. 345 y 39.

⁽⁴⁷⁾ En el sentido de la procedencia de la excepción de arraigo contra el tercerista: C. Com. Cap. Jur. Arg. 29, 799; C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 13, 778; 17, 648; 20, 308 y 34, 440. (En este último fallo, con el agravante de que hubo prórroga de jurisdicción en los litigantes del principal).

⁽⁴⁸⁾ Por la improcedencia de la excepción de arraigo en la tercería: C. Com. Cap. Jur. Arg. 3, 547 (con nota); 8, 205 y 624; 11, 170; C. Civ. 1ª de la Cap. 42, 630 y 47, 146 (con nota) concordante de Ottolenghi); C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 47, 219 (con nota concordante de Salvo).

Si consideramos como justificación del arraigo, evitar la inmoralidad de que se deduzca una acción, sin tener recursos para afrontar sus consecuencias o procurando eludirlas por anticipado, única razón propiamente jurídica para defenderlo, es claro que debía ser general a todo litigante. Pero ello no es posible 1º, porque no se puede exigir solvencia a quien va al pleito porque se le demanda, y 2º, porque, como exigencia general para todo actor, significaría una restricción al derecho de defensa, repugnante al art. 17 de la Constitución Nacional.

Por otra parte si como hemos visto, el juez competente para intervenir en la tercería es el juez del principal y en consecuencia el tercerista, sea cualquiera su domicilio, su nacionalidad y aún la ubicación del bien que le lleva al litigio, debe concurrir a él, no parece justo, como se ha dicho reiteradamente, aplicarle una exigencia derivada de la relación entre su domicilio real y la ubicación de un tribunal que no pudo elegir.

47. II. 11º Oportunidad para deducir la tercería.

Con criterio práctico, algunos códigos del país autorizan la deducción de la tercería de dominio mientras no se haya “dado al comprador la posesión de los bienes ejecutados” (art. 658 Mend.), no se haya dictado “la sentencia de remate” (art. 564 Jujuy), o hasta hacerse la “venta o adjudicación en pago de los bienes” (art. 497 Salta).

La oportunidad en la cual los interesados pueden informarse del embargo, si no estuvieren presentes en dicho acto, es cuando se publican los edictos anunciando la subasta, es decir, ya en los trámites de cumplimiento de la sentencia. Aparece, pues, como prematuro el límite puesto por el código de Jujuy, ya que antes de la sentencia de remate no se hace publicación alguna que permita a los terceros enterarse del embargo.

El límite establecido por los códigos de Mendoza y de

Salta, es el conveniente, siempre que se interpreten las disposiciones pertinentes de acuerdo a las normas legales que determinan el momento en el cual el bien embargado pasa al dominio del adquirente. En efecto, perfeccionada la venta o adjudicación, el ejecutado pierde su derecho a él y el tercero que se pretende damnificado debe recurrir a otras acciones en defensa de su derecho, contra el comprador o adjudicatario. Puede ser, sin embargo, que si su acción es la reivindicatoria, deba demandar también al ejecutado, si tenía título o la posesión del bien, pero en este proceso puede haber sujetos diversos a los que figuraban en la tercería.

Si se trata de bienes muebles, como la posesión es título suficiente; "si la cosa no hubiera sido robada o perdida" (art. 2412 Cód. Civ.), éste es el límite para deducir la tercería de dominio (art. 520, cód. C. F.).

Si se trata de inmuebles, como, de acuerdo al art. 1184, primer apartado del Cód. Civ. no es necesaria la escritura, cuando la venta se hizo en subasta pública y para otorgar la posesión debe exigirse el pago o consignación del precio de compra (art. cit.), es también la posesión, el límite para el ejercicio de la tercería ⁽⁴⁹⁾. (S. C. "Fallos", 20, 78).

En caso de adjudicación al acreedor (art. 516, cód. C. F.), no es ya aplicable lo dispuesto por el art. 1184 cód. civ. puesto que el adjudicatario no compra en la subasta, el límite será la escrituración.

A conclusión similar se ha llegado aplicando los códigos procesales que no tienen disposición alguna sobre la oportunidad para deducir la tercería de dominio, como puede verse en el fallo citado en la nota precedente. También, en algún caso, por motivos distintos. Así, la S. C. de Bs. As. resolvió que la tercería era improcedente después de la

⁽⁴⁹⁾ "Debe rechazarse, sin pronunciamiento sobre el fondo, si la tercería de dominio ha sido deducida cuando han terminado los procedimientos del juicio ejecutivo y el comprador ha entrado en posesión de la cosa" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 11, 845).

venta del bien, "porque se había levantado el embargo", "condición previa y substancial para que tal procedimiento (la tercería) sea posible" (Jur. Arg. 24, 1015).

Tribunales de la C. Federal, en cuyo código no existe disposición alguna sobre la oportunidad de deducir tercería de dominio en juicio ejecutivo, han resuelto que ésta procede, aún cuando se hayan vendido los bienes porque "el dominio puede hacerse efectivo en el importe obtenido en la venta de las cosas embargadas" ⁽⁵⁰⁾.

Cuando la tercería se dedujo antes de la venta, pero ésta se produjo durante la tramitación, ha dicho la C. Civ. 1ª de la Cap. que procede la entrega del precio, al tercerista triunfante ("Jur. Arg." 38, 1071).

La C. Com. de la Cap. ⁽⁵¹⁾ en una sentencia ampliamente fundada, resolvió que la tercería de dominio procede aún después de vendido el inmueble en el juicio principal, si lo que se persigue es rever "en pleito ordinario y contradictorio, con toda la amplitud necesaria, procedimientos que afectan los derechos de un tercero". Aquí se roza el problema de si el tercerista puede pedir la nulidad de actuaciones del juicio principal, que trataré algo más adelante.

En la doctrina, Roberto Pecach, en nota al fallo citado precedentemente, afirma, con excelente criterio y ante el silencio del código de la Capital, que el LÍMITE para el ejercicio de la tercería de dominio en juicio ejecutivo, sólo puede ser dado por el CONOCIMIENTO que tenga el tercerista del juicio o del embargo que afecta su dominio.

De acuerdo con esta doctrina, que Jofré acogió en el art. 132 ⁽⁵²⁾ de su proyecto, el código de S. Fe, dispone: "La tercería de dominio deberá iniciarse dentro de los quin-

⁽⁵⁰⁾ C. Com. Cap. *Jur. Arg.* 4, 419; 32, 1074.

⁽⁵¹⁾ *Jur. Arg.* 65, 169.

⁽⁵²⁾ "Las tercerías sólo pueden deducirse dentro de los diez días de trabado el embargo en bienes del tercerista, o desde que este tenga conocimiento del mismo y se tramitarán con el demandante y el demandado en la forma establecida para los incidentes."

ce días de la traba del embargo o desde que el interesado tuvo noticia de ella o desde que se rechazó el pedido autorizado en el artículo anterior (levantamiento de embargo sin tercería), so pena de abonar las costas por su presentación tardía" (art. 531). Idéntica norma contiene el código de Santiago del Estero (art. 716). Pero como se desprende de la confrontación de los textos, la innovación en los códigos citados, es más tímida que en el proyecto de Jofré. No se establece un límite al ejercicio de la tercería, sino que se sanciona con el pago de las costas la demora en deducirla. Posiblemente pesó en el ánimo de los codificadores el temor de invadir las facultades legislativas del Congreso, creyendo que fijar un plazo para deducir la tercería, era establecer la prescripción de una acción, en sentido material. Si así fuera, la limitación de la reforma sería injustificada, porque la tercería es sólo una vía procesal para ejercitar una acción, es una de las maneras de pedir protección jurídica⁽⁵³⁾. Cerrada esa vía por el transcurso de un plazo procesal o por un acontecimiento como la venta del bien, quedan al interesado otras vías para defender su derecho, ejercitando la acción que le corresponda, dentro de los plazos de prescripción que las leyes substanciales establecen. La situación es la misma cuando se fija un plazo procesal para deducir el juicio ordinario posterior al ejecutivo, como lo hacen los códigos de Tucumán (art. 496) y de Entre Ríos (art. 474)⁽⁵⁴⁾.

48. II. 12º Evicción.

Voy a referirme ahora, brevemente, a un "incidente suspensivo del procedimiento"⁽⁵⁵⁾ que la doctrina designa,

(53) Véase al respecto: PODETTI *"Teoría y técnica..."* pág. 138.

(54) PODETTI *"Cód. de Proc. Civ. de Mendoza"* III, 138.

(55) Así llama Alsina, con todo acierto, a la citación de evicción. *"Tratado"*, II, 114. Yo había ya sostenido que no es una excepción dilatoria, comentando el inc. 6 del art. 116 del cód. de Mendoza (I, 198).

generalmente, con el nombre de citación de evicción. Este trámite procesal puede dar origen a una de las formas de la tercería o intervención de terceros en un proceso, que estudiaré en capítulo posterior. Pero, dentro de la tercería de dominio en juicio ejecutivo, puede introducirse este incidente y a ese aspecto de la cuestión me quiero referir.

Por regla general, la tercería de dominio involucra el ejercicio de la acción reivindicatoria ⁽⁵⁶⁾ en contra del ejecutado (como presunto titular del dominio discutido) y en contra del ejecutante (a quien interesa se reconozca ese derecho en el demandada). Entonces, si el ejecutado adquirió el dominio (o cualquier otro derecho real) a título oneroso, puede llamar en su defensa al transmitente (arts. 2089, 2108 y correlativos del Cód. Civil). Y como el ejecutante (acreedor) puede ejercer los derechos de su deudor (art. 1196, Cód. Civ.), también éste podría citar de evicción, si el ejecutado no lo hiciera, a fin de salvaguardar los derechos patrimoniales de éste, en caso de que el tercerista triunfara (art. 2110, Cód. Civ.) y hacer efectivo sobre ellos su crédito.

En cuanto al tercerista, puede también citar de evicción, con carácter previo al traslado de la demanda, ya que ese derecho se reconoce a todo actor ⁽⁵⁷⁾.

En consecuencia, entiendo que en la tercería de dominio procede la citación de evicción, tanto por parte del tercerista, como de los demandados, en los supuestos que el Código Civil autoriza y en la forma y plazos que las leyes procesales reglamentan.

(56) "La tercería de dominio legislada por el art. 529 del Cód. de Proc. Civ., tiene todos los caracteres de la reivindicación" (C. Fed. Bahía Blanca, *Jur. Arg.* 42, 484). En igual sentido: C. Ap. Rosario *Jur. Arg.* 68, 557.

(57) ALSINA, op. y lug. cit.

49. III. Medidas cautelares. Suspensión de trámites en el ejecutivo.

En parágrafo posterior, analizaré los diversos efectos que la deducción de una tercería puede producir sobre el principal y los derechos que deben reconocerse al tercerista para intervenir en él y estudiaré si puede afectarle la sentencia que en el mismo se dicte. Pero he creído conveniente anticipar el estudio de uno de esos efectos, o sea la suspensión de trámites en el ejecutivo y considerarlos conjuntamente con las medidas cautelares que pueden solicitarse en la tercería de dominio en el juicio ejecutivo.

Las medidas cautelares “in género”, he dicho ⁽⁵⁸⁾ están comprendidas dentro de los fines primordiales de la jurisdicción como derecho-deber del Estado, aunque pueda verse, en algunas de ellas, una preponderancia de la finalidad pública sobre los fines privados. Mediante ellas, el poder jurisdiccional satisface el interés particular de asegurar un derecho aún no declarado; pero, con mayor o menor intensidad según la especie de medida cautelar, satisface el interés general y público de asegurar la paz en la convivencia social y evitar la pérdida o desvalorización de bienes económicos.

Estas medidas proceden en cualquier clase de proceso (pendiente o a iniciarse), y deben ser otorgadas cuando se cumplan los presupuestos que las condicionan: INVOCACIÓN de la existencia de un derecho material y su justificación “prima facie”; inminencia del daño que podría ocasionar y otorgamiento de contracautela.

En la tercería en general y en la tercería de dominio en juicio ejecutivo en particular, pueden, pues, solicitarse cualquiera de las medidas precautorias que las leyes procesales o materiales autorizan, si se cumplen los recaudos pertinentes ⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁸⁾ “Las medidas cautelares...” Rev. D. P. I, 1ª parte 140.

⁽⁵⁹⁾ “Si con títulos de propiedad se ha comprobado “prima

Así y en el caso particular de la tercería de dominio que importe la reivindicación, podrían solicitarse las medidas autorizadas por los arts. 447 del cód. C. F. y 2483, 2786 y 2788 del Código Civil ⁽⁶⁰⁾.

Pero las leyes procesales conceden específicamente una medida precautoria al tercerista de dominio o de mejor derecho en juicio ejecutivo y algunas leyes también al tercerista en otra clase de procesos.

El art. 530 del cód. de la C. Fed. dispone que "si la tercería deducida fuese de dominio, consentida o ejecutoriada que sea la sentencia de remate, se suspenderán los procedimientos del juicio ejecutivo hasta que se decida" ⁽⁶¹⁾.

El código de S. Fe, contiene una innovación interesante, "si la tercería fuese de dominio o de posesión, se suspenderá la ejecución de la sentencia de remate, hasta que aquélla se resuelva siempre que los recaudos acompañados por el tercerista justifiquen "prima facie" el derecho invocado, o SE PRESTE FIANZA bastante para responder a los perjuicios que la suspensión irroque" ⁽⁶²⁾ (art. 527).

Veamos si esta medida cautelar exige, también, el cumplimiento de los presupuestos que condicionan las medidas de esta especie, en general.

(A) Invocación de la existencia de un derecho ma-

fácie", el derecho de dominio, por quien se presenta oponiéndose a pretensiones sobre ella, corresponde acceder a su pedido de medidas precautorias, tales como la percepción y depósito de alquileres mediante administrador judicial" (C. Civ. 2ª Cap. Jur. 24, 548).

⁽⁶⁰⁾ Véase op. cit. 146 "El tercerista de dominio tiene derecho de pedir que los bienes embargados en el juicio ejecutivo, sean entregados a un depositario judicial e inventariados". Allí se dijo que la tercería era una demanda reivindicatoria y que pudo pedirse el embargo conforme al art. 447 Cód. C. F. (S. C. "Fallos" 73, 153).

⁽⁶¹⁾ Disposiciones análogas: ley 50 (art. 302); Corrientes (art. 519); Salta (art. 491 modif. ley 570); Bs. As. (art. 577); E. Ríos (art. 390); La Rioja (art. 1196); Jujuy (art. 559); Mendoza (art. 659); S. Juan (art. 1021); S. Luis (art. 817); nuevo de Córdoba (art. 65).

⁽⁶²⁾ Disposición idéntica: S. del Estero (art. 711).

terial y su justificación "prima facie" (art. 443 cód. C. F.).

La deducción de una tercería de DOMINIO, es, por sí sola, una invocación, por parte del tercerista, de que existe a su favor un derecho material. Como he dicho precedentemente, algunas leyes procesales exigen se acompañe al escrito inicial de la tercería, el título que justifique el dominio o se ofrezca la prueba de él, y, condicionan la suspensión del trámite en el ejecutivo a la justificación "prima facie" de ese derecho. En el caso de los códigos, que, como el de la Cap. Fed., nada disponen al respecto, los fallos judiciales han orientado su interpretación en el mismo sentido. Así, la S. Corte, aplicando disposiciones de la ley 50, resolvió que "si el tercerista no INVOKA el dominio de los bienes embargados, no es pertinente la suspensión de los procedimientos en la vía ejecutiva" ("Fallos" 89, 106). La C. de Com. de la Cap. que "la suspensión requiere la presentación de RECAUDOS que HAGAN VEROSÍMIL el derecho invocado..."⁽⁶³⁾ ("Jur. Arg." 27, 620 y 1047; 44, 787); "...con sujeción al principio general que rige cuando se trata de medidas precautorias..." ("Jur. Arg." 15, 615); "...que no es suficiente la promoción de la tercería..." ("Jur. Arg." 33, 1124; 34, 557). Concordantemente, se ha dispuesto la suspensión de los trámites del ejecutivo "...si resultan suficientes los recaudos... acerca del dominio alegado..." (C. Com. Cap., "Jur. Arg." 47, 226).

(B) INMINECIA DEL DAÑO ("periculum in mora"). El estado del juicio ejecutivo en el cual se puede producir la suspensión o sea los trámites de cumplimiento de la sentencia de remate que presupone la venta en subasta pública del bien embargado, cuyo dominio pretende el tercerista, hace innecesaria la justificación de la inminencia del daño, que surge del acto o actos que se suspenden.

(C) CONTRACAUTELA. Si bien, como lo he sostenido, la

⁽⁶³⁾ En sentido análogo: C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 7, 29; 33, 106; 38, 1016; 41, 709; 46, 552; 67, 201; 1942-I-512. C. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 3, 392; 25, 956; 43, 628.

contracautela es un presupuesto de toda medida precautoria ⁽⁶⁴⁾, en general, nuestras leyes sólo la exigen en determinados casos. En el supuesto que me ocupa nada dice la ley al respecto y en consecuencia no puede ella ser exigida, salvo en los códs. de S. Fe y S. del Estero, cuando la medida no estuviera abonada documentalmente, es decir, que la contracautela viene a ser un substituto del primer presupuesto.

Aparte de los fallos citados precedentemente, se ha resuelto sobre el tema que me ocupa, que: "la tercería de dominio suspende la venta CUALQUIERA que sea el TÍTULO DE LA EJECUCIÓN". (Antigua C. Civ. S. V-I, 15); "... que impide dar la posesión al comprador en remate judicial" (id. 74, 235); "... que solamente la tercería de dominio autoriza la suspensión..." (C. Civ. 1ª Cap, "Jur. Arg." 44, 135) ⁽⁶⁵⁾.

Sobre la oportunidad de la suspensión, ratificando la expresa norma del art. 302 de la ley 50, resolvió la S. Corte que la tercería de dominio no suspende el procedimiento ejecutivo sino DESPUÉS de ejecutoriada la sentencia de remate" ("Fallos", 19, 215).

Respecto a la legitimación del solicitante de la medida, se ha resuelto "no procede la suspensión del remate decretado en el juicio que sigue la municipalidad contra propietario desconocido, por el hecho de que se haya presentado un cesionario del propietario deduciendo tercería, dado que nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que gozaba, de manera que el cesionario adquiere el derecho de cedente ocupando su sitio en la litis según el estado actual del procedimiento" (C. Civ. 1ª Cap., "Jur. Arg.", 60, 841).

La tercería debe ser deducida en el juicio donde se

⁽⁶⁴⁾ Op. y lug. cit.

⁽⁶⁵⁾ "Iniciada una tercería, "ipso facto" se produce la suspensión en el trámite en la ejecución respectiva, en razón del carácter incidental de la misma" (S. C. Tuc. *Jur. Tuc.* XVI, 203).

trabó el embargo cuyas consecuencias se intenta evitar, no procediendo entonces la suspensión si la tercería se dedujo en otro juicio (C. Civ. 1ª Cap., "Jur. Arg.", 69, 621).

No procede la suspensión del juicio por cobro hipotecario, si el tercerista no desconoce la deuda y transfirió simuladamente el inmueble al ejecutado (C. Civ. 1ª Cap., "Jur. Arg." 73, 530).

La suspensión, como toda medida precautoria, no causa estado y puede ser revocada en cualquier momento (C. Civ. 1ª Cap., Jur. Arg., 36, 1327; 38, 627; C. Com. Cap., Jur. Arg., 18, 1192; C. Civ. 2ª Cap., Jur. Arg., 37, 716); pero la "inactividad del tercerista no puede modificar la suspensión de los trámites del juicio ejecutivo determinada legalmente por la tercería de dominio promovida" (C. Civ. 1ª Cap., Jur. Arg., 44, 145; 55, 130).

La resolución judicial disponiendo se suspendan los trámites del juicio ejecutivo, se decreta, generalmente, en la tercería y como primera medida al dar curso a la acción. Pero nada obsta a que el pedido se haga y se resuelva en el juicio principal (C. Com. Cap., "Jur. Arg.", 33, 1124) o que se pida después de deducida la demanda.

En el supuesto de dos ejecuciones y dos tercerías, sobre los mismos bienes, la S. Corte resolvió que la tercería deducida en la segunda ejecución no suspende la primera ("Fallos", 23, 455). Debe destacarse que la tercería en la primera ejecución fué rechazada.

No obstante el derecho del tercerista a pedir y obtener la suspensión, puede ordenarse la venta de los bienes embargados que solicita el ejecutante, si se trata de cosas perecederas o sujetas a desvalorizarse y que originan gastos de conservación y depósito (animales lanares), y se puede asegurar así la subsistencia de su valor (C. Civ. 1ª, Cap., "Jur. Arg." 61, 435).

50. IV. Sustanciación de la tercería de dominio. 1º Notificación del traslado. Domicilio. Mandato.

Presentada la demanda de tercería, ante el juez del principal, con las copias correspondientes al traslado que debe darse a ejecutante y a ejecutado (arts. 532 y 21, cód. C. F.), el juez dispondrá el traslado de la misma, con la citación y emplazamiento pertinentes (art. 76, cód. cit.), a menos que resolviera repelerla en "limine litis" (art. 75, cód. cit.) ⁽⁶⁶⁾. El procedimiento sigue el del juicio ordinario (art. 529, cód. cit.) ⁽⁶⁷⁾ con algunas modificaciones. Así, el domicilio para notificar el traslado de la demanda, que en el juicio ordinario es el real y en el caso de tercería, el legal constituido por el ejecutante y el ejecutado en el proceso principal (ejecutivo), por considerarse la tercería un incidente de aquél (Conf. C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 20, 765; C. Com. Cap. Jur. Arg. 3, 285 y 976; 23, 1005; 61, 729; S. C. Tuc. Jur. Tuc. XVI, 203). La notificación del traslado no necesita ser hecha personalmente, pudiendo entenderse con los apoderados de ejecutante y ejecutado (Jofré "Manual", IV, 89; Fernández, 1ª ed. nota 73 al art. 532, C. Com. Cap. Jur. Arg. 23, 1005).

El plazo o término para contestar la demanda en tercería, es el correspondiente al juicio ordinario en la Capital y en las provincias cuyos códigos siguen al de aquella y corre separadamente para cada uno de los demandados, desde su respectiva notificación, pues es un término individual

⁽⁶⁶⁾ "Sólo en la sentencia pueden los jueces decidir sobre la procedencia de la demanda en tercería; debe pues, dársele curso, sin que proceda la devolución de la demanda en virtud de fundamentos referentes al fondo de la cuestión". (C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 1944 IV, 776).

⁽⁶⁷⁾ Disposiciones iguales en los cód. de Corrientes (518), E. Ríos (388), Jujuy (558), Mendoza (655) y Salta (490). Procedimiento del juicio ordinario con modificaciones y acortamiento de plazos: Bs. As. (576), S. Luis (816), nuevo de Córdoba (64). Procedimiento del juicio declarativo que corresponda: La Rioja (1198), S. Juan (1019), Santa Fe (526), S. del Estero (709).

(Fernández op. y lug. cit.; C. Com. Cap. Jur. Arg. 61, 729 ⁽⁶⁸⁾).

Tratándose de una demanda en contra de ejecutante y ejecutado, la notificación del traslado debe hacerse a ambos y “debe anularse el procedimiento seguido sin audiencia de uno de ellos” (C. Fed. La Plata, junio 1914, 77; “aún de oficio”, C. Fed. de Paraná, agosto, 1913, 102).

51. IV. 2º Rebeldía.

Para el código de la Capital y aquéllos que le siguen, es indispensable, como puntualicé, notificar el traslado de la demanda a ejecutante y ejecutado. Para el código de Mendoza “si el ejecutado hubiese sido declarado rebelde en el juicio ejecutivo, no se le hará nuevo emplazamiento en la tercería (art. 661) ⁽⁶⁹⁾, disposición inobjetable al considerarse a la tercería como incidente del principal, pero que convendría suprimir por razones prácticas. En efecto, la rebeldía en el ejecutivo, puede dimanar de falta de defensas, pero como la tercería, tiene otros fines, que pueden ser de mayor trascendencia para el ejecutado, debe conocerla, para que no exista indefensión.

Vencido el plazo para comparecer y contestar la demanda, para cada uno de los demandados, previo pedido de parte, se le declarará en rebeldía (art. 433, cód. C. F.). Es necesario recordar que nuestras leyes procesales se refieren a dos rebeldías, la propia o sea la derivada de la incomparecencia al proceso, y la simple pérdida o decaimiento del derecho de realizar un acto procesal (art. 45 cód. cit.). Como la constitución de domicilio legal, implica comparecencia y

⁽⁶⁸⁾ En el sentido de que el término es común (antigua C. Civ. 79, 427).

⁽⁶⁹⁾ Disposiciones análogas en los Códos de E. Ríos (389), S. Juan (1020), S. del Estero “Si el ejecutado hubiera comparecido ya, o sido declarado rebelde en el juicio ejecutivo no se hará nuevo emplazamiento en la tercería y se correrán directamente los traslados a los representantes legales del juicio principal” (710).

los domicilios legales constituídos en el principal valen en la tercería, parece que en ésta y salvo incomparecencia también en el principal, procede sólo el decaimiento del derecho de contestar la demanda y sucesivamente de los demás actos procesales que no se cumplieran en término. Creo sin embargo que no es así. El carácter de incidente, que la ley atribuye a la tercería, con respecto al principal, no es absoluto, y no debe restringir los derechos de los sujetos del proceso más allá de lo que la ley ha querido. Si no considero prudente la norma de ciertos códigos que al demandado rebelde en el ejecutivo, lo consideran sin más trámite en la misma situación en la tercería, considero inconveniente, a la inversa, que por haber comparecido en el principal, no pueda declararse contumaz en la tercería, al ejecutante o ejecutado. Entiendo pues que el domicilio legal del principal, sólo vale para la notificación de la demanda en tercería y que los demandados en ésta deben comparecer y constituir domicilio legal en la tercería, so pena de ser declarados rebeldes, en la acepción recta del vocablo.

Partiendo del concepto de que la situación de los demandados en la tercería, es par, defendiendo un interés substancial idéntico, se ha llegado a negar al ejecutante, derecho a acusar rebeldía al ejecutado (C. Civ. 2ª de la Cap. Jur. Arg. 17, 569). Por motivos teóricos y prácticos, discrepo con esta conclusión. Ejecutante y ejecutado podrán o no defender en la tercería un interés substancial idéntico, por lo cual, como dije, el ejecutante aparece como coadyuvante o substituto del ejecutado, pero son sujetos procesales distintos, con cargas y facultades procesales diversas, aunque, a veces, puedan ser paralelas. El carácter de substituto del ejecutado, que atribuyo al ejecutante en ciertos supuestos (negligencia o connivencia con el tercerista), les pone, en cuanto al desarrollo del proceso, en posiciones contrarias. He dicho que toda tentativa de re-

ducir la tercería al litigio clásico ("actoris et rei") desvirtúa los fines de esta institución. El criterio que combato se funda en esa falsa premisa. Por otra parte y bajo el punto de vista práctico, basta recordar el sinnúmero de tercerías que se deducen en connivencia con el ejecutado, con el único fin de obtener la suspensión de la subasta, para comprender que la resolución que critico, favorece las maniobras de esa índole.

En efecto, si el tercerista, obtenido su objeto o sea la suspensión de la subasta, deja paralizada la tercería, sin acusar rebeldía al ejecutado incompareciente y se niega al ejecutante el derecho de hacerlo, el juicio ejecutivo y la tercería quedarán paralizadas hasta que perima la instancia en este último proceso. Y el mismo tribunal (C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 37, 1394), revocando un auto de primera instancia, negó al ejecutante el derecho de pedir se emplazara al tercerista a proseguir los trámites, bajo apercibimiento de tenerlo por desistido, por no existir disposición alguna que lo autorice ⁽⁷⁰⁾.

52. IV. 3º Reconvención.

Como en juicio ordinario procede la reconvención (art. 101 cód. C. F.), debe admitirse que en la tercería de dominio en juicio ejecutivo ella es admisible ⁽⁷¹⁾. Requisitos para que proceda son la competencia del juez (art. 137, cód. M.); trámites iguales; que los legitimados pasivamente, sean los intervinientes en la tercería y no otros ajenos a la litis; que se llenen los recaudos procesales para toda demanda ⁽⁷²⁾.

⁽⁷⁰⁾ La S. Corte ha resuelto: "el ejecutante que al retirar los fondos, otorgó fianza a las resultas de una tercería, puede pedir que el juez fije un plazo dentro del cual el tercerista termine el juicio, bajo apercibimiento de darlo por desistido" ("Fallos" 24, 363).

⁽⁷¹⁾ C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 7, 302; C. Civ. 2ª, Cap. Jur. Arg. 1943, III, 211.

⁽⁷²⁾ PODETTI, Cód. de Proc. Mend. I, 221.

Como la tercería debe substanciarse con ejecutante y ejecutado (art. 532 cód. C. F.), es evidente que cualquiera de ellos puede contrademandar. El problema difícil es el de resolver con quien debe substanciarse esta nueva acción que se introduce mediante la contrademanda. Superficialmente, la respuesta es obvia, con el actor o demandante (art. 102, cód. C. F.) y ese es el tercerista ⁽⁷³⁾. Pero la solución no satisface a quien medite un poco sobre el entrecruzamiento de intereses en la tercería. No es posible resolver los problemas de la tercería, sobre la base del significado que tienen los vocablos actor y demandado en el proceso elástico de dos sujetos. Con ese criterio se llegaría a soluciones absurdas, que están lejos de ser admitidas por quienes así resuelven este problema. Tales las que se plantean respecto a la absolución de posiciones del demandado-ejecutado o a su allanamiento ⁽⁷⁴⁾.

El demandado-ejecutante y el demandado-ejecutado, pueden aparecer como litisconsortes pasivos, frente al actor-tercerista, por defender intereses concordantes: el demandado-ejecutado su dominio y el demandado-ejecutante el dominio de su litisconsorte. accidental para defender el cobro de su crédito.

Pero cuando el demandado-ejecutado reconoce el dominio del actor-tercerista y el demandado-ejecutante reconviene por simulación, el litisconsorcio pasivo, accidental, se recompone y pasa a ser formado por la pareja actor-tercerista y demandado-ejecutado. Como se ve, la solución no es simple y general, sino compleja y particular. A mi juicio,

(73) Conf. C. Com. Cap. *Jur Arg* 50, 616.

(74) Dice LEONARDO PRIETO CASTRO (*"Exposición del Derecho Procesal Civil de España"*. Zaragoza 1941, I, 144.) "De esta manera (por la intervención principal) surgen dos procesos juntos con el antiguo, uno del interviniente principal contra el demandante y otro contra el demandado primitivo, los cuales por esta causa pasan a formar un litisconsorcio muy particular, aunque generalmente existirá entre ellos oposición de intereses y por lo tanto de medios de DEFENSA y de PRUEBA".

de la reconvencción que formula uno de los demandados debe darse traslado al otro demandado y al actor tercerista. Si, como en el primer caso propuesto, los intereses de ambos demandados son idénticos, el otro demandado adherirá a la reconvencción o pedirá ser eliminado de esa litis. Si así no procede, o se opone a la reconvencción, es que sus intereses substanciales no marchan unidos a los del reconviniente y su postura contribuirá a aclarar el litigio.

53. IV. 4º Allanamiento.

El allanamiento, dice Goldschmidt ⁽⁷⁵⁾, “consiste en reconocer la alegación jurídica formulada en la demanda”. Un allanamiento total y sin restricciones, donde se han cumplido, los requisitos que condicionan su validez ⁽⁷⁶⁾ hace innecesaria la substanciación del litigio, debiendo el juez dictar sentencia conforme a las peticiones del actor, salvo que hubiera en litigio cuestiones de orden público.

Pero en la tercería no pueden suceder las cosas en la misma forma que en el proceso con dos sujetos. Si, como sucede con frecuencia, se allana a la tercería el demandado-ejecutado, el litigio seguirá substanciándose con el demandado-ejecutante, que ejercita los derechos substanciales de aquél. Recién en la sentencia definitiva el juez podrá considerar los efectos de ese allanamiento, con resultados que podrán aparecer como singulares, si el demandado-ejecutante triunfa. En efecto, reconocido el dominio del demandado-ejecutado, en la litis entre actor, tercerista y demandado-ejecutante, si aquél se ALLANÓ, reconociendo el derecho del actor-tercerista, no pueden alcanzarle los beneficios de la sentencia desestimatoria de la demanda en tercería y en el juicio ejecutivo, una vez liquidado el crédito del ejecutante,

⁽⁷⁵⁾ JAMES GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal Civil*, trad. PRIETO CASTRO, con notas de ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, 1936, pág. 196. Véase también PRIETO CASTRO, op. cit. 224.

⁽⁷⁶⁾ ALSINA, op. cit. II, 142.

el remanente será para el tercerista y no para el ejecutado..

Si se allana el demandado-ejecutante y en consecuencia se cancela el embargo que motivó la tercería, pareciera y así se ha sostenido algunas veces ⁽⁷⁷⁾, que la tercería no tiene razón de ser. Pero si el demandado-ejecutado se opone a las pretensiones del actor-tercerista (discute el derecho real que éste pretende sobre el bien que se embargó), el proceso debe seguir.

Cuando ambos demandados se allanan (ejecutante y ejecutado) reconociendo el dominio del tercerista, procede la sentencia haciendo lugar a la tercería y disponiendo se levante el embargo que la motivó ⁽⁷⁸⁾.

Implica allanamiento por parte del ejecutante, el pedido de levantamiento de embargo formulado en el principal, después que le fué notificado el traslado de la tercería. (C. Com. Cap. Jur. Arg. 55, 575).

54. V. Pruebas.

Substanciada la reconvención si la hubo, contestada la demanda en tercería por ejecutante y ejecutado o declarada la rebeldía, corresponde resolver si el pleito ha de pasar directamente al estado de sentencia (segunda etapa normal y esencial del proceso ordinario) ⁽⁷⁹⁾ (art. 212 cód. C. F.), ha de ser declarado de puro derecho, en cuyo caso corresponde esa especie de réplica y dúplica que se llama "nuevo traslado" (art. 103 cód. C. F.) o bien si ha de ser abierto a prueba (art. 104 cód. C. F.).

Generalmente la tercería se abre a prueba, pues las cuestiones planteadas se basan en hechos, como la posesión de las cosas embargadas. Será pues raro, que en una tercería de dominio en juicio ejecutivo, pueda prescindirse de

⁽⁷⁷⁾ Ver párr. 35.

⁽⁷⁸⁾ C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 20, 257.

⁽⁷⁹⁾ "Teoría y técnica..." 184.

este período normal, pero no esencial del proceso ordinario ⁽⁸⁰⁾.

La rebeldía de los demandados, no exime al tercerista de probar sus afirmaciones (C. Civ. 1ª, La Plata, Jur. Arg. 43, 1261).

No me voy a ocupar de los diversos problemas, bien complejos por cierto, que se vinculan a la prueba ⁽⁸¹⁾, su objeto y finalidad; quién debe probar (carga de la prueba); qué se debe probar (hechos sujetos a prueba); cómo se debe probar (pertinencia e idoneidad de la prueba); medios de prueba autorizados por la ley, etc. Pero conviene dejar establecidos algunos principios generales, para comprender mejor los problemas prácticos que alrededor de la prueba en la tercería de dominio, surgen constantemente.

1º La prueba es una CARGA del propio interés. No hay obligación (en el sentido civil del vocablo) de probar. Esa carga de probar los hechos que sirven de fundamento a la demanda o al responde, constituye, en su reverso, una de las facultades de la acción que ejercitan los sujetos procesales ⁽⁸²⁾. Por eso pueden reclamar la apertura a prueba y

2º El juez es quien, en definitiva y con conocimiento de las cuestiones articuladas, debe resolver si es necesaria la prueba o no. En efecto, aún cuando las partes “estén conformes en que se falle la causa sin recibirse a prueba” (art. 107, cód. C. F.), el magistrado puede ordenar pruebas para mejor proveer (art. 57, *cód. cit.*).

3º Si bien el principio o principios generales sobre carga de la prueba, son válidos para la tercería: a) el actor-

⁽⁸⁰⁾ “Procede la apertura a prueba en la tercería de dominio deducida, si el tercerista alega que los bienes embargados por el acreedor prendario, no son los afectados al contrato de prenda agraria y ejecutado y ejecutante sostienen que el tercerista no tiene en realidad el dominio de ellos, por no habersele hecho tradición” (C. Fed. Cap. *Jur. Arg.* 37, 578).

⁽⁸¹⁾ *Op. cit.* 159.

⁽⁸²⁾ “*Trilogía estructural...*” Rev. D. P. II; 1ª Parte, 113. la admisión de la prueba pertinente.

tercerista debe producir la prueba de los hechos constitutivos del derecho que invoca, sino lo hace, los demandados que no los hayan reconocido no tienen nada que probar ⁽⁸³⁾ b) producida la prueba de los hechos constitutivos, los demandados que se opongan a la demanda y que no reconozcan la existencia de esos hechos, deben producir la prueba de su inexistencia y c) si reconocen la existencia de los hechos constitutivos y se oponen a la emanda, deben producir la prueba de los hechos extintos o impeditivos; su aplicación particular, tiene caracteres específicos, por el entrecruzamiento de intereses que la tercería presupone.

Así, no obstante la falta de prueba de hechos constitutivos por parte del actor-tercerista, el demandado ejecutante debe producir prueba de la existencia de hechos constitutivos a favor del demandado-ejecutado, pues éste puede estar de acuerdo con el actor y además, la circunstancia de ser el ejecutante quien primero agredió (al trabar el embargo), le impone cargas especiales si sostiene la procedencia de aquél ⁽⁸⁴⁾.

La falta de prueba de la existencia de hechos constitutivos o de hechos impeditivos o extintivos en contra del demandado ejecutado, puede ser suplida por la prueba producida por el demandado-ejecutante, por el papel que asume de coadyuvante o sustituto de éste.

4º El silencio de uno de los litigantes (incontestación de la demanda, incomparecencia a absolver posiciones o reconocer firmas), el allanamiento, la confesión, el reconocimiento de firmas, obligan sólo al litigante de quien emanan.

⁽⁸³⁾ S. C. "*Fallos*" 24, 305, 371; C. Com. Mend. *Jur. Mend.* III, 273; C. Civ. 2ª Cap., julio 1914, 197; C. Fed. Rosario, nov. 1912, 190; C. Fed. La Plata, dic. 1914, 63; marzo 1910, 115.

⁽⁸⁴⁾ "Incumbe al ejecutante la justificación amplia de la propiedad reclamada y embargada en la ejecución principal, toda vez que desconoce en forma expresa los fundamentos de la tercería deducida. La circunstancia de hallarse el ejecutado en posesión de la cosa objeto de la tercería, no basta para hacer procedente el embargo, si la prueba demuestra que aquélla no le pertenece" (C. Fed. Cap., feb. 1910, 19). ...

5º Los hechos articulados, sobre los cuales puede producirse prueba (art. 108 cód. C. F.) son, además, de los contenidos en la demanda en tercería y en los respondes de ambos demandados, los que motivan la tercería o sea el embargo o la medida que lesione o vaya a lesionar el interés del tercerista y que ha determinado a éste a accionar.

55. V. 1º Oportunidad de ofrecer la prueba.

Me he referido ya a la obligación del tercerista de presentar con la demanda la prueba del título que invoca y a la interpretación moderna de esta exigencia.

Al respecto se ha resuelto: "Para deducir la tercería de dominio, deben acompañarse los justificativos" (Ant. C. Civ. 119, 384). "Como la posesión es el título, tratándose de muebles, los documentos con que se intenta acreditar la adquisición de ellos, pueden presentarse durante el término de prueba" (C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 34, 146).

En cuanto a la provincia de Buenos Aires que tiene al respecto régimen propio, se ha resuelto: "En la provincia de Buenos Aires toda la prueba debe ofrecerse en el escrito inicial de la tercería de dominio, pues el título, al cual se refiere el art. 575 cód. proc. comprende el instrumento y la causa en cuya virtud se posee (C. Civ. 1ª, La Plata, Jur. Arg. 43, 1261; C. Ap., Mercedes, Jur. Arg. 2, 137).

"Es apelable el auto que admite otras pruebas distintas de aquellas ofrecidas en la demanda y contestación" (C. Ap. Mercedes, Jur. Arg. 2, 137).

"No es procedente paralizar la producción de la prueba". (C. Civ. 1ª, Cap. Jur. Arg., 51, 487).

**56. V. 2º Reglas generales sobre la prueba de dominio.
A) Inmuebles.**

Dentro de los modos de adquirir el dominio que enumera el código civil (art. 2524), solamente algunos son idóneos para la adquisición del dominio sobre inmuebles. Únicamente ellos interesan en este momento y los enumeraré sucesivamente, siguiendo a Lafaille ⁽⁸⁵⁾, para destacar, en cada caso, cuáles serían las circunstancias que a quien pretenda probar los hechos constitutivos, deben preocuparle.

a) ACCESIÓN (art. 2571, cód. civ.). Como el dominio se extiende a los accesorios de la cosa (art. 2520, cód. cit.) el que pretenda probar el dominio de inmuebles por las diversas maneras de la accesión, debe probar, en primer lugar, el dominio del principal o inmueble al cual accede lo que se discute y luego el hecho que justifica la accesión. Y a la inversa, para quien se proponga probar lo contrario.

En el caso de accesión por aluvión o acrecentamiento de tierras por efecto de las corrientes de las aguas en los ríos (art. 2572, cód. cit.), es necesario tener presente si es navegable (art. cit.) y si está canalizado (art. 2574) y las demás circunstancias que obstan a la accesión (arts. 2576 a 2581 del cód. civ.).

Si la accesión se produce por avulsión, habrá que considerar, el hecho o fenómeno natural (art. 2583, cód. civ.) y la naturaleza de la cosa acarreada por las aguas (art. 2586).

En la accesión artificial (edificación y plantación), deben considerarse dos supuestos: quien edifica o planta en terreno propio con materiales ajenos (art. 2587) y quien edifica o planta en terreno ajeno con materiales propios (art. 2588). En el primer supuesto y salvo el caso probable de separación de los accesorios, el dueño de éstos pierde el dominio, que pasa definitivamente al dueño del fundo. Las

(85) Op. cit. I, 540 y sigs.

circunstancias que interesan son sólo el dominio del fundo y el hecho mismo de la edificación o plantación. Si se separaran los accesorios y se intentara reivindicar, el problema difícil por cierto, es justificar el dominio e identidad de estos accesorios.

En el segundo supuesto entra en juego la buena o mala fe del edificador o plantador y del dueño de los materiales o semillas, que deben también, ser tema de la prueba.

b) **TRADICIÓN.** La tradición, como título de dominio de inmuebles, requiere: 1º capacidad en el enajenante y en el adquirente (art. 2601, cód. civ.); 2º derecho al bien que se transmite, en el enajenante (arts. 2603 y 3270, cód. cit.); 3º título suficiente (art. 2602, cód. cit.) y 4º inscripción en el registro de la propiedad (arts. 226, inc. 1º, 237, 239, 240, 244 y 245, ley 1893). Este último requisito, declarado inconstitucional, tiende, defendido por la doctrina, a reemplazar a la posesión material ⁽⁸⁶⁾.

El tercerista que al deducir su acción acompaña el título de dominio que reúne los recaudos legales, ha justificado, evidentemente, el hecho constitutivo y en su consecuencia, corresponde a los demandados que la impugnan, probar la ineficacia legal de dicho título o los hechos que han extinguido o impiden que tenga fuerza o validez en aquel proceso.

Así, se ha resuelto: "Al embargante, a quien se le opone su derecho de dominio por quien no es su deudor, le corresponde destruir el instrumento público de compra, probando el fraude o simulación" (S. C. Tuc. Jur. Ar., 24, 1051). "El impugnante del título del tercerista, que aduce la falta de tradición, debe probar la inexistencia de dicho requisito" (C. Civ. 1ª, La Plata, Jur. Arg. 22, 1222).

Sin embargo, la C. Fed. de B. Blanca y otros tribunales del país, han sostenido que la escritura no es por sí sola

(86) LAFAILLE, op. cit. I, págs. 561 y sigs.

prueba suficiente del hecho constitutivo del dominio sobre inmuebles, exigiendo que el tercerista pruebe la tradición y no la prueba la declaración hecha al respecto por el vendedor en la escritura" (Jur. Arg. 43, 508) ⁽⁸⁷⁾.

En cuanto al concepto de título, se ha resuelto que no lo es una sentencia que condena a escriturar (C. Fed., La Plata, Jur. Arg., 24, 413); que no basta la posesión, si no se ha otorgado escritura pública (C. Fed., La Plata, Jur. Arg., 34, 54; S. Trib. S. Luis; Jr. Arg. 52, 650; C. Civ. 2ª, Cap. sep. 1912, 224); ni una compra de derechos y acciones en una sucesión, donde ya pesaba el embargo y el tercerista no posee (C. Civ. 1ª, Cap. Jur. Arg., 42, 1049; 61, 202); que la adquisición debe ser anterior al embargo (S. C. Jur. Arg. 46, 453); "no es bastante un título a favor del causante, si no se acompaña la declaratoria de herederos" (C. Civ., 1ª Cap. dic. 1910, 2133).

Respecto al debatido tema de la inscripción de la trans-

(87) "No procede la tercería, si no se justifica el dominio alegado por el tercerista" (C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 38, 1024). "No procede deducida por el padre del ejecutado, estando el inmueble inscripto a nombre de este último, aunque exista contradocumento privado" (C. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 11, 756). "Para que la tercería de dominio pueda prosperar, es necesario que el tercerista acredite en forma el dominio invocado. No basta la prueba de que tiene la posesión y que los bienes le fueron adjudicados en la sucesión demandada, previa aprobación de la partición, si los mismos figuran inscriptos a nombre del causante y no existe entrega de los bienes al heredero, mientras no se inscriba la hijuela en el Reg. de la propiedad" (C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 72, 871). "No procede la tercería de dominio deducida en base a que la propiedad que se ejecuta ha sido adjudicada en otro juicio al tercerista, si al iniciarse la tercería el auto que hacía lugar a la adjudicación se encontraba pendiente de apelación, y el tercerista aún no había sido puesto en posesión de la cosa, en tal situación no puede invocar un derecho de propiedad" (C. Civ. Mend. *Jur. Arg.* 53, 843). "Debe rechazarse la tercería de dominio, aunque éste conste en escritura pública, si cuando ésta se otorgó existía un embargo sobre la propiedad. El boleto de compraventa privado, aún reconocido, sólo produce efecto contra terceros desde su presentación en juicio". (Ant. C. Viv. S. VI, 2, 308). "No procede fundada en la transferencia del inmueble, sin la correspondiente escrituración y toma de posesión" (S. C. *Fallos*, 96, 139).

ferencia en los registros inmobiliarios, existe jurisprudencia contradictoria. Así, considerando requisito constitutivo de la transferencia de dominio sobre inmuebles, con relación a terceros, dicha inscripción, se ha resuelto: "La transmisión de un inmueble sito en la Capital Federal no produce efectos contra terceros, sino desde su inscripción en el Registro de la propiedad y por ello la inhibición del vendedor, anotada antes de la inscripción perjudica al comprador . . . que no puede deducir tercería de dominio" (C. Civ. 1ª, Cap. Jur. Arg. 31, 139; C. Com., Cap. Jur. Arg. 43, 264; 62, 536) ⁽⁸⁸⁾.

Contrariamente se ha dicho: "Corresponde que prospere la tercería de dominio si la enagenación del inmueble es anterior al embargo, aunque la inscripción de la escritura de venta en el Registro de la propiedad, sea posterior" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 10, 365); "...o no se haya inscripto" (C. Fed., Paraná, Jur. Arg. 1, 389; C. Fed. Cap. Jur. Arg. 46, 491).

"Tratándose de un sepulcro, ha dicho la C. Civ. 2, de la Cap., no basta la escritura de venta, si no se ha dado la posesión" (Jur. Arg. 28, 95).

c) SIMULACIÓN O FRAUDE. Si los demandados o uno de ellos, reconviene por simulación o fraude en la transferencia del dominio invocado por el tercerista, es claro que la carga de probar esos hechos corresponde a quien los argumenta como fundamento de su defensa. La prueba de la simulación o del fraude ⁽⁸⁹⁾, es bien conocida, y salvo la

⁽⁸⁸⁾ "No procede (la tercería de dominio) fundada en un instrumento público otorgado en una Provincia y no autenticada en la C. Fed." (C. Com. Cap. Jur. Arg. 36, 1074).

⁽⁸⁹⁾ "No procede la acción pauliana ejercida como reconvencción por el ejecutante, si el tercerista es persona adinerada y no se han aportado elementos de prueba que justifiquen el fraude argumentado" (C. Com. Jur. Arg. 19, 499). "Debe prosperar la tercería, si no se justifica la falsedad de la escritura pública de la propiedad" (ant. C. Civ. 113, 293; 125, 24).

Contra: "Corresponde desestimar la tercería de dominio, cuando impugnada la verdad de los hechos enunciados en la escritura pública invocada por el tercerista para justificar su dominio, éste

existencia de contradocumento para el primer supuesto, ella consiste generalmente en indicios o presunciones ⁽⁹⁰⁾.

“El ejecutante, ha dicho la C. Fed. de la Cap., tiene derecho, cualquiera fuese la fecha de su acreencia, para impugnar de simulación la transferencia del ejecutado que invoca el tercerista... para que se declare que ese bien no ha salido del patrimonio de su deudor” (Jur. Arg. 23, 714).

El tercerista, como he sostenido y procuraré demostrar más adelante, puede impugnar de simulado el crédito en ejecución, pues si bien el fundamento de su acción es el dominio que invoca, puede éste no encontrarse aún perfeccionado (sentencia a escriturar no cumplida, boleto privado no reducido a escritura pública, falta de inscripción en el Registro inmobiliario, etc), o ser de difícil prueba y tan idóneo para obtener el levantamiento del embargo es la prueba del dominio, como la inexistencia de la deuda que lo motiva. De acuerdo con estas ideas, se ha resuelto que “procede la tercería de dominio, aunque la tercerista no tenga escritura translativa de dominio, si pagó el precio, tomó la posesión y aparece como simulada la deuda del ejecutado al ejecutante y en consecuencia la ejecución” (C. Com. Cap. Arg. 16, 750).

d) **USUCAPIÓN O PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA.** En el caso de la prescripción breve (art. 3999 del cód. civil), hechos relevantes son el transcurso del tiempo, la posesión “ánimo dómine”, la buena fe del adquirente y el justo título, o sea aquél que define el art. 4010, cód. civil.

no prueba por los medios admitidos en derecho, la veracidad de las enunciaciones contenidas en dicha escritura” (C. Com. Cap. mayo 1914, 235).

⁽⁹⁰⁾ RAYMUND M. SALVAT *Tratado de derecho civil argentino*, Parte General, 1ª ed. Bs. As. 1917, págs. 836 y sigs. y 802. “No debe hacerse lugar a la tercería, cuando las presunciones de haber recibido el dinero con anterioridad, de parentesco y de falta de medios del actor, autorizan la declaración de ser simulada la escritura de compraventa” (C. Com. Cap. Jur. Arg. 8, 504). En sentido análogo, S. C. Fallos, 3. 103.

En el caso de prescripción larga (art. 4015, cód. civil), el transcurso del tiempo y la posesión “ánimo dómine” ⁽⁹¹⁾. *Fallos*, 67, 424).

Pero puede darse el caso de accesión de posesiones (arts. 4004 y 4005) en el cual interesa la buena o mala fe del sucesor y del causante.

En ambos casos, la posesión durante el lapso de tiempo que la ley exige, se justifica mediante la prueba de actos posesorios (art. 2384).

“Procede la tercería de dominio, ha dicho la C. Civ. 2ª de la Capital, fundada en un título treintenario, inscripto en el Reg. de la propiedad, con las características de perpetuidad y libre y expedito ejercicio de las facultades que el dominio entraña y ni el ejecutado, ni sus causahabientes tuvieron jamás la posesión del terreno cuestionado”. (Jur. Arg. 19, 852).

57. V. 2º B) Casas de comercio.

Hasta que entró en vigencia la ley 11.867 sobre transmisión de establecimientos comerciales e industriales, el contrato de compraventa de casas de comercio se encontraba regido, imperfectamente, por el código de comercio (arts. 459 y sigs.). El fraude, en perjuicio de los acreedores, era cosa corriente, pues no existía legalmente organizada, la publicidad indispensable para evitarlo. Es lo que se propuso corregir la ley aludida (art. 2). Pero la ley sirvió también para establecer los elementos constitutivos del establecimiento comercial, instalaciones, existencias, nombre y enseña, clientela, derecho al local, patentes de invención, marcas de fábrica, dibujos y modelos industriales, distinciones honoríficas, etc. (art. 1). La transmisión, por cualquier título y con respecto a terceros sólo se perfecciona por la publicación de edificios durante cinco días, indicando la

⁽⁹¹⁾ “No probada la posesión de largo tiempo, en que se funda la tercería de dominio, debe ésta ser rechazada” (S. C.

clase y ubicación del negocio, el nombre y domicilio del comprador y del vendedor, del rematador y del escribano (art. 2); el otorgamiento del documento respectivo, que debe firmarse después de transcurridos diez días a contar desde la última publicación y siempre que ningún acreedor se opusiere (en cuyo caso es previa la retención del importe reclamado), debiendo inscribirse este título en el registro especial para estas transferencias (art. 4 y 7).

Éstos son los hechos, en consecuencia, que debe probar el tercerista ⁽⁹²⁾.

Pero puede tratarse de la transmisión de sólo alguno o algunos elementos del negocio, en cuyo caso habría que atender a las formas establecidas por las leyes para el traspaso de ese elemento, según su naturaleza. Así, y en general, la transmisión translativa del dominio de mercaderías, instalaciones y efectos, que estaban en posesión del transmitente, se produce por la entrega real o simbólica de los mismos ⁽⁹³⁾. De la clientela, mediante circulares; de patentes de invención, marcas de fábrica, propiedad intelectual, por la inscripción en los registros pertinentes, conforme a

(92) "No procede la tercería deducida por el comprador de un establecimiento comercial, si la inscripción en el Reg. de Comercio es posterior al embargo y existen otras pruebas de que los ejecutados son copropietarios del negocio" (C. Com. Jur. Arg. 70, 244). "Procede si se prueba con el contrato de venta inscripto en el Reg. de Comercio y además, que tomó posesión, abonó patentes e impuestos, puso el teléfono a su nombre y se hizo cargo del contrato de locación" (Just. Paz Cap. Jur. Arg., 58, 635). Con anterioridad a la sanción de la ley 11867 ya se había resuelto que "procede la tercería si se prueba con los informes del Reg. de Comercio y administración de propiedades, la transferencia anterior al embargo y ésta se anuncia en un diario local" (C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 43, 523). "El hecho de que el tercerista haya incurrido en una falta penada administrativamente al adquirir el bien ejecutado, no es demostrativo de simulación. No es tampoco la escritura pública traslativa de dominio de una casa de negocio que tenga un elevado capital, pues aunque esa formalidad no es indispensable en general, al revestir el acto de una mayor solemnidad, crea una presunción de verdad, aún frente a terceros." (C. Civ. 1ª Cap. abril 1913, 112.)

(93) Véase más adelante la transmisión de mercaderías.

las leyes 111, 3975 y 11.723. De la venta del local, por la tradición, conforme hemos visto al tratar de los inmuebles; de la cesión del contrato de locación y de contratos vigentes, por los medios comunes de prueba, según el valor del contrato y las formalidades establecidas por la ley en su caso.

En términos generales, la prueba fundamental, por tratarse de cosas muebles en su mayor parte, es la de posesión ⁹⁴.

Si se funda en una homonimia con el fallido, la prueba está regida por el código civil y la ley de registro civil, en cuanto a la filiación y nombre de las personas (C. Com. Cap. Jur. Arg., 32, 845).

SIMULACIÓN O FRAUDE. También en la transferencia de casas de comercio, puede plantearse la simulación del negocio o que éste se hace cumplido en fraude de los acreedores. Pero esa cuestión debe plantearse en oportunidad y en consecuencia no debe ser considerada si se plantea recién en el alegato (C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 40, 521) ⁹⁵.

La prueba de los hechos que fundamentan estas acciones, como lo dije precedentemente, debe estar a cargo de quien impugna el contrato "Probado el dominio del tercerista, al ejecutante que lo impugna corresponde la prueba

(⁹⁴) "Procede la tercería de dominio del comprador de una casa de comercio que ha tomado la posesión de la misma..." (C. Com. Cap. Jur. Arg. 13, 852; 1, 249); "...esa posesión se prueba con un exhorto agregado sin providencia judicial, pero sin observación de partes" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 43, 1183). "El ejecutado, administrador de un negocio no tiene sino la simple tenencia de las cosas que en éste se encuentran... y procede la tercería de dominio deducida por el propietario" (C. Com. Jur. Arg. 38, 822). "No procede si no se prueba que el vendedor dió al tercerista la posesión mediante actos públicos y expresos" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 14, 1189; 17, 692) "...si el embargo lo trabó el anterior propietario por el saldo de la venta, deuda que debió conocer el tercerista pues constaba en el Reg. de Comercio". (C. Com. Jur. Arg. 30, 766).

(⁹⁵) A mi juicio, la acción de simulación y la acción revocatoria deben plantearse como contrademanda y no como simples defensas en el responde.

de su invalidez legal" (C. Com. Cap. Jur. Arg., 35, 1446; Juz. Com. Cap. Jur. Arg., 75, 711) ⁹⁶.

En general, la prueba de la simulación es la de indicios: "Si existen presunciones graves, precisas y concordantes acerca de la simulación de la compraventa del negocio, debe rechazarse la tercería de dominio fundada en dicho contrato" (C. Com. Cap. Jur. Arg., 4, 205; 11, 405; 69, 347; C. Civ. 1º Cap. Jur. Arg., 30, 70). "La unidad de dirección letrada en el tercerista y el ejecutado, es un indicio de la connivencia entre los dos últimos" (C. Civ. Cap. Sep. 1910, 1321).

Pero "la sola prueba de parentesco entre padre (ejecutado) e hijo (tercerista) es ineficaz para justificar la simulación alegada" (C. Civ. 2ª. Cap. Jur. Arg., 10, 576).

"Es procedente la tercería de dominio sobre los bienes embargados de la sociedad disuelta, deducida por el sucesor que se hizo cargo del activo y pasivo, si la disolución social fué manifestada judicialmente y debidamente publicada en el Boletín Judicial, aunque la inscripción en el Registro de Comercio fuera hecha con mucha posterioridad a su realización" (C. Com. Cap. Jur. Arg., 14, 558); "si por pruebas e indicios numerosos y coincidentes se comprueba que los bienes embargados no pertenecían al ejecutado, sino al tercerista que se los había adquirido real y válidamente, corresponde admitir la tercería" (C. Civ. 1º, La Plata, Jur. Arg., 53, 437). "Es bastante para fundar una tercería de dominio sobre los bienes que constituyen un establecimiento comercial, el contrato de venta privado, el hecho de publicarse la venta por los diarios y la pública posesión" (S. C. Fallos, 19, 406).

"No procede la tercería, si el tercerista no acredita haber tomado la posesión del cinematógrafo y la escritura

(⁹⁶) Contrariamente se ha resuelto que "corresponde al tercerista probar su capacidad económica, si el ejecutante ataca de simulada la ejecución". (C. Com. Cap. Jur. Arg. 46, 720.)

pública aparece desvirtuada por un contra-documento que la declara simulada" (C. Com. Cap. Jur., 43, 250):

58. V. 2º C) Semovientes.

Conocidas son las dificultades que se suscitan en cuanto a la prueba del dominio de los semovientes, por la antinomia entre el régimen establecido por el Código Civil: la posesión de buena fe equivale al título (art. 2412) y el antiguo régimen colonial, que persiste en los códigos rurales de todo el país, que la hace derivar de marcas y señales, de certificados e inscripciones.

Es un caso similar al planteado entre el régimen para la transmisión de dominio sobre inmuebles en el Código Civil y el registro inmobiliario y también el que resulta de aplicar a los automotores el régimen del código sobre las cosas muebles y las exigencias de los municipios de patentes y registros. La ley está de un lado, las conveniencias de otro y mientras no llegue la necesaria reforma de la ley de fondo, los jueces deberán resolver los problemas que se planteen, con criterio casuista y circunstancial. Por eso vemos que a veces prima el criterio legalista de la primacía del código y a veces el práctico de las leyes locales u ordenanzas municipales que complementan el régimen estatuido por aquél.

En cuanto a los semovientes, se ha dado preferencia a la posesión, como prueba del dominio⁹⁷. Así se ha resuelto: "No procede la tercería de dominio sobre ganados, no obstante estar el boleto de marca a nombre del tercerista, si los semovientes se encuentran en poder del eje-

(⁹⁷) "El dominio de los ganados se prueba por la posesión de los mismos (art. 2412 cód. civ.) no obstante lo que al respecto disponga el cód. rural" (C. Civ. 1º La Plata, *Jur. Arg.* 3, 85). "Debe hacerse lugar a la tercería de dominio sobre los ganados embargados, si quien la deduce ha comprobado la posesión de los mismos" (C. Fed. Paraná, *Jur. Arg.* 2, 204; C. Ap. Azul, 3, 908).

cutado" (C. Civ. 1º, La Plata, Jur. Arg., 22, 1222; S. C. Bs. As., 39, 204). Con mayor razón, si "no se justifica la identidad de los animales embargados y los que dice compró el tercerista" (C. Fed. B. Blanca, Jur. Arg., 42, 484); o "si la marca del certificado que presenta el tercerista, no se prueba sea la de las haciendas embargadas y además el certificado adolece de defectos formales que le invalidan" (C. Civ. 1º, La Plata, Jur. Arg. 38, 1318).

"Procede la tercería de dominio sobre ganados, si el tercerista tenía la posesión de ellos en el momento del embargo y no rige a su respecto la regla de la fecha cierta de los documentos privados" (C. Fed. Paraná, Jur. Arg., 2, 204). "Fundada una tercería de dominio de animales, con documentos extendidos con arreglo a las disposiciones del Código Rural para los territorios nacionales, corresponde al que impugna de simulada la venta de los bienes embargados la prueba de la simulación" (C. Fed. La Plata, Sep 1912, 67).

59. V. 2º D) Automotores.

Un caso de aplicación extensiva de disposiciones legales a cosas que no existían cuando el código se sancionó, es el de la asimilación de los automóviles y otros vehículos con propulsión propia, a las cosas muebles. La enorme difusión de estos vehículos y su importancia creciente, han hecho rebasar su contralor de los municipios y exigen, perentoriamente, un registro nacional de ellos. Pero, intertanto, la transmisión de su dominio, se ha hecho y se hace mediante una serie de trámites, no siempre uniformes, que dan lugar a infinidad de dificultades, cuando el dominio aparece discutido ante los jueces. Documentos privados o públicos de venta, inscripción en registros especiales, traspaso o pago de la patente, resultan medios útiles, pero no suficientes para probar la transferencia de dominio. Sigue siendo la prueba de la posesión, la llave maestra de

la prueba del dominio ⁽⁹⁸⁾. Aun cuando, a veces, no se ha considerado suficiente la prueba de la posesión: "Tratándose de automóviles y ganados, no basta la posesión, porque la transmisión está sujeta a formalidades de títulos y registros y nadie es propietario legal sin llenar tales formalidades" (C. Civ. 1º, Cap. Jur. Arg., 62, 685). "No procede la tercería de dominio sobre un automóvil, si ha sido de propiedad del ejecutado y no fué transferido al tercerista mediante título suficiente y tradición" (C. Com. Cap. Jur. Arg., 17, 292; 23, 459; 46, 720); "aunque no fuera del ejecutado, si el tercerista no ha probado su dominio" (C. Com. Cap. Jur. Arg., 19, 1020). "Procede... sobre el

⁽⁹⁸⁾ "Debe rechazarse la tercería de dominio deducida sobre un automóvil embargado... si no se acreditan inequívocos actos posesorios" (C. Com. Jur. Arg. 14, 1205; 25, 681; Juzg. Paz Cap. 75, 484) "... si el vehículo se hallaba en poder del comprador ejecutado, aunque el vendedor tercerista se hubiera reservado en el contrato el dominio hasta el pago total del precio, del cual se ha abonado la mayor parte" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 32, 362); "si el embargo se anotó antes de la escritura de venta y estando el colectivo en poder del ejecutado" (C. Civ. 1º Cap. Jur. Arg. 1944, II, 505); "si no se prueba la tradición material, aunque conste la transferencia en la Municipalidad y el pago de patentes a nombre del tercerista" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 40, 628). "No procede la tercería de dominio deducida por el comprador de un automóvil sobre el cual pesaba un embargo trabado para asegurar el cobro de alimentos acordados a la esposa del vendedor, si el embargo se trabó mientras el coche estaba en poder del marido, sin objeción de éste, y cuando la escritura de venta se otorgó después de haberse inscripto el embargo en los registros municipales, labrándose sin ninguna certificación y con fecha posterior a la sentencia que impuso la obligación alimentaria. En esta situación el tercerista no ha demostrado haber recibido la tradición exigida para adquirir la propiedad del rodado" (C. Civ. 1º Cap. Jur. Arg. 1944, II, 505).

"Procede la tercería de dominio si tenía el tercerista la posesión del automóvil en el momento del embargo, por intermedio de su guardador" (C. Com. Jur. Arg. 32, 1073); "si el tercerista prueba el derecho de propiedad" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 32, 1114; C. Civ. 1º Cap. 62, 685); "... y tiene la posesión" (Juz. Paz Cap. Jur. Arg. 61, 321).

Tratándose de una embarcación se resolvió concordantemente que "procede la tercería de dominio, si el tercerista no llegó a escriturar ni hizo tradición del barco al ejecutado" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 32, 857).

camión embargado si del informe de la Municipalidad resulta que antes de producirse el accidente, el patrón había transferido al tercerista la propiedad del camión" (C. Civ. 1º, Cap. Jur. Arg., 62, 685).

El contrato de compraventa de automores, no puede ser opuesto a terceros, si carece de fecha cierta (C. Civ. 1º, Cap. Jur. Arg., 39, 752; 41, 689).

60. V. 2º E) Muebles.

La adquisición de bienes muebles, puede realizarse por diversos medios (art. 2524 del Código Civil). Así, puede resultar de la apropiación (art. 2525); de la especificación o transformación (art. 2567); de la emigración de animales (art. 2592); de la adjunción, en sus diversas formas (arts. 2594 y sig.); de la tradición translativa del dominio (art. 2601); de la posesión de buena fe (art. 2412). Esta última forma, es, en cuanto a la prueba del dominio de cosas muebles, la fundamental. En todos los casos de adquisición de cosas muebles, la prueba del dominio actual de los mismos, depende de la prueba de la posesión. Podrá ser útil producir la prueba del título o del hecho del cual surge el dominio, pero ella no es suficiente.

Las sentencias judiciales en este sentido son numerosas y muy uniformes. "Probada la posesión de cosas muebles, procede hacer lugar a la tercería de dominio" (C. Civ. 2ª, Cap. Jur. Arg., 26, 1459; 40, 521; C. Com., Cap. Jur. Arg., 9, 163; 36, 1515; 54, 529; C. Federal, Cap. Jur. Arg., 10, 111 (caso de un buque); Juzg. Paz, Cap. Jur. Arg., 58, 644 (caso de un buque en construcción); "... aunque el contrato invocado por el tercerista no se encuentre debidamente autenticado" (C. Civ., Cap. Jur. Arg., 26, 1459).

"Es insuficiente el instrumento de compraventa para dar al tercerista el dominio de la cosa que reivindica, si no se le ha hecho tradición" (Antigua C. Civil. Cap. S. I., 3, 436; 9, 390; S. III, 2, 45; S. V., 6, 38; 8, 178; 18, 336 y S.

VI 3, 218; ts. 75, 169; 128, 346; 129, 202; 127, 85; C. Com., Cap. Jur. Arg., 1, 911; 16, 278; 17, 257; 30, 183; C. Civ. 2ª, Cap. Jur. Arg., 26, 241; C. Fed. La Plata, Jur. Arg. 34, 1081).

"No procede la tercería sobre bienes muebles, si se intenta probar el dominio con un documento sin fecha cierta y los bienes quedaron en poder del ejecutado" (C. Civ. 2ª, Cap. Jur. Arg., 59, 541).

"Si el tercerista tenía la posesión en el momento del embargo y el ejecutante le niega el dominio, a él le corresponde la prueba de su afirmación ⁽⁹⁹⁾" (C. Com. Cap., junio 1913, 278).

"Al tercerista corresponde probar que el ejecutado poseía por él" (C. Com., Cap. Jur. Arg. 35, 1030).

"Es necesaria la prueba de la posesión, no bastando al respecto un certificado del acta de un expediente donde el demandado se constituye en depositario y luego en locatario de los muebles" (C. Com., Cap. Jur. Arg., 6, 490): "... ni la simple prueba testimonial" (C. Civ. 1º, Cap. Jur. Arg., 16, 104); "... ni facturas y declaraciones testimoniales" (C. Com. Cap. Jur. Arg., 31, 311).

"La presunción que emana de la posesión (art. 2412 Cód. Civ.) no puede ser destruída con otras presunciones" (C. Com. Jur. Arg., 14, 596; C. Civ. 2º, Cap. Jur. Arg., 11, 338) ⁽¹⁰⁰⁾.

⁽⁹⁹⁾ "Al ejecutante corresponde probar que el ejecutado tenía la posesión en el acto del embargo" (Antigua C. Civ. Cap. S. V., 3, 365).

⁽¹⁰⁰⁾ "Procede la tercería de dominio, si el depositario judicial de los muebles embargados, dejó al frente del negocio al propio ejecutado, quien, mediante un abuso de confianza, hizo la venta a un tercero de buena fe" (C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 38, 1110). "El hecho de que en un contrato de sociedad se declare que los socios aportan una determinada cantidad de cédulas hipotecarias que se encuentran depositadas en un banco a nombre personal de los socios, no faculta a la sociedad a deducir tercería de dominio en la ejecución seguida personalmente contra los socios, cuando resulta que al ser embargados sin impugnación, continuaba figurando a nombre de ellos a pesar de que hacía 30 meses que había constituido la sociedad" (C. Civ. 2º Cap. Jur. Arg. 71, 895).

En cuanto al valor de la prueba instrumental, para acreditar el dominio de bienes muebles, se ha resuelto: "La tradición de cosas muebles, se acredita con la propia escritura de compraventa" (C. Fed. La Plata, Jur. Arg., 26, 1433). "Es válida la prueba de la copropiedad del ejecutado en el bien embargado, que emana de un documento otorgado por el tercerista con anterioridad al embargo" (C. Ap. Mercedes, Jur. Arg., 46, 787). "Procede la tercería de dominio tratándose de cereales, si se funda en un contrato que tuvo principio de ejecución y que conocían los ejecutantes" (C. Com., Cap. Jur. Arg., 32, 1075).

Naturalmente que el tercerista debe probar que la cosa reclamada y cuyo dominio pretende, es la que ha sido embargada (C. Fed., Cap. Jur. Arg., 1, 24; C. Civ., 1º oct. 1913, 181).

"No procede... si el tercerista no justifica el dominio de los muebles embargados" (Ant. C. Civ. S. IV, 9, 402; t. 77, 89; 113, 75); "ni la posesión" (C. Fed. La Plata, julio 1911, 107; sep. 1911, 74); "aun cuando haya comprado los frutos si no se le dió la posesión" (C. Fed., Cap. nov. 912, 43); "procede... justificada la propiedad de los muebles embargados" (Ant. C. Civ., 84, 320; 107, 38; 114, 275); "si se funda en una transferencia judicial anterior a la ejecución" (S. C. Fallos, 20, 400); "de un carro, justificado el traspaso del dominio con anterioridad al embargo, aunque en los registros no haya sido anotado" (C. Civil 2ª Cap., oct. 1913, 231); "si tiene la posesión, un contrato de compraventa anterior al embargo y la patente del negocio a nombre del tercerista" (C. Com., agosto 1910, 1192). "No procede... si los documentos con que el tercerista pretende probar la propiedad de los muebles embargados no tienen fecha cierta con relación a terceros" (C. Com., Cap., Nov. 1911, 289); "... si los muebles embargados estaban en poder del ejecutado" (Ant. C. Civ., 121, 19); "si

la compra fué hecha después del embargo" (S. C. Fallos, 23, 407).

SIMULACIÓN O FRAUDE. En las cosas muebles, por su naturaleza y por la presunción derivada del art. 2412 del Cód. Civ., es frecuente que, si se deduce tercería, se ejerciten por el ejecutante, las acciones de simulación o fraude. Son siempre los hechos que acreditan la tradición y la posesión en el momento del embargo, los que importan para resolver estas cuestiones y cuando la prueba de ellos no es decisiva, como acontece con frecuencia, la de indicios ⁽¹⁰¹⁾. "Debe desestimarse la tercería de dominio deducida por los hijos que invocan como título de adquisición de los bienes muebles, la compra hecha a la madre, si por presunciones se justifica que el acto no ha sido sincero, o si lo ha sido, ha tenido por objeto perjudicar a los acreedores" (C. Com., Cap. Jur. Arg., 3, 298). "No procede la tercería de dominio, si el tercerista no prueba la posesión, fué procurador del ejecutado y exhibe una escritura pública para justificar la venta de muebles, hechos estos dos últimos, que constituyen presunciones de simulación" (C. Civ. 2ª, Cap. Jur. Arg., 10, 582). En sentido análogo: C. Fed. La Plata, Jur. Arg., 34, 1081.

Sobre la carga de la prueba de la simulación, se ha resuelto:

"Procede la tercería de dominio fundada en escritura pública de venta de un buque, si el ejecutante que impugna la escritura, no prueba su impugnación" (C. Fed., Cap. Jur. Arg., 36, 877); "...fundada en escrito presentado a la S. Corte por el dueño de los títulos dados en garantía para el ejercicio de la procuración, prestando conformidad para la transferencia, si el ejecutado no prueba la simulación que alega" (C. Civ. 1º, Cap. Jur. Arg., 40, 1287).

MUEBLES, ANTE EL PRIVILEGIO DEL LOCADOR. Según el

⁽¹⁰¹⁾ "Las presunciones de simulación del contrato de compraventa de muebles, bastan para rechazar la tercería" (Ant. C. Civ. 117, 172).

art. 3883 del Cód. Civ. modificado por la ley 12.296, "gozan de privilegio los créditos por alquileres o arrendamientos de fincas urbanas o rurales, sean los acreedores los propietarios de ellas, o sean los usufructuarios o locatarios principales, a saber: por dos años vencidos, si se trata de una casa, por tres años vencidos si se trata de una hacienda de campo. Las cosas sobre que se ejerce este privilegio son todos los muebles que se encuentran en la casa, o que sirven para la explotación rural, salvo las excepciones consignadas por este código, AUNQUE NO PERTENEZCAN AL LOCATARIO, introducidos allí de una manera permanente o para ser vendidos o consumidos".

"El dinero, los títulos de crédito que se encuentren en la casa, y las cosas muebles QUE SÓLO ACCIDENTALMENTE ESTÁN ALLÍ, de donde deben ser sacadas, no están afectadas al privilegio del locador, cuando él HA SIDO INSTRUÍDO de su destino o cuando éste le ha sido conocido por la profesión del locatario, por la naturaleza de la cosa o por cualquier otra circunstancia, como también los muebles que el locador SABÍA que no pertenecían al locatario y las cosas robadas o perdidas, que no son comprendidas en este privilegio".

Agrega el art. 3885: "Si los muebles gravados con el privilegio hubiesen sido sustraídos de la casa alquilada, el propietario de ella puede, DURANTE UN MES, hacerlos embargar para hacer efectivo el privilegio, aunque el poseedor de ellos fuese de buena fe".

Y aclara el art. 1593: "El locador originario tiene derecho y privilegio sobre las cosas introducidas en el predio por el sub-arrendatario; PERO SÓLO PUEDE EJERCERLO HASTA DONDE ALCANZAREN LAS OBLIGACIONES QUE INCUMBEN A ÉSTE".

De acuerdo a estas normas, es frecuente la deducción de tercerías, en los procesos por cobro de alquileres entre locador y locatario, deducidas por sub-inquilinos o por terceros, dueños de las cosas muebles embargadas.

Aparte de las cuestiones generales sobre prueba del

dominio de cosas muebles, juega acá el privilegio del locador y las excepciones que el dueño de los bienes embargados, puede oponer a ese privilegio y que surgen de los artículos transcritos. Si los bienes están en la finca locada en el momento del embargo, el tercero puede defenderlos sosteniendo y probando

- a) Que esas cosas estaban allí accidentalmente y el locador fué instruído de ello o debió conocerlo por la profesión del locatario (comisionista por ejemplo), por la naturaleza de la cosa (herramientas de un albañil que viene a refeccionar la casa) u otra circunstancia análoga.
- b) Que el locador sabía que las cosas embargadas no pertenecían al locatario ⁽¹⁰²⁾.
- c) Que se trataba de cosas robadas o perdidas. Si los bienes embargados no estaban en la finca locada, aparte de cualquiera de las circunstancias enumeradas, puede excepcionarse probando que en el momento del embargo, hacía más de un mes que habían sido retirados ⁽¹⁰³⁾ o que se retiraron con el consentimiento del locador.

En el caso del sub-locatario ⁽¹⁰⁴⁾, aparte de su carác-

⁽¹⁰²⁾ "Si el ejecutante se ampara en el privilegio que le acuerda el art. 3883 del cód. civ., el tercerista debe probar que aquél conocía, en el momento de su introducción, que los muebles no pertenecían al locatario" (C. Civ. 1º Cap. *Jur. Arg.* 16, 609; 34, 58; C. Civ. 2º Cap. *Jur. Arg.* 43, 651; Just. Paz Cap. *Jur. Arg.* 54, 590; 59, 316).

⁽¹⁰³⁾ "Procede la tercería de dominio, si el tercerista tenía la posesión de las cosas embargadas y esta medida se practicó alrededor de dos meses después de haber sido retiradas de la casa locada" (C. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 26, 1459). "Procede la tercería de dominio si el embargo se traba en otro local, un año después del traslado y la tercerista prueba el dominio de las cosas embargadas" (Just. Paz Cap. *Jur. Arg.* 59, 681).

⁽¹⁰⁴⁾ "Procede la tercería de dominio si se prueba con un inventario de los muebles del ejecutado, que los reclamados por la tercerista (sub-locataria) pertenecían a ésta y el locador no puede ampararse en el art. 3882 del cód. civ." (C. Civ. 1º Cap. *Jur. Arg.* 38, 1071). "No procede la tercería de dominio, si se

ter de tal, que no adeuda alquileres al sub-locador y que los pagos fueron hechos conforme a la ley (art. 1595, Cód. Civ.). En esta última hipótesis, puede el locador, a su vez, defenderse con la prohibición de sub-arrendar: "No procede la limitación que el art. 1593 del Cód. Civ. establece al privilegio del locador creado por el art. 3883 del mismo código, si había prohibición de sub-arrendar y la sub-locación no se ha probado" (C. Civ. 2ª, Cap. Jur. Arg., 58, 157); "... si no se ha probado que el locador conociera la sub-locación" (C. Civ. 1ª, Cap. Jur. Arg., 36, 1357).

61. V. 2º F) Mercaderías.

En el caso de embargo de mercaderías, son de aplicación los principios generales ya expuestos, sobre prueba del dominio de bienes muebles ⁽¹⁰⁵⁾, pero como es frecuente entre comerciantes la tradición simbólica (arts. 461 y 463 Cód. Com.), puede ser relevante la prueba de hechos que la hacen presumir. "Procede la tercería de dominio sobre mercaderías, si existe endoso en blanco de los conocimientos, anotados en los libros de la aduana, lo que importa tradición simbólica" (C. Com. Cap. Jur. Arg., 13, 833); "... a favor del adquirente en fecha anterior a la quiebra del eje-

prueba que los terceristas introdujeron en el cinematógrafo los bienes muebles embargados por el ejecutante, como cesionarios o sub-inquilinos del ejecutado por alquileres" (C. Civ. 1º Cap. Jur. Arg. 69, 829).

⁽¹⁰⁵⁾ "Procede la tercería de dominio si se justifica que la mercadería estaba en posesión de la tercerista (*sociedad comercial*) y que ella pagaba la patente de la casa de comercio donde se hallaba" (C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 11, 1276); "... si se prueba que el ejecutado era administrador de la tercerista en el negocio donde se trabó el embargo" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 38, 822). "La prueba de la propiedad justificada por escritura pública y la relación de testigos, es suficiente en el caso de tratarse de embargo de mercaderías no encontrándose presente su dueño por enfermedad, lo cual se ha probado" (C. Com. Cap. Sep. 1911, 395). "No procede... si el tercerista no formuló observación en el momento del embargo de la mercadería que se encontraba en su domicilio como depositario y no ha probado el dominio sobre aquella" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 33, 291).

cutado, si aquél tuvo, además la posesión efectiva de la mercadería, mediante la tradición simbólica, emergente de la entrega de la factura y los conocimientos aduaneros" (C. Com. Cap. Jur. Arg., 32, 1103).

"La existencia de la carta de porte en manos del tercerista, no constituye por sí tradición simbólica, ni implica prueba de posesión, mientras los efectos no lleguen a su poder" (C. Com., Cap. Jur. Arg., 4, 419).

"Procede la tercería de dominio deducida por el vendedor de las mercaderías ejecutadas en base del fletamento contratado por el comprador, si a favor de éste no se hizo la tradición simbólica y el conocimiento fué extendido a nombre del vendedor, quien abonó el flete" (C. Com., Cap. Jur. Arg., 35, 1434).

62. V. 2º G) Concesión de servicios públicos.

Caso especial de la tercería de dominio sobre bienes muebles la constituye la de bienes afectados a servicios públicos, por su vinculación con el derecho administrativo. Distinguiendo entre la concesión misma y el dominio de los bienes, se ha resuelto: "Procede la tercería de dominio del adquirente de la concesión de servicios públicos y de los bienes afectados a la misma, aunque la transferencia no haya sido autorizada por el poder concedente" (C. Ap. Rosario, Jur. Arg., 69, 102).

63. V. 3º Pruebas en el caso de tercería de dominio deducida por el cónyuge del ejecutado y en el de concubinato.

La comunidad de bienes y la administración de ellos por el marido, ha sido nota característica del régimen económico del matrimonio entre nosotros. Recién con la ley 11.357 y por el acrecentamiento constante de la labor de la mujer casada en tareas lucrativas, dentro o fuera del

hogar, se ha llegado, con cierta frecuencia, a la separación de patrimonios y a la libre administración por la esposa de sus bienes propios o de sus gananciales. La ley citada, excluyó, también, en forma expresa, la responsabilidad mancomunada de ambos cónyuges, por las deudas contraídas por uno (art. 5), salvo los casos de que hubiesen sido contraídas "para atender a las necesidades del hogar, para la educación de los hijos o para la conservación de los bienes comunes" (art. 6).

En el régimen comunitario, es difícil determinar y probar cuando un bien embargado por deudas del marido pertenece a la esposa ⁽¹⁰⁶⁾. En el régimen de separación, la creado por la ley 11.357 ⁽¹⁰⁷⁾. Por su parte, el demandado-

⁽¹⁰⁶⁾ "Procede la tercería de dominio deducida por la esposa en ejecución seguida contra el esposo, si se prueba que se han cumplido los requisitos exigidos por el art. 1246 cód. civ." (C. Fed. Cap. Jur. Arg. 9, 519); "...si el inmueble embargado constituye una dote de la mujer y hasta la suma acreditada" (S. C. Tuc. Jur. Arg. 25, 779); "... si en la escritura de compra, otorgada 27 años antes del pagaré que motiva el embargo, el marido declaró que se compraba con dinero de la esposa" (C. Civ. 1º Cap. Jur. Arg. 58, 391).

"No procede... sobre un piano que dice le regaló el padre antes del matrimonio, si sólo produce como prueba las constancias de los libros de comercio de la casa vendedora y testigos" (Just. de Paz Cap. Jur. Arg. 58, 281); "sobre muebles que la tercerista dice heredó del primer esposo, si no se ha probado esa propiedad con las constancias de los autos sucesorios" (C. Com. Jur. Arg. 58, 897); "si la tercerista, esposa del ejecutado, no expresa con qué dinero compró los bienes embargados, ni si en la época de la compra era casada y siendo insuficiente la prueba de sus derechos" (C. Civ. 2º Cap., sep. 1912, 187).

prueba debe enderezarse, por el tercerista, a justificar, no sólo el origen del bien embargado (propio o ganancial adquirido con su trabajo) sino la inscripción en el registro

⁽¹⁰⁷⁾ "Procede la tercería de dominio deducida por la esposa, si antes del embargo se amparó en la ley 11357 (art. 3 inc. c) y ha comprobado que los bienes le pertenecen" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 54, 215).

"La tercerista que invoca la propiedad de los bienes muebles embargados en un juicio seguido contra el esposo, no puede ampararse en las disposiciones de la ley 11357 si no justifica que ha inscripto en el Reg. de mandatos, su voluntad de asumir la

ejecutante, deberá probar que su crédito es anterior a la anotación en el registro de la voluntad de la mujer de administrar sus bienes (C. Com., Cap. Jur. Arg., 50, 594), o que la deuda proviene de obligaciones contraídas por el ejecutado, para cualquiera de los supuestos a los cuales se refiere el art. 6 de la ley citada ⁽¹⁰⁸⁾.

Si el embargo en bienes muebles de la mujer, se ha producido después de la disolución de la sociedad conyugal, en casa de su pertenencia, la tercería procede (Just. Paz, Cap. Jur. Arg., 56, 976). En sentido análogo: C. Com., Cap. Jur. Arg., 9, 639; 38, 843; C. Fed. La Plata, Jur. Arg., 14, 745.

“Procede la tercería de dominio deducida por el marido y el respectivo levantamiento del embargo trabado sobre muebles gananciales cuya administración le corresponde, si se ha trabado por deudas contraídas antes del matrimonio por la esposa” (S. C. Bs. As., Jur. Arg., 50, 661).

CONCUBINATO. “El concubinato entre la tercerista y el ejecutado, no obsta por sí solo a la procedencia de la tercería de dominio...” (Just. Paz, Cap. Jur. Arg., 58, 281).

administración de sus bienes, de acuerdo a dicha ley” (C. Civ. 1º Cap. Jur. Arg. 63, 151). “La propiedad de los títulos y depósitos bancarios embargados, pretendida por la tercerista, esposa del ejecutado, no se encuentra demostrada por las circunstancias siguientes: que estuvieran comprendidas entre los bienes cuya administración asumió, denunciándolos como propios con la conformidad de su marido; la de haberse contraído la deuda que se ejecuta con posterioridad a la asunción de la administración por la tercerista; la de que el marido ejecutado, al concursarse no hiciera figurar esos bienes en su activo y la de que el cedente del ejecutante no hiciera valer su derecho en el concurso, actitud que pudo tener un motivo distinto de atribuirle al deudor carencia de bienes con que abonar su crédito. No obsta a esta solución el hecho de que la tercerista recibiera en herencia dinero y valores por cantidades crecidas, si no probó que lo embargado es parte de lo que recibió en aquel concepto” (C. Com. Cap. Jur. Arg. 72, 660).

⁽¹⁰⁸⁾ “Procede la tercería de dominio deducida por la esposa, si acredita el origen del dinero invertido en la instalación del comercio embargado y la deuda del ejecutante no proviene de obligaciones contraídas por el esposo para atender las necesidades del hogar” (C. Com. Cap. Jur. Arg. 36, 1830).

64. V. 4º Prueba emanada de uno de los litigantes.

Es principio recibido el de que la prueba emanada de la contraparte, en contra suya, sea que consista en documentos o en confesión en juicio, y salvo el caso de cuestiones de estado, especialmente divorcio, es decisiva. “Proba probatissima” la llamaban los glosadores.

En la tercería el principio es válido, pero, como resulta obvio, por la diversidad de intereses de los sujetos, aun cuando aparezcan algunos de ellos como litisconsortes, la prueba resultante de actos, documentos o declaraciones de uno de ellos ⁽¹⁰⁹⁾ no tiene eficacia decisiva más que en contra de su autor. Digo decisiva, porque, a veces, puede también afectar a otro sujeto, como prueba común, no privilegiada o como indicio o presunción. Es lo resuelto por la Justicia de Paz de la Capital en el caso que se registra en *Jur. Arg.*, 62, 588, aun cuando con argumentos equivocados.

Sostengo también, concorde con lo afirmado precedentemente, sobre acusación de rebeldía, que uno de los demandados en la tercería, tiene derecho a poner posiciones

⁽¹⁰⁹⁾ “No basta la manifestación del ejecutado en el acto de la traba del embargo, de que los bienes pertenecían al tercerista” (*C. Com. Cap. Jur. Arg.* 26, 1313). Contra: “La del ejecutado en el momento del embargo, manifestando que los bienes embargados son de propiedad de la tercerista, tiene valor a efecto de destruir la presunción contraria” (*C. Com. Cap. Jur. Arg.* 38, 822). “El pedido del ejecutante de que se embarguen los depósitos bancarios de dinero o títulos “a nombre del ejecutado o de su esposa —la tercerista—, no implica un reconocimiento de que la propiedad de los bienes embargados corresponden a ésta” (*C. Com. Cap. Jur. Arg.* 72, 660). “Para obtener el tercerista que se levante el embargo trabado sobre el bien que pretende ser de su exclusiva propiedad debe probar la posesión y dominio del bien embargado, con anterioridad a la traba del embargo, sin que pueda eximirla de tal obligación la aquiescencia del ejecutado (cuyas declaraciones no tienen valor alguno a los efectos de decidir si la propiedad del automóvil debe atribuirse al tercerista) ni la contestación de la demanda en rebeldía” (*C. Com. Cap. nov.* 1912, 291). “En el juicio de tercería, la confesión del ejecutado no puede perjudicar al ejecutante” (*S. C. Fallos*, 69, 128; 88, 277).

al otro, aun cuando la confesión así obtenida pueda no afectar al tercerista. Los que no admiten esta conclusión, y siendo jurídicamente ilógico privar a uno de los demandados de que haga declarar al otro, sostienen que puede ofrecerlo como testigo, opinión en abierta pugna con el concepto doctrinario de testigo: persona *DISTINTA* a los sujetos procesales, como la llama Chiovenda ⁽¹¹⁰⁾.

Si se recuerda que en la generalidad de los casos, hay mayor comunidad de intereses entre el actor-tercerista y el demandado-ejecutado, que entre este último y el demandado-ejecutante o por lo menos, no existe entre aquellos oposición (salvo que el demandado-ejecutado pretenda el dominio del bien embargado), se comprende sin esfuerzo cuan irracional resulta admitir que el actor ponga posiciones al ejecutado y que no pueda ponerlas al mismo el ejecutante. Desvía y confunde el juicio de los juristas en este caso, la vieja idea de la relación procesal con dos sujetos litigantes y el juez, que hace ver como una herejía, que un demandado esté en contra del otro y pueda incitarlo a producir prueba a su favor.

La posición de los litigantes, en cuanto a prueba preconstituída, es la común no pueden desvirtuar una afirmación o un documento anterior, libremente emitido. En el caso de un abogado, luego ejecutante, resolvió la C. Com. de la Cap. que "si el ejecutante, en juicio anterior, interviniendo como abogado, firmó escritos donde se sostenía que las acciones embargadas ahora por él, pertenecían al hoy tercerista, está inhabilitado para negar lo que había sostenido antes" (Jur. Arg., 51, 227). "Carece de valor el desconocimiento que el ejecutado hace del dominio que los terceristas alegan tener sobre el automóvil embargado por el ejecutante, si éstos presentan un instrumento público de fecha anterior al embargo, en el cual consta que el ejecutado reconoció que los terceristas eran copropietarios con

(110) "*Instituciones*" III, 225.

él, del automóvil ejecutado" (C. Com. Cap., Jur. Arg., 20, 409).

Siendo obligatoria la confesión de hechos personales solamente, es lógico que "la ignorancia expresada por el ejecutante respecto de hechos extraños a él, expuestos en la demanda de tercería, no implica una confesión ficta de asentimiento" (C. Civ. 1º Cap., Jur. Arg., 8, 317) ⁽¹¹¹⁾.

La contestación de la demanda en tercería, por parte del ejecutante, puede no ajustarse a las obligaciones de todo responde (art. 100 Cód. Proc. Cap.); si ignora los hechos acaecidos entre tercerista y ejecutado que fundamentan la demanda en tercería y esos hechos no se prueban con documentos indubitables acompañados, puede remitirse, a ese respecto, a la prueba que produzca el actor.

65. VI. La sentencia en la tercería de dominio en juicio ejecutivo. 1º Su naturaleza y complejidad.

He dicho que en la tercería se deducen y substancian dos acciones, una del tercerista en contra del ejecutante y otra del tercerista en contra del ejecutado y que, aun cuando estos últimos aparezcan como litisconsortes, pues ambos son demandados, no siempre tienen un mismo o siquiera semejante interés substancial.

Sin llegar a los casos anómalos, de connivencia fraudulenta entre tercerista y ejecutado, cuando este último se allana a la demanda reconociendo el dominio pretendido por el tercerista y el ejecutante resiste la demanda, es claro que sólo hay intereses antagónicos entre el tercerista y el ejecutante, ya que la posición del ejecutado es de indiferencia frente a los otros dos litigantes.

Así pues, aunque formal y substancialmente sólo puede hablarse de una sentencia, ésta, cuando reconoce el derecho invocado por el tercerista, y desconocido por ambos

⁽¹¹¹⁾ Véase sobre el particular: *PODETTI "Cód. de Proc. de Mend", I, 285.*

demandados, estima dos acciones: la encaminada a obtener una declaración en frente del demandado-ejecutante y la encaminada a obtener una condena en frente del demandado-ejecutado ⁽¹¹²⁾. Respecto al primero el juez DECLARA que el bien embargado no pertenece al deudor, sino al tercerista y respecto al segundo, le CONDENA a entregar el bien al tercerista.

Naturalmente y de acuerdo con ideas que he sostenido ⁽¹¹³⁾, en ambos casos habrá declaración y condena; en el primero y aparte del pronunciamiento sobre las costas, habrá CONDENA para el ejecutante, que debe levantar el embargo y en el segundo habrá la DECLARACIÓN de que el bien pertenece al tercerista. Se trataría, como en la enorme mayoría de los casos que se resuelven en los tribunales, de sentencia mixta. Pero, aparte de ello, toda sentencia tiene un aspecto constitutivo, puesto que constituye una norma jurídica individualizada, de acuerdo a la conocida doctrina de Kelsen. En toda sentencia, hay siempre, una DECLARACIÓN del derecho (en el sentido chiovendiano), pero hay también una porción de voluntad del juez como parte integrante del orden jurídico, lo cual da a la norma jurídica individualizada, que es la sentencia, esa naturaleza o aspecto constitutivo que le atribuyo. Luego pues, la sentencia que estima las acciones deducidas por el tercerista en contra de ambos demandados y a las cuales éstos se han opuesto, deberá ser declarativa, constitutiva y de condena, en proporciones variables, según la dosis que contenga de cada uno de los ingredientes enunciados: DECLARACIÓN del dominio discutido y del derecho aplicable y que fué desconocido por los actos de los demandados; CONDENA a hacer o a abstenerse para ambos demandados y CONSTITUCIÓN de una norma jurídica individualizada o particular para el

⁽¹¹²⁾ GOLDSCHMIDT *"Derecho Procesal Civil"*, 446. SALVATORE PUGLIATTI *"Esecuzioni Forzate e Diritto Sostanziale"*. Milano 1935, página 346.

⁽¹¹³⁾ *"Teoría y técnica..."*, 147.

caso planteado. Este último elemento es el que da carácter de permanencia a la resolución judicial, es decir, fuerza material de cosa juzgada. Por eso sostengo que la cosa juzgada EMANA del proceso y no de las leyes de fondo. Pero el tema excede el marco de este tratado y lo retomaré en otra parte de esta obra.

Cuando la sentencia desestima las acciones deducidas por el tercerista, prima el elemento declarativo, igualmente cuando el demandado-ejecutado se allana reconociendo el derecho invocado por el tercerista. Cuando el demandado-ejecutante se allana, pero se traba la litis con el demandado-ejecutado que desconoce el derecho invocado por el tercerista, si la acción es propiamente la reivindicatoria por haber perdido la posesión el demandado, habrá declaración sobre el dominio y condena a entregarlo o respetarlo.

En cuanto al pronunciamiento accesorio sobre las costas, si ellas se imponen a uno de los litigantes, será de condena.

La sentencia debe siempre referirse a ambas acciones, aun cuando uno de los demandados se allane, pues el juez debe pronunciarse sobre ellas y si considera que el demandado era capaz de allanarse (por su capacidad o la índole de los derechos discutidos) y el allanamiento no aparece como simulado ⁽¹¹⁴⁾, deberá estimarlo, haciendo lugar a la demanda. Consecuentemente, deberá estudiar el juez en la sentencia, si se ha demostrado, con respecto a ambos demandados, la concurrencia de los requisitos de la acción: relación entre los hechos aducidos y las normas legales, legitimación (activa y pasiva) e interés procesal ⁽¹¹⁵⁾. Para lo primero, el juez deberá confrontar los hechos probados o reconocidos, con las normas aplicables, a fin de declarar, si existe, por ejemplo, el dominio invocado por el tercerista. No lo habrá, si tratándose de inmuebles, no hay título

(114) PRIETO CASTRO *‘Exposición’*, 224.

(115) CALAMANDREI *‘Instituciones’*, pág. 182.



legal, de acuerdo a las leyes vigentes. Para lo segundo, deberá verificar si el tercerista tiene cualidad para demandar (legitimación para obrar) o no la tiene. No la tendrá, por ejemplo, si no es el titular del dominio o del derecho que invoca o si no puede actuar solo, en el caso de un derecho que pertenece a varios. Y verificar también, si los demandados tienen cualidad para contradecir (legitimación pasiva) o no la tienen (en el supuesto de oposición a la demanda). Para lo tercero, deberá verificar, si la acción se justifica en el caso concreto, como medio idóneo para la satisfacción del derecho reclamado. No se justifica, por ejemplo, si no existe embargo, ni menoscabo alguno al derecho del tercerista, como vimos precedentemente.

66. VI. 2º Prejuzgamiento.

Antes de entrar al análisis particular del contenido de la sentencia, de acuerdo a la doctrina expuesta y a los hechos planteados, metodizando los pronunciamientos judiciales pertinentes, voy a referirme brevemente al prejuzgamiento.

El prejuzgamiento, que autoriza la recusación del juez (art. 368, inc. 8, Cód. Proc. C. F'), existirá, cuando con anterioridad a la sentencia, el juez haya hecho conocer su opinión sobre las cuestiones debatidas ⁽¹¹⁶⁾. Por ello, el juez no puede pronunciarse sobre el pedido de levantamiento del embargo, antes del fallo definitivo ⁽¹¹⁷⁾. Ni dictar ningún pronunciamiento sobre el derecho alegado por el tercerista ⁽¹¹⁸⁾. Pero puede pronunciarse sobre la

⁽¹¹⁶⁾ Para el prejuzgamiento en general, como causal de recusación, ver: ALSINA, "Tratado" I, 478.

⁽¹¹⁷⁾ "No procede levantar el embargo que solicita el tercerista, mientras no se resuelva la tercería promovida" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 19, 960).

⁽¹¹⁸⁾ "Importa prejuzgamiento todo pronunciamiento respecto al derecho alegado por el tercerista antes de la sentencia definitiva" (C. Civ. 1º Cap. Jur. Arg. 38, 627).

excepción dilatoria de defecto legal, fundada en una acumulación de acciones que se considera improcedente ⁽¹¹⁹⁾.

67. VI. 3º Contenido de la sentencia. Cuestiones que pueden ser planteadas.

Aparte del derecho al bien embargado, el tercerista puede plantear otras cuestiones, siempre que se vinculen con el derecho invocado y no impliquen la revisión de pronunciamientos judiciales recaídos en otro proceso ⁽¹²⁰⁾. Puede así invocar sentencias que cohonesten su derecho, aunque en el juicio pertinente no haya intervenido uno de los sujetos de la tercería ⁽¹²¹⁾. Puede solicitar la nulidad de un acto jurídico ⁽¹²²⁾, siempre que no hayan intervenido en él personas ajenas a la tercería.

Se ha resuelto también, que es posible discutir, en la tercería de dominio, la inembargabilidad de ciertos bienes ⁽¹²³⁾ lo cual sólo procedería, en general, si el tercerista

⁽¹¹⁹⁾ "El juez puede entrar a considerar, al decidir una excepción, si la tercería promovida es de dominio o de mejor derecho, sin que ello implique prejuzgamiento, cuando tal examen se realiza a fin de determinar si la demanda reúne los requisitos esenciales que debe revestir" (C. Civ. 1º Cap. *Jur. Arg.* 44, 135).

⁽¹²⁰⁾ "La validez o nulidad del juicio de disolución de sociedad conyugal radicado y sentenciado en otra jurisdicción, no puede discutirse en un juicio de tercería iniciado por la esposa, para el levantamiento del embargo decretado sobre las rentas de un bien de su propiedad a raíz de un juicio seguido en contra de su cónyuge" (C. Fed. La Plata, *Jur. Arg.* 14, 745).

⁽¹²¹⁾ "La nulidad del título del ejecutado, declarada por sentencia firme (en juicio entre el antecesor del tercerista y el ejecutado) puede oponerse por el tercerista, al ejecutante acreedor hipotecario" (C. Civ. 2ª Cap. nov. 1912, 190).

⁽¹²²⁾ "Alegada por el ejecutado la nulidad del testamento invocado por el tercerista para fundar su dominio al bien embargado en la ejecución, puede el juez que conoce en ésta, pronunciarse sobre la validez o nulidad de dicho testamento" (C. Com. Cap. Julio 1913, 241).

⁽¹²³⁾ "La cuestión relativa a la exención de embargo de determinados bienes, con arreglo al art. 480 del cód. de proc. debe ser tratada y resuelta aunque se parta de la base de que el tercerista no ha justificado el dominio alegado" (C. Civ. 2º Cap. *Jur. Arg.* 43, 651). "No procede el levantamiento del embargo

apareciera como co-obligado u obligado subsidiario del ejecutado. En efecto, si no tiene ese carácter y acredita el dominio, la cuestión aparece como superflua y si no acredita el dominio, la exención de embargo no puede favorecerle, ya que se trata de una forma del beneficio de competencia ⁽¹²⁴⁾. Digo en general, porque puede haber casos particulares en los cuales la inembargabilidad pueda ser reclamada por persona distinta del obligado, pero a quien ampare, por imperio de la ley, dicho beneficio. Lo serían a mi juicio, los parientes a cargo del ejecutado, en el supuesto de embargo de un bien familiar y los alimentarios de éste si el embargo pudiera impedir el cumplimiento de esa obligación primordial (embargo de instrumentos de trabajo o de una porción del sueldo, mayor que la autorizada legalmente). También podría plantearse la inembargabilidad de un bien del ejecutado, que constituyera instrumento de trabajo del tercerista ⁽¹²⁵⁾, ya que, en ese caso, habría un interés legítimo para accionar. Por otra parte, la jurisprudencia ha admitido que la exención puede amparar instrumentos de uso de miembros de la familia del ejecutado, como puede verse en los fallos que se citan en la sentencia cuyo sumario transcribo en la nota 125.

Pero, las cuestiones planteadas, para que puedan ser consideradas en la sentencia, deben serlo en oportunidad, pues de lo contrario la sentencia sería nula por pronun-

que solicita el tercerista invocando los preceptos de la ley 12296 y art. 480 cód. proc. si no ha acreditado el dominio que invoca, prueba previa a la consideración de si los bienes embargados son o no necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio del deudor" (Just. Paz. Cap. *Jur. Arg.* 59, 316).

⁽¹²⁴⁾ Sobre beneficio de inembargabilidad, ver: GOLDSCHMIDT, op. cit. 576 y sigs.

⁽¹²⁵⁾ "No basta la demostración por parte de la tercerista de su carácter de profesora de piano y de que ejerce la enseñanza, para justificar que le es necesario para su profesión el uso del piano que se hallaba en la casa de sus padres, sobre todo si se tiene en cuenta que la tercerista ha consentido la sentencia que considera no probado que habitara bajo el mismo techo que el deudor embargado" (C. Civ. Cap. *Jur. Arg.* 59, 120).

ciamiento "vel ultra petita". No cabe pues pronunciamiento sobre cuestiones planteadas después de las oportunidades concedidas por la ley a actor y demandados para deducir sus acciones y defensas ⁽¹²⁶⁾, salvo casos, como el de la prescripción (art. 3962 Cód. Civil).

68. VI. 4º Legitimación para obrar y contradecir.

Por regla general, la legitimación activa individual coincide con la titularidad del derecho substancial; no puede haber duda, en tal supuesto, de que el titular del dominio o del derecho real vulnerado o menoscabado, y que no es el deudor del ejecutante, es el legitimado para obrar ⁽¹²⁷⁾, como hemos visto al estudiar la prueba del dominio.

Cuando la legitimación fuera plural y salvo el caso de litisconsorcio necesario, que estudiaré más adelante, el legitimado solamente puede hacerlo en los límites de su derecho ⁽¹²⁸⁾. Por eso, en caso de copropiedad con el ejecutado, la tercería sólo puede prosperar parcialmente ⁽¹²⁹⁾.

⁽¹²⁶⁾ "Si al ejecutante se le dió por contestada en rebeldía la demanda de tercería de dominio, es extraña a la relación procesal la cuestión iniciada en la expresión de agravios sobre la existencia de créditos contra el enajenante del buque, que, por su carácter de privilegiados, podría oponerse al tercerista" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 19, 893).

⁽¹²⁷⁾ "El operario no pierde el dominio y posesión de los útiles de trabajo que tiene en el taller y en consecuencia procede la tercería de los embargados por deudas del principal" (ant. C. Civ. 95, 13). "Procede la tercería deducida por el dueño del inmueble embargado, si no es deudor del ejecutante, ni autorizó la hipoteca constituida, sin facultad, por su propio mandatario" (S. C. Fallos, 70, 122).

⁽¹²⁸⁾ Véase respecto al condominio, SALVAT "*Derechos Reales*" II, 2052.

⁽¹²⁹⁾ "Si el tercerista y el ejecutado son copropietarios de la máquina trilladora embargada, la acción procede sólo respecto a la mitad indivisa que corresponde al que la ha deducido" (C. Ap. Mercedes, Jur. Arg. 46, 787). En sentido análogo: C. Com. Cap. Jur. Arg. 20, 409; Ant. C. Civ. 110, 220; S. C. Fallos 65, 308).

De acuerdo con este principio, se ha resuelto la interesante cuestión de la coexistencia del petitorio y el posesorio, no obstante lo dispuesto por el art. 2484 del cód. civil, cuando la tercería reivindicatoria fué deducida por un condómino y el posesorio por otro ⁽¹³⁰⁾. Ampliando este criterio a los herederos de la sucesión donde se trabó el embargo, cuando se trata de hijos que tienen la posesión de la herencia “ministerio legis” (art. 3410 cód. civ.) y pueden reivindicar (art. 3421 cód. cit.) se ha resuelto: “Basta la calidad de herederos, invocada por los hijos del socio premuerto, para accionar por tercería de dominio en el juicio en que por deudas particulares del socio sobreviviente, se ha trabado embargo sobre bienes sociales, aunque otros coherederos no hayan accionado; máxime si el representante legal de la sucesión ratificó los actos de los terceristas” (C. Fed. B. Blanca Jur. Arg. 50, 44).

En cuanto al derecho de los herederos de una sucesión indivisa, para deducir tercería de dominio sobre bienes hereditarios, embargados por deudas de un co-heredero, se ha resuelto de acuerdo al art. 3123 del cód. civil que si bien la tercería no procede, el juicio ejecutivo y el crédito, quedan subordinados al resultado de la partición ⁽¹³¹⁾.

⁽¹³⁰⁾ “El condómino no puede ejercitar la acción reivindicatoria ni las posesorias si no sobre su parte en la copropiedad. Por tanto, la tercería de dominio iniciada por uno de los condóminos del inmueble ejecutado, no debe suspenderse en su trámite por el hecho de que el otro condómino haya iniciado una acción posesoria respecto a la misma finca” (C. Com. Cap. Jur. Arg. 1942, I, 961).

⁽¹³¹⁾ “En la tercería de dominio que uno de los herederos deduce en la ejecución seguida por el acreedor hipotecario contra un bien ganancial de la sucesión indivisa, hipotecado íntegramente por el cónyuge supérstite, no procede la nulidad de la hipoteca solicitada por el tercerista, y corresponde ordenar la prosecución de los procedimientos del juicio ejecutivo, los que, como la hipoteca, quedarán subordinados al resultado de la partición” (C. Civ. 1º Cap. Jur. Arg. 16, 529). “No es procedente la tercería de dominio que se funda en adjudicaciones no aprobadas judicialmente, entablada por las hijas herederas en un juicio en que se ha embargado un bien inscripto a nombre del cónyuge supérstite”.

Sobre la legitimación de un cónyuge, me he ocupado precedentemente, pero cabe recordar aquí que se ha resuelto que, aun cuando “se hayan efectuado mejoras con dinero de la sociedad conyugal en bienes propios de la esposa, la tercería deducida por ésta en la ejecución seguida contra el marido, debe prosperar” (C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 12, 345).

En el caso del cesionario del embargado, en los derechos a una sucesión, se ha resuelto “Es improcedente la tercería de dominio deducida por un cesionario de derechos y acciones hereditarios, si no tiene el dominio de los bienes embargados, máxime si éstos son los gananciales y la cesión ha versado sobre lo que correspondía al embargado por herencia de su cónyuge” (C. Fed. Cap. Jur. Arg. 26, 966). “No procede la tercería de dominio deducida por el cesionario de los derechos y acciones que a la cedente le corresponden en la cuarta parte pro-indivisa como gananciales en la sucesión de su esposo, si esa cesión no fué inscrita en el Reg. de la propiedad (ley 1893 arts. 239 y 255) antes de la traba del embargo, a pesar de haberse celebrado 7 años antes. Máxime si la cesión de derechos, realizada por una abuela a su nieto, no ha sido sincera, pues se formalizó después de ser condenada la cedente en el interdicto de recobrar, base de la acción en que se trabó el embargo” (C. Civ. 1º Cap. Jur. Arg. 61, 201). Procede... si el cedente tenía libre disposición de sus bienes” (S. C. Fallos 49, 143). “No habiendo en la cesión de derechos hereditarios deudor

“Procede en el caso dejar a salvo los derechos de dichas herederas sobre su cuota parte indivisa, sujetos al resultado de la partición” (C. Civ. 1º Cap. Jur. Arg. 13, 415). “Los herederos que reivindicaron el inmueble en virtud de haber sido declarados herederos, no pueden fundar en este hecho la tercería de dominio deducida sobre los bienes embargados en la sucesión” (C. Fed. Cap. Jur. Arg. 17, 424). “Embargado un bien ganancial en ejecución contra la viuda, procede la tercería deducida por los hijos en la parte que en dicho bien les correspondiese en el juicio sucesorio, que debe liquidarse con intervención del acreedor” (S. C. Fallos 21, 89).

cedido, porque ello importa simplemente la transmisión de la universalidad de bienes que constituye la herencia, la notificación de ella no es necesaria y la tercería de dominio contra un embargo posterior a la cesión, es procedente" (C. Fed. Cap. oct. 1911-98).

Respecto a la cesión de créditos, si no se atacó de simulado el acto y la cesión fué notificada antes del embargo, procede la tercería, aun cuando el cedente sólo haya recibido el 50 % del precio de la operación (C. Com. Cap. Jur. Arg. 45, 168).

La sociedad está legitimada para deducir tercerías de dominio sobre bienes de los cuales está en posesión y que han sido embargados por deuda particular de un socio ⁽¹³²⁾, de acuerdo con los principios que rigen el desenvolvimiento de las sociedades (arts. 302, 417 y correlativos del cód. de Com.; 1755 y correlativos del Cód. Civ.); pero, es requisito para esa legitimación, que se justifique formalmente la existencia de la sociedad, de acuerdo a las normas legales que la rigen ⁽¹³³⁾. Este último recaudo, impide que el socio de una sociedad irregular, pueda deducir tercería de dominio en ejecución seguida por acreedores de un coasociado sin perjuicio de sus derechos a su cuota o parte social (C. Com. Cap. Jur. Arg. 2, 944; C. Civ. 1º Cap. Jur. Arg. 13, 131).

⁽¹³²⁾ C. Civ. 2ª Cap. feb. 1911, 213.

⁽¹³³⁾ "No procede la tercería de dominio deducida por una sociedad comercial no inscripta en el Reg. público de comercio y además, si el crédito cuestionado lo constituye el saldo acreedor por operaciones efectuadas por el socio antes de formar sociedad y que no pasó a integrar el aporte social, ni su transferencia fué comunicada al deudor" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 34, 1340). "A los integrantes de una sociedad que no consta por escrito ni ha sido inscripta, les está vedado ejercer las acciones que se fundan inmediatamente en los derechos creados por el contrato social y para cuyo ejercicio es un antecedente necesario la existencia de la sociedad; así, si el acreedor particular de un socio embarga bienes que éste ha aportado a la sociedad, esta última no podría deducir tercería de dominio sin presentar el contrato social en el cual funda su derecho, es decir, la "intentio" de su acción" (Just. Paz Cap. Jur. Arg. 1942, III, 49).

“No procede la tercería de dominio deducida por el socio que ha quedado con el activo y pasivo de la sociedad, ha dicho la S. Corte, si los acreedores embargantes de bienes sociales, eran anteriores al convenio de liquidación y no convinieron expresamente en exonerar de responsabilidad a los otros socios, de acuerdo al art. 433 del Cód. de Com.” (Fallos, 68, 35).

Casos particulares de legitimación activa, por corresponder la titularidad del derecho invocado al tercerista, son el del locador con contrato accesorio de compraventa al ejecutado ⁽¹³⁴⁾ y el del endosatario de un cheque protestado y cuyo pago mediante consignación judicial verifica el librador ⁽¹³⁵⁾.

No obstante esa legitimación, no procede la tercería de dominio sobre un automóvil, ejercida por la misma persona que es fiador solidario de las obligaciones contraídas por el ejecutado, entre las cuales figura la estipulación violada de no vender el coche antes de haberlo pagado íntegramente” (C. Com. Cap. Jur. Arg. 33, 862).

Concordantemente se ha resuelto: “No procede la tercería de dominio por la que se pretende sustraer al embargado, un bien propio de la esposa del ejecutado, si el juicio se sigue en base a un documento que ella ha suscripto conjuntamente con su esposo en calidad de colibradora, aunque

⁽¹³⁴⁾ “Corresponde hacer lugar a la tercería de dominio deducida por el locador de una cosa mueble embargada por un tercero, aunque en el contrato invocado por el tercerista se haya establecido en forma subsidiaria que el mismo importa un boleto de opción a compra, mediante el cumplimiento de ciertos requisitos, si esta estipulación no ha estado en vías de ejecución.” (C. Com. Cap. Jur. Arg. 32, 364.)

⁽¹³⁵⁾ “Procede la tercería de dominio deducida por el endosatario de un cheque, cuando se ha probado que la suma embargada por el actor corresponde al pago de ese cheque que el demandado endosó al tercerista antes del embargo, cheque que habiendo sido rechazado por el banco, fué protestado por el tercerista, y cuyo importe (suma embargada y objeto de la tercería) fué depositado judicialmente por el librador a nombre del demandado.” (C. Com. Cap. Jur. Arg. 51, 245.)

instrumente una deuda contraída durante la existencia de la sociedad conyugal" (C. de Com. Jur. Arg. 36, 727) "La tercerista y esposa del deudor hipotecario ejecutado no puede alegar que debió accionarse también contra ella, por tratarse de un bien ganancial" (C. Civ. 1º Jur. Arg. 49, 247).

69. VII. Recursos.

Debiendo sustanciarse la tercería de dominio en juicio ejecutivo, mediante el trámite del proceso ordinario (art. 529 cód. C. F.) es evidente que proceden en ella los recursos ordinarios y extraordinarios que la ley autoriza para esta clase de procesos, cuando se produce la situación que para cada especie de recursos, prevé.

Así, procede, en la sustanciación, el recurso de revocatoria (art. 223 cód. de C.); contra las sentencias definitivas e interlocutorias que deciden artículo o causan gravamen irreparable, el de aclaratoria (art. 222), el de apelación y el de nulidad (arts. 226 y 237); el de queja (art. 275), el de inaplicabilidad de ley o doctrina legal y el de inconstitucionalidad, en las provincias cuyos códigos lo admiten y el extraordinario para ante la S. Corte (art. 14 ley 48) ⁽¹³⁶⁾.

Las dificultades que podrían surgir, dejando a un lado el casuismo legal sobre la procedencia de los recursos en cada pleito ⁽¹³⁷⁾, se refieren a la legitimación de los sujetos para deducirlos. En principio, el tercerista está legitimado para recurrir de toda providencia contraria a sus intereses (dentro de las limitaciones que para cada tipo de recursos establece la ley) y los demandados de toda providencia favorable a los intereses del tercerista (con las mismas limitaciones), ya que, como demandados debe considerárseles como los naturales contradictores del actor.

⁽¹³⁶⁾ Sobre recursos, véase MANUEL IBÁÑEZ FROCHAM *Los recursos en el proceso civil*. Bs. As. 1943.

⁽¹³⁷⁾ Véase en seguida la sistematización de fallos.

Pero, aparte de los supuestos de allanamiento, cabe dudar si al ejecutado, que no pretende la propiedad del bien embargado, podría negársele el derecho de recurrir. Dije que en este caso, no hay contradicción entre tercerista-actor y demandado-ejecutado, pues este último carece de interés en el pleito. Luego pues, sea cualquiera la sentencia (estimatoria o desestimatoria de la demanda), le faltaría interés, presupuesto necesario de todo recurso ⁽¹³⁸⁾. Si la sentencia rechaza la tercería, declarando que el bien pertenece al ejecutado que se allanó a la demanda, la sentencia sólo producirá efectos, como apunté más arriba, en favor del ejecutante. Subastado el bien, el remanente pertenecerá al tercerista, sinó por la sentencia, por el reconocimiento del ejecutado. La sentencia, en esta hipótesis, tendría efectos análogos a la que estima una acción revocatoria (art. 965 cód. civ.).

70. VII. 1º Aclaratoria.

Pudiendo, mediante este recurso, subsanarse omisiones de la sentencia sobre alguna de las pretensiones de los sujetos, ha resuelto la C. Com. Cap. que: "si la sentencia omite pronunciarse sobre la indemnización reclamada por el tercerista, dicha omisión debe ser salvada mediante el recurso de aclaratoria y no por el de apelación" (Jur. Arg. 35, 1449).

71. VII. 2º Apelación.

Para la Pcia. de Bs. Aires, donde la prueba debe ofrecerse en el escrito de demanda (art. 575) "es apelable el auto que admite en el juicio de tercería otras pruebas distintas a las ofrecidas en la demanda" (C. Ap. Mercedes Jur. Arg. 2, 137).

⁽¹³⁸⁾ "La sentencia que declara improbadamente (la tercería), no es apelable para el ejecutado." (Ant. C. Civ. Cap. S. I. 2. 214.)

Sobre procedencia del recurso ordinario de apelación ante la S. Corte, este tribunal ha resuelto: "El art. 4 de la ley 7055 no es de aplicación si se trata de una sentencia dictada por la cámara federal en una tercería de dominio, en la cual es parte el fisco nacional (demandado-ejecutante), aunque haya sido deducida con ocasión de un embargo trabado dentro de un juicio de carácter penal" (Jur. Arg. 36, 816).

72. VII. 3º Nulidad.

"No procede el recurso de nulidad contra la sentencia dictada en un juicio de tercería, fundado en que el juez no ha examinado la cuestión referente a la naturaleza del crédito motivo del juicio principal, ya que ello no es materia del litigio" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 32, 1114); "fundado en que el juez transformó en tercería de mejor derecho la tercería de dominio deducida, en virtud de haberse vendido los objetos embargados, ya que ello hace al fondo del asunto" (C. Civ. 1º Cap. Jur. Arg. 38, 1071); "por no haber fundado en un texto legal la resolución tomada al admitir la tercería, de enviar los antecedentes a la justicia del crimen, por considerar que existen indicios de colusión entre dos de las partes" (C. Com., Cap. Jur. Arg. 59, 591); "por extralimitación en la "litis contestatio" en una tercería de dominio, si la sentencia hace lugar a la tercería deducida no en razón de la propiedad alegada por el tercerista, sino de la posesión" (C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 26, 1459); "por no pronunciarse sobre el fondo en razón de haber sido extemporáneamente deducida" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 11, 845); "por no hacerse lugar a la acción de daños y perjuicios no deducida" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 17, 263).

"Procede... si hace lugar a la tercería en favor de la esposa y del esposo, si la esposa había deducido la tercería por derecho propio y era improcedente que el marido fuera

tenido por parte por no haber sido objetada la personería de la tercerista" (Just. Paz Cap. Jur. Arg. 54, 592); "si la sentencia sólo se pronuncia con respecto al demandado que no se allanó a la tercería, no haciéndolo con respecto a quienes se allanaron" (C. Com. Mend. Jur. Mend. III, 153).

73. VII. 4º Extraordinarios. Provincia de Buenos Aires.

"Procede la nulidad de la sentencia que hizo lugar a la tercería de dominio si la cuestión fundamental que consistía en establecer si en el momento de trabarse el embargo el tercerista era dueño de la cosa reclamada, fué resuelta por el tribunal de 2ª instancia, remitiéndose a los fundamentos de otra causa y citando escuetamente las constancias que obran en autos, sin citar texto legal alguno..." (S. C. Bs. As. Jur. Arg. 57, 539); "discutiéndose la posesión del tercerista... si omite considerar la cuestión relativa a la tradición, sin que sea suficiente involucrarla en la que se refiere al dominio" (Id. Jur. Arg. 33, 328); "...si omite plantear y resolver la cuestión propuesta por el tercerista, relativa a que el ejecutante no pudo embargar los muebles materia de la ejecución seguida contra su esposa, en virtud de tratarse de deudas contraídas por ésta con anterioridad al matrimonio" (Id. Jur. Arg. 33, 629).

"Reviste carácter de sentencia definitiva y como tal es susceptible de ser recurrida por vía extraordinaria ante la S. C. de Bs. As.... la resolución de los tribunales represivos por la que se decide que éstos carecen de jurisdicción para conocer en una tercería promovida con motivo de un secuestro practicado en un juicio criminal" (Id. Jur. Arg. 1942-III-30).

"Es infundado el recurso de inaplicabilidad de ley basado en la infracción del art. 1193 cód. civ., si la sentencia recurrida se limita a declarar que el tercerista tenía la propiedad y posesión de los objetos embargados, hecho susceptible de ser probado por testigos (Id. Jur. Arg. 20,

1022); "...basado en la violación del art. 2351 cód. civ., si la sentencia resuelve, previo estudio, el punto referente al dominio del bien embargado por el tercerista" (Id. Jur. Arg. 32, 520).

"Procede el recurso de inconstitucionalidad, si estando comprendida en la "litis contestatio" la cuestión relativa a la posesión y el dominio de los bienes en una tercería de dominio,, la cámara ha omitido resolverla" (Id. Jur. Arg. 25, 1159).

74. VII. 5º Extraordinarios. Suprema Corte Nacional.

"La sentencia que resuelve que una tercería de dominio no puede ejercitarse después de la venta del inmueble, no es susceptible de recurso extraordinario" (Jur. Arg. 11, 1179).

"No procede el recurso extraordinario contra la sentencia de un tribunal provincial, que interpretando y aplicando disposiciones del código civil, decide una causa sobre tercería excluyente de dominio". "Es improcedente el recurso extraordinario que se funda en la violación del art. 18 de la constitución nacional, que ampara la defensa en juicio, si el recurrente ha hecho valer todas las defensas que hacían a su derecho en las dos instancias en que el litigio se ha tramitado" (Jur. Arg. 30, 564).

"Es improcedente el recurso extraordinario contra una sentencia que rechaza una tercería, por haberse probado que la transferencia de los bienes embargados había sido simulada" (Jur. Arg. 15, 196).

75. VIII. Las costas. Solidaridad en la obligación de pagarlas.

Los principios científicos y también los vigentes, en cuanto a la institución procesal de las costas y a su aplicación a uno de los litigantes o sea la condena en ellas, son,

en general, válidos en la tercería de dominio en juicio ejecutivo y en todos los procesos con intervención de más de los dos litigantes clásicos. Pero la circunstancia de existir, más de dos sujetos, plantea, necesariamente, cuestiones específicas, que requieren ser examinadas.

Las costas, en derecho procesal, son el costo del litigio, lo que económicamente cuesta a los litigantes, defender sus derechos en el proceso ⁽¹³⁹⁾ o sea los gastos inmediatos del pleito. En un principio, ellas eran a cargo de quien hacía los gastos, pero, paulatinamente y a medida que se afirmaba el concepto de que el proceso no debía ser un castigo para quien recurría a él con derecho, se fué estableciendo la condena en costas al vencido. Aun cuando desde la época de Justiniano existía ya el concepto de la condena absoluta por el mero hecho del vencimiento, es recién con Chiovenda, que en la época moderna, se afirma científicamente ese principio, que tarda en penetrar en la legislación ⁽¹⁴⁰⁾.

El art. 221 del cód. de proc. civ. de la C. Fed., aun cuando carezca de rigor científico y exija pedimento de parte para la imposición de costas ⁽¹⁴¹⁾, permite la aplicación racional de ellas al litigante vencido ⁽¹⁴²⁾, eximiéndolo solamente cuando se encuentre mérito para hacerlo: vencimiento recíproco o parcial, actitud en el proceso, cuestión de derecho dudosa, parentesco entre los litigantes,

⁽¹³⁹⁾ Sobre concepto y naturaleza de las costas, ver: PODETTI J. R. *Legislación en materia de costas*. San Juan, 1944.

⁽¹⁴⁰⁾ JOSÉ CHIOVENDA *La conder en costas*. Madrid 1928.

⁽¹⁴¹⁾ "El tercerista no puede pretender que las costas de la tercería se impongan al vencido, si no fueron solicitados en la demanda." "La circunstancia de que la tercería debe sustanciarse ante el juez de la ejecución, sólo hace a la competencia y no la transforma en incidencia de aquélla a los efectos de la imposición de las costas." (C. Com. Cap. Jur. Arg. 35, 1446.)

⁽¹⁴²⁾ "Las costas de la tercería, en juicio ejecutivo, son a cargo del vencido." (S. C. Tuc. Jur. Arg. 24, 1051; C. Civ. Cap. Jur. Arg. 34, 798.)

etc. fundando la exoneración, bajo sanción de nulidad ⁽¹⁴³⁾.

Así pues, de acuerdo a esta norma, si el tercerista triunfa ante demandados que se oponen, la imposición a éstos de las costas es de rigor. En esta hipótesis, las costas deben ser pagadas por ambos demandados, pero como la solidaridad pasiva no se presume, sin norma o convenio expreso (art. 701 cód. civ.), es discutible si el actor-tercerista ante los demandados condenados en costas puede cobrar la totalidad de ellas a uno solo o debe perseguir por la mitad a cada uno. Los fallos de nuestros tribunales, vacilantes en un principio ⁽¹⁴⁴⁾, se han orientado definitivamente en el sentido de negar que pueda existir solidaridad entre los vencidos ⁽¹⁴⁵⁾. El argumento principal, único diría, está en lo dispuesto por el art. 701 del cód. civil, con el cual se destruye el artículo anterior en cuanto dispone que "la solidaridad puede también ser constituida... por declaración judicial...".

El argumento no me convence. Es claro que los jueces, no pueden crear la solidaridad en obligaciones civiles ("latu sensu") disponiendo, por ejemplo, que los deudores simplemente mancomunados respondan solidariamente de la deuda total. Pero tratándose de una institución netamente procesal, como es la de la condena en costas ⁽¹⁴⁶⁾ sí la pueden constituir. Aquí, como en muchos otros problemas análogos ⁽¹⁴⁷⁾, la falta de un deslinde preciso entre derecho civil y derecho procesal, ha producido confusiones lamentables y soluciones injustas. La ley civil no puede regular la institución de las costas, éstas surgen de la peti-

⁽¹⁴³⁾ Véase al respecto RICARDO REIMUNDÍN *La condena en costas en la legislación argentina*. Abeledo, Bs. As. 1942.

⁽¹⁴⁵⁾ Cs. Civiles de la Cap. (en pleno) *Jur. Arg.* 17, 218; C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 68, 289; 1942-III-939; C. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 18, 202; 58, 717; 70, 752; S. C. Bs. As. *Jur. Arg.* 36, 1839.

⁽¹⁴⁶⁾ PODETTI *Legislación en materia de costas*, Cap. IV, *Concepto y naturaleza de las costas*.

⁽¹⁴⁷⁾ Op. cit. Cap. II, *Instituciones civiles y procesales análogas*.

ción de protección jurídica de actor y demandado, se forman en el proceso y en la sentencia se declara la obligación de pagarlas o carga de soportarlas. Creo pues que a ellas se ha referido Vélez en el art. 700 y que, en consecuencia, el juez PUEDE imponer el pago solidario de las comunes o distribuirlas proporcionalmente entre los vencidos ⁽¹⁴⁸⁾. Naturalmente que si el juez en la sentencia no se pronuncia en forma expresa, "no constituye la solidaridad", éstas deberán ser pagadas por mitades por los demandados vencidos. Hablo de costas comunes, es decir, de aquellas que no han sido causadas por la actitud de uno de los litigantes: incidentes, prueba impertinente, notificaciones en lugares lejanos, etc. que deberán ser a cargo de quien las causó u ocasionó.

En el caso inverso de que ambos demandados se opongan a las pretensiones del actor y éste sea vencido, la imposición de costas a éste no ocasiona dudas: el vencido pagará las costas de cada uno de sus demandados.

En el supuesto del allanamiento de uno de los demandados y cuando por esta circunstancia no se le exima del pago de costas, la solidaridad no podría ser impuesta, sino con respecto a la iniciación de la demanda, ya que los gastos posteriores habrán sido ocasionados por la actitud del demandado que hizo necesario sustanciar el pleito.

Si uno de los demandados es declarado en rebeldía, la solidaridad debe ser impuesta, sin perjuicio de declarar carga particular del demandado que se defendió, las costas ocasionadas al actor por esas defensas.

Si ambos se allanan y el demandado, presente en el acto de la traba, declaró que los bienes pertenecían al tercerista, parece evidente que las costas deben ser a cargo del ejecutante, ya que el embargo obligó al tercerista a demandar.

A falta de pronunciamiento del juez sobre cual de los

(148) CHIOVENDA, op. cit. pág. 293.

demandados debe pagarlas “procede imponerlas al ejecutante, único que apeló y a cuyo pedido se embargó el bien” (C. Com. Cap| Jur. Arg. 23, 1069).

Aun cuando se haga innecesario dictar sentencia por haberse levantado el embargo, “procede el pronunciamiento sobre costas” (C. Civ. 1º Cap. Jur. Arg. 2, 232).

Sobre el contenido de las costas y la obligación de pagar algunos de sus rubros, se ha resuelto: “El tercerista vencedor, debe pagar los gastos del depósito de la cosa embargada, sin perjuicio de repetir ese pago de quien corresponda” (C. Com. Cap. Jur. Arg. 12, 401).

“Deben considerarse comprendidos en la condenación en costa, pronunciada contra el tercerista, los gastos de depósito y conservación de las haciendas, producidos a raíz del pedido de suspensión de los procedimientos formulados por él y de su oposición a la venta, solicitada insistentemente por depositario y ejecutante, sin que a ello obste la circunstancia de que aquellos gastos fueron aprobados sin su intervención, si el tercerista no observa los gastos por excesivos, ni impugna la liquidación practicada” (C. Civ. 1º Cap. Jur. Arg. 23, 175).

“Los gastos de almacenaje de la mercadería que quedó depositada en la aduana a pedido del embargante, no pueden incluirse entre los gastos de justicia producidos en la tercería de dominio deducida a raíz de dicho embargo” (C. Com. Cap. Jur. Arg. 32, 1103).

Veamos ahora el casuismo de los fallos judiciales, un poco molesto pero tan necesario al litigante y del cual no puede prescindir, entre nosotros, el profesional y el magistrado.

76. VIII. 1º Costas por su orden.

No corresponde imponer las costas al tercerista “... si justifica en parte su derecho” (Ant. C. Civ. S-I, 3, 6; S. C. Fallos, 24, 305); “... si se rechaza la tercería por haber pa-

sado los bienes al dominio del ejecutado después de promovida" (Ant. C. Civ. S-V, 4, 331); "si se rechaza... por falta de dominio, no obstante haber justificado la propiedad" (Ant. C. Civ. S-V, 8, 107); "si las circunstancias pudieron inducir en error al tercerista" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 7, 308); "si ha podido de buena fe considerarse con derecho a litigar" (C. Civ. 1º La Plata Jur. Arg. 35, 1101); "si a la fecha de la traba del embargo el tercerista no había inscripto su hijuela en el Reg. de la Propiedad" (C. Fed. Cap. Jur. Arg. 4, 491).

Corresponde resolver que las costas se paguen por su orden, "si tanto el ejecutado como el ejecutante, no han resistido la tercería" (C. Fed. Cap. Jur. Arg. 33, 1022).

77. VIII. 2º Costas a cargo del tercerista.

Corresponde imponer las costas al tercerista "...que no prueba su acción" (Ant. C. Civ. Cap. S-I, 2, 214; 119, 277); "que confiesa su falta de dominio sobre los bienes embargados" (Ant. C. Civ. Cap. S-V, 18, 30).

78. VIII. 3º Costas a cargo del demandado-ejecutante.

Procede imponer las costas al ejecutante "si se opone temerariamente al derecho del tercerista" (Ant. C. Civ. Cap. S-IV, 13, 80); "Si desiste del embargo" (Ant. C. Civ. Cap. S-V, 1, 155; 98, 309; C. Civ 2ª Cap. Jur. Arg. 41, 745; C. Com. Cap. Jur. Arg. 55, 575); "cuando no aparece razón probable para la petición del embargo que la motivó" (S. C. Fallos, 36, 222); "si se allana a la tercería" (C. Civ. Mend. Jur. Mend. VIII, 337; C. Com. Cap. Jur. Arg. 7, 45; 20, 926; 28, 890); "si su actitud impuso la sustanciación del juicio de tercería" (C. Com. Jur. Arg. 19, 893); "si en el acto de la traba del embargo el tercerista hizo constar su derecho de dominio y ejecutado y ejecutante han reconocido ese dominio" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 19, 528); "si la

tercería ha sido necesaria para que se allanara a desistir del embargo" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 31, 911).

79. VIII. 4º No procede imponer las costas al ejecutante.

"Si la tercería se ha deducido después de la venta de los bienes" (Ant. C. Civ. Cap. S-V, 15, 37); "...si de autos resulta su buena fe" (Ant. C. Civ. Cap. S-V, 15, 237; C. Com. Cap. Jur. Arg. 50, 963); "si fué inducido en error" (Ant. C. Civ. Cap. 92, 82; S. C. Fallos 59, 173; C. Com. Cap. Jur. Arg. 14, 1190; 16, 762); "si no hace oposición a la demanda (C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 11, 1305) "y al embargar la propiedad hubo justa causa para reputarlo propietario al deudor" (C. Fed. Córdoba, junio 1910, 674; C. Com. Cap. Jur. Arg. 76, 364); "si exigió una demostración del derecho del tercerista" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 1, 249); "si creyó de buena fe en la existencia de la simulación" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 1, 512); "si los bienes se hallaban en poder del ejecutado" (C. Fed. Rosario Jur. Arg. 23, 89); "si levantó el embargo con anterioridad a la notificación de la demanda en tercería" (C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 31, 210); "si la controversia ha versado sobre la interpretación de disposiciones legales relacionadas con la tradición que se dice operada por el endoso de conocimientos no registrados" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 35, 1449); "si ha podido creerse con derecho a litigar en virtud de perseguir el pago de una deuda proveniente de la venta del automóvil embargado y no haber justificado oportunamente el tercerista la propiedad de dicho bien" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 36, 1800); "si la ocupación de la finca reclamada por el tercerista, fué resultado de un error de hecho por parte del martillero" (C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 44, 750); "si era posible obtener el levantamiento del embargo sin juicio de tercería y hubo posibilidad de error en el ejecutante" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 55, 1018).

80. IX. Perención, prescripción y cosa juzgada.

Instituciones originadas por un elemento común o sea el transcurso del tiempo, aun cuando la segunda sea de naturaleza substancial, conviene estudiarlas en forma sucesiva ⁽¹⁴⁹⁾ y en este lugar, pues se vinculan con la sentencia, que la perención puede hacer innecesaria, que la prescripción puede determinar en su contenido y que la cosa juzgada la extiende en sus efectos, a otros procesos.

PERENCION. La perención o caducidad de instancia, he dicho, viene a ser una forma particular de la preclusión. La perención no cierra una etapa del proceso, ni impide realizar un acto, ejercitando un derecho o una facultad o cumpliendo una obligación procesal en particular, pero cierra o clausura el proceso totalmente, principal o accesorio, aniquilando sus efectos o dando fuerza material de cosa juzgada a la sentencia o resolución recurrida (art. 4 ley 4550).

Tratándose de un proceso con tres sujetos, cualquiera de éstos que inste el trámite, interrumpe el plazo de la perención y cualquiera de ellos puede pedir sea declarada.

Pero, como los incidentes pueden perimir separadamente ⁽¹⁵⁰⁾ del juicio principal, las actuaciones producidas en éste no la interrumpen ⁽¹⁵¹⁾.

Siendo instancia “toda petición o solicitud tendiente a obtener una decisión judicial, con prescindencia del estado del juicio en que se promueve” ⁽¹⁵²⁾, es claro que procede la perención en la tercería, aun cuando no se haya

⁽¹⁴⁹⁾ Véase POBETTI *Teoría y técnica...*, 167 y sigs.

⁽¹⁵⁰⁾ Cód. de S. Fé, art. 215.

⁽¹⁵¹⁾ “Procede declarar perimida la instancia, si después de dictada sentencia en el juicio de tercería, se abandona el procedimiento durante un año, no obsta a ello la circunstancia de que el apelante haya pedido con anterioridad, en los autos ejecutivos, una certificación de las constancias del mismo.” (C. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 47, 175.)

⁽¹⁵²⁾ C. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 25, 1405.

notificado del traslado de la demanda, a uno de los demandados ⁽¹⁵³⁾.

Como la perención es indivisible ⁽¹⁵⁴⁾, beneficia a ambos demandados, aunque sólo uno la alegue. Así, el código de S. Fe (art. 210), dispone: "La perención es indivisible cualquiera sea la naturaleza de la obligación".

PRESCRIPCIÓN. De la prescripción adquisitiva o usucapión, invocada por el tercerista, para fundar su derecho de dominio sobre el bien embargado, me he ocupado precedentemente. Ahora, considerando a la prescripción como defensa o excepción perentoria que pueden oponer los demandados (arts. 95 inc. 3, cód. C. F. y 3962 cód. civ.), es necesario ocuparse de ambas. La prescripción liberatoria que define el cód. civil, como "una excepción para repeler una acción por el solo hecho de que el que la entabla, ha dejado durante un lapso de tiempo de intentarla, o de ejercer el derecho al cual ella se refiere" (art. 3949), es la que en principio, podrían oponer los demandados. Digo en principio, porque si la tercería se funda en el dominio y el tercerista tiene la posesión de la cosa, no puede haber prescripción, ya que "el dominio es perpetuo y subsiste independientemente del ejercicio que se pueda hacer de él" (art. 2510 cód. civ.) ⁽¹⁵⁵⁾. Pero si el tercerista no tuviera la posesión de la cosa embargada, su acción en tercería implicaría el ejercicio de la acción reivindicatoria y enton-

⁽¹⁵³⁾ "Procede la perención de la instancia opuesta en una tercería si el procedimiento ha estado paralizado durante el término legal, aun cuando la acción sólo se haya contestado por el ejecutante." (C. Com. Cap. Jur. Arg. 48, 899.)

⁽¹⁵⁴⁾ ALSINA *Tratado* II, 703.

⁽¹⁵⁵⁾ "El derecho a promover el juicio de tercería de dominio es susceptible de ponerse en actividad mientras persista el estado de embargo sobre la cosa cuya propiedad invoca el tercerista. No es procedente, pues en tal caso la prescripción decenal de la acción de tercería." (C. Com. Cap. Jur. Arg. 1945-I-647.) "No es aplicable la prescripción que el art. 4033 cód. civ., establece para la acción pauliana a la tercería de dominio iniciada por el propietario de un bien embargado en una ejecución." (C. Com. Cap. Jur. Arg. 25, 644.)

ces, el demandado-ejecutado que hubiera poseído dicha cosa a título de dueño, en las condiciones y durante los plazos que el cód. civil establece (arts. 3999 y sigs.) o el demandado-ejecutante como su coadyuvante o substituto, podrían oponer la defensa de la prescripción adquisitiva, para obtener que la demanda fuese desestimada.

COSA JUZGADA. Otra excepción perentoria que puede ser opuesta por los demandados o por cualquiera de ellos, es la de cosa juzgada (art. 95 inc. 1 cód. C. F.), en sentido material.

La sentencia dictada en juicio de tercería de dominio produce cosa juzgada, para cualquier otro proceso posterior ⁽¹⁵⁶⁾, donde concurren los requisitos que la hacen viable y que se descubren mediante el estudio de la identificación de las acciones o sea la identidad de sus elementos ⁽¹⁵⁷⁾. He sostenido que la extensión de la finalidad pública del proceso, debe influir sobre la forma de determinar su existencia con respecto a otro proceso, haciendo que los clásicos elementos cuya identidad se exigía, sujetos, causa y objeto, se consideren como aspectos parciales de una sola realidad ⁽¹⁵⁸⁾.

81. X. Efectos de la tercería de dominio, sobre el juicio en el cual se deduce.

Al considerar las medidas cautelares procedentes en la tercería, he estudiado el más inmediato de los efectos de la iniciación de dicho juicio sobre el principal o sea la suspensión de los trámites posteriores a la sentencia de re-

⁽¹⁵⁶⁾ "Alegado un derecho por vía de tercería y habiendo sido aquel denegado, el tercerista no puede volver a iniciar nuevo juicio invocando el mismo título con que inició su anterior demanda." (C. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 44, 286.) Al estudiar las sanciones civiles que pueden recaer sobre los sujetos de la tercería y la tercería en la ejecución de la prenda agraria, veremos otros fallos referentes a los efectos de cosa juzgada de la sentencia.

⁽¹⁵⁷⁾ Véase: ALSINA *Tratado* II, 126 y I, 212.

⁽¹⁵⁸⁾ *Teoría y técnica...*, 180.

mate (art. 530 cód. C. F.). Me ocuparé ahora de algunos otros efectos que la deducción de la tercería de dominio produce o puede producir sobre el juicio ejecutivo y las relaciones inmediatas y mediatas entre el tercerista y el juicio ejecutivo.

82. X. 1º Limitaciones a la suspensión de procedimientos.

La suspensión de los procedimientos, que, con ciertos recaudos, autorizan las leyes procesales del país, cuando se deduce una tercería de dominio en juicio ejecutivo, no es total. En primer lugar, ella solamente puede producirse llegado el juicio ejecutivo a cierta etapa en su sustanciación, sentencia de remate ejecutoriada (art. 530 cód. C. F.) y cesa en sus efectos si la tercería es rechazada ⁽¹⁵⁹⁾.

En segundo lugar, la suspensión sólo procede respecto a los bienes que son motivo de la tercería, ya que la suspensión, como toda medida precautoria, tiene por objeto evitar un daño o sea en este caso, la subasta de bienes que pueden no pertenecer al deudor. En consecuencia "si se hubiesen embargado o se embargasen bienes no comprendidos en la tercería de dominio, podrá continuarse contra ellos el juicio ejecutivo, no obstante la tercería" ⁽¹⁶⁰⁾ (art. 664 cód. Mend.). La prosecución del juicio ejecutivo en este supuesto, podría, a su vez influir sobre la tercería. En efecto, si la venta de los bienes embargados, ajenos a la tercería, diese un producido suficiente para cubrir el capital reclamado y las costas de la ejecución, el embargo sobre los bienes que motivan la tercería no tendría ya razón de ser y si el demandado-ejecutado se allanó a la tercería,

⁽¹⁵⁹⁾ "Rechazada la tercería, corresponde al juez de la ejecución, resolver sobre la venta de los bienes." (S. C. Fallos, 23, 410.)

⁽¹⁶⁰⁾ "Cuando se ha deducido tercería sobre algunos de los bienes embargados, la ejecución puede seguir contra los otros." (S. C. Fallos, 22, 165.)

el juez sólo debería pronunciarse sobre dicho allanamiento y sobre las costas.

En tercer lugar “la deducción de cualquier tercería será bastante fundamento para que se amplíe y mejore el embargo, si el actor lo solicitare” (art. 533 Cód. C. F.) ⁽¹⁶¹⁾, lo que implica, que sin más recaudo, debe acceder el juez a la solicitud que en tal sentido formulare el ejecutante, dentro de las normas fijadas por los arts. 471 y sigs. del cód. C. Fed. sobre suficiencia del embargo, naturaleza de los bienes a embargarse y procedimiento para realizarlo.

En cuarto lugar, debe considerarse limitada la suspensión de los procedimientos, en cuanto ella no impide que se tomen medidas sobre la guarda, conservación o venta, en casos especiales, de los bienes embargados ⁽¹⁶²⁾ y sobre regulación de honorarios de los profesionales ⁽¹⁶³⁾.

Pueden presentarse otros casos en los cuales se limite, por otros motivos, la suspensión de procedimientos en el ejecutivo, por cuya causa la enumeración precedente, no debe considerarse taxativa ⁽¹⁶⁴⁾. Así, siendo la tercería de dominio en juicio ejecutivo, un incidente del principal,

(161) Disposiciones análogas: ley 50 (303); Bs. As. (579); nuevo de Córdoba (313 inc. 3); Corrientes (522); E. Ríos (392); Jujuy (562); La Rioja (1200); Mendoza (663); Salta (494); San Juan (1025); S. Luis (819); S. del Estero (467).

(162) “Procede el nombramiento de administrador judicial del negocio del embargado, si éste, al ser designado depositario, no hizo manifestación alguna de que los bienes no fueran de su propiedad y el tercerista no acredita el dominio invocado, con documento público de fecha cierta.” (C. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 35, 1390.) Véase también S. C. Fallos 73, 153 y C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 61, 435.

(163) “Procede regular honorarios al martillero por las gestiones realizadas después de aceptar el cargo, si el incumplimiento de la subasta no le es imputable por cuanto fué suspendida a raíz de una tercería de dominio y cuando en la ejecución como en la tercería, las partes han hecho abandono del procedimiento.” (C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 54, 395.)

(164) “La incidencia promovida por el comprador del bien ejecutado que ha entregado al martillero una suma de dinero en concepto de seña, debe sustanciarse aunque exista pendiente un juicio de tercería.” (C. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 15, 329.)

que, una vez ejecutoriada la sentencia de remate en este último proceso, obsta a su prosecución (arts. 405 y 530 Cód. C. F.), es evidente que mientras la tercería no termine, la perención no puede producirse ⁽¹⁶⁵⁾. El plazo de inactividad para que la perención se produzca, en tal supuesto, empezará a correr una vez firme la sentencia dictada en la tercería, operada la perención en ésta o desistido el juicio por el tercerista.

En cambio “procede... si los procedimientos quedaron inactivos desde que se abrieron a prueba las excepciones, momento en que se interpuso una tercería de dominio, pues la tercería no ha constituido impedimento para proseguir la ejecución hasta la sentencia de remate” (C. Com. Cap. Jur. Arg. 48, 899).

83. X. 2º Intervención del tercerista en el principal.

Dije, en mis observaciones al dictamen de la Comisión encargada del tema 11 “Intervención de terceros en el proceso”, de la Quinta Conferencia Nacional de Abogados, para salvar mi posición doctrinaria respecto a las dos categorías de terceros que el dictamen del Dr. Alsina establecía ⁽¹⁶⁶⁾, que el fundamento del despacho para hacer el distingo o sea que en el proceso de conocimiento el tercero “asume el carácter de sujeto de la relación procesal y quedaría vinculado por la sentencia que vaya a dictarse” y en el

(165) PARRY ADOLFO E. *Perención de la instancia*, 2ª ed. Buenos Aires 1937, 50 y 332. “En un juicio ejecutivo, pendiente la tercería, no se opera la caducidad de la instancia.” (C. Fed. Paraná, noviembre 1910, 174.)

(166) Quinta Conferencia Nacional de Abogados, Bs. As. 1941, 111. “De allí dos formas en que el tercero puede hacer valer su interés: en el proceso de ejecución, mediante la tercería de dominio o de mejor derecho, en el proceso de conocimiento, por su intervención en la relación procesal. En uno y otro supuesto su posición es distinta, porque en tanto que con la intervención asume el carácter de sujeto de la relación procesal y quedará vinculado por la sentencia que vaya a dictarse, en la tercería conserva su calidad de tercero y no le afecta la sentencia que decidió la litis.”

ejecutivo “conserva su calidad de tercero y no le afecta la sentencia que decidió la litis”, merecería un amplio estudio que no era el momento de intentar, pero esquemáticamente, podía decirse que el aserto no era totalmente exacto. El tercerista, en juicio ejecutivo, puede discutir y lo hace con frecuencia, el fondo de la cuestión planteada entre los litigantes originarios y es dudoso que pudiera pretender más tarde, que la sentencia dictada en el principal, del cual la tercería es un INCIDENTE, no le afecta. Puedo agregar que en cuanto al interés del tercero en el principal, existen muchos casos en los cuales es él evidente y directo. Tal el de la tercería de dominio de la esposa cuando se embargan las rentas de sus bienes propios (art. 6 ley 11357) para responder a obligaciones contraídas por el marido, en ese supuesto le interesa lo que se haya probado y resuelto sobre el origen de la deuda. En el caso general de tercería de mejor derecho, interesa al tercerista el origen y categoría del crédito que se reconozca al ejecutante y en el caso especial de ejecución hipotecaria o prendaria, el tercerista puede impugnar el crédito mismo, por haber sido simulado para perjudicarlo o ser nula la constitución de la garantía.

El derecho del tercerista de preferencia en juicio ejecutivo, a intervenir en el principal, no puede ser discutido ya que se lo reconocen la mayoría de las leyes procesales del país, como veremos más adelante al estudiar este tipo de tercería. En cuanto al tercerista de dominio, sostengo que también aun cuando con ciertas limitaciones, tiene derecho a intervenir en el ejecutivo. La amplitud de esa intervención, depende de las vinculaciones de su derecho con las resoluciones que puedan dictarse en el juicio ejecutivo, en cuanto le afecten o puedan afectarle.

Así, en los casos en los cuales por motivos fundados se debe resolver la venta de los bienes embargados, (su posible pérdida o desvalorización cuando se trata de cosas

perecederas), debe ser oído el tercerista. Igualmente cuando se ha de resolver el cambio de depositario de la cosa embargada que motiva la tercería o ha decretarse cualquiera otra medida precautoria sobre la misma. El tercerista puede pedir, también, no solamente medidas cautelares ⁽¹⁶⁷⁾, sino el cambio de depositario o administrador del bien embargado, ya que le interesa sustancialmente su conservación ⁽¹⁶⁸⁾ y la regular percepción de sus rentas, si las produce o puede producirlas ⁽¹⁶⁹⁾. Esto es obvio en la hipótesis de que la tercería importe una acción reivindicatoria, pero, a mi juicio, procede en todos los supuestos, ya que existe una presunción de que el tercerista es dueño del bien embargado, puesto que ha deducido una acción para defender su dominio.

Por último y aunque esto parezca revolucionario, opino que el tercerista, puede en ciertas hipótesis, solicitar la nulidad de actuaciones en el juicio ejecutivo, la sentencia misma si hubiera sido dictada u oponerse a que se dicte, estimando la petición del ejecutante. Lo haga o no, creo también que la sentencia dictada en el ejecutivo, debe tener fuerza de cosa juzgada en su contra, puesto que no pudo ignorar la existencia del juicio, en el cual se presenta incidentando como tercerista.

Si las leyes procesales admiten que los terceros que

⁽¹⁶⁷⁾ Véase precedentemente el párrafo 49.

⁽¹⁶⁸⁾ "El tercerista puede formular peticiones en resguardo de los derechos cuyo reconocimiento persigue." (C. Com. Cap. *Jur. Arg.* 28, 712.) Aquí se dijo "que la tercería, no obstante tramitarse separadamente del juicio en que se deduzca, reviste, con relación al mismo, carácter de incidente (doctrina del art. 403 cód. proc.) y habiéndosele dado curso, autoriza, en consecuencia, a quien la promovió, a formular peticiones en el expediente principal, siempre que ellas aparezcan inspiradas —como ocurre en la especie— en propósitos conservatorios de los derechos cuyo reconocimiento persigue el opositor".

⁽¹⁶⁹⁾ "Corresponde designar depositario al tercerista, cuando la entrega de las cosas a un extraño podría traer la paralización del negocio a cuyo giro están afectadas." (C. Com. Cap. *Jur. Arg.* 11, 201.)

estenten “un interés cierto y positivo susceptible de una acción en juicio” (art. 650, Cód. Mend.) “podrán intervenir en el procedimiento” (art. 649 cód. cit.) ⁽¹⁷⁰⁾ suscitado entre otros, no se ve cual sea la causa para que en el juicio ejecutivo que motiva la tercería haya de prohibirse esa intervención.

Entiendo pues, que la intervención, en principio, procede, y que son los jueces, en cada caso particular, merituando el interés del tercerista, quienes han de autorizarla o no ⁽¹⁷¹⁾.

La C. Com. de la Cap., ha resuelto sobre un aspecto de este delicado problema, que “en un juicio ordinario de tercería de dominio, cabe discutir y rever procedimientos del principal que afectan derechos de terceros. Procede, por lo tanto, decretar la nulidad de la venta judicial y toma de posesión de un inmueble, sobre una parte del cual el tercerista ejercía posesión y derecho de dominio” ⁽¹⁷²⁾. Otro caso de intervención del tercerista en el ejecutivo, es el que motivó el fallo de la S. Corte que se registra en el tomo 69, pág. 586 de Jur. Arg. Allí, según se desprende de la relación de hechos, el tercerista pidió se le tuviera por parte y se declarase la nulidad de lo actuado y de la hipoteca, base de la ejecución, tramitándose el incidente y resolviéndose que el tercerista no era parte.

La C. Fed. de la Cap. ha resuelto que: “acreditada la validez del título, si del informe del Reg. de la propiedad

¹⁷⁰ Disposiciones análogas en los códigos le S. Juan (art. 1012), S. Luis (812), S. Fé (537), S. del Estero (702), Córdoba (56).

⁽¹⁷¹⁾ “El tercerista es parte para intervenir en una ejecución objetando una diligencia que considera afecta su derecho, aunque su objeto no esté comprendido en lo que constituye el de la mencionada tercería si guarda relación con el mismo.” (C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 18, 1103.) Se trataba de una tercería de mejor derecho, pero el tribunal no hizo distingo.

⁽¹⁷²⁾ Jur. Arg. 69, 169, con nota en contra de Roberto Pecach. El mismo tribunal, en el caso de una tercería de dominio deducida extemporáneamente resolvió que “no puede el tercerista, alegar la nulidad del juicio ejecutivo”. (Jur. Arg. 11, 845.)

de la provincia en que el bien está ubicado, resulta que cuando se efectuó la transmisión del dominio invocado por el tercerista, no figuraba inscripto embargo alguno sobre el bien transferido, corresponde declarar nula la venta efectuada en los autos ejecutivos" ("Jur. Arg.", 23, 39).

En mi nota La tercería y el priceso principal (Jur. Arg. 1947-I, 492), estudié un interesante caso en el cual el presunto tercero, que dedujo tercería en un embargo preventivo, fué luego incluído, en carácter de co-demandado, en el juicio ordinario posterior a la medida precautoria.

84. XI. Sanciones civiles.

Los sujetos procesales de la tercería de dominio pueden ser pasibles de sanciones de naturaleza civil, por su actuación en ella o en el ejecutivo. Aparte, naturalmente, de las costas, el tercerista puede ser condenado al pago de ciertos gastos producidos por su culpa en el juicio ejecutivo, como los del remate suspendido, depósito del bien embargado, etc.

Además, el ejercicio de la acción de tercería, si evidentemente carecía de derecho para deducirla, le hace responsable de los daños y perjuicios que pueda haber ocasionado a los demandados, especialmente al ejecutante o si deduciéndola con derecho, procedió con dolo o negligencia.

A la inversa, el ejecutante, que resulte haber trabado el embargo en condiciones análogas, deberá responder al tercerista o al demandado-ejecutado, de los daños y perjuicios que el embargo les hubiera ocasionado.

Esta acción puede surgir, como dije, del dolo o negligencia del tercerista o del embargante y se funda en lo dispuesto por el art. 1109 del Cód. Civil: "Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio".

He sostenido, tratándose de la responsabilidad del que

solicita un embargo preventivo ⁽¹⁷³⁾, que ella depende EXCLUSIVAMENTE de la existencia del derecho a cautelar, que habrá de resolverse en el juicio contradictorio que corresponda. Que la circunstancia de que se revoque la medida precautoria, no implica necesariamente que haya sido pedida sin derecho, pues la resolución judicial puede fundarse en defectos procesales o en insuficiencia de la prueba. En tal caso, podrá el embargado reclamar las costas, pero no tendrá acción por daños y perjuicios. Para que ella surja es imprescindible que se declare la inexistencia del derecho que se intentó cautelar. Es decir, que he sostenido y sigo sosteniéndolo, que no es necesario se pruebe la existencia de dolo, culpa o imprudencia, para que quien solicitó una medida precautoria, sin un derecho que la respaldase, responda por los daños y perjuicios ocasionados. Es lo que suele llamarse la responsabilidad objetiva, que, en la hipótesis planteada, no implica aceptar que la responsabilidad surja del hecho de haberse deducido una demanda o cumplido un acto SIN DERECHO sinó de que la culpa o al menos la negligencia deben presumirse, si inició una acción cautelar sin derecho. Este criterio estricto, es indispensable en el caso de medidas cautelares, que se piden, conceden y cumplen sin la justificación previa del derecho que han de tutelar. Mientras más seguridades se otorguen de que quien solicitó la medida sin derecho, responderá de los perjuicios que ocasione, exigiéndose a tal fin una adecuada medida de contracautela, más amplio sector de intereses cubrirán y defenderán las medidas cautelares ⁽¹⁷⁴⁾.

Trasladado ese criterio al campo de la responsabilidad por el ejercicio de otras acciones judiciales, precisa ser circunscripto y calificado. Ya no se trata del ejercicio de una pura acción, como califica Chiovenda a la acción asegura-

⁽¹⁷³⁾ Cód. de Mendoza, III, 242.

⁽¹⁷⁴⁾ Véase mi estudio *Las medidas cautelares y el embargo preventivo de los frutos de la cosa litigiosa*. R. D. P. I., 1ª parte, 138.

dora, si no de una acción genérica, que para ser estimada necesita un período de conocimiento (limitado o amplio) y que no puede ser desvinculada totalmente del derecho material, como creo haberlo demostrado en mi ensayo, "Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil". En el primer caso, deben primar en la solución las normas procesales (art. 444 Cód. C. F.), en el segundo las normas sustanciales (arts. 1066, 1067, 1109, etc., Cód. Civ.).

Así pues, el problema que me ocupa o sea la responsabilidad del tercerista por haber deducido la acción o la del demandado-ejecutante por haber trabado el embargo, no puede resolverse con el criterio objetivo, sinó que, necesariamente, debe correlacionarse el hecho con el sujeto, es decir que la solución ha de venir de una confrontación de los elementos objetivos y subjetivos. Así, si bien no me parece suficiente para determinar esa responsabilidad la sentencia desestimatoria o estimatoria de la tercería, por considerar al tercerista o al embargante carentes de derecho, la prueba del dolo, de la culpa, de la negligencia o imprudencia con que ejercitaron ese supuesto derecho pueden, en ciertas hipótesis, ser presumidas. Y a la inversa, un derecho legítimo, que la sentencia estima, puede originar responsabilidad, si es ejercitado con dolo, culpa o imprudencia (abuso del derecho) ⁽¹⁷⁵⁾.

85. XI. 1º Responsabilidad del tercerista.

De acuerdo al criterio expuesto, el tercerista responderá de los daños y perjuicios ocasionados al ejecutante, si procedió manifiestamente con dolo ⁽¹⁷⁶⁾, pues habrá tenido

⁽¹⁷⁵⁾ Véase el erudito ensayo del Dr. ALBERTO G. SPOTA "La responsabilidad que surge por procedimientos judiciales. La cuestión en materia de embargos preventivos", en *Jur. Ar.* 49, 496. El autor equipara ambas situaciones pronunciándose por la exigencia, en todos los casos, de la prueba de culpa, imprudencia o negligencia.

⁽¹⁷⁶⁾ "Si la tercería se fundó en un contrato de compraventa declarado simulado por sentencia firme (donde se estableció que

conciencia de que ejercitaba una acción infundada, cometiendo un acto ilícito. También sería responsable si la ignorancia de la inexistencia del derecho invocado, se debió a su propia negligencia o si teniendo el derecho, lo ejercitó en forma abusiva, con el propósito de dañar al ejecutante, al ejecutado o a ambos a la vez.

La reclamación de los daños y perjuicios ocasionados por obra del tercerista, puede ser objeto de una acción independiente, posterior al fallo definitivo de la tercería o bien puede ser acumulada al responde y subordinada a la estimación de éste, como contrademanda.

La acción para reclamar los daños y perjuicios, es una acción personal que prescribe al año (art. 4037 del Código Civil) y empieza a correr desde la ejecutoria de la sentencia dictada en la tercería.

86. XI. 2º Responsabilidad del ejecutante.

Como en el caso precedente, el actor en el juicio ejecutivo, a cuyo requerimiento se trabó el embargo o la medida que desconociendo o menoscabando el derecho del tercerista provocó la tercería de dominio, responde de los daños y perjuicios ocasionados ⁽¹⁷⁷⁾ si procedió con dolo, ne-

la posesión no había sido perdida por la vendedora, que existía estrecho parentesco entre los contrayentes y que la venta se efectuó en la misma época en que se inició la ejecución), el tercerista responde de los daños y perjuicios ocasionados al ejecutante; consistentes en la depreciación del valor del automóvil embargado, producido durante el largo trámite de la tercería rechazada." (C. Civ. 1ª, Cap. *Jurg. Arg.* 49, 497.)

⁽¹⁷⁷⁾ "Debe prosperar la tercería de dominio si no se justifica la falsedad de la escritura pública de la propiedad y el ejecutante, que sin alegar simulación del título mantiene el embargo, responde de los daños y perjuicios." (Ant. C. Civ. 113, 293; 125, 24.) "Cuando se prueba que la privación de los bienes ha producido perjuicio al tercerista, el embargante debe repararlos." (C. Fed. Córdoba, agosto 1910, 1031.) "Cuando el ejecutado, al trabarse el embargo del inmueble y en otras ocasiones manifiesta que éste es de propiedad exclusiva de sus hijos menores y el ejecutante insiste, debe responder de los daños y perjuicios que el embargo

gligencia o imprudencia ⁽¹⁷⁸⁾. Y aun cuando el derecho substancial que dió fundamento al embargo, existiera, habría siempre responsabilidad, si abusó de su derecho, embargando bienes en cantidad excesiva, si eligió un procedimiento que ocasionó daños innecesarios o en cualquier otro supuesto de abuso de su derecho.

Procede la acumulación a la tercería de la acción de daños y perjuicios, pero debe llevarse a los autos, la prueba de su existencia y la de su monto ⁽¹⁷⁹⁾.

Pero los daños y perjuicios deben ser motivo de recla-

y la ejecución hayan causado a los dueños de la cosa embargada." (C. Fed. Córdoba, agosto 1912, 127.) "Acreditado por un tercero el dominio de la cosa embargada, debe levantarse el embargo y quien lo pidió responde de los daños y perjuicios que se le hayan seguido al dueño." (S. C. Fallos, 10, 350; 27, 222.) "Procede la demanda de daños y perjuicios por un embargo, trabado en bienes de un tercero, si el crédito con que se obtuvo fué declarado nulo, por simulación." (C. Civ. 1ª, Cap. *Jur. Arg.* 1944-III, 325.)

⁽¹⁷⁸⁾ "Aunque la tercería de dominio haya sido procedente, el tercerista carece de acción por los daños que le haya irrogado el embargo indebido, si de la prueba no resulta que el embargante haya obrado con dolo o culpa, ya que los bienes embargados se encontraban en poder del deudor, quien manifestó que no le pertenecían, atribuyendo la propiedad a un tercero que no es el tercerista." (C. Com., Cap. *Jur. Arg.* 74, 944.) En sentido análogo, C. Com., Cap. *Jur. Arg.* 33, 864. "El locador que en uso del privilegio que acuerda el art. 3883 cód. civ., ha embargado, en la ejecución por cobro de alquileres, un automóvil que estaba en el local alquilado, no incurre en responsabilidad hacia el tercerista que en la respectiva tercería de dominio demostró ser dueño del vehículo. Ello por cuanto no resulta que el embargo fuera pedido con dolo, mala fe, culpa o negligencia, si no en ejercicio de un legítimo derecho (art. 1071 cód. civ.), puesto que al privilegio del locador están sujetos todos los muebles existentes en la casa locada, aunque no pertenezcan al locatario." (C. Civ. 2ª, Cap. *Jur. Arg.* 72, 399.)

⁽¹⁷⁹⁾ "No procede la acción de daños y perjuicios deducida conjuntamente con la tercería de dominio sobre un automóvil, si no se trae a los autos la prueba necesaria de la existencia de los daños, ni su monto, ya que dicha existencia no se presume por verosímil que resulte en principio." (C. Com., Cap. *Jur. Arg.* 32, 1074.) Contrariamente se ha resuelto que "La existencia de los perjuicios consistentes en la depreciación del valor del automóvil embargado objeto de la tercería deducida sin derecho debe considerarse indudable si la sustanciación del juicio ha demorado tres años; ante la falta de prueba del importe de tales daños,

mación expresa, en el mismo juicio o en acción por separado ⁽¹⁸⁰⁾.

En cuanto al tercerista vencido, como resulta obvio, carece de derecho de reclamar gastos ocasionados por su propia actitud, como los de depósito de los muebles embargados (C. Civ. 1ª Cap., "Jur. Arg.", 34, 791).

La prescripción, como en el caso de la acción concedida al tercerista, es la anual establecida por el art. 4037 del Código Civil y corre desde que quedó ejecutoriada la sentencia dictada en el juicio de tercería ⁽¹⁸¹⁾.

Entiendo que tratándose de una acción para perseguir el resarcimiento de hechos ilícitos y habiéndose realizado éstos en un proceso (la tercería, el juicio ejecutivo), es competente el juez del lugar donde radica dicho proceso (art. 4, cód. Cap.).

Pero la S. Corte ha resuelto que "el juicio por cobro de daños y perjuicios derivados de una tercería rechazada, es de la competencia del juez del domicilio del demandado, por ejercerse una acción personal, aunque la tercería se haya planteado en otra jurisdicción territorial" ("Jur. Arg.", 24, 9) ⁽¹⁸²⁾.

corresponde deferir al juramento estimatorio del perjudicado la fijación del monto de la indemnización a cargo del tercerista." (C. Civ. 1ª, Cap. *Jur. Arg.* 49, 497.)

⁽¹⁸⁰⁾ "Aunque uno de los terceristas, haya sido depositario de los bienes objeto del juicio, carece de título para reclamar del demandado y vencido en la tercería, honorarios y gastos del depósito (no había sido nombrado judicialmente depositario), sin perjuicio de la acción o acciones que se considere con derecho por tales conceptos contra quien corresponda." (C. Com. 1ª. Cap. *Jur. Arg.* 34, 799.) En sentido análogo: C. Fed., Cap. *Jur. Arg.* 23, 39.

⁽¹⁸¹⁾ "El término para que se opere la prescripción de la acción por reparación civil del daño causado por el embargo indebido de un automóvil, a consecuencia de un accidente de tráfico, empieza a correr desde la fecha en que fué consentida la sentencia dictada en el juicio de tercería." (C. Civ. 2ª, Cap. *Jur. Arg.* 23, 953); "...desde la fecha en que se dictó sentencia reconociendo al tercerista el dominio de los bienes embargados". (S. C. Bs. As. *Jur. Arg.* 1942-IV-939.)

⁽¹⁸²⁾ Véase ALSINA *Tratado I*, 600.

Si el tercerista reclamó los daños y perjuicios en el propio juicio de tercería y fué rechazada su pretensión por falta de prueba de los perjuicios, ese pronunciamiento hace cosa juzgada, que le impide promover nuevo juicio por el mismo motivo (C. Com. Cap., "Jur. Arg.", 74, 944).

Pero, la declaración judicial de que deben pagarse por su orden las costas del juicio de tercería, no hace cosa juzgada para el proceso posterior por los daños y perjuicios (Ant. C. Civ. Cap., S. I, 9, 32).

87. XII. Sanciones penales.

Dispone el Cód. de Proc. Civ. de la Capital que "cuando resulte probada la connivencia del tercer opositor con el ejecutado, el juez podrá aplicar la pena de detención por el término de tres a seis meses, sin perjuicio de las acciones criminales a que hubiese lugar" (art. 534) ⁽¹⁸³⁾.

El cód. de la Pcia. de Bs. Aires, considerando sin duda que la privación de la libertad en este supuesto, constituye una pena, ha suprimido esa sanción, disponiendo simplemente que "se remitirán los antecedentes al juez en lo criminal o correccional que corresponda" (art. 580) ⁽¹⁸⁴⁾.

El cód. de Salta ha optado por un procedimiento transaccional "el juez ordenará en la sentencia la prisión preventiva de ambos y pasará los antecedentes a la justicia criminal, una vez que haya sido ejecutada la orden, para su juzgamiento y castigo" (art. 495).

El código de Mendoza, guarda silencio al respecto, lo cual no puede obstar a que el juez, como cualquier persona que tenga conocimiento de un acto delictuoso, lo denuncie, pasando los antecedentes a la justicia del crimen.

⁽¹⁸³⁾ Disposiciones concordantes en los códigos de Corrientes (art. 523), La Rioja (art. 1201), Tucumán (art. 559).

⁽¹⁸⁴⁾ Disposiciones concordantes en los códigos de E. Ríos (art. 393), Jujuy (art. 563), S. Juan (art. 1024), S. Luis (art. 820), nuevo de Córdoba (art. 28 inc. 8), S. del Estero (art. 712).

La resolución que disponga la sanción o que ordene el pase de los antecedentes a la justicia del crimen, procede sea dictada en la sentencia, que es el momento en el cual el juez estudia y meritúa la prueba.

La prueba de la connivencia fraudulenta, puede ser la de presunciones ⁽¹⁸⁵⁾ y está a cargo del ejecutante ⁽¹⁸⁶⁾.

En el caso de detención autorizada por el art. 534 del Cód. de la Cap., no procede el recurso de queja para ante la S. Corte Nacional (sep. 913, 66).

Tratándose de una sanción disciplinaria o penal, no es requisito para aplicarla el pedido de parte, no obstante la resolución contraria de la C. Comercial de la Cap. ("Jur. Arg.", 5, 686). En efecto, si la detención se considera como una medida disciplinaria (Alsina "Tratado" III, 359) ⁽¹⁸⁷⁾,

⁽¹⁸⁵⁾ "Si en autos resulta por presunciones graves, precisas y concordantes, la existencia de colusión entre el tercerista y el ejecutado, procede remitir los antecedentes a la justicia de instrucción." (C. Com., Cap. *Jur. Arg.* 33, 291; 30, 766.)

"No procede la sanción ... si las presunciones no son graves, precisas y concordantes." (C. Civ. 1ª, Cap. *Jur. Arg.* 38, 633); "si consisten sólo en el silencio del tercerista en el acto de la traba". (C. Ap. Azul, *Jur. Arg.* 3, 908).

"El desistimiento del tercerista no permite pasar los antecedentes al juez de instrucción." (Ant. C. Civ., Cap. S-V-20, 258.)

"Procede enviar los antecedentes a la justicia de instrucción, si resulta probada la connivencia del tercerista con el embargado." (C. Com., Cap. *Jur. Arg.* 25, 274.)

"Justificado por presunciones graves, precisas y concordantes, la simulación de la escritura en que se funda la tercería, ésta debe ser rechazada, dejando al ejecutante a salvo las acciones criminales." (Ant. C. Civ., Cap. 78, 373.)

⁽¹⁸⁶⁾ "El ejecutante debe justificar la existencia del delito." (Ant. C. Civ., Cap. 73, 219; 128, 342.)

⁽¹⁸⁷⁾ "La simple colusión entre el tercerista y el ejecutado no constituye delito, sino una falta contra la autoridad de los magistrados, análoga a la prevista en el art. 52, cód. proc.; que aquéllos pueden reprimir disciplinariamente, aunque con sanciones más severas, conforme al art. 534, cód. proc. Las sanciones criminales que el último artículo citado deja a salvo, proceden cuando al concierto entre tercerista y ejecutado se añada un hecho que la ley considere delictuoso, que sería el caso de una tercería de dominio fundada en un título falsificado o adulterado." (C. Crim., Cap. *Jur. Arg.* 56, 303.) Véase otro pronunciamiento del mismo tribunal en *Jur. Arg.* 68, 892.

es evidente que ella puede ser aplicada de oficio por los jueces, pues es una facultad privativa para mantener el **decoro y buen orden** en los juicios (art. 52 cód. Cap.). En cuanto a la denuncia que deben hacer del hecho delictivo, pasando los antecedentes a la justicia represiva, es un deber ineludible de quien ejerce un cargo público (art. 164, Cód. Proc. Pen. Cap.).

La connivencia entre esposos, no debe ser sancionada, ha resuelto la C. Com. Cap. ("Jur. Arg.", 13, 546).

La resolución que ordena pasar los antecedentes a la justicia del crimen, debe ser considerada apelable ⁽¹⁸⁸⁾.

(188) Así se ha resuelto en el caso particular de dos síndicos que actuaban en la tercería. (C. Com. Cap. *Jur. Arg.* 59, 591.)

CAPÍTULO V

TERCERÍAS EXCLUYENTES EN OTRAS CLASES DE PROCESOS

88. I. Conceptos generales. — 89. I. 1º Tercería voluntaria. — 90. I. 2º Tercería coactiva. — 91. I. 3º Tercería voluntaria excluyente. — 92. II. 1ª Tercería de dominio o posesión en juicios especiales. Apremio por impuestos. — 93. II. 2º Ejecución de prenda agraria. — 94. II. 3º Medidas cautelares. — 95. III. Tercerías de dominio o de posesión en procesos ordinarios Divorcio. — 96. IV. Tercerías de dominio o de posesión en procesos universales. — 97. V. Tercerías de dominio o de posesión en los trámites de cumplimiento de sentencia. — 98. VI. Tercerías en la expropiación. Principios generales. — 99. VI. 1º Intervención de pretendientes al dominio. — 100. VI. 2º Intervención de usufructuarios. — 101. VI. 3º Intervención de locatarios y sub-locatarios. — 102. VI 4º Efectos de otros procesos sobre el de expropiación. — 103. VII. Tercerías de la Ley Orgánica del Banco Hipotecario Nacional. — 104. VIII. Tercería en procedimiento sumario.

88. I. Conceptos generales.

La tercería de dominio en juicio ejecutivo, defiende el dominio y procede, como dije, no solamente cuando se embarga un bien de un tercero, sino cuando el dominio de un tercero resulta vulnerado o menoscabado en un proceso ejecutivo. Pero este desconocimiento del dominio, esta perturbación al ejercicio pleno del mismo, sea por un embargo, por una medida cautelar o cualquiera otra circunstancia derivada de un litigio, puede producirse en cualquier clase de proceso ⁽¹⁾ y en consecuencia, procede la tercería de

(1) "Si bien el derecho positivo no prevé la intervención de tercero en el juicio (se trataba de un proceso ordinario), la jurisprudencia la ha aceptado cuando de la sentencia puede derivarles un perjuicio." (Cám. Com. Cap. *Jur. Arg.* 1944-IV, 111.)

dominio, en cualquier clase de juicio: ordinario ⁽²⁾, interdicto ⁽³⁾, divorcio ⁽⁴⁾, concurso civil ⁽⁵⁾, quiebra ⁽⁶⁾, sucesión ⁽⁷⁾, embargo preventivo ⁽⁸⁾, apremio ⁽⁹⁾, ejecución de prenda agraria ⁽¹⁰⁾, etc.

El código de la Capital, como asimismo la ley 50 y los códigos de Corrientes, Salta y Tucumán, no hacen ninguna referencia a la tercería en otra clase de procesos, no obstante lo cual, su procedencia ha sido aceptada.

El art. 574 del cód. de la Pcia. de Buenos Aires, admite las tercerías de dominio o de preferencia, sin indicación de clase de proceso. Los de Entre Ríos (art. 395), Jujuy (565) y La Rioja (1203), declaran expresamente que lo dispuesto para las tercerías en juicio ejecutivo, es aplicable a las que se dedujeren “en cualquier otro juicio o incidente en que se proceda por embargo de bienes”.

Los códigos de Mendoza (art. 649), San Juan (art. 1012), San Luis (art. 812), Santiago del Estero (art. 702), Santa Fe (art. 523) y nuevo de Córdoba (art. 56), autorizan la intervención de terceros excluyentes en juicio, sin restricciones en cuanto a la naturaleza del proceso, ni del interés del tercero, siempre que sea “cierto y positivo susceptible de una acción en juicio”.

Sin perjuicio de las referencias a los diversos supuestos de los códigos que he mencionado y que norman las tercerías en general, al hacer el estudio de las otras instituciones con intervención de terceros, creo conveniente, dado el plan de exposición adoptado, hacer aquí un somero

(2) Ant. Cám. Civ. Cap. S. III, 8, 135.

(3) Cám. Fed. Cap. *Jur. Arg.* 48, 26.

(4) Cám. Civ. 2ª. Cap. *Jur. Arg.* 15, 321.

(5) S. C. Fallos, 58, 114

(6) Cám. Com. *Jur. Arg.* 24, 284.

(7) Cám. Ap. Corrientes. *Jur. Arg.* 2, 151.

(8) Cám. Com. Cap. *Jur. Arg.* 23, 1030.

(9) Cám. Civ. 2ª. La Plata, *Jur. Arg.* 23, 539.

(10) Cám. Fed. Cap. *Jur. Arg.* 37, 578.

análisis de las disposiciones de esos códigos, referentes a la tercería excluyente y principal.

Seguiré para ello al de Mendoza, que continúa siendo el más completo a ese respecto, sin duda porque los redactores de la ley 1880, que sirvió en esta parte de modelo al Dr. Rojas, siguieron al Conde de la Cañada. Conocido es el hecho de que los procedimentalistas españoles clásicos, como el mencionado, Tapia, Febrero, Hevia Bolaños, etc., fueron particularmente minuciosos en lo referente a las tercerías, contrastando así con los códigos de fines del siglo pasado y de principios del actual. Talvez, con un poco de ingenuidad, creyó el legislador que, con suprimir disposiciones legales, cortaría o corregiría los abusos a que una institución tan arraigada y tan necesaria como la tercería, había dado lugar.

La tercería, de acuerdo con clasificaciones bien conocidas, puede ser voluntaria y forzosa o coactiva, excluyente o agresiva y coadyuvante o adhesiva. Según el tipo de tercería son los derechos del tercerista y la oportunidad y forma de su intervención.

Elizondo ⁽¹¹⁾, ocupándose de los terceros, divide a estos: 1º Coadyuvantes, cuya intervención no hace variar el curso del litigio, ni el fuero, salvo el caso de la Real Hacienda "quien tiene el privilegio de no litigar ante otro juez, que el Patrimonial". 2º Principales interesados o coadyuvantes indirectos; cuando concurren al pleito por su propio derecho, pero coadyuvando con alguno de los litigantes originarios, su presencia tampoco hace variar el procedimiento. 3º Terceros excluyentes que vienen al juicio por propio derecho y "a destruir los de los demás litigantes, o por ser uno con lo suyo o por tener igual defensa". Divide a éstos según sea su derecho dividuo o individuo con el de cualquiera de las otras partes. En el primer caso, se trataría de

(11) Francisco Antonio de Elizondo. *Práctica universal forense*. Madrid 1784, I, 37.

litisconsortes que vienen al proceso voluntariamente y se les aplica la regla procesal ya indicada ("in status et terminis"). En este caso, anota el autor que los tribunales han admitido la intervención aun en segunda instancia ⁽¹²⁾. Si el interés del tercerista es individuo, el proceso debe instruirse nuevamente, desde el comienzo, pues "la omisión de citación de uno de los interesados vicia el proceso por todos".

Gómez de la Serna y Montalbán, que escribieron su Tratado antes de ser sancionada la ley de enjuiciamiento de 1855, definen la tercería diciendo que es "una acción en juicio por una tercera persona, distinta del actor y del demandado". La estudian después del juicio ejecutivo "no porque se interponga exclusivamente en esta clase de procedimientos, sino por ser la más general y porque las leyes mismas y los autores de práctica han seguido este método". Las dividen en coadyuvantes y excluyentes y a esta, última, en tercerías de dominio y de preferencia ⁽¹³⁾.

89. I. 1ª Tercería voluntaria.

Como su nombre lo indica, se trata de una tercería que no ha sido provocada por llamado o citación, sea éste judicial (como medida para mejor proveer), sea a petición de parte. Espontáneamente, un tercero que tiene conocimiento de una litis trabada entre otras personas, comparece, e invocando un "interés cierto y positivo susceptible de una acción en juicio", como dice el código de Mendoza (art. 650) o simplemente "un interés legítimo" como dice el nuevo

⁽¹²⁾ ANTONIO MARTINEZ ZALAZAR (Práctica de substanciar pleitos ejecutivos y ordinarios, conforme al estilo de las Audiencias de Madrid. 1785, 101); dice al respecto: "No tan sólo pueden apelar las Partes que litigan o sus Procuradores, sino es también cualquier tercero, o persona contra quien resulte daño de la tal Sentencia".

⁽¹³⁾ Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales. Madrid 1861, II, 417.

código de Córdoba (art. 56), pide ser tenido como nuevo sujeto de aquel proceso. El tercerista voluntario puede deducir una acción incompatible con las ejercitadas por los sujetos originarios y en tal supuesto es un "opositor" como lo llama el código mendocino (art. 650) y la tercería es excluyente (porque intenta excluir las pretensiones de los otros sujetos) o agresiva (porque "ataca" las pretensiones de los otros sujetos). Pero sus pretensiones pueden no ser excluyentes de las de los otros dos sujetos, sino coadyuvantes a las de uno y excluyentes a las del otro. En tal hipótesis, tenemos una tercería adhesiva (porque "adhiere" a las pretensiones de uno de los sujetos) o coadyuvante (porque "coadyuva" al triunfo de las pretensiones de uno de los sujetos).

90. I. 2º Tercería coactiva.

Llábase así, cuando la entrada de un tercero en el proceso pendiente, no es voluntaria o espontánea, sino provocada por una de las partes del mismo, con el objeto de facilitar a dicho tercero la ocasión de cooperar a que la cosa juzgada no se forme en perjuicio suyo o de la parte que lo llama, lo cual se produciría en virtud de estar ligado por un nexo jurídico extra-procesal ⁽¹⁴⁾.

Suele llamarse también "forzosa", lo cual puede inducir a error, puesto que da idea de fuerza. Pero si recordamos que el ejercicio de las acciones civiles, en nuestro sistema dispositivo que surge de la concepción democrática de gobierno y por ende del proceso, es voluntaria, en el sentido de que nadie puede ser constreñido materialmente o con sanciones penales a ejercitarlas, la extensión del vocablo se restringe. Forzosa o coactiva, se emplea como opuesta a voluntaria o espontánea, pero con el agregado de que su no concurrencia, de que el no ejercicio de la ac-

(14) PRIETO CASTRO. Exposición... 146.

ción, puede acarrear al tercero perjuicios. Es una tercería con caracteres análogos a los de la carga procesal. El no deducir la tercería, como el no liberarse de la carga ofreciendo la prueba o realizando el acto procesal pertinente, puede ocasionar perjuicios al tercerista o al sujeto a quien corresponde la carga. Su incomparecencia significa en tal caso, he dicho ⁽¹⁵⁾, la pérdida de algún derecho o el nacimiento de alguna obligación. Aún cuando las leyes procesales argentinas no hablan de tercería coactiva, ella existe en nuestro derecho. Tal el caso de los acreedores hipotecarios citados en la ejecución donde se va a subastar el inmueble hipotecado (art. 521 cód. Cap.). El juez no puede obligar al acreedor hipotecario a comparecer, pero si no lo hace y el precio obtenido en la subasta no alcanza a cubrir las costas privilegiadas de la ejecución y la hipoteca y sus accesorios, su incomparecencia le acarreará perjuicios, por la extinción de la hipoteca (art. 3196, Cód. Civ.). Situación semejante se produce con la citación de evicción (art. 128, cód. de Mend.), pues aun cuando no concurra el citado, la sentencia que se dicte hace cosa juzgada en su contra.

La tercería coactiva puede ser provocada por el pedido de uno de los sujetos (el caso de citación de evicción, el llamado al verdadero poseedor, etc.) o decretado de oficio por el juez (citación del hipotecario, integración de la litis).

91. I. 3º Tercería voluntaria excluyente.

El tercerista que comparece espontáneamente al proceso, con el propósito de oponerse a las pretensiones de los sujetos originarios, debe cumplir ciertos recaudos, que constituyen propiamente presupuestos del ejercicio de esta acción o de la acción misma.

En primer lugar, debe ostentar un interés propio, originario, directo y excluyente, sea para defender un dere-

⁽¹⁵⁾ Cód. de Proc. Civ. y Com. de Mendoza, II, 400.

cho incompatible con el de los otros sujetos, sea un privilegio o preferencia acordados por la ley. Esto implica que sea un "tercero" en el pleito, investido de un derecho substancial diverso de los que ostentan los otros sujetos, es decir, que no sea un sucesor o un substituto procesal de uno de los sujetos. Estos también son "terceros", pero con otro carácter y otras posibilidades dentro del litigio como veremos en capítulos subsiguientes.

En segundo lugar, que el pleito en el cual intenta introducirse, esté pendiente (arts. 1014 y 1015, cód. San Juan) ⁽¹⁶⁾.

En tercer lugar, que el juez del pleito principal sea competente por razón de la materia y de las personas. Pero si se trata de competencia prorrogable y ella ampara al tercero, su presentación implicará prórroga de competencia.

La deducción de la tercería voluntaria excluyente, suspende el trámite del principal, hasta que "se pongan en igual estado y se puedan seguir y sustanciar juntas (la tercería y el principal); en el mismo expediente" (art. 654, cód. de Mend.) ⁽¹⁷⁾.

Quiere decir que, deducida la acción del tercerista, de la manera que corresponda, de acuerdo a los recaudos comunes sobre forma y contenido de la demanda (arts. 71 y sigs., cód. Cap.), se notificará el traslado y emplazamiento al "demandante y demandado", como está prescripto para la demanda principal y por el mismo plazo que a ésta corresponda, pero en los domicilios legales fijados en el principal, ya que, indudablemente, se trata de un incidente de éste.

⁽¹⁶⁾ Disposiciones análogas: S. del Estero (arts. 704 y 705), nuevo de Córdoba (arts. 60 y 61), S. Fé (art. 524). El cód. de Mendoza establece que el tercero "debe venir al juicio antes del llamamiento de autos para el pronunciamiento de la sentencia definitiva de primera instancia". (Art. 655.)

⁽¹⁷⁾ Disposiciones análogas: nuevo de Córdoba (art. 60), San Juan (art. 1014), S. del Estero (art. 704), S. Luis (art. 809), Santa Fé (art. 524).

El código de Mendoza dispone que este nuevo proceso se sustanciará “por el mismo orden que la demanda primitiva”, es decir, por el mismo procedimiento.

Por eso he sostenido ⁽¹⁸⁾ que si se trata de juicio ordinario de mayor cuantía, se correrá traslado por nueve días; si de juicio ordinario de menor cuantía, el traslado será sólo por seis días; si de desalojo o interdicto se citará a actor, demandado y tercerista a juicio verbal, etc. Los códigos de San Luis, San Juan y Santiago del Estero, eludiendo la cuestión, establecen que se sustanciará “en la forma que corresponda”, pero, si ambos procesos han de acumularse, es obvio que deben sustanciarse por los mismos trámites (art. 654, cód. de Mend.).

La suspensión del principal debe decretarse conjuntamente con el traslado de la tercería y ponerse constancia, de oficio, en el principal.

Entiendo que los sujetos del juicio principal pueden oponer excepciones dilatorias, incluso denunciar la falta de algún requisito formal para que se dé curso a la tercería y excepciones perentorias previas, en los casos que las respectivas leyes procesales las admiten (art. 95, cód. Cap.).

Una vez que ambos procesos se encuentran en igual estado, se acumularán, siguiendo la sustanciación según corresponda.

Desde este momento, si bien el procedimiento debe seguir de acuerdo a las normas establecidas por el código para el juicio correspondiente, la intervención del tercero crea nuevas situaciones procesales, no previstas en el trámite común y que he examinado al estudiar la tercería de dominio en juicio ejecutivo.

Actor y demandado continúan en tal carácter en cuanto se refiere a sus relaciones, pero asumen el de demandados frente al tercerista y por ende, el desistimiento de la acción por parte del actor o el allanamiento del demandado

(18) Cód. de Proc. Civ. y Com. de Mendoza, II, 407.

a las pretensiones de aquél, no implican la terminación del proceso, que debe sustanciarse y decidirse, a menos que el tercerista, en atención a las consecuencias del desistimiento o allanamiento, desistiera a su vez de la tercería.

Los procedimientos cumplidos antes de la tercería quedan firmes, tanto para las partes originarias como para el tercerista, en cuanto a la relación de derecho de los primeros, pues respecto a las pretensiones del tercerista, deben substantiarse de nuevo, como hemos visto.

La sentencia debe comprender las cuestiones de hecho y de derecho planteadas en la primera litis y las deducidas en la tercería e imponer las costas a quien o a quienes corresponda. Podrán, por ejemplo, ser rechazadas las pretensiones del tercerista, condenándosele en costas a favor de los otros sujetos, pero si se rechaza también la acción del actor originario, puede éste ser pasible de costas en favor de su demandado y vice-versa.

El tercerista excluyente, que aún no ha deducido su acción, no puede apelar la sentencia dictada en el principal, donde todavía no es parte. Debe iniciar el proceso en tercería, con lo cual suspende el curso del principal, en este caso, la sustanciación del recurso. Así lo resolvió la Cámara Civil de Mendoza in ré "Petra Sierralta E. en j/. Terranova c/. Petراسيerralta por recurso de hecho" (9 de abril de 1940) e in ré "Escudero de Martínez Antonia por título supletorio" 28 de nov. de 1940).

Veamos ahora, de acuerdo a los fallos de nuestros tribunales, la procedencia, formas y efectos de las tercerías deducidas en diversas clases de juicios, los cuales, en su mayoría, se refieren a la tercería de dominio por embargo de bienes.

92. II. 1º Tercería de dominio o posesión en juicios especiales. Apremio por impuestos.

Dije ya que ella procede y su fundamento se encuentra en la inviolabilidad de los derechos de propiedad y de defensa (arts. 17 y 18, Cónst.), pues tiene por objeto evitar que se haga pasible al tercero, de un impuesto que no grava sobre él y en juicio donde no ha sido oído (Cám. Civ. 2ª, La Plata, "Jur. Arg.", 23, 539).

Pero en el caso de impuestos, pueden éstos gravar el inmueble (contribución directa, mejoras, etc.) en cuyo caso la tercería que intentara obtener el levantamiento del embargo sobre el inmueble gravado, no procedería. Tampoco en el caso del art. 19 de la ley 3764 (impuestos internos), que crea, a favor del fisco, un privilegio sobre "maquinarias, enseres y edificios", utilizados en la fabricación, tanto para responder al pago de los impuestos, como de las sanciones por contravenciones. Pero en esta hipótesis, el tercerista puede, en ejercicio del derecho acordado por el artículo 2022 del Código Civil, aplicable por analogía, alegar, en cualquier estado de la causa "la prescripción de las multas, en defensa de su derecho, si ella no fué discutida en la estación oportuna del juicio por el deudor principal declarado rebelde" (Cám. Fed. Cap., "Jur. Arg.", 21, 627), pero no puede alegar la prescripción de los intereses punitivos (Cám. Fed. Cap., "Jur. Arg.", 33, 444).

Pero quien alega ser el propietario del inmueble embargado en juicio por impuestos, contra propietario desconocido, no puede deducir tercería, pues o bien es el deudor o un sucesor del mismo (Cám. Civ. 1ª Cap., "Jur. Arg.", 60, 841).

93. II. 2º Ejecución de prenda agraria.

Para garantizar los derechos del acreedor prendario, dados los propósitos que la ley persigue y porque la prenda

que ella autoriza es sin desplazamiento de la tenencia de la cosa prendada, el art. 21 de la ley 9644 dispone: "No se admitirán tercerías de dominio, ni de mejor derecho, sobre los bienes afectados al contrato, con excepción de las que correspondan al privilegio consignado en el artículo 6" (19).

Fácil es comprender que sin esa prohibición y amparados por el principio de que la posesión de buena fe de cosas muebles, crea la presunción de propiedad (art. 2412, Cód. Civ.), la ejecución prendaria se hubiese visto entorpecida constantemente por tercerías de dominio, quitando seguridad y eficacia al contrato. Si tanto se ha extendido, hasta cubrir sectores de intereses no previstos especialmente, es por las garantías que ella ha acordado al acreedor, una de las cuales y de las de mayor entidad, es la referida prohibición. Por otra parte, como bien dice Alvo (op. y lug. cit.), la prohibición sólo afecta al propietario, restándole una forma de proceso, ya que nada le impide, si se prenda sin su contratante, deducir acción reivindicatoria y hacer anotar una litis en la ejecución prendaria cuando ésta sea deducida.

Ese proceso debe substanciarse con el acreedor y el deudor prendarios (Cám. Com. Mend., Jur. Mend., III, 187).

Pero la prohibición del art. 21, sólo protege la prenda constituída sobre determinado bien, en consecuencia, si el tercerista, como fundamento de su acción, alega que los bienes embargados por el acreedor prendario no son los mismos sobre los que se constituyó la prenda agraria, pro-

(19) Sobre fundamentos de la prohibición: SEBASTIÁN E. AIVO, *Prenda sin desprendimiento de la tenencia*. Bs. As. 1935, IV, 314. "Dentro de la ejecución prendaria no puede discutirse el dominio de las cosas prendadas" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 28, 1090). "En la ley de prenda agraria sólo proceden las tercerías de dominio a que se refiere el art. 6º, ley 9644. (Cám. Com. Cap. Jur. Arg. 30, 745; 42, 1157; 43, 1195; Cám. Fed. B. Blanca, Jur. Arg. 43, 975; Cám. Fed. Cap. Jur. Arg. 51, 444.) "La iniciación de una tercería, no autoriza la suspensión de la ejecución prendaria." (Cám. Com. Cap. Jur. Arg. 55, 246.)

cede sustanciar la tercería (Cám. Fed. Cap., "Jur. Arg.", 37, 578; Cám. Fed. La Plata, "Jur. Arg.", 48, 771; Cám. Fed. B. Blanca, "Jur. Arg.", 37, 943) y en consecuencia es nula la sentencia que rechaza sin sustanciación la tercería, en ese supuesto (Cám. Fed. Cap. "Jur. Arg.", 37, 578). Concordantemente se ha resuelto que la aludida prohibición no juega "cuando la cosa salió del poder del deudor y fué adjudicada a un tercero a quien se le hizo tradición de la misma a título de comprador en remate judicial ordenado en una ejecución contra el deudor, debiendo estarse a lo que se pruebe sobre el mejor derecho o dominio que se aduzca" (Cám. Com. Cap., "Jur. Arg.", 1943, III, 907).

Entiendo que si el tercerista en su presentación no aduce alguna circunstancia que haga inaplicable la disposición del art. 21 de la ley 9644, la demanda debe ser rechazada "in limine lite" ⁽²⁰⁾.

resolución no dando curso a la tercería "es apelable". (Cám. Fed. La Plata, *Jur. Arg.* 26, 513.)

El tercerista, de dominio o de preferencia, podría invocar también, como fundamento de su demanda, la caducidad del privilegio del acreedor prendario (arts. 4 y 14, ley 9644).

Sobre este aspecto de la cuestión, se ha resuelto:

"Después de vencer el término de vigencia de la inscripción de la prenda agraria, no puede iniciarse un juicio por ejecución de esa especie de prenda, ni es posible, en consecuencia, oponer al tercerista el art. 21 de la ley 9644" (Cám. Com. Cap., "Jur. Arg.", 52, 909).

"No es nula la sentencia por omisión de pronunciamiento sobre nulidad del privilegio prendario invocado por el tercerista, si la cámara resolvió que la tercería había sido deducida fuera del término de dicho privilegio" (S. C. Bs. As., "Jur. Arg.", 58, 309).

"Si en la ejecución prendaria fué considerada y deses-

⁽²⁰⁾ En sentido contrario se ha resuelto que "debe oírse a las partes". (Cám. Com. Cap. *Jur. Arg.* 1942-III, 235); y que la

timada la nulidad de la prenda agraria, que se invocó por vía de tercería, existe cosa juzgada al respecto que impide al tercerista volver sobre el punto en un nuevo juicio" (Com. Cap., "Jur. Arg.", 59, 933).

El art. 21 de la ley 9644, en su colisión con el derecho de dominio, ha dado lugar a que se busque conciliarlos mediante un procedimiento sumario, dentro del mismo juicio de ejecución prendaria. Con tal propósito se ha decidido: "La prohibición de tercerías contenida en el art. 21 de la ley 9644 no excluye la audiencia de terceros interesados, siempre que para ello se guarde la forma sumarísima propia de estos juicios" (Cám. Fed. B. Blanca, "Jur. Arg.", 43, 975). "Aunque el tercero en cuyo poder se encontraba el bien afectado con prenda agraria no sea parte en la ejecución seguida contra el deudor, tiene personería para promover incidente reclamando la revocatoria del auto que ordenó el embargo y secuestro que directamente le interesa" (Cám. Com. Cap., "Jur. Arg.", 62, 511).

En sentido opuesto, la Cám. Civ. 2ª de la Capital ha dicho que: "La acción del tercero que se presenta en la ejecución prendaria alegando ser propietario de los bienes afectados, es improcedente como tercería de dominio y lo es igualmente como recurso de nulidad, o como acción de nulidad de actuaciones que no existe en nuestro derecho" ("Jur. Arg.", 46, 620).

La iniciación de una tercería ante otro juez, no autoriza a solicitar se acumule a dicho proceso ordinario la ejecución prendaria (Cám. Com. Cap., "Jur. Arg.", 55, 246).

94. II. 3º Medidas cautelares.

Las providencias cautelares traban, en una medida más o menos amplia, según el objeto y naturaleza de cada una de ellas, el ejercicio del dominio. Siendo así, es evidente que si ellas recaen sobre bienes de un tercero, éste puede de-

ducir tercería para obtener el libre y expedito ejercicio de su derecho sobre dichos bienes ⁽²¹⁾. Y consecuentemente, si la interdicción le hubiera ocasionado perjuicios, puede reclamarlos del embargante, ejercitando la pertinente acción por daños y perjuicios ⁽²²⁾, acumulada a la tercería o en juicio ordinario por separado.

95. III. Tercerías de dominio o de posesión en procesos ordinarios. Divorcio.

Desde luego que, cuando en un juicio ordinario se produce un embargo de bienes, u otra medida análoga, en detrimento de derecho de un tercero, éste puede accionar deduciendo tercería de dominio ⁽²³⁾. Sobre este particular no puede haber duda, pero sí la hay cuando, como en el caso de la reivindicación, no se han decretado medidas precautorias y las leyes procesales sólo norman la tercería por embargo de bienes. El caso común es el de la reivindicación. ¿Puede un tercero intervenir en ella como tercerista alegando el dominio sobre el bien discutido? Para mí no existen dudas, la tercería procede, pues de no admitirse se producirían situaciones perjudiciales para el pretendiente y para la justicia misma, como lo puntualizaba el juez federal de San Luis en la sentencia que se registra en el

(21) "Procede la tercería en un embargo preventivo." (Cám. Com. Cap. Jur. Arg. 23, 1030.)

(22) "No puede ser materia del procedimiento sumario de una liquidación, el discernimiento de la responsabilidad civil derivada de un embargo preventivo mal trabado que se mandó a levantar por una sentencia sobre tercería de dominio." (Cám. Com. Cap. Jur. Arg. 34, 1373). "La locadora que obtuvo embargo preventivo sobre automóviles que el actor tenía en consignación en el local arrendado (arts. 1558 y 3883 cód. civ.) no responde de daños y perjuicios ocasionados por dicha medida, que se levantó por la circunstancia de que el inquilino se presentó en convocatoria." (Cám. Civ. 2ª. Cap. Jur. Arg. 74, 64.)

(23) "Procede... aunque no haya mediado embargo en juicios ejecutivo, si el tercerista pretende la propiedad de los muebles que se intenta reivindicar y que han sido secuestrados." (Cám. Civ. 2ª. Cap. Jur. Arg. 29, 735.)

tomo 23, pág. 717 de "Jur. Argentina". En el supuesto de que el interés del tercero en el pleito sea análogo al de los sujetos originarios (pretensión al dominio), la tercería debe sustanciarse en la misma pieza de autos, conforme hemos visto al estudiar la tercería voluntaria excluyente, en general. En tal caso, los sujetos originarios podrían oponerse a la intervención del tercero en forma de artículo de previo y especial pronunciamiento, fundados en la inexistencia de los presupuestos procesales o del ejercicio de la acción, en general o en particular ⁽²⁴⁾.

Pero en la hipótesis de que se admitiera la sustanciación de la tercería en el juicio reivindicatorio, en pieza separada, es obvio que es juez competente el del principal (Ant. Cám. Civ. Cap., "Jur. Arg.", 78, 285).

Tanto si la tercería se sustancia en la misma pieza de autos, como en pieza separada, la prueba del dominio corresponde a quien lo alega como fundamento de su acción (Cám. Fed. Cap., "Jur. Arg.", 2, 9).

DIVORCIO. El divorcio tramita en proceso ordinario, pero por su índole, los sujetos procesales se encuentran pre-determinados a quienes están vinculados por el matrimonio, cuyos efectos se intenta restringir o neutralizar. Parece, pues, que en el proceso por divorcio no cabe la intervención de un tercero. Pero, ¿si concurriera el cónyuge anterior de uno de los litigantes? ¿No podría el esposo de uno de los actuales cónyuges deducir tercería en el proceso por divorcio, pidiendo la nulidad de este segundo matrimonio? (arts. 80 y 9, inc. 5, ley de matrimonio). Creo que nada obsta a esa intervención, que facilitaría el trámite y fallo del litigio, aclarando la verdadera naturaleza del segundo matrimonio y resolviendo sobre ambos.

(24) "En la incidencia sobre oposición a que la tercería de dominio se tramite en el mismo juicio de reivindicación, si aquella fué promovida por el actor, no corresponde condenar en costas al demandado, atenta la naturaleza de la cuestión resuelta." ,Cám. Fed. Cap. *Jur. Arg.* 23, 717.)

Pero, aparte de las cuestiones referentes al vínculo matrimonial, suelen discutirse también temas patrimoniales, ya que generalmente, se acumula al proceso por divorcio, el de separación de bienes. Además, la interposición de la demanda por divorcio autoriza al juez a tomar medidas sobre alimentos y litis expensas (art. 68, ley de matrimonio), aparte de que la mujer puede pedir las por separado y aun anticipadamente. En cualquiera de estas hipótesis, pueden afectarse derechos patrimoniales de terceros, dando ocasión a que se deduzcan tercerías de dominio o de mejor derecho ⁽²⁵⁾.

96. IV. Tercerías de dominio o de posesión en procesos universales.

Los juicios universales, que involucran diversos intereses y en consecuencia diferentes acciones, permitiendo resolverlas sucesiva o conjuntamente, se apartan, por ello mismo, del litigio clásico de dos sujetos en contradicción. Esos caracteres producen perplejidad a los tratadistas para su encasillamiento, especialmente en cuanto a la división artificial de procesos contenciosos y voluntarios.

Esa acumulación de intereses y de acciones, que a veces se entrecruzan, influyéndose recíprocamente, los vincula, bajo cierto aspecto, a la institución genérica de la tercería como yo la concibo. Bajo ese aspecto los consideraré más adelante, sin perjuicio del estudio exhaustivo que les dedicaré en el tratado pertinente de esta obra.

Pero en cualquiera de esos procesos, sucesión, concurso civil, concordato, quiebra, pueden embargarse bienes o vulnerarse o menoscabarse derechos patrimoniales de terceros, dando lugar entonces a que éstos ejerciten una ac-

(25) "Los acreedores que se crean perjudicados por el embargo decretado sobre bienes de su deudor, para responder a los alimentos y "litis expensas" del juicio de divorcio, no pueden inmiscuirse en el juicio de divorcio, pudiendo hacer valer sus derechos, deduciendo tercería." (Cám. Civ. 2ª. Cap. *Jur. Arg.* 15, 321.)

ción en su defensa. Esa acción puede ejercitarse mediante la tercería de dominio o de mejor derecho.

Así se ha resuelto que procede la tercería de dominio en juicio sucesorio (Cám. Ap. de Corrientes, "Jur. Arg.", 2, 151), en el concurso civil (S. C. "Fallos", 58, 114; Cám. Civ. 2ª Cap., "Jur. Arg.", 67, 585; Cám. Civ. 2ª Cap., "Jur. Arg.", 74, 745), en la quiebra (ver fallos citados más adelante), etc.

En cuanto a la procedencia de la tercería, juegan en cada caso y según la índole del proceso principal, circunstancias específicas que el juez debe considerar, aparte de los principios generales sobre prueba del dominio, que he estudiado precedentemente. Así, "en el concurso especial formado para el cobro del crédito del constructor, verificado con el privilegio legal, no procede la tercería de dominio deducida por quien se hizo cargo del cumplimiento del concordato del deudor, mediante el traspaso a su nombre de todo el activo y pasivo del mismo, si los bienes afectados a aquel privilegio fueron embargados en poder del concordatario y el ejecutante no votó el concordato" (Cám. Com. Cap., "Jur. Arg.", 36, 1074).

"Si la venta que invoca el tercerista ha sido realizada por los fallidos en el período precursor de la quiebra, ante la magnitud del pasivo en relación al activo, no es dable admitir sin prueba, que el tercero ignorase la situación real de la firma vendedora, dada la estrecha vinculación familiar que le une a los componentes de la misma y la circunstancia especial de domiciliarse en el mismo local de los fallidos" (Cám. Com. Cap., "Jur. Arg.", 52, 235).

"Debe rechazarse la tercería de dominio si en vísperas de la cesación de pagos y de la quiebra, el deudor... ha endosado los conocimientos y transferido grandes cantidades de mercaderías, cuya posesión efectiva no había tomado, figurando como adquirente un comerciante sin libros, pariente del fallido, que paga al contado, sin previo examen

de la mercadería . . . ” (Cám. Com., Cap. Jur. Arg., 52, 235). Cuando se trata de tercerías sobre establecimientos comerciales clausurados en los procedimientos de la quiebra, si el actor solicita como medida previa el levantamiento de la clausura, se ha resuelto que “no corresponde levantar la clausura del negocio embargado al fallido, si formulado el pedido por el tercerista, la compraventa aparece efectuada en el período de sospecha, ya que ello importaría un prejuzgamiento sobre la acción de tercería deducida” (Cám. Com., Cap., “Jur. Arg.”, 24, 284).

Sobre privilegio de costas ocasionadas por una tercería deducida por el síndico de un concurso, se ha resuelto: “No gozan de privilegio general los gastos de justicia provenientes de la tercería de dominio promovida por el síndico de un concurso, en la que fué vencido, puesto que las defensas invocadas en dicho juicio fueran hechas en beneficio de los impugnantes y no en interés común de los acreedores” (Cám. Com., Cap., “Jur. Arg.”, 30, 505).

97. V. Tercerías de dominio o de posesión en los trámites de cumplimiento de sentencia.

La sentencia, sea por lo principal, sea por las costas, tiene como corolario común su ejecución mediante embargo de bienes. Como observa con agudeza Ayarragaray ⁽²⁶⁾ “todas las sentencias son exigibles y ejecutables, pero no siempre son objeto de ejecución coactiva”. Cuando es necesaria la coacción para cumplir la sentencia, como una nueva etapa del mismo proceso, puede producirse un avance sobre los derechos patrimoniales de un tercero, que autoricen a éste a emplear la tercería, sea de dominio o de mejor derecho. Aun en los casos de sentencias que condenan a hacer o no hacer, pueden afectarse derechos de terceros. En efecto, siendo imposible obligar materialmente al deudor a la

⁽²⁶⁾ CARLOS A. AYARRAGARAY, *Introducción a la ejecución de sentencia*. Bs. As. 1943, 14.

realización o a la no realización del acto debido, la sentencia puede resolverse en el pago de una indemnización (arts. 555, cód. proc. civ. y 505, 629 y 634 cód. civ.). Pero aparte de ello, la coacción, cuando proceda para el cumplimiento de la sentencia, puede ocasionar perjuicios a un tercero, como en la hipótesis del desalojo, de entrega de una posesión, de destrucción de una obra.

Cuando el perjuicio que sufra el tercero, provenga de un embargo de bienes o de medidas similares, éste podrá deducir la tercería de dominio o de mejor derecho, según los casos ⁽²⁷⁾, cuando ellas sean consecuencia de otras medidas, podrá optar por el proceso adecuado, por ejemplo los interdictos o deducir una tercería principal excluyente ⁽²⁸⁾.

98. VI. Tercerías en la expropiación. Principios generales.

Otros supuestos de intervenciones de terceros en un proceso, que merecen parágrafo aparte, son las que pueden producirse en el proceso por expropiación.

Teniendo por finalidad dicho proceso el traspaso del dominio del expropiado al expropiante con un propósito de utilidad pública, previamente declarado por la ley (arts. 1 y 2, ley 189), es evidente que no proceden en él las tercerías excluyentes, de la naturaleza de las precedentemente estudiadas. En efecto, al expropiante no interesa substancialmente quién es el propietario del bien cuya expropiación pide, pues a cualquiera que sea le abonará lo que en definitiva se fije como pago. Sólo le interesa la regularidad del trámite, la citación de todos los posibles propietarios, la audiencia de todos los que invoquen algún derecho sobre el inmueble, para que la expropiación y consecuente traspaso del dominio no puedan ser objetados. Pero quien pre-

⁽²⁷⁾ Cód. de E. Ríos (art. 395) y disposiciones expresas o implícitas en los demás códigos del país.

⁽²⁸⁾ Cód. de Mendoza (art. 649) y demás códigos citados en el par. 88.

tende el dominio, puede pedir ser tenido como sujeto del juicio por expropiación, sean sus pretensiones excluyentes de las del demandado, sean coadyuvantes, pero no puede intentar el rechazo de la demanda, ya que ella se encamina a la adquisición del dominio, en virtud de una ley. En el supuesto, naturalmente, de que la expropiación proceda.

Pero aparte de esta posible intervención de propietarios o condóminos, pueden intervenir en el proceso por expropiación los titulares de ciertos derechos reales sobre el inmueble y los titulares de ciertos contratos sobre el mismo, emanados del propietario, tales como el de locación.

A fin de evitar la intromisión de terceros que pretendan dificultar la expropiación, el art. 14 de la ley 189 establece: "ninguna acción de terceros podrá impedir la expropiación, ni sus efectos. Los derechos del reclamante se considerarán transferidos de la cosa a su precio, o a la indemnización, quedando aquélla libre de todo gravamen" (28 bis).

(28 bis) Por decreto 17.290 de fecha julio 6 de 1944, dictado cuando ya estaba escrita esta parte de la obra, se modificaron los arts. 1, 2, 3, 5, 6, 14, 15, 16 y 18 de la ley 189. La modificación introducida al art. 14 aclara, en forma adecuada, el derecho reconocido a los terceros: "Ninguna acción de terceros podrá impedir la expropiación ni sus efectos. Los derechos del reclamante se considerarán transferidos de la cosa a su precio, o a la indemnización, quedando aquélla libre de todo gravamen".

Si el demandado denunciare la existencia de otros titulares de derechos sobre el bien o con relación al mismo, se notificará a éstos en su domicilio, para que comparezcan al juicio dentro del término que fije el juez teniendo en cuenta la distancia y la facilidad de las comunicaciones. La indemnización acordada en el juicio de expropiación deberá comprender en este caso, lo que corresponde a esos terceros. Si no comparecieran, a pesar de haber sido auténticamente notificados, no serán admitidos en el juicio y no podrán accionar contra el expropiado.

Los terceros interesados que no fueren denunciados por el expropiado podrán también presentarse al juicio mientras no haya vencido el término para todos los terceros emplazados o, en su defecto, accionar contra el demandado, a quien podrán embargar la suma que a éste corresponda en una cantidad prudencial para responder a la indemnización.

Si de las constancias de autos resultare que existen derechos

De acuerdo a la disposición transcripta, quienes tengan créditos privilegiados sobre el inmueble, por concención (hipotecario) o por ley (constructor), no pueden oponerse a la expropiación, pero pueden reclamar sus derechos sobre el precio, embargándolo. A fin de delimitar los posibles efectos de esta norma, es necesario recordar, como he dicho ⁽²⁹⁾ que los terceros pueden tener derechos contra el bien expropiado (derechos reales) o contra su propietario (derechos personales). En cuanto a los primeros, cabe distinguir aquéllos que constituyen un gravamen al derecho del expropiado (acciones posesorias o petitorias, hipoteca, derecho de retención, etc.), y los que, si bien se encuentran fijados en el inmueble, son independientes o han sido desmembrados del derecho de dominio del expropiado y por lo cual se le indemniza (usufructo, uso, habitación, servidumbre, aparcería, locación y otros análogos).

Los derechos de terceros de carácter personal (acreencias contra el expropiado que hubiesen originado embargos u otras medidas precautorias), como los de carácter real o personal que inciden directamente sobre el derecho del expropiado (acciones de reivindicación, de simulación, revocatoria, hipotecaria, interdictos, etc.) deducidos o a deducir

reales de garantía constituídos sobre el bien expropiado, aunque el titular de los mismos no compareciere al juicio, el juez deberá apartar de la indemnización la suma que corresponda a aquel y pueda ser determinada, la cual quedará depositada en autos a disposición del titular del derecho real".

El segundo apartado del art. 16, tiene también efectos sobre el interés de terceros: "No se considerarán válidos, respecto al expropiante, los contratos celebrados por el propietario con posterioridad al acto que declaró afectado el bien a expropiación, y que impliquen la constitución de algún derecho sobre o respecto al bien, siempre que el juicio respectivo se inicie dentro del año de producida esa declaración".

Por último, en el art. 18, segundo apartado, se dispone: "La resolución sobre costas se hará separadamente con relación al propietario del bien y a cada uno de los terceros damnificados". He intercalado en el texto algunas referencias a las nuevas disposiciones legales.

(29) "Cód. de Mend." III, 338.

en juicio ⁽³⁰⁾, recaen sobre el monto de la indemnización y a ellos expresamente se refiere el art. 14, al disponer que no podrán impedir la expropiación, ni sus efectos. Firme la sentencia dictada en el juicio de expropiación, los titulares de los derechos y acciones aludidos en último término, pasarán a ser, en la práctica, pretendientes a un mejor derecho sobre el valor consignado, que no podrá entregarse al expropiado hasta que los respectivos procesos sean fallados en forma definitiva ⁽³¹⁾.

Los titulares de los otros derechos enunciados, se encuentran en situación distinta. Al fijar el valor de lo que debe abonarse al expropiado, debió tenerse en cuenta si el derecho de éste se encontraba desmembrado o tenía que soportar otras restricciones permanentes o transitorias (usufructo, servidumbre, contratos de uso, habitación, aparcería, locación, enfiteusis, censos, rentas, fideicomisos, anticresis) y en consecuencia dicho valor no comprenderá esos derechos (art. 14, decreto 17.290). El expropiante tendrá que expropiarlos también, abonando a los titulares el valor que se fije. Pero si la indemnización fué integral, no procede nuevo juicio de expropiación (C. Fed., Cap. Jur. Arg., 76, 394).

Las tercerías que estas diversas situaciones pueden originar, serán excluyentes, si el tercerista pretende el dominio del inmueble, en contra del demandado o del demandante, en caso de acción inversa; o coadyuvante, si el tercerista pretende el reconocimiento y fijación del valor de un derecho que el expropiado no le desconoce (usufructuario, locatario, etc.). En las hipótesis anteriores, la acción

⁽³⁰⁾ "Debe reservarse para el juicio ordinario, la discusión sobre mejor derecho al bien expropiado, por ser tal cuestión ajena a los procedimientos sumarios del de expropiación." (C. Fed. Cap. Jur. Arg. 2, 886.)

⁽³¹⁾ "Cuando el dominio del inmueble es discutido por terceros puede el expropiado recibir el precio, mediante fianza aceptada por los interesados." (S. C. Fallos 43, 410.)

del tercerista deberá tramitarse en la misma pieza de autos, sin retrogradar el juicio principal.

Aquí podremos encontrar las diversas figuras que la doctrina ha contribuido a esclarecer: tercería voluntaria, cuando el pretendiente al dominio o condominio, usufructuario, inquilino, etc., concurren espontáneamente al proceso. Por citación judicial a pedido de parte, cuando el expropiado hace citar a su inquilino, a su condómino, etc., o cuando el expropiante hace citar a quienes pueden alegar derechos sobre el precio. Por citación judicial, sin requerimiento de parte, cuando surja de los antecedentes de la litis, que hay terceros con derechos reales sobre el inmueble, etc. Puede tratarse de tercería coactiva, cuando la falta de comparecencia ha de perjudicar al citado, como en el supuesto al cual se refiere el segundo apartado del art. 14, decreto 17.290. Podrá haber formas litisconsorciales voluntarias o forzosas.

Cuando se tratare de discutir el privilegio sobre el precio del bien expropiado o sobre una parte de él, procedería la tercería de mejor derecho, en juicio ordinario. Y cuando se tratare de discutir el dominio mismo o una de sus desmembraciones, el juicio ordinario que correspondiere. Pero estos juicios y salvo el derecho de los reivindicantes, por ejemplo, a intervenir en el juicio de expropiación, deben tener una repercusión mínima en él: suspender el pago hasta que se decidan y nunca pueden suspender o impedir la expropiación en sí, como dice el art. 14.

Veamos, ahora, una sistematización de los posibles supuestos de intervención de terceros en el juicio de expropiación y sus modalidades, según la jurisprudencia.

99. VI. 1º Intervención de pretendientes al dominio.

“En el juicio de expropiación de un terreno que no aparece con poseedor en el momento de la desposesión, son partes todos aquellos que presenten títulos de propiedad,

independientemente del mejor derecho que de uno de ellos pueda resultar y que no constituye materia de discusión en dicho juicio" (C. Fed. Rosario, abril 1914, 115).

"El mejor derecho o el condominio sobre el inmueble a expropiarse, debe discutirse con todos los interesados que han comparecido en virtud de la citación, sin que tal procedimiento importe trabar la expropiación y sus efectos" (S. C., marzo 1914, 32 y en Fallos, 118, 390). En este fallo, la Corte parece entender que puede discutirse en el mismo proceso de expropiación, el dominio o condominio de los pretendientes, lo cual no me parece posible, por la forma y propósitos de este proceso. La concurrencia de todos los interesados, es a los fines de la expropiación, pero sin perjuicio de ella, deben discutirse en el juicio que corresponda, las cuestiones suscitadas entre los pretendientes.

La Corte, también ha dicho, que "si el dominio de la cosa a expropiarse está en litigio y la demanda de expropiación se inicia en contra de uno de los litigantes, no puede obligarse al actor a hacer manifestación sobre el precio ofrecido" (Fallos 32, 241), pero sin abrir juicio sobre los efectos que la sentencia habría de producir contra dicho litigante.

No siendo procedente la tercería de dominio o de mejor derecho, para discutir la nulidad de los títulos invocados por el expropiado, como incidente del juicio de expropiación, es incompetente el tribunal que entiende en éste, para intervenir en una tercería como incidente (C. Fed., marzo 1914, 15).

100. VI. 2º Intervención de usufructuarios.

"Corresponde acordar audiencia al usufructuario de la cosa afectada por un juicio de expropiación, entendiéndose que su intervención en el juicio, debe ser conjunta con el propietario", dijo la Suprema Corte en fallo que se registra

en la recopilación de la Inspección Nacional de Justicia (julio 1910, 832 y en Fallos 113, 238). La resolución se ajusta a derecho en cuanto a la intervención, pero no se ve como habría de cumplirse, al disponer que fuera “conjunta” con la del propietario, invocando a tal efecto el artículo que dispone la unificación de personerías. La unificación es posible entre condóminos, pues ostentan derechos de igual naturaleza, pero es difícil, sino imposible entre el nudo propietario y el usufructuario y otros casos de desmembración del dominio, en el cual no exista conformidad sobre el valor económico de dicha desmembración. Con posterioridad y en el mismo caso, la Corte sostuvo que el usufructuario no puede oponerse a la expropiación, que no tiene derecho a una indemnización distinta y separada del nudo propietario y que su intervención es sólo al efecto de “vigilar que se tenga en cuenta su interés para la conveniente estimación del bien usufructuado” (Fallos 114, 124).

101. VI. 3º Intervención de locatarios y sublocatarios.

Las indemnizaciones que el expropiante debe abonar, pueden ser separadas del precio del inmueble, cuando correspondan a terceros. Tal es el caso de los locatarios, que pueden concurrir al juicio a reclamar su indemnización o bien pueden reclamarla por separado ⁽³²⁾. Pero en la hipótesis de que se hubiese englobado en la indemnización debida al propietario, la indemnización del inquilino, podría plantearse el problema de la disconformidad del inquilino,

³²⁾ “No habiendo tenido intervención alguna en el juicio de expropiación, el arrendatario de un campo, deben dejarse a salvo sus derechos para reclamar al expropiante, los daños y perjuicios sufridos.” (S. C. dic. 1911, 22 y en Fallos 115, 145.) “Los locatarios y otras personas con derechos a los bienes comprendidos en el juicio de expropiación pueden intervenir en la causa, pero no en forma separada e independiente del expropiado.” (S. C. Fallos 183, 147.)

que no fué oído al fijarse esa indemnización y la discusión consiguiente en juicio posterior entre expropiado-locador e inquilino. De allí, que, a mi juicio, el procedimiento a seguir sea el siguiente, en el supuesto de haber inquilinos: 1º Citación a pedido del expropiante o del expropiado del inquilino para que concurra al juicio e intervenga en la fijación de su indemnización ⁽³³⁾. 2º Si no concurre, la sentencia de expropiación hará cosa juzgada a ese respecto y el inquilino no podrá demandar ni al expropiante, ni al expropiado para hacerla modificar. 3º Si por omisión del expropiante o del expropiado no se cita al inquilino, éste puede concurrir espontáneamente, pero si no lo hace, la sentencia no hace cosa juzgada a su respecto. 4º En tal hipótesis, si en el juicio se hizo expresa reserva de los derechos del inquilino, éste podrá reclamarlos en juicio por separado y directamente del expropiante ⁽³⁴⁾. 5º Si la reserva no se hizo, incluyéndose en la indemnización debida al propietario, la que éste debe abonar al inquilino (art. 16), si bien al monto que se fije no hace cosa juzgada contra el inquilino, éste sólo puede reclamar sus daños y perjuicios al locador ⁽³⁵⁾.

Por otra parte, el locatario tiene un derecho a la cosa y no puede desalojarse sin audiencia previa (C. Civ. 2º

Contrariamente, se ha resuelto que el locatario no es parte en el juicio de expropiación, en el que sólo intervienen expropiante y expropiado, correspondiéndole a éste reclamar en esa oportunidad, la indemnización debida al locatario. Si no lo hizo debe cargar con las consecuencias de su omisión". (C. Civ. 1ª Cap. marzo 1913, 118.)

⁽³³⁾ Véase la erudita y excelente nota de Sebastián E. Alvo en *Jur. Arg.* 26, 869. Véase también la nota de Gote Aguilar en *Jur. Arg.* 57, sec. doc. 4. "El arrendatario tiene facultad para reclamar intervención en el juicio de expropiación a objeto de determinar los perjuicios que la expropiación pudiera ocasionarle." (C. Civ. 1ª. Cap. *Jur. Arg.* 15, 549; 25, 120; 26, 1453.)

⁽³⁴⁾ Aunque no se hizo referencia a esta circunstancia, entiendo que así debió suceder en el caso resuelto por la C. Civ. 1ª. Cap., que se registra en *Jur. Arg.* 1942-III, 778.

⁽³⁵⁾ C. Fed. Cap. *Jur. Arg.* 76, 394.

Cap., Jur. Arg., 20, 313), pero no puede pretender un plazo más prolongado que el correspondiente al propietario (C. Civil 1º Cap., Jur. Arg., 22, 187) ⁽³⁶⁾, sin perjuicio de las acciones que le asistan por los daños que la desocupación le cause (C. Civ. 1º Cap., Jur. Arg., 25, 121; 32, 249).

La estipulación contractual entre locador y locatario sobre irresponsabilidad del primero en el supuesto de desalojo no culposo, no beneficia al expropiante (C. Civ. 1º Cap., Jur. Arg., 32, 250, 1942-IV-325; en contra: C. Civ. 2º Cap., Jur. Arg., 49, 562).

Pero la intervención del inquilino debe ser oportuna y no lo es si ya se han presentado los alegatos (C. Civ. 1º Cap., Jur. Arg., 54, 432).

102. VI. 4º Efectos de otros procesos sobre el de expropiación.

Cuando pretendientes al dominio, al condominio, a la posesión o a otros derechos reales sobre el inmueble expropiado, deduzcan proceso por separado, sea en contra del que aparece como titular del dominio en el proceso de expropiación, sea en contra del expropiante, no procede la suspensión de los procedimientos del juicio de expropiación. Así, si se ha dado la posesión provisoria o definitiva (art. 4) al expropiado, no procede la suspensión de las obras en el inmueble expropiado en razón de un interdicto de obra nueva ⁽³⁷⁾. Pero deben ser citados al juicio de expropiación, todos los que discuten el dominio del bien a expropiarse, en el juicio reivindicatorio, como lo puntualicé más arriba. (C. Fed. Córdoba, mayo 1913, 65).

⁽³⁶⁾ Véase el fallo de la S. Corte en *Jur. Arg.* 26, 869.

⁽³⁷⁾ Acordada la expropiación por causa de utilidad pública, la empresa que realiza las construcciones no debe suspender las obras por razón de interdictos o pretensiones de terceros sobre el terreno". (C. Fed. Paraná, sep. 1910, 1270.) "La posesión emanada de la ley nacional de expropiación se debe dar y se da "ministerio legis", malgrado la oposición que haga un titulado donatario." (C. Fed. La Plata, marzo 1910, 71.)

103. VII. Tercerías derivadas de la ley orgánica del Banco Hipotecario Nacional.

Las hipotecas que el Banco Hipotecario Nacional concede, pueden dar lugar a tercerías, deducidas por el Banco o por terceros afectados por la venta dispuesta por el Banco de los bienes gravados por los préstamos que concede. Por tratarse de una legislación específica, substancial e instrumental, que modifica normas de la ley civil de la Nación y de las leyes procesales, he creído conveniente estudiar las tercerías que en virtud de ella pueden plantearse, en este párrafo, aunque algunas de ellas corresponderían, por la naturaleza del interés protegido, al capítulo subsiguiente de esta obra.

La ley de 1886, que creó el Banco Hipotecario Nacional (1804) y las sucesivas que la ampliaron y modificaron (8172, 9555, 10.565 y 10.676), tuvieron como finalidad uno de los propósitos fundamentales enumerados en el preámbulo de la Constitución: promover el bienestar general. Lo que el Banco Hipotecario Nacional ha significado para el país, bajo diversos aspectos, lo han destacado sus panegiristas, pero no escapa al simple observador, los grandes beneficios que presta y lo colosal de su desarrollo. Según su memoria de 1942, sus préstamos ascendían a un mil seiscientos veintinueve millones de pesos. Ha podido llegar a ese desarrollo, por la extensión del plazo de sus hipotecas, más de tres veces superior a las civiles y por la exigüidad del monto de sus intereses, en comparación con los exigidos en el mercado para esa clase de operaciones. Las renovaciones, ampliaciones y esperas, no tienen poca parte en la preferencia del propietario que busca capital, hacia esta institución. Para quienes afirman que el Estado es mal administrador, el ejemplo del Banco Hipotecario, es un desmentido rotundo. Pero todo ello ha sido posible, por las

excepcionales seguridades ⁽³⁸⁾ que la ley ha concedido al prestamista, que éste ha sabido utilizar con destreza y que el poder jurisdiccional ha vigorizado con sus resoluciones.

En esta incursión sobre las normas que rigen al Banco, me ocuparé someramente de las relacionadas con la tercería, directa o indirectamente por las modificaciones que imprimen a la legislación procesal del país.

El Banco ejerce la representación de sus deudores y puede, en virtud de ese mandato legal, promover y contestar demandas relativas al inmuebles gravado (art. 71, inc. 3, ley 8172 y 10.676) y tomar y dar la posesión, requiriendo el auxilio de la fuerza pública para desalojar a los dueños u ocupantes (arts. 71, inc. 3 y 73), facultades que pueden afectar y con frecuencia afectan, derechos de terceros. Sobre todo el lanzamiento de los ocupantes, ha dado lugar, con frecuencia, a reclamaciones judiciales, generalmente interdictos, que han llegado a la Suprema Corte. Ésta ha dado al art. 73 su exacto alcance, declarando que “las facultades excepcionales que la ley acuerda al Banco Hipotecario Nacional para tomar posesión del bien hipotecado y rematarlo, se refieren solamente a sus deudores y a los que por ellos tengan el bien, pero no a los terceros” (Fallos: 41, 209; 105, 22; 135, 411; 167, 407; 182, 298 y 317; 187, 580; Jur. Arg., 64, 380 y 387; C. Fed. Cap., Jur. Arg., 7, 12; 8, 284; 41, 585; C. Fed. Córdoba, Jur. Arg., 62, 641). Estas resoluciones han restringido, también, la prohibición del art. 75, ya que si la orden judicial emana del pedido de amparo de un tercero, cuyos derechos aparecen vulnerados por el Banco, la medida procede.

Ha dicho la Corte, interpretando el art. 73 y el inciso 3º del 71, que la facultad de representar en juicio a sus deudores, que el inc. 3 del artículo citado concede al acreedor, no tendría objeto si el Banco pudiera despojar, sin

⁽³⁸⁾ Véase: ANTONIO CAMMAROTA *Tratado de Derecho Hipotecario*. Bs. As. 1942, 561.

forma de juicio, a los terceros, cuyos derechos no emanan de su deudor y que los invoquen sobre el inmueble.

El problema que podría plantearse sobre esta representación, es el de si cuando el Banco ejerce el derecho que le acuerda el art. 52, "in fine" de intervenir como tercerista, actúa como "tercero", es decir, por su propio derecho o subrogándose en los derechos de su deudor, de acuerdo al art. 1196 del Código Civil o bien ejerciendo el mandato legal que le acuerda el inc. 3 del art. 71. Creo que la solución jurídica es la primera y así lo entendieron la C. Civ. 1ª de la Capital y el juez de la causa, en el caso registrado en el tomo 57, pág. 108 de Jur. Argentina.

El art. 52 concede al Banco un derecho propio, para intervenir como tercerista en "todo juicio relativo a la propiedad o posesión del bien hipotecado". Aquí habrá, como dije precedentemente, dos legitimaciones y dos acciones: la del Banco, que puede substituir a su deudor y coadyuvar con él y la de éste que al Banco interesa en defensa de sus derechos. En los casos del art. 71, inc. 3º, el Banco, actúa como mandatario legal y no existe más legitimación y más acción, que la del mandante.

En una interesante nota del Dr. Trevisán a la sentencia citada más arriba, se criticaba la falta de tecnicismo del art. 52, al hablar de "tercerías". No comparto ese criterio. La palabra está bien empleada, pues abarca, así, las dos formas posibles de intervención del Banco: como tercerista de dominio o de mejor derecho, en el caso de embargo u otra medida que menoscabe el dominio de su deudor sobre la propiedad hipotecada y como tercerista excluyente o coadyuvante o en substitución del deudor en caso contrario ⁽³⁹⁾. El error del tribunal en el caso que me ocupa, fué el de no haber hecho esa distinción, tal vez porque

⁽³⁹⁾ "El Banco Hipotecario Nacional tiene la representación de su deudor para iniciar contra terceros detentadores del inmueble hipotecado, la acción reivindicatoria y otras que pudieran corresponderle" (S. C. Fallos 115, 181; 143, 363).

el Código de la Capital sólo prevé la primera forma de tercería. Pero la situación era la que daba lugar al segundo tipo de tercería y en consecuencia, la intervención del Banco debió tramitarse en el principal, como tercerista coadyuvante del demandado. De procederse así, no se hubiera atacado de nulo el fallo por importar prejuzgamiento en el principal. La falta de técnica no está pues en la ley, sino en la forma de la substanciación. Ese fué el espíritu que animó al mismo tribunal al resolver que el Banco es parte necesaria en una demanda por nulidad de un remate efectuado por él, aun cuando no se haya precisado en virtud de cuál de las disposiciones que me ocupan, procedía esa intervención (Jur. Arg., 1943-IV-480) ⁽⁴⁰⁾.

Hay pues que distinguir con pulcritud la facultad de deducir tercerías, de cualquier índole, que acuerda al Banco el art. 52 in fine y la facultad de representar a sus deudores que le acuerdan el inc. 3 del art. 71 y el art. 73. En este último caso sólo procedería la deducción de tercerías, en representación del deudor, en procesos trabados entre terceras personas, que pudieran, en cualquier forma, afectar el dominio del bien hipotecado.

El art. 66 y sus correlativos 58 y 51, autorizan al Banco a sacar a remate público "sin forma de juicio", el inmueble hipotecado. Para asegurar la venta por el Banco, en todos los casos, el art. 66 dispone que en el supuesto de ejecución judicial, concurso o quiebra, se notificará ⁽⁴¹⁾ al presidente para que pueda proceder a la venta privada inmediatamente de quedar ejecutoriado el auto que ordene la venta judicial.

⁽⁴⁰⁾ Debe considerarse también que la intervención es por derecho propio (art. 52) cuando lo hace para defender su derecho a la venta en el caso del art. 66. Aunque sin invocar esta disposición autorizó la C. Civ. 2ª. Cap. dicha intervención en el fallo registrado en *Jur. Arg.* 38, 331.

⁽⁴¹⁾ "Es nulo el remate judicial del inmueble hipotecado al Banco Hip. Nac. si se omitió la previa notificación al Banco." (S. C. Fallos, 102, 396.)

En esta hipótesis, los jueces no pueden “bajo ningún pretexto” “suspender o trabar” la venta ordenada por el Banco, salvo que se tratase de una tercería de dominio”.

Si el remate ordenado por el Banco en esta hipótesis, hubiese fracasado, no puede el juez decretar la venta, sin emplazar nuevamente al Banco para que haga uso del derecho de vender (S. C., Fallos 127, 82) ⁽⁴²⁾. El plazo de 60 días es para ordenar la subasta y no para realizarla y en consecuencia el juez de la ejecución no puede ordenar la suspensión de los procedimientos del Banco por haber vencido dicho plazo (S. C., Jur. Arg., 50, 13) ⁽⁴³⁾.

En cuanto al desalojo de ocupantes, cuyo derecho emane del deudor, aplicando lo dispuesto por los arts. 52 y 71, inc. 4, ha resuelto la Suprema Corte, que procede contra el aparcero del deudor, que no es arrendatario y cuyo contrato no fué aceptado por el Banco (Fallos 176, 267 y en Jur. Arg., 56, 373).

El único supuesto en el cual procede la suspensión del procedimiento de venta ordenado por el Banco, por mandato judicial, es cuando se dedujera tercería de dominio, con los recaudos legales (arts. 75, ley 8172 y 530 Cód. Capital) ⁽⁴⁴⁾. Pero debe ser un tercero quien promueva la acción y no lo es el síndico del concurso o quiebra, que actúa a nombre de la masa de acreedores (S. C., Jur. Arg., 63, 740). En el fallo citado, no se había deducido tercería, sino que habiendo el Banco comunicado al juez que sacaría a remate un inmueble del fallido, con las instalaciones de una imprenta existente en él, se pretendió impedir la gestión del Banco respecto a esta última. La Corte dió la razón al Banco “sin perjuicio del derecho que puedan tener los acreedores y que deberán ejercer en juicio contra el Banco”.

⁽⁴²⁾ Sobre la preferencia del Banco a sacar a remate, véase: C. Com. Mend. Jur. Mend. VI, 253.

⁽⁴³⁾ Véanse las interesantes notas de Zavala Rodríguez y de Trevisan, al pie de este fallo.

⁽⁴⁴⁾ C. Fed. Cap. Jur. Arg. 20, 626.

104. VIII. Tercería en procedimiento sumario.

Las tercerías para obtener el levantamiento de un embargo u otra medida análoga, que los códigos procesales del país norman, se substancian por el procedimiento ordinario, apto para la discusión y prueba de cuestiones controvertidas y complejas, pero por ello mismo costoso y lento. Por eso, algunos códigos argentinos, antiguos y modernos y los jueces, por aplicación de principios generales, admitieron y admiten, el levantamiento del embargo, en procedimiento sumario o sumarísimo, en incidente ⁽⁴⁵⁾.

El Código de la provincia de Buenos Aires, establece: "Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos precedentes, toda persona está autorizada a requerir, en calidad de tercero perjudicado por embargos, el levantamiento liso y llano de los mismos, acreditando in continenti, su posesión actual de conformidad con el título de propiedad que exhibiere, según fuere la naturaleza de los bienes. Esta gestión será tramitada con audiencia del embargante y de la resolución que recaiga no habrá recurso si fuere desfavorable al tercero, quien estará obligado a deducir la acción de tercería si viere convenirle" (art. 581) ⁽⁴⁶⁾.

De acuerdo con la disposición transcripta, sus concordantes de otras leyes procesales del país y la jurisprudencia de los tribunales, el tercero perjudicado por un embargo u otra medida análoga decretados en juicio entre otras personas, puede deducir lo que se ha dado en llamar "un incidente de levantamiento de embargo". Dicho incidente

(45) MANUEL ANTONIO CASTRO en su *Prontuario de Práctica Forense*, admitía ya este procedimiento sumario "si el tercer opositor viniere ofreciendo acreditar "incontinenti" dominio en los bienes ejecutados, y lo acreditare por instrumento, o por información sumaria de los testigos, debe alzarse el embargo llanamente y sin más trámite entregándose los bienes a su dueño". pág. 190.)

(46) Disposiciones análogas Código de Entre Ríos (art. 394), San Luis (821), Santa Fé (530), S. del Estero (715), nuevo de Córdoba (66).

deberá tramitarse en pieza separada (art. 406, Cód. Cap.), cumpliéndose con respecto a él, los recaudos que he analizado, al estudiar la deducción de la tercería de dominio en juicio ejecutivo, sobre forma y contenido de la demanda, domicilio y personería de los demandados, etc. Deberá, necesariamente, acompañarse el título que acredite el dominio invocado (art. 581, Cód. Bs. As.) y acreditar "in continenti" la posesión actual (art. cit.). ("Comprobando de inmediato su posesión actual", según el Cód. de S. Fe, "acreditando sumariante su posesión actual", según el de E. Ríos; "acompañando títulos fehacientes de dominio y sumaria información de su posesión, conforme al título", según el nuevo de Córdoba).

De la demanda o incidente, deberá darse traslado o vista al ejecutante (Bs. As., S. Luis, E. Ríos, S. Fe, S. del Estero), por el plazo que las respectivas leyes establecen para las vistas o traslados sin plazo (art. 21, Cód. Cap.). La exclusión del embargado de este incidente, se explica por qué de la notoriedad del dominio del tercerista que autoriza el incidente, pareciera desprenderse la existencia de conformidad sobre este dominio, del ejecutado. Sin embargo, si se piensa que es un incidente, que el tercero que solicita el levantamiento viene a un proceso trabado entre otros, no parece loable, ni técnica, ni prácticamente esa exclusión. Imaginemos que el embargante accede al levantamiento del embargo, pero que el ejecutado ha sostenido expresa o implícitamente su dominio sobre el bien embargado, ¿podría el juez hacer lugar al desembargo? Creo pues que el pedido de desembargo, debe sustanciarse también con el ejecutado. Así parece que se sustanció el incidente resuelto por la C. Civ. 1ª de la Capital al cual se refiere el fallo registrado en Jur. Arg., tomo 12, pág. 115.

Evacuado el traslado o vista o dado por decaído el derecho dejado de usar, corresponde, si las partes lo solicitan y existen hechos controvertidos, un breve período de prue-

ba ⁽⁴⁷⁾, que para el Código de la Capital debe ser como máximo, de veinte días (arts. 408 y 89). Vencido el término de prueba, el juez llamará autos para resolver.

La sentencia, sea cualquiera su contenido, es inapelable para el tercerista, quien, si le es desfavorable, puede deducir tercería en juicio ordinario, ya que la sentencia no causa estado. Si hace lugar al desembargo, el ejecutante podrá apelar y de acuerdo con el criterio que he sostenido, también el ejecutado.

La procedencia de la petición de levantamiento de embargo, sin recurrir a los trámites lentos del juicio ordinario de tercería, ha sido reconocida, aun sin norma expresa que la autorice, como sucede en el orden federal, en la Capital y Territorios Nacionales ⁽⁴⁸⁾.

En el incidente deducido a tal efecto, debe necesariamente oírse al embargante ⁽⁴⁹⁾; pareciera que nunca se planteó la cuestión de que debiera también darse audiencia al embargado.

Alguna vez se resolvió que no procedía abrir a prueba el incidente, “ya que ello implicaría —se dijo— equiparar tal pedido a la tercería de dominio” ⁽⁵⁰⁾, criterio equivocado pues los incidentes también pueden ser abiertos a prueba, aun cuando por un plazo menor que el ordinario.

El incidente puede tener la forma de un recurso de reposición, ha dicho la Cám. Com. de la Capital ⁽⁵¹⁾, tesis inaceptable, a menos que el interesado fuese ya parte en el juicio donde se trabó el embargo.

En general, el incidente se tramita en el mismo expediente donde se trabó el embargo ⁽⁵²⁾, aun cuando tratán-

⁽⁴⁷⁾ El Código de Córdoba (nuevo) establece la “información oral” (art. 66).

⁽⁴⁸⁾ S. C. Fallos 24, 496; C. Com. Cap. *Jur. Arg.* 13, 872; 61, 741; C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 49, 226.

⁽⁴⁹⁾ C. Com. Cap. *Jur. Arg.* 28, 1099 54; 894.

⁽⁵⁰⁾ C. Com. *Jur. Arg.* 52, 909.

⁽⁵¹⁾ *Jur. Arg.* 1942-II, 289.

⁽⁵²⁾ C. Com. Cap. *Jur. Arg.* 39, 187.

dose de un incidente que obsta al trámite del principal, debería serlo en pieza separada, como expuse precedentemente.

La prueba que produzca el incidente no debe dejar dudas en el ánimo del juez, sobre el dominio que se invoca. Ese es el criterio general de la jurisprudencia ⁽⁵³⁾. El tribunal más reacio a admitir el incidente, ha sido la Cám. Civ. 2ª de la Capital, que alguna vez ha negado su procedencia formal ⁽⁵⁴⁾ y también cuando el ejecutante se opuso ⁽⁵⁵⁾. Este tribunal, ha dicho, con acierto, que el levantamiento de embargo en incidente procede “únicamente cuando no hubiese duda sobre el derecho del reclamante, lo contrario sería atentatorio del amplio derecho de defensa que para el caso, consigna el art. 529 del Cód. de Procedimientos” ⁽⁵⁶⁾. No obstante, el mismo tribunal ha compartido, a veces el criterio de que basta la justificación “prima facie” del derecho del incidentante ⁽⁵⁷⁾.

Ese criterio, bastante generalizado ⁽⁵⁸⁾ es, a mi modo de ver, erróneo y peligroso, máxime si no se da oportunidad al embargante de destruir la presunción o presunciones favorables a los intereses del incidentante. Se favorece a una parte, evitándole el proceso largo de la tercería en juicio ordinario, pero se constreñe a otra, a defender la procedencia del embargo, en un juicio largo y difícil (acciones

⁽⁵³⁾ S. C. Fallos 79, 368; C. Com. Cap. *Jur. Arg.* 2, 88; 12, 809; 14, 545; 16, 768; 24, 622; 28, 417; 32, 435; 33, 582 y 869; 36, 1824; 38, 830; 42, 876; 56, 571; 70, 706; 1942-III, 393; C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 11, 309; 43, 116; 44, 116; 49, 211; 65, 346; C. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 50, 947; 52, 874; C. Fed. Cap. *Jur. Arg.* 20, 613; 25, 57; C. Fed. La Plata *Jur. Arg.* 37, 1253; C. Fed. B. Blanca *Jur. Arg.* 50, 48; C. Civ. 1ª La Plata *Jur. Arg.* 3, 1050; C. Ap. B. Blanca *Jur. Arg.* 38, 533.

⁽⁵⁴⁾ *Jur. Arg.* 32, 279.

⁽⁵⁵⁾ *Jur. Arg.* 44, 672.

⁽⁵⁶⁾ *Jur. Arg.* 40, 516.

⁽⁵⁷⁾ *Jur. Arg.* 45, 589.

⁽⁵⁸⁾ C. Com. Cap. *Jur. Arg.* 29, 516; 30, 496; 43, 1164; C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 36, 1331 y 1332; 42, 1039

de simulación o revocatoria), con el agravante de posibles transferencias, si el tercero no es de buena fe.

El incidente, como el juicio ordinario de tercería, procede en todo proceso donde se hayan embargado bienes. Así, en el embargo preventivo ⁽⁵⁹⁾, en la ejecución prendaria, en juicio ordinario, etc.

La justificación del dominio de un inmueble, no es suficiente para levantar el embargo trabado sobre los alquileres del mismo, porque el derecho a percibir éstos, puede corresponder a persona distinta del propietario ⁽⁶⁰⁾.

La resolución dictada en el incidente, no hace cosa juzgada en el juicio ordinario por tercería de dominio, que el tercero pudo deducir y donde éste produjo "prueba satisfactoria sobre el dominio invocado" ⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁹⁾ C. Fed. La Plata. *Jur. Arg.* 25, 483.

⁽⁶⁰⁾ C. Com. Cap. *Jur. Arg.* 9, 331.

⁽⁶¹⁾ C. Fed. Cap. *Jur. Arg.* 36, 877.

CAPÍTULO VI

TERCERÍA DE MEJOR DERECHO

105. I. Caracteres, derecho substancial que protege. — 106. II. Presupuestos procesales. — 1º Competencia. — 107. II. 2º Capacidad procesal. — 108. II. 3º Cumplimiento de formas legales. — 109. II. 4º Otras circunstancias que pueden obstar al ejercicio de la facultad de pedir protección jurídica. — 110. III. Sustanciación de la tercería de mejor derecho. — 111. IV. La tercería de mejor derecho en incidente. — 112. V. Medidas cautelares en la tercería de mejor derecho. — 113. VI. Pruebas en la tercería de mejor derecho. — 114. VII. La sentencia en la tercería de mejor derecho. — 115. VII. 1º Privilegios. — 116. VII. 2º Colisión de privilegios. — 117. VII. 2º b) Gastos de justicia. — 118. VII. 2º c) Salarios. — 119. VII. 2º d) Constructor. — 119. VII. 2º e) Prenda agraria. — 121. VII. 2º f) Hipoteca. — 122. VII. 3º Embargo. — 123. VIII. Recursos en la tercería de mejor derecho. — 124. IX. Costas en la tercería de mejor derecho. — 125. X. Perención, prescripción y cosa juzgada en la tercería de mejor derecho. — 126. XI. Efectos de la tercería de mejor derecho, sobre el proceso en el cual se deduce. — 127. XII. Intervención del tercerista en el proceso principal. — 128. XIII. Sanciones civiles y penales.

105. I. Caracteres, derecho sustancial que protege.

La especie de tercería de la cual me ocuparé en este capítulo, se emplea, generalmente, en juicio ejecutivo, pero procede en toda clase de procesos, ordinarios, especiales y universales. No existe diferencia apreciable en sus fines, sustanciación y efectos, si se deduce en juicio ejecutivo o en otro tipo de proceso.

Por otra parte, la similitud con la tercería de dominio es grande y por ello podré remitirme, en muchos puntos, a lo expuesto en el capítulo precedente y en algunos casos, a la jurisprudencia allí citada.

Se trata, como la anterior, de una tercería en interés propio, originario, directo y excluyente. Se sustancia por los mismos trámites o sea en juicio ordinario. El procedimiento sumario o sumarísimo (incidente), tan frecuentemente empleado y aun admitido por algunos códigos para la de dominio, es poco usado en la de mejor derecho. Los problemas que plantea aquélla, derivados de la existencia de tres sujetos principales, cuyos intereses sustanciales se entrecruzan, da lugar a problemas iguales o análogos, aunque algunos de ellos resulten más claros en una que en otra. Tal el caso de la intervención del tercerista en el juicio principal, que algunos códigos admiten expresamente en cierta etapa del procedimiento, en la tercería de mejor derecho (art. 662, Cód. Mend.). A la inversa, en cuanto a la oportunidad de la suspensión de trámites en el principal, hay menos discrepancia en la tercería de dominio que en la de preferencia, sin que haya necesariamente de imputarse estas discrepancias a poca claridad del texto legal (art. 531, Cód. Cap.), sino a la influencia del caso (situación de los litigantes en relación a su prueba) sobre el espíritu de los jueces.

La doctrina incluye este tipo de tercería, como la de dominio, entre las llamadas principales, excluyentes o agresivas (el tercerista, bajo cierto aspecto, es coadyuvante del actor en el juicio principal y así lo califican algunos códigos) y voluntarias ⁽¹⁾.

El sujeto procesal es primario, con legitimación "ad-causam" plenaria y facultades (integrantes de la acción), excluyentes y exclusivas. Estos caracteres corresponden a la acción ejercitada en el juicio de tercería, pues cuando

(1) En una sucesión, un perito embarga un inmueble sucesorio. Un acreedor hipotecario lo ejecuta y lo adquiere y consigna el importe del crédito del perito para que se levante el embargo pero negándole privilegio. El perito debe iniciar tercería de mejor derecho. (C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 6, 602.)

el tercerista interviene en el principal, esos caracteres pueden variar.

De acuerdo a un conocido principio jurídico, que el Código Civil de Francia ha normado y difundido (art. 2093), el patrimonio del deudor, es la prenda común de sus acreedores. Pero ese patrimonio, afectado así, genéricamente, es una entidad sin contornos fijos, que se transforma, aumenta, disminuye y aun desaparece, no obstante constituir la “prenda común” de quienes son acreedores de su titular. Es algo parecido a la garantía flotante, con la cual pueden ser emitidos los debentures (obligaciones negociables), según el art. 7 de la ley 8875. Los acreedores que pretendan hacer efectiva esa garantía común, deben recurrir a la justicia y obtener de ella que se decrete una medida, sobre uno o varios bienes de su deudor, que los afecte especialmente al pago de su crédito. Esa medida puede ser el embargo o alguna otra precautoria de efectos análogos. Desde el momento que dicha medida se cumple, el bien afectado se transforma, para el acreedor que la pidió, en algo análogo a la prenda. Subsisten como “prenda común”, la totalidad de los bienes del deudor, pero los bienes afectados por la medida cautelar, se transforman en una “prenda específica”, que, salvo limitaciones que la ley establece o que el deudor hubiese concertado con anterioridad, debe responder, en primer lugar, al acreedor que la ha pedido. No se trata de una indisponibilidad jurídica, puesto que las cosas embargadas pueden ser objeto de los contratos (art. 1174 cód. civ.), sin perjuicio de la responsabilidad de los contratantes o del dueño de la cosa (art. 1179 cód. cit.).

En realidad, el embargo crea una especie de privilegio “sui generis” en favor de quien lo obtuvo. Este “es un beneficiario exclusivo de los valores económicos que representan los bienes afectados; producida la liquidación de los mismos —a diferencia de lo que ocurre en la situación anterior— sólo él tiene derecho a cobrarse de esas sumas”,

como dice Cordeiro Alvarez, refiriéndose a los privilegios ⁽²⁾.

Esa exclusividad, tiene, sin embargo, como apunté más arriba, limitaciones. La una derivada de la ley, los privilegios; la otra de convenciones anteriores del deudor, los derechos reales.

Podríamos decir que los privilegios y los derechos reales de garantía, otorgan una preferencia al pago, creada por las leyes substanciales y el embargo, una preferencia al pago creada por las leyes instrumentales.

La tercería de mejor derecho protege, en primer lugar, el amplio sector de los privilegios, subsidiariamente y en casos especiales, los derechos reales de garantía y a falta de unos y de otros, la preferencia legal del embargo ⁽³⁾.

Los privilegios que acompañan a ciertos créditos, por su origen o naturaleza, tienen, como vía procesal de reconocimiento, los juicios universales de concurso o quiebra o el ordinario de la tercería de mejor derecho.

Los derechos reales de garantía, el proceso ordinario o ejecutivo, pero, a veces, requieren el uso de la tercería de mejor derecho o el concurso especial. Para el acreedor hipotecario, las leyes procesales norman también un trámite especial aparte. El embargo, como preferencia para el pago, debe hacerse valer, cuando proceda, por medio de la tercería de mejor derecho. En el concurso o quiebra no procede, pues en ese supuesto todos los acreedores quirografarios quedan en igualdad de situación.

Nuestros códigos procesales reglamentan la defensa y efectividad de los privilegios, mediante la tercería de mejor derecho.

“Las tercerías que se deduzcan en los juicios ejecuti-

(2) ERNESTO CORDEIRO ALVAREZ, *Tratado de los privilegios*, Buenos Aires, 1941, 16.

(3) Sobre la naturaleza y efectos del embargo, puede verse: SALVATORE PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milán 1935, part 2ª, cap. I, págs. 135 y ss.

vos, deben fundarse en el dominio de los bienes embargados o EN EL DERECHO QUE EL TERCERO TENGA DE SER PAGADO CON PREFERENCIA AL EJECUTANTE, dispone el art. 529 del cód. de la Cap. (4).

Ese mejor derecho, como dije, no es otro que la preferencia legal otorgada por las leyes de fondo con el nombre de privilegios o derechos reales de garantía y la que algunos códigos procesales y la jurisprudencia, conceden al primer embargante.

El código de la Prov. de Bs. As., dispone respecto a este último supuesto: "El acreedor que primeramente ha obtenido embargo en bienes de su deudor, no afectado con prenda, hipoteca o anticresis, tiene derecho a cobrar del producto de venta de los mismos, íntegramente su crédito, intereses y costas, con preferencia a otros acreedores, fuera del caso de concurso. Los embargos posteriores, sólo afectarán el sobrante que respectivamente resulte después de pagados los créditos que hayan obtenido embargos anteriores" (art. 539) (5).

El Código de Entre Ríos establece, más correctamente, "no mediando privilegio ni concurso, los embargos acuerdan preferencia para el cobro del capital, intereses y costas, en el orden de la inscripción o de la traba, según se trate de bienes raíces o de muebles" (art. 500) (6).

(4) Disposiciones análogas: Bs. As. (574), Corrientes (518), E. Ríos (388), Jujuy (558), La Rioja (1195), Mendoza, (656), Salta (490), S. Juan (1018), S. Luis (814), Tucumán (553), S. Fe (526), S. del Estero (708), nuevo de Córdoba (62), Ley 50 (301).

(5) El cód. de S. Luis tiene una disposición igual (art. 763), a la que, por reforma legislativa y subsanando la omisión que en la Prov. de Bs. Aires ha debido suplir la jurisprudencia, se le intercalaron las palabras "y otros privilegios acordados por la ley de fondo". Disposiciones análogas, pero no iguales, en el cód. de S. Fe (335 y 338).

(6) El nuevo cód. de Córdoba dispone que se citará a los titulares de derechos reales de garantía o de embargos anteriores sobre el inmueble embargado, a comparecer (art. 308) y a la subasta (338) y se depositará, una vez hecha la liquidación, lo que les corresponda (344).

El cód. de la Capital no tiene una disposición análoga, pero establece una preferencia sobre el producido de los bienes embargados, "sin estar reintegrado completamente el ejecutante, no podrán aplicarse las sumas realizadas a otros objetos, a menos que sea para las costas de la ejecución o para pago de otro acreedor que haya sido declarado preferente por ejecutoria." (art. 527) ⁽⁷⁾ .

Algunas veces, puede observarse, se han deducido como tercerías de mejor derecho, verdaderas tercerías de dominio *contra el ejecutante*, pues no se reclamaba una preferencia en el pago, sino un "mejor derecho", al crédito perseguido por aquél, es decir, la propiedad de dicho crédito, originariamente o como cesionario del actor (S. C. Fallos 124, 234 C. Civ. 2º Cap. junio 1913, 136).

En tal supuesto se ha resuelto, a veces, que no procede y debe ser rechazada la tercería de mejor derecho deducida ⁽⁸⁾ y en otros se ha admitido ⁽⁹⁾. Veremos más adelante algunos otros casos, substanciados y resueltos como tercerías de mejor derecho, porque el ejecutante fué quien invocó la preferencia al contestar la demanda de tercería.

En un caso promovido por los sucesores del acreedor originario, se resolvió que "La acción promovida en la ejecución de una hipoteca por los herederos del primitivo acreedor hipotecario, fundada en que es simulado el pago con subrogación que invoca el ejecutante, no es una tercería de mejor derecho, sino una acción de simulación, que debe tramitarse en juicio ordinario" (Es decir, no como incidente de la ejecución) (. Civ. 2º La Plata Jur. Arg. 70, 264).

(7) Disposiciones análogas: S. Fe (335), Bs. As. (536), ley 50 (298), Corrientes (516), Mendoza (782), S. del Estero (501), nuevo de Córdoba (343), S. Juan (827), Salta (488), S. Luis (760), E. Ríos (498).

(8) C. Com. Cap. Jur. Arg. 15, 160.

(9) C. Fed. Cap. Jur. Arg. 33, 445.



106. II. Presupuestos procesales. 1º Competencia.

Tratándose, como en el caso de la tercería de dominio, de un incidente del principal, es juez competente para intervenir en la tercería de mejor derecho, el juez del juicio ejecutivo, ordinario, universal o especial, donde se haya decretado el embargo⁽¹⁰⁾ o se encuentren los fondos⁽¹¹⁾ que motivan la tercería. Son pues aplicables lo principios doctrinarios y la jurisprudencia sistematizada en el parágrafo 37 al cual me remito.

107. II. 2º Capacidad procesal.

Igual similitud y consecuente remisión, corresponde respecto al segundo presupuesto procesal o sea a la capacidad de los sujetos (parágrafo 39).

108. II. 3º Cumplimiento de formas legales.

En cuanto a las formas procesales, debe anotarse una diferencia. Algunos códigos procesales, como vimos en el parágrafo 40 disponen que con la demanda de tercería de dominio, deberá acompañarse el título u ofrecerse la prueba pertinente en el escrito de demanda⁽¹²⁾ y en general se exige, en dicha tercería que se acompañe a la demanda el documento con el cual se acredite el dominio. Esta exigencia, de acompañar u ofrecer la prueba o al menos la documental que sirve de fundamento a la demanda, como requisito procesal, no procede en la tercería de mejor derecho. La razón

(10) "El juez del embargo es el competente para conocer de la tercería de mejor derecho" (S. C. Fallos, 40, 225). "Toda cuestión de mejor derecho a los bienes gravados, con prenda agraria, debe ser discutida ante el juez que conoce en la ejecución de la garantía" (S. C. *Jur. Arg.* 1942-II, 748).

(11) "El mejor derecho a los bienes embargados debe discutirse ante el juez a la orden del cual están depositados los fondos" (C. Civ. 1º Cap. feb. 1911, 94; C. Com. Cap. *Jur. Arg.* 14, 530).

(12) Bs. As. (575), S. Luis (815).

es obvia, el dominio es un derecho real y tratándose de inmuebles, su prueba es documental; la prueba de la preferencia para el pago y salvo para el derecho real de hipoteca y bajo cierto aspecto para el de prenda agraria, no surge, generalmente de contratos documentados, sino de hechos que pueden probarse por todos los medios admitidos en el proceso.

Pero el defecto legal en la demanda de tercería de mejor derecho, puede surgir de otros supuestos; v. g. si se incluye como demandado a quien no es sujeto procesal en el juicio que la motiva ⁽¹³⁾; si no se especifica con claridad la naturaleza y monto del crédito que se reclama y del crédito contra el cual se alega derecho preferente ⁽¹⁴⁾, pudiéndose, en tal supuesto rechazar de oficio la demanda.

109. II. 4º Otras circunstancias que pueden obstar al ejercicio de la facultad de pedir protección jurídica.

Sobre este tema, en sus cuatro primeros aspectos: litis pendencia, cosa juzgada, incumplimiento de obligaciones procesales derivadas de un litigio anterior y arraigo, me remito a lo expresado sobre iguales tópicos al estudiar la tercería de dominio (parágrafos 43 a 46).

En cuanto a la oportunidad para deducir la tercería de mejor derecho, el problema cambia.

El cód. de la Capital, como en el caso de la tercería de dominio, no establece expresamente límite para deducir la tercería de mejor derecho, pero ese límite surge del momento en el cual debe suspenderse el juicio ejecutivo ("suspendiéndose el pago", art. 531) ⁽¹⁵⁾.

(13) "Debe prosperar la excepción de defecto legal opuesta por el Banco Hip. Nac. si sólo intervino en la ejecución que motiva la tercería de mejor derecho, avisando al juez que sacará a remate el bien, de acuerdo a su carta orgánica" (C. Com. Cap. *Jur. Arg.* 26, 770).

(14) C. Fed. Cap. *Jur. Arg.* 1, 623.

(15) Ley 50 (302).

De acuerdo con esta norma, se ha resuelto que "la tercería de mejor derecho no procede en el caso de haber sido ya pagado el acreedor ejecutante" (S. C. Fallos 13, 269; C. Civ. 1º Cap. Jur. Arg. 10, 794; C. Civ. 2º Cap. Jur. Arg. 56, 158; 66, 209; 1942-I, 2; C. Com. Cap. Jur. Arg. 26, 787). Pero el concepto de pago resulta asaz variable y contingente para los jueces. En algunos de los fallos citados, se había resuelto la compensación y adjudicación al ejecutante dándosele la posesión, pero no se había escriturado, provocando, esta última circunstancia, la disidencia del doctor Colmo (Jur. Arg. 10, 749). En otros casos, más ajustados a la disposición legal, se admitió que la tercería de mejor derecho podía ser deducida aunque se hubiese resuelto la compensación (C. Civ. 1º La Plata Jur. Arg. 41, 848; C. Civ. 1º Cap. Jur. Arg. 49, 225) y aun estando consentido el auto que ordenó la extracción de fondos solicitada por el ejecutante (S. C. Bs. Aires Jur. Arg. 74, 498) ⁽¹⁶⁾.

La existencia de un embargo, es requisito esencial de la tercería, en cuanto esta medida u otra que la sustituya como antecedente o instrumento para hacer efectivo un crédito (por ejemplo la intervención de un negocio para que sean depositados los fondos a disposición del actor), lesiona el derecho al cobro preferente que invoca el tercerista ⁽¹⁷⁾.

110. III. Sustanciación de la tercería de mejor derecho.

Dije ya que, de acuerdo a nuestras leyes procesales, la tercería de mejor derecho debe sustanciarse en juicio ordinario (art. 529 cód. Cap. S. C. "Fallos" 10, 328).

⁽¹⁶⁾ -"Si se ha promovido antes de que en la ejecución de prenda agraria se hubiera vendido la cosa, no obsta a la procedencia de la tercería el hecho de que no se haya suspendido el pago, como correspondía (C. Com. Cap. Jur. Arg. 1943-IV, 761).

⁽¹⁷⁾ "Cuando no han sido embargados a los fines del juicio de apremio, no son susceptibles de tercería de mejor derecho, los bienes intervenidos con motivo de un sumario de impuestos internos" (C. Fed. Mend. Jur. Arg. 73, 448).

En la demanda pueden acumularse la acción por el cobro del crédito (si no hubiera ya sentencia que lo reconozca) y la acción por el reconocimiento de la preferencia en el pago, puesto que tratándose de un juicio ordinario pueden acumularse todas las acciones que se tengan contra las mismas partes (C. Civ. 2ª La Plata Jur. Arg. 66, 338). Pero no debe olvidarse que la tercería se deduce contra dos sujetos, que no son litisconsortes y ostentan legitimación autónoma y que, en consecuencia, las acciones que se acumulen deben tener como sujetos pasivos a ambos demandados. La acumulación de la acción de condena por el crédito puede acumularse, pues al ejecutante interesa la existencia, monto y naturaleza del derecho que pretende preferencia sobre el propio.

En lo que se refiere a la notificación del traslado, domicilio ⁽¹⁸⁾ y mandato de los sujetos, me remito a lo expuesto en el capítulo dedicado a la tercería de dominio (parágrafo 50).

Igual observación cabe respecto a rebeldía (parágrafo 51) ⁽¹⁹⁾.

La reconvencción procede, como en la tercería de dominio, pues el ejecutante podrá aducir que el crédito es simulado (si no se reclama como acción acumulada, pues en este caso le basta pedir se declare la simulación en el responde). Si el ejecutante sostiene, que su crédito es de preferente pago al del tercerista, entiendo que no necesita reconvenir para que así se declare, pudiendo invocar esa

⁽¹⁸⁾ "El domicilio constituido en la escritura hipotecaria a los efectos del contrato, no rige para la notificación de la demanda de tercería de mejor derecho, si en él no vive el interesado" (C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 46, 619).

⁽¹⁹⁾ "Si uno de los demandados en una tercería, fué declarado rebelde, compareciendo después a manifestar que no es parte, está obligado a absolver posiciones, pues la cuestión de si es o no parte en la tercería, debe ser resuelta en la sentencia" (C. Fed. Cap. Jur. Arg. 25, 1235).

circunstancia en el responde, en calidad de defensa o excepción obstativa al derecho del tercerista.

Los conceptos expuestos en el párrafo 53 sobre allanamiento, son válidos también para la tercería de mejor derecho. En el caso de una tercería de mejor derecho anómala, pues se reclamaba el “mejor derecho” al crédito y no preferencia en el pago, se resolvió que: “habiendo declarado los ejecutantes que el crédito perseguido por ellos y que motiva la tercería, es de propiedad del tercerista, la tercería carece de objeto” (S. C. Fallos, 129, 234).

Parece obvio que la tercería es una demanda incidental, promovida contra ejecutante y ejecutado (o actor y demandado) del juicio principal. Sin embargo, a raíz de un pronunciamiento de la S. Corte, se tramitó una tercería de “mejor derecho” al crédito, solamente con el actor del juicio principal (C. Civ. 2ª Cap. junio 1913, 136). La demandada en el principal (juicio ordinario) había sido la Pcia. de Catamarca y el cesionario de los derechos del actor (cesión anterior a la demanda), pretendió intervenir en el pleito trabado ante la Corte, después DE DICTADA LA SENTENCIA Y ESTE TRIBUNAL resolvió que “tratándose de una acción tendiente a que se declare en definitiva que corresponden al actor Don Emigdio Herraiz y no a Don José A. Guyot, las prestaciones a que fué condenada la Provincia de Catamarca por la sentencia dictada en 7 de octubre de 1908, en el juicio seguido por el segundo y no siendo así parte directamente interesada la expresada Provincia, como lo requiere el art. 101 de la Const. y el art. 1º inc. 1 ley 48 para la competencia originaria de esta Corte, ocurra a donde corresponda”.

111. IV. La tercería de mejor derecho en incidente.

He dicho que la tercería de mejor derecho se tramita en juicio ordinario, como la de dominio. Vimos que esta última, en algunos supuestos de fácil prueba preconstituída,

puede tramitarse en procedimiento sumario o sumarísimo (incidente de levantamiento de embargo). Ahora bien, aun cuando las leyes procesales no prevén el caso de tercería de mejor derecho en juicio sumario o incidente al mismo fin, creo que no hay, en principio, inconveniente para que esta especie de tercería pueda tramitarse sumariamente. Digo en principio porque la preferencia en el pago es menos probable que pueda acreditarse "incontinenti" y por lo general los medios de prueba son variados y pocas veces constan por escrito. De allí la menor posibilidad del empleo de este procedimiento breve, coartado, además, por la falta de norma expresa. Pero, cuando la prueba de dicha preferencia sea fácil e indiscutible (caso de prioridad de embargo, por ejemplo), sostengo que, en beneficio de todos, debe autorizarse esa tramitación rápida y económica.

Así se ha resuelto alguna vez, porque, dijo la Cámara Fed. de la Cap. "se llama tercerista a todo el que deduce un derecho entre dos o más litigantes, o por el suyo propio o auxiliando o fomentando el de alguno de ellos". Por ello declaró procedente el pedido de reconocimiento de una preferencia en incidente (Jur. Arg. 51, 444). "La presentación del acreedor hipotecario en el juicio seguido por mejoras realizadas en el campo hipotecado, equivale a una tercería de mejor derecho" ha dicho la Cámara Civil 2ª de la Capital (Jur. Arg., 45, 159).

En el caso de la ejecución prendaria, se ha admitido que no requiere juicio de tercería (ordinario) el cobro de los créditos privilegiados a los cuales se refiere el art. 19 inc. 1º de la ley 9644 (C. Fed. La Plata Jur. Arg. 48, 772; C. Com. Cap. Jur. Arg. 61, 731).

En cambio la S. Corte no admitió el incidente promovido en una ejecución por un procurador fiscal para hacer valer el privilegio del fisco como locador, disponiendo que debe deducirse acción ordinaria de tercería de mejor dere-

cho (Jur. Arg. 46, 461) ⁽²⁰⁾. Tampoco lo admitió como incidente la C. Civ. de La Plata (Jur. Arg. 39, 606).

112. V. Medidas cautelares en la tercería de mejor derecho.

Con las limitaciones emergentes de la situación del bien que se discute y de la naturaleza de la acción deducida, son aplicables a la tercería de mejor derecho, las observaciones formuladas al estudiar las medidas precautorias en la tercería de dominio (parágrafo 49).

La suspensión de los procedimientos o del pago en el principal y la intervención del tercerista en este último proceso, los consideraré al estudiar los efectos de la tercería de mejor derecho (parágrafo 126).

113. VI. Pruebas en la tercería de mejor derecho.

Dando por reproducidos los principios generales sobre apertura de la causa a prueba y distribución de la carga de probar, que he expuesto en el capítulo dedicado a la tercería de dominio (par. 54), voy a ocuparme de algunos aspectos particulares de este tema en la tercería de mejor derecho.

Conviene advertir, sobre la carga o deber de probar, que, si bien el tercerista debe probar su crédito y el privilegio que invoca, el ejecutante o ejecutado que sostengan ser preferente el crédito del ejecutante, deben probar este aserto ⁽²¹⁾.

La oportunidad de ofrecer la prueba, salvo la documental que debe acompañarse a la demanda y al responde, es el período de prueba. Principio general que no rige en las Pcias. de Bs. As. y de S. Luis, donde el tercerista debe ofrecer la prueba en el escrito de demanda (arts. 575 y 815 respectivamente).

⁽²⁰⁾ En el mismo sentido: *S. Corte Fallos* 19, 81.

⁽²¹⁾ *C. Fed. Jur. Arg.* 31, 395.

Como en la tercería de dominio, la prueba emanada del ejecutado, deudor común en este caso, carece de eficacia en favor del tercerista ⁽²²⁾. Por ello mismo y porque la preferencia en el pago (privilegios, derechos reales de garantía), sólo puede emanar de la ley, carece también de validez el reconocimiento de un mejor derecho a favor del tercerista ⁽²³⁾ o del ejecutante ⁽²⁴⁾, formulado por el demandado.

Pero la confesión o reconocimiento del ejecutante, beneficia al tercerista ⁽²⁵⁾.

La prueba del privilegio, producida en el juicio principal, sin la intervención del tercerista, tampoco puede ser opuesta a éste en la tercería ⁽²⁶⁾.

⁽²²⁾ "La confesión del dueño de las cosas embargadas, no perjudica a terceros" (S. C. Fallos, 16, 252).

⁽²³⁾ "El deudor no puede crear privilegios a favor de ninguno de sus acreedores, él sólo puede resultar de una disposición de la ley, y por consiguiente, quien pretenda mejor derecho, no puede amparar su acción en la simple declaración del deudor, confesión que sólo puede apreciarse para constatar la deuda, pero no el mejor derecho" (C. Ap. S. Fe. Jur. Arg. 1, 604).

⁽²⁴⁾ "El ejecutante que sustenta su mejor derecho contra el tercerista en la circunstancia de que su crédito proviene de reparaciones efectuadas en el buque, en su último viaje, debe probar el hecho en que funda su privilegio. No puede aceptarse la existencia de créditos privilegiados por el reconocimiento del deudor en contra de terceros, sin otra prueba" (C. Fed. Cap. Jur. Arg. 28, 318).

⁽²⁵⁾ "Si por confesión ficta del acreedor prendario resulta que éste conocía la existencia del contrato de arrendamiento con anterioridad a la constitución de la prenda, la falta de inscripción de ese contrato en el registro creado por la ley 9644, no afecta el privilegio del locador, por un año de arrendamiento vencido, adeudado con anterioridad a la constitución de la prenda" (C. Fed. Paraná. Jur. Arg. 1942-III, 580).

⁽²⁶⁾ "El crédito del vendedor del buque por el saldo de precio de venta, aunque se haya extinguido la hipoteca constituida, es preferente al del acreedor por gastos de conservación y sueldos, si el crédito no se ha probado en el juicio de tercería aunque haya mediado una sentencia favorable en el juicio principal, obtenida sin el contralor del tercerista. El reconocimiento de las cuentas por el demandado no puede fundar el privilegio" (C. Fed. Cap. Jur. Ar. 31, 395).

114. VII. La sentencia en la tercería de mejor derecho ⁽²⁷⁾.

Cuando no se han acumulado acciones, pidiéndose sólo el reconocimiento de una preferencia en el pago, la sentencia aparece como de naturaleza declarativa, contra ambos demandados. Es pues una sentencia simple, con un pronunciamiento común frente al demandado-ejecutante y al demandado ejecutado. Pero si se hubiesen acumulado las acciones por cobro del crédito y reconocimiento de la preferencia en el pago, tendremos una sentencia compleja. Respecto al demandado-ejecutante, ambos pronunciamientos serán sólo declarativos (la de reconocimiento del crédito contra el deudor común, como antecedente o presupuesto de la preferencia) y respecto al demandado-ejecutado, la primera será de condena y la segunda declarativa. Va de suyo, que en todos los supuestos, la sentencia será también constitutiva, en el sentido de ser siempre una norma jurídica individualizada y también cuando contenga condena en costas.

Veamos ahora, de acuerdo a la jurisprudencia, cuando debe ser estimada la demanda o el responde, en algunos supuestos comunes.

115. VII. 1º Privilegios.

Dije que la vía normal para la defensa de los privilegios y salvo el caso de concurso o quiebra, es la tercería de mejor derecho.

Pero, salvo casos específicos y excepcionales, el privilegio que puede ser reclamado mediante la tercería, es el especial, que afecta determinados bienes del deudor.

Respecto a los privilegios generales, que conceden prioridad para el pago sobre cualquiera de los bienes del deu-

(27) Ver § 65.

dor, se ha resuelto, que no autorizan la tercería de mejor derecho ⁽²⁸⁾, salvo caso de insolvencia ⁽²⁹⁾. Pero debe recordarse, como veremos enseguida, que algunos privilegios pueden funcionar como generales o especiales, según los casos.

El juego de los intereses, puede producir diversas situaciones, dentro de la tercería de mejor derecho, que conviene considerar.

Así, puede invocar, el tercerista, un privilegio frente a un acreedor quirografario ⁽³⁰⁾.

Puede ser el tercerista un sucesor del deudor e invocar, el ejecutante, frente a él, un privilegio. En tal supuesto,

(28) "No procede la tercería de mejor derecho, fundada en un privilegio general sobre los bienes del deudor, si éste no se halla concursado" (S. C. Fallos, 64, 176).

(29) "Si no hay concurso de acreedores y se deduce tercería de mejor derecho por un acreedor con privilegio general, el producido del bien ejecutado por un tercero debe continuar en depósito o entregarse a éste bajo fianza de devolverlo en caso de que los bienes ejecutados por aquél resultasen insuficientes para cubrir su crédito y éste fuese declarado de preferente pago" (S. C. Fallos, 22, 379).

(30) "Procede... deducida por el locador, sobre el importe del seguro de las cosas introducidas en la casa, frente a un acreedor quirografario que sólo invoca prioridad de embargo" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 55, 596); "...deducida por el fisco en el juicio seguido contra un despachante de aduana a fin de que se levante el embargo trabado sobre el depósito de garantía efectuado por dicho despachante, aunque el embargado haya cesado en sus funciones, puesto que los fondos quedan afectados durante diez años desde la entrada o salida del buque" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 58, 892; "...por el locador en el juicio en el cual se remataron los muebles existentes en la casa locada; el ejecutante no puede invocar el art. 479 Cód. Proc. Civ. sobre el orden del embargo (había un inmueble de un tercero afectado con hipoteca para garantizar el pago de alquileres)" (C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 53, 665). "Si el ejecutante no ha desconocido que el crédito del tercerista, proviene de la venta de la cosa embargada, ni la sinceridad de la fecha de los respectivos pagarés, debe hacerse lugar a la tercería de mejor derecho" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 2, 819); "...deducida la tercería de mejor derecho dentro del mes del embargo de los muebles, el locador no pierde el privilegio de su crédito" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 5, 293; C. Fed. La Plata julio 1910, 868).

si el privilegio existe, la tercería no procede ⁽³¹⁾, salvo que el crédito sea posterior a la cesión ⁽³²⁾.

Puede invocar el tercerista un privilegio especial que afecta sólo determinados bienes de su deudor, que no han sido embargados; en tal caso, como es obvio, no hay privilegio sobre los bienes en ejecución y la tercería no procede (C. Civ. 2ª La Plata, Jur. Arg. 55, 313).

Tampoco procede si no existe privilegio legal expreso. Así, se ha dicho que “no procede la tercería de mejor derecho fundada en la afectación de un porcentaje de rentas públicas al pago de una deuda por pavimentos, ya que de esa circunstancia no surge ningún privilegio” (S. C. Jur. Arg. 64, 395) ^(32 bis)

116. VII. 2º Colisión de privilegios. a) Locador

Si el tercerista invoca un privilegio especial para fundar la preferencia en el pago que pretende y el ejecutante le opone otro privilegio especial, el juez estimará la demanda o el responde, de acuerdo al orden legal de los privilegiados invocados. Suponiendo, como es lógico, que am-

⁽³¹⁾ “No procede... sobre maquinarias y enseres afectados al privilegio del fisco (art. 19 ley 3764), deducida por el adquirente del negocio donde se encontraban” (C. Fed. Cap. Jur. Arg. 65, 617); “...deducida por el comprador de mercaderías salvadas de un incendio, siendo embargadas por el locador de la casa que ocupaba el negocio y antes de un mes desde que se sacaron de la finca” (Just. Paz Cap. Jur. Arg. 61, 325).

⁽³²⁾ “Es procedente la tercería de mejor derecho deducida por el cesionario de la cuarta parte del sueldo del deudor” (S. C. Fallos 32, 237); “...deducida por el cesionario del crédito embargado si se trabó el embargo, después de celebrada la cesión y de notificada al deudor cedido” (C. Com. Cap. Jur. Arg. 68, 535).

^(32 bis) “El tercerista que depositó en autos, en calidad de embargo, una parte del precio obtenido en la venta de haciendas del ejecutado, en cumplimiento de una intimación judicial, no puede fundar la tercería de mejor derecho que deduce sobre dicha suma, en el hecho de haber invertido, por propia determinación, el producido total del remate, en pagar a los acreedores del ejecutado que según su juicio eran privilegiados” (C. Com. Cap. Jur. Arg. 50, 600).

bos afecten el bien embargado, pues de no ser así, no habría colisión de privilegios y la sentencia tendría que favorecer al acreedor cuyo privilegio afecte el bien embargado.

Veamos algunos casos de esta índole, resueltos por los jueces.

a) LOCADOR — “Procede la tercería de mejor derecho deducida por el locador, respecto a objetos de propiedad del locatario que se encuentren en el inmueble alquilado, que éste ha dado en prenda común al ejecutante, constituyéndose en depositario de los mismos” (C. Com. Cap., Jur. Arg., 59, 234); “... por arrendamientos posteriores a la constitución de la prenda agraria” (C. Fed. Paraná, Jur. Arg., 1942-III, 580).

Pero “si en la liquidación presentada con la tercería, no se especifica cantidad alguna por arrendamiento, no es posible que los tribunales la establezcan arbitrariamente. En tal caso el arrendador no puede invocar privilegio de tal” (C. Ap. S. Fe Jur. Arg. 1, 604).

Frente al acreedor por prenda agraria, se ha resuelto que no procede la tercería del locador “por arrendamientos posteriores a la constitución de la prenda agraria, si no se inscribió el contrato de locación” (C. Com. Cap. Jur. Arg. 45, 171); “... ni por arrendamientos anteriores, si el contrato de locación no se inscribió con anterioridad al de prenda agraria” (C. Com. Cap. Jur. Arg. 26, 787).

117. VII. 2º b) Gastos de justicia.

El privilegio que protege los gastos de justicia, puede funcionar como general o especial, ha dicho el Dr. Cordeiro Alvarez ⁽³³⁾ y explayando su pensamiento dice este autor: “cuando se preste utilidad a todos, ese privilegio será general; cuando el gasto de justicia sólo preste utilidad a algunos, sólo frente a éstos tendrá carácter de privilegiado.

(33) Op. Cit. 44.

Cuando el gasto de justicia haya servido para liquidar todo el patrimonio del deudor, el privilegio recaerá sobre todos los bienes; cuando el gasto de justicia haya servido para liquidar sólo bienes determinados, el gasto de justicia sólo recaerá sobre el producido de estos bienes". Para distinguir el distinto funcionamiento del privilegio de los gastos de justicia, hay pues que atender a un concepto subjetivo (a cuáles acreedores benefició) y a un concepto objetivo (para liquidar cuáles bienes sirvió).

Por eso, en el caso común de ejecución hipotecaria de bienes de una sucesión, procede el privilegio de gastos de justicia hechos en la sucesión, si los trabajos beneficiaron al acreedor hipotecario ⁽³⁴⁾ y no procede en caso contrario ⁽³⁵⁾. Igual distingo debe hacerse en cuanto a los gastos de justicia producidos en otros juicios universales ⁽³⁶⁾.

En alguna oportunidad, sin aludir al beneficio que el gasto de justicia pudo prestar al acreedor hipotecario, se ha exigido la justificación de la insolvencia de la sucesión deudora, para que el privilegio pudiera funcionar (C. Civ. 1º La Plata Jur. Arg. 35, 1101).

Un caso de funcionamiento especial del gasto de justicia es el resuelto por la C. Com. de la Capital, al allanarse el ejecutante al privilegio del tercerista, acreedor prendario, exigiendo el pago de los gastos de justicia de la ejecución donde se vendió el bien afectado a la prenda agraria (Jur. Arg. 72, 444) ⁽³⁷⁾.

⁽³⁴⁾ C. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 63, 210; C. Civ. 1ª La Plata, *Jur. Arg.* 41, 848.

⁽³⁵⁾ C. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 63, 198.

⁽³⁶⁾ "No procede la tercería de mejor derecho, en cuanto a los honorarios del abogado del liquidador de la quiebra, en el concurso especial del hipotecario, si éste no ha obtenido de esa gestión, ningún beneficio" (C. Com. Mend. *Jur. Mend.* III, 238).

⁽³⁷⁾ El Cód. de Salta dispone al respecto: "si los bienes realizados no alcanzaran para abonar el crédito del tercerista y las costas del juicio ejecutivo, éstos tendrán preferencia pero podrán ser reducidas a sus justos límites a petición de aquél" (art. 492, tercer apartado).

118. VII. 2º c) Salarios.

“Procede la tercería de mejor derecho por los salarios, del guardián de una embarcación embargada en la ejecución de una hipoteca naval, aun cuando el tercerista hubiera sido nombrado por un depositario judicial, sin autorización del juez”, ha dicho la C. Fed. de la Cap. (Jur. Arg., 69, 339).

119. VII. 2º d) Constructor.

“El privilegio por mano de obra y provisión de materiales, es especial y puede hacerse efectivo mediante tercería de mejor derecho”, se ha resuelto por la justicia de paz de la Capital (Jur. Arg. 59, 680).

120. VII. 2º e) Prenda agraria.

Se trata de un privilegio especial, con características propias y garantías subsidiarias en el procedimiento judicial, establecido por la ley 9644 (arts. 1 y 3). Es sabido y lo hemos visto precedentemente, que la ley prohíbe las tercerías, de dominio o de mejor derecho (art. 21), salvo el caso del locador en la situación prevista por el art. 6. Dije también, que se ha admitido el reconocimiento de los privilegios que enumera el art. 19, sin juicio ordinario de tercería de mejor derecho, como incidente de la ejecución prendaria.

Veamos ahora algunos casos judiciales, donde hubo colisión del privilegio del acreedor prendario, con el de otros acreedores.

“En la ejecución prendaria es inadmisibles la tercería deducida por el Banco Hip. Nac. en base a la hipoteca constituida a su favor” (C. Fed. Cap. Jur. Arg. 51, 444).

“El acreedor con prenda agraria sobre un automóvil, tiene derecho preferente sobre el que se limitó a hacer ins-

cribir el embargo en el registro de automotores, sin hacer efectivo el secuestro del coche. No importa que la inscripción del embargo sea anterior a la prenda, pues el conservador del registro agrícola, no está obligado a pedir más certificados que los que señala la ley 9644 y mientras la cosa embargada se encuentre en poder del deudor, éste tiene derecho a prendaarla" (C. Civ. 2ª La Plata, Jur. Arg. 1943-IV, 113).

"Proede... deducida por el acreedor con prenda agraria sobre la maquinaria de una panadería, aunque con anterioridad a la constitución de la prenda, el propietario del inmueble, al hipotecar éste, incluyera todas las maquinarias y enseres". (C. Civ. 1º Cap. Jur. Arg. 59, 820).

"Debe prosperar ... deducida por el acreedor prendario contra el embargo trabado por el contador para cobrar sus honorarios de la convocatoria, si el dinero sobre el cual obtuvo el embargo proviene de la venta de la prenda agraria establecida en favor del tercerista" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 17, 266).

"No procede... deducida por el Banco Municipal de Préstamos al serle ordenada la entrega de una máquina de escribir pignorada, afectada con prenda agraria a favor del ejecutante" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 63, 267).

Pero si el plazo acordado para el pago del crédito garantido con prenda agraria, no ha vencido, su titular no puede deducir tercería de mejor derecho "aun cuando se haya trabado embargo en los bienes afectados a la prenda, mientras éstos no sean vendidos y substituídos por el precio, que puede reclamar el acreedor prendario (art. 754 cód. civ.)" (C. Ap. S. Fe Jur. Arg. 26, 409).

121. VII. 2º f) Hipoteca.

La hipoteca es un derecho real de garantía, que otorga al acreedor, sobre su crédito y accesorios, un privilegio especial (arts. 3108, 3109, 3111 cód. civ.).

Aparte de la acción ejecutiva que tiene el acreedor hipotecario y del procedimiento especial que el código civil y las leyes procesales le otorgan para concurrir como tercerista al proceso donde se ejecuta la garantía, que será materia del capítulo siguiente, puede hacer uso también de la tercería de mejor derecho u oponerse a las que se deduzcan en su ejecución. Vimos más arriba, algunos casos de la colisión de su privilegio con otros privilegios; veamos otros.

“Procede la tercería de mejor derecho promovida por el acreedor hipotecario, que embargó las rentas del inmueble gravado, depositadas después que se notificó al inquilino el embargo decretado en la ejecución hipotecaria, en juicio seguido por un acreedor quirografario” (C. Com. Cap. Jur. Arg. 1944 - I - 409 ⁽³⁸⁾); “...que ejecutó la hipoteca ante la justicia provincial trabando embargo sobre la uva producida en el inmueble, la cual fué vendida, debiendo entregarse los documentos al acreedor, si en otra ejecución tramitada en la Capital por un acreedor común del marido de la deudora hipotecaria, se obtuvo la transferencia del importe de esos documentos” (C. Com. Cap. Jur. Arg. 63, 281).

“Cuando un inmueble ha sido embargado a la vez por dos acreedores, uno común y otro hipotecario, con privilegio sobre dicho inmueble, debe reconocerse el mejor derecho de éste, aun en el caso de haberse hecho adjudicación a favor de aquél, pues esta circunstancia no extingue el derecho del acreedor hipotecario para perseguir la cosa hipotecada en poder del adquirente” (C. Fed. La Plata, julio 1911, 87). Parece desprenderse de esta sentencia, que en la ejecución promovida por el acreedor hipotecario, no se citó a éste conforme al art. 3196 del cód. civil, impidiéndole de esa manera hacer uso de la vía más breve de concurrir a la ejecución a defender su privilegio. Si la hipoteca

(38) En análogo sentido: C. Com. Cap. Jur. Arg. 62, 828.

fué otorgada en fraude de los acreedores, no da derecho a pago preferente (S. C. Fallos, 28, 202).

122. VII. 3º Embargo.

Cuando sobre un bien embargado no pesan derechos reales de garantía, ni se encuentra afectado a privilegios, los acreedores tienen prioridad sobre el producido del mismo, en orden a la fecha de sus embargos. Quien por falta de diligencia o circunstancias fortuitas o atribuibles al deudor o a otros acreedores, resulta por ello postergado en el cobro de su crédito, corriendo el riesgo de no percibir nada por la insuficiencia de los bienes del deudor, puede recurrir al juicio de concurso civil o comercial, donde las preferencias o prioridades que resultan de los embargos, desaparecen y cada acreedor queda en paridad de situación frente a los de su clase. El juicio universal, que abarca todos los bienes del deudor, es un proceso caro y lento, al cual se recurre en casos extremos, a menos que se emplee extorsivamente para obtener un pago o con ánimo de venganza. El acreedor quirografario lleva las de perder en esta clase de procesos, pues raramente cobra algo si se lleva adelante y con frecuencia debe anticipar fondos para publicación de edictos y sellados.

Por eso he reclamado, siempre, la introducción entre nosotros de un procedimiento similar al que existe en las legislaciones europeas y que es conocido con el nombre de distribución. Prácticamente es un concurso especial, que no abraza la universalidad de los bienes del deudor y donde se gradúan créditos y se distribuyen los fondos provenientes de determinados bienes que han sido embargados.

Sobre la base del art. 3937 del cód. civil, que permite la formación de un concurso especial sobre el inmueble gravado con hipoteca, la S. Corte ha resuelto que la distribución a prorrata entre acreedores del mismo grado, del

producido de los bienes embargados al deudor común, es lícita y posible entre nosotros.

Es cierto que se llegó a ello con espíritu de equidad y encontrándose cerrado el camino del concurso por ser la deudora una Provincia, pero no es menos cierto que la resolución aparece con buenos fundamentos jurídicos y sin discordar con nuestras instituciones ⁽³⁹⁾.

La prioridad de los embargos, debe determinarse, como lo establece el cód. de Entre Ríos (art. 500) por el orden de anotación en los registros públicos, en caso de inmuebles o de la traba si se tratara de bienes muebles. Deben resolverse por analogía, las demás situaciones. Cuando para el embargo de automotores exista un registro especial, esa anotación determinará la prioridad, de lo contrario la fecha del acta labrada por el oficial de justicia. Cuando se trata de derechos y acciones deducidas en juicio, determinará la prioridad, la fecha de la anotación en el expediente y de créditos en poder de terceros, la notificación a éstos.

Como ya dije, la preferencia resultante del embargo que ampara un crédito quirografario, cede ante un privilegio especial creado por las leyes de fondo (S. C. Bs. As. Jur. Arg. 1943-IV-79) ⁽⁴⁰⁾.

Si, como expresé más arriba, la prioridad en caso de embargo de inmuebles, ha de determinarse por la fecha de la inscripción en los registros inmobiliarios (art. 246 ley 1893), es claro que "no procede la tercería de mejor derecho sobre el precio de venta de un inmueble embargado, fundado en la anterioridad del embargo del tercerista, si éste no se anotó en el registro de la propiedad" (C. Fed. La Plata Jur. Arg. 23, 754).

Tampoco procede si el deudor se encuentra en estado

⁽³⁹⁾ In ré. "Banco Francés del Río de la Plata/Provincia de Corrientes" en *Jur. Arg.* 60, 725, y en *Fallos* 179, 342.

⁽⁴⁰⁾ "La prioridad del embargo sólo entra en juego cuando se trata de créditos de igual naturaleza" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 55, 596).

de concurso, situación en la cual, la preferencia derivada del embargo anterior, desaparece y sólo juegan los privilegios generales o especiales (C. Civ. 1º Cap. Jur. Arg. 30, 378).

“Procede, en cambio, ha dicho la S. Corte, la tercería de mejor derecho deducida por el primer embargante sobre la suma pagada por el deudor común a otro acreedor, con conocimiento de aquel embargo” (Fallos 22, 169) ⁽⁴¹⁾.

“Procede... en favor del acreedor quirografario que embargó un bien hipotecado, si vencida la inscripción de la hipoteca, ésta se reinscribió tardíamente y vigente el embargo” (C. Civ. 1º Cap. Jur. Arg. 73, 884).

En el caso de un embargo preventivo se ha resuelto que procede la tercería de mejor derecho “a favor de otro acreedor quirografario que antes de que lo hiciera el ejecutante, trabó embargo preventivo. Este carece de eficacia sin la correspondiente demanda, pero producida ésta y obtenido el reconocimiento judicial del crédito, otorga prioridad” (C. Com. Cap. Jur. Arg. 66, 252).

123. VIII. Recursos en la tercería de mejor derecho.

Los principios generales que he expuesto sobre procedencia de las diversas clases de recursos en la tercería de dominio (par. 69), son aplicables también a la tercería de mejor derecho y a lo allí expresado me remito.

En cuanto al derecho del demandado-ejecutado a usar de los recursos, la situación no es más clara que en la tercería de dominio, aunque diferente.

Supongamos deducida solamente la acción de recono-

⁽⁴¹⁾ “El acreedor que ha embargado con anterioridad a otro el saldo resultante de la venta judicial de un inmueble de su deudor común, puede hacer valer su preferencia deduciendo tercería o pidiendo el concurso de su deudor, pero no puede exigir del acreedor que habiendo inhibido después de él a su deudor cobró su crédito de lo embargado, la devolución de lo cobrado” (C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 3, 728).

cimiento del privilegio. Para el tercerista no hay duda, podrá apelar de acuerdo a los principios comunes.

Si ejecutante y ejecutado se allanan, no hay problema.

Si el ejecutado se allana y el ejecutante no, este último está sometido a los principios comunes. Pero si no obstante el allanamiento del ejecutado, la tercería es rechazada; ¿puede este último recurrir? Entiendo que no. A él le interesa jurídicamente que cobre el privilegiado o más privilegiado, pero si la justicia declara que no existe la preferencia que él creyó, no le causa perjuicio.

Si el ejecutante se allana y el ejecutado no, creo que la tercería debe prosperar, siempre que el allanamiento sea suficientemente explícito a fin de que no haya duda sobre sus efectos en cuanto al grado del privilegio (si invocó alguno) del ejecutante. En tal supuesto no hay recursos, pues la sentencia estimará la demanda en virtud del allanamiento.

Supongamos ahora que se acumula a la tercería de mejor derecho, la acción de condena por el cobro del crédito.

Si el ejecutado se allana y el ejecutante no y las dos acciones son rechazadas, como en el supuesto precedente, entiendo que el ejecutado no puede recurrir. Si se reconoce el crédito pero no el privilegio, tampoco.

Si el ejecutante se allana y el ejecutado no, este último, que no reconoció el crédito, puede apelar, tanto si se estiman ambas acciones, como si solamente es acogida la de condena.

Veamos ahora algunos casos de procedencia o improcedencia de recursos, en este tipo de tercería.

“Es nula la resolución dictada sin que se haya sustanciado en juicio ordinario por separado, el pedido de un tercero alegando privilegio superior sobre el actor” (C. Civ. 2º Cap. Jur. Arg. 2, 448).

“No procede la nulidad de actuaciones peticionada por el tercerista en el juicio ejecutivo, fundada en que la pose-

sión judicial de los bienes ejecutados y que se había adjudicado el ejecutante en compensación de su crédito, fué entregada después de interpuesta la tercería de mejor derecho, si en dicha tercería no se proveyó el pedido de suspensión de procedimientos". (C. Crim. y Com. Mend., Jur. Arg. 57, 597).

"No infringe ninguna disposición legal la cámara de apelaciones que no permite una tercería de mejor derecho en una ejecución de prenda agraria" (S. C. Bs. As. Jur. Arg. 25, 1546).

"No procede el recurso ordinario de apelación ante la Corte, en la tercería de mejor derecho promovida en un juicio de expropiación seguido por el fisco nacional, si la sentencia no contiene decisión a favor ni en contra de la Nación" (S. C. Fallos 136, 284).

"Es inapelable el auto que, postergando la resolución de las cuestiones suscitadas por la iniciación de una tercería de mejor derecho, decreta el remate del inmueble embargado" (S. C. Fallos, 64, 342).

124. IX. Costas en la tercería de mejor derecho.

Para evitar repeticiones, me remito a lo expuesto sobre este tópico al estudiar la tercería de dominio (par. 75); sólo creo conveniente agregar, que, en caso de allanamiento del ejecutante, no puede, en general, haber dudas de que no procede condenarle en costas⁽⁴²⁾. En efecto, si para hacer efectivo un crédito legítimo, ha embargado un bien de su deudor, no ha hecho más que ejercitar un derecho, en la medida de lo lícito, ya que los bienes del deudor, son la prenda común de sus acreedores. Al hacerlo, puede ignorar la existencia de privilegios o de derechos reales de garantías que graven especialmente ese bien y aun de em-

⁽⁴²⁾ "No procede aplicar las costas al ejecutante que se allana, pues no pudo prever la actitud del tercerista" (C. Civ. Mend. Jur. Mend. VI, 257).

bargos que le afecten. Por otra parte, aun conociéndolos, si al acreedor privilegiado o el primer embargante no se muestran diligentes para hacer efectiva su acreencia, puede, con razón, creer que no tienen interés en ello.

125. X. Perención, prescripción y cosa juzgada en la tercería de mejor derecho.

Respecto a la perención, nada creo necesario agregar a lo expuesto al estudiar la tercería de dominio (par. 80).

PRESCRIPCIÓN. — La preferencia al cobro de un crédito o el mejor derecho al crédito mismo, que, como vimos, se reclama a veces, mediante la tercería de mejor derecho, es una acción aneja o accesoria a la acción de condena respectiva (art. 3877 cód. civ.) o al derecho substancial que mediante su ejercicio se intenta proteger. No puede haber un mejor derecho, ni privilegio; una preferencia al pago de un crédito, si éste no existe o se trata de una obligación natural que no confiere acción al acreedor (art. 515 Cód. Civil). Entiendo por eso que no prescribe la acción de tercería de mejor derecho, mientras no prescriba el crédito cuya preferencia en el pago se pretende.

En una sentencia del Juez Federal de Rosario (Jur. Arg., 13, 283) se leen, al margen del punto específico planteado (prescripción de la acción para reclamar el mejor derecho a una expropiación), conceptos contrarios a los que sostengo. Se postula allí la autonomía de la acción deducida en la tercería de mejor derecho. "Los derechos ejercitados en las tercerías en general, son siempre derechos reales, iniciados por medio de esas tercerías que, a su vez y en atención a su finalidad y objeto, son también acciones reales. Las tercerías de dominio, lo son porque su fin es la reivindicación de "cosas" en un juicio seguido por terceros, en el que los derechos de propiedad del verdadero propietario (el tercerista), se hallan desconocidos. Las tercerías de "mejor derecho" son también acciones reales, por-

que su fin es la reivindicación de “un precio” en el cual la cosa ha quedado convertida”.

No es fácil aceptar la doctrina expuesta, con la generalidad planteada. En el supuesto de las tercerías anómalas, en las cuales se discute el mejor derecho al crédito o al derecho reclamado por el ejecutante, podría, tal vez, hablarse de una acción reivindicatoria. Y en el caso específico que el magistrado tenía sub-examen, mejor derecho a parte del precio de una expropiación, era jurídicamente lícito hablar de derecho real, pero por la sencilla razón que el tercerista discutía el dominio de parte del inmueble expropiado. Por eso se planteó la defensa de prescripción, fundada en que el expropiante hacía más de diez años que tenía la posesión del inmueble. Y por eso el juez, la Cámara y la Corte, rechazaron la defensa, pero no como prescripción liberatoria, sino como prescripción adquisitiva de treinta años.

Admitamos, hipotéticamente, que la tercería de mejor derecho prescribiera separadamente del crédito que ampara y que este último se hallara prescripto, ¿qué finalidad, qué “interés jurídicamente protegido” daría fundamento a la tercería? Faltaría, en tal caso, uno de los presupuestos necesarios de la acción, el interés procesal (“point d’interêt point d’action”).

Por otra parte, el ejecutante, podría oponer la prescripción del crédito, si el ejecutado no lo hubiera hecho (art. 3963, Cód. Civ.).

Por último, ese presunto plazo de prescripción autónoma, ¿desde cuándo correría? Tendría que empezar desde la fecha en la cual se hizo exigible la obligación (art. 3956, Cód. Civ.) y tendríamos dos plazos de prescripción que pueden ser distintos en duración y empiezan conjuntamente, pudiendo producirse el caso referido o bien el inverso de que la acción para deducir la tercería prescribiera y subsistiera el crédito, sin privilegio. Habríamos creado así una forma de extinción de los privilegios no prevista por la ley.

Hemos visto la similitud que existe, en cuanto al ejercicio de la tercería de mejor derecho, entre el acreedor privilegiado y el acreedor hipotecario que recurre a este procedimiento. Ahora bien, la garantía hipotecaria prescribe con el crédito (art. 4023 del Código Civil) y no separadamente da él.

En los casos que he demoninado anómalos, en los cuales no se reclama la preferencia en el pago, sino un mejor derecho o simplemente un derecho de propiedad sobre el crédito reclamado por el ejecutante, la situación varía. La que se ejercita no es una acción accesorio, sino principal, y allí, en ciertos supuestos, podría hablarse de reivindicar un bien, con las limitaciones que esta acción real tiene dentro del Código Civil (arts. 2758 a 2762). Pero, en general, también, en este caso, la acción ejercitada mediante la tercería de mejor derecho, es de carácter personal y no real. Así lo resolvió la Cám. Civ. 2ª de la Cap. en la sentencia que se registra en el repertorio publicado por la Inspección Nacional de Justicia, junio 1913, pág. 136.

COSA JUZGADA. — Me remito a lo expuesto sobre este tópico, al estudiar la tercería de dominio (pár. 80).

126. XI. Efectos de la tercería de mejor derecho, sobre el proceso en el cual se deduce.

El primer efecto que produce la deducción de una tercería de mejor derecho "prima facie" procedente, es la suspensión del pago en el juicio principal ⁽⁴³⁾.

(43) "No procede suspender las entregas de fondos hasta que se resuelva en definitiva la tercería deducida, si el mejor derecho que sostiene el tercerista está subordinado a que en juicio se le reconozca primero su carácter de acreedor, luego el fraude y la transferencia simulada en favor del co-demandante en el principal" (C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 43, 160).

"Para suspender el pago al ejecutante no basta que se promueva la tercería, sino que aparezca "prima facie" procedente" (C. Crim. y Com. Mend. *Jur. Mend.* III, 181; C. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 12, 547).

El código de la Capital dispone al respecto: "Si la tercería fuese de mejor derecho, seguirá el juicio ejecutivo hasta la realización de los bienes embargados, SUSPENDIÉNDOSE EL PAGO hasta que se decida quien tiene mejor derecho" (art. 531) ⁽⁴⁴⁾. El pago es el cumplimiento de la obligación (art. 725, Cód. Civ.), una de las formas mediante las cuales se extinguen las obligaciones. Ahora bien, cuando el acreedor compra el bien embargado o se lo adjudica y éste es un inmueble, la obligación no puede extinguirse, mientras no se haya hecho la transferencia del inmueble al acreedor (arts. 738, 745 y 574 Cód. Civil) y esta transferencia no se perfecciona sin posesión y título (arts. 2601 y 2602). En consecuencia, mientras no se haya dado la posesión y escriturado el inmueble al acreedor ejecutante, no existe pago y procede la suspensión del mismo si se deduce una tercería de mejor derecho con los recaudos pertinentes. Así se ha resuelto algunas veces, como puede verse más arriba (párr. 109) pero otras veces se ha considerado que el pago estaba ya hecho, si se había aprobado la adjudicación o se había resuelto la compensación o se había dado la posesión. Tanto para que proceda dar curso a la tercería, como para la suspensión del pago, no puede éste considerarse realizado, en la hipótesis planteada si no se ha escriturado ⁽⁴⁵⁾.

Lo mismo debe decirse cuando el acreedor no ha per-

⁽⁴⁴⁾ Disposiciones idénticas, salvo el cambio de alguna palabra, en los códigos de Bs. As. (577), Corrientes (520), E. Ríos (390), Jujuy (560), La Rioja (1197), Salta (492), S. Luis (817), Mendoza (660). Con algunas diferencias de redacción, pero disponiendo que se suspenderá "el pago" S. Juan (1022), Tucumán (557), Ley 50 (302), S. del Estero (711), S. Fe (527), nuevo de Córdoba (65).

⁽⁴⁵⁾ "Es extemporánea la oposición del tercerista de mejor derecho a que se escribure al acreedor hipotecario que resultó comprador si dedujo su acción cuando ya se había compensado la hipoteca con el precio de compra, dado la posesión al comprador y ordenado la cancelación de la hipoteca y embargo, sin perjuicio de lo que se resuelva en la sentencia" (C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 1942-I, 2).

cibido el importe de su crédito, no obstante estar firme el decreto que ordena librar el cheque.

Concordantemente con el criterio que sostengo, se ha resuelto que “la tercería de mejor derecho no interrumpe el procedimiento del juicio ejecutivo, mientras en éste no se disponga de los fondos” (C. Civ. 1ª Cap., Jur. Arg., 40, 403); “... que no suspende el remate del inmueble embargado” (ant. C. Civ. Cap., 89, 383); “... que el tercerista sólo puede exigir la retención de su crédito” (ant. C. Civ. Cap., 130, 169); “... que el ejecutante no puede percibir el importe de su crédito, mientras no sea resuelta la tercería pendiente” (S. C., Fallos, 69, 212; 77, 155); “... que no impide la prosecución del juicio, ni la venta, ni la entrega del bien, suspende únicamente el pago” (C. Com. Cap., Jur. Arg., 63, 267).

A veces se ha resuelto que no obstante la deducción de la tercería y consecuente suspensión de procedimientos, procede el pago bajo fianza ⁽⁴⁶⁾. El criterio adoptado es erróneo, porque implica substituir una garantía por otra. Si la ley concede al ejecutante un mejor derecho sobre el precio de una cosa, sobre el dinero que su venta ha producido, no se ve como los jueces han de obligar al tercerista a que acepte la substitución del dinero por una fianza. Si el tercerista triunfa en sus pretensiones, tiene derecho a percibir su crédito del importe resultante de la venta del bien sobre el cual recaía su privilegio. Darle en cambio una fianza, es otorgarle en lugar de dinero, un deudor solidario, el fiador, al que puede verse obligado a ejecutar.

Por eso es justa la resolución de la antigua Cám. Civil de la Capital de que “el tercerista tiene derechos a oponerse a la entrega de los fondos, aun bajo fianza” (tomo 77, pág. 214 de su colección).

Dos de los códigos más modernos, el de S. Fe y el de

(46) C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 23, 328; 42, 252; C. Com. Cap. Jur. Arg. 1942-II, 573.

S. del Estero, lo disponen así expresamente. Los dos establecen que “cuando la tercería fuese de mejor derecho, se ejecutará la sentencia hasta la realización de los bienes embargados, suspendiéndose el pago mientras aquélla se decida, aunque éste se solicite bajo la responsabilidad de los acreedores o con fianza” (arts. 527 y 711, respectivamente).

Como el tercerista de dominio invoca una preferencia en el pago y no el dominio de la cosa embargada, es obvio que “no puede pretender el levantamiento del embargo” (S. C., Fallos, 10, 320).

En ciertos supuestos del cumplimiento de la sentencia de remate, el ejecutante puede pedir la adjudicación en pago (art. 516, código Cap.); por los motivos expuestos, si se ha deducido tercería de mejor derecho, esa adjudicación es improcedente, a menos que el adjudicatario consigne el precio por el cual procede la adjudicación ⁽⁴⁷⁾.

Dentro del concepto de pago que he expuesto más arriba, se ha resuelto que el tercerista tiene personería para pedir que se deje sin efecto el auto que da por compensado el precio y ordena la entrega al ejecutante que resultó comprador ⁽⁴⁸⁾.

En el caso particular de un comprador en la subasta, que ejerciendo el derecho acordado por el art. 522 del Cód. de la Capital, pretendió desistir de la compra por existir una tercería de mejor derecho, se resolvió: “El comprador de un inmueble no puede desistir de la compra objetando los títulos por la circunstancia de existir en los autos la simple anotación de una tercería de mejor derecho sobre los fondos producto de la venta, aunque pudiera declararse la nulidad del gravamen hipotecario en segundo término, en cuya ejecución se ha vendido el inmueble, pues ello no puede afectar el título del comprador” (C. Civ. 1ª Cap., Jur. Arg., 25, 151).

⁽⁴⁷⁾ C. Civ. Mend. *Jur. Mend.* I, 528.

⁽⁴⁸⁾ C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 49, 225.

Otro efecto que produce la deducción de una tercería de mejor derecho, a la cual se le ha dado curso, es la posibilidad, para el ejecutante, de pedir ampliación de embargo (art. 533, cód. Cap.), en las condiciones que expuse al estudiar igual tópico en la tercería de dominio.

127. XII. Intervención del tercerista en el proceso principal.

Advertí, al estudiar este mismo tema en la tercería de dominio, que ciertos códigos del país, admiten, expresamente, la intervención del tercerista de mejor derecho en algunos trámites del principal. Así, el código de Entre Ríos: "El opositor coadyuvante tiene derecho a intervenir en el avalúo y remate de los bienes sobre que recaiga la tercería" (art. 391) ⁽⁴⁹⁾.

El de Salta, más amplio en un sentido y más estricto en otro, dispone: "Desde el momento en que el derecho del tercerista fuese reconocido, tendrá facultad para intervenir en el procedimiento ejecutivo" (art. 492, segundo apartado).

Los códigos que hablan de un "opositor coadyuvante" (E. Ríos, La Rioja, S. Juan y Mendoza), emplean una expresión que puede prestarse a equívocos, pues el tercerista de mejor derecho pretende, en lo fundamental de su acción, excluir, total o parcialmente al ejecutante en el producido de los bienes embargados, ya que alega una preferencia al pago. En forma accesoria y si desea intervenir en el principal para urgir la venta o vigilarla, podrá considerársele, en esa etapa del proceso, como coadyuvante, pero lo accesorio, no puede caracterizar una posición. Es, pues, en el proceso de tercería, un tercero excluyente u opositor,

⁽⁴⁹⁾ Disposiciones iguales en los códigos de La Rioja (1199), S. Juan (1023), Mendoza (662). El de Santa Fe (529) reduce la intervención del tercerista a "las acusaciones relativas al remate de los bienes".

y cuando interviene en el principal puede ser opositor o coadyuvante. Resulta entonces, más cómodo y sencillo, hablar sólo del “tercerista”, como lo hacen los códigos de Salta y de S. Fe.

En los supuestos de intervención a la cual me vengo refiriendo (código de Entre Ríos y demás que contienen disposición igual a la de aquél), los caracteres de la tercería y las facultades del tercerista, son distintos, doctrinaria y prácticamente, a las de la institución principal, en este caso el proceso de tercería de mejor derecho. Esos caracteres y facultades, son análogos, aunque no iguales, a los de la intervención del acreedor hipotecario en la ejecución donde se embargó su garantía y que estudiaré en el capítulo siguiente. Intervienen, de acuerdo a la disposición legal, en una sola etapa del proceso, la de cumplimiento de la sentencia de remate. En tal concepto, el tercerista puede intervenir en el avalúo de los bienes, cuando este avalúo proceda, concurriendo a la designación de tasadores y de martilleros. Puede oponerse a la adjudicación al acreedor, si éste pretende compensar el precio con su crédito y en igual supuesto de compra en la subasta por el acreedor. Puede apelar las resoluciones recurribles que le perjudiquen y pedir todas las medidas encaminadas a obtener un mejor precio en la subasta, que sean procedentes.

La intervención que autoriza el código de Salta (art. 492) es distinta en sus efectos y en sus caracteres. En cuanto a estos últimos, son los de una tercería principal, es decir, de las que otorgan legitimación primaria y excluyente. En sus efectos, es más restringida que la autorizada por los otros códigos, pues el tercerista es admitido a intervenir recién cuando su derecho haya sido “reconocido”, vale decir, una vez dictada sentencia definitiva que reconozca la prioridad en el pago pretendido. Pero es también más extensa, pues viene como sujeto principal, y en consecuencia con facultades amplias. Podría inferirse de la disposi-

ción, que el tercerista saca al ejecutante vencido del pleito y le sustituye. Pero si se piensa que el ejecutante, a su vez, tiene un mejor derecho al cobro de las costas de la ejecución (art. 492, Cód. de Salta) que pudo embargar bienes sobre los cuales no existía privilegio, que los bienes embargados pueden dar un producido superior a la suma reclamada, etc., se comprende que el ejecutante no puede ser sacado de causa. Tenemos, entonces, un proceso con tres sujetos principales, aunque dos de ellos, ejecutante y tercerista, deban considerarse actores y en ciertos aspectos, coadyuvantes mutuos.

128. XIII. Sanciones civiles y penales.

La tercería de mejor derecho se presta menos que la de dominio a connivencia ilícita entre tercerista y ejecutado, por ello es raro que deriven de aquella sanciones civiles o penales. Pero pueden producirse casos que las originen sea porque exista esa connivencia, sea, en cuanto a las sanciones civiles, por un ejercicio abusivo, culposo o negligente del derecho de acción.

En cuanto a las sanciones civiles, parece poco probable que surjan, ya que la tercería de mejor derecho no suspende la venta de los bienes y consecuentemente no puede hablarse de desvalorización de éstos. El perjuicio para el ejecutante, por el retardo en percibir el importe de su crédito, en el supuesto de que la tercería fuese rechazada, se encuentra establecido legalmente por el interés, sea que la obligación los lleve (art. 621, Cód. Civ.) o no (art. 622, cód. cit.). Y ese interés corre hasta que el acreedor perciba su crédito. El problema a resolver, es a cargo de quién deben ser esos intereses. Con justicia, ellos deben ser a cargo del tercerista vencido, desde el momento que la dilación en el pago se produce en razón de la tercería (art. 531, cód. Cap.). Pero esa sanción debe ser pronunciada por los jue-

ces, a pedido del interesado, sea en el juicio de tercería, si hubiesen sido reclamados en el responde, sea en proceso por separado y a "posteriori".

Las sanciones penales es, también, difícil, que puedan ser aplicadas. La mayoría de los códigos del país, al normar las sanciones penales (Cap., Bs. As., Salta, Corrientes, La Rioja, E. Ríos, Jujuy, S. Juan, S. Luis, S. del Estero), hacen pasible de la sanción al tercero "opositor" en connivencia con el ejecutante y como la mayoría de estos códigos pareciera que consideran como tal, solamente al tercerista de dominio, pudiera concluirse que sólo a éstos se refieren. Pero, como puntualicé más arriba, el tercerista de mejor derecho, es también "opositor" y sólo puede considerársele coadyuvante, en ciertas actuaciones del juicio principal. En consecuencia, debe aceptarse que el tercerista de mejor derecho, también es pasible de sanciones penales. El código de Tucumán lo comprende expresamente pues se refiere a "connivencia de partes" en "la tercería" (art. 559).

Pero dada la naturaleza y fines de la acción ejercitada por el tercerista de mejor derecho y también los efectos que produce en el principal, es poco probable que la connivencia exista y los jueces no podrán fundar su sanción en simples indicios o presunciones, sino en pruebas que den mayor certeza del fraude intentado.

CAPÍTULO VII

OTRAS FORMAS DE TERCERÍAS EN INTERÉS PROPIO ORIGINARIO, DIRECTO Y EXCLUYENTE

129. División. — 130. Primera parte. Tercerías provocadas por la ejecución de un inmueble gravado con hipoteca. — 131. I. Intervención del acreedor hipotecario en la ejecución donde se va a subastar su garantía. 1º Caracteres. Derecho sustancial que protege. — 132. I. 2º Sustanciación. — 133. I. 2º a) Citación de los acreedores hipotecarios. — 134. I 2º b) Forma de la citación. — 135. I. 2º c) Efectos de la citación y de la falta de citación. — 136. II. La figura procesal del tercer poseedor. 1º Caracteres. Derechos sustanciales que protege. — 137. II. 2º Sustanciación. — 138. Segunda parte. Intervención de sub-inquilinos en el juicio de desalojo entre locador y locatario. 1º Caracteres, derecho sustancial que protege. — 139. 2º Sustanciación. — 140. Tercera parte. Denuncia de litis. Intervención del “verus possesor”. 1º Caracteres. Derecho sustancial que protege. — 141. 2º Sustanciación. — 142. Cuarta parte. Denuncia de litis. Llamado al pretendiente. 1º Caracteres. Derecho sustancial que protege. 143. 2º Sustanciación.

129. División.

Dentro del primer grupo de procesos con intervención de terceros, de acuerdo a la sistematización que he formulado en el capítulo tercero, quedan cuatro especies o mejor tal vez, formas de esa intervención. Ellas serán materia de este capítulo subdividido en cuatro partes: 1º, tercerías provocadas por la ejecución de un inmueble gravado con hipoteca; 2º, tercería del sub-locatario en el proceso de desalojo entre locador y locatario; 3º, “ad-citatio”; 4º, llamado al pretendiente.

130. Primera parte. Tercerías provocadas por la ejecución de un inmueble gravado con hipoteca.

Varias situaciones pueden plantearse por la existencia de créditos con garantía hipotecaria, que hagan necesaria o útil la intervención de nuevos sujetos en un proceso pendiente, dando origen a diversos tipos de tercería. La más común y que se encuentra reglamentada por las leyes procesales, es la intervención de un acreedor hipotecario, en la ejecución donde se va a subastar su garantía. Pueden presentarse distintas situaciones: acreedor hipotecario que concurre a la ejecución tramitada por un quirografario, acreedor hipotecario de segundo o ulterior grado, que concurre a la ejecución promovida por el primer acreedor hipotecario y vice-versa. Y dentro de esa especie, el concurso especial que autoriza el art. 3937, Cód. Civ. Tenemos también, el requerimiento de pago o de abandono del inmueble al adquirente del inmueble hipotecado, o al tercero que constituyó la hipoteca sin ser el deudor y la posible intervención de éstos en el proceso.

131. I. Intervención del acreedor hipotecario en la ejecución donde se va a subastar su garantía. 1º Caracteres. Derecho substancial que protege.

Se trata de una sub-especie, con formas propias, de la tercería de mejor derecho. Todos los problemas que en ella se plantean, giran sobre el mejor derecho del hipotecario a percibir su crédito antes que el quirografario; de éste, de percibir las costas de la ejecución que beneficiaron al hipotecario; de acreedores hipotecarios en segundo o ulterior grado de vender el inmueble si su ejecución se anticipó a la del primer hipotecario, etc.

Se trata de una tercería en interés propio, originario, directo y excluyente. Puede ser considerada voluntaria, cuando el acreedor concurre al proceso sin ser llamado, pero

cuando éste se produce, tiene indudables caracteres de forzosa ó coactiva, pues, su incomparencia le puede acarrear perjuicios, incluso la pérdida de su garantía y de su crédito. El llamado puede ser formulado a pedido de parte (ejecutante o ejecutado) o por disposición judicial (art. 521, cód. Bs. As. y 308 nuevo de Córdoba). Pero el legislador ha creído más beneficioso a los intereses que quería proteger, autorizar la intervención del tercerista en el mismo proceso donde se embargó y se va a subastar la garantía, lo cual le da caracteres específicos, diversos al del tercerista de mejor derecho en juicio ordinario. Y así podemos observar que si el acreedor hipotecario que no fué citado en la ejecución, decide deducir juicio ordinario de tercería de mejor derecho, reviste los caracteres y prerrogativas de un sujeto procesal primario, con legitimación "ad-causam" plenaria y facultades (integrantes de la acción) excluyentes y exclusivas. Pero si el acreedor hipotecario concurre a la ejecución, si bien el interés substancial que protege su acción, es siempre el mismo y pretende excluir a otros, su figura de sujeto procesal disminuye. Es un sujeto secundario, su legitimación "ad-causam" es pacial, para sólo etapas del proceso y sus facultades (integrantes de la acción) pueden ser excluyentes y exclusivas (reclamar el privilegio "o mejor derecho") o concurrentes y aun subsidiarias de los sujetos primarios (ejecutante y ejecutado), como las de urgir la venta del inmueble.

Pero estas diferencias, derivadas del instrumento que se otorga en esta hipótesis al acreedor para defender su derecho, no alcanzan a desfigurar su postura, que se dibuja, nítida y precisa, como un tercerista de mejor derecho. Un tercerista de mejor derecho, que, en lugar de deducir su acción en proceso nuevo, la deduce en un proceso ya pendiente, pero con idéntico fin y semejantes resultados. El fin, es cobrar con preferencia; el resultado, en un caso, es la declaración judicial de la prioridad invocada y el conse-

cuenta cobro y en el segundo, el cobro o el traspaso de fondos a su ejecución. Pero, la diferente amplitud de la legitimación procesal en uno y en otro caso, ha oscurecido la visión de los juristas, impidiéndoles extraer las consecuencias útiles de esa situación. En efecto, la tercería de mejor derecho se inicia, se sustancia y se falla para reconocer o desconocer un privilegio; en cambio, la ejecución, donde interviene el acreedor hipotecario, se inicia y tramita, para el cobro de un crédito del ejecutante; la intervención del acreedor hipotecario, es sólo procedente en una etapa del proceso ejecutivo: el cumplimiento de la sentencia de remate; son solamente los actos procesales (de las partes y del juez) de esa etapa procesal, los que pueden tener influjo sobre su interés substancial. Pero en cuanto a esa zona del juicio ejecutivo, el acreedor hipotecario es PARTE LEGÍTIMA, es sujeto procesal, aunque de menores relieves que ejecutante y ejecutado. Los fallos judiciales, a causa de esa imprecisión sobre los caracteres de la intervención del acreedor hipotecario, son contradictorios y ambiguos. Tan pronto declaran, en forma genérica, que el acreedor no es parte en la ejecución, o también en forma genérica que lo es, o que sólo es a determinados fines o puede pedir determinadas providencias, etc. Todo esto es confuso y puede ocasionar daños e injusticias.

El acreedor hipotecario es, como dije, parte, sujeto procesal secundario, pero solamente en aquella etapa de la ejecución que puede lesionar su privilegio, vale decir, en el cumplimiento de la sentencia. Sus facultades procesales exclusivas, son las de peticionar los actos y diligencias encaminados a que se reconozca y respete su privilegio: oponerse a la adjudicación al ejecutante en compensación, a que se retiren fondos como no sean para sufragar créditos más privilegiados que el suyo, etc. Pero tiene también facultades concurrentes con el ejecutado y el ejecutante, o con uno de ellos: vigilar el remate para que se obtenga el mejor

precio, la tasación, la propaganda, la liquidación, etc. Todas las fases del cumplimiento de la sentencia de remate, interesan directamente al acreedor hipotecario, puesto que pueden incidir sobre la garantía de su crédito, disminuyéndola hasta aniquilarla. Además, no debe olvidarse que es acreedor del ejecutado y puede ejercer los derechos de éste en la ejecución (art. 1196, Cód. Civil) y es coadyuvante del actor, en el propósito de reducir a dinero el bien embargado.

El derecho substancial que protege este tipo de tercería es el privilegio derivado del derecho real de hipoteca. “La hipoteca, dice el art. 3108, Cód. Civ., es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor”. De los caracteres fundamentales de la hipoteca, el de ser una garantía y el de que continúa el bien gravado en poder del deudor, quien “conserva el ejercicio de todas las facultades inherentes al derecho de propiedad”, salvo los actos que puedan “disminuir el valor del inmueble” (art. 3157, cód. cit.), surgen los dos derechos fundamentales del acreedor, de ser pagado con preferencia (“jus preferendi”) (art. 3152, Cód. Civ.) y de perseguir el inmueble en poder del deudor o de cualquiera otra persona (“jus persecuendi”) (art. 3162, cód. cit.).

Pero como el bien afectado continúa en el patrimonio del deudor, forma parte de la prenda común de sus acreedores, salvo el privilegio que la ley concede al hipotecario. En consecuencia, puede ser embargado y vendido en pública subasta, en la ejecución individual (juicio ejecutivo típico, apremio y otras formas abreviadas, cumplimiento de sentencia), en la colectiva (concurso o quiebra) o en el juicio universal de sucesión. A fin de garantizar el privilegio del acreedor hipotecario, sin lesionar los derechos de terceros, limitando condicionalmente el “jus persecuendi”, la ley substancial y las leyes instrumentales han normado procedimientos específicos: la citación e intervención del

hipotecario en la etapa de un proceso donde se va a subastar el bien afectado y el concurso especial.

Por otra parte, el deudor puede otorgar nuevas hipotecas sobre el mismo bien (arts. 3136, 3142, etc., Cód. Civ.) y estos acreedores, que no deben encontrarse en peor condición que los quirografarios, pueden ejecutar la garantía y tienen el mismo derecho que el de primer grado para intervenir en el proceso donde se va a vender el bien, haya sido éste deducido por un acreedor quirografario, o por otro hipotecario, de anterior o posterior grado. Pueden también solicitar concurso especial.

La garantía puede ser dada por un tercero (art. 3121, Cód. Civ.) y en tal supuesto, éste debe ser oído, en salvaguarda de los derechos que la ley le concede.

Por último, el deudor puede enajenar el inmueble a un tercero (art. 3162, Cód. Civ.) y éste hacerse cargo de la deuda (art. 3172, cód. cit.) o no. En todos estos supuestos, el tercer adquirente tiene derechos que defender y debe ser oído. Y si como sucesor del deudor, aceptado por el acreedor, resulta obligado personalmente y no se dirige contra él la ejecución, también puede concurrir al juicio.

Agréguese la posibilidad de otros supuestos en los cuales terceros tengan interés en el bien o estén obligados subsidiariamente: condóminos, fiadores, terceros poseedores de otros inmuebles hipotecados (art. 3171, cód. cit.), etc., y que, en consecuencia, puedan pretender ser oídos o ser llamados y se comprobarán cuantos casos posibles de intervención de terceros en un proceso, surgen de la hipoteca y de los derechos y obligaciones que de ella nacen. Y consecuentemente, cuán extenso es el sector de intereses que protegen las formas estatuidas por la ley o que la jurisprudencia arbitra, por aplicación analógica, para proteger estos intereses.

Volviendo a la intervención del acreedor hipotecario en la etapa correspondiente de un proceso, donde se va a ven-

der su garantía, tenemos que ella surge de una disposición del Código Civil: “La hipoteca se extingue aunque no esté cancelada en el registro de hipotecas, respecto del que hubiese adquirido la finca hipotecada en remate público, ordenado por el juez con citación de los acreedores que tuviesen constituídas hipotecas sobre el inmueble, desde que el comprador consignó el precio de la venta a la orden del juez” (art. 3196) ⁽¹⁾. La ley habla de “remate público, ordenado por el juez”, quiere decir que debe aplicarse, no sólo a la venta en juicios compulsorios o de cumplimiento de sentencia, sino a la venta ordenada por un juez, en cualquier clase de procesos. Así, en los concursos y quiebras, en las sucesiones, división de condominio y otros análogos. Se refiere a “acreedores que tuviesen constituídas hipotecas sobre el inmueble”, luego, debe citarse a todos los acreedores hipotecarios, sea cualquiera su grado, el monto de sus créditos, la extensión del gravamen (caso de hipoteca constituída por un condómino) o de que existan otros inmuebles afectados al mismo crédito.

Por último, debe observarse que la cancelación recién se produce cuando “el comprador consignó el precio de la venta”, lo cual excluye la adjudicación al acreedor ejecutante y la licitación hereditaria.

132. I. 2º Sustanciación.

Algunas leyes procesales del país han normado, con mayor o menor minuciosidad, la forma de la citación de los acreedores hipotecarios y los derechos de los citados. El código de la Pcia. de Bs. Aires dispone: “El juez recabará certificado del Registro de la Propiedad acerca de los gravámenes que reconozcan los inmuebles embargados y se ordenará al ejecutado que dentro de seis días presente los títulos de propiedad, bajo apercibimiento de que, si no los

(1) Véase “Camarrotta”, op. cit. págs. 398 y sigs.

presentare, se sacará a su costa copia de ellos de los protocolos públicos" (art. 520) ⁽²⁾. "En caso de haber acreedores hipotecarios, la venta se hará con citación de los mismos" (art. 521) ⁽³⁾.

Con mayor extensión, dispone el art. 481 del código de E. Ríos: "En caso de haber acreedores hipotecarios, se les notificará el estado de la ejecución para que puedan intervenir en el remate del inmueble y hacer valer sus derechos" ⁽⁴⁾. "Para que intervengan en el avalúo y remate del inmueble" cód. de la Rioja (art. 1044) ⁽⁵⁾ y "... para que ejercite su derecho, si quisiere" el de Salta (art. 471).

El de Jujuy dispone que: "En caso de haber acreedores hipotecarios, se les notificará el estado de la ejecución a los efectos que hubiere lugar, pero no se aprobará el remate cuando el precio ofrecido por el inmueble hipotecado no alcanzare a cubrir íntegramente el crédito hipotecario y sus intereses" (art. 540).

El cód. de Santa Fe que: "Tratándose de bienes afectados con prenda o hipoteca, se citará a los acreedores en la forma ordinaria, con anticipación no menor de diez días al del remate, a fin de que tomen la intervención a que tengan derecho, en la medida de su interés legítimo (art. 320). Concede al acreedor hipotecario que concurre, la facultad de consignar sólo el excedente del precio de compra (332) y ordena se deposite el importe de los créditos preferentes al del ejecutante (335).

El nuevo código de Córdoba, establece que: "Cuando del informe resultare que sobre el inmueble o inmuebles embargados pesan derechos reales de garantía u otros em-

⁽²⁾ Disposiciones concordantes: E. Ríos (480), Jujuy (539), La Rioja (1043), Mendoza (30 ley 434), Salta (471), San Juan (802), San Luis (744), S. del Estero (487), S. Fe (323), nuevo de Córdoba (307 y 336).

⁽³⁾ Disposiciones concordantes: S. Luis (745), Tucumán (369).

⁽⁴⁾ Mendoza (30 ley 434), S. del Estero (488).

⁽⁵⁾ S. Juan (804).

bargos, el tribunal, de oficio, emplazará a los titulares de esos derechos o a los acreedores embargantes para que comparezcan al juicio, bajo los apercibimientos establecidos para los terceros" (308, primer apartado).

Estas disposiciones y otras concordantes, instrumentan, en su desarrollo procesal, la garantía que para los acreedores hipotecarios nace del art. 3196 del Cód. Civ. y deben ser interpretadas conforme al propósito de la ley, es decir, para asegurarles los privilegios y garantías que las leyes les conceden, sin dificultar, más allá de lo indispensable, el ejercicio de los derechos de terceros.

En general, norman tres aspectos o etapas de la intervención de los hipotecarios: 1º, la citación; 2º, la forma de esa citación, y 3º, las facultades procesales que competen al hipotecario que comparece.

Con carácter general, conviene tener presente, que no obstante que las normas procesales están ubicadas dentro del juicio ejecutivo (trámites del cumplimiento de la sentencia), ellas son aplicables a todo supuesto de venta judicial de bienes gravados con hipoteca.

133. I. 2º a) Citación de los acreedores hipotecarios.

Las leyes procesales del país que se refieren a este trámite, hablan de citación, de notificación o de emplazamiento, vocablos que en el léxico procesal no son sinónimos. Pero, como el efecto de esa diligencia está estatuido por la ley substancial (art. 3196, Cód. Civil): la cancelación de la hipoteca, sólo podrán resultar diferencias, en la forma de practicar la citación o en la amplitud que los jueces, aplicando esas disposiciones, concedan a la intervención del hipotecario.

La citación, como dije, puede practicarse a pedido de parte o de oficio (art. 308, nuevo código Córd.).

Las disposiciones que me ocupan, hacen obligatoria la

citación, pero el hecho de omitirse la diligencia, de acuerdo a la jurisprudencia de la Capital de la República, no anula los procedimientos ni la subasta misma, a menos que el comprador del inmueble desista de la adquisición por subsistir el gravamen ⁽⁶⁾.

En algunas provincias, en cambio, se ha resuelto que procede la nulidad del remate efectuado sin citación en forma de los acreedores hipotecarios, en mérito a las disposiciones procesales que la estatuyen (C. Civ. 2ª, La Plata, Jur. Arg., 13, 609; S. C. Tuc., Jur. Arg., 27, 1346).

Esta última solución se funda, como dije, en disposiciones procesales y en el carácter de sujeto procesal, con facultades y cargas que la ley asigna al acreedor citado: "desde que a un acreedor hipotecario se le cita para la venta del bien gravado, ya no es un tercero, un extraño; se le vincula al juicio en cuanto se refiere a la venta exclusivamente y puede, en salvaguarda y garantía de su crédito, hacer las peticiones que juzgue conveniente: tiene un interés comprometido y él es la razón de la existencia de las acciones o excepciones que puede oponer dentro del mismo juicio en que se produzcan los actos que reclame" (de los

(6) "La ley no estatuye la nulidad del remate por falta de citación del acreedor hipotecario, siendo el comprador y no aquél, quien puede optar entre adquirir la finca con la hipoteca o desistir de su operación" (C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 44, 136; C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 18, 193). "El art. 3196 del Cód. Civ. no exige, para la validez del remate, que se cite a los acreedores con garantía hipotecaria sobre el inmueble vendido judicialmente; sólo requiere la citación de ellos para la extinción y cancelación de la hipoteca" (C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 51, 157). "No es nulo el remate hecho sin citación de los acreedores hipotecarios, pero el gravamen constituido no se extingue en ausencia de este requisito" (C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 2, 450; 9, 40; C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 1, 858; 5, 248). Contrariamente se ha resuelto "Carece de validez el remate efectuado sin haberse notificado a uno de los acreedores hipotecarios" (C. Civ. 1ª Ca. Jur. Arg. 37, 226). "No obsta a la nulidad de la venta efectuada sin la citación del tercer acreedor hipotecario, la circunstancia de que no se mencione en el informe del registro, obtenido siete meses antes de decretarse el remate y cuatro días después de inscripto el gravamen" (C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 37, 226).

considerandos de los fallos citados en el párrafo precedente).

Si se piensa que difícilmente el comprador querrá cargar con los gravámenes, que a lo mejor desconocía y que, en la mayoría de los casos se llegará a la nulidad de la subasta, se comprende cuanto más conveniente y de acuerdo con el principio de economía procesal, es el criterio de que, necesariamente, deben citarse en forma a los hipotecarios, antes de llevar adelante los trámites de cumplimiento de la sentencia.

134. I. 2º b) Forma de la citación.

Sin perjuicio de las formas particulares que algunos códigos fijan para la citación de los acreedores hipotecarios, ella debe practicarse de acuerdo a la reglamentación general para esta clase de diligencias ⁽⁷⁾. Debe prescindirse de la notificación por nota, procedente sólo para quienes han comparecido al proceso (art. 32, cód. Cap.); practicándose pues, por cédula (art. 33, cód. cit.) o por edictos (art. 80, cód. cit.) ⁽⁸⁾.

Tratándose de una citación para comparecer a defender sus derechos, a persona ajena al pleito hasta ese momento, debe practicarse en el domicilio real (art. 77, cód. cit.), por exhorto si el acreedor se domiciliara fuera del radio jurisdiccional del juez que la dispone (art. 78, cód. cit.).

No basta que se haga saber la existencia, del juicio, pues la ley dispone que se le cite para la venta ⁽⁹⁾.

Basta que se le notifique el auto que decreta la venta, no siendo necesario notificarle la fecha del remate ⁽¹⁰⁾, ni su resultado (C. Com. Cap., Jur. Arg., 27, 627).

⁽⁷⁾ C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 44, 136; C. Com. Cap. *Jur. Arg.* 50, 227.

⁽⁸⁾ C. Com. Cap. *Jur. Arg.* 47, 993; C. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 1, 72 (caso de segundo acreedor hipotecario).

⁽⁹⁾ C. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 27, 1204.

⁽¹⁰⁾ C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 39, 362, 51, 123.

El conocimiento extrajudicial que el acreedor hipotecario tuviera del remate o de la tasación, no suple la notificación formal ⁽¹¹⁾.

De acuerdo con la naturaleza de la citación que en todo caso constituye un llamado para estar a derecho y los efectos de la misma o sea la cancelación del gravamen una vez depositado el precio de la compra, debe considerarse suficiente una primera citación, no siendo necesario repetirla para cada remate ⁽¹²⁾.

La oportunidad de la citación según resulta de los textos legales y de los fallos, es la etapa del cumplimiento de la sentencia o en su caso de la venta judicial, entre la agregación del informe de gravámenes y la fecha del remate.

El código de Santa Fe, precisa más el momento, estableciendo que la citación deberá ser hecha con "anticipación no menor de diez días al del remate" (art. 320).

La Cám. Civ. 2ª de la Cap., al rechazar un incidente de nulidad promovido por el ejecutado, afirmó que, no fijando la ley plazo, la notificación puede hacerse tres días antes del remate (Jur. Arg., 37, 323 ⁽¹³⁾). A mi juicio, ante el silencio de la ley al respecto y considerando los propósitos y efectos de la citación, el plazo debe ser prudencialmente fijado por los jueces, teniendo en cuenta el común para contestar la demanda en juicio ordinario (art. 4, ley 4128) y las ampliaciones que correspondieren según el lugar del domicilio citado (art. 79, cód. Cap.). Un plazo excesivamente exiguo al no dar tiempo al acreedor para informarse de lo actuado, de los perjuicios que pudiera aca-

⁽¹¹⁾ C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 44, 136; 9, 40 (caso de segundo acreedor hipotecario).

⁽¹²⁾ C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 5, 248; 37, 973; 39, 362; C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 6, 225; (citación del segundo acreedor hipotecario en la ejecución de la primera hipoteca)

⁽¹³⁾ La C. Com. de la Cap. anuló un remate por haberse citado al acreedor hipotecario, dos días antes del remate, argumentándose que debía esperarse que el acreedor consintiere el acto de venta.

rrrearle su incomparecencia y resolver si debe defender el inmueble en la subasta, etc., puede significar un caso de indefensión.

El acreedor o acreedores hipotecarios citados, pueden comparecer al juicio, pueden hacerse presentes recién en la subasta o no comparecer. Veremos luego los efectos de estas posibles actitudes. Pero, previamente, conviene hacer notar que tampoco hay plazo para la comparecencia. En principio, pareciera que esa citación es para el remate, sin embargo, como el hipotecario puede, según vimos, intervenir como sujeto procesal en esa etapa del proceso, es evidente que puede concurrir, espontáneamente o por citación, desde el momento que se solicite el cumplimiento de la sentencia de remate o dictada en juicio ordinario o de otra índole, o se pida la venta judicial del bien gravado, en juicios universales o de división de condominio. Ese debiera también ser el momento preciso de la citación, si consta en el expediente la hipoteca o desde que se glose el informe del Registro.

El remate pareciera ser el límite útil de esa intervención, pero me parece que debe admitirse mientras el inmueble no haya sido escriturado al comprador.

135. I. 2º c) Efectos de la citación y de la falta de citación.

En primer lugar, la citación faculta al citado para comparecer al proceso. Veremos en seguida como han interpretado los tribunales esa comparecencia.

De acuerdo al criterio que sustento, el acreedor que comparece se constituye sujeto procesal, se hace parte, según la expresión común. En consecuencia, debe constituir domicilio legal (art. 10, cód. Cap.), pudiendo valerse de procurador y abogado, si así lo desea, (arts. 9 y 8 cód. cit.). Me parece útil que acompañe la escritura de hipoteca y fije el monto adeudado por capital e intereses. Debe manifestar a los efectos ulteriores, si su crédito está en ejecución y en

su caso el estado del proceso y donde radica. Esto, a los efectos de lo que pudiera peticionar sobre prioridad en la venta o para el oportuno traspaso de los fondos.

En los incidentes que promueva o conteste, la aplicación de costas debe sujetarse a los principios comunes.

Si notificado en forma, no comparece, la hipoteca se extingue (art. 3196, Cód. Civ.) desde el momento en que el comprador consigna el precio de compra, sobre el cual podrá ejercer su privilegio.

Si comparece, debe, como dije, tenérsele por parte, con facultades y cargas, procesales limitadas a esa etapa del proceso, por su propio derecho, como acreedor del ejecutado o como coadyuvante del actor.

Sin embargo, son numerosos los fallos que le niegan el carácter de parte ⁽¹⁴⁾, la facultad de promover incidentes ⁽¹⁵⁾, impugnar el remate ⁽¹⁶⁾, aun cuando sea por haberse realizado con una base arbitraria ⁽¹⁷⁾, reconociéndole sólo el derecho de concurrir a la subasta para vigilarla y ejercer el privilegio ⁽¹⁸⁾.

Con particular referencia al segundo acreedor hipotecario que comparece a la ejecución tramitada por el primero, se ha resuelto que no puede impugnar la tasa de interés fijada en la primera hipoteca (Cám. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg., 35, 905) ⁽¹⁹⁾; salvo que se trate de convenio sobre intereses y anatocismo, contrarios a la moral, a la ley o a las buenas costumbres (Cam. Civ. 2ª Cap., Jur. Ar., 56, 236).

⁽¹⁴⁾ C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 38, 748 (caso del segundo acreedor hipotecario en la ejecución del primero).

⁽¹⁵⁾ C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 2, 43.

⁽¹⁶⁾ C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 11, 1303.

⁽¹⁷⁾ C. Fed. Cap. Jur. Arg. 27, 706.

⁽¹⁸⁾ C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 4, 502; C. Fed. La Plata, Jur. Arg. 35, 239; C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 39, 778; 41, 359 y 675; C. Com. Cap. Jur. Arg. 29, 517; 61, 299.

⁽¹⁹⁾ Contra, en el sentido de que puede observar la liquidación de los intereses: C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 6, 77; 24, 421.

Con reticencias y salvedades se le ha reconocido personería para intervenir en los trámites de cumplimiento de sentencia, en diversos supuestos. Así, para pedir la división en lotes del inmueble a subastarse ⁽²⁰⁾, pero en general y con las excepciones que veremos en seguida, esa intervención es excepcional fuera del acto de la subasta y la discusión del privilegio.

Algunos tribunales, especialmente de provincias, han sido más amplios respecto a esa intervención. La Sup. Corte de Tucumán dijo: "la citación de los acreedores hipotecarios, no es sólo para que tengan conocimiento de la venta, sino para que puedan oponer dentro del mismo juicio, las acciones o excepciones que juzguen convenientes, en salvaguardia de su crédito" (Jur. Arg., 27, 1346).

Se les ha reconocido facultad para pedir la declaración de nulidad del remate ⁽²¹⁾, para apelar los autos regulatorios ⁽²²⁾, para oponerse al nombramiento de peritos tasadores ⁽²³⁾, para impugnar la liquidación ante el silencio del deudor ⁽²⁴⁾, en cada uno de sus rubros ⁽²⁵⁾ y excepcionalmente para activar la ejecución si los trámites han sido un tanto demorados ⁽²⁶⁾. Al acreedor en primer término, se le ha reconocido personería en la ejecución del segundo, para "evitar tramitaciones perjudiciales para sus intereses" ⁽²⁷⁾.

⁽²⁰⁾ C. Fed. Cap. Jur. Arg. 2, 374. Contra: C. Fed. Cap. Jur. Arg. 26, 506 (en caso de segundo acreedor hipotecario.)

⁽²¹⁾ S. C. Bs. As. Jur. Arg. 34, 955.

⁽²²⁾ C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 4, 252; 39, 78; 41, 359; C. Fed. Rosario Jur. Arg. 56, 416; Ant. C. Civ. Cap. S. IV, 5, 109; C. Civ. Córdoba Jur. Arg. 1, 587.

⁽²³⁾ C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 50, 614.

⁽²⁴⁾ C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 36, 933.

⁽²⁵⁾ C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 49, 359.

⁽²⁶⁾ C. Ap. Rosario. Jur. Arg. 76, 573. Con mayor amplitud la C. Civ. 2ª de la Cap. ha resuelto: "El acreedor hipotecario en primer término sin necesidad de iniciar por su parte una nueva ejecución, puede solicitar, dentro de la promovida con anterioridad por el segundo acreedor, las medidas tendientes a activar el procedimiento y a la aprobación del remate y depósito del precio" (Jur. Arg. 42, 186).

⁽²⁷⁾ C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 56, 233.

Cuando se ha omitido la oportuna y formal citación del acreedor y éste comparece espontáneamente, se le han reconocido mayores facultades: “procede la nulidad del remate y la intimación al martillero para que devuelva la seña y comisión percibidas, si, no obstante haberse presentado un acreedor hipotecario que no fué citado en forma y oportunidad debidas, quien pidió la suspensión de la venta e hizo valer sus derechos, se realizó aquélla” (C. Com. Cap., Jur. Arg., 36, 1133).

“El segundo acreedor hipotecario tiene personería para pedir las nulidades a que se crea con derecho por su falta de citación para el remate practicado en la ejecución seguida por el primer acreedor” (C. Civ. 1º Cap., Jur. Arg., 7, 287).

Con respecto a la prioridad de la venta, en el supuesto de que el acreedor hipotecario hubiera deducido su ejecución, antes de ser citado, se ha resuelto ⁽²⁸⁾: “La prioridad en iniciar la ejecución es la que determina entre los acreedores, la preferencia para sacar a la venta la cosa hipotecada” (Cám. Civ. 1ª, Jur. Arg., 54, 746). (Véase también Jur. Arg., 1943-IV-291).

“El acreedor hipotecario en segundo término, que obtuvo en la ejecución de su crédito la orden de venta del inmueble gravado, tiene derecho a que se realice la subasta, a pesar de la oposición del primer acreedor, citado en forma, que inició su ejecución el mismo día en que se decretó la venta” (C. Civ. 2º Cap., Jur. Arg., 39, 501).

“El acreedor hipotecario tiene derecho a oponerse a que la venta del bien gravado se efectúe en la ejecución seguida por un acreedor quirográfico, si la hipoteca, su inscripción y la acción promovida por el oponente son anteriores al embargo trabado por el ejecutante; ello sin perjuicio de las acciones que este último pueda ejercitar ante quien corresponda” (C. Com. Cap., Jur. Arg., 48, 898).

(28) Art. 348 Cód. Santa Fé.

“No procede decretar sin más trámite la venta de los bienes afectados en los autos de la ejecución hipotecaria, si con antelación se ha ordenado la subasta de esos inmuebles en la sucesión demandada con citación del acreedor hipotecario” (C. Civ. 1º, La Plata, Jur. Arg., 48, 633).

“No puede desconocérsele personería al acreedor hipotecario citado a los efectos del art. 3196 del cód. civ. para presentarse y discutir en la ejecución las condiciones del remate, y la prioridad de la venta” (C. Civ. 1º, Cap Jur. Arg. 54, 746; 73, 1008).

“El segundo acreedor hipotecario que obtuvo a su favor sentencia de trance y remate, tiene derecho a proseguir la ejecución y obtener el remate del inmueble hipotecado, si hizo citar en forma al acreedor en primer término y la propiedad es rematada con una base que cubre ambos créditos” (C. Com. ap., Jur. Arg., 29, 517).

“Decretada la venta del inmueble, ante la negligencia del primer acreedor, que no ejercitó sus derechos en tiempo, y lugar propios, procede reconocer al segundo acreedor preferencia en la liquidación de las hipotecas” (C. Civ. 1ª Cap., Jur. Arg., 34, 796).

“El acreedor hipotecario en segundo grado, a cuyo favor el deudor renuncia todos los trámites del juicio y que ejecuta con anterioridad, tiene derecho preferente con respecto al de grado anterior, que conocía la existencia del segundo gravamen, para la venta del inmueble hipotecado” (C. Civ. 1º Cap., Jur. Arg., 41, 355).

Pero aun cuando proceda, no puede ordenarse la suspensión del remate, ordenado por el juez en la ejecución del primer acreedor, sin audiencia del segundo ejecutante (2º).

La intervención de acreedores hipotecarios en la ejecución tiene, en cuanto a la ampliación del embargo, efectos parecidos a la tercería (art. 533 cód. Cap.) aun cuando la disposición no parezca lo suficientemente clara (art. 518

(2º) C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 46, 542.

cod. cit.). Ella presume la intervención de otros acreedores en la ejecución y faculta, en caso de insuficiencia de los bienes, al actor o a otros acreedores privilegiados, a pedir ampliación de embargo.

El acreedor hipotecario que compra el inmueble en la subasta, puede, en ciertas circunstancias, compensar el precio de compra o parte de él, con su crédito (art. 818 cód. civ.). El código de Santa Fe lo dispone así expresamente: "El acreedor hipotecario o el ejecutante que adquiere la cosa ejecutada, sólo está obligado a consignar el excedente del precio de compra sobre sus respectivos créditos, o la suma prudencialmente estimada por el juez, que faltase para cubrir los impuestos y gastos causídicos, cuando éstos no pudieren ser satisfechos con aquel excedente" (art. 332).

Aun sin disposición procesal que lo autorice, los jueces han aceptado la compensación: "No corresponde exigir el depósito del precio del inmueble subastado al acreedor hipotecario que resulta comprador del mismo, si dicho precio es inferior al importe de su crédito, salvo su contribución a los gastos causídicos privilegiados que le hayan beneficiado" (C. Fed., La Plata, Jur. Arg. 35, 239).

Dije, precedentemente, que, de acuerdo al art. 3196 del cód. civil, para que la citación pueda producir los efectos cancelatorios del gravamen, son necesarios la venta en remate público y consignación del precio de compra y que, en consecuencia, el acreedor ejecutante de un bien hipotecado, no puede ejercer el derecho de pedir la adjudicación del inmueble (art. 516, cód. Cap.). Si lo hace y salvo el pago o conformidad del acreedor, el gravamen subsiste ⁽³⁰⁾.

La personería del acreedor hipotecario que concurre al proceso, debe terminar con la satisfacción de su interés,

⁽³⁰⁾ "No procede a la adjudicación del inmueble gravado al primer acreedor hipotecario, por las dos terceras partes de la base de venta, aunque así se haya convenido en la escritura hipotecaria, sin oír a los acreedores en segundo término y es nulo el auto que así lo resuelve" (C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 52, 724).

cobro de su crédito, adquisición del inmueble y compensación por su parte, resolución sobre la colisión de privilegios que pudiera producirse, etc. Pero si por cualquier circunstancia, ajena al proceso, se extingue el crédito o el privilegio, esa intervención debe cesar ⁽³¹⁾.

La falta de citación, como dije precedentemente, debe considerarse como causal de nulidad de los procedimientos relativos a la venta del inmueble, a menos que ella no ocasione perjuicios al acreedor hipotecario, por haber producido la venta dinero suficiente para cancelar los créditos privilegiados ⁽³²⁾. Pero la nulidad no puede ser soliditada por el ejecutado ⁽³³⁾, sino por el ejecutante, el com-

En caso de que no se pida u obtenga la nulidad, la venta no produce la cancelación del gravamen, que subsiste, aun cuando el comprador haya consignado el precio de compra ⁽³⁴⁾. En un caso excepcional, en el cual se canceló una segunda hipoteca, sin citación del acreedor, la C. Civ. 1º Cap. se apartó de este principio y de la expresa disposición del art. 3196, en defensa del derecho del comprador ⁽³⁵⁾.

En razón de la subsistencia del gravamen, a falta de la aludida citación, no puede el adquirente deducir tercería

“Es nula la adjudicación convenida entre el deudor y el acreedor hipotecario en primer término, sin notificación del segundo acreedor hipotecario aunque éste haya sido citado para el primer remate” (C. Civ. 1º Cap. *Jur. Arg.* 9, 890).

⁽³¹⁾ “La personería del acreedor hipotecario, admitida en la ejecución seguida por otro acreedor privilegiado contra el mismo deudor y sobre el mismo inmueble, cesa cuando se opera la caducidad de la hipoteca, y no deben sustanciarse y resolverse las cuestiones que aquél planteó” (C. Civ. 1º Cap. *Jur. Arg.* 3, 716).

⁽³²⁾ C. Com. Cap. *Jur. Arg.* 6, 653.

prador del bien o el acreedor hipotecario.

⁽³³⁾ C. Fed. Cap. *Jur. Arg.* 36, 33; C. Civ. 2º Cap. *Jur. Arg.* 37, 1031

⁽³⁴⁾ C. Civ. 2º Cap. *Jur. Arg.* 2, 444; 4, 421; 13, 786; 51, 157; 62, 404; C. Civ. 1º Cap. *Jur. Arg.* 9, 40.

⁽³⁵⁾ “Si la venta de la finca en la ejecución del primer acreedor hipotecario, se realizó omitiendo citar al segundo acreedor, y si al escriturar el comprador los certificados no acusaron la existencia de la segunda hipoteca, por haberse levantado los

de dominio en la posterior ejecución hipotecaria ⁽³⁶⁾, ni oponerse al embargo y venta del inmueble ⁽³⁷⁾.

La competencia está determinada por el proceso donde se produce la citación, en el supuesto de que no se discuta prioridad en la ejecución por el citado. Por ello, el acreedor citado no puede discutir la competencia fundado en la ubicación del inmueble y las cláusulas de su propio contrato ⁽³⁸⁾. La liquidación de la primera hipoteca, debe hacerse en el proceso donde se vendió el inmueble, con citación del acreedor ⁽³⁹⁾.

En la ejecución donde comparece el acreedor hipotecario citado pueden producirse colisiones de privilegios. La más común, es la del hipotecario, con la del ejecutante por gastos de justicia, cuando, cubierto el crédito privilegiado y sus accesorios, no queda saldo o éste resulta insuficiente para cubrir dichos gastos. En tal supuesto, el gasto de justicia, privilegio especial en esta hipótesis, tiene preferencias sobre la hipoteca ⁽⁴⁰⁾. Pero, sin perjuicio de la discusión del privilegio, el segundo acreedor hipotecario, en cuyo proceso se vendió la garantía común, no puede oponerse a la extracción de fondos solicitada por el primero, para cubrir honorarios y gastos de su propia ejecución ⁽⁴¹⁾.

En la ejecución colectiva, concurso civil o comercial, de un deudor hipotecario, puede procederse a la subasta del bien o bienes gravados dentro del concurso general, en cuyo caso debe cumplirse con lo dispuesto por el art. 3196

gravámenes a pedido del ejecutante, no corresponde en el juicio promovido por el segundo acreedor considerar nula la cancelación, ni ordenar la reinscripción de la segunda hipoteca y un segundo remate con citación del primer acreedor" (C. Civ. 1ª Jur. Arg. 40, 450).

⁽³⁶⁾ C. Civ. 2ª Cap. junio 1911, 166.

⁽³⁷⁾ S. C. Fallos, 26, 182.

⁽³⁸⁾ C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 34, 796.

⁽³⁹⁾ C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 50, 516.

⁽⁴⁰⁾ C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 1944-II, 731; C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 35, 376; 36, 1040.

⁽⁴¹⁾ C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 46, 551.

del cód. civil o sea la citación del o de los acreedores hipotecarios o bien, formar concurso especial a las fincas gravadas (art. 3937 cód. cit.). Este concurso especial, no es otra cosa que la ejecución que el acreedor hipotecario puede deducir, o continuar contra el síndico si lo hubiese iniciado antes del concurso ⁽⁴²⁾.

Aunque del empleo del vocablo concurso pudiera inferirse que este procedimiento sólo es viable, cuando hay al menos dos acreedores, no es así, pues, a pesar de su nombre, se trata sólo de un medio para evitar dilaciones y gastos al acreedor hipotecario. En consecuencia basta un acreedor para que proceda ⁽⁴³⁾.

De acuerdo a la disposición citada, es improcedente la oposición del síndico a que se venda el inmueble en la ejecución iniciada por el acreedor hipotecario, en la forma estipulada en el contrato ⁽⁴⁴⁾.

Por ello mismo, el acreedor hipotecario puede oponerse a que la venta se haga en el concurso general ⁽⁴⁵⁾, y el segundo acreedor hipotecario también, aun cuando su ejecución esté paralizada, si se ha proseguido la del primer acreedor hipotecario ⁽⁴⁶⁾.

Si el inmueble se vende en el concurso general, el acreedor hipotecario deberá concurrir al pago de los gastos que le hayan beneficiado, en proporción a su crédito ⁽⁴⁷⁾. Si se vende en el concurso especial, deberán pagarse con preferencia las costas producidas, entre ellas las del síndico, cuya intervención, fué necesaria ⁽⁴⁸⁾.

Si concurren varios acreedores hipotecarios, antes de la liquidación de sus créditos, en orden de grado, deberán

(42) CORDEIRO ÁLVAREZ, op. cit., 332.

(43) C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 30, 86..

(44) C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 28, 1049.

(45) *Ant. C. Civ. Cap. S. V.*, 14, 220; C. Com. *Jur. Arg.* 35, 418.

(46) C. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 51, 157.

(47) Véase: CORDEIRO ÁLVAREZ, op. y lug. cit.

(48) C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 36, 964.

abonarse las costas judiciales del acreedor ejecutante (art. 3937 cód. civ.).

136. II. La figura procesal del tercer poseedor. 1º Caracteres. Derechos substanciales que protege.

La hipoteca puede ser constituida por un tercero, que no se obliga personalmente (art. 3121' cód. civ.). El deudor, propietario del inmueble hipotecado, puede transmitirlo a un tercero, pudiendo el acreedor perseguirlo en poder del adquirente (art. 3162 cód. civ.). En este último supuesto, si el arquirente se hace cargo de la deuda, sin la conformidad expresa del acreedor sobre el cambio de deudor, el acreedor tiene dos deudores a quienes perseguir, sin perjuicio de la garantía. En todas estas hipótesis, aparece un interés substancial, el del tercer poseedor del inmueble hipotecado, que debe ser oído en el proceso de ejecución del crédito garantido (art. 3163 y sigs. del cód. civil). De allí surge la figura procesal del tercer poseedor del inmueble hipotecado, no prevista en la mayoría de los códigos de procedimientos, pero de frecuente aparición en los procesos ejecutivos.

Se trata, en todos los supuestos, de un tercero obligado a sufrir la ejecución de un bien sobre el cual ejerce derecho de dominio. De esa situación especial en la cual se encuentra, surgen, a la par de obligaciones, algunos derechos.

Esos derechos que el código civil le concede, se vinculan a su posición de tercero con respecto a la deuda; así, no puede reclamársele el pago de la deuda o el abandono del inmueble, sin intimar previamente su pago al deudor (art. 3163 cód. civ.); los plazos concedidos contractualmente o por acto de gracia, al deudor, rigen también a su respecto (art. 3164 cód. civ.). Si no se hubiera comprometido personalmente, no puede ser condenado a otra cosa que al abandono del inmueble (art. 3165 cód. cit.). Surgen tam-

bién del dominio que ejerce, otros derechos, tales el de reclamar el excedente del precio de venta del inmueble, una vez satisfecha la hipoteca y accesorios legales (arts. 3168 y 3184 cód. civ.) y exigir, judicialmente, la concurrencia de otros terceros poseedores al pago de la deuda (art. 3171 cód. cit.).

La intervención procesal del tercer poseedor, es consecuencia, por una parte del "jus persecuendi" que caracteriza a la hipoteca, protegiendo así el derecho creditorio del acreedor. Este puede dirigir su demanda contra él y reclamarle el pago o el abandono. Pero también defiende el derecho de dominio del tercer poseedor, que puede concurrir espontáneamente al proceso donde se ejecuta el inmueble de su propiedad, que garantiza la deuda de otro. Su participación en el proceso es, en general, de vigilancia. Vigilar que se requiera primero al deudor; que no se le exija el pago o el abandono, antes del vencimiento de los plazos concedidos al deudor; que no se pronuncien contra él condenaciones personales, salvo el caso de que se hubiese obligado al pago de la deuda, sea en sus relaciones con el acreedor, sea en sus relaciones con el deudor. Ese conjunto de derechos le permite excepcionar la inexistencia o extinción de la hipoteca o la nulidad de la toma de razón o la inexigibilidad de la deuda, supuestos que liberarían al inmueble de su gravamen o dilatarían su ejecución.

He hablado, en general, de tercer poseedor, englobando dos situaciones: 1º La del tercero que constituyó la hipoteca sin obligarse personalmente; 2º la del tercero adquirente del inmueble con posterioridad a la constitución del gravamen. Hay entre ellos algunas diferencias, pero su situación procesal es análoga. Mientras el tercer adquirente no se haya obligado al pago de la deuda, puede parangonársele con el propietario que otorgó la hipoteca, ambos carecen de obligación personal, pero ambos, si no pagan o abandonan, deben sufrir la ejecución. En los dos casos, se

trata de una especie de fianza real, constituída, una, espontáneamente y como tal fianza y funcionando como ella la otra, en virtud del desdoblamiento posterior al nacimiento de la deuda, entre el titular pasivo de ésta y el titular de la garantía ⁽⁴⁹⁾.

De acuerdo a lo expuesto, la intervención del tercer poseedor en la ejecución, constituye una especie de tercería típica, donde, si bien en general se defiende el dominio, y en este derecho se funda, aparece otras veces en defensa de un mejor derecho, derivado del dominio (art. 3184 Cód. Civ.) y a la vez en todos los casos, como instrumento necesario para la satisfacción del derecho creditorio del ejecutante. Esta última circunstancia, no caracteriza, sin embargo, a la institución, pues la pasividad del tercer poseedor, requerido formalmente, no obsta al pleno ejercicio de los derechos del acreedor. En cambio, esa pasividad, impediría, como es obvio, la defensa del dominio del tercer poseedor (art. 3166 cód. cit.) o del mejor derecho a reclamar el excedente del precio de venta (art. 3184) o a exigir la contribución de otros terceros poseedores (art. 3171 cód. cit.), etc. En consecuencia, no trepido en colocar esta institución entre el grupo de las tercerías en interés propio, originario, directo y excluyente. En general, aparece como forzosa o coactiva, pues es la intimación al pago o abandono, lo que produce su ingreso en la litis (art. 3163 cód. civ.). No veo inconveniente, sin embargo, para que el tercer poseedor concurra voluntariamente al proceso, desde el momento que se traba embargo en el inmueble, pues este acto procesal, abre la ejecución real, dentro del proceso ejecutivo.

La intervención se produce en el mismo proceso inicia-

(49) Contra: "El tercero en cuanto a la obligación principal, que han aceptado la constitución de una hipoteca sobre bienes propios en garantía de dicha obligación, carece de personería para intervenir en la ejecución iniciada contra el deudor principal, porque su situación no es equiparable a la del tercer poseedor" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 52, 206). En sentido análogo: C. Ap. S. del Est. Jur. Arg. 30, 564.

do contra el deudor ⁽⁵⁰⁾, que, a mi juicio y salvo declaración expresa del acreedor de liberarlo o sea de que se produzca la delegación perfecta de deuda (art. 814 cód. civ.), sigue siendo sujeto procesal.

No comprendo como puede sostenerse que el tercer poseedor saca de la litis al deudor ⁽⁵¹⁾ y admitir, sin embargo, que este último sea responsable, sin discusión, de los saldos quirografarios que allí resultaren. El deudor puede oponerse al abandono (art. 3177 cód. cit.) y no podría ejercitar este derecho oportunamente, si se le saca de causa. Se trata de un proceso con tres sujetos, pero puede tener más, si el tercer poseedor ejercita el derecho acordado por el art. 3171 del cód. civil de hacer citar a otros terceros poseedores de inmuebles hipotecados en garantía de la misma obligación. Frente al ejecutante, tenemos dos demandados, el deudor y el tercer poseedor. Ambos son sujetos procesales primarios, con legitimación "ad-causam" plenaria y facultades (integrantes de la acción), excluyentes y exclusivas, pues si bien aparecen en ciertos aspectos como litisconsortes pasivos, su legitimación pasiva es autónoma ⁽⁵²⁾. Uno, en virtud de la obligación contraída, el otro por su adquisición del inmueble hipotecado. Pero, en ciertas etapas del procedimiento, su posición se torna antagónica y el deudor puede aparecer en frente al tercer poseedor (oposición al abandono, por ejemplo). En otros, la figura procesal del deudor parece esfumarse, su presencia es sólo potencial: así mientras se sustancian las excepciones opuestas por el tercer poseedor, si el deudor no adhiere a ellas. El

⁽⁵⁰⁾ "El adquirente de la finca hipotecada, puede concurrir a la ejecución, pero no deducir tercería de dominio" (C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 39, 426).

⁽⁵¹⁾ C. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 45, 331.

⁽⁵²⁾ "Siendo dos los ejecutados (deudor y tercer poseedor, requeridos de pago sucesivamente), y distinta su situación jurídica, por estar uno de ellos sujeto a lo pactado, la sentencia de remate dictada contra uno, no obsta a la que corresponda contra el otro" (C. Com. Cap. *Jur. Arg.* 49, 637).

proceso, que debe empezar con el deudor, debe, normalmente terminar con éste, ya que el tercer poseedor, sea que abandone o se defienda (si no se comprometió personalmente), queda eliminado del proceso una vez liquidado el inmueble, sin quedar saldo positivo.

El caso del adquirente que se hace cargo de la deuda con la conformidad expresa del acreedor que desobliga al deudor originario, es distinto y su figura no interesa en esta obra. Se trata de un simple sucesor del deudor, pero no sucesor procesal, sino substancial, anterior al proceso y en consecuencia, en caso de demanda, no aparecen en ella más que los dos sujetos clásicos ⁽⁵³⁾. Igual digo de los sucesores universales del deudor ⁽⁵⁴⁾.

137. II. 2º Sustanciación.

El acreedor hipotecario debe iniciar el juicio ejecutivo típico (arts. 464 y 465 Cód. Cap.) o el específico que algunas leyes procesales norman (arts. 542 y 543 Cód. Bs. As.), pidiendo se intime al deudor, en el plazo de tres días, para que pague la deuda y los intereses (art. 3163 Código Civil) ⁽⁵⁵⁾.

Si el deudor no paga, deberá intimarse, a su vez, al

⁽⁵³⁾ "Si el acreedor hipotecario concedió al tercer poseedor una prórroga del plazo y una rebaja del interés, debe considerarse que aquél acepta que la hipoteca sea a cargo del último y en tal caso, las costas de la ejecución contra el deudor, no son a cargo del tercer poseedor" (C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 36, 1331; "...son nulas, en tal supuesto, las actuaciones seguidas contra el deudor originario" (C. Civ. 2º Cap. *Jur. Arg.* 43, 181); "...en esa situación, si el acreedor demanda directamente al tercer poseedor (deudor delegado), no procede el reclamo previo al deudor originario" (C. Civ. 1º Cap. *Jur. Arg.* 58, 813).

⁽⁵⁴⁾ C. Civ. 2º La Plata *Jur. Arg.* 24, 657.

⁽⁵⁵⁾ "Para que el acreedor hipotecario pueda requerir el pago de su crédito al tercer poseedor, debe, previamente, reclamar al deudor el cumplimiento de la obligación" (C. Civ. 1º Cap. *Jur. Arg.* 46, 593).

tercer poseedor para que pague o haga abandono ⁽⁵⁶⁾ del inmueble (art. cit.). El plazo para el pago o abandono no está estatuido en el Código Civil, por analogía puede aplicarse el otorgado al deudor o sea el de tres días ⁽⁵⁷⁾.

Para el código de Santa Fe ese plazo es de cinco días (art. 343), de diez para el nuevo de Córdoba (art. 347).

Ambas intimaciones son trámites procesales, destinados a obtener un pago, en consecuencia deben ser practicadas por el funcionario encargado de tales diligencias o sea el oficial de justicia ⁽⁵⁸⁾.

Si el deudor no paga, siendo, no obstante y salvo el caso de asunción de la deuda por el tercer poseedor, el único deudor, debiera siempre citársele de remate y llegarse contra él a la sentencia, sin perjuicio de que inter se

⁽⁵⁶⁾ "El acreedor hipotecario cumple el requisito establecido por el art. 3163 del Cód. Civ. intimando el pago al tercer poseedor; este último si bien está facultado para ejercitar su derecho de abandono, no puede imponer al ejecutante que le dirija intimación para hacer uso de él" (C. Civ. 1º Cap. *Jur. Arg.* 40, 141). "Son nulas las actuaciones seguidas en la ejecución de la hipoteca, si no se da intervención al tercer poseedor" (C. Civ. 2º Cap. *Jur. Arg.* 2, 77). Por el contrario, la C. Civ. 1º de la Cap. ha resuelto que "el acreedor hipotecario puede ejecutar el inmueble hipotecado, sin que le sea necesario recurrir directa y previamente contra el tercer poseedor" (*Jur Arg.* 14, 1078).

Cuando sólo existe una promesa de compra, no existe tercer poseedor y no procede la citación (C. Civ. 2º Cap. *Jur. Arg.* 34, 213; C. Com. Cap. *Jur. Arg.* 51, 979). "El menor, a cuyo nombre y con cuyo dinero declara el padre en escritura pública posterior a la de compraventa, haber adquirido el inmueble, es tercer poseedor a los efectos de la intimación del pago o abandono" (C. Civ. 1º *La Plata Jur. Arg.* 43, 361).

"Si el acreedor hipotecario no ha manifestado su conformidad a la enagenación del inmueble, en la cual se ha estipulado que el comprador se hace cargo de la hipoteca, no existe delegación de deuda, la ejecución ha debido ser deducida contra el deudor originario y en este juicio requerir el pago o el abandono al tercer poseedor". (C. Civ. 1º Cap. *Jur Arg.* 54, 411).

⁽⁵⁷⁾ SALVAT RAYMUNDO M. *Derechos Reales* Bs. As. 1932, II 527.

⁽⁵⁸⁾ "No es menester que la intimación que se haga al tercer poseedor para que pague la deuda o abandone el inmueble, reúna las formalidades exigidas para el mandamiento de pago" (C. Com. Cap. *Jur. Arg.* 41, 476).

prosigan los trámites pertinentes contra el tercer poseedor ⁽⁵⁹⁾.

Si el tercer poseedor no paga y hace abandono del inmueble, se designa un curador a dicho bien (art. 3174 Cód. Civ.). Contra este curador sigue la ejecución real, es decir, los trámites para la subasta del inmueble. Pero, de acuerdo con lo que he sostenido, el deudor, que sigue teniendo derechos substanciales que proteger, no deja de ser sujeto del proceso, aunque pase, transitoriamente a la inactividad procesal. El tercer poseedor, continúa siendo propietario del inmueble (art. 3175 Cód. Civ.), consecuentemente, tiene derechos substanciales que proteger y continúa como sujeto procesal ⁽⁶⁰⁾.

El abandono solamente procede, si el tercer poseedor no está personalmente obligado por la deuda, como sucesor universal, codeudor o fiador del deudor (art. 3169 Cód. Civ.) o se obligó a satisfacer el crédito (art. 3172 Cód. Civ.) con la conformidad expresa o tácita del acreedor ⁽⁶¹⁾, exista o no delegación perfecta. En cualquiera de esos supuestos, el acreedor puede oponerse al abandono ⁽⁶²⁾.

El deudor, ante el abandono del inmueble, puede oponerse (art. 3177 Cód. Civ.) o exigir que lo retome el aban-

⁽⁵⁹⁾ "No corresponde dictar sentencia en la ejecución hipotecaria contra el deudor, con prescindencia del tercer adquirente, si consta de autos la enagenación hecha por el deudor originario y el pago de intereses realizados por el adquirente, con posterioridad a esa enagenación" (C. Civ. 1º Cap. *Jur. Arg.* 16, 97).

⁽⁶⁰⁾ "Después de declararse abandonado el inmueble por el tercer adquirente, es innecesaria su intervención para la terminación definitiva del juicio seguido por el acreedor hipotecario contra el deudor, salvo los trámites indispensables para la escrituración y liquidación del crédito (C. Civ. 2º Cap. *Jur. Arg.* 37, 1633).

⁽⁶¹⁾ C. Civ. 2º Cap. *Jur. Arg.* 59, 206; 64, 965; 72, 585; "... No procede, una vez vendido el inmueble en pública subasta, en la ejecución contra el deudor, con notificación del tercer poseedor" (C. Civ. 2º Cap. *Jur. Arg.* 62, 727).

⁽⁶²⁾ C. Civ. 2º Cap. *Jur. Arg.* 72, 585; C. Ap. Rosario, *Jur. Arg.* 1942-II, 933. "Si el ejecutante pidió se nombrara curador al inmueble, ha aceptado el abandono y ha prescindido de la delegación de deudor" (C. Civ. 2º Cap. *Jur. Arg.* 59, 206).

donante (art. 3178 cód. cit.), cuando con el cumplimiento de las obligaciones a cargo del comprador pueda satisfacerse la hipoteca y accesorios o aquél hubiese saldado la deuda.

Tanto el abandono como el pago, son derechos del tercer poseedor, que no está obligado a ninguno de estos actos ⁽⁶³⁾.

Si el tercer poseedor, en el plazo legal o judicial correspondiente, no paga ni abandona, la ejecución real sigue contra él. En tal hipótesis, el tercer poseedor puede excepcionar. Los códigos de Santa Fe y Córdoba (arts. 343 y 347 respectivamente) disponen que la notificación de la intimación de pago, es también y por el mismo plazo, para oponer excepciones y algunos fallos han sentado idéntico criterio ⁽⁶⁴⁾. Otros, ante el silencio de la ley, han exigido se cite para la venta al tercer poseedor que no paga o abandona, siendo ésta la oportunidad de que excepcione ⁽⁶⁵⁾.

La primera citación o intimación al tercer poseedor, debe ser hecha en su domicilio real o contractual, es decir, en el fijado en su contrato (art. 33 Cód. Cap.). A falta de este último y por desconocimiento del primero, se le intimará o requerirá por edictos (arts. 80 y 468 Cód. Cap.). No encuentro motivo que justifique se le cite o intime en el domicilio real contractual del deudor ⁽⁶⁶⁾.

El tercer poseedor puede oponer las excepciones sustanciales que enumera el art. 3166 del Código Civil y las procesales. Estas últimas si bien, como en el caso de la

⁽⁶³⁾ C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 54, 394).

⁽⁶⁴⁾ "La ley no exige que se cite al tercer poseedor en forma especial para que haga valer excepciones; basta que se le intime el pago de la deuda o abandono del inmueble" (C. Com. Cap. *Jur. Arg.* 41, 476).

⁽⁶⁵⁾ C. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 43, 705, con nota de Hugo Oderigo.

⁽⁶⁶⁾ En el sentido el que debe citarse o intimársele en el domicilio especial constituido por el deudor en la escritura de hipoteca: C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 46, 130.

letra de cambio y de la prenda agraria, a veces han sido negadas, su admisión es aconsejada por la mayoría de los tratadistas y paulatinamente van aceptándolas los jueces. Es uno de los resultados del estudio del derecho procesal, como disciplina autónoma y de la moderna concepción del proceso. No se concibe un instrumento que tan enormes intereses ampara y cuyo origen constitucional es incuestionable, sin medios idóneos para asegurar su legalidad y regularidad. Por eso he sostenido que las excepciones destinadas a denunciar defectos de los presupuestos procesales, son admisibles en todo proceso, sean cualquiera las restricciones que contengan las leyes materiales. Así, proceden, siempre, las excepciones referentes a la competencia del órgano, a la capacidad procesal de los sujetos, a la personería de sus representantes, a la existencia de otro proceso de igual contenido, a la cosa juzgada material y a las formas procesales que la ley declare esenciales para esa clase de procesos ⁽⁶⁷⁾.

Veamos entonces, cuáles excepciones podría oponer el tercer poseedor.

- 1º La de incompetencia ⁽⁶⁸⁾ (art. 488, inc. 1º Cód. Cap.), en el supuesto de que no la hubiese deducido ya el deudor, pudiendo adherir a ella en tal caso. En efecto, la incompetencia no puede derivar de su propia situación (domicilio o nacionalidad), sino de la legal o convencional de acuerdo al con-

⁽⁶⁷⁾ *Teoría y técnica*... 203; Cód. de Mendoza, III, 109.

⁽⁶⁸⁾ El tercer poseedor a quien se le ha intimado el pago o abandono del inmueble, no puede oponer la excepción de incompetencia del juez de la quiebra del deudor originario para intervenir en la ejecución de la hipoteca" (C. Com. Cap. *Jur. Arg.* 50, 231.)

Concordantemente: "El concurso del tercer poseedor no atrae la ejecución hipotecaria deducida contra el deudor" (C. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 64, 231). Contra, tratándose de la suc. del tercer poseedor: C. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 1942-I, 661. "Procede la excepción de incompetencia opuesta por el tercer poseedor, en razón de la cantidad demandada" (C. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 75, 252).

- trato de hipoteca, ya que a él se le intima o cita, en un proceso pendiente sobre una relación substancial que da origen a dicho proceso. Naturalmente que si se le demanda directamente, como sucesor del deudor, la situación puede variar.
- 2º Falta de personería en el demandante, en el demandado (en este caso el tercer poseedor) o en sus procuradores o apoderados (art. 488, inc. 2º Cód. de la Capital).
 - 3º Litispendencia en otro juzgado o tribunal competente art. 488, inc. 3º Cód. Cap.).
 - 4º Cosa juzgada (art. 96 Cód. Cap.).
 - 5º Nulidad de la ejecución por violación de formas formas esenciales establecidas por la ley (art. 489 Cód. Cap.); por ejemplo, la falta de intimación previa al deudor o al propio excepcionante ⁽⁶⁹⁾.

(69) El tercer adquirente de la finca, hipotecada, a quien se ha dirigido sin resultado la intimación estatuida, por el art. 3167 del Cód. Civ., no puede atacar de nulidad las actuaciones de la ejecución hipotecaria" (C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 45, 543); "...si la articulación carece de fin práctico, desde que el procedimiento seguido en nada ha perjudicado su derecho, aparte de ajustarse estrictamente a las normas aplicables al caso" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 50, 231); "...fuera de los casos previstos en el art. 3166 del Cód. Civ." (C. Com. Cap. Jur. Arg. 62, 788). "No procede la nulidad fundada en que la ejecución se siguió contra el deudor originario, sin oírse al tercer poseedor, llegando, incluso, a la venta del inmueble, debiendo quedar en suspenso los actos cumplidos, hasta que se resuelvan las excepciones autorizadas por el art. 3166 Cód. Civ., que dedujo el tercer poseedor" (C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 1, 661); "...fundada en ignorancia de los trámites de la ejecución si, se le ha exigido en oportunidad el pago o abandono; ni en las observaciones que pudiera formular a la liquidación, puesto que si desea pagar, puede exigir una nueva" (C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 36, 1384)" "Los trámites corridos contra el deudor originario, son válidos, con respecto al tercer poseedor, sólo en cuanto no afectan sus legítimos derechos" (C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 50, 108). "El tercer poseedor no es parte en el procedimiento contra el deudor y no puede ser perjudicado por dicho procedimiento" (C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 57, 429). "Es nulo el remate del inmueble si no se ha requerido de pago o abandono al tercer poseedor" (C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 54, 411).

- 6º Inexistencia del derecho hipotecario (art. 3166 Código Civil ⁽⁷⁰⁾).
- 7º Extinción del derecho hipotecario, que puede derivar del pago, prescripción o cualquiera otro de los modos por los cuales se extinguen las obligaciones (arts. 3166, 3187 y 724 Cód. Civ.) ⁽⁷¹⁾.
- 8º Nulidad de la toma de razón o inscripción de la hipoteca en el registro (art. 3166 Cód. Civ.) ⁽⁷²⁾.
- 9º Inexigibilidad de la deuda (art. 3166 Cód. Civ.), sea por no haber vencido el plazo de la deuda o por esperas concedidas al deudor (art. 3163 Cód. Civ.) ⁽⁷³⁾.

La excepción de inhabilidad de título ha sido declarada improcedente (C. Civ. Mend., Jur. Arg., 35, 819), pero conviene precaverse contra las confusiones que pueden derivar del nombre que dan a las excepciones el art. 3166 del Código Civil y los códigos procesales. Así las excepciones enumeradas en el art. 3166, pueden encajar, a veces,

⁽⁷⁰⁾ "El acreedor hipotecario carece de acción ejecutiva contra el tercer poseedor, si la hipoteca aparece cancelada en el Registro de la propiedad y el tercer poseedor compró con certificados del Reg. donde no consta la hipoteca" (C. Ap. Azul, *Jur. Arg.* 43, 864).

⁽⁷¹⁾ C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 50, 108; C. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 64, 981. "Establecer si puede o no repetirse el pago parcial hecho al acreedor hipotecario por quien no tenía relaciones directas con el mismo, por ser tercer adquirente, es cuestión que no debe ventilarse en el juicio ejecutivo por cobro de la hipoteca si no en el correspondiente juicio ordinario" (C. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 51, 607).

⁽⁷²⁾ Pero "no puede prevalerse de la falta de inscripción del gravamen hipotecario, si al comprar el inmueble se impuso de la hipoteca que lo gravaba y la tomó a su cargo" (C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 35, 1282) "...aunque el Reg. de la propiedad hubiese informado que el inmueble no reconocía gravámenes" (C. Ap. B. Blanca *Jur. Arg.* 28, 769; C. Civ. 2ª La Plata *Jur. Arg.* 53, 448).

⁽⁷³⁾ "El art. 3164 del Cód. Civ. cuando establece que no puede serle demandada la deuda al tercer poseedor sino cuando fuese exigible al deudor originario, se refiere tanto al pago total como al parcial" (C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 50, 108).

exactamente en algunas enumeradas en la ley procesal, como las de inhabilidad, prescripción, pago, espera, etc.

En alguna oportunidad se ha resuelto que el tercer poseedor, no solamente puede oponer las excepciones propias, "sino las que pudiese aducir el deudor originario, menos las inherentes a la persona de este último" (C. Civ. 1ª Cap., Jur. Arg., 50, 108).

Opuestas las excepciones, se dará traslado por tres días al ejecutante (art. 490 Cód. Cap.), se abrirá a prueba la causa por diez días (art. cit.), siguiéndose el trámite del juicio ejecutivo.

A veces se ha aplicado el trámite de las excepciones dilatorias, sin duda por considerar que la deducción de excepciones por el tercer poseedor constituye un incidente (art. 408 cód. cit.). Hay un error en tal criterio. La deducción de excepciones por el tercer poseedor, es un trámite normal, aunque no esencial, del proceso ejecutivo, en el cual se ejecuta un inmueble hipotecado que ha sido transferido. Trámite similar a la ejecución tipo, a la que, en consecuencia puede y debe seguir. Cuando se trata de la oposición del acreedor o del deudor al abandono que intenta el tercer poseedor, correspondería recurrir a la tramitación de los incidentes. Este es un trámite posible, que no tiene, dentro del proceso ejecutivo normas expresas o análogas que lo rijan.

Si al deudor, debidamente requerido de pago, no se le hubiera dado aún oportunidad de defenderse, como ejecutado personal, puede excepcionar una vez trabado el embargo y si el tercer poseedor hubiese excepcionado, podría adherir a esas excepciones. Actuaría así como coadyuvante o tercerista adhesivo del tercer poseedor.

La intervención del deudor en los trámites seguidos por el tercer poseedor o en contra de él, me parece conveniente y legalmente posible por el origen de la legitimación pasiva de ambos y por cuanto las excepciones que el tercer

poseedor puede oponer, podrían también ser opuestas por el deudor. Por otra parte, la intervención del deudor en el proceso, es anterior y como he sostenido, no es sacado fuera de juicio por el tercer poseedor. Además, me parece imprescindible que la sentencia que acoja o rechace las excepciones deducidas por el tercer poseedor, le sea notificada al deudor, quien podría apelarla, si es desfavorable a su interés substancial o defenderla en caso contrario. No es admisible que el deudor permanezca ajeno a una sentencia que declara la existencia o inexistencia del derecho hipotecario, pongamos por caso.

La situación inversa, en cambio, es menos clara. El deudor debe ser requerido de pago antes de la intervención del tercer poseedor. El deudor puede oponer algunas excepciones que no interesen al tercer poseedor y éste puede optar por el pago o el abandono para repetir contra el deudor, si procede.

Sea que se produzca el abandono, sea que el tercer poseedor sea condenado a sufrir la ejecución, el inmueble debe ser subastado conforme a las reglas establecidas para el cumplimiento de la sentencia de remate ⁽⁷⁴⁾, incluso la citación de otro acreedor de preferente grado. Resueltas las cuestiones que pudieran plantearse, aprobada en su caso la liquidación ⁽⁷⁵⁾, el acreedor puede perseguir al deudor por el saldo insoluto “si no ha declarado expresamente su voluntad de desobligarle” (C. Civ. 2º Cap., Jur. Arg., 16, 643 ⁽⁷⁶⁾).

(74) “En la incidencia sobre suspensión del remate del bien hipotecado, corresponde dar intervención al tercer adquirente” (C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 30, 637); “...y también en la venta” (C. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 43, 705).

(75) “Debe notificársele al tercer poseedor la liquidación practicada para conocimiento de los ejecutados, máxime si no observó otras notificaciones anteriores” (C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 20, 717).

(76) “El acreedor hipotecario puede dirigir su acción contra el último adquirente del bien gravado, que tomó a su cargo el pago de la deuda; y si no desobligó expresamente a los anteriores

En las incidencias promovidas por el tercer poseedor, como así también en el caso de que excepcione, la imposición de costas debe regirse por las reglas comunes aplicables al juicio ejecutivo.

Las costas de la ejecución hipotecaria, incluso las producidas por la actuación del deudor, son accesorios de la hipoteca y por lo tanto a cargo del deudor y con privilegio sobre el inmueble gravado. Por ello cuando el tercer poseedor se decide por el pago, éste debe comprender el capital, intereses y costas (art. 3111 Cód. Civ.); estas últimas, en cuanto provengan de actuaciones necesarias. Lo son, las correspondientes al requerimiento al deudor ⁽⁷⁷⁾, previo al que debe formularse al tercer poseedor (art. 3163 Cód. Civ.). No lo serían, en cambio, las actuaciones posteriores al requerimiento, seguidas contra el deudor, sin intimar al tercer poseedor.

Si el tercero no paga ni abandona, sufre la ejecución, y las costas, accesorios de la hipoteca, deben pagarse con el privilegio consiguiente sobre el precio del inmueble. Si queda saldo quirografario, éste es a cargo del deudor, puesto que no pueden pronunciarse condenaciones personales contra el tercer adquirente (art. 3165 Cód. Civ.). Pero si el tercer adquirente, al suscribir la escritura de compra-venta, se obligó a pagar la deuda, el saldo puede ser perseguido contra él (si no hizo abandono), aun cuando no exista delegación perfecta de deudor (C. Civ. 2º Cap., Jur. Arg., 62, 727 y 788).

Es obvio que si quedara saldo positivo de la ejecución

propietarios que se habían hecho cargo de dicho pago, puede ejecutar cualquiera de ellos por el saldo no cubierto por la liquidación del inmueble. Ello por cuanto en el caso sólo medió una delegación imperfecta de deudores" (C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 73, 1051).

⁽⁷⁷⁾ "No procede imponer las costas de la ejecución hipotecaria al tercer poseedor que consignó en pago la suma reclamada, antes de haber sido requerido judicialmente al efecto" C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 62, 80)

del inmueble gravado, éste pertenece al tercer poseedor (art. 3184 Cód. Civ.).

138. Segunda parte. Intervención de sub inquilinos en el juicio de desalojo entre locador y locatario. 1º Caracteres, derecho substancial que protege.

La situación del sub-locatario, ante el proceso por desalojo deducido por el locador contra el locatario, que es, a su turno, sub-locador del primero, es la del tercero con "interés legítimo" en el pleito (art. 649 Cód. Mend.) Para las legislaciones que admiten la intervención de terceros en cualquier clase de juicios, como para la doctrina, no puede ser dudoso el derecho del sub-locatario para intervenir en el proceso que puede producir su desalojo, a pesar del silencio de algunas leyes procesales al respecto.

En efecto, el sub-locatario, ha adquirido, mediante un contrato legítimo (arts. 1444, 1583 y 1585 Cód. Civil), derechos de uso, cuya contra-prestación es el canon convenido. Y si bien, como contrato sobre un contrato, la extensión en el tiempo aparece limitada, por la del contrato originario o sea la locación (art. 1606 Cód. Civil), no es posible entregar discrecionalmente sus derechos a los arreglos o convenios "ex-post facto", entre locador y locatario. Basta pensar en la posible colusión de éstos, fraguando un proceso, para comprender que al sub-inquilino le interesa conocer ese proceso, en resguardo de sus derechos. La acción que se concede al sub-locatario contra el sub-arrendador, aparte de que puede resultar ilusoria, no alcanza a remediar un desalojo apresurado.

Pero la necesaria brevedad del juicio de desalojo, exige, para no desvirtuar sus propósitos, que la intervención del sub-inquilino no pueda ir más allá de defender sus derechos al plazo legal, o a hacer reconocer su carácter de sub-locatario, salvo que pudiera, dentro de la sumariedad

del juicio, acreditar la simulación del proceso y de las causas legales que le sirven de fundamento.

Siendo el contrato de locación, un contrato de uso, tenga o no el carácter de real, lo cierto es que el locatario ejerce la tenencia de una cosa, a los fines convenidos. El sub-inquilino se encuentra a ese respecto, en idéntica situación (art. 1585 Cód. Civ.). Así, pues, la intervención que las leyes o la jurisprudencia conceden y deben conceder al sub-locatario en el proceso por desalojo entre locador y locatario, tiende a defender ese derecho de uso, dentro de las limitaciones que la ley misma impone al contrato de sub-locación (art. 1606 Cód. Civ.).

En general, se les reconoce el derecho de reclamar el plazo legal que particularmente les corresponde en ciertos supuestos (art. 1507, último apartado Cód. Civ.) y como es obvio y a ese fin, su carácter de sub-inquilinos, si no les fuera espontáneamente reconocido (C. Civ. 1º Cap., Jur. Arg., 9, 547). Además, como dije precedentemente y subordinado, en cuanto a la prueba, a las características del proceso sumario de desalojo, podría impugnar como simulado el proceso, cuando el objeto del mismo apareciera como medio de desconocer sus derechos ⁽⁷⁸⁾.

Si bien interesa también al locador, hacer conocer al sub-locatario el proceso, para que corran respecto a él los plazos para el desahucio y para que no haga más pagos al sub-locador, la intervención del sub-locatario tiende a defender intereses substanciales de éste. Por eso considero esa intervención como un caso de tercería de uso, en interés propio, originario, directo y excluyente. Podría, tal vez, considerársele como una forma de litisconsorcio o legitimación colectiva con interés diverso, en cuyo caso tendríamos que el interés que la caracteriza no es excluyente.

⁽⁷⁸⁾ El único caso planteado al respecto, que conozco, lo fué en juicio ordinario posterior al desalojo (C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 41, 651).

Pero esos casos de litisconsorcio exigen o al menos permiten la intervención de todos los legitimados en la integridad del proceso, pues como veremos en el capítulo correspondiente, a cada litisconsorte interesa la totalidad de las relaciones substanciales en litigio. En cambio, al sub-locatario, sólo cuando se trate de un juicio simulado podrá interesarle todo el proceso, en cuanto se fundara en hechos falsos. Por otra parte, los litisconsortes tienen un mismo interés substancial, o un interés substancial análogo y paralelo que no siempre existe entre locatario y sub-locatario.

Puede ser una intervención coactiva, cuando por haber sido denunciado se notifica al sub-inquilino o voluntaria. En el primer supuesto, si no reclama el plazo que pudiera corresponder, se producirá el desahucio en el plazo común ⁽⁷⁹⁾. La notificación debe ser hecha de oficio (art. 1 ley 11.122).

La intervención se produce en el mismo proceso, sea éste el especial que la ley autoriza, sea el ordinario cuando por él opte el locador y la opción sea procedente.

Cuando se trata de defender su derecho al plazo legal, el sub-inquilino se encuentra, en cuanto al proceso, en una posición análoga al acreedor hipotecario en el proceso donde se ejecuta la garantía. Su intervención sólo procede en una etapa del proceso, generalmente la de cumplimiento de la sentencia y a un fin único, obtener el plazo que le corresponde para el desalojo. En esa hipótesis, el sub-inquilino es un sujeto procesal secundario, su legitimación "ad-causam" es parcial.

Si su calidad de sub-inquilino fuera desconocida o si intentara obtener que no se haga lugar al desalojo por existir una connivencia fraudulenta entre actor y demandado, en perjuicio suyo, su legitimación sería plenaria y sus facultades procesales excluyentes y exclusivas. En tal supuesto, asumiría el carácter de sujeto procesal primario.

(79) Cám. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 24, 837.

El art. 1º de la ley 11.122, ampliatoria del Código de Procedimiento Civil para la Capital de la República y de la ley de justicia de paz, estatuye: "En los juicios de desalojo relativos a fincas urbanas en la capital federal y territorios nacionales, el actor y demandado deberán manifestar si en la casa, pieza o departamento locado existen o no sub-inquilinos. En el primer supuesto, el juez de oficio dará a éstos conocimientos por cédula de la demanda entablada al inquilino principal dentro del término de cuarenta y ocho horas de interpuesto, SIN QUE ELLO IMPORTE TENERLOS POR PARTE EN EL JUICIO".

"La sentencia de desalojo se hará conocer a los inquilinos por cédula y el término acordado para el desalojo al inquilino principal, empezará a contarse para todos desde el día siguiente a la notificación a los sub-inquilinos".

Esta disposición instrumenta el derecho acordado a los sub-inquilinos por el art. 1507 del Código Civil, reformado por la ley 11.156. El último apartado de este artículo, en el caso de desalojo por falta de pago o por sub-arriendo, cuando éste hubiese sido prohibido en el contrato de locación, concede noventa días para el desalojo a los sub-inquilinos.

La ley, con un concepto generalizado sobre lo que implica ser "parte" en un proceso, dispone la notificación de los sub-inquilinos, lo que implica autorizarles a reclamar el derecho que la ley substancial les acuerda, sin "tenerlos por parte" en el juicio.

Con excelente criterio, interpretando esa norma, la Cámara Civil 1ª de la Capital ha dicho: "Que si bien el art. 1º de la ley número 11.122 desconoce a los sub-inquilinos el derecho de hacerse parte en el juicio de desalojamiento, guardando así armonía con lo dispuesto por el art. 1606 del Código Civil que únicamente establece relaciones jurídicas entre el locador y el locatario en la hipótesis de cesación del contrato por incumplimiento del último, no es posible,

sin incurrir en grave contradicción, NEGARLES LA PERSONERÍA Estrictamente indispensable para la realización y efectividad de la protección que la misma ley ha querido dispensarles. Así, la tendrían desde luego, para solicitar la concesión del plazo de noventa días que la susodicha ley ha señalado en su favor; la tendrían igualmente en la hipótesis de que fuera desconocida su calidad de sub-inquilinos y no habría tampoco razón para negársela en el supuesto, que es el de autos, de que invocando la existencia de juicio de consignación en cuya solución se halla implicada la cuestión de saber si son sub-inquilinos o inquilinos principales, solicitaran, como hacen aquí, la suspensión en sus efectos de la sentencia de desalojamiento, hasta tanto se sustancien y decidan los juicios que involucren la aludida cuestión previa" (Jur. Arg., 9, 547).

Los tribunales de la Capital, con anterioridad a la sanción de la ley 11.122, negaban al sub-inquilino intervención y recurso alguno en el juicio de desalojo ⁽⁸⁰⁾.

Es evidente que este criterio, que implicaba no sólo que no tenían derecho a ser oídos, sino que no era necesaria ni siquiera la notificación, era repugnante a la garantía constitucional de la defensa de los derechos ⁽⁸¹⁾.

Con la sanción de la ley 11.122, comenzó a reconocérseles algunos derechos, al principio sólo de ser notificados de la sentencia dictada contra el locatario ⁽⁸²⁾.

Si se explica esta posición ante el propósito de no dilatar el proceso especial, estatuido para defender el derecho del locador, no se justifica legalmente ante la realidad de los hechos. ¿Cómo cumplir una sentencia de desalojo contra personas que no fueron oídas y cuyo derecho substancial (el contrato de sub-locación), es anterior al proceso? Es una ficción, que nada autoriza a aceptar, la de que

⁽⁸⁰⁾ C. Civ. Cap. junio 1910, 718; C. Civ. 1ª Cap. Agosto 1911, 138.

⁽⁸¹⁾ S. C. Fallos 131, 182.

⁽⁸²⁾ C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 8, 447.

el locatario representa a los sub-locatarios. El derecho del locador y el de los sub-locatarios, no son antagónicos y puede conciliarse la defensa de cada uno de ellos, aceptando la intervención restringida del sub-locatario, de manera que no desvirtúe la forma y efectos del juicio especial.

139. 2º Sustanciación.

Algunas leyes procesales del país, antes y después de la ley 11.122, han previsto, directa o indirectamente, la situación de los sub-inquilinos.

El código de Buenos Aires, dispone: "Ejecutoriada la sentencia, se hará efectivo el desalojo, contra cualquier ocupante POSTERIOR a la iniciación del juicio, salvo el caso de presentarse contrato o título en forma, ANTERIORES en fecha a la acción juzgada; y si se tratare de SIMPLE LOCALACIÓN, se acordará por el juez, sin más recurso, una prórroga que no podrá exceder de veinte días" (art. 615) ⁽⁸³⁾.

Concediendo ya al sub-locatario el derecho de ser oído, dispone el Código de Entre Ríos: "Si hubiese sub-localación, autorizada por el contrato, para que proceda la acción de desalojo contra el sub-locatario será necesaria la citación de éste" (art. 530).

Los códigos más modernos, ampliando las disposiciones de la ley 11.122, establecen, por distintos medios, la notificación inicial de la demanda de desalojo a los sub-inquilinos. Así, el Código de Santa Fe: "En la demanda y en la contestación deben las partes expresar si existen o no sub-inquilinos. En el primer caso serán notificados dentro de dos días de la iniciación del juicio. En el segundo o cuando no se haga manifestación alguna, el actor podrá pedir que se fije en lugar visible dentro de la casa, una cédula con transcripción de los arts. 239 y 255 del código

⁽⁸³⁾ Disposiciones iguales: S. Luis (art. 863). E. Ríos (artículo 540).

penal, haciendo saber la iniciación del juicio a los sub-inquilinos que pudieran existir, a fin de que la sentencia tenga efectos contra ellos" (artículo 352) ⁽⁸⁴⁾.

"La primera notificación al demandado y a los sub-inquilinos servirá de intimación bastante para que desde ella empiece a contarse el plazo en que debe efectuarse el desalojo. El actor podrá pedir que se inscriba como litigioso, en el Registro de Embargos, el predio objeto del juicio, a fin de que la sentencia se ejecute también contra los ocupantes anteriores a la anotación, la que deberá publicarse cinco veces, por edictos" (art. 353).

Código de Córdoba: "El actor al preparar la demanda o al deducirla y el ocupante al comparecer o al contestarla, deberán manifestar quienes sean los sub-inquilinos de la casa materia del juicio. A éstos les hará saber, de oficio, la preparación del juicio o la demanda, como en el caso de los terceros".

"Cuando el actor manifestare ignorar la existencia de sub-inquilinos y el demandado silenciare lo relativo a ellos, se le intimará al segundo que dentro de veinticuatro horas manifieste si hay o no sub-inquilinos, bajo apercibimiento de que en caso de no denunciarlos con su nombre y apellido u ocultar su existencia, incurrirá en una multa de trescientos pesos nacionales subrogable a razón de un día de prisión por cada diez pesos de multa" (art. 368).

"La notificación, el emplazamiento y la citación del demandado y de los sub-inquilinos, se harán en el domicilio especial o en el inmueble ocupado, si en él existiese algún edificio y, en su defecto, en el domicilio real, en el legal, en la residencia o en la habitación de ellos" (art. 369).

"La sentencia hará cosa juzgada, no sólo relativamente a las partes y a los ocupantes de la finca a quienes se hubiera hecho saber el pedido de las medidas preparato-

⁽⁸⁴⁾ Disposición de idéntico contenido: S. del Estero (artículo 574).

rias o la interposición de demanda, sino también respecto de los ocupantes posteriores a una y otra, cuando se hubiese hecho anotación de litis" (art. 377).

Iniciado el juicio de desalojo, si el actor denuncia la existencia de sub-inquilinos, conjuntamente con la fijación del comparendo para el juicio verbal (art. 586 Cód. Cap.), deberá notificarse a los sub-inquilinos (art. 1, ley 11.122). La notificación de éstos deberá practicarse en el domicilio real de los mismos (art. 33 Cód. Cap.).

Si el actor no hiciera denuncia de sub-inquilino y la hiciera el locatario, antes del comparendo, en este acto o después ⁽⁸⁵⁾, deberá disponerse la notificación a los sub-inquilinos en el plazo de 48 horas.

Desde el momento en el cual son citados o espontáneamente si no lo fueran, los sub-inquilinos pueden comparecer, sea al juicio verbal si estuvieran en tiempo o al proceso si aquél ya se hubiera verificado. En todo caso, deben constituir domicilio legal (art. 10 cód. cit.), pues aun cuando no se les considere litigantes principales, el ejercicio de los derechos que la ley les acuerda, aparte de que puede producir controversia, significa que deben comparecer y que deben ser notificados de la sentencia, para todo lo cual se requiere la existencia de un domicilio legal.

Pueden utilizar servicios de abogado y de procurador (arts. 8 y 9 cód. cit.).

Si comparecen espontáneamente, es imprescindible que acrediten en forma su carácter de sub-inquilinos (art. 72 cód. cit.), igual prueba deberán aportar si denunciados por uno de los sujetos principales de la litis, el otro desconoce la sub-locación ⁽⁸⁶⁾ o las condiciones de la misma.

Si se trata de reclamar el plazo legal, de acuerdo al derecho acordado por el art. 1507, in fine del Código Civil

⁽⁸⁵⁾ En el sentido de que la denuncia debe ser hecha en el comparendo: C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 39, 791; 40, 423 y 457.

⁽⁸⁶⁾ "Habiéndose estipulado la prohibición de subarrendar, si el contrato de locación carece de fecha cierta, el sub-inquilino

deberá acreditarse el pago de los alquileres, ya que, teniendo el sub-locatario iguales obligaciones que el locatario, no podría reclamar un derecho emanado de su contrato, sin acreditar que lo ha cumplido o cumple regularmente ⁽⁸⁷⁾. (C. Civ. 1º Cap., Jur. Arg., 23, 797; 24, 837; 28, 68 y 821; 30, 123; C. Civil. 2º Cap., Jur. Arg., 11, 348; 43, 223.)

La circunstancia de que no se haya denunciado la existencia de sub-inquilinos, no puede privar a éstos de sus derechos ⁽⁸⁸⁾, ni tampoco la prohibición de sub-arrendar ⁽⁸⁹⁾, pues uno de los supuestos del plazo de noventa días, es el de cese de la locación por sub-arriendo prohibido. Pero no obstante, algunos tribunales han negado el plazo legal en estos supuestos ⁽⁹⁰⁾.

Cuando el desalojo procede en virtud de vencimiento del contrato de locación, el sub-inquilino carece de derecho al plazo especial (art. 1507 cód. cit.) ⁽⁹¹⁾.

no puede invocarlo contra el locador principal a fin de obtener un plazo de 90 días para el desalojo decretado contra el locador por falta de pago de los alquileres" (C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 60, 100).

⁽⁸⁷⁾ "Los recibos otorgados a los sub-locatarios después de la iniciación de la demanda, no autorizan a éstos a reclamar el plazo especial (Just. Paz. Cap. Jur. Arg. 60, 668).

⁽⁸⁸⁾ "La existencia o inexistencia de sub-inquilinos es una cuestión de hecho que está sujeta a la prueba y no puede hacerse depender de la sola denuncia del locador o locatario, cuya omisión pudiera ser deliberada o maliciosa" (C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 28, 68).

⁽⁸⁹⁾ "No tratándose de contrato de término vencido, corresponde acordar a los sub-inquilinos un plazo de noventa días para el desalojo cualquiera sean las estipulaciones contenidas en el contrato (C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 27, 948; 69, 35; C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 34, 440).

⁽⁹⁰⁾ "Corresponde fijar el término perentorio de diez días para efectuar el desalojo, bajo apercibimiento de lanzamiento, si no se denunció oportunamente la existencia de sub-inquilinos o si existe prohibición de transferir total o parcialmente el contrato" (C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 24, 233; 28, 153; 43, 223; C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 25, 527 y 1389; 20, 341; 39, 791; 40, 423 y 457).

⁽⁹¹⁾ C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 21, 752.

Si la sub-locación es posterior a la iniciación del juicio de desalojo, ningún derecho pueden reclamar en él los sub-inquilinos ⁽⁹²⁾.

El sub-inquilino, a quien se notifica únicamente la sentencia de desalojo, puede reclamar, en ese estado del proceso, el plazo legal.

Si ha peticionado, y sus pretensiones han sido rechazadas, puede interponer recurso de apelación.

En cuanto a las costas, si sus peticiones han sido substanciadas con los otros litigantes, deberán aplicarse los principios comunes sobre su aplicación al vencido o exoneración de ellas si la naturaleza de la cuestión así lo aconsejara.

140. Tercera parte. [Denuncia de litis. Intervención del "verus possessor". 1º Caracteres. Derecho sustancial que protege.

La denuncia de litis, es el conocimiento que se dá a un tercero, a pedido de uno de los sujetos procesales, de la existencia del proceso. Esa denuncia puede tener por fin salvaguardar el derecho del sujeto que pide la notificación, en contra del tercero (evicción); integrar la litis, mediante la citación de posibles litis-consortes, activos o pasivos; dar oportunidad al tercero para que defienda la posesión o el dominio que se demanda (arts. 2464 y 2782 cód. civ.) o el mejor derecho a lo que se reclama al citante. De estas formas de la denuncia de litis, me ocuparé en esta parte de la obra solamente de las dos últimas, dejando la citación de evicción o en garantía y los supuestos de litis-consorcio, para cuando considere las tercerías en interés

(92) "Si el juicio de desalojo fué iniciado antes de haberse subalquilado la propiedad, en contravención a lo estipulado en el contrato, no corresponde acordar a los sub-inquilinos el plazo legal de noventa días" (C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 28, 65).

propio, originario, pero indirecto, y directo pero no excluyente. ⁽⁹³⁾.

Con los nombres latinos de "laudatio o nominatio auctoris" y también, aunque en forma menos específica "ad-citatio", se conoce entre nosotros una forma de intervención por denuncia de litis en un proceso ya iniciado. Es el caso al cual se refieren los arts. 1527, 1530, 2464 y 2782 del código civil. El artículo 1527 del cód. civil establece la obligación del locador de defender al locatario "demandado por terceros que reclamen, sobre la cosa arrendada, derechos de propiedad o de servidumbre, o de uso o goce de la cosa". Correlativamente, el art. 1530, impone al locatario la obligación de "poner en conocimiento del locador, en el más breve tiempo posible", "toda acción que se dirija contra la propiedad, uso o goce de la cosa".

Disposición análoga tenemos en el usufructo (art. 2880).

El art. 2464 del mismo código, impone al "simple tenedor", de una cosa, la obligación de "nombrar al poseedor a cuyo nombre posee, si fuera demandado por un tercero por razón de la cosa".

Y el art. 2782 dispone que el poseedor, demandado por reivindicación "no está obligado a responder a la acción, si declara el nombre y la residencia de la persona a cuyo nombre la tiene. Desde que así lo haga, la acción debe dirigirse contra el verdadero poseedor de la cosa".

Todas estas disposiciones tienden a permitir que el verdadero poseedor o propietario, pueda intervenir en un proceso dirigido contra el locatario, usufructuario, tenedor o poseedor a nombre ajeno, y que versa sobre el dominio, la posesión, el uso o las servidumbres anexas a un inmueble. Subsidiariamente, esa intervención defiende el derecho del locatario, del usufructuario, tenedor o poseedor a nombre

⁽⁹³⁾ CHIOVENDA JOSÉ *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Madrid 1940, II, 275. GOLDSCHMIDT JAMES *Derecho Procesal Civil*, 1936, 450.

ajeno de la cosa y le libera de responsabilidad, respecto a su principal, por las consecuencias del pleito. Pero, fundamentalmente, defiende el interés substancial del tercero, al cual debe denunciarse la litis.

De acuerdo con ello, los casos sub-examen, son de tercería en interés propio, originario, directo y excluyente.

Son casos típicos, en la doctrina, de tercería coactiva, pues la no comparecencia puede acarrear graves perjuicios al citado, incluso la pérdida del dominio.

Concurriendo al proceso, asume el papel de sujeto procesal primario, con legitimación "ad causam" plenaria y facultades procesales excluyentes y exclusivas, salvo, en cuanto a estas últimas, que continúe como sujeto procesal el demandado-citante, que, como tercerista adhesivo, compartiría algunas facultades procesales con el sujeto al cual adhiere.

En efecto, puede el actor exigir que continúe en la causa el demandado originario, quien, en tal supuesto, pasaría a ser sujeto procesal secundario, como coadyuvante del citado. Esta emergencia es posible especialmente, cuando se tienen dudas sobre quién es el verdadero titular del dominio o de la posesión. Permaneciendo como sujeto de la litis el demandado originario, se obtiene que tenga fuerza de cosa juzgada en contra suya, la sentencia que se dicte (art. 653 Cód. Mend.). Por otro lado, al ocupante del inmueble le interesa el resultado del litigio, por los derechos que tenga sobre él, por sus convenios con el propietario.

Si el citado no comparece, sea que el citante se defienda o se allane a las pretensiones del actor, tendríamos un proceso común de dos sujetos, sin tercería.

141. 2º Substanciación.

El procedimiento de la "nominatio auctoris", no se encuentra reglamentado por las leyes procesales argentinas. La forma de la manifestación del inquilino, del usufructua-

rio, del simple tenedor o del poseedor, no solamente no está reglamentada por las leyes instrumentales, sino que ni siquiera resulta uniformemente dispuesta en el código civil.

Para el locatario demandado, como para el usufructuario, la obligación legal consiste en “poner en conocimiento” del locador o del propietario, la acción o la perturbación. Es decir, se trata de una comunicación privada, que podría ser hecha en la forma que el interesado considere idónea para salvaguardar su derecho, un telegrama colacionado, por ejemplo.

Para el simple tenedor demandado, la obligación consiste en “nombrar al poseedor en cuyo nombre posee” y para el poseedor a nombre ajeno, demandado por reivindicación, en declarar “el nombre y la residencia de la persona a cuyo nombre” tiene la cosa. Aquí, la obligación implica la realización de un acto procesal. El demandado debe comparecer al proceso y hacer la declaración pertinente.

No encuentro inconveniente en que, el inquilino o usufructuario, además del conocimiento que dé a su principal por el medio que crea adecuado, manifieste, mediante escrito presentado en el proceso, el nombre y domicilio del locador o propietario.

Alguna vez se ha entendido que el demandado con derecho a nombrar al poseedor o propietario podía valerse de la excepción dilatoria de falta de personalidad (art. 84 inc. 2 cód. Cap.). Es evidente que la defensa no procede⁽⁹⁴⁾, pues ella, se refiere a falta de capacidad o defecto en el mandato y en el supuesto que nos ocupa, la manifestación exigida por la ley, implicaría afirmar que no existe legitimación substancial pasiva (falta de acción en contra del demandado). Pero tampoco procedería la defensa de fondo de falta de acción, pues en ese supuesto se sustanciaría todo

(94) “No procede como dilatoria, la excepción opuesta por el demandado por reivindicación, fundada en el carácter de poseedor a nombre de otros, que pretende investir” (S. C. Fallos, 109, 160).

el proceso inútilmente y se obligaría al demandado a litigar, en contra de la expresa disposición del art. 2782 del cód. civil.

De la manifestación del demandado, denunciando el nombre y domicilio del locador o propietario, debe darse vista al demandante ⁽⁹⁵⁾ y disponer luego el traslado pertinente.

¿Podría el actor oponerse a la intervención del denunciado? En ciertos casos sí. Así, por ejemplo, cuando se demanda al autor material del despojo, aunque éste haya obrado por cuenta de un tercero y pida se entienda con éste la demanda (art. 2464 cód. civ.).

Así se ha resuelto que “las acciones posesorias corresponden contra el autor directo y personal de la desposesición o turbación, aunque pretenda éste haber obrado en interés o por orden de tercero pues nacen “ex-delicto” y hacen al agente responsable de las consecuencias, sin perjuicio de los derechos que puedan corresponderle contra el comitente” (C. Fed. Córd. nov. 1910, 1747) ⁽⁹⁶⁾. La Suprema Corte fallando un caso en forma semejante, admitió, que el denunciado como propietario pudo haber “comparecido a tomar personalmente su representación (del demandado) y defensa en el juicio” ⁽⁹⁷⁾. La intervención en el interdicto, del despojante o autor material de la turbación y de quien la ordenó, daría lugar a un litisconsorcio pasivo, tanto en el caso de demanda contra ambos, como de comparecencia posterior de uno de ellos. Pero opino que no es admisible que el demandado pueda eludir su intervención, sin la conformidad expresa del actor, ya que éste tiene acción contra ambos (arts. 2469 y 2490 Cód. Civ.).

⁽⁹⁵⁾ C. Fed. Paraná, agosto 1911, 106.

⁽⁹⁶⁾ En igual sentido: S. C. *Fallos* 45, 130; C. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 32, 270.

⁽⁹⁷⁾ “El interdicto puede entablarse y seguirse contra el autor de los hechos que lo motivan, mientras el causante no tome su defensa” (*Fallos* 37, 81).

En ningún otro caso podría, a mi juicio, oponerse el actor a que se cite al denunciado ⁽⁹⁸⁾ pero sí podría oponerse, a que se saque del proceso al demandado-denunciante ⁽⁹⁹⁾, para evitar que mediante connivencia entre citado y citante, pueda ser burlado en sus derechos. Y ello resultaría perfectamente posible, mediante la citación y comparecencia de un tercero irresponsable, que saque de la causa al verdadero propietario o poseedor o a quien, sin serlo, denuncie falsamente al que no es propietario o poseedor.

Si el demandado hace la manifestación preceptuada por los arts. 2464 y 2782 del código civil y no se notifica a los denunciados, no puede acusarse rebeldía al denunciante que no contestó la demanda y es nulo lo actuado en tal supuesto ⁽¹⁰⁰⁾.

La oposición del actor a que se corra traslado de la demanda o a que intervenga el denunciado, debe sustanciarse como las excepciones dilatorias, pues se trataría de un incidente (arts. 403, 404 y 408 cód. Cap.). En general, el trámite introductivo del nuevo sujeto procesal, puede seguir, en plazos y formalidades, al que norman algunos códigos para la citación de evicción, procedimiento del cual me ocuparé en el capítulo XI.

Hecha la manifestación, antes de contestar la demanda y dentro del término para oponer excepciones (art. 105 cód. Bs. As.) si se tratase de juicio ordinario o en la forma corres-

⁽⁹⁸⁾ Contra: "Si la acción de reivindicación se dirige contra persona determinada, no puede después y en el mismo juicio dirigirse contra otra, si el actor no está conforme en este cambio, aunque el demandado manifieste que él no es el dueño y poseedor sino un tercero, al que indica debe demandarse, y aunque el tercero también lo haga presente así y pida que el juicio se siga contra él" (C. Fed. Córdoba, nov. 1914, 99).

⁽⁹⁹⁾ Prieto Castro, op. cit. 147.

⁽¹⁰⁰⁾ "Carece de fundamentos y razón de ser la rebeldía declarada, cuando el demandado manifiesta que no es parte en la causa y que el campo que se reivindica pertenece a otros a quienes nombra" (C. Fed. Paraná, agosto 1911, 106). En igual sentido: S. C. Fallos 43, 146.

pondiente si de juicio especial, se dará vista al actor y con la conformidad expresa o tácita de éste o resuelto el incidente si se opusiere y fuera rechazada su oposición, se dispondrá el traslado de la demanda al denunciado. Se trata de una demanda y en consecuencia debe notificarse el traslado y emplazamiento en el domicilio real denunciado y con las formalidades y plazos correspondientes a la naturaleza del proceso. Si de proceso ordinario se trata, deberá serlo por el plazo de quince días (art. 4 ley 4128). Si el denunciado comparece en el plazo legal, y el actor acepta que se excluya del litigio al demandado originario, se habría producido simplemente el cambio de demandado. Pero si el actor no acepta esa exclusión, habría que correr nuevo traslado al citante, quien puede asumir, como dije, el papel de tercerista adhesivo.

Si el denunciado niega ser el propietario, el citante podría allanarse a la demanda ⁽¹⁰¹⁾. Si se defendiera negando ser el poseedor sería el caso del art. 2783; probado por el actor que la cosa se halla en poder del demandado, éste debe ser condenado a transferírsela. En este supuesto, el demandado, al contestar la demanda, podría oponer, como defensa de fondo, la falta de acción (legitimación pasiva).

Cuando el demandado alega poseer a nombre de otro, pero no declara el nombre y domicilio de la persona a cuyo nombre posee, la demanda debe continuar en contra suya ⁽¹⁰²⁾. Pero cumplidos esos recaudos, debe demandarse al denunciado ⁽¹⁰³⁾.

Si no obstante la manifestación, el proceso se sigue contra el denunciante exclusivamente, sin citación, ni intervención del denunciado, la demanda debe ser rechazada. "No procede la acción reivindicatoria cuando el demandado manifiesta no ser dueño de la cosa, e indica quienes son

¹⁰¹ LUDOVICO MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, 4ª ed. III, 523; art. 76 Cód. Proc. alemán.

⁽¹⁰²⁾ S. C. Fallos 59, 288.

⁽¹⁰³⁾ C. Fed. La Plata feb. 1910, 27.

los poseedores" (S. C. Fallos 125, 48; S. C. Tuc. Jur. Arg. 19, 628) ⁽¹⁰⁴⁾.

"Si la persona demandada por interdicto de recobrar, manifiesta que es inquilina de un tercero, exhibiendo el contrato, debió seguirse el juicio contra el propietario y no procede condenar al inquilino" (C. Civ. 1º Cap. Jur. Arg. 22, 832) ⁽¹⁰⁵⁾.

No puede, tampoco, el actor, sin la citación previa del denunciado, intentar la prueba de la posesión por parte del demandado conforme al art. 2783 ⁽¹⁰⁶⁾.

No son pocos los casos en los cuales no se ha admitido la citación o la intervención del denunciado, no sólo por atribuirse al demandado el carácter de autor de la turbación o poseedor, sino por otras consideraciones de diversa índole, pero en las cuales asoma la perplejidad del juez ante la inexistencia de normas que instrumenten esa situación ⁽¹⁰⁷⁾.

En cuanto a las costas de la presentación del demandado haciendo la denuncia, que fué aceptada por el actor, no procede imponerlas a éste (S. C. Fallos 38, 318; Sup. Trib. S. Luis Jur. Arg. 1943-III, 642). Pero si el citante "a pesar de no estar obligado a contestar la acción, tomó una intervención indebida, produjo pruebas que no le correspondían y obligó al actor a continuar los trámites contra el", aun cuando se rechace la demanda, las costas deben correr por su orden (S. C. Tuc. Jur. Arg. 19, 628).

⁽¹⁰⁴⁾ En análogo sentido: S. C. Fallos 99, 106; C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 38, 195.

⁽¹⁰⁵⁾ Correlativamente: "Si el locatario no denunció al locador la turbación a su derecho, no puede reclamarle daños y perjuicios (C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 68, 235).

⁽¹⁰⁶⁾ "El actor por reivindicación no tiene derecho a probar la naturaleza de la posesión del demandado, cuando éste se exceptiona alegando que posee a nombre de otro que designa; en tal caso la demanda debe interponerse contra el poseedor denunciado" (S. C. Bs. As. Jur. Arg. 25, 1580).

⁽¹⁰⁷⁾ S. C. Fallos, 54, 532; 56, 293; 92, 78; 150, 180; 161, 319; Sup. Trib. E. Ríos Jur. Arg. 73, 719.

Si el propietario, sea por falta de denuncia del demandado o por falta de resolución ordenando traslado, comparece espontáneamente al proceso, correspondería tenerlo por parte, en el mismo expediente, evitando así trámites inútiles y aun contradictorios. Pero si por la incertidumbre sobre el trámite, se sustanciara dicha presentación como la tercería de dominio en juicio ejecutivo, debe suspenderse “la resolución en cuanto a la propiedad discutida en el juicio principal, hasta tanto recaiga sentencia en el incidente de tercería” (C. Civ. 1º Cap. Jur. Arg. 34, 797).

La denuncia de la litis, debe ser hecha una vez notificada la demanda, no procede pues exigirla como preparación del juicio (art. 67 Cód. Cap.) ⁽¹⁰⁸⁾. Pero, insisto, debe serlo, sinó precisamente como excepción dilatoria, como artículo previo a la contestación de la demanda ⁽¹⁰⁹⁾.

142. Cuarta parte. Denuncia de litis. Llamado al pretendiente. 1º Caracteres. Derecho substancial que protege.

Este caso de denuncia de litis, no previsto en nuestra legislación, puede producirse cuando se demanda por una obligación y el demandado tiene conocimiento de que un tercero pretende el mismo derecho. Así, en el supuesto de un crédito que fué cedido irregularmente y se discute, entre cedente y cesionario, la propiedad del mismo, en el de una cosa depositada, discutiéndose quién es el depositante (art. 2211 cód. civ.) o bien de un depósito de cosas fungibles por varias personas, sin que exista acuerdo sobre la cantidad de cada uno de los depositantes, etc. En el caso del pago, el código civil autoriza la consignación por depósito judicial “cuando fuese dudoso el derecho del acreedor a recibir el

⁽¹⁰⁸⁾ Conf. SALVAT *Derechos Reales* II, 307.

⁽¹⁰⁹⁾ Contra: SALVAT op. y lug. cit. “La declaración del tenedor puede ser hecho como una simple manifestación, en cualquier estado del juicio, como parece autorizarlo el texto de la ley al decirnos: DESDE que así lo haga...”

pago y concurrieron otras personas a exigirlo al deudor” (art. 757 inc. 4º).

El código procesal civil alemán (Z. P. O.), prevé este supuesto de litis-denunciación, en el art 75: “Si el deudor demandado denuncia la pendencia de la causa a un tercero que pretenda para sí el crédito reclamado y éste interviene en la misma, puede ser desligado de la causa a petición suya con tal que consigne el importe de la reclamación a favor de los acreedores litigantes, renunciando al derecho a la devolución. El deudor será condenado en tal caso al pago de las costas que se hayan causado por su resistencia infundada a satisfacer la deuda y la causa continuará entre los acreedores para determinar a cuál de ellos pertenece el derecho. Se fallará la entrega de la suma depositada al vencedor, y el vencido será condenado a satisfacer todas las costas, comprendidas las causadas por el deudor, no producidas por su resistencia infundada, y los gastos del depósito” (párr. 75) ⁽¹¹⁰⁾.

Esta forma de tercería defiende, fundamentalmente, el derecho substancial del pretendiente al crédito y de rebote, al demandado citante que podría ser obligado a cumplir dos veces su obligación, sin perjuicio de su derecho a repetir contra el actor. Se trata, pues, de una tercería en interés propio, originario, directo y excluyente. Tiene caracteres de forzosa o coactiva, pues si el llamado no comparece, no podría más tarde pretender el derecho reclamado por el actor. Si comparece, su figura es la de sujeto procesal primario, con legitimación “ad causam” plenaria y facultades excluyentes y exclusivas.

143. 2º Sustanciación.

Iniciada la demanda ante el juez competente, el demandado, en conocimiento de que un tercero pretende la cosa

⁽¹¹⁰⁾ GOLDSCHMIDT op. cit. 452. W. KISCH, *Elementos de derecho Procesal Civil*, Madrid, pág. 326.

que se le reclama, puede consignarla, a nombre de su demandante y del tercero, pidiendo se le notifique a éste la consignación y la existencia del juicio. En un caso, de una situación que pudo dar lugar a la denuncia de litis al pretendiente, la Cám. Civ. 1ª de la Cap. resolvió que “el escribano a quien se entregó una suma de dinero para que la entregase a su vez a un tercero, siempre que se cumplieran ciertas condiciones, puede retener lo depositado, si se lo reclaman simultáneamente el depositante y el tercero, hasta tanto se resuelva judicialmente cual de los dos tiene mejor derecho” (Jur. Arg., 13, 400). En otro caso análogo se resolvió que: “Si la Municipalidad deudora no niega la obligación, sino que manifiesta que desea pagar al verdadero acreedor, ya que el documento presentado aparece cedido a un tercero, corresponde, como medida para mejor proveer, dar vista de las actuaciones a quien figura como cesionario, notificándosele por cédula en el domicilio constituido en el documento o en el que denuncie el cedente” (C. Civ. 2º Cap., Jur. Arg., 50, 923) ⁽¹¹¹⁾.

Hecha la consignación y la denuncia de la litis, que implica indicar el nombre y domicilio real del pretendiente, corresponde la citación de éste para que, si lo cree conveniente, concorra al litigio. No se trataría de dar traslado de la demanda, porque la posición procesal del tercero no sería la de demandado, sino la de actor, contra el primitivo actor, reclamando de la justicia se reconozca su derecho contra éste. La comparecencia del tercero tendría en cambio, que reunir los requisitos de toda demanda (arts. 71 y 72, cód. Cap.) y darse traslado de ella al primer actor, continuándose la sustanciación en la forma procesal que corresponda. La sentencia resolvería, entonces, a cuál de ambos pertenece el crédito o la cosa consignada o depositada por el primer demandado.

⁽¹¹¹⁾ Véanse mis observaciones a un fallo, formulado en el párrafo 166, ya que se trata de un caso donde debió procederse a la denuncia de litis, llamando al pretendiente.

Podría también darse el caso de que el demandado resistiera la reclamación, pero al mismo tiempo denunciara la existencia de un pretendiente, a los efectos de que, en caso de ser vencido, el pago o entrega se hiciera al verdadero titular del derecho. En este supuesto y si concurriera el citado, tendríamos un proceso con tres sujetos procesales primarios en actividad, contemporáneamente. El actor y el citado, aparecerían como litis-consortes en cuanto al reclamo frente al demandado, pero como litigantes a su vez entre sí. La presentación del citado implicaría un pedido de condena en contra del demandado y de declaración en contra del primer actor, que a su respecto, sería a su vez demandado. La sentencia sería así, de condena si el demandado originario es condenado y de declaración sobre el mejor derecho de los pretendientes.

Se trataría, en realidad, de una tercería excluyente, coactiva si es citado el tercero y voluntaria si concurre espontáneamente al litigio, por lo cual me remito al parágrafo 91 donde he estudiado estos tipos de tercería.

Cuando el demandado consigna o deposita y denuncia al pretendiente, puede ser sacado de la litis o permanecer en ella en situación pasiva, inter se resuelva la controversia entre los pretendientes, pues, le queda el derecho de reclamar las costas de su presentación y los gastos que hubiera hecho para consignar o depositar. Podría también darse el caso de que alguno de los pretendientes exigiera que continuase el demandado como sujeto procesal, por considerar que la consignación o el depósito en su caso, son insuficientes o han sido mal hechos. Pero aún cuando sea puesto fuera del litigio, no podría hablarse de un caso de sustitución procesal, por cuanto el llamado no asumiría el papel de demandado o sustituto del citante, sinó, como dije, el de actor frente al demandante y en consecuencia su interés, aparte de propio sería originario y directo.

Casos especiales, que pueden derivar de normas subs-

tanciales, y podrían dar lugar a la forma de denuncia de litis sub-examen y en consecuencia a la intervención de terceros, son, el ya citado de la consignación judicial (art. 757, inc. 4º, Cód. Civ.); el del depósito en los supuestos a los cuales se refieren el art. 2211, Cód. Civil: herederos del depositante que no se ponen de acuerdo en quién ha de recibir el depósito o de dos o más depositantes en la misma hipotesis y el art. 2215, cuando el depositario descubre que la cosa depositada es fruto de un hurto. En este caso y si conoce quién es el dueño, "debe hacer saber a éste el depósito para que lo reclame en un corto término".

En las situaciones aludidas, si uno de los herederos o depositantes, sin autorización de los demás, demanda al depositario por la entrega de la cosa depositada, éste deberá denunciar la litis a los demás herederos o depositantes. Y si el depositante que hurtó o robó la cosa, demanda al depositario por la entrega, éste deberá denunciar la litis al propieatario.

El art. 759 del Cód. de Comercio, en el caso de títulos o cupones robados o perdidos, si quién reclama el pago, lo hace judicialmente y dentro de los plazos de dos o cuatro años se presentara un tercero a reclamar, podría dar ocasión al llamado de éste al pleito. También en igual supuesto de letras de cambio, vales o pagarés a la orden, de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 707 y siguientes del mismo código.

SECCIÓN III

TERCERÍAS EN INTERÉS PROPIO, ORIGINARIO, DIRECTO Y NO EXCLUYENTE

144. Litisconsorcio voluntario (legitimación autónoma). Propio y anómalo. I. Caracteres de las tercerías en interés propio, originario, directo y no excluyente. Concepto de litisconsorcio. Sus clases. — 145. II. Litisconsorcio voluntario. Caracteres. Derecho sustancial que protege. — 146. III. 1º Sustanciación. — 147. III. 2º Presupuestos procesales. a) Competencia. — 148. III. 2º b) Capacidad procesal. Mandato. Unificación de la personería. — 149. III. 2º c) Cumplimiento de formas legales. — 150. III. 2º d) Otras circunstancias que pueden obstar al ejercicio de la facultad de pedir protección jurídica por cada uno de los litisconsortes. — 151. III. 3º Desarrollo del proceso litisconsorcial. — 152. IV. La sentencia en el proceso litisconsorcial. — 153. V. Las costas en el litisconsorcio voluntario. — 154. VI. Los recursos en el proceso consorcial voluntario. — 155. VII. Los procesos universales como formas de litisconsorcio.

CAPÍTULO VIII

LITISCONSORCIO VOLUNTARIO (LEGITIMACIÓN AUTÓNOMA). PROPIO Y ANÓMALO.

144. I. Caracteres generales de las tercerías en interés propio, originario, directo y no excluyente. Concepto de litisconsorcio. Sus clases.

Me ocuparé en esta sección de la obra de otros tipos de intervenciones de terceros, destinados a defender un interés PROPIO o personal del tercerista. Como en los supuestos estudiados en la sección precedente, ese interés es ORIGINARIO,

en el sentido de haber nacido en el sujeto que lo defiende y DIRECTO, por cuanto se persigue su satisfacción sin dependencia del interés de otro. Pero no es excluyente, porque, como veremos en detalle en los dos capítulos que integran esta sección, la defensa de ese interés substancial, puede ser ejercitada por más de un sujeto, como sujeto primario o bien, por uno o más sujetos, como sujetos primarios y por otro u otros como sujetos secundarios.

En las tercerías estudiadas en los capítulos precedentes, el interés substancial defendido por el tercerista, es siempre excluyente, total o parcialmente, de cualquier otro sujeto. A lo más podría, alguno de los sujetos originarios, actuar como tercerista adhesivo del interviniente, v. g. en el llamado al pretendiente.

En las tercerías que aquí estudiaré, en cambio, la intervención del tercerista, no excluye la existencia de otros sujetos que defiendan el mismo interés substancial del tercerista o el mismo interés que motiva el pleito, aunque el interés personal del interviniente pueda ser diverso.

Los casos de tercerías en interés propio, originario, directo, pero no excluyente, pueden dividirse en dos grupos, según que ese interés dé origen a una legitimación autónoma o no.

Habrá legitimación autónoma, cuando el proceso pueda substanciarse válidamente sin la intervención de todos los legitimados activa o pasivamente. En estos supuestos tenemos el litisconsorcio voluntario o simple, materia de este capítulo.

La legitimación de los sujetos activos o pasivos, no es autónoma, cuando el proceso no puede válidamente ser sustanciado y resuelto sin la intervención de todos. Pero el interés de los legitimados puede ser común, como en el caso de una demanda contra o a nombre de una sucesión con varios herederos, en el que cada heredero tiene idéntico interés substancial en el litigio o puede ser diverso, pero

unificado por el interés del sujeto contrario, por ejemplo, en los diversos intervinientes en una compra-venta cuya simulación se arguye o de una escritura pública cuya nulidad se pide. El primer caso de legitimación no autónoma o heterónoma, da origen al litisconsorcio necesario, propio, cualificado o complejo; los demás casos de legitimación no autónoma (interés substancial diverso en los legitimados pasivamente) da origen al litisconsorcio necesario anómalo. Ambos supuestos serán estudiados en el capítulo IX.

La palabra litisconsorcio ha sido empleada a veces, con una extensión excesiva. "Para nosotros, dice Nencioni ⁽¹⁾, todas las formas de intervención producen litisconsorcio, entendido en su acepción amplia de "presencia de más partes en el proceso", pero no siempre de la misma especie, será unas veces litisconsorcio propio (comunidad de una relación substancial e identidad del fundamento jurídico y de hecho, del derecho o de la obligación), otros impropio (afinidad en la pretensión o en la obligación); impropio en la intervención principal y adhesiva, propio o impropio en la intervención del legitimado a accionar." "Litisconsorcio, dice el mismo autor, expresa la presencia en el mismo proceso de varias personas en la posición de actores o demandados" (op. cit. 83).

"El litisconsorcio, dice Chiovenda ⁽²⁾, no se concibe ya como una sociedad, una COMMUNIO, sino como una pluralidad de partes AUTÓNOMAS, debiendo distinguirse el caso en que sean posibles juicios SEPARADOS (litisconsorcio SIMPLE) y el caso en el que el juicio debe ser, como, por ejemplo, en el juicio de división, necesariamente único respecto de todos (litisconsorcio NECESARIO)".

Este criterio de que el litisconsorcio se produce por la unión de dos o más sujetos como actores o demandados, es

(1) Op. cit. 87.

(2) Op. cit. II, 267.

común ⁽³⁾ y deriva, probablemente, del sentido moderno de consorcio. Me parece, sin embargo, que ni etimológica, ni técnicamente, puede ser litisconsorcio todo supuesto de pluralidad de litigantes en calidad de actores o demandados. Consorcio, viene del latín "consortio" que significa participación en una MISMA SUERTE. El vocablo litisconsorcio, es de origen latino y no puede buscarse su significado en el sentido castellano actual de las palabras que lo componen.

Así pues, para que haya litisconsorcio no basta que aparezcan como actores o como demandados dos o más personas, es INDISPENSABLE que *puedan* sufrir una suerte común, sea porque defienden un interés único o intereses que por su origen o naturaleza son paralelos. No habrá, pues, litisconsorcio, cuando cada sujeto procesal defiende un interés santagónico o simplemente diverso, aunque aparezcan en la posición común de actores o de demandados. Tales los supuestos de tercerías de dominio o mejor derecho en juicio ejecutivo y las demás posiciones de terceros en defensa de intereses substanciales excluyentes que no pueden dar lugar a litisconsorcio, de acuerdo al criterio que expongo.

Este carácter, distintivo del litisconsorcio, puede servir para resolver cuándo es procedente la acumulación subjetiva de acciones.

El litisconsorcio puede ser activo, pasivo, o mixto, según que la comunidad de intereses una a dos o más sujetos como actores, como demandados o como actores y demandados.

Puede ser propio, impropio y necesario.

Es PROPIO o simple el que dimana de una relación substancial con pluralidad de sujetos y puede ser activo, pasivo y mixto.

Es IMPROPIO cuando surge de la existencia de varias relaciones substanciales con elementos COMUNES a diversos

(3) GOLDSCHMIDT. op. cit. 437; Alsina op. cit. 337; PRIETO CASTRO op. cit. 141.

sujetos. Esta situación puede derivar de una causa común (hecho o título) o de un objeto común (prestación). Puede ser también activo, pasivo y mixto.

Es NECESARIO, cuando aparece impuesto por la ley.

Puede ser INICIAL u originario, cuando el litisconsorcio aparece formado al demandarse o al responderse y puede surgir POSTERIORMENTE, sea por la necesidad de integrar la litis para obtener una resolución válida, de extender los efectos de la cosa juzgada, o para la defensa del interés de algunos de los sujetos originarios (⁴).

145. II. Litisconsorcio voluntario. Caracteres. Derecho sustancial que protege.

El litisconsorcio voluntario se produce por la facultad, concedida a los litigantes, de acumular acciones (art. 74, cód. Cap.), en ciertos supuestos que la ley fija. Cuando de

(⁴) "La circunstancia de que la tercería de dominio no haya sido deducida por todos los herederos y que sólo después del llamamiento de autos se hayan presentado los herederos inactivos, no puede fundar la defensa de falta de acción... el demandado puede hacer citar a los demás herederos a fin de que la sentencia haga cosa juzgada contra ellos". (C. Fed. B. Blanca *Jur. Arg.* 50, 40). Allí se dijo "que la presentación de los coherederos de los actores, a pesar de haberse producido después del llamamiento de autos, aceptando lo actuado por éstos, no ha afectado en lo más mínimo las defensas del ejecutante, dado que, como ha quedado establecido, la acción era procedente, en la forma iniciada, por lo menos en cuanto se refería a la posición hereditaria de los actores. Esa presentación, no obstante su retardo viene a salvar futuras dificultades y evita nuevos pleitos y reclamaciones, dado que la sentencia a pronunciarse hará cosa juzgada para todos los interesados sobre los hechos cuestionados".

"Habiéndose entablado conjuntamente una demanda por varias personas debe entenderse que han aceptado de antemano las consecuencias que de tal hecho hayan podido derivarse y procede por lo tanto, la citación de los herederos para que comparezcan al juicio, si fallece uno de los actores" (C. Civ. 2^a Cap. *Jur. Arg.* 24, 545).

"Pudiendo cualquiera de los acreedores de una obligación solidaria exigir el pago de toda la deuda, no es necesaria la citación expresa de todos los demás acreedores que no concurren a la ejecución" (C. Civ. 2^a Cap. *Jur. Arg.* 15, 314).

acuerdo a esa facultad que responde al principio de economía procesal, se acumulan las acciones de varios contra uno, de uno contra varios o de varios contra varios, se produce la llamada acumulación subjetiva y la figura procesal del litisconsorcio.

Siendo la acción una garantía de los derechos subjetivos, que forman parte del patrimonio de las personas, es claro que la libertad, el arbitrio o voluntad de éstas, es la que determina el ejercicio de la facultad de pedir protección jurídica, acto inicial de la acción que da andamio al proceso. Por eso, salvo situaciones específicas en las cuales no habría pronunciamiento válido, sin ser oídas y puestas en situación de defenderse todas las personas vinculadas al acto discutido, el litisconsorcio es siempre voluntario.

Evidentes ventajas aconsejan esta forma procesal y por ello es recomendable la inclusión de reglas especiales de procedimiento que lo faciliten. Economía procesal en el doble sentido de erogaciones y de esfuerzos, ampliación del campo de los hechos dando así mayores elementos para el juicio, imposibilidad de que se dicten sentencias contradictorias, etc. La forma colectiva de ciertos procesos contemporáneos (cuestiones de trabajo, cuestiones electorales), encontrarían en la legislación y en la doctrina del litisconsorcio, un antecedente para su desenvolvimiento y aplicación.

En el litisconsorcio voluntario debemos distinguir dos formas: el propio y el impropio o anómalo. En el primer caso, la existencia de una relación substancial común determina el litisconsorcio; en el segundo, el litisconsorcio puede surgir de una relación substancial con elementos comunes o simplemente afines.

Tendremos litisconsorcio voluntario propio, por ejemplo, en el caso de las obligaciones divisibles (art. 675, Cód. Civ.), de las obligaciones indivisibles (art. 686, cód. cit.), de las obligaciones solidarias (art. 699, cód. cit.), del con-

dominio (art. 2676 cód. cit.), de la reivindicación (art. 2761, cód. cit.), etc.

Tendremos litisconsorcio voluntario impropio o anómalo por existencia de elementos de hecho comunes en la relación substancial, en el caso de varios damnificados o de varios responsables por un accidente de tránsito o cualquier cuasi-delito; de varios inquilinos que piden la rescisión del contrato contra el propietario del edificio por falta de calefacción o cualquier otro hecho violatorio del contrato que les afecta a todos; por existencia de elementos de derecho comunes en la relación substancial, cuando varios contribuyentes piden la repetición de pagos por un mismo impuesto que impugnan por inconstitucional, cuando un autor o inventor demanda a varios que usurpan su obra o su patente; cuando varios acreedores ejercitan unidos la acción oblicua (art. 1196, Cód. Civ.); etc.

En el supuesto de litisconsorcio voluntario propio e impropio o anómalo, puede darse el caso de diferentes grados en la legitimación de los sujetos activos o pasivos. Así, en la demanda contra el deudor, si comparece el fiador; en la demanda contra el patrón, si comparece el asegurador. El menos legitimado de los litisconsortes, será sujeto procesal secundario y asumirá los caracteres de un tercerista adhesivo o coadyuvante.

Pero, en todas las hipótesis, el litisconsorcio constituye, por la pluralidad de sujetos procesales, una forma de tercería en interés propio, originario, directo, pero no excluyente. Defiende un interés substancial común o elementos de hecho o de derecho comunes o afines. Cada litisconsorte puede ser un sujeto procesal primario (cuando la naturaleza de la relación substancial, determina un interés común), o uno o algunos primarios y otros secundarios o adhesivos (cuando las relaciones substanciales determinan un interés procesal común, pero materialmente diverso).

La legitimación "ad causam" es plenaria, en el primer supuesto y puede ser parcial en el segundo.

Las facultades procesales (integrantes de la acción) son personales a cada litisconsorte, pero no exclusivas o excluyentes, en el sentido de que el ejercicio de ellas por uno y salvo casos excepcionales, no impide a los otros ejercitarlas también y en forma diversa. Así si se trata de litisconsorcio pasivo y uno pide el rechazo de la demanda, no impide que otro se allane. El desistimiento, el reconocimiento o confesión de hechos formulado por uno de los litisconsortes, no obliga a los demás. Pero con respecto al proceso como instrumento de la acción, así como un acto del demandado puede hacer inútil un acto análogo del otro sujeto; pedido de apertura a prueba, clausura del período de prueba, etc., o bien puede impedir el fenómeno procesal de la perención, así, también la actividad o el acto de un litisconsorte, puede hacer innecesario o evitar las consecuencias de la inacción de los demás. La oposición de uno a la demanda hace necesario substanciar el proceso, el planteamiento de cuestiones de hecho por uno de los litisconsortes, impide que la cuestión se resuelva como de puro derecho; la deducción por uno de un incidente suspensivo del procedimiento en lo principal, impide la prosecución del proceso con respecto a todos hasta la resolución del incidente; la incompetencia, el defecto legal, la falta o defecto en la representación de la contraria, opuesta por uno y acogido, produce efectos con respecto a todos, etc.

El litisconsorcio voluntario puede ser inicial, cuando conjuntamente demandan varios o son demandados varios o demandan varios a varios y puede constituirse posteriormente por llamado de los sujetos iniciales, activos o pasivos, o por concurrencia espontánea de terceros legitimados para intervenir. Así, el actor puede pedir la citación de garantes; igual actitud puede asumir el demandado y ambos pueden pedir la integración de la litis.

El litisconsorcio voluntario, como observa Chiovenda, puede escindirse, total o parcialmente. La escisión será total, cuando por separación de la litis de litisconsortes, queden sólo un sujeto activo y uno pasivo y parcial, si el retiro deja más de un sujeto en un lado o en el otro.

La escisión puede producirse ⁽⁵⁾ voluntariamente por allanamiento aceptado de algunos de los litisconsortes pasivos o por desistimiento, en igual supuesto de algunos de los litisconsortes activos. Puede también ser forzoso por resolución judicial en incidente previo de falta de legitimación activa o pasiva (posibilidad que nuestro sistema procesal no prevé, ya que la defensa de falta de acción debe ser opuesta para ser resuelta en la sentencia definitiva) y de legitimación procesal e inexistencia o deficiencia, con respecto a uno de los litisconsortes en los presupuestos procesales.

146. III. 1º Substanciación.

Dispone el art. 74 del cód. de la Cap.: "Puede el demandante acumular todas las acciones que tenga contra una misma parte con tal: 1º, que no sean contrarias entre sí, de modo que por la elección de una quede excluída la otra; 2º, que correspondan a la jurisdicción del mismo juez; 3º, que puedan sustanciarse por los mismos trámites".

Esta norma ha servido de base a la construcción de la jurisprudencia que admite el litisconsorcio ⁽⁶⁾. Si se trata de litisconsorcio necesario, el concepto de parte, puede entenderse aplicable a la reunión de todos los legitimados, que constituirían así, un sujeto complejo. Si se trata de litisconsorcio voluntario, nada impide considerar a los litis-

(5) CHIOVENDA *Principios*, II, 620

(6) Contrariamente se ha resuelto que "el Cód. de la Cap. no autoriza la acumulación de las acciones que se tengan contra varios individuos o varios contra uno, aunque nazcan de un mismo título o se funden en una misma causa de pedir" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 2, 95).

consortes “prima facie” como elementos separables de una parte.

Aunque la ley se refiere a “demandante”, lo que daría base al litisconsorcio pasivo, se ha entendido que también procede el activo. Así se ha resuelto que “la acumulación de acciones procede tanto cuando una parte las tenga contra varios individuos, como cuando varios las tengan contra uno, siempre que nazcan de un mismo título o se funden en una misma causa de pedir” (C. Com. Cap., Jur. Arg., 17, 708; 1942-II, 986; C. Civ. 1º Cap., Jur. Arg., 26, 572; 29, 686; 45, 512; 58, 127; C. Civ. 2ª Cap., Jur. Arg., 60, 933; 63, 228; 70, 762; Just. Paz Cap., Jur. Arg., 56, 630).

La acumulación subjetiva de acciones, que da lugar al litisconsorcio, ha sido admitida por los tribunales cuando “varios obran en virtud de un mismo vínculo jurídico” (7), contra “distintas personas vinculadas por una calidad común, sin perjuicio de resolver lo que corresponda, si se articulan en su caso las defensas correspondientes” (8); “si recaen sobre idéntico objeto, se refieren a un mismo inmueble adjudicado a ambos demandados en posiciones distintas y los antecedentes de sus respectivos títulos son iguales y emanados de un mismo antecedente” (9); “fundadas en un mismo título o causa legal; la percepción, que se estima indebida de pensiones por parte de los herederos de dos jubilados” (10); “que reconocen origen idéntico y tienden al mismo fin (responsabilidad emergente de un cuasi-delito” (11).

En la hipótesis de afinidad o existencia de algunos ele-

(7) C. Fed. Cap. Jur. Arg. 15, 761.

(8) C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 21, 714. “Procede... aunque exista la posibilidad de que la sociedad demandada oponga distintas defensas personales” (C. Com. Cap. Jur. Arg. 50, 958; C. Fed. Cap. Jur. Arg. 54, 706).

(9) S. C. Jur. Arg. 36, 408.

(10) C. Fed. Cap. Jur. Arg. 55, 797.

(11) C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 71, 419; 1942-IV- 698; S. C. Jur. Arg. 30, 5; 58, 734; C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 26, 572.

mentos comunes en la relación substancial, la acumulación subjetiva ha sido rechazada en el caso de inconstitucionalidad de una ordenanza de pavimentos y devolución de las sumas pagadas ⁽¹²⁾ (C. Fed. Cap., Jur. Arg., 15, 761); por dos compradores a un sólo vendedor de dos lotes de terrenos distintos (C. Fed. Paraná, Jur. Arg., 65, 630 y viceversa; C. Civ. 1º Cap., Jur. Arg., 15, 576); contra una misma sociedad por contratos independientes aunque análogos (C. Com. Cap., Jur. Arg., 1942-II, 328); de aseguradores de un mismo bien siniestrado, pero en virtud de contratos distintos (C. Com. Cap., Jur. Arg., 20, 905); de créditos de distinto origen (C. Com. Cap., Jur. Arg., 21, 476; C. Civ. 1º La Plata, Jur. Arg., 45, 705); deducidas por el dueño y locatario de un camión, por los daños sufridos en un accidente ⁽¹³⁾ (C. Civ. 1º La Plata, Jur. Arg., 43, 1271).

El código de Mendoza admite expresamente el litisconsorcio pasivo: "Puede igualmente el actor demandar en un mismo juicio a dos o más personas, toda vez que se trate de acciones nacidas de un mismo hecho o que tengan por objeto la misma cosa. Faltando ambas circunstancias la demanda no podrá ser entablada conjuntamente" (art. 110). También admite el litisconsorcio activo y el mixto: "Pueden, del mismo modo, dos o más personas obrar como actores en un mismo juicio contra uno o más reos, concurriendo alguna de las dos circunstancias expresadas en el artículo anterior" (art. 111) ⁽¹⁴⁾.

⁽¹²⁾ Por la procedencia de la acumulación: C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 64, 761.

⁽¹³⁾ Por la procedencia (el dueño del automóvil y el lesionado en el accidente) C. Fed. Cap. *Jur. Arg.* 39, 20; (los damnificados en un accidente ferroviario): C. Fed. Cap. *Jur. Arg.* 5, 102.

⁽¹⁴⁾ Disposiciones análogas: Cód. S. Luis (143), E. Ríos (124), S. Juan (152), S. Fe (113), S. del Estero (210), nuevo Córdoba (198).

147. III. 2º Presupuestos procesales. a) Competencia.

Según el art. 74 ya citado, para que la acumulación proceda, es necesario que las acciones “correspondan a la jurisdicción de un mismo juez”.

Respecto a la incompetencia en razón de la cantidad, vinculada a la organización de los tribunales y que, en consecuencia debe ser declarada de oficio, por ser de orden público, se ha resuelto, por un lado que “no procede la acumulación de acciones correspondientes a distintos litigantes que por el monto de cada una corresponden a la justicia de paz, con otras en las que debe intervenir la justicia de mayor cuantía” ⁽¹⁵⁾. Y por otro, que el monto de las acciones acumuladas determina la competencia ⁽¹⁶⁾.

Para decidirse en este “diferendum” jurisprudencial, precisa recordar por qué se considera de orden público la competencia “ratione quantitatis”. Ella está determinada, ante la conveniencia de distribuir la competencia entre diversos magistrados, por la posibilidad de aligerar el trámite de los litigios que tienen por objeto un bien de escaso valor. Cuando “el VALOR DEL OBJETO DEMANDADO, no exceda de quinientos pesos fuertes” (art. 1º, ley 927, que rige en la justicia federal), “siempre que la cuantía del litigio... pase de quinientos pesos” (art. 61, ley Org. Trib. Mend.), son expresiones que indican claramente que el legislador ha tenido en cuenta para fijar la competencia, “la entidad proceso y no la entidad acción” ⁽¹⁷⁾. Interesa, pues, a la ley, que no se substancien ante los jueces de paz, demandas de monto superior al límite marcado, ni ante la justicia de mayor cuantía, las inferiores a ese monto. No se afecta, pues, el orden público del Estado, ni se saca a las personas de sus jueces naturales, ni se subvierte la organización ju-

⁽¹⁵⁾ C. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 63, 575.

⁽¹⁶⁾ C. Com. Cap. *Jur. Arg.* 17, 708; C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 66, 806 (con nota en contra del Dr. Hugo Alsina); 1942, II, 288.

⁽¹⁷⁾ LASCANO *Jurisdicción y Competencia*, 292.

dical, ni se altera la competencia de los jueces, admitiendo que dicha competencia se determina por el monto de las demandas acumuladas, que constituyen, procesalmente, una sola demanda. ¿Acaso no es ese el criterio adoptado cuando se acumulan al capital los accesorios legales? ⁽¹⁸⁾. Estoy, pues, decididamente, con el criterio que fija el monto determinante de la competencia por el que resulte de las acciones acumuladas.

Para fijar cuándo procede el juicio de mayor cuantía (ante los jueces letrados), establece el art. 526 del cód. de **Mendoza**: "Si fueren varios los demandantes, o demandos en un mismo juicio, el valor total de la cosa o cosas demandadas, determinará la cuantía de la materia, ya sea o no solidaria o indivisible la obligación".

Respecto a la competencia territorial, se ha resuelto que procede la acumulación de las acciones que reconocen origen idéntico y tienden al mismo fin "aunque se domicilien los demandados en diferentes lugares, pudiendo optar el actor por el juez competente de acuerdo al domicilio de cualquiera de aquéllos ⁽¹⁹⁾ (C. Civ. 2º Cap., Jur. Arg., 71, 419; 1942-IV, 698; S. C., Jur. Arg., 30, 5; 58, 734).

La competencia, en razón de la distinta nacionalidad, sería óbice a la acumulación, sin renuncia expresa o tácita del litisconsorte beneficiado por ella.

Pero debe recordarse que la ley 48 en su art. 10, excluye de la competencia federal los casos de acumulación activa o pasiva de acciones u obligaciones solidarias.

La competencia en razón de la materia, que se funda en razones de técnica jurídica, es irrenunciable y así no serán acumulables acciones de índole civil con acciones de

⁽¹⁸⁾ LASCANO, op. cit. 288.

⁽¹⁹⁾ En contra: "No procede... si de acuerdo al contrato de seguro se ha pactado la competencia del juez de Rosario, domicilio de uno de los demandados y se ha demandado ante otra jurisdicción" (C. Com. Cap. Jur. Arg. 1943, III, 451).

índole comercial, cuando existen jueces distintos para estas materias.

En conclusión, el presupuesto procesal de la competencia del órgano, debe determinarse, en cuanto a la cantidad por el monto total demandado; en cuanto al domicilio, por el de cualquiera de los demandados a elección del actor. Pero en cuanto a la materia y a las personas y salvo respecto a esta última el caso del art. 10 de la ley 48, debe determinarse por la totalidad de las cosas y de los sujetos.

148. III. 2º b) Capacidad procesal. Mandato. Unificación de personería.

Cada litisconsorte es autónomo, luego, pues, respecto a cada uno de ellos deben cumplirse los recaudos procesales sobre capacidad procesal de los sujetos y de sus representantes legales, convencionales o funcionales.

El litisconsorcio supone diversidad de sujetos. La ley, siempre persiguiendo el orden en los juicios y aplicando el principio de economía procesal, estatuye que “cuando fueran varios los actores o las personas demandadas, constituirán un sólo representante, a menos que resulten intereses encontrados a juicio del juez” (art. 46, cód. Bs. As.) ⁽²⁰⁾. En general, la unificación de personería debe ser resuelta atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso, de acuerdo a lo expuesto por los litigantes. Ella procede al comienzo del litigio (respecto a los actores puede ser pedida en el responde y respecto a los demandados después de éste), pero nada obsta a que se pida después. A mi juicio, no hace cosa juzgada y si el desarrollo del proceso demuestra la inconveniencia de la unificación, podría pedirse y resolverse que los litisconsortes o algunos de ellos actúen separadamente.

⁽²⁰⁾ Disposiciones análogas en el Cód. de la Cap. referentes a la sucesión (art. 633) y al concurso (722), dos supuestos comunes de litisconsorcio.

149. III. 2º c) Cumplimiento de formas legales.

Cada litisconsorte que actúa separadamente, al deducir la demanda o el responde, debe cumplir las formas procesales que son de rigor (arts. 71, 72, 99 y 100, cód. Cap.).

No cumpliéndose por cualquiera de ellos dichos requisitos mínimos de toda demanda, procede la defensa dilatoria de defecto legal (art. 84, inc. 4º, cód. Cap.).

Es ésta también la defensa encaminada a impedir el litisconsorcio inicial improcedente ⁽²¹⁾. La Cám. Civ. 1ª de La Plata, ha resuelto que aun sin oponerse esta defensa, es decir, de oficio, debe rechazarse la acumulación y declararse nulo lo actuado ⁽²²⁾ (Jur. Arg., 45, 705).

150. III. 2º d) Otras circunstancias que pueden obstar al ejercicio de la facultad de pedir protección jurídica ⁽²³⁾ por cada uno de los litisconsortes.

No obstante el cumplimiento de las formas procesales, que se defienden con la excepción de defecto legal, pueden existir otras circunstancias obstativas a que se dé curso a la demanda, con respecto a todos o a algunos de los litisconsortes. Así, la existencia de otro proceso pendiente, que autorice la excepción de litispendencia (art. 84, inc. 3º, cód. Cap.); la existencia de cosa juzgada material (art. 95, inc. 1º, cód. Cap.); el incumplimiento de obligaciones derivadas de un proceso anterior (art. 2486, Cód. Civ.); la inexistencia de domicilio o bienes en el país, que autoriza la excepción de arraigo.

Es evidente, dada la autonomía de cada litisconsorte, que proceden cualquiera de las excepciones encaminadas a denunciar la existencia de las circunstancias enumeradas.

⁽²¹⁾ C. Fed. Cap. *Jur. Arg.* 15, 761; C. Com. Cap. *Jur. Arg.* 21, 476.

⁽²²⁾ Que no procede la nulidad de oficio en esa hipótesis: C. Civ. 2ª La Plata *Jur. Arg.* 58, 676.

⁽²³⁾ Véase supra: párrafo 42.

sea con respecto a todos los litisconsortes, sea con respecto a alguno de ellos.

La deducción de las excepciones que denuncian defectos en los presupuestos procesales o las circunstancias referidas precedentemente, aunque no se dirijan contra la totalidad de los litisconsortes, debe producir la paralización del proceso ⁽²⁴⁾.

La sentencia que haga lugar a las defensas aludidas, con respecto a parte de los sujetos, escindirá el litisconsorcio, si se trata de incompetencia, litispendencia o cosa juzgada, ya que, como es obvio, en tal hipótesis el litisconsorte vencido tendrá que recurrir al juez competente o atenerse al pleito pendiente o a la sentencia dictada.

Pero si se trata de defectos de capacidad procesal o representación, formas procesales, obligaciones derivadas de un proceso anterior o arraigo, siendo todas circunstancias subsanables en el mismo proceso, se plantea el problema del plazo. En mi concepto y salvo el caso de conformidad de los demás litigantes, el vencido deberá llenar los recaudos pertinentes, subsanando los defectos de capacidad procesal o de representación o de formas legales, cumpliendo las obligaciones procesales anteriores o arraigando, antes de que quede preclusa la etapa correspondiente del proceso. Si se trata de un actor, antes de la contestación de la demanda (art. 109, cód. Mend.) ⁽²⁵⁾, si se trata de un demandado antes del auto de prueba (art. 135, cód. cit.). Si así no se hiciera, el litisconsorte quedará separado de la causa, pudiendo ejercer su derecho en otro proceso, en la forma que corresponda.

⁽²⁴⁾ Contra: "Las excepciones previas opuestas por uno de los varios demandados que no actúan bajo una sola representación, no interrumpen con relación a los demás el término para contestar, la demanda" (C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 50 207 con nota de Hugo Oderigo).

⁽²⁵⁾ ALSINA *Tratado* II, 47.

151. III. 3º Desarrollo del proceso litisconsorcial.

El traslado de la demanda debe notificarse individualmente a cada uno de los litisconsortes, en su domicilio real, por cédula o exhorto, en la forma común. Los de domicilio desconocido, o inciertos, deberán ser notificados por edictos (arts. 33, 78, 80, cód. Cap.). El plazo para contestar la demanda, corre desde la última notificación ⁽²⁶⁾, y su vencimiento se produce conjuntamente para todos, "cuando venza para el que se encuentre a mayor distancia" (art. 81, cód. cit.).

Dije ya que ese plazo debe interrumpirse por la deducción de excepciones dilatorias por cualquiera de los litisconsortes ⁽²⁷⁾ y volver a correr para todos, cuando éstas sean resueltas (art. 98, cód. cit.).

De acuerdo con el criterio que expongo, no correspondería declarar rebelde o dar por decaído el derecho de contestar la demanda, a ninguno de los litisconsortes, en ese intervalo.

La rebeldía sólo puede ser acusada por la parte contraria, no pudiendo hacerlo un litisconsorte del contumaz, porque, a la inversa de los terceristas excluyentes, los litisconsortes, tienen un interés común o afin entre sí.

Pero esa comunidad o afinidad de intereses, no resta autonomía a los litisconsortes; por ello, el desintimiento o allanamiento de uno, no perjudica, ni beneficia ⁽²⁸⁾ a los demás y el proceso debe seguir adelante, para sustanciar las defensas opuestas por los otros.

El impulso procesal corresponde a todos y a cada uno de los litisconsortes. Conjunta o separadamente pueden peticionar los actos rituales; apertura a prueba, llamamiento

(26) FERNÁNDEZ, op. cit. com., al art. 81.

(27) CHIOVENDA *Principios* II, 615.

(28) "El allanamiento del actor a la negligencia en la producción de la prueba acusada por uno de los demandados, no beneficia a los otros" (C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 1944, I, 398).

de autos para sentencia, notificaciones, nuevas audiencias, etc.

Cualquiera de los litisconsortes que actúe, peticionando lo que corresponda, puede llevar el proceso a su etapa final o sea la sentencia definitiva. Consecuentemente, la actividad de uno de ellos evita la perención o caducidad de la instancia, ya que, aun cuando pueda considerarse, con el criterio carneluttiano, que existen varias litis, el proceso es uno sólo y único.

Pero no todo acto procesal de un litisconsorte, hace innecesario un acto análogo de los demás. Las preclusiones y la cosa juzgada, pueden producirse separadamente para cada uno de ellos, si unos reclaman o apelan y otros no lo hacen. Ante una notificación defectuosa, un acto anulable, una resolución impugnabile, los litisconsortes pueden asumir distintas actitudes, convalidando o consintiendo expresa o implícitamente, el acto o la resolución o impugnándolos por las vías procesales pertinentes.

En cuanto a la prueba, el principio de adquisición procesal, permite que sea utilizada en beneficio de cada litisconsorte (como puede serlo del adversario), la prueba ofrecida y rendida por otro. Los actos personales de cada uno, si bien no pueden obligar a los demás, como expresé más arriba, pueden servir de indicios en cuanto se refiere al elemento o elementos comunes del litigio.

La interrupción del procedimiento, producida por uno o frente a uno de los litisconsortes, mediante un incidente suspensivo (art. 404, cód. Cap.), produce la interrupción respecto a todos, pues, como dije, sea cualquiera el número de sujetos y de cuestiones involucradas, la unidad es característica esencial del proceso.

La materia de la prueba, contingente por naturaleza, lo es más en el proceso litisconsorcial.

Imaginemos un litisconsorcio voluntario propio, con una relación substancial común: un contrato. La prueba

del contrato, básica para el resultado del pleito, es una prueba común, en un doble sentido. Todos y cualquiera de los litisconsortes pueden y tienen interés en producir la prueba de la existencia o inexistencia del contrato. Y la prueba de la existencia del contrato (su agregación y reconocimiento, por ejemplo), valen respecto a todos, aun cuando no la hayan ofrecido y producido. No sería posible declarar que el contrato existe respecto a unos y que no existe respecto a otros. Pero debe distinguirse la prueba, del reconocimiento. Si frente a un contrato negado por los litisconsortes, uno de ellos lo reconoce luego, por ejemplo, al absolver posiciones, ese reconocimiento carece de eficacia respecto a los otros.

Sigamos ahora, con otros aspectos de la prueba. Frente al vínculo común o sea el contrato, los litisconsortes pueden encontrarse en situaciones diversas: cumplimiento total, parcial, incumplimiento, etc. La prueba de los hechos particulares referentes a cada posición individual, corresponde personalmente a cada litisconsorte. Y de la prueba de la posición de un litisconsorte frente al contrato, no puede concluirse que la posición de los demás sea idéntica. Esa prueba, a lo sumo, puede considerarse como un indicio.

En la hipótesis de litisconsorcio voluntario anómalo, pongamos por caso la demanda de dos o más damnificados por un mismo accidente de tránsito, la situación, es análoga. La prueba del hecho en sí, del accidente, es común, en el doble sentido ya expresado. Pero, aparte de la prueba propiamente individual, importe de los daños y perjuicios sufridos por cada uno de los litisconsortes, existe una prueba que puede ser común o particular, en proporciones variables. Me refiero a la responsabilidad. Puede haber culpa concurrente entre el demandado y uno de los litisconsortes; la responsabilidad puede graduarse diferentemente frente a unos y a otros. En tales supuestos, la prueba de la culpa concurrente de su litisconsorte (conductor del otro

vehículo), es ajena al peatón que resultó lesionado en el accidente.

152. IV. La sentencia en el proceso litisconsorcial.

Compleja, como en la mayoría de los casos de procesos acumulativos, es la sentencia en proceso litisconsorcial. Aparte de los problemas derivados de la prueba, que he esbozado precedentemente y que el juez debe merituar y estimar, hay muchos otros específicos de esta clase de proceso.

Uno de ellos es el de las excepciones substanciales, opuestas solamente por algunos litisconsortes. Claro que si algún litisconsorte se allana y otro excepciona, el problema no existe. Cada uno afirma su posición categórica y no puede extenderse al que se allanó, los efectos de la excepción de quien se defendió. Pero si todos piden el rechazo de la demanda, pero con diversas excepciones, de las cuales unas son admitidas y otras rechazadas; ¿cuál es el efecto recíproco de esas defensas? A mi juicio, debe considerarse el carácter de cada defensa, en cuanto a su relevamiento. Así las excepciones, como la prescripción, la compensación, la nulidad por falta de consentimiento, que son estrictamente personales, sólo pueden ser estimadas a favor o en contra de quienes fueron opuestas. Pero otras excepciones, como la cosa juzgada, la falta de legitimación substancial activa en el contrario, la existencia del hecho o de la obligación, que son generales y comunes, deben, necesariamente, ser estimadas frente a todos, aunque sólo alguno las haya opuesto. No se concibe que una sentencia anterior entre las mismas partes y sobre el mismo hecho, haga cosa juzgada contra unos y no contra otros; que un litigante sea reconocido como titular activo de una obligación común a varios sujetos pasivos, frente a unos y no frente a unos y no frente a otros; que un choque de automóviles se declare inexistente frente a unos y no a otros, etc.

Cuando el litisconsorcio no es inicial y se forma por llamado a un tercero, es obvio, como lo afirma la doctrina, que no rige respecto a este último el principio "*in status et terminis*". Así, "la resolución recaída en un incidente trabado entre el actor y el albacea, con anterioridad a la notificación de la demanda al legatario, no es oponible a éste, por ser ajeno a la incidencia" (C. Civ. 1º Cap., Jur. Arg., 37, 1004).

153. V. Las costas en el litisconsorcio voluntario.

En cuanto a la condena o eximición de costas, rigen en el proceso consorcial, los principios comunes (art. 221, cód. Cap.).

Cuando la sentencia que estima o rechaza la acción, se pronuncia uniformemente frente a todos los litigantes, el pronunciamiento sobre costas se aplica indistintamente a todos. Así, en el caso de un litisconsorcio vencedor, cada litisconsorte podrá perseguir al vencido por sus costas. A la inversa, los litisconsortes son individualmente responsables ante el vencedor, de las costas producidas por sus actuaciones particulares. En cuanto a las costas comunes, ocasionadas por actos de todos los litisconsortes o que éstos han aceptado o de los cuales se han beneficiado, se plantea el problema de la solidaridad, al cual me he referido en el parágrafo 75. Consecuente con lo allí expuesto, sostengo que el juez, ante el proceso consorcial, no sólo debe clasificar las costas en particulares y comunes, en contra o a favor de cada litisconsorte, sino que puede imponer el pago de las comunes, solidariamente, a todos los litisconsortes.

Cuando la sentencia rechaza la demanda respecto a algunos litisconsortes y la estima respecto a otros, cada pronunciamiento debe llevar anexa la decisión sobre costas. Aquí, el problema subsistiría, respecto a las costas comunes. Frente a un contrario parcialmente vencedor y vencido, el litisconsorte vencedor podrá reclamar, no sólo sus

costas particulares, sino también las correspondientes a actuaciones comunes que hubiera realizado. A su vez, el litisconsorte vencido tendrá que pagar a su contrario vencedor, las costas particulares y las comunes, pero estas últimas en proporción al interés que defendió.

En el caso de escisión del litisconsorcio, en el pronunciamiento que lo admita deberá establecerse el pago de las costas ocasionadas por el litisconsorte que se separa, según la causa que la determina; desistimiento, allanamiento, excepción dilatoria acogida, etc.

154. VI. Los recursos en el proceso consorcial voluntario.

El recurso debe abrirse respecto a cada litisconsorte. Así, si el proceso es fallado en contra de los litisconsortes, y alguno de éstos no apela, aunque la sentencia definitiva sea revocatoria, carecería de efectos en favor de quienes la dejaron consentir. A la inversa, si los litisconsortes obtienen sentencia favorable en primera instancia, al vencido le basta apelar, para que la instancia se abra y tenga efectos en contra de todos los litisconsortes. Pero el vencido puede reducir su recurso, excluyendo de él a alguno de los vencedores. Esta actitud tendría el carácter de un desistimiento o allanamiento en frente al favorecido y si bien ella no puede influir en el resultado de la sentencia, en el caso de ser revocatoria, no podría ser ejecutada en contra del litisconsorte excluido.

Los principios expuestos creo son válidos para todos los recursos, aun para el de nulidad. Puede parecer raro que un proceso o una sentencia sean hábiles para unos litigantes y nulos para otros. Que deba substantiarse y fallarse de nuevo con respecto a unos y no con respecto a otros. Pero a menos que se admita la existencia de nulidades de orden público, que puedan declararse de oficio, cuya convalidación por los sujetos no sea admisible, la tesis es verdadera. El litisconsorte que no reclamó la nulidad, que-

dará separado del proceso, debiendo cumplir la sentencia nula para los demás o dictada en base a un procedimiento irregular. El proceso se substanciará nuevamente sólo con quienes peticionaron y obtuvieron su anulación.

El caso más serio, es el de nulidades de procedimientos anteriores a la sentencia. Aquí, como en el supuesto de la caducidad y de la paralización del procedimiento, debe primar la unidad del proceso, sobre la actitud de los sujetos litisconsorciales. Si bien sería posible sustanciar ex-novo los actos anulados, con intervención y con respecto de quienes los impugnaron solamente, no sería posible, escindir el procedimiento posterior en dos vías: una siguiendo los procedimientos nuevos y otra los anulados y así hasta llegar a dos sentencias. En este único supuesto, admito que la nulidad de procedimientos (anteriores a la sentencia), sea por vía de recurso o de incidencia, pueda favorecer a todos los litisconsortes, incluso a quienes no pidieron la nulidad.

155. VII. Los procesos universales como formas de litisconsorcio.

En los juicios universales, especialmente en el concurso y en la quiebra, existen numerosos casos en los cuales litigan más de los dos sujetos clásicos, sea en litisconsorcio, es decir, con intereses comunes afines o paralelos, sea con intereses divergentes u opuestos.

En el concurso y en la quiebra, se unifican parcialmente los intereses de los litigantes (deudor, acreedores) en la persona del síndico o del liquidador, pero esa unificación sólo es posible mientras no existen intereses divergentes. En este último supuesto, ya se plantean litigios con más de dos sujetos. Así, cuando se autoriza al concursado o al fallido a actuar, cuando un acreedor pide litigar a su costa, solo o con adherentes, en defensa de un crédito impugnado o impugnándolo o para traer un bien a la masa; cuando un

acreedor coadyuva con el deudor o con otro acreedor en el incidente de oposición al concurso ⁽²⁹⁾; etc.

El art. 722 del Cód. de la Cap. norma expresamente este caso de litisconsorcio voluntario: "Si el deudor formalizare oposición, se sustanciará ésta con el acreedor a cuya instancia se haya hecho la declaración del concurso".

"Unidos al deudor, bajo una misma dirección y representados por el mismo procurador, litigarán los acreedores que se opusieren como él a la formación del concurso".

"En los propios términos litigarán unidos al acreedor o los acreedores a cuya instancia se haya hecho la declaración, los demás que quieran sostenerla".

Para la formación de este litisconsorcio, que puede ser activo, pasivo o mixto, deben ser citados por edictos todos los acreedores del deudor ⁽³⁰⁾. Esa misma solución es la que he propiciado en el caso del ejercicio de la acción acordada a los accionistas por el art. 353 del código de comercio, a fin de extender los efectos de la cosa juzgada a todos los legitimados o sea a todos los accionistas ⁽³¹⁾.

Los acreedores, en ciertos supuestos ⁽³²⁾, pueden accionar directamente ⁽³³⁾, en tal hipótesis, podría formarse un litisconsorcio voluntario activo, sea inicial, cuando varios acreedores deducen conjuntamente la demanda, sea posterior por la adhesión de otros a quien o a quienes ejercitaron la acción.

⁽²⁹⁾ Véase nota de LEÓNIDAS ANASTASI en *Jur. Arg.* 3, 50.

⁽³⁰⁾ ALSINA *Tratado* III, 602; C. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 25, 1013; C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 12, 727.

⁽³¹⁾ "Acciones que emergen del art. 353 del código de comercio", Cap. VII, en Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina. Bs. As. pág. 576.

⁽³²⁾ DÍAZ DE GUIJARRO "La autorización del síndico para litigar en nombre del concurso y el caso de su denegación por la mayoría de los acreedores que opta por accionar directamente" *Jur. Arg.* 47, 57.

⁽³³⁾ C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 47, 57; 48, 842; 61, 681; C. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 63, 228.

La intervención del deudor en su concurso ⁽³⁴⁾, fuera del supuesto de oposición al mismo (art. 721 cód. Cap.), autorizada en casos excepcionales: defensa de derechos inherentes a su persona o a la conservación de sus bienes y derechos ⁽³⁵⁾, también puede dar lugar a la formación de litisconsorcio voluntario activo, pasivo o mixto por la unión al concursado, del síndico o de algunos acreedores, o por la reunión de acreedores en contra del concursado.

El litisconsorcio formado en los supuestos indicados, debe tramitarse y resolverse conforme a las reglas expuestas precedentemente, salvo el caso de que la ley procesal o la de quiebras (que es material e instrumental) resuelvan la situación en forma específica.

Así, de acuerdo a lo expresado más arriba, la circunstancia de que uno de los litisconsortes consienta el fallo, no cierra a los demás la alzada. En el caso de concurso civil, se ha resuelto: "Si el síndico ha consentido una sentencia que el acreedor entiende que es perjudicial a sus derechos, éste puede continuar la tramitación, tanto más si se le había concedido personería en primera instancia" (C. Civ. 1ª, Cap., Jur. Arg., 3, 524).

Aun sin que el acreedor haya intervenido, como en la regulación de honorario, puede apelar si el síndico no lo hace ⁽³⁶⁾.

El juicio universal de sucesión, sea ab-intestato o testamentario, también puede dar lugar al litisconsorcio. En su iniciación, cuando varios herederos o acreedores lo promuevan (art. 627, cód. cap.), tanto en cuanto a la acción de

⁽³⁴⁾ C. Civ. Cap. Junio 1910, 720; C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 8, 289; 37, 632; 56, 785; S. C. Bs. As. Jur. Arg. 9, 273; C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 2, 612; 7, 66; 15, 313; 42, 190; 55, 940; 64, 613; 1942-II-550; 1943-I-118; 59, 194; S. C. Tuc. Jur. Arg. 53, 269.

⁽³⁵⁾ DÍAZ DE GUIJARRO "La declaratoria de pobreza y el concurso civil" Jur. Arg. 61, 374 y "La Personería del concursado para estar en juicio criminal" Jur. Arg. 64, 336. RAÚL RODRÍGUEZ QUESADA: "Capacidad jurídica del fallido o concursado civilmente" Jur. Arg. 1944-I, doc. 34.

⁽³⁶⁾ C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 11, 125.

declaratoria, como a la acción de participación involucradas ⁽³⁷⁾, cuando la sucesión, en la cual existe más de un heredero, demanda o es demandada (art. 634, cód. cit.); cuando se observa el inventario (art. 660, cód. cit.); el avalúo (art. 661); la partición (art. 674) o las cuentas rendidas por el administrador (art. 682); cuando se demanda a la sucesión vacante por más de uno (art. 689) y cuando varios pretendientes reclamen la herencia reputada vacante (art. 695).

La ley no establece reglas expresas sobre la sustanciación de las actuaciones en las cuales se forme litisconsorcio, salvo el art. 633 sobre unificación de personería en un caso especial. "Si antes de hacerse la partición muere uno de los coherederos, bastará que uno de éstos pida la partición; pero si todos ellos lo hicieran o quisieran intervenir en la división de la herencia, deberán obrar bajo una sola representación".

Otro supuesto de intervención de terceros en una sucesión y de intervención en un proceso de más de los dos litigantes clásicos, encontramos en las medidas que los arts. 3433 y siguientes del código civil autorizan en defensa del interés de los acreedores de la sucesión.

La separación de patrimonios, que tiende a evitar que con bienes de la sucesión se pague a los acreedores de los herederos, antes de solventadas las deudas de aquélla, implica una cuestión de privilegio. Pero al mismo tiempo, presupone la existencia de un crédito y bajo ciertos aspectos se plantea una situación análoga a la tercería de mejor derecho. A los acreedores del heredero interesa fundamentalmente el pedido de separación, pero también interesa a los herederos, que pueden discutir la efectividad y el monto del crédito.

Por ello entiendo que la demanda de separación de

(37) *PODETTI Cód. de Proc...* IV, 84.

patrimonios debe ser dirigida contra los acreedores del heredero que se hubieran presentado y también contra los herederos ⁽³⁸⁾.

(38) "La separación de patrimonios se da no sólo contra los acreedores del heredero, sino también contra este mismo" (C. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 15, 938).

CAPÍTULO IX

LITISCONSORCIO NECESARIO (LEGITIMACIÓN HETERONOMA) PROPIO Y ANOMALO.

156. I. Conceptos generales. — 157. II. Caracteres. Derecho sustancial que protege. — 158. III. Sustanciación. 1º Presupuestos procesales. a) Competencia. — 159. III. 1º b) Capacidad procesal. Unificación de personería. — 160. III. 1º c) Cumplimiento de formas legales. — 161. III. 1º d) Incidente de integración de la litis. — 162. III. 1º e) Acumulación de procesos. — 163. III. 1º f) Otras circunstancias que pueden obstar al ejercicio de la facultad de pedir protección jurídica por cada uno de los litisconsortes. 164. III. 2º Desarrollo del proceso litisconsorcial necesario. — 165. IV. La sentencia en el litisconsorcio necesario. — 166. V. Las costas en el litisconsorcio necesario. — 167. VI. Los recursos en el litisconsorcio necesario.

156. I. Conceptos generales.

Habrá litisconsorcio necesario, activo, pasivo o mixto; propio o anómalo, cuando por estar los sujetos, activos, o pasivos, legitimados substancialmente en forma inescindible, la sentencia debe ser pronunciada necesariamente frente a todos los legitimados. Esta necesidad, es solamente substancial, en cuanto nada impide que el progreso se sustancie y falle, con prescindencia de alguno de los legitimados. Pero la sentencia así pronunciada, será inútil (“inutiliter datur”), por cuanto no podría cumplirse, ya que sus efectos, que indispensablemente deberán llegar a todos los legitimados, no podrían alcanzar a quienes no fueron sujetos del proceso ⁽¹⁾. Pongamos un caso: el marido impugna la filiación

(1) Véase la interesante nota de ACUÑA ANZORENA “Acción de simulación y litisconsorcio necesario pasivo” *Jur. Arg.* 1942-I, 831.

de un hijo de su esposa, de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 250 y sigs. del código civil, pero la demanda se dirige solamente contra la madre, así se sustancia y falla, estimando la demanda. Esa sentencia es inútil, no puede cumplirse, inscribiéndose en los libros del registro del estado civil, porque uno de los sujetos de la relación substancial (estado civil) no ha sido oído. Otro caso: se demanda por simulación de la transferencia de un inmueble de Primus a Secundus, por un acreedor o un heredero del enajenante, pero la demanda se dirige, sustancia y falla solo en contra del adquirente. La sentencia que declara la simulación no tiene eficacia, no puede inscribirse en los registros, porque no ha sido oído uno de los sujetos de la relación substancial que se declara simulada.

Habrá litisconsorcio necesario propio ⁽²⁾, cuando la pluralidad de sujetos emane de una sola relación substancial: filiación, en el caso de desconocimiento de la paternidad; condominio o co-propiedad; sociedad; testamento; nulidad de matrimonio (acción epercida por un tercero).

Habrá litisconsorcio necesario anómalo, cuando los diversos sujetos no se encuentran unidos por una sola relación substancial, pero un acto o un hecho, los vincula, inseparablemente, al interés del sujeto contrario. Tal el caso de simulación de transferencia, de nulidad de escritura, de acción revocatoria y otros análogos. En la acción de simulación, el actor se encuentra vinculado con uno de los demandados (el enajenante), por una relación creditoria o de sucesión; al otro (el adquirente), sólo le une el acto de la transferencia en determinadas circunstancias. En la acción por nulidad de un contrato, por ejemplo, en virtud de defectos formales en la escritura, el actor se encuentra vinculado con uno de los demandados por el contrato cuya

(2) LUIS LORETO "Contribución al estudio de la excepción de inadmisibilidad por falta de cualidad" en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal* (Caracas, Venezuela) IV, 18, pág. 31.

nulidad impetra y con el escribano que redactó la escritura, solamente por el acto mismo de ella.

Loreto, en la obra citada, en la nota², refiriéndose al litisconsorcio necesario propio, dice: “es tal la unidad de la relación desde el punto de vista de los sujetos, que sería jurídicamente imposible concebirla existiendo por separado e individualmente en cada uno de ellos”, y más adelante, “la peculiaridad de esta figura procesal consiste en que la acción pertenece a todos los interesados y contra todos los interesados, considerados como UN SOLO SUJETO”.

Respecto a algunos de los casos que llamo litisconsorcio necesario anómalo, dice el ilustre procesalista venezolano: “Fuera de los casos expresamente reconocidos por la ley, la doctrina italiana más autorizada, por obra de Chiovenda y su Escuela, ha llegado a construir una teoría orgánica sobre la materia, la cual propugna la tesis de que el litisconsorcio necesario existe, además de los reconocidos por una norma de ley, en todos aquellos otros en que por la acción se persigue el CAMBIO de una relación o estado UNO, ya que lo que existe lógica y jurídicamente como unidad compuesta de varios sujetos, no puede dejar de existir como tal sino respecto a todos. Esta situación se encuentra en todos los procesos en que los mismos sujetos de la relación substancial o EXTRAÑOS, están legitimamente interesados en hacer valer una acción constitutiva que conduce a una sentencia de esa índole”.

Habrá litisconsorcio necesario anómalo ⁽³⁾, según mi criterio, cuando se persigue la constitución de un estado nuevo o la declaración de la nulidad de un acto por quien o frente a quienes no están conjuntamente vinculados por la relación substancial o por el acto impugnados. Así, en la

⁽³⁾ Véase mi nota: “Intervención de adquirentes de bienes en una liquidación sin quiebra, en el incidente de nulidad de la enajenación” (*Jur. Arg.* 1947, I, 194), donde comentando un fallo de la Cám. Com. Cap. considero un caso de litisconsorcio necesario anómalo.

acción revocatoria y en la de simulación, en las cuales, si bien los litisconsortes se encuentran vinculados por la relación substancial impugnada, el actor no se encuentra incluido en ella y el derecho substancial que origina su acción, le vincula solamente con uno de los comprendidos en aquella relación substancial. También, en la nulidad de una escritura en la cual el actor y uno de los demandados están substancialmente vinculados, no así el escribano ante la cual pasó. El litisconsorcio nace, en estas hipótesis, del interés PROCESAL del demandante y de la unidad lógica y jurídica del acto atacado, en su substancia y en su forma.

157. II. Caracteres. Derecho substancial que protege.

La unidad de la relación substancial, materia del litigio o la necesaria unidad procesal derivada del acto que se impugna, dan origen a la acumulación subjetiva de acciones, de varios sujetos contra uno, de uno contra varios o de varios contra varios. Podría hablarse, también, en este caso, más que de acumulación subjetiva de acciones, de una acción con un sujeto activo, un sujeto pasivo o ambos sujetos complejos, de complejidad inescindible. Se trata de una tercería en interés propio, originario, directo, pero no excluyente. Defiende un interés substancial común (litisconsorcio necesario propio), o diverso, pero de conexidad material o formal de tal naturaleza, que resulta imposible deducirlo y resolverlo en procesos separados (litisconsorcio necesario anómalo).

La legitimación procesal es plenaria para cada sujeto, con facultades procesales (integrantes de la acción), totales, pero no excluyentes, en el sentido de que el ejercicio de ellas, por uno de los litisconsortes, no impide a los otros ejercitarlas también y en forma diversa, aun cuando los efectos procesales puedan extenderse a todos en algunos supuestos a ser ineficaces aún frente a quien las ejercitó. Así, en el caso de litisconsorcio pasivo, si bien la circuns-

tancia de que uno de los litisconsortes se oponga a la acción, no impide a otro allanarse, este allanamiento queda supeditado al pronunciamiento final y sólo puede ser considerado como una presunción favorable a las pretensiones del actor. Igual sucede con el desistimiento, el allanamiento o la confesión de hechos formulados por un litisconsorte.

Con respecto al proceso, considerado como una unidad, un acto de un litisconsorte, hace innecesario un acto similar de otro: pedido de apertura a prueba, ofrecimiento de una prueba, clausura del período probatorio, etc. La actividad de uno, impide la perención respecto a todos. La suspensión del procedimiento, por cualquier causa, tiene efecto en relación a todos los litisconsortes.

En el litisconsorcio necesario, no puede producirse la escisión, posible como dije en el voluntario, por separación de un litisconsorte. Una excepción previa contra uno de los litisconsortes, que prospera, produce la terminación del proceso respecto a todos, pues su sustanciación y fallo, serían en adelante inútiles.

La necesidad de este litisconsorcio, ha sido reconocida reiteradamente por nuestros jueces.

“Procede la acumulación de acciones contra dos demandados, si se acciona contra los mismos por la nulidad de un acto jurídico para obtener la restitución al patrimonio del deudor, de los bienes que éste parece haberse desprendido en perjuicio del actor” (C. Fed., La Plata, Jur. Arg. 43, 483).

“La persona a cuyo favor se ha otorgado escritura de venta de bienes, que aun permanecen en su poder y cuya restitución se reclama pidiendo la nulidad de la escritura por simulación y fraude, es parte esencial en este último juicio” (C. Civ., La Plata, Jur. Arg. 3, 978; 52, 610; C. Civ. 1ª, Cap. Jur. Arg. 14, 163; Civ. 2ª, Cap. Jur. Arg. 62, 125)

“La simulación de una operación de venta no puede ser dilucidada dentro del procedimiento ejecutivo, máxime

si los interesados directamente en el acto jurídico impugnado, no han sido oídos en aquél" (C. Fed., Cap., Jur. Arg. 22, 715).

"La acción de simulación debe dirigirse contra las dos partes otorgantes de la compraventa simulada, desde que es necesario oírlos para que el juez pueda, llegado el caso, declarar la nulidad; es inadmisibile a esos efectos permitir la iniciación de dos juicios separados contra cada uno de los presuntos contratantes" (C. Civ. 1ª, Cap., Jur. Arg. 47, 880, con nota de Acuña Anzorena).

"La concurrencia como testigo de uno de los intervinientes en el acto impugnado como simulado, no basta para considerar que él ha sido oído en el juicio" (C. Civ. 1ª, La Plata, Jr. Arg., 52, 610).

"Es esencial dar intervención en el juicio por nulidad de una venta que se afirma simulada, a los compradores y vendedores intermedios, a fin de que puedan debatir la pretendida simulación respecto a los actos en que ellos intervinieron, pues si alguno de los actos intermedios hubiera sido real, el actor carecería de acción" (C. Civ. 2ª, Cap., Jur. Arg., 64, 1039).

"Cuando el acreedor hipotecario demanda la rescisión de un contrato de arrendamiento por irrogarle perjuicios, debe ser deducida contra locador y locatorio" (C. Civ. 1ª, Cap., Jur. Arg., 2, 896).

"Las acciones de filiación y petición de herencia sólo pueden iniciarse simultánea y conjuntamente, cuando en la parte demandada están comprendidas todas las personas esencialmente interesadas en el juicio" (no se demandó a la madre) (C. Civ. 1ª, Cap., Jur. Arg., 45, 73).

"En la ejecución promovida por el acreedor de una sociedad, tiene personería para intervenir el socio capitalista, quien debe ser citado en aquel juicio que eventualmente pudiera afectar su responsabilidad a tenor de lo dispuesto

por el art. 386 del código de comercio" (C. Com., Cap., Jur. Arg. 32, 436).

Cuando no se ha demandado a todos los legitimados pasivamente, sea el litisconsorcio necesario, propio o anómalo, se ha resuelto, algunas veces, que lo actuado es nulo (C. Civ. 2ª, Cap., Jur. Arg., 5, 125; 2, 450; 9, 765; C. Civ. 2ª, La Plata, Jur. Arg., 1, 107). En otros, se ha sustanciado y fallado el proceso, sea desestimando la acción o acogiéndola. Pero en este último caso, se ha exigido un proceso posterior integratorio (ver nota 10).

158. III. Sustanciación. 1º Presupuestos procesales. a) Competencia.

Frente a la necesaria unidad del proceso consorcial necesario, la competencia no puede determinarse respecto de cada uno de los litisconsortes, sino respecto de todos. Como es obvio, no puede plantearse en él la cuestión de la competencia "*ratione quantitatis*", como óbice a la acumulación porque la cosa pedida, lo es siempre en favor o en contra de todos: una reivindicación, la disolución de un condominio o de una sociedad.

La competencia territorial, debe ser determinada por la cosa objeto del litigio (art. 4º, cód. Cap.) y, en las acciones personales por el domicilio de cualquiera de los demandados, a elección del actor (véase parágrafo 147).

La competencia en razón de las personas (fuero federal), aparece resuelta por el art. 10 de la ley 48: "En las sociedades colectivas, y en general en todos los casos en que dos o más personas asignables pretendan ejercer una acción solidaria, o sean demandadas por una obligación solidaria, para que caigan bajo la jurisdicción nacional, se atenderá a la nacionalidad o vecindad de todos los miembros de la sociedad o comunidad, de tal modo que será preciso que cada uno de ellos individualmente tenga el derecho de demandar o pueda ser demandado ante los tribunales nacio-

nales, con arreglo a lo dispuesto en el inciso 2 del art. 2º".

En el caso de una revindicación contra varios ocupantes de un inmueble, la Suprema Corte negó el derecho de alterar el fuero correspondiente a uno de los demandados, por cuanto en la demanda se individualizaban las fracciones ocupadas por cada demandado, lo cual hacía posible demandarlos separadamente, "aunque todos los demandados estén ligados por ser del mismo origen el dominio que tuvieron y que a todos afecte el vicio de nulidad de la venta que se impugna" (Jur. Arg., 73, 783).

La competencia en razón de la materia del pleito, no puede plantear problemas en el litisconsorcio necesario, por el motivo expresado precedentemente, de la unidad substancial de la relación o del acto o hecho controvertido.

159. III. 1º b) Capacidad procesal. Unificación de personería.

Nada particular o específico puede decirse respecto a estos temas sobre lo expuesto con relación al litisconsorcio voluntario, salvo que la unificación de personería, en el litisconsorcio necesario propio, será procedente y útil en casi todos los supuestos, no así en el anómalo.

160. III. 1º c) Cumplimiento de formas legales.

En general y en particular, los litisconsortes unificados o actuando separadamente, deben cumplir las formas rituales para deducir o contestar demanda, según la naturaleza del proceso.

Pero, dentro de la excepción dilatoria de defecto legal, destinada a denunciar el incumplimiento de dichas formas, procede, en este supuesto la de "plurium litisconsortium". Esta excepción defiende la unidad del litigio litisconsorcial necesario, exigiendo la integración de la litis, para que pueda ser sustanciado y fallado útilmente. Así en casos de

litisconsorcio necesario propio o anómalo, si no demandan todos los legitimados activamente o no se ha demandado a todos los vinculados por la relación substancial, acto o hecho que motiva el litigio, él o los demandados pueden oponer esta defensa. Si prospera, tendrá los efectos comunes de la excepción de defecto legal, es decir, obligar al actor a pedir la integración de la litis, subsanando así el defecto apuntado, para que el proceso pueda substanciarse.

Sin embargo, el demandado, en la hipótesis apuntada, podría optar por no hacer uso de esta defensa dilatoria, utilizando el defecto como defensa de fondo, consistente en la inexistencia de legitimación “ad- causam” activa o pasiva, es decir y empleando los términos comunes, falta de acción. Si, como he expresado, la relación substancial, el acto o hecho que dá acosión al litigio, constituye una unidad lógica y jurídica inescindible, es evidente que la cualidad de legitimados activa o pasivamente, es colectiva. “La acción pertenece a todos y contra todos, como entidad jurídica UNA, y de allí que, si uno solo la intenta o se intenta contra uno solo, se hace valer la ley por quien no es titular o contra quien no la otorga la ley” (4).

161. III. 1º d) Incidente de integración de la litis.

Mientras el actor pueda modificar o ampliar su demanda, es claro que puede solicitar la integración de la litis, ampliando la demanda contra los litisconsortes pasivos o bien solicitando la citación de los litisconsortes activos. Pasada esa oportunidad con la contestación de la demanda, la situación es más difícil, aunque debe buscarse siempre dicha integración, que responde al principio de economía procesal.

No se admite entre nosotros (5), por los caracteres

(4) LORETO, op. cit. 69.

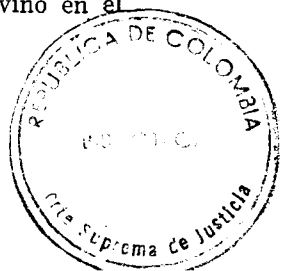
(5) “Dentro de nuestro sistema procesal los jueces y tribunales se concretan a resolver las peticiones que formulan los inte-

dispositivos de nuestro proceso, acentuados por la omisión del órgano jurisdiccional de obrar espontáneamente cuando la ley lo autoriza, la integración de la litis de oficio. No obstante, a través de todo este libro se pueden ver numerosos casos en los cuales la ley expresa o implícitamente autoriza a los jueces a disponer de oficio la integración de la litis. Pero hay más, creo que en aquellas hipótesis como las que originan el litisconsorcio necesario, el juez está autorizado a disponer, oficiosamente, la integración de la litis, llamando al proceso a los demás legitimados.

El art. 52 del código de procedimientos civiles, al ordenar que los jueces deben mantener el buen orden en los juicios, otorga a mi modo de ver, las facultades necesarias y suficientes para disponer, de oficio, las medidas idóneas a fin de que un proceso no se sustancie con defectos, y omisiones de tal naturaleza, que constituya un dispendio inútil de actividad para el órgano y los sujetos.

Pedida la integración de la litis por el actor, después de contestada la demanda o por el demandado después del auto de prueba, para su procedencia será necesario oír a la contraparte. Se trataría pues de un incidente a resolverse por el juez con audiencia contraria y con efectos suspensivos del procedimiento (art. 404 ley procesal). Promovido el incidente de integración de litis por el actor, podrá oponerse el demandado argumentando la inexistencia de una situación que pueda dar lugar a litisconsorcio necesario, es decir, la posibilidad jurídica de que la sentencia a dictarse en la forma en la cual se encuentra constituido el proceso, pueda ser cumplida. No podría, a mi juicio, oponerse a la integración fundado en su interés a la deficiente constitución del

resados, a quienes concierne mantener la prosecución del juicio dentro de las normas que las leyes establecen para que pueda llegar a pronunciarse la sentencia pertinente. Así, si una demanda por simulación se promueve sólo contra uno de los simuladores presuntos, el juzgado no está obligado a subsanar el defecto disponiendo se cite al juicio al otro simulador que intervino en el acto impugnado" (C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 67, 386).



proceso, que produciría, por esa sola circunstancia, una sentencia desestimatoria ⁽⁶⁾. Si al contestar la demanda, opuso la defensa de falta de legitimación "ad-causam" pasiva o activa, por esa circunstancia, podría reclamar el pago de las costas, como en el caso análogo de excepción dilatoria de falta de personería, subsanada posteriormente.

Admitida la incidencia de integración de la litis, los nuevos actores y los nuevos demandados, por tratarse de una tercería forzosa o coactiva, no están obligados a intervenir en el proceso en el estado en el cual se encuentra y pueden reclamar que se sustancie de nuevo, desde el auto de apertura a prueba o declaración de puro derecho.

Este problema fué rozado por la Cámara Civil 2ª de la Capital en un caso de demanda por simulación, pero, a mi juicio, equivocadamente. Advirtiendo el actor la inutilidad del proceso incompleto, pidió su integración cuando estaba produciéndose la prueba y vencido el término probatorio. El juez, en sentencia confirmada por sus fundamentos, rechazó la incidencia, fundado en los siguientes considerandos: Que el auto de apertura a prueba estaba consentido, vencido el término y aquélla en plena producción; que estando trabada la litis y no existiendo hechos nuevos, no correspondía alterar la demanda y su contestación; que no era el caso de entrar a resolver si legalmente correspondía o no la intervención de las personas que habrían tenido atinencia en la simulación (Jur. Arg., 1942, I-831). El primer argumento sería valedero en relación al tercero a quien se quiere llamar, pero no es decisivo para impedir el llamado; el segundo se vincula con la teoría de la litiscontestación, pero ésta, ablandada ya por las doctrinas modernas del

(6) "Aunque la litis sobre la nulidad y simulación de una cesión de derechos hereditarios haya quedado trabada con intervención del primer cesionario, procede la ampliación de la demanda contra el segundo cesionario, por tratarse de una cesión denunciada como hecho nuevo y por ser evidentes las ventajas de dar audiencia en el expediente a todos los interesados en la cuestión" (C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 72, 179).

proceso, debe ceder ante un litigio sin finalidad práctica, que importe un inútil dispendio de actividad jurisdiccional. En cuanto al tercero, es equivocado, puesto que el incidente, al procurar la integración de la litis, anticipa, necesariamente ese pronunciamiento. El doctor Acuña Anzorena, en una enjundiosa nota ilustrativa del fallo; concluye concordantemente: "Más hubiera valido normalizar el juicio que prolongarlo, hasta dictar una sentencia "inutiliter datur", cuyo único efecto sería el de comprometer a las partes en gastos inútiles y exigir de los magistrados una actuación desprovista en absoluto de utilidad, todo en mengua de la eficacia, rapidez y economía que deben caracterizar a toda administración de justicia".

La Cámara Civil 1ª de la Capital, en un caso análogo, pero no igual, pues, si bien estaba trabada la litis por la contestación, no se había llegado al período de prueba y además, se pretendió integrar la litis con un adquirente del bien posterior a la demanda, resolvió, acertadamente: que procedía correr traslado de la demanda al nuevo adquirente y también a uno de los litisconsortes originarios (el primer enagenante) "a fin de que pueda ser oído sobre los hechos expuestos por el actor" (el hecho nuevo de la posterior transferencia) (7).

162. III. 1º e) Acumulación de procesos.

Aun cuando el código de la Capital no legisla especialmente la acumulación de procesos o de autos, según el léxico procedimentalista, como lo hacen otros códigos, v. g. el de Mendoza (art. 665), ella es procedente. En el caso que me ocupa, si se hubiese demandado separadamente a los sujetos de una relación substancial o de un acto o hecho únicos e inescindibles, correspondería la acumulación y podría ser denunciada la duplicidad de litis mediante la

(7) *Jur. Arg.* 73, 493, con una nota concordante de DÍAZ DE GUIJARRO.

excepción dilatoria de litis pendencia. En efecto, aun cuando los sujetos de uno y otro proceso no sean los mismos, los demandados aparecerían como partes integrantes de un sujeto complejo indivisible, como apunté precedentemente.

163. III. 1º f) Otras circunstancias que pueden obstar al ejercicio de la facultad de pedir protección ⁽⁸⁾ jurídica por cada uno de los litisconsortes.

Me he referido precedentemente a las excepciones dilatorias de incompetencia, de defecto legal y de litispendencia. Pero pueden oponerse también las excepciones de falta de personería, cosa juzgada, arraigo, e incumplimiento de obligaciones procesales derivadas de un proceso anterior (art. 2486, cód. civil).

Cualquiera de ellas, aun las que, como las de defecto en la personería o en la representación o la de arraigo, pueden ser opuestas contra los litisconsortes individualmente, paralizan el proceso y acogidas, le clausuran con respecto a todos los sujetos litisconsorciales. En forma definitiva, si se trata de cosa juzgada, porque, dada la naturaleza del interés substancial en litigio, no es admisible que pueda acogerse esta defensa sino en base a la existencia de una sentencia anterior que haya considerado la misma causa y el mismo objeto (9). Con posibilidad de deducirlo nuevamente en los demás supuestos, subsanada la deficiencia o cumplido el recaudo previo impuesto a alguno o algunos de los litisconsortes.

164. III. 2º Desarrollo del proceso litisconsorcial necesario.

Los principios generales expuestos respecto al traslado de la demanda, plazo para el responde, interrupción de dicho plazo por las excepciones previas y rebeldía, al estudiar

(8) Véase: *supra*, pár. 150.

(9) Véase *PODETTI Teoría y técnica...* pág. 178.

el litisconsorcio voluntario, son también aplicables al litisconsorcio necesario.

La comunidad o conexidad inescindible del interés de cada sujeto individual integrante del litisconsorcio necesario, disminuye su autonomía procesal, pero no la impide. Dije ya que cada uno de ellos puede desistir o allanarse, sin perjuicio de la actitud de sus litisconsortes, pero como el sujeto complejo no puede descomponerse, ni el objeto del litigio dividirse, esas actitudes no pueden tener más efectos que librar a quien las adopte, de las cargas procesales inherentes a la tramitación del litigio. Pueden determinar también pronunciamientos especiales sobre costas. En cuanto al fondo de la cuestión, su influencia es escasa, pudiendo servir tan sólo como presunción.

Las preclusiones y la cosa juzgada pueden producirse individualmente, pero sin influencia sobre la cuestión planteada, es decir, sobre la resolución definitiva que la actividad de quienes no consintieron el acto procesal, debe provocar. Así, un litisconsorte puede consentir un acto impugnabile, mientras otro solicita nulidad. La resolución que acoja esta petición, permitirá a quienes la pidieron, reproducir las actuaciones, pero sin intervención de quien consintió la nulidad. Pero por la unidad inescindible de la sentencia que debe dictarse, las nuevas actuaciones perjudicarán o beneficiarán a todos los litisconsortes.

En cuanto a la prueba, si bien nada obsta a que cada litisconsorte ofrezca y produzca la que crea pertinente, el juez deberá correlacionar toda la rendida, ya que el pronunciamiento principal debe ser único. Podría darse el caso de que un litisconsorte, aun sin allanarse, produzca prueba favorable a la posición del sujeto opuesto, y que otro, en la posición correcta de oponente, la produzca contraria. La sentencia merituará estas pruebas opuestas, como en los casos comunes, sin considerar la posición de quien las produjo.

165. IV. La sentencia en el litisconsorcio necesario.

Aquí no puede surgir la duda sobre la naturaleza de las defensas materiales opuestas por unos u otros de los litisconsortes, como en el litisconsorcio voluntario. Pueda o no ser considerada de oficio, una excepción perentoria tiene efectos contra todos. La prescripción, por ejemplo, no podría admitirse respecto a la madre que la opuso y no respecto al hijo que no la opuso, en el proceso por desconocimiento de filiación; ni contra el primer enagenante y no contra el posterior adquirente, en un negocio simulado.

Los efectos de la sentencia, favorecen y perjudican a todos los litisconsortes. En el caso de una acción revocatoria, resolvió la Cámara Civil 2ª de la Capital que “el tercer adquirente de bienes fraudulentamente enagenados (que fué sujeto del proceso), no puede oponerse a la venta de ellos, cuando ésta sea solicitada por el acreedor que obtuvo la revocación hasta el importe de su crédito” (Jur. Arg., 10, 43).

Pero, como es natural, la sentencia no puede ser opuesta a quien no fué sujeto del proceso del cual emana ⁽¹⁰⁾.

166 V. Las costas en el litisconsorcio necesario.

La condena o eximición de costas, se rigen por las normas y principios generales (art. 221 del Cód. Cap.).

Como el pronunciamiento definitivo, debe serlo en favor o en contra de todos los litisconsortes, sea cualquiera la actitud individual de éstos, en principio, el pronuncia-

⁽¹⁰⁾ “Si el bien adquirido por el tercero, en razón de un acto que se declara simulado y fraudulento, ha salido del dominio de este tercero por un acto anterior a la iniciación del juicio y la demanda no se hizo extensiva a este tercero, como debió serlo, debe deducirse acción por separado contra éste, para que la sentencia pueda hacerse efectiva contra el nuevo adquirente” (C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 15, 94).

miento accesorio sobre costas, debe serlo también en favor o en contra de todos. Digo en principio, porque si un litisconsorte activo desistió de la acción, no podría beneficiarse con el pronunciamiento favorable sobre costas y si ellas se imponen a los actores, sólo responderá de las causadas hasta el momento de su desistimiento. Igual principio debe aplicarse al supuesto inverso de un litisconsorte pasivo que se allana.

En un caso que se registra en el tomo 1942, III, pág. 843 de Jurisprudencia Argentina donde, se resolvieron interesantes cuestiones vinculadas al proceso litisconsorcial, ante la demanda de consignación deducida por un ferrocarril contra cargador y consignatario y a la cual uno se opuso y el otro se allanó, el juez, al rechazar la demanda, impuso las costas al actor, en cuanto a un demandado (el que se opuso) y por su orden respecto al segundo (el que se allanó). Apelada la sentencia en cuanto a las costas (aplicadas al actor), la Cámara Comercial de la Capital, la revocó por tratarse, dijo, de un litisconsorcio necesario.

A mi juicio, el pleito fué mal encarado. Se trataba de la situación que puede dar lugar a la denuncia de litis, ya que el actor no desconocía deber, pero ignoraba a quién debía pagar. El litigio no podía trabarse con el actor, sino entre los pretendientes, como resulta de los argumentos esgrimidos por ambos y que uno de ellos al allanarse, pidió la imposición de costas, al codemandado y no al actor. En uno de los considerandos del juez, se lee que en cuanto se refiere a "la impugnación de Furnari respecto a la personería de Eloy Pérez Bouzas, siendo co-demandado, tal pedido es improcedente, porque la relación procesal se ha trabado entre actor y demandados, y no entre éstos entre sí".

La realidad de las cosas, es que los demandados no podían jamás ser considerados como litisconsortes, pues, pretendiendo ambos el mismo crédito, sus intereses subs-

tanciales y procesales eran absolutamente antagónicos. El proceso debió substanciarse como tercería principal excluyente, a fin de resolver a quién correspondía el crédito.

Nunca pudo considerarse que la consignación estaba mal hecha, pues, ante dos pretendientes, el actor no tenía otro camino que la consignación (art. 757, inc. 4º Cód. Civ.), so pena de correr el riesgo de pagar dos veces. Resuelto en esa forma el pleito, no podían imponerse las costas al actor, sino al demandado que carecía de derecho al crédito, tanto en favor del demandante como del demandado vencedor.

Si hubiera existido en realidad un litisconsorcio necesario, como lo afirma la Cámara, la resolución justa, sobre costas, era la dictada por el Juez. Pero el tribunal superior, resolviendo con equidad, llegó a conclusiones jurídicamente inadmisibles, al referirse a una institución procesal que no existía en el caso.

167. VI. Los recursos en el litisconsorcio necesario.

Si bien cada litisconsorte puede adoptar frente a la sentencia la actitud que le parezca, consintiéndola o recurriéndola, la sentencia de alzada tendrá efectos contra todos. El litisconsorte que la consintió, no tendrá derecho a intervenir en la substanciación ⁽¹¹⁾, pero si la sentencia es revocada, tiene también efectos en su favor. Imaginemos, para mayor claridad, un proceso por simulación; donde se hace lugar a la demanda. Uno de los litisconsortes apela y el otro no. Este último no puede intervenir en el trámite del recurso, pero si en la instancia abierta por la actividad del otro sujeto pasivo, se acoge el recurso, rechazándose en definitiva la demanda, este rechazo beneficia también a quien no recurrió. No sería posible considerar que la simulación existe respecto a uno y no respecto al otro.

En el caso inverso, aunque el actor al recurrir, excluya

(11) CHIOVENDA *Principios* II, 622.

del recurso, en forma expresa, a uno de los litisconsortes, el recurso debe considerarse abierto con respecto a ambos. No me parece procedente, en este punto, el criterio de Chiovenda ⁽¹²⁾, de que, en tal supuesto, debe admitirse que se ha producido la cosa juzgada con referencia a todos. El apelante, al deducir su recurso, declara, explícitamente, su disconformidad con el fallo, que es uno y único. Su propósito de excluir de los efectos de su actitud a uno de sus demandados, como en el caso análogo del desistimiento parcial, no tendría más efectos que liberar de las costas de la alzada al litisconsorte expresamente excluído. Pero eso siempre y cuando dicho litisconsorte no intervenga en el juicio de apelación, pues si interviene, rechaza la actitud del apelante a su respecto, la cual no está obligado a aceptar.

(12) Op. y lug. cit.

SECCIÓN IV

TERCERÍAS EN INTERÉS PROPIO, ORIGINARIO E INDIRECTO

CAPÍTULO X

SUBSTITUCIÓN PROCESAL (como facultad)
(Ejercicio de la acción oblicua o subrogatoria)

168. I. Generalidades. La sustitución procesal y sus especies. — 169. II. La sustitución procesal espontánea (como facultad). — 170. III. Caracteres. Derechos sustanciales que protege. — 171. IV. Legitimación del sustituto y del sustituido. Requisitos de las acciones de ambos. — 172. V. Sustanciación. 1º Requisitos de la subrogación. La disponibilidad del derecho. — 173. V 2º Desarrollo procesal. Intervención del sustituto. Presupuestos procesales. Reconvención. — 174. V. 3. Prueba. Instrumentos privados sin fecha cierta y el desistimiento del sustituido. — 175. VI, Fin de la sustitución. — 176. VII. Sentencia. Costas. — 177. VIII. Recursos. — 178. IX. Cumplimiento de la sentencia. — 179. X. Disposiciones procesales en la legislación argentina.

168. I. Generalidades. La sustitución procesal y sus especies.

En esta sección estudiaré otras figuras procesales de terceristas, entendiendo este vocablo en el sentido amplio que le asigno en esta obra ⁽¹⁾. También, como en los casos precedentes, el interés que mueve la acción del tercerista, es propio y originario. Pero, en lugar de ser directo, es indirecto, por cuanto la satisfacción de ese interés depende o está subordinado a la defensa procesal de un interés ajeno. Por ello mismo, el interés del tercerista no es excluyente

(1) Véase párrafo 20.

dentro del proceso y admite la defensa conjunta con el titular del interés subordinante. En efecto, dije que el interés del tercerista es indirecto, porque su satisfacción depende de la satisfacción de un interés ajeno. Tenemos así un interés subordinante y un interés subordinado, que están presentes en todo el pleito, influyendo en las facultades procesales de los sujetos.

El interés subordinado puede ser activo, en el sentido de procurar sea satisfecha una acreencia y puede ser pasivo, en el sentido de perseguir no ser sujeto pasivo de una obligación. El primer caso se da en el ejercicio de la acción oblicua y el segundo en el citado de evicción que comparece y en el fiador que concurre al pleito contra su fiado.

Esta forma de tercería impone, por regla general, la sustitución en el proceso de uno de los sujetos por el tercerista. Esta sustitución procesal puede verificarse desde la iniciación del proceso o con posterioridad. Puede terminar como tal sustitución, permaneciendo el sujeto como coadyuvante, antes de la terminación del proceso.

Por último puede ser espontánea o provocada; puede implicar el ejercicio de una facultad o el cumplimiento de una carga.

El ejercicio de la acción oblicua implica una sustitución espontánea, puesto que el acreedor no está obligado a ejercer la acción de su deudor. Persigue con ese ejercicio posibilitar el cumplimiento de una obligación a su favor por parte del sustituido. En cambio, la concurrencia al proceso del citado de evicción o en garantía o del fiador, implica una sustitución provocada, puesto que el vendedor, el asegurador y el fiador, están obligados a comparecer, pues su incomparecencia puede traerles aparejado un perjuicio económico. Es una carga de su propio interés pues persiguen liberarse o hacer menos onerosa una obligación propia.

“Existe sustitución —dice Carnelutti (2)— cuando la actividad procesal de una persona distinta de la parte, se debe, no a la voluntad de ésta, sino al estímulo de un interés conexionado con el interés en litigio”, definición que abarca los dos supuestos que he enunciado.

169. II. La sustitución procesal espontánea (como facultad).

El caso típico de esta figura procesal es el que surge de la acción que otorga el art. 1196 del Código Civil y que se denomina, comúnmente, acción oblicua, sobrogatoria o indirecta.

La bibliografía sobre el tema es copiosa, pero en una proporción aplastante, ella pertenece a la doctrina del derecho civil. Bajo el aspecto procesal ha sido escasamente estudiada y en general, en forma deficiente, por la influencia de las teorías civilísticas. La incertidumbre de la jurisprudencia deriva no sólo de la exigüidad del texto legal —el citado artículo 1196 del Código Civil—, sino y especialmente de que no se ha comprendido que era materia fundamentalmente procesal y que, en consecuencia, era a la legislación y a la doctrina procesales a las que debía recurrirse para subsanar el silencio o la oscuridad de la ley.

El código civil concede un derecho, pero ese derecho es de naturaleza EXCLUSIVAMENTE PROCESAL, puesto que debe ejercerse en juicio y no fuera de él. Es verdad que el artículo 1196 dice que “los acreedores pueden ejercer todos los DERECHOS Y ACCIONES de su deudor...” pero es sabido que el modismo “derechos y acciones” implica aquí (3) una

(2) FRANCISCO CARNELUTTI, *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Trad. GUASP. Barcelona 1942, pág. 112.

(3) Digo aquí, porque la expresión no es tautológica, sino sólo en la forma particular de su empleo en la norma mentada. Véase el contenido de la expresión “derechos y acciones”, genéricamente, en mi nota, “La venta en pública subasta de créditos, derechos y acciones”, cap. 2º Concepto de derechos y acciones, en *Jur. Arg.* 1946, II, 430.

redundancia, pues se trata de derechos ejercitables solamente en juicio y al sólo fin de aumentar o evitar que disminuya el patrimonio del deudor, prenda común de sus acreedores. Si mi deudor tiene un derecho obligacional, un crédito por dinero, v. g., yo no puedo ejercer ese derecho cobrándolo y percibiéndolo del obligado, sino demandándolo judicialmente para hacerlo ingresar al patrimonio de mi deudor y cobrar entonces mi crédito en la forma que sea procedente. Si mi deudor tiene el usufructo de una finca y no la trabaja o no la alquila o no percibe las rentas, no puedo ir a ejercitar sus derechos administrándola o alquilándola o percibiendo sus rentas. Si tiene un bien improductivo y no lo vende, no puede negociarlo ⁽⁴⁾.

En realidad pues, el artículo 1196 no concede al acreedor el ejercicio del derecho material, el goce y disposición de los bienes de su deudor, sino las acciones judiciales que emerjan del patrimonio de éste. Otra cosa significaría que la persona, por el mero hecho de contraer una obligación, perdiera la disposición de sus bienes. Por asegurar el pago de las obligaciones, la ley habría destruído los derechos patrimoniales para cuya protección ha creado un mecanismo exageradamente minucioso. Hay, sin embargo, un caso de sustitución que no es sólo procesal, sino también de derechos substanciales, es el del fideicomisario de los obligacionistas, en el supuesto de los artículos 20 y 21 de la ley 8875.

La figura de la sustitución procesal, he dicho ⁽⁵⁾, no aparece en forma autónoma en el derecho argentino y se confunde con la sucesión a título singular (cesión de acciones litigiosas), que estudiaré en el capítulo XII; con ciertas formas de intervención forzosa (llamamiento en ga-

(4) GALDI, en su *Commentario del codice di procedura civile*, Torino 1890, tomo IV, pág. 266, dice, refiriéndose en general a la intervención: "...se l'intervento fosse permesso nelle contrattazioni, sarebbe un assurdo..."

(5) Sustitución y sucesión de partes en el proceso, en la *Rev. de Der. Jur. y Adm.* Montevideo, XXXVIII, 141.

rantía), que estudiaré en el capítulo siguiente y aún con la representación legal o funcional (el marido por la mujer, por ejemplo).

No puede hablarse propiamente del ejercicio de una acción en carácter de sustituto, cuando el derecho que se defiende ha pasado por sucesión universal o por cesión (sucesión singular) a quien lo ejercita. Tendremos, en esta hipótesis, un caso de sucesión y de sucesor procesales, pero no de sustitución y de sustitutos procesales.

Tampoco puede hablarse de sustitución, cuando quien actúa en el proceso ejerciendo derechos ajenos, lo hace en cumplimiento de una representación convencional (mandato), legal (matrimonio, tutela, curatela) o funcional (administración de sociedades, sucesiones, sindicaturas, art. 870 Cód. Civil).

En cambio, en el llamado en garantía, si el citado concurre y asume el pleito, existe una verdadera sustitución procesal, provocada, en el sentido explicado precedentemente.

170. III. Caracteres. Derechos substanciales que protege.

Siendo las acciones parte integrante del patrimonio, es natural que del arbitrio o voluntad del titular de dicho patrimonio o de quien lo representa, depende su ejercicio. He dicho que el carácter de forzoso que atribuye la doctrina a ciertas tercerías, tiene sólo el significado de que la no comparecencia puede acarrear perjuicios al citado.

No obstante, en ciertas situaciones, las acciones pueden ser ejercitadas por personas que no son sus titulares ni representantes legales de ellos. Así, en el supuesto de legitimación familiar (proceso de insanía) o popular. Pero el fenómeno más notable de este ejercicio, es el que aquí me ocupa. Su origen remoto deriva del conocido principio de que el patrimonio del deudor es la prenda común de sus acreedores y el más próximo del aforismo latino "debitor

debitoris est debitor meus". Una acción de cualquier naturaleza, siempre que sea de índole patrimonial, puede servir para satisfacer un crédito a favor de un tercero y si el deudor no es diligente en el ejercicio de esa acción, perjudica a su acreedor. La ley, en defensa del derecho de los acreedores, les autoriza, entonces, a ejercitar esas acciones. Tenemos así dos intereses en juego y dos legitimaciones "ad causam" activas. El interés del deudor y el interés de su acreedor. La legitimación del primero respecto a la acción no ejercitada y la legitimación del segundo en su crédito contra el primero.

La ley y ante su silencio sus intérpretes, deben contemplar esos dos intereses y esas dos legitimaciones; lo primero para no desamparar al deudor en su afán de amparar al acreedor o vice-versa y lo segundo para instrumentar con claridad y precisión el ejercicio de la acción oblicua.

El justo equilibrio entre el interés del sustituido y el interés del sustituto, exige el cumplimiento de ciertos recaudos para el ejercicio de la acción subrogatoria y ciertas limitaciones en el derecho sustancial y en las facultades procesales de ambos, a las cuales me referiré enseguida. Es preciso no olvidar que la acción subrogatoria implica el reclamo, en un proceso, de un derecho sustancial que ha nacido y permanece ínsito en la esfera jurídica de otro. Pero también debe recordarse que si la ley concede un derecho (la acción oblicua en este caso) debe rodeársele de las garantías mínimas indispensables para que quien lo ejercita no sea burlado fácilmente. Me sugieren estas observaciones, la actitud de juristas y de jueces que, por un lado, no exigen recaudo alguno para el ejercicio de la acción subrogatoria (legitimación del sustituto) y por otro, permiten que el sustituido pueda aniquilar su propio derecho ya ejercido, burlando así a quien lo ejerció, con el consiguiente dispendio oneroso de actividad.

Dije ya que la sustitución procesal representa una for-

ma de tercería en interés propio, originario, indirecto y no excluyente. Me refiero, como es obvio, al interés que determina la acción subrogatoria o sea la legitimación del tercerista para ejercitarla que es previa a la legitimación del sustituido. Y no es excluyente en un doble sentido: primero, porque más de un acreedor pueden ejercer la acción oblicua en relación a una misma y única acción del deudor común y segundo, porque en el proceso así determinado, puede intervenir también el titular de la acción puesta en movimiento.

El proceso, en este caso, defiende el interés sustancial del sustituto y también del sustituido, cuyo es el derecho sustancial que se reclama. El sustituto es sujeto procesal primario, mientras no concurre y asume el pleito el sustituido. Las facultades procesales del primero son parciales en todos los supuestos, pues aun cuando actúe sólo, le están vedados ciertos actos procesales, de incidencia directa sobre el derecho discutido (juramento decisorio, renuncia, desistimiento, allanamiento), o que no puede realizar por ese motivo y por ser un tercero respecto a documentos o hechos emanados del sustituido (confesión, reconocimiento de firmas).

Aun cuando lo común en el ejercicio de la acción oblicua sea que el sustituto asuma el papel de actor, demandando, puede también asumir el de demandado, defendiendo o excepcionando, oponiendo la prescripción liberatoria o adquisitiva, por ejemplo.

171. IV. Legitimación del sustituto y del sustituido. Requisitos de las acciones de ambos.

Destaqué ya que al deducirse un proceso o al intervenir en él un acreedor como sustituto procesal de uno de los sujetos, juegan y se mezclan dos legitimaciones "ad causan": la del sustituto y la del sustituido. Esas dos legi-

timaciones surgen de dos relaciones sustanciales que conecta el interés del acreedor. De la relación sustancial entre el sustituido y su propio obligado, surgen los requisitos de la acción motivo del pleito: el fundamento, la legitimación y el interés procesal, sin su existencia y comprobación en el proceso, la acción o la excepción serán desestimadas. De la relación sustancial entre el sustituto y el sustituido, surgen los requisitos para que el primero pueda ejercitar la acción del segundo. En principio, la existencia y comprobación de esos requisitos debe ser previa al ejercicio de la acción oblicua, de manera que para ejercitarla, debiera existir una sentencia que reconozca un crédito a favor del sustituto y en contra del sustituido. Digo en principio, porque en ciertas hipótesis, la acción oblicua puede actuar como medida precautoria a fin de asegurar la oportuna satisfacción de un derecho ⁽⁶⁾. Pero, además de la justificación de ese requisito, en los casos en los cuales procede, se requiere justificar la NECESIDAD de ese medio, lo cual viene a ser el INTERÉS PROCESAL específico de esta acción. No es posible que cualquier titular de un crédito, aun reconocido en justicia, pueda sustituirse a su deudor en el ejercicio de sus acciones judiciales. Requiere entonces ese ejercicio, la justificación "prima facie" de que el deudor no tiene otros bienes para responder a ese crédito o que ellos no son bastantes y que es negligente en el ejercicio de la acción.

Debe haber un orden en los bienes que constituyen el patrimonio del deudor, para hacer efectivos sobre ellos sus deudas, ya que debe evitarse que el ejercicio de los derechos ocasione perjuicios o vejámenes innecesarios o superfluos. El art. 476 del Código de Procedimientos Civiles de la Capital lo establece y si bien el artículo siguiente dispone que ese orden lo es en favor del acreedor embargante,

(6) Véanse los eruditos estudios de DASSEN, "Acción oblicua", en *Jur. Arg.* 44, 245 y "Facultades del deudor después de iniciada la acción subrogatoria" en *Jur. Arg.* 1942, III, 153.

no es dudoso que si el deudor pide la sustitución de embargo fundado en las razones expuestas, el incidente debería prosperar (7).

Por otra parte, una jurisprudencia invariable y de antigua data, impide la venta en pública subasta de los derechos y acciones embargados (8) abriendo así al embargante, como única vía de ejecución, el ejercicio de la acción subrogatoria (9).

Suele incluirse, como exigencia previa para el ejercicio de las acciones de su deudor, por parte de los acreedores, la subrogación o autorización judicial. En esa dirección interpretativa, se ha resuelto que "el acreedor que pretende subrogarse en los derechos de su deudor, debe ser autorizado judicialmente" (Cám. Com. Cap., Jur. Arg., 7, 499; 58, 918; 61, 294; Cám. Civ. 1ª Cap., Jur. Arg., 39, 792).

Por otra parte y con más justeza, se ha resuelto también que "la acción oblicua no requiere autorización judicial previa" (Cám. Com. Cap., Jur. Arg., 3, 64; 11, 645; 62, 466; Cám. Civ. Mend., Jur. Mend., V, 315; Cám. Ap. Mercedes, Jur. Arg., 1943, IV, 200; Cám. Civ. 2ª Cap., Jur. Arg., 44, 729). A los requisitos enumerados, suele agregarse, por los jueces, el de una intimación o emplazamiento al deudor, de carácter previo, para que ejercite su derecho en juicio o active el procedimiento (10). Ello tiende a dar un carácter más categórico a la negligencia. Me parece, sin embargo, que ella es innecesaria y representa una pérdida de tiempo y un aumento de gastos, que pueden evitarse. La negligencia debe apreciarla el juez con el expediente a la vista o teniendo en cuenta la oportunidad en la cual

(7) Véase FERNÁNDEZ, op. cit., nota 23 al art. 477.

(8) ALSINA, *Tratado*. III, 78.

(9) Véase mi nota citada precedentemente, Venta en pública subasta de créditos, derechos y acciones en *Jur. Arg.* 1946, II, 430.

(10) "Para la subrogación, es necesaria la intimación y apercibimiento previos" (Cám. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 47, 556; 54, 800).

pudo el deudor iniciar el proceso. Por ejemplo, fecha de fallecimiento del causante, si se trata de derechos sucesorios; fecha de la exigibilidad del crédito, etc.

En resumen, los requisitos o elementos de la acción subordinada o sea de la acción oblicua, son: 1º, la existencia de un crédito (fundamento o legitimación); 2º, el interés procesal, que, a su vez comprende dos requisitos: a) inexistencia de otros bienes embargables y b) negligencia en el ejercicio de la acción. Deben desecharse como requisitos la resolución judicial expresa declarando o admitiendo la subrogación y el emplazamiento previo al deudor para que ejercite su derecho en juicio o active el procedimiento.

En cuanto a los requisitos o elementos de la acción subordinante o sea de la acción en la cual se subroga el acreedor, son las comunes de toda acción.

172. V. Sustanciación. 1º Requisitos de la subrogación. La disponibilidad del derecho.

Los requisitos de la acción subordinada o sea de la subrogatoria, son previos a los de la acción subordinante, puesto que son ellos los que permiten, como caso de excepción, el ejercicio de una acción ajena. Por ello mismo tienen, en cierto modo, carácter de presupuestos procesales de la segunda, debiendo algunos de ellos acreditarse y ser presumidos otros, sin perjuicio de las cuestiones que al respecto puedan plantear los interesados.

Vamos a ver ahora la forma en la cual se han pronunciado los tribunales respecto a estos requisitos y su incidencia en los presupuestos procesales de la acción principal o subordinante.

De los tres requisitos necesarios para el ejercicio de la acción oblicua: existencia de un crédito, inexistencia de otros bienes para embargar y negligencia del deudor acreedor, el primero y el último deben ser apreciados de oficio

por el juez, no dando curso a la acción si encontrara que no coexisten. Pero si el juez así no procediere, el deudor-acreedor puede oponerse a la intervención de su acreedor, por inexistencia de cualquiera de los requisitos aludidos.

El tercero demandado, deudor del deudor, podría, a mi juicio, reclamar la inexistencia de esos requisitos, pero sólo en carácter de defensas previas, mediante la excepción dilatoria de defecto legal, como veremos en el parágrafo siguiente. No creo que pudiera utilizar la defensa de fondo de inexistencia de legitimación sustancial o falta de acción ⁽¹¹⁾.

El acreedor debe ejercitar la acción de su deudor ante el juez competente para intervenir en el proceso entre su deudor y el deudor de éste y la subrogación o autorización implícita para el ejercicio de dicha acción corresponde al mismo juez. Concordante con el criterio expuesto, se ha resuelto que “la subrogación . . . debe pedirse al juez que entiende en el juicio seguido contra el deudor del que pide la subrogación” (Cám. Com. Cap., Jur. Arg., 11, 393).

No siempre los tribunales han coincidido en los tres requisitos que he enumerado, pero, en general, son ellos u otros análogos o equivalentes los exigidos. Véamoslo:

“El ejercicio de la acción oblicua está subordinada a la concurrencia de tres requisitos: que el pretendiente tenga un crédito de plazo vencido; que el deudor no lo pague y que el deudor rehuse ejercer por sí mismo su derecho o acción contra un deudor suyo” (Cám. Com. Cap., Jur. Arg., 58, 918; 61, 294).

“Para que los acreedores puedan ejercer las acciones y derechos de su deudor, se requieren tres condiciones: que tengan interés en actuar; que exista inacción o negligencia del deudor en el ejercicio de su derecho y que el crédito

(11) Véase el fallo de la Cám. Com. Cap. que se registra en *Jur. Arg.* 61, 294.

invocado sea cierto, exigible y líquido" (Cám. Civ. 2ª Cap., Jur. Arg., 1943, II, 691).

Sobre el requisito de la negligencia existen numerosos fallos: "La acción oblicua sólo es acordada a los acreedores si existe negligencia del deudor en el ejercicio de sus derechos" (Cám. Civ. 2ª Cap., Jur. Arg., 16, 165; 17, 167; 32, 1042; 47, 618; Cám. Civ. 1ª Cap., 47, 556).

En un caso particular de negligencia, se resolvió: "No procede la subrogación si en la ejecución seguida por la Municipalidad contra una empresa concesionaria de servicios públicos, se llegó a un arreglo de pago por cuotas, se redujo el crédito, se omitió el embargo y se ha producido demora de la deudora en el pago de las dos últimas cuotas, pues ello no implica negligencia" (Cám. Civ. 2ª Cap., Jur. Arg., 47, 618).

Cuando se exige el emplazamiento previo del deudor, que, según dije más arriba, conceptúo superfluo, el plazo a fijarse es discrecional para el juez, quien deberá considerar la naturaleza de la acción a deducir o el estado del proceso ya iniciado. En el caso al cual me estoy refiriendo, se ha resuelto que el deudor emplazado o el tribunal, de oficio, no pueden entrar a considerar si el acreedor tiene o no trabado embargo sobre bienes del deudor suficientes para satisfacer su crédito ⁽¹²⁾, como recaudo previo para el emplazamiento.

La existencia del crédito, en el supuesto de que aun no hubiera sido reconocido judicialmente, debe justificarse en la forma y por el procedimiento normados para hacer procedente el embargo preventivo.

La inexistencia de otros bienes embargables, puede surgir del proceso seguido por el acreedor contra el deudor y a falta de él, de la manera dispuesta para hacer viable un embargo preventivo.

Puede no existir negligencia, pero sí el propósito pre-

(12) Cám. Civ. Mend. *Jur. Mend.* VIII, 2º d.

sumible de imposibilitar el ejercicio de la acción oblicua, intentando transferir o renunciar el derecho. Justificado este extremo, procedería también la subrogación. Si el derecho ya está transferido, simuladamente o en fraude de los acreedores, la acción procedente no sería ya la subrogatoria, sino la de simulación o la revocatoria.

Pero si el acreedor ha ejercido ya la acción oblicua, no me parece jurídico, ni moral, que se admita al deudor que pueda disponer de ese derecho libremente, burlando por esa vía fácil, a su acreedor. El ejercicio de la acción subrogatoria, cuando no existe un embargo previo pedido por el acreedor (supuesto en el cual el deudor no podría ya disponer libremente de su derecho), debe tener, necesariamente, el carácter de una medida precautoria, que disminuya y condicione la disponibilidad de la acción ejercitada y del derecho que ella protege. No es ese, por lo general, el criterio de los jueces, que anulan así en forma absoluta, el artículo 1196 del Código Civil, brindando al deudor el medio para hacer,, no sólo inútil, sino gravoso el derecho que dicha norma otorga ⁽¹³⁾.

Dije que el acreedor, de acuerdo al art. 1196 del Código Civil, puede ejercer todas las acciones de índole patrimonial de su deudor. Creo, sin embargo, que cuando esa acción patrimonial depende o está subordinada a una cuestión de estado, como en el caso de la filiación o de su desconocimiento, ella no podría ser ejercitada por los acreedores, inter el deudor no ejercite la acción de estado y obtenga el fallo que abre la acción accesorio.

Casos especiales de subrogación, previstos por las le-

(13) "Cuando el deudor ha ejercido y debatido judicialmente sus derechos, no hay negligencia y cualquier acto de disposición o enajenación que llegue a realizar, sólo puede ser atacado por la acción revocatoria" (Cám. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 32, 1042; Cám. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 1942, III, 153 con nota de DASSEN).

"Para ejercer los derechos que el deudor ha renunciado, es previo que el acreedor haya hecho anular la renuncia" (Cám. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 17, 169).

yes, son los del fiador que paga la deuda afianzada, subrogándose en los derechos del acreedor contra el deudor fiado; el del asegurador que paga el daño ocasionado a la persona o a los bienes asegurados y se subroga en los derechos del estipulante, en contra de quien ocasionó el siniestro; el del fideicomisario de los obligacionistas, cuando la sociedad emisora de las obligaciones negociables sin garantía o con garantía flotante, no cumple con los servicios de las mismas (art. 25, ley 8875). En este último caso, como expresé más arriba, la subrogación no es sólo procesal ⁽¹⁴⁾, sino que alcanza también a los actos de administración y disposición. Otro caso de subrogación legal específica, es el del acreedor con prenda agraria (ley 9644), en el caso de siniestrarse la prenda asegurada. En esta hipótesis no se exige la subrogación judicial previa (Cám. Com. Cap., Jur. Arg., 59, 560).

La justicia ha resuelto que los acreedores pueden ejercer la acción oblicua para demandar a los condóminos de sus deudores por división de condominio o de copropiedad ⁽¹⁵⁾ para impugnar el proyecto de distribución de una quiebra en el cual el deudor tenía un crédito ⁽¹⁶⁾; para embargar y cobrar su crédito con las sumas que un acreedor hipotecario ha recibido del deudor, como depósito y no a cuenta de capital o intereses ⁽¹⁷⁾; para pedir mandamiento en contra de un deudor de su deudor; por alquileres embargados ⁽¹⁸⁾; para pedir sustitución del embargo

(14) "El fideicomisario de los obligacionistas, que ha sustituido al directorio de la sociedad anónima que emitió las obligaciones negociables (debentures), tiene personería para gestionar la revocación de la declaración de quiebra de la sociedad". (Cám. Com. Cap. Jur. Arg. 11, 1124).

(15) Cám. Ap. Merc. Jur. Arg. 1943, IV, 200.

(16) Cám. Com. Cap. Jur. Arg. 3, 64.

(17) Cám. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 35, 82.

(18) Pudiendo hacerlo en el mismo juicio donde trabó embargo sobre dichos alquileres (de alimentos); en tal supuesto y si el trámite lo exigiera, puede formarse pieza separada (Cám. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 44, 729).

trabado sobre las mejoras introducidas en un bien que le ha sido hipotecado ⁽¹⁹⁾; para invocar los beneficios que la ley de moratoria hipotecaria acuerda a su deudor; dentro de los plazos y condiciones impuestos a éste ⁽²⁰⁾; para demandar a la compañía aseguradora del causante del accidente, por los daños ocasionados por éste ⁽²¹⁾.

En cambio, se ha resuelto que el acreedor, ejerciendo la acción oblicua, “no puede alegar la nulidad de un trámite y del remate de la finca gravada, si el ejecutado manifiesta que está conforme con el trámite” ⁽²²⁾, conclusión asaz discutible y que, sobre todo, no puede aceptarse como principio general. Los actos procesales del sustituido, que impliquen facilitar el éxito de su contrario, si el sustituto se opone a ellos, deben ser analizados cuidadosamente en sus propósitos y en su aspecto jurídico, antes de ser acogidos.

Afirmé que la legitimación del sustituido, es la del proceso, pues determina la suerte de la acción que se autoriza a ejercer al sustituto. Pero ella es ajena a la legitimación de este último y así, cuando se exige la subrogación judicial previa, no influye en la concesión o denegación de ésta, “la circunstancia de que exista o no el crédito que se atribuye al deudor” ⁽²³⁾ y en consecuencia no pueden discutirse los requisitos o presupuestos de aquélla.

173. V. 2º Desarrollo procesal. Intervención del sustituto. Presupuestos procesales. Reconvención.

El acreedor que ha demandado a su deudor, obteniendo una sentencia que no puede ser cumplida por falta de

⁽¹⁹⁾ Cám. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 45, 159.

⁽²⁰⁾ Peticionaba un segundo acreedor hipotecario (Cám. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 57, 483).

⁽²¹⁾ Cám. Com. Cap. *Jur. Arg.* 61, 293.

⁽²²⁾ Cám. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 1942, III, 154, con nota de DASSEN.

⁽²³⁾ Cám. Com. Cap. *Jur. Arg.* 2, 102.

bienes ejecutables y que desea ejercitar una acción judicial destinada a hacer ingresar bienes al patrimonio de su demandado, debe empezar por obtener el embargo de esa acción. En seguida, con el testimonio de la sentencia condenatoria y la constancia de sus diligencias infructuosas para conseguir el cumplimiento de la misma (informes sobre inexistencia de bienes inmuebles), debe presentarse al juez competente deduciendo la demanda por su deudor o activando los procedimientos del proceso ya iniciado por aquél. La negligencia del deudor, tercer requisito o presupuesto de la legitimación propia del acreedor, es una cuestión de hecho, que debe surgir del propio expediente o del tiempo transcurrido desde que estuvo expedita la acción. Si el acreedor no tiene sentencia, haya o no demandado, debe acreditar "prima facie" la existencia de su crédito y la urgencia de ejercitar la acción, pues, como ya lo expresé precedentemente, en este caso la acción oblicua tiene los caracteres y efectos de una medida precautoria.

Además de los recaudos enunciados y en la hipótesis de que la acción no haya sido puesta en movimiento por el deudor, el acreedor subrogante debe cumplir los requisitos formales y sustanciales de toda demanda, de acuerdo a su tipo o especie.

La competencia se determina exclusivamente por la legitimación del sustituido como ya dije, sea ésta por domicilio, nacionalidad, monto, materia, etc.

Debe denunciarse también el domicilio del sustituido y darse a éste conocimiento de la demanda. A mi juicio, es necesario que al titular de la acción deducida, se le dé oportunidad de intervenir en el proceso. Esta intervención es manifiestamente útil, por diversos motivos. En primer lugar para que aquél pueda defenderse, en el supuesto de que la subrogación sea improcedente, incidentando, por ejemplo, en tal sentido. Para que pueda coadyuvar al éxito de la acción ejercitada, aportando elementos que sólo él

puede poseer o conocer o bien para que asuma el papel de sujeto procesal primario, relegando a su acreedor al de coadyuvante. Para que realice los actos procesales que su sustituto no puede efectuar, como el reconocimiento de firmas y la absolución de posiciones. En beneficio del demandado, para que pueda reconvenir, si está en condiciones de hacerlo y así lo desea ⁽²⁴⁾. En beneficio del subrogante, ya que su deudor puede aportar pruebas útiles para el progreso de la acción. Por último, para que no pueda existir duda sobre la eficacia material de cosa juzgada de la sentencia que se persigue. Yo entiendo que la sentencia debe tener efecto de cosa juzgada en contra del deudor, en todos los casos, pues de no ser así se haría ilusorio el derecho acordado por el art. 1196 del Código Civil o se colocaría al demandado en una situación inconcebible, sujeto a la cosa juzgada frente al actor-sustituto, pero sin los beneficios de ella frente a su propio acreedor. Sin embargo, se ha resuelto que “para atribuir al fallo la autoridad de cosa juzgada, es necesaria la intervención o intimación al deudor negligente, con lo cual se produce la sustitución procesal” (Cám. Com. Cap., Jur. Arg., 61, 294).

Si el sustituido comparece al litigio, asumiendo el papel de sujeto procesal primario, el sustituto no puede ni debe ser puesto fuera de causa, como se ha resuelto a veces. Su interés sustancial exige su continuidad para vigilar el desarrollo del litigio y lo exige también el buen orden del proceso al cual ha dado andamio o ha instado y en el cual ha contraído responsabilidades. Sostengo pues que en el caso que me ocupa, el sustituto deberá continuar como sujeto procesal secundario, en el carácter de coadyuvante del

(24) “El demandado mediante el ejercicio de la acción oblicua, no puede pedir por vía reconvenzional la fijación del plazo de una obligación a su favor firmada por el deudor subrogado; para ello debe dirigir su acción contra el firmante, ya que su intervención es imprescindible” (Cám. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 37, 629). La solución correcta era dar intervención al sustituido, corriéndole traslado de la reconvencción.

sustituído. Podrá, en ese carácter, ejercitar las facultades procesales que aquél no ejercite, ofrecer pruebas y apelar. Si el coadyuvado vuelve a proceder con negligencia, podrá ocupar nuevamente su lugar y eso, tantas veces el proceso y las actitudes del deudor-acreedor lo exijan.

Si el subrogado comparece al litigio, sin declarar o demostrar con sus actos que asume la dirección del pleito, su posición será la de sujeto procesal secundario, coadyuvante de su sustituto, con las facultades procesales privativas, que le corresponden como titular de la relación sustancial controvertida y las concurrentes necesarias para la defensa de sus derechos.

Como se ve, el proceso al cual da andamio o continuidad la acción subrogatoria, debe ser siempre un proceso con tres sujetos al menos (puede haber litisconsorcio). Si solamente figuran dos, existirá un tercer sujeto latente y al cual alcanzarán sus efectos.

En los casos en los cuales el ejercicio de la acción oblicua, lleve aparejada la iniciación del proceso por el acreedor (ejercicio de la facultad de pedir protección jurídica), cumplidas las exigencias que he enumerado, el juez dará el traslado correspondiente al demandado y si se acepta mi criterio de la necesidad de hacer conocer al deudor-acreedor la demanda, se le notificará también a éste, para que ejercite los derechos que crea corresponderle. Al demandado se le cita y emplaza, procediendo en consecuencia la rebeldía, si no comparece en tiempo y forma. Al deudor-acreedor se le hace conocer la demanda; no tiene obligación de comparecer y no puede ser declarado rebelde, ni dársele por decaído ningún derecho, en esa oportunidad.

El demandado, en el plazo y forma correspondientes a la clase de proceso, deberá contestar la demanda, pudiendo oponer todas las excepciones que tuviere en contra

de su deudor ⁽²⁵⁾. Podrá también oponer excepciones previas, fundadas en su posición frente a su acreedor y también las que puedan emerger frente al actor, por falta de legitimación para ejercitar la acción oblicua o por las circunstancias referentes a la personería de éste o de su apoderado. Podría así oponer la excepción de defecto legal, por no haberse justificado suficientemente el crédito del sustituto, o la existencia de los otros recaudos que condicionan el ejercicio de la acción oblicua. Y la falta de personería, por defecto o deficiencia en la personería o en el mandato.

Al contestar la demanda puede reconvenir ⁽²⁶⁾. La ley no atribuye al ejercicio de la acción oblicua, ninguna influencia sobre la situación del otro sujeto de la relación sustancial que determina el proceso. Su posición ante la demanda deducida o proseguida por la vía subrogatoria, es idéntica a la que hubiera tenido o tenía en la demanda deducida por su acreedor. No es pues admisible que se le restrinjan derechos que tornen más difícil u onerosa su defensa. Y así como puede oponer las mismas excepciones, puede deducir por vía reconventional sus propias acciones, si la índole de éstas y del proceso lo permiten. Si así lo hiciere, corresponde llamar a juicio a su acreedor, si no hubiere comparecido, corriéndole traslado de la reconvencción, con la citación y emplazamientos correspondientes. Ahora sí, en caso de que no comparezca y conteste en tiempo y forma, procede la rebeldía. En todos los casos, de la reconvencción debe correrse traslado también al actor, a quien interesa la suerte de la contrademanda, por su incidencia posible sobre la demanda y consecuentemente sobre su crédito.

Hasta aquí he hablado de una subrogación en el papel

⁽²⁵⁾ Cám. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 57, 483; Cám. Com. Cap. *Jur. Arg.* 61, 294.

⁽²⁶⁾ Contra: Cám. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 37, 629.

de actor, pero puede darse el caso inverso, es decir, de una subrogación en el papel de demandado. He citado precedentemente algunos casos judiciales de sustitución en ese sentido y pueden producirse muchos, cuando el único bien del deudor común está en ejecución o litigio y éste descuida su defensa. El acreedor, que quiera intervenir en esta hipótesis, deberá cumplir los requisitos enunciados y tomará el proceso en el estado en el cual se encuentre ("in status et terminis"), a menos que, mediante la acción revocatoria o la de simulación, lograra se anulen los actos procesales de su deudor realizados en fraude de sus derechos o simuladamente.

No puede pues haber restitución de términos (art. 65 Cód. Cap.) en favor del sustituto, salvo el caso de la prescripción, que puede ser opuesta aunque el deudor no la hubiese invocado y se encontrase el proceso fuera de la oportunidad de hacerla valer, ya que el art. 3963 del Código Civil lo autoriza (27).

174. V. 3º Prueba. Instrumentos privados sin fecha cierta y el desistimiento del sustituido.

En el supuesto de que intervengan en el proceso solamente el actor-sustituto y el demandado, el ofrecimiento y producción de prueba se ajusta, en general, a las normas sustanciales y procesales que la reglamentan. Pero la situación específica del actor, determina algunas modalidades que es necesario tener en cuenta. La contraria podrá oponer y probar todas las defensas que tuviese en contra del sustituido, pero no todas en contra o frente del sustituto. Y ciertas pruebas, pre-constituidas que emerjan de instrumentos privados sin fecha cierta anterior a la sustitución, deberán ser manejadas y apreciadas con suma

(27) Cám. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 72, 982.

cautela, para no desvirtuar la finalidad o propósito de las leyes materiales que autorizan la subrogación.

Expresé más arriba que las facultades procesales del sustituto no son plenarias. No puede prestar juramentos decisorios, ni estimatorios; no puede confesar hechos personales del sustituido, no puede renunciar, reconocer, desistir, allanarse ⁽²⁸⁾. Por lo tanto, no pueden proponerse como pruebas frente al sustituto, ni el juramento, ni la absolución de posiciones, salvo en cuanto a esta última, sobre hechos vinculados a su propia legitimación.

En cuanto a la prueba instrumental sin fecha cierta, emanada del sustituido, si bien se ha resuelto que “al acreedor que se subroga en los derechos de su deudor para cobrar lo que se le adeuda, puede oponérsele el recibo que el deudor de éste firmó a su deudor” ⁽²⁹⁾, me parece que es problema asaz complejo para ser resuelto con criterio tan simplista. Ínsitos en él se encuentran la suerte misma de la acción subrogatoria y la defensa de los derechos del demandado, polos opuestos de las resoluciones que se adopten.

Si se reconoce eficacia cancelatoria a todo recibo del deudor, constante en instrumento privado sin fecha cierta anterior a la subrogación, se pone, discrecionalmente, en manos del sustituido, la suerte del litigio y por ende de la acción subrogatoria y del derecho del sustituto. Equivale a admitir el desistimiento o allanamiento liso y llano, por parte del sustituido, con los inconvenientes que he destacado. Basta un arreglo entre sustituido y demandado del cual resulte un recibo de fecha anterior a la subrogación ⁽³⁰⁾.

Si se niega validez total a esa clase de prueba, se res-

⁽²⁸⁾ CHOVENDA, *Instituciones*, II, 285.

⁽²⁹⁾ Cám. Com. Cap. *Jur. Arg.* 3, 1043; 27, 596.

⁽³⁰⁾ O posterior para quienes admiten la procedencia del desistimiento. “Los acreedores que por acción oblicua han promovido las acciones correspondientes al deudor remiso, no pueden seguir actuando cuando el deudor lo hace personalmente, o re-

tringe considerablemente la defensa del demandado de buena fe, pudiendo llegarse al extremo de obligarle a pagar dos veces. Se hace posible, a su vez, la colusión entre el sustituto y el sustituido.

He ahí la medula de la dificultad, que precisa ser solucionada buscando el justo equilibrio entre los dos intereses en juego y procurando evitar los manejos desleales. Un primer paso, de parte del acreedor, es el embargo del crédito o del derecho, con notificación personal al obligado para que no efectúe pagos o arreglos privados sobre él. Un segundo paso, es la notificación de la demanda al deudor, acreedor-sustituido, para facilitar su participación en el litigio. Lo demás debe ser obra de los jueces y de la buena fe de los litigantes. Cada caso debe ser motivo de un análisis y consideración particulares, de acuerdo a sus elementos contingentes y a la actitud de los sujetos, en confrontación rigurosa con los intereses opuestos de éstos. La determinación de la fecha cierta del recibo o documento comprobatorio, es cuestión ardua y que no puede resolverse por la aplicación de las disposiciones pertinentes del Código Civil (art. 1035). La realidad del pago en la fecha del recibo, por ejemplo, puede probarse o desvirtuarse, teniendo en cuenta las disponibilidades del deudor y el empleo de los fondos por el acreedor-sustituido, mediante compulsas de los libros si se trata de comerciantes, peritajes y cualquier medio de prueba idóneo, de los admisibles en derecho.

Por regla general, la subrogación, expresa o implícita, no se reduce en su monto al importe del crédito que le da origen, cuando éste es inferior al derecho que se ejerce. Y eso, porque la labor del subrogante tiende a introducir en el patrimonio de su deudor, el producido económico de la

nuncie o extinga los derechos y acciones, porque el ejercicio de la acción oblicua no importa desapoderamiento de bienes, ni traba la disposición de éstos." (Cám. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 1942, III, 153, con nota de DASSEN.)

acción, para perseguir luego ese patrimonio o bien evitar que el mismo sea disminuído en su perjuicio. Pero, ante el desistimiento o allanamiento del sustituido, que, como dije, suele ser admitido por los jueces, algunos tribunales, con espíritu de equidad, han buscado la solución en restringir la facultad de allanarse o desistir del deudor, hasta el monto del crédito del subrogante. Así, se ha resuelto: "Cuando el acreedor se proponga impedir a su deudor el ejercicio de la acción o la disposición del derecho o de la acción, es necesario que el crédito del acreedor sea exigible y el juez debe limitar los efectos de la subrogación a la cantidad que sea suficiente para garantizar los derechos del acreedor subrogante" (Cám. Civ. 1ª Cap., Jur. Arg., 36, 231).

175. VI. Fin de la sustitución.

Según he expresado, la intervención del sustituido en el proceso, no puede tener por resultado el fin de la sustitución, como no puede tenerlo el desistimiento o allanamiento, que carecen de efectos en su contra y no aniquilan la acción, al menos hasta la concurrencia de su crédito y accesorios.

El fin normal de la sustitución debe coincidir con el fin del proceso. Pero como la razón de ser de ella, es el crédito insoluto del substituto, cancelado éste crédito debe cesar en sus efectos la acción subrogatoria. Luego pues, si el substituído cancela su deuda o llega a un arreglo con su acreedor, que haga innecesaria la subrogación, ésta debe terminar, dándose cuenta de ello en el proceso, para conocimiento de la contraparte. A igual resultado debe llegarse, si la acción del acreedor contra el substituto, es desestimada por sentencia definitiva.

176. VII. Sentencia. Costas.

La sentencia, en el proceso puesto en movimiento por la acción oblicua, no difiere en substancia y forma, de la sentencia en cualquier otro proceso del tipo del sustanciado. Su naturaleza dependerá del propósito de la acción ejercitada por esa vía y su resultado de la concurrencia y prueba de los requisitos de la acción del substituído. Podría, tal vez, haber un plus si se hubiera discutido, por el demandado o por el substituído, la legitimación propia del substituto. Esta cuestión, sin embargo, me parece dudosa. He admitido que el demandado pueda oponer como defensa dilatoria la inexistencia de los requisitos de la subrogación y en los procesos que no admiten excepciones previas, acepto que esa defensa se proponga para ser resuelta, con carácter previo, en la sentencia. La duda fincaría en la posibilidad de que el demandado pudiera oponer lisa y llanamente, como defensa de fondo, la inexistencia del derecho del substituto, no habiéndolo hecho éste. A mi juicio, no puede hacerlo, pues lo contrario implicaría autorizar a los deudores, a ejercitar los derechos, acciones y excepciones de sus acreedores. Si el substituído no se defiende en el juicio que le sigue el substituto o a falta de éste no lo hace en el que se desarrolla en virtud de la acción subrogatoria, el deudor de aquél nada puede hacer en su lugar.

En cuanto al substituido, vimos que puede participar en el proceso, como sujeto procesal primario o secundario y aun incidentar, argumentando la inexistencia de los requisitos de la acción oblicua. Si existe sentencia o juicio pendiente por el derecho del subrogante, allí habrá podido o podrá oponer las defensas de fondo que crea le amparan. Si no hay proceso, el problema es arduo, pero entiendo que debe resolverse admitiendo que el substituído oponga esas defensas en tiempo y forma oportunos, en el juicio instado por la acción subrogatoria. He dicho que cuando se

ejercita la acción oblicua, sin sentencia previa, ésta tiene los caracteres de una medida precautoria. Las medidas precautorias obtenidas antes de iniciar el proceso, llevan aneja la obligación de deducir el proceso en un plazo breve (ocho días y a pedido del embargado, según, el art. 460 cód. Cap.). Pero en la acción subrogatoria no existe ese deber. Entonces, no queda otro camino para la defensa del sustituido, al menos que se admita una acción declarativa para probar que no debe, que autorizarle a deducir sus defensas en el único proceso iniciado.

En esta última hipótesis, se instruirían en el proceso dos litis, una del sustituido en contra de su sustituto, que desembocaría en una sentencia declarativa y otra del sustituto en contra del deudor del primero. Si la primera litis termina con una sentencia que estime la petición del sustituido declarando que no existe la deuda que pretende el sustituto y el sustituido no ha instado la segunda litis, declarando que no le interesa o se ha allanado a las excepciones o ha desistido de la acción, no tendría objeto la sentencia sobre ella.

En cuanto al pronunciamiento accesorio sobre costas, en principio se rige por la regla general del art. 221 cód. proc. civ. Si en el proceso sólo intervienen el sustituto y el demandado, la condena en costas, en caso de proceder, les favorece o afecta directamente. El sustituto es sujeto procesal y en este caso primario y pesan sobre él las cargas procesales. El debe pagar o percibir el importe correspondiente a las erogaciones del proceso. Pero como actúa en defensa de un interés sustancial ajeno, subordinante del propio, podrá repetir las costas pagadas, del titular de la acción que ejercitó. ⁽³¹⁾. Naturalmente que el problema no es simple y en el juicio de repetición, el demandado podrá defenderse alegando que el actor procedió con malicia o error al iniciar una acción que no existía y por eso fué re-

(31) CHIOVENDA, *Instituciones*, II, 284.

chazada, o que existen actuaciones meridianamente inútiles, etc.

En el caso de juicios sucesorios, las costas de actuaciones útiles producidas por el acreedor o a instancia de éste, recaen directamente sobre el sustituido ⁽³²⁾, ello sin perjuicio de la responsabilidad concurrente del sustituto ante los profesionales.

Cuando intervienen en el proceso el sustituto y el sustituido, su posición ante la costas dependerá de sus actuaciones, sin perjuicio siempre del derecho del sustituto de repetir las que fuere condenado a pagar, con las salvedades ya apuntadas.

177. VIII. Recursos.

Estos se abren, para los sujetos del proceso, en la forma común. El sustituto, actúe sólo o con el sustituido, puede pedir aclaración, reposición, apelar, decir de nulidad y deducir los recursos extraordinarios. Puede también, aun cuando no hubiera comparecido antes al proceso, recurrir (art. 652 cód. Mend.), subrogándose a su deudor que no lo hubiere hecho aún. Pero, de acuerdo al conocido aforismo, aplicable a toda tercería o intervención voluntaria ("in estaus et terminis"), deberá hacerlo dentro del plazo concedido a su deudor.

178. IX. Cumplimiento de la sentencia.

Los efectos materiales de cosa juzgada de la sentencia, he dicho, se extienden al subrogado en todos los supuestos. Pero la voluntad de éste podría incidir en cuanto al cumplimiento de la sentencia, reduciéndola al monto del crédito

⁽³²⁾ "Son a cargo de la sucesión los honorarios correspondientes a los trabajos efectuados por el acreedor (sustituto) indispensables para la terminación del juicio sucesorio y que suplieron la morosidad en que, a pesar de la intimación, incurriera el heredero" (Cám. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 40, 109.)

que le reclama su sustituto y a los accesorios de ambos procesos.

Ejecutoriada la sentencia que estima la demanda, el sustituto ejerciendo una facultad procesal que le corresponde, puede pedir su cumplimiento hasta hacer posible el ingreso, al patrimonio del deudor, de los bienes suficientes para solventar su crédito. Si se trata de una sentencia en juicio ejecutivo o de condena de una obligación de dar, podrá instar el trámite de la etapa procesal de cumplimiento, hasta obtener el depósito de dinero producto de la ejecución. Sobre él y previa liquidación de costas, si hubiera condena en ellas, percibirá su importe y hará sustituir el embargo sobre el derecho que motivó el pleito, sobre dicho depósito, para hacerlo traspasar luego a su propio proceso y percibir su liquidación de capital y accesorios. Pero si no tuviere aún sentencia o no hubiese deducido juicio en contra de su deudor, necesitará la conformidad de éste para cobrar o tendrá que obtener la sentencia pertinente.

En el supuesto de subrogación para intervenir en una sucesión, para dividir un condominio y casos análogos, obtenida la adjudicación a su deudor de los bienes que le correspondan, deberá embargarlos y ejecutarlos en su propio proceso.

Si actuara defendiendo a su deudor para salvar un bien de éste, discutido o embargado por un tercero, triunfando en su defensa, podrá seguir adelante en su proceso contra el sustituido.

En los casos del fiador y del asegurador que pagaron por el fiado o el asegurado, subrogándose en los derechos del acreedor en el primer supuesto y del asegurado en el segundo, el límite de lo que pueden percibir del demandado, es lo efectivamente pagado y los intereses moratorios desde la fecha del pago.

179. X. Disposiciones procesales en la legislación argentina.

Dos códigos procesales del país norman el ejercicio de la acción oblicua, el de Santa Fe y el nuevo de Córdoba. Este último ha sido suspendido en su vigencia.

En el libro cuarto "Juicios y procedimientos especiales", título cuarto "Tercerías", sección tercera "Acción subrogatoria", reglamenta el nuevo código santafecino, en cinco artículos, el ejercicio de la acción oblicua.

Empieza por someter la acción al "trámite que corresponda a la naturaleza y valor de las obligaciones que se atribuyan al demandado" (art. 532), con las modificaciones que introducen los artículos siguientes.

Dispone el art. 533, "el deudor sustituido será citado y emplazado al mismo tiempo que el demandado y en la forma ordinaria. Si comparece, se le correrá traslado por el término que corresponda, (es decir, por el término para contestar la demanda que el código fije según la naturaleza y cuantía del pleito) durante el cual, sin perjuicio de las defensas de fondo, podrá formular oposición manifestando haber ya iniciado la misma acción, en cuyo caso el artículo se sustanciará y decidirá como las excepciones dilatorias, o ejercer la acción personalmente, mediante la presentación de la respectiva demanda. En este caso se le considerará como actor, se seguirá el juicio con el demandado y el primitivo demandante continuará interviniendo en la forma prescripta para los terceros coadyuvantes".

Considero errónea la disposición en cuanto autoriza al deudor sustituido a promover de nuevo el proceso. ¿Quién paga las costas del juicio ya iniciado? Puede ser que el demandado haya contestado la demanda y se cargaría al sustituto con una cantidad de costas, por el mero hecho de haber ejercitado un derecho legítimo (art. 1196 cód. civil). La solución justa es que el substituido intervenga en el jui-

cio ya iniciado, como lo dispone el código de Córdoba (art. 72), autorizándole a modificar o ampliar la demanda.

Respecto a la acción oblicua en las sucesiones, el artículo 415 inc. 3º, la autoriza expresamente, después de sesenta días del fallecimiento del causante (art. 416). Caducará ese derecho si se diera fianza suficiente al acreedor por el importe de sus créditos (art. cit.) y cesará su intervención, como sujeto primario, cuando concurren pretendientes que acrediten "prima facie" su carácter hereditario, pero conservando el derecho de urgir los procedimientos, si los herederos omiten hacerlo durante veinte días (art. 417).

En el proceso en el cual se ejercite la acción subrogatoria, si el deudor comparece y no hace uso de ninguno de los derechos que le acuerda el artículo 533, intervendrá como tercerista (art. 534).

Se admite al acreedor a intervenir en el proceso ya iniciado, como tercerista coadyuvante (art. 535) y se hace extensiva la cosa juzgada a todos los que han intervenido (art. 536), disposición obvia y que plantea el problema de si ella alcanza al deudor sustituido que no obstante la notificación, no compareció.

El nuevo Código de Córdoba, en el libro I "Disposiciones comunes a los juicios, títulos II, "Partes", capítulo II "Intervención de terceros en el juicio", reglamenta en tres artículos y bajo el rubro de "Acción subrogatoria", el ejercicio de la acción oblicua.

Dispone el artículo 71, el emplazamiento "en la forma ordinaria a comparecer al juicio", al deudor sustituido.

El artículo 72, en forma más sintética y adecuada que el similar santafecino (art. 533), preceptúa: "Cuando el deudor compareciere al juicio y manifestare haber iniciado demanda por el mismo motivo, se hará acumulación del juicio más nuevo sobre el más antiguo y se considerará coadyuvante, al actor del últimamente iniciado. Cuando el deu-

dor no hubiera iniciado juicio, tendrá en el promovido por su acreedor, la intervención que corresponda a los terceros que se hagan parte en juicio”.

El artículo 73 es semejante al 536 del de Santa Fe y susceptible de la misma crítica.

El artículo 403 inc. 4º autoriza a los acreedores de los herederos a interveñir en la sucesión, y a pedir su apertura en defecto de éstos (art. 418 inc. 4º), vencidos los nueve días desde la muerte del causante que establece, con carácter general, el artículo 402 para solicitar declaratoria de herederos y posesión de la herencia y también a solicitar la división de la herencia (art. 425).

CAPITULO XI

SUBSTITUCION PROCESAL (como carga).

180. Generalidades. Antecedentes. Diversas especies de la sustitución procesal como carga. — 181. I. *Primera parte*. Citación de evicción. Caracteres. Derechos sustanciales que protege. — 182. II. Evicción en acciones reales y personales. Procesos en los cuales procede. — 183. III. Quiénes pueden pedir la citación de evicción y quiénes pueden ser citados. — 184. IV. Substanciación. 1ª Etapa preparatoria. a) Oportunidad procesal para citar de evicción. — 185. IV. 1º b) Oposición a la citación. — 186. IV 1º c) Recursos en la etapa preparatoria. — 187. IV. 2º Acumulación de acciones. — 188. IV. 3º El proceso donde se citó de evicción. Competencia. — 189. IV. 4º El citado de evicción comparece. Plazos para comparecer y contestar. — 190. IV. 5. Intervención conjunta de citante y citado. — 191. IV. 6. Caso en que el citado no comparezca. — 192. IV. 7. Comparecencia del garante, sin citación. — 193. V. Sentencia. Costas. Cosa juzgada. — 194. VI. Efectos del proceso sobre el enagenante que no fué citado. — 195. *Segunda parte*. Fianza. I. *Sus caracteres*. Legitimación sustancial pasiva. — 196. II. Tercería del fiador. Diversos supuestos. Facultades y cargas procesales. Caracteres. — 197. III. Derechos sustanciales que protege. — 198. IV. Presupuestos procesales específicos. — 199. V. Facultades procesales del fiador. — 200. VI. Efectos de la sentencia. Acción de reembolso. — 201. Tercera parte. Intervención del asegurador. I. El seguro de responsabilidad (Ley 9688). Tercerías que puede originar. Caracteres. Derechos sustanciales que protege. — 202. II. El llamado al asegurador. Intervención conjunta de asegurador y asegurado. — 203. III. Presupuestos procesales. Competencia. — 204. IV. Sustitución procesal del asegurado por el asegurador. Intervención “ad-adjuvandum” del sustituido. — 205. V. Desarrollo procesal. Facultades procesales del sustituto y del sustituido. — 206. VI. Sentencia. Sus efectos. Costas.

180. Generalidades. Antecedentes. Diversas especies de la sustitución procesal como carga.

Estudié en el capítulo precedente, una de las especies de tercería en interés propio, originario e indirecto, la que dimana del ejercicio de la acción oblicua y que produce un caso típico de sustitución procesal.

Dije allí que caracterizaba este tipo de tercería, la existencia de un interés subordinante (el del titular de la acción que se va a ejercitar) y un interés subordinado (el de quien ejerce la acción, substituyéndose procesalmente al titular).

Que este último interés puede ser activo, en cuanto procure la satisfacción de un crédito de su titular o pasivo, en cuanto procure eliminar o hacer menos onerosa una obligación. En el primer supuesto, que es el de la acción oblicua, la substitución procesal es un derecho o facultad. La acción oblicua se ejerce espontáneamente y no puede existir llamado del sujeto a quien se ve a substituir, pues no tiene interés en ser substituido. En el segundo supuesto, que constituye la materia de este capítulo, la substitución procesal es una carga, en cuanto puede producirse y se produce, en la generalidad de los casos, por llamado o denuncia de la litis del sujeto procesal cuyo es el interés subordinante que determina la substitución. Ello no obsta, sin embargo, a que el tercerista concurra espontáneamente al proceso y no siempre substituya a un sujeto, pudiendo ser sólo su coadyuvante, ni tampoco a que no concurra a pesar del llamado, con las consecuencias substanciales que establece el código civil.

... Por la forma en la cual generalmente se introduce el tercerista en el proceso en la especie que me ocupa, se vincula también con los tipos de tercería estudiados en la tercera parte del capítulo séptimo de esta obra.

En efecto, el llamado en garantía o denuncia de litis, comprende cuatro casos distintos. Cuando tiende a salva-

guardar un derecho de quien lo formula (evicción); a integrar la litis (litisconsorcio); a dar oportunidad al citado de defender la posesión o el dominio de la cosa demandada y por último el mejor derecho a lo que reclama el citante. Este último supuesto constituye el llamado al pretendiente y el tercero la "laudatio o nominatio auctoris", ambos casos estudiados en el capítulo séptimo (4ª y 3ª partes). Los supuestos del segundo caso o de integración de litis (litisconsorcio voluntario y necesario) los consideraré en los capítulos 8º y 9º. Queda pues el primer caso, que estudiaré a continuación.

Una de las formas de intervención de terceros en el proceso que admitía el derecho romano y sobre cuya existencia pareciera que no hay mayores discrepancias entre los romanistas, es la del que debía responder por evicción ("actio autoritas"). En este caso, el vendedor sucedía al comprador en el proceso de reivindicación o le representaba ("cognitio in rem suam"). Esta representación típica es lo que hoy llamamos substitución procesal y extendía los efectos de la cosa juzgada al representado con el sólo requisito de que este hubiese conocido la existencia de la litis (¹).

La más general de las tercerías en interés propio, originario e indirecto, que puede producir la substitución procesal como carga, es la que emana del derecho substancial conocido por evicción. Es la única que nuestro derecho procesal reglamenta, aunque, en general, en forma incompleta y técnicamente deficiente. El código de la Capital Federal no contiene disposición alguna al respecto, habiendo llenado ese vacío la jurisprudencia, al elaborar unos cuantos principios, que estudiaré enseguida.

Una segunda intervención dentro de este tipo, surge de las obligaciones y derechos que las leyes substanciales atribuyen al fiador.

(¹) GALDI, op. cit. IV, 265.

Y una tercera, aunque constituya una sub-especie de la anterior y ambas una especie de la primera, la que emana de las obligaciones y derechos del asegurador, que ha dado motivo a una copiosa jurisprudencia alrededor del seguro de responsabilidad, que autoriza la ley 9688 (accidentes del trabajo).

En el primer caso, la substitución procesal puede serlo del sujeto activo o del sujeto pasivo, aun cuando lo más común sea que el substituído ocupe el lugar de demandado. En los dos últimos casos, la substitución se produce respecto al sujeto pasivo (demandado). En general, singulariza a este tipo de substitución, en sus tres especies principales, la de que cubre al legitimado pasivo en la relación substancial.

Dividiré este capítulo en tres partes, donde estudiaré, sucesivamente, los tres supuestos mencionados.

181. I. Primera parte. Citación de evicción. Caracteres. Derechos sustanciales que protege.

De acuerdo a mi concepto de lo que debe entenderse procesalmente por tercería y por tercerista, todo caso de intervención del citado en garantía, transforma el proceso de dos sujetos, en proceso de tercería y el nuevo compareciente o el substituído, deben ser considerados como terceristas.

El tercerista puede asumir el papel de quien lo cita, continuando el citante como tercerista adhesivo o siendo eliminado de la causa. Pero aún en esta última hipótesis, aparte de la substitución procesal, por cambio de un sujeto, la posibilidad de intervención del que fué puesto fuera de causa y la extensión a él de los efectos del proceso ⁽²⁾, permiten afirmar que se trata de una tercería.

El garante puede concurrir como tercerista coadyu-

(2) "El citante, aunque puesto fuera de causa, conserva la cualidad de sujeto del proceso", MORTARA, op. cit. XII, 522.

vante del garantido y en ese caso, no existe duda de la forma y extensión del proceso.

Se trata, como he dicho, de una tercería en interés propio, puesto que si bien el garante viene a defender un interés procesal y substancial ajeno, lo hace en defensa de su propio interés substancial, sobre el cual ha de cumplirse o tener directa repercusión la sentencia.

Ese interés es originario, puesto que nació en el sujeto que lo defiende, pero es indirecto, en el sentido de que se encuentra subordinado, como dije, a la satisfacción o defensa del interés de otro.

No se trata de una tercería excluyente o agresiva, puesto que el interés del tercerista es, en cuanto al proceso, común para dos sujetos al menos. Debe pues considerársela dentro del tipo de las tercerías coadyuvantes, aun cuando en ciertas situaciones el interviniente substituya a un sujeto procesal. Generalmente es forzosa, puesto que se produce por la denuncia de la litis hecha por un sujeto originario y la incomparencia, aun cuando no pueda traer aparejada consecuencias procesales inmediatas para el renuente, las trae, por lo general, en sus relaciones con el citante.

El citado, cuando asume el pleito, colocándose en lugar del citante, es sujeto procesal primario, con legitimación "ad causam" plenaria, pero sus facultades no son excluyentes, puesto que el citante puede continuar en el pleito como sujeto procesal secundario, con facultades de tercerista adhesivo. ⁽³⁾.

Si el citado comparece sin tomar la posición procesal

(3) "El citado de evicción en un juicio en el cual se ha declarado la caducidad de la instancia, no puede ejercer por sí y originariamente un nuevo juicio. Aun cuando el hecho de salir el enagenante a la defensa del adquirente, convierta al primero en parte principal del juicio y le habilita para el ejercicio de todos los derechos que la ley procesal acuerda a los litigantes, ello debe entenderse en lo concerniente a dicho juicio sin que ni dentro de éste, la substitución sea radical y absoluta, como se sostiene y menos respecto a otros juicios o relaciones de derecho" (S. C. Fallos, 113, 113).

del citante, tiene el carácter de sujeto procesal secundario, con legitimación y facultades parciales, como coadyuvante de quien lo citó.

“La evicción en general, enseña Lafaille, es el efecto que produce una acción petitoria sobre la cosa transmitida, cuando ésta queda perdida para la parte que la adquirió o disminuida en su valor. Este concepto debe ser ampliado hasta comprender toda demanda triunfante sobre los derechos transmitidos, o que importase perturbar el ejercicio de ellos (arg. art. 2108)” (4). Y en seguida agrega: “La obligación de sanear el título significa, además, transmitir libre de gravámenes o de cargas reales y subsanar todo defecto que pudiera dar lugar a observaciones en una transmisión ulterior o a dificultades en la propiedad efectiva de ella” (pág. 47). Dice antes, que el saneamiento, insito en la evicción, es garantía de “perfección de los títulos que se han transmitido”.

Estos conceptos que destacan y resumen el contenido de diversas disposiciones del código civil (arts. 2108 a 2113, 2117, etc.), dan el marco donde debe moverse el aspecto procesal de la evicción (5) y permiten que la denuncia de litis sea formulada, no solamente por el demandado (caso general) sino por el actor, obligado a promover un pleito en defensa de la integridad del derecho, del uso o goce de la cosa transmitida y que llama a quien se la transmitió para darle oportunidad de defenderla y dejarse abierta, con dicha denuncia, la acción regresiva que pudiera hacerse necesaria según el resultado del pleito.

Así pues, la institución procesal que hace posible esa denuncia y la intervención del llamado, protege dos intereses substanciales. En primer lugar, el de quien recibió

(4) HÉCTOR LAFAILLE, *Curso de Contratos*, compilado por ARGUELLO y FRUTOS, Bibl. Jur. Arg. Bs. Aires 1928, II pág. 470.

(5) Puede verse el interesante estudio de ACDEL ERNESTO SALAS, Garantía contra la evicción, concepto y requisitos, en *Jur. Arg.* 1942, I, 625.

la cosa que motiva el pleito y en segundo lugar el de quien la transmitió. Del primero al darle el medio de ser defendido en la integridad de su derecho (art. 2108 cód. civil) y subsidiariamente de dejar expedita su acción regresiva (art. 2110 cód. civil). Del segundo, al permitirle defender personalmente el derecho que transmitió, a fin de evitarse las consecuencias de la acción regresiva o de disminuir sus efectos económicos. Pero como las obligaciones substanciales alcanzan a los anteriores transmitentes es posible el llamado sucesivo de ellos, ampliándose, en esa hipótesis, el radio de los sujetos cuyos intereses protege la institución (art. 2096 y 2109 cód. civil).

La obligación de eviccionar y sanear, recogida y reglamentada por el código civil y que aparece ya en las Partidas (Partida V, título 50, ley 32), alcanza a los bienes transmitidos por numerosos contratos y en forma análoga, a las obligaciones derivadas de numerosos hechos de relevancia jurídica. De este último supuesto podemos mencionar el caso del patrón que indemniza el perjuicio causado por sus dependientes o domésticos (art. 1123 cód. civil); el del propietario de la cosa inanimada que ocasionó el daño, contra el culpable del mismo (arts. 1133 y 1109 cód. civ.); el de quien se servía de un animal que ocasiona un daño, en contra del propietario del animal (art. 1124 cód. cit.); el del patrón que indemniza un accidente del trabajo (arts. 10 y 18 ley 9688) o del asegurador del patrón en su caso; el del asegurador en contra del responsable del siniestro (art. 525 cód. de com.); el del capitán del buque en el caso de choque o abordaje, en contra de los oficiales o individuos de la tripulación responsables (art. 1263 cód. de com.), etc.

En cuanto a la derivada de los contratos, típicamente evicción legal, se encuentra establecida por las disposiciones del título XIII, sección III del libro II del código civil, cuyo primer artículo la establece en los siguientes términos: "El que por título oneroso transmitió derechos, o dividió

bienes con otros, responde por la evicción, en los casos y modos reglados por este título” (art. 2089). La privación de todo o parte del derecho adquirido, o la turbación del derecho en la propiedad, goce o posesión de la cosa, implica evicción, según el artículo 2091. Aclarando el concepto de turbación de derecho, dice Velez en la nota: “En fin, toda acción real y aún las acciones personales o posesorias que puedan ser ejercidas contra tercero, constituyen una turbación de derecho”.

Legisla especialmente la evicción entre comprador y vendedor (cap. I), entre permutantes (cap. II), entre socios (cap. III), entre copartícipes (cap. IV), entre donantes y donatarios (cap. V) y entre cesionarios y cedentes (capítulo VI).

182. II. Evicción en acciones reales y personales. Procesos en los cuales procede.

La evicción procede tanto en las acciones reales como en las personales. La doctrina es unánime a este respecto. Chiovenda (Instituciones, II pág. 281), dice: “Cuales sean los casos en que se responde por la derrota ajena es cuestión de derecho sustancial. Pero sería arbitrario restringir el campo de la llamada en garantía a algunos de estos casos de responsabilidad, como la transmisión de derechos y las obligaciones especialmente solidarias: todo aquel que, en virtud de su propio hecho, expone a otros a una acción y responde de su derrota en la litis, puede ser llamado a responder en la misma litis; la razón de la institución lo consiente igualmente en todos los casos”. Agrupa luego los casos en dos categorías, la llamada simple y la formal. La primera surge cuando el que pide la citación “se encuentra en causa por una obligación hacia su contrario, a la cual corresponde una obligación de resarcimiento del llamado hacia él” y no permite sea puesto fuera de causa el citante (fianza, mandato). La segunda se produce cuando el citante

“se encuentra en causa como titular de un derecho que le ha sido transmitido por el llamado y se lo niega el contrario” y puede, el citante, ser puesto fuera de causa (compraventa, cesión de créditos, etc.).

Los códigos del país no hacen distinguos; el de Mendoza, al enumerar las excepciones dilatorias dice: “La correspondiente al que goza de una acción de garantía para llamar al garante a que tome su defensa en la causa” (art 116 inc. 4º) y el art. 126 empieza: “El que pretenda ejercitar una acción de garantía, deberá...”.

Nuestros tribunales reconocen el derecho de citar de evicción en la compraventa ⁽⁶⁾; aunque se trate de cosas robadas ⁽⁷⁾, no importando la naturaleza de la acción deducida y aunque sea la reivindicatoria ⁽⁸⁾, pudiendo serlo la subsidiaria de indemnización ⁽⁹⁾. Procede, han dicho, cuando se deducen acciones reales en contra del poseedor; ⁽¹⁰⁾ o se reclama el pago de la pared medianera, acción personal ⁽¹¹⁾ que procede cuando se trata de acción personal, si ésta reconoce por causa un hecho anterior a la adquisición ⁽¹²⁾. Que “en la demanda por resarcimiento de daños y perjuicios emergentes de una supuesta violación de derechos de autor, al realizarse por los demandados un film en base a cuentos originales, los demandados pueden pedir que se cite de evicción a quien les cedió los derechos y creyeron hijo único del autor, a fin de que, si lo desea, tome debida intervención en el juicio, a los fines ulteriores del mismo” ⁽¹³⁾.

Se ha negado derecho de citar de evicción en proceso

(6) Cám. Fed. Paraná, nov. 1913, 79; Cám Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 61, 229.

(7) Cám. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 4, 108.

(8) Ant. Cám. Civ. Cap. S. V, 20, 164.

(9) S. C. *Fallos*, 89, 284.

(10) Ant. Cám. Civ. Cap. S. IV, 5, 397; S. III, 13, 129.

(11) Ant. Cám. Civ. Cap. 122, 59.

(12) S. C. *Fallos*, 42, 181.

(13) Cám. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 1942, I, 446.

por simulación de un contrato de compraventa; ⁽¹⁴⁾ por turbaciones de hecho, que obligan al poseedor a repeler el ataque por medio de las acciones que otorga la ley ⁽¹⁵⁾ o por un embargo de la propiedad ⁽¹⁶⁾. Se ha resuelto que “la demanda por rescisión de la compraventa, en razón de que el inmueble vendido no pertenecía en parte al vendedor, no habilita a éste a citar de evicción a quienes dividieron con él la propiedad” (Cám. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 42, 1153).

De acuerdo a lo dispuesto por el código civil, la citación de evicción procede en toda clase de procesos, cuando se “demandase la propiedad o posesión de la cosa, el ejercicio de una servidumbre o cualquier otro derecho comprendido en la adquisición o se turbase en el uso de la propiedad, goce o posesión de la cosa” (art. 2108).

Procede, en consecuencia, en los procesos ordinarios y en algunos especiales, donde se discuten derechos a los cuales se refiere la institución. Así se ha resuelto que procede en el juicio de jactancia (Ant. C. Civ. Cap. 5, II, 4, 103): en el interdicto de obra nueva (S. C. Fallos, 12, 410); en los interdictos en general (S. C. Fallos, 82, 41).

La Antigua Cámara Civil de la Capital (S. III, 7, 106) resolvió que no procedía en el juicio de mensura, criterio inaceptable y la Cámara Federal de la Capital (Jur. Arg. 35, 1166), que no procede en el juicio criminal por usurpación de marca, decisión que puede fundarse en el fin y procedimiento del proceso penal, pero que podría ser discutida.

183. III. Quiénes pueden pedir la citación de evicción y quienes pueden ser citados.

En las acciones reales, es el adquirente de la cosa quien puede pedir la citación (art. 2108 cód. civil) o sus sucesores (art. 2096 cód. cit.), siempre que se encuentre en

⁽¹⁴⁾ Cám. Com. Cap. Jur. Arg. 32, 667.

⁽¹⁵⁾ Ant. Cám. Civ. Cap. S. II, 9, 945.

⁽¹⁶⁾ Ant. Cám. Civ. Cap. 133, 172.

los supuestos previstos por la ley o en el contrato. Por ello, “no procede la citación de evicción cuando el demandado aceptó la cosa a sabiendas de su vicio (art. 2106) o cuando la hubo por contrato gratuito (art. 2089)” (S. C. Fallos, 11, 257).

Fundado el interdicto en hechos personales del demandado, ha dicho la Corte, éste no puede citar de evicción al dueño del inmueble del cual es locatario” (Fallos, 61, 288).

“No existiendo oposición de parte, ni disposición legal alguna que se oponga a la citación de evicción, aun cuando el que la pide no sea el actual adquirente del inmueble, debe hacerse lugar al pedido de citación (sin perjuicio de las defensas del citado)” (Cám. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 7, 364).

“No procede ni es necesaria la citación de evicción pedida por el tercer poseedor que ha sido desposeído del inmueble por el acreedor hipotecario, si el vendedor ha sido notificado de la intimación de pago y de la sentencia de remate” (Cám. Civ. 2ª, Cap., Jur. Arg. 37, 1572), ya que el caso se rige por disposiciones distintas.

En las acciones personales, tiene derecho de citar de evicción quien ha sido demandado por un derecho que un tercero le transmitió.

En general, puede citar de evicción todo aquel que tenga derecho de ser garantido en la indemnidad de un bien que le fué transmitido, a título oneroso.

La posición procesal de quien sufre la turbación, no modifica el derecho de llamar al garante; actor y demandado pueden citar de evicción. En un caso interesante, la Cám. Civ. 1ª Cap. (Jur. Arg. 1942-I, 401, dijo: “La circunstancia de que después que la Provincia adquirió el teatro donde se había constituido el derecho de uso de un palco, haya contado a su favor con la fuerza pública para impedir el acceso al titular de dicha localidad, con arreglo a un derecho que así lo disponía, no significa que el titular haya podido prescindir del reclamo judicial para poder citar de

evicción a quien le transmitió el palco. Aunque es exacto que todos los supuestos que prevé el código se refieren a casos en que el adquirente desempeña el papel de demandado, ello constituye un aspecto que no cambia el fondo de las cosas, siendo indiferente por lo tanto que actuara como demandado o como actor en la causa judicial originada por la turbación proveniente del decreto referido”.

Según el código civil, puede ser citado de evicción el enagenante (art. 2108) o cualquiera de los enagenantes anteriores (art. 2109) y en la evicción convencional, el que se comprometió a responder por ella.

Pero si quien turba con su demanda al adquirente, es el propio vendedor, no procede que éste sea citado de evicción. ⁽¹⁷⁾.

Quien hace vender un bien en ejecución contra un deudor, no está obligado por evicción y saneamiento, pues el obligado a ella es el propietario ejecutado, a cuyo nombre se transmite la cosa al comprador y en su defecto (art. 520 cód. proc. civ.). Así se ha resuelto: “La Municipalidad no puede ser citada de evicción como vendedora de un terreno por ejecución sobre cumplimiento de ordenanzas municipales” (Ant. Cám. Civ. Cap. S. II, 9, 194).

“El Banco Hipotecario Nacional en los bienes que transfiera sólo representa al propietario y en consecuencia no procede se le cite de evicción” (Ant.. Cám. Civ. Cap. S. II, 8, 496).

“Es procedente sólo contra el vendedor, en ningún caso contra el ejecutante que hizo necesaria la venta” (Ant. Cám. Civ. Cap. S. II, 5, 207).

“La evicción se refiere al que transmite o divide bienes, y no responde de ella el acreedor que hace vender en remate judicial bienes del deudor, pues el comprador los adquiere de éste” (Cám. Fed. Cap. agosto 1910, 996).

“Los Estados extranjeros pueden ser citados de evic-

⁽¹⁷⁾ Ant. Cám. Civil Cap. S. I, 2, 345.

ción" (S. C. Fallos, 125, 40) y también puede serlo la Nación mediante el Poder Ejecutivo (S. C. Fallos, 87, 114), no requiriéndose venia legislativa para ello (S. C. Fallos 82, 41).

Los herederos del enagenante pueden ser citados de evicción según resulta del artículo 2107 del código civil y de principios comunes ⁽¹⁸⁾. Puede serlo también cualquiera de los enagenantes sucesivos ⁽¹⁹⁾, pero ello no autoriza a citarlos conjuntamente a todos ⁽²⁰⁾. El código de Santa Fe autoriza la citación conjunta: "Es lícito solicitar a la vez la citación de dos o más de los causantes en la cosa litigiosa" (art. 579).

184. IV. Sustanciación. 1ª Etapa preparatoria. a) Oportunidad procesal para citar de evicción.

Es necesario distinguir en el procedimiento de este tipo de proceso con tercero, una etapa preparatoria, anterior a la intervención de otro u otros sujetos, fuera de actor y demandado originarios.

Hemos visto, en los párrafos precedentes, cuando procede el llamado en garantía, según la naturaleza del derecho substancial que se pretende sea actuado y que dicha institución puede ser utilizada en cualquier tipo de proceso apto para discutir los derechos que la originan.

Voy a considerar ahora el momento procesal en el cual puede ser solicitada la citación, la oposición a la misma, los recursos procedentes en esta etapa preparatoria y la posibilidad de acumular al llamado en garantía y en forma eventual, la demanda por saneamiento.

He sostenido que el derecho de citar de evicción, legal o convencional, no es propiamente una excepción dilatoria. Así lo afirmo al comentar el inciso 6 art. 116 del cód. de proc.

(18) Ant. Cám. Civ. Cap. S. IV, 12, 270.

(19) S. C. Fallos, 80, 274.

(20) Cám. Civ. 2ª Cap. diciembre 1913, 229.

civiles de Mendoza, que la incluye entre las excepciones dilatorias, aun cuando la reglamenta separadamente ⁽²¹⁾. Lo afirma también Alsina, quien califica a la citación de evicción de "incidente suspensivo del procedimiento" (Tratado, II, 114). ⁽²²⁾.

Siendo así, surgen los problemas del momento procesal en el que corresponda pedir la citación y el límite para ejercer el derecho de citar y de comparecer, sea a raíz de la citación, sea en forma espontánea.

La casi totalidad de los códigos procesales del país reglamentan, con mayor o menor extensión y acierto, la citación de evicción o de saneamiento, como la llama el código santafecino, y fijan, por ende, el límite de que me estoy ocupando.

Los códigos tratan con muy diversa técnica sistemática el instituto, aun cuando la mayoría lo reglamenta al ocuparse del proceso ordinario. Como excepción dilatoria, mencionando sólo la citación entre ellas ⁽²³⁾; en capítulo aparte, a continuación del dedicado a las excepciones ⁽²⁴⁾, o inmediatamente anterior ⁽²⁵⁾; en los incidentes ⁽²⁶⁾; en las disposiciones comunes ⁽²⁷⁾ o al final del código ⁽²⁸⁾. El plazo para pedir se notifique la denuncia de la litis es diferente según sea el actor o el demandado quien la formule. Veremos primero el caso de citación pedida por el demandado, por ser la más común y sobre la cual no existen discrepancias. El pedido deberá ser formulado "antes de la contestación de la demanda y dentro del término para opo-

⁽²¹⁾ Cód. de proc. civ. de Mendoza, I, 198, 208 y sigs.

⁽²²⁾ En igual sentido: MORTARA (op. cit. III, 515), es un "medio de integración de los elementos subjetivos del proceso" dice (pág. 513).

⁽²³⁾ Tucumán (art. 95 inc. 6); Corrientes, "art. 98 inc. 5".

⁽²⁴⁾ Bs. Aires, cap. IV; E. Ríos, cap. IV; S. Luis, cap. V; Mendoza, sec. III, tit. II.

⁽²⁵⁾ S. del Estero, cap. III.

⁽²⁶⁾ San Juan (arts. 1007 a 1011); S. Fe (arts. 574 a 579).

⁽²⁷⁾ Córdoba (arts. 68 a 70).

⁽²⁸⁾ Salta, tít. penúltimo (arts. 800 a 802).

ner excepciones”, establece el art. 105 del cód. de Bs. Aires ⁽²⁹⁾; “dentro del término para oponer excepciones, si se tratase de juicio ordinario, o dentro del fijado para contestar la demanda, en los demás juicios”, dispone el código de S. del Estero (art. 220).

En Mendoza, la denuncia de litis deberá ser formulada “dentro de los primeros nueve días de la notificación de la demanda originaria” (art. 126), suspendiéndose, inter tanto, el plazo para contestar demanda por parte del citante. Este término es perentorio y vencido, corresponde nueva notificación al demandado para que responda en el plazo de seis días (art. 128). Vencido el plazo acordado por el art. 126, no podrá ya pedirse la citación del garante, ya que, según el art. 7 ley 1525, las excepciones dilatorias (entre las cuales, como dije, se incluye a la citación de evicción) no pueden proponerse después.

El llamado de sucesivos garantes debe formularse en el mismo plazo, a contar desde la fecha de la notificación de la denuncia de litis (art. 127) ⁽³⁰⁾.

El citado goza del plazo ordinario para contestar la demanda, que es prorrogable y ampliable de acuerdo a la distancia (art. 128).

Pero puede comparecer después, tomando el proceso en el estado en el cual se encuentra, como coadyuvante del demandado, que a su vez, puede seguir interviniendo en el proceso, no obstante que el citado lo haya substituído oportunamente (art. 128).

El código de Mendoza no se refiere a la citación pedida por el actor. Debe entenderse que ella ha de ser pedida conjuntamente con la demanda o mientras ésta no haya

⁽²⁹⁾ Disposiciones análogas: S. Luis (arts. 159), S. Juan (art. 1007), Tucumán (art. 96), Corrientes (art. 97), E. Ríos (art. 134), Salta (art. 801).

⁽³⁰⁾ Disposiciones análogas: E. Ríos (art. 135), S. del Estero (art. 224), S. Juan (art. 1008), Santa Fe (art. 577), nuevo de Córdoba (art. 68).

sido contestada, ya que hasta ese momento, puede “mudar, modificar o ampliar libremente la acción” (art. 109). Como el código de la Capital (art. 67 inc. 4º) autoriza al vendedor como al comprador, en caso de evicción, a pedir, como medida preparatoria de un proceso la exhibición de “los títulos o documentos que se refieran a la cosa vendida” (art. 99 inc. 4º). Pero si la citación se hiciera necesaria en razón del contenido del responde o de la reconvencción en su caso, habría que admitir la citación con posterioridad ⁽³¹⁾. En el caso de contrademanda, dentro de los mismos plazos que tiene el demandado y cuando la necesidad de garantía surgiera del responde, antes de la apertura a prueba.

El código de Entre Ríos autoriza al actor a citar de evicción, “cuando fuere reconvenido” y “dentro del término para oponer excepciones” (art. 134); los códigos de Santa Fe (art. 574). Córdoba (68) y Santiago del Estero (220), autorizan la citación en todos los casos, antes o al tiempo de ser entablada la demanda.

El nuevo código de Córdoba estatuye sobre “Evicción y saneamiento” en el libro I, “Disposiciones comunes a los juicios”, título II “Partes”, capítulo 2º. “Intervención de terceros en el juicio”. Establece, en el art. 68 que “el demandante y el demandado podrán solicitar la citación de evicción y saneamiento. El primero, al entablar la demanda o antes de iniciarla; el segundo, dentro de los primeros ocho días del traslado para contestarla. El citado podrá, a su vez, dentro del término del emplazamiento, solicitar la citación de otros, y lo mismo podrán hacer los citados posteriores”.

Como el art. 70 hace extensivas a los citados de avicción y saneamiento, las disposiciones referentes a los terceros llamados al juicio, debe admitirse que pueden concurrir después de vencido el plazo de la citación, tomando el proceso en el estado en el cual se encuentre (art. 59), ac-

⁽³¹⁾ LUIS MATTIROLLO, *Tratado de Derecho Judicial Civil*, trad. OVEJERO, Madrid 1934, III, 576.

tuando como terceristas adhesivos del citante (art. 60) o como sus litisconsortes (art. 46).

El código de Santa Fe, en el libro 5º “Incidentes” y como título II, norma, en seis artículos, la “Citación de saneamiento”.

En el artículo 574 establece que “tanto el demandante como el demandado, podrán solicitar la citación de saneamiento: el primero al entablar la demanda o antes de deducirla, y el segundo dentro del término para contestarla”. Sin embargo, pareciera autorizar la citación posterior, pues el artículo 578 dispone que “será ineficaz la citación que se hiciere sin la antelación necesaria para que el citado pueda comparecer antes de la sentencia de primera instancia”.

Las citaciones a garantes subsiguientes, deben ser pedidas dentro del plazo de cinco días a contar desde la comparecencia del citado “sin perjuicio de la obligación de seguir la causa por si mismo” (art. 577).

Si el citado no comparece en término, debe seguirse la tramitación del proceso con el que pidió la citación (art. 576). No obstante ello, ambos litigantes “podrán seguir haciendo las gestiones necesarias para el comparendo del citado”. “Si éste comparece tomará la causa en el estado en que la encuentre” (art. cit.).

Debe entenderse aplicable esta última norma, a la concurrencia espontánea del garante o a la comparecencia del citado posterior al plazo legal, que, aunque la ley no lo establece, debe admitirse que es el correspondiente para contestar la demanda.

En la Capital Federal, donde, salvo la disposición contenida en el art. 67 inc. 4º sobre preparación del juicio ordinario, no se hace referencia alguna en el código a la citación de evicción, la jurisprudencia ha elaborado algunos principios ⁽³²⁾, cumpliendo así lo dispuesto por el artículo 2108

⁽³²⁾ “Ni la ley 50, ni el cód. proc. Cap., de aplicación subsidiaria, contienen disposición alguna reglamentando la citación de evicción, sea para señalar los términos legales dentro de los

del código civil (“el enagenante debe salir a la defensa del adquirente, citado por éste en el término que designe la ley de procedimiento”).

La ley 32, título 5 de la Partida 5ª, que puede ser invocada supletoriamente (art. 814 cód. Cap.), dispone sobre este tema”... luego quel mouiren endo pleyto, tenuto es el comprador de fazerlo saber al que gela vendió, o a lo mas tarde, ante que sean abierto los testigos que fueren aduchos sobre aquella cosa en juicio contra él”.

Entiende Fernández (nota 5 al art. 67), que la citación debe ser pedida como las excepciones dilatorias, a las cuales la equipara, dentro de los primeros nueve días de notificada la demanda, con la ampliación a que hubiere lugar en razón de la distancia.

Alsina dice (Tratado, II, 115) que “dentro de la economía de nuestro código, el demandante puede pedir citación de evicción al entablar la demanda y el demandado al contestarla”.

De acuerdo a los principios de un buen ordenamiento procesal y a los caracteres de la citación de evicción, que, como dije, no puede asimilarse a una excepción dilatoria⁽³³⁾, entiendo que el actor puede citar de evicción como medida previa (art. 67 inc. 4º cód. Cap.), al deducir la demanda, modificarla o ampliarla y también con posterioridad, si ella resulta necesaria por la actitud del demandado, como ya lo expliqué. Concordamente, la Cám. Federal de Mendoza ha resuelto “El actor puede citar de evicción, cuando concorra alguno de los requisitos previstos por

cuales debe producirse, sea para prever y resolver las distintas cuestiones susceptibles de provocarse mediante su ejercicio. La jurisprudencia ha debido buscar en la doctrina, las soluciones acordes con los principios de justicia y las exigencias procesales” (S. C. *Jur. Arg.* 59, 38; Cám. Fed. Mend. *Jur. Arg.* 67, 76).

⁽³³⁾ La Corte, en el fallo que se registra en el tomo 82, página 41 de su repertorio, dijo a este respecto: “La citación de evicción debe reputarse, no como excepción dilatoria, sino como un incidente del juicio, suspensivo del procedimiento en lo principal”

la ley. Si el demandado al contestar la demanda, objeta la eficacia y validez de los títulos del actor, procede la citación de evicción solicitada por éste" (Jur. Arg. 64, 76).

Contrariamente la Cám. Civil 2ª de La Plata (Jur. Arg. 32, 1152) ha dicho que "el reivindicante no puede citar de evicción al enagenante, después de trabado el pleito", afirmando que sólo el demandado puede citar de evicción pero "que si ello no obstante, hubiera de reconocerse ese derecho al reivindicante, sólo habría podido ejercitarlo como medida preparatoria de su demanda, a fin de que el enagenante le asista en el juicio que va a promoverse".

El derecho reconocido al actor, para citar de evicción, se refiere solamente a sus propios causantes y no a los del demandado ⁽³⁴⁾.

En cuanto al demandado, puede hacerlo antes de contestar la demanda, en el acto mismo de contestarla o antes de la apertura a prueba o declaración de puro derecho, ya que este momento procesal señala la preclusión de una etapa del proceso. Este criterio favorable a la extensión del plazo para citar, no puede producir trastornos en el desarrollo del proceso, ni disminuye los derechos u ocasiona molestias a los litigantes, ni al citado y se funda en la disposición transcrita de la ley de Partidas.

La Corte ha resuelto que "no procede la citación de evicción después de vencido el término de prueba y de agregada la producida" (Fallos, 64, 132), ni en segunda instancia (Fallos, 11 257).

En el caso de juicios especiales, como los interdictos, la citación puede formularse en el comparendo, suspendiéndose en tal supuesto el procedimiento. ⁽³⁵⁾.

(34) "El actor no tiene derecho a pedir la citación de evicción del cedente del demandado" (S. C. *Fallos*, 20, 123).

(35) "El juez debe proveer la petición que el demandado haga en el comparendo sobre la citación de evicción y suspender el procedimiento del interdicto" (S. C. *Fallos*, 31, 34).

185. IV. 1º b,) Oposición a la citación.

Siendo la citación de evicción una carga procesal del adquirente de un bien a quien se turba en el goce del mismo (art. 2108 cód. civ.) es claro que el litigante contrario (será el actor en la mayoría de los casos), no tiene derecho a oponerse a que su demandado se desvincule del juicio, sea puesto fuera de causa como se dice generalmente. ⁽³⁶⁾.

Así, se ha resuelto: "No puede oponerse el demandado a que el actor cite de evicción a su vendedor" (Cám. Fed. Paraná, noviembre 1913, 79).

"Sólo el vendedor (es decir el citado) puede oponerse a la citación de evicción, el que demanda la nulidad de la transferencia carece de personería" (ant. Cám. Civ. Cap., S. II, 6, 466).

"La citación de evicción es una medida conservatoria que sólo puede solicitarla quien se siente afectado en la plenitud y en el ejercicio de sus derechos; por tanto, únicamente tiene personería para oponerse a esa medida el citado de evicción, pero nunca el actor en el juicio que provoca la situación" (Cám. Civ. 2ª Cap., Jur. Arg., 1942-I, 446).

De acuerdo con las normas expuestas, el pedido de citación de evicción formulado en oportunidad, debe ser proveído ordenando se practique la citación ⁽³⁷⁾. Sin embargo, suele a veces otorgarse una vista o traslado previo al contrario, momento en el cual éste podría deducir la oposición a la cual acabo de referirme, si su procedencia se acepta o bien hacer la salvedad de que no aceptará la substitución radical de su demandado o sea su salida del proceso. Si como corresponde no se le diera esa oportunidad y creyera pertinente observar la citación, deberá hacerlo antes de que el decreto que dispone la citación pase en autoridad de cosa juzgada, o mejor dicho, quede precluso. Como

⁽³⁶⁾ MATTIROLLO, op. cit. III, párr. 805, por las costas.

⁽³⁷⁾ Art. 575 cód. de Santa Fe.

dicha providencia se notifica por nota al colitigante ⁽³⁸⁾, el plazo empezará a contarse de acuerdo a los días fijados por el código para las notificaciones en esa forma (art. 31, cód. Cap.).

Es obvio entonces que la oposición formulada fuera de término no debe ser substanciada ⁽³⁹⁾. La substanciación debe ajustarse a la de las excepciones dilatorias ⁽⁴⁰⁾.

El citado de evicción, si cree impertinente la citación, no necesita oponerse, le basta con no comparecer. Ninguna sanción procesal puede serle aplicada, ya que salvo el caso de acumulación de acciones, que estudiaré en seguida, no hay demanda en contra de el, sino un simple aviso, la denuncia de una litis, como obligación procesal del comprador. Finiquitado ese proceso, si el citante vencido lo demanda, recién se verá avocado a un proceso y su comparecencia le traerá aparejadas consecuencias procesales.

Naturalmente que si tenía la obligación de responder por evicción y saneamiento y no aprovecha la citación para defender el bien que transfirió, tendrá que sufrir la acción regresiva, pero en acción y proceso posteriores.

Por eso se ha resuelto que: "La impugnación a la citación de evicción, sosteniendo que no está obligado a salir a la defensa del citante, importa declarar que no se quiere ser parte en el juicio, y el auto que ordena la citación de evicción queda cumplido y los efectos de la misma, sin que deba resolverse si la citación era o no procedente" (Cám. Fed. Córdoba, marzo 1911, 96).

"La citación de evicción no es una demanda contra el citado, es un aviso que se le formula en tiempo y con los requisitos legales para que si lo desea tome intervención

⁽³⁸⁾ Al citado debe notificársele por cédula.

⁽³⁹⁾ "No habiendo sido propuesta en primera instancia, la improcedencia de la citación de evicción, no es susceptible de pronunciamiento por el tribunal de apelación" (S. C. Fallos, 133, 140).

⁽⁴⁰⁾ ALSINA, op. cit. II, 115.

en la causa, de ahí que cuando el citado impugna la citación, no quepa pronunciamiento alguno respecto a su procedencia y que quede cumplido el auto ordenando la citación al ser notificada la persona a quien se cita" (Cám. Civ. 2ª Cap., Jur. Arg., 58, 837).

Si el citado de evicción se rehusa a comparecer al juicio, no procede resolver si está obligado o no a salir en defensa del citante, debiendo en tal caso sustanciarse la causa directamente con éste, sin perjuicio de las responsabilidades legales de aquél" (Cám. Civ. 1ª Cap., Jur. Arg., 1942-IV, 1005).

Una consecuencia del objeto y efectos de la citación es que "las cuestiones entre citante y citado no pueden paralizar el juicio principal y deben ventilarse por separado" (Cám. Fed. Rosario, octubre 1912, 147) ⁽⁴¹⁾, lo que debe entenderse sin perjuicio de la paralización correspondiente al período de la citación o citaciones sucesivas y a los plazos concedidos a cada citado para comparecer.

Como síntesis de los principios expuestos sobre el objeto y efectos de la citación, transcribo el siguiente sumario de una sentencia de la Cámara Civil 2ª de la Capital (Jur. Arg., 26, 252): "La citación de evicción es una medida de simple previsión y conservatoria del derecho (por eso la llamo carga procesal) para cuando llegara el caso de hacerla efectiva".

"No corresponde, con motivo de la citación de evicción, discutir la existencia de la responsabilidad que podría corresponder al citado, si el pleito se resolviera en contra del citante" ⁽⁴²⁾.

"La citación de evicción se dicta en el concepto de que el citado quiera asumir la defensa de quien hizo practicar dicha diligencia."

⁽⁴¹⁾ Así lo disponen, expresamente, los códigos de S. del Estero (art. 226) y San Juan (art. 1011).

⁽⁴²⁾ En el mismo sentido: Cám. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 39, 417.

“No procede imponer al citante de evicción las costas del incidente planteado por el citado, que sostenía la improcedencia de la citación, aunque el citante hubiera desistido del incidente.”

El código de Mendoza (art. 129) prevé la oposición del “demandante originario”, disponiendo se sustancie como las excepciones dilatorias. El de Entre Ríos se refiere en forma genérica a la “oposición”, que se substanciará por el trámite de los incidentes (art. 137). El de San Juan (art. 1011) a oposición de la contraparte y del citado.

186. IV. 1º c) Recursos en la etapa preparatoria.

Si el Juzgado no hace lugar al pedido de citación de evicción, se causa perjuicio irreparable a quien solicitó la medida y en consecuencia procede el recurso de apelación.

“Es apelable el auto que deniega la citación de evicción pedida en los autos seguidos por usurpación de patente” (Cám. Fed. Cap., Jur. Arg., 35, 1166).

No creo, en cambio, que sea apelable el auto que ordena se cite de evicción, ya que no causa gravamen ⁽⁴³⁾.

Toda intimación formulada al citado, antes de que manifieste en forma expresa su voluntad de comparecer, es extemporánea, le causa agravio y en consecuencia es apelable ⁽⁴⁴⁾.

“Es apelable, ha dicho la Suprema Corte, el auto que en un interdicto, no hace lugar a la citación de evicción, reservando proveer sobre ella después de verificado el comparendo” (Fallos, 31, 34).

⁽⁴³⁾ Que es apelable: Cám. Civ. Mend. *Jur. Arg.* I, 419.

⁽⁴⁴⁾ “Es apelable el auto que intima al citado de evicción conteste la demanda, antes de haberse hecho parte en el juicio” (S. C. Fallos, 91, 315).

187. IV. 2º Acumulación de acciones.

Conviene, antes de seguir adelante, dilucidar una cuestión mentada precedentemente. Me refiero a la posibilidad de acumular a la denuncia de liits, que, como vimos, no es una demanda, la acción regresiva o resarcitoria, para el evento de que el pleito sea ganado por quien ataca el derecho del citante de evicción.

La acumulación es admitida expresamente por Chiovenda, quien a esta hipótesis, denomina llamada en garantía, lo que me parece inexacto. "Cuando a la llamada del tercero, dice, contra el cual la parte de que procede la citación tiene una acción de regreso, se añade la proposición "in eventum" de esta acción en la misma litis, se tiene la llamada en garantía (art. 193 y sigs., Cód. Proc. Civ.), la cual, como repetidamente hemos dicho, es de origen germánico, si bien la moderna ley alemana no la conoce. A ejemplo de la francesa, la nuestra admite esta institución en homenaje al principio de la economía de los juicios y a la conveniencia de decidir una sólo vez y de una misma manera los puntos comunes a la acción principal y a la acción de garantía y hace de ello un caso de acumulación de causas, con las modificaciones de competencia que ya fueron examinadas" (Instituciones, II, 281).

Las razones que expresa el maestro, son, evidentemente, válidas también para nuestro derecho, pero las características del proceso argentino y los principios a los cuales responde hacen dudoso que fuera admisible la aludida acumulación, sin norma expresa que la autorice.

La citación de evicción tiene por objeto hacer posible la entrada al proceso de un tercero, pero sin modificar substancialmente la litis. Y toda la institución de la tercería gira sobre conceptos análogos. Puede introducirse una NUEVA LITIS, pero ella debe ser conexas con la originaria y es admisible en cuanto la nueva litis sea propuesta por un ter-

cero para defender sus derechos, afectados por aquélla. Uno de los sujetos, el demandado, puede traer una nueva litis, sin conexión substancial con la originaria (la reconvencción), pero conexcionada subjetivamente a ésta.

La acción regresiva se conexiona con la litis originaria y se propone "ad eventum" de su resultado, pero en interés de uno de los sujetos originarios, frente a un tercero.

La Suprema Corte ha resuelto negativamente dicha acumulación: "No procede incluir en el juicio donde se cita de evicción, lo relativo a la responsabilidad del citado" (Fallos, 133, 140).

188. IV. 3º El proceso donde se citó de evicción. Competencia.

Finiquitadas las cuestiones que pueden presentarse en la etapa preparatoria o sea en la de citación del garante, es necesario considerar las diversas hipótesis que pueden plantearse según la actitud que asuma el o los citados y también el citante y las facultades y cargas procesales que les incumben. Pero antes veamos el presupuesto procesal de la competencia.

Expresé en el capítulo precedente, que la competencia del juez que debe intervenir en un proceso donde se produce la substitución procesal, se determina exclusivamente por la legitimación del substituído. Técnicamente es esa la única solución, ya que el interés procesal y el interés substancial subordinante, son los del sujeto a quien se substituye. La nacionalidad, domicilio y carácter de éste, ubicación del bien que éste discute y monto del pleito, son las circunstancias que fijan la competencia, sea ésta en razón de la nacionalidad, del domicilio, del territorio, de la materia o del monto.

No encuentro motivo alguno para que en la especie de substitución que aquí estudio, cambie el principio. Sostengo pues, que, promovida demanda ante determinado juez,

si éste es competente por las diversas circunstancias que motivan la distribución de los pleitos, el hecho de cambiar uno de los sujetos, por la denuncia de litis o aún sin ella, en virtud de obligaciones que la autorizan, no debe desplazar el conocimiento de la causa a otro magistrado. Así resulta también del art. 5 del Cód. de Proc. Civ. de la Capital, cuando dispone que “en materia de garantía, el juez competente será el que lo sea para conocer de la demanda contra el deudor principal” (45).

No se ha entendido así entre nosotros y la Suprema Corte, interpretando las disposiciones legales sobre competencia de los tribunales nacionales, ha hecho un distingo. Si cuando comparece el citado o que pudo ser citado y que puede reclamar fuero especial, la litis se encontraba trabada por demanda y contestación, el desplazamiento no se produce (46). Fundamentando el criterio, la Corte dijo en el primer caso citado en la nota “que la participación espontánea tomada en esta causa por la Provincia de San Luis (había sido citada de evicción y saneamiento) asumiendo la representación del citante de saneamiento, sin abrir ni deducir nuevo litigio, ni poder anular el efecto de los actos ya producidos no entraña ni puede entrañar la

(45) Véanse las notas 16 al art. 5 y 5 al art. 67 en FERNÁNDEZ, op. cit.

(46) “Si la provincia citada de evicción en un pleito seguido entre particulares, se presenta cuando el juicio había radicado definitivamente la jurisdicción de la justicia ordinaria, ésta debe seguir conociendo en la causa” (mayo 1913, 19). “Trabado el pleito ante un juez federal por demanda y contestación, la citación de evicción de una provincia, no hace que el caso sea de competencia de la Corte” (*Fallos*, 131, 211). “No corresponde a la competencia originaria de la Corte, el conocimiento de la causa en que, después de trabado el pleito por demanda y contestación ante los tribunales locales, se presenta una provincia, asumiendo la representación del citante de evicción” (*Fallos*, 112, 189; 117, 33; 123, 54). La Cám. Fed. de la Cap. ha sostenido idéntico criterio: “Trabado el pleito por demanda y contestación, la competencia posterior de los citados de evicción, no altera la jurisdicción del juez, quien debe seguir entendiendo en la causa” (septiembre 1914, 30).

cesación de la jurisdicción del juez que intervino en el litigio.”

Pero si la comparecencia del citado se produce antes del momento que se ha llamado traba de la litis, la solución es distinta, la competencia se determina por las calidades personales del citado compareciente y puede, entonces, producirse el desplazamiento del proceso a otro tribunal (47).

Esta doctrina, que no comparto, se basa en el concepto que el citado de evicción que comparece al litigio, no es un representante de quien lo citó. En un caso, dijo la Corte que el citado de evicción (un particular) “no obraba en representación de la provincia demandada, porque hace la defensa a su costa y riesgo”, lo cual es exacto, ya que el sustituto no es un representante. Pero como tal sustituto, defiende el interés del substituído y las consecuencias inmediatas del pleito perdido recaen sobre bienes del dominio del citante (arts. 2091 y sigs. del Cód. Civ.). Así, en la hipótesis de una reivindicación, si el actor triunfa, la demandada que citó de evicción a su causante, debe sufrir la ejecución de la sentencia, sin perjuicio de que ejerza la acción regresiva (48).

(47) “Si el citado de evicción comparece antes de la contestación de la demanda, la procedencia del fuero federal se determina por las calidades personales de aquél y del actor” (*Fallos*, 43, 226). “Corresponde a la Corte el conocimiento del juicio de mensura, si la provincia citada de evicción ha concurrido a él oportunamente (dentro del término del emplazamiento), como parte” (*Fallos*, 118, 37). En el caso inverso, se ha pronunciado en el mismo sentido: “Si se declara que la provincia demandada, citante de evicción, queda apartada de la causa, desaparece la competencia originaria de la Corte para conocer en el pleito” (*Fallos*, 89, 284. “No corresponde a la justicia federal el juicio por reivindicación deducido por un argentino contra un extranjero, si un argentino se hace parte en virtud de la citación de evicción” (*Fallos*, 38, 105).

(48) MATTIROLO, op. cit. tomo III, párr. 796, sostiene que el citado puede proponer la declinatoria de fuero, cuando la deducción del proceso principal ha tenido por objeto burlar las reglas de competencia territorial, simulando para ello una venta, en

En cuanto a la oportunidad para proponer y resolver la incompetencia, la Corte ha resuelto: "El juez no debe declarar su incompetencia, por el sólo hecho de ser citada de evicción una provincia" (Fallos, 16, 403).

"No procede la excepción de incompetencia deducida por el citado de evicción, hasta tanto no asuma el rol de parte litigante" (Fallos, 92, 432; 114, 117).

Si el citado de evicción, a quien ampara el fuero especial, manifiesta su voluntad de no comparecer, no puede invocar su derecho a dicho fuero (49).

"Concluído el juicio reivindicatorio seguido con intervención de una provincia citada de evicción, no corresponden al conocimiento originario de la Corte, los incidentes que se susciten directamente entre las partes" (Fallos, 44, 414).

"Vendida una cosa ajena y citado de evicción el vendedor ante una jurisdicción, a consecuencia de la acción reivindicatoria promovida por el dueño contra el comprador, no puede otro, que se diga también dueño, demandar al vendedor ante otra jurisdicción (S. C., Fallos, 1, 313). En el caso, el pretendiente tendría que comparecer, como tercerista excluyente al primer proceso iniciado.

189. IV. 4º El citado de evicción comparece. Plazos para comparecer y contestar.

En el proceso donde se ha ejercitado la facultad de citar de evicción, es necesario considerar los plazos sucesivos que de esta actitud surgen, para el citante y para el

el lugar del domicilio del comprador, que resulta así demandado. Esta hipótesis plantea un problema distinto, puesto que la cuestión se desplaza, del fuero de la persona demandada, como yo lo sostengo, al de la simulación de un proceso para acogerse a ese fuero.

(49) "No procede la jurisdicción originaria de la Corte, si la provincia citada de evicción manifiesta, antes de estar radicada la causa, que no tiene voluntad de hacerse parte formal en ella" (Fallos, 112, 171).

citado. Vimos ya el plazo dentro del cual debía pedirse la citación en el párrafo 184: "Oportunidad procesal para citar de evicción"; luego me ocuparé del plazo que el primitivo litigante (si es el demandado) goza para contestar la demanda, si el citado no le substituye. En cuanto al garante, es decir a quien se llama al proceso mediante la citación, tiene primero un plazo para comparecer y dentro del cual puede a su vez pedir el llamado de su antecesor en el derecho discutido y luego, en la hipótesis de que éste no comparezca, un plazo para contestar la demanda. En nuestro procedimiento, donde el plazo para comparecer y para contestar la demanda empiezan, corren y terminan conjuntamente (art. 76, cód. Cap.), el que se concede para comparecer y el subsiguiente para contestar demanda, si ha comparecido dentro del primero, deben ser los fijados para responder. Así, en juicio ordinario, en la Capital, quince días (art. 4, ley 4128). Pueden producirse entonces, las siguientes situaciones: a) el citado, dentro del primer plazo o sea el concedido para comparecer ⁽⁵⁰⁾, se apersona a los autos y contesta la demanda ⁽⁵¹⁾; b) se apersona y no contesta, en esta hipótesis habrá que correrle traslado de la demanda por el plazo legal ⁽⁵²⁾; c) comparece y pide, a su vez, se cite a su garante; hecha la citación de éste, si no comparece o si lo hace para declarar que no asumirá la defensa del citante, debe corrersele traslado a éste para que

⁽⁵⁰⁾ 15 días en los códigos de Bs. Aires, San Luis, Entre Ríos; otros códigos fijan el plazo común para contestar demanda.

⁽⁵¹⁾ "El citado de evicción no está obligado a llenar formalidades especiales para cumplir con la obligación impuesta por el art. 2108 del cód. civil; si la voluntad de defender al demandado que lo hizo citar es indudable, no se le puede dar por perdido el derecho de ejercer esa defensa por el hecho de que la citación fuera contestada por una persona extraña, si el citado adhirió a dicha contestación" (Cám. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 52, 470).

⁽⁵²⁾ Esta alternativa, que sólo aparece en forma expresa en algunos códigos: Mendoza (art. 128 inc. 2º), S. del Estero (art. 223), parece ineludible si la citación fué sólo para hacerle conocer el proceso, sin dársele traslado.

conteste (⁵³); d) no comparece o declara que no substituirá al litigante que le hizo citar, como en el supuesto precedente, este último debe asumir el pleito (⁵⁴); e) comparece, haciéndose parte y deja vencer el plazo para contestar, procede se le dé por decaído el derecho de contestar la demanda, puesto que manifestó su voluntad de ser sujeto del proceso, sometiéndose, en consecuencia, a las cargas que de esa posición derivan.

Cuando el citado de evicción no comparece o declara que no asumirá la defensa del citante, no procede acusarle rebeldía, sino seguir el proceso con aquél. Es decir, que si el últimamente citado no comparece, vencido el plazo que se concedió al primero —que se interrumpe por la nueva citación—, sin que el primer citado comparezca, el proceso continúa con el primer citante. Cualquiera de los citados que comparezca manifestando su voluntad de substituir al primer citante, puede, al mismo tiempo, contestar. Si no lo hace, puede pedir el segundo plazo al cual aludí, o sea el que corresponda para contestar la demanda. En esta hipótesis procede la acusación de rebeldía o mejor dicho el decaimiento del derecho de responder, si vencido este segundo plazo el citado no contesta la demanda y ello antes de seguir el procedimiento con el citante.

No procede intimar al citado de evicción, ha dicho la Corte a que conteste la demanda, antes de que se haya pronunciado sobre si sale o no a la defensa del citante, haciéndose parte en el juicio" (Fallos, 91, 315).

De acuerdo a principios doctrinarios conocidos y dada

(⁵³) Situación especialmente prevista por los códigos de Entre Ríos (art. 135), Mendoza (art. 127), S. del Estero (art. 224), San Juan (art. 1008), Santa Fe (art. 577), Córdoba (art. 68). Los códigos de Santa Fe y Santiago del Estero, reducen a cinco días el plazo para el ejercicio de este derecho.

(⁵⁴) Corriéndose nuevo traslado o haciéndosele saber que el juicio prosigue en contra suya: San Luis (art. 161), Mendoza (art. 128), Entre Ríos (art. 136), Bs. Aires (art. 107), Santiago del Estero (art. 222), San Juan (art. 1009), Santa Fe (art. 576).

la naturaleza de la intervención del citado de evicción, es evidente que cuando éste comparece dentro del plazo de la citación, no está obligado a tomar el juicio en el estado en el cual lo encuentra, pudiendo ejercitar todas las facultades procesales, desde la primera que corresponda a su substituído.

Por eso cesa la obligación de evicción, si la citación de evicción se hiciera “pasado el tiempo señalado por la ley de procedimientos” (art. 2110, Cód. Civ.), es decir, la oportunidad de que el substituto pueda ejercitar todas las facultades que integran la acción ⁽⁵⁵⁾.

Concordantemente se ha resuelto: “El citado de evicción no está obligado a tomar la defensa en el estado en que la encuentre, tiene también derecho a contestar la demanda, aunque su presentación en juicio sea posterior a la apertura a prueba no notificada y decretada después de producida la citación” (Cám. Civ. 1ª Cap., Jur. Arg., 32, 800).

190. IV. 5º Intervención conjunta de citante y citado.

Se discute si la comparecencia del citado, puede poner fuera de causa al citante ⁽⁵⁶⁾. Creo que eso puede suceder solamente con la conformidad expresa del otro sujeto pro-

⁽⁵⁵⁾ En contra: “El enagenante que comparece al juicio, representa y defiende los intereses del comprador que son los suyos propios puesto que deberá responderle por evicción, pero no se sustituye al demandado, pues ninguna relación de derecho existe entre el demandante y el citado de evicción, si se exceptúan las que son motivo de las costas del proceso, que pueden resultar del cuasicontrato de la litis contestatio y éste debe tomar el juicio en el estado en el cual lo encuentre” (Cám. Civ. 1ª Cap. noviembre 1910, 1752). En sentido análogo: Ant. Cám. Civ. Cap. S. II, 4, 454 y 126, 354).

⁽⁵⁶⁾ “Si el citado de evicción comparece y acepta el juicio, cesa la intervención del demandado por reivindicación” (Ant. Cám. Civ. Cap. S. III, 8, 121; S. V. 4, 121; octubre 1910, 1513). “Desde el momento en que los citados de evicción intervienen en el juicio de reivindicación, cesa para el demandado la obligación de continuar en el trámite ulterior del juicio; por tanto, el hecho de que no haya apelado la sentencia que hace lugar a la demanda, no significa que la haya consentido, si aquéllos han

cesal y con facultad de vigilancia a fin de subsanar los descuidos de su substituto (⁵⁷).

Al otro sujeto procesal puede convenirle la no separación del proceso, del garantido, por diversos motivos. En primer lugar como elemento de prueba, en cuanto puede ponerle posiciones sobre hechos personales; en segundo lugar por la responsabilidad procesal respecto a las costas y en tercer lugar, en la hipótesis de que se haya acumulado a la acción principal, reivindicatoria por ejemplo, una accesoría sobre frutos percibidos o dejados de percibir por el substituto (⁵⁸).

Compareciendo el citado, asumirá el papel de sujeto procesal primario, quedando el citante como tercerista

interpuesto el recurso" (Cám. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 64, 248); no puede continuar interviniendo "salvo para controlar los procedimientos" (Cám. Fed. Cap. *Jur. Arg.* 10, 118).

(⁵⁷) "Poniendo la garantía de evicción a cargo del vendedor del demandado, obligaciones y no derecho, asiste al adquirente el derecho de colaboración y vigilancia, aunque haya optado por ser excluido de la causa; ello porque en definitiva será quien puede resultar obligado a desprenderse de la cosa si la reivindicación prospera. La intervención del citado de evicción, no priva al demandado de hacer valer los recursos legales en la causa" (S. C. *Jur. Arg.* 59, 39). "El demandado que cita de evicción a su enagenante, puede hacerlo conservando su calidad de tal en la causa principal y en la que sigue contra su vendedor por la garantía de evicción; puede, si lo prefiere, ceder al enagenante su lugar para que lo defienda, en cuyo caso pierde su condición de demandado propiamente dicho. Lo primero sucede cuando el demandado expresa su propósito de intervenir en las diligencias procesales de la causa, sin perjuicio de la actitud que en el mismo sentido haya adoptado el enagenante. Lo segundo cuando el demandado pide se le tenga por excluido de la causa principal, la cual deberá seguirse con el citado, sin perjuicio del derecho de vigilancia del adquirente" (S. C. *Jur. Arg.* 59, 39). "La comparecencia del citado de evicción, previa a la radicación de la causa, no significa que deba ser eliminado del juicio el demandado citante, quien puede mantener su calidad de parte si manifiesta su voluntad en tal sentido; pero el demandado citante puede delegar su defensa en el citado compareciente y no conservar él sino la facultad de vigilancia y una eventual posibilidad de ingerencia en el juicio para el caso de abandono de las actuaciones por su delegado". (S. C. *Jur. Arg.* 1943, II, 589).

(⁵⁸) MORTARA, op. cit. III, 523.

adhesivo o en la posibilidad de serlo ⁽⁵⁹⁾. En este supuesto, el substituto tiene facultades y cargas procesales plenas, salvo el reconocimiento de firmas y confesión sobre hechos personales. Puede plantear las defensas que crea oportunas ⁽⁶⁰⁾.

El citante que se separa de la causa voluntariamente, puede volver a ella como tercerista adhesivo, en cualquier estado del proceso y aún asumir el carácter de litigante principal, si el garante abandonare el proceso o fuere negligente en la defensa ⁽⁶¹⁾.

Entiendo que, correlativamente, si su separación fué sin la conformidad expresa de la contraparte, ésta puede traerlo al proceso en cualquier momento, a los fines de la

(59) MORTARA, op. cit. III, párr. 803 y sigs.

(60) Cám. Civ. 2ª La Plata, *Jur. Arg.* 37, 1576.

(61) "La comparecencia del citado de evicción, no impone, necesariamente, la eliminación del juicio del demandado citante, que puede mantener su calidad de parte, manifestando su voluntad de hacerlo" (S. C. Fallos, 195, 455). "En la demanda sobre reivindicación tienen derecho a intervenir el citado de evicción conjuntamente con el demandado" (Ant. Cám. Civ. Cap. S. II, 8, 395). "No habiendo ningún interés de orden público comprometido que impida la intervención conjunta, en juicio de reivindicación, del demandado y del citado de evicción, puede serles permitido cuando el demandante lo solicite o lo consienta" (Cám. Civ. 1ª Cap. julio 1912, 170). "Basta que uno de los citados de evicción se encuentre rebelde para que el demandado pueda tomar participación en el juicio" (S. C. Tuc. *Jur. Arg.* 31, 971). (Se trataba de varios herederos del enajenante y el tribunal aceptó que aún como tercero podía concurrir el demandado). "La citación, en el interdicto, no basta para desvincular al demandado que citó de evicción" (Ant. Cám. Civ. Cap. 101, 171). "La intervención del citado de evicción, no inhibe al citante para interponer recursos legales" (S. C. Fallos, 43, 299). "El hecho de que el enajenante, citado de evicción, salga a la defensa del citante, no impide la intervención de éste en el juicio, a efecto de hacer cesar la paralización de los procedimientos" (S. C. Fallos, 102, 446). "Corresponde declarar bien concedido el recurso de apelación en favor del citante de evicción, cuando concedido el recurso al citado; éste no expresó agravios, no subsistiendo así la intervención del último en segunda instancia" (Cám. Fed. Cap. *Jur. Arg.* 27, 920).

absolución de posiciones sobre hechos personales o para reconocimiento de firmas ⁽⁶²⁾.

En todos los supuestos, la sentencia que se pronuncie, hará cosa juzgado a su respecto, debiendo serle notificada.

Esta intervención conjunta a la cual me estoy refiriendo, se encuentra expresamente autorizada en algunas leyes procesales del país. Algunos códigos la restringen al exigir que actúen "bajo una sola representación" ⁽⁶³⁾. Otros se remiten a las tercerías, para normar esa intervención, así el código de Santiago del Estero ⁽⁶⁴⁾ (art. 225) y el de Mendoza (art. 128 infine). El de Salta, dice, precisamente: "Y si se presentara (el citado) a hacer la defensa, podrá obrar conjunta o separadamente de aquél que pidió la citación, asumiendo el rol que le corresponda como parte en el juicio" (art. 801).

Toda la materia de este párrafo aparece reglamentada en el art. 1010 del código de San Juan, aun cuando con el error común de establecer para el citado, el principio de que debe tomar el proceso en el estado en el cual lo encuentre. "Si el garantido se presentase, tomará la causa en el estado en que se encuentre, siguiéndose el juicio contra él solo; pero el garantido podrá siempre intervenir para la conservación de sus derechos, en la forma prescripta para las tercerías; y el demandante originario podrá pedir, para la conservación de los suyos, que el garantido no se separe del juicio".

En cuanto a los recursos, ellos deben ser concedidos, tanto al citado, como al citante y así se resolvió en algunos

(62) Contra: "No procede la absolución de posiciones del demandado en juicio reivindicatorio, si éste ha citado de evicción a su causante" (Ant. Cám. Civ. Cap. junio 1010, 717). Véase también la sentencia de la Cám. Civ. 1ª Cap. en *Jur. Arg.* 1943, III, 66.

(63) Buenos Aires (art. 105), Entre Ríos (art. 134), San Luis (art. 159).

(64) El art. 70 del nuevo código de Córdoba, remite a las tercerías para el trámite de la intervención del o de los citados.

de los fallos citados en las notas precedentes. A casos particulares se refieren los fallos siguientes: "No es apelable para el citado de evicción, el auto que al aprobar el deslinde y mensura, deja a salvo los derechos del adquirente contra el citado de evicción, pues ello sólo significa remitir a otro juicio la resolución de todas las cuestiones a que pueda dar lugar la citación" (Cám. Fed. Córdoba, octubre 1911, 96). "No procede el recurso ordinario de apelación ante la Corte, contra la sentencia dictada en juicio reivindicatorio en que la Nación fué citada de evicción, si aquélla no se pronunció acerca de la responsabilidad de ésta" (S. C., 135, 359).

191. IV. 6º Caso en que el citado no comparezca.

Si el citado de evicción no comparece, se opone a la citación o declara que no asumirá la defensa del citante, no hay cuestión procesal ⁽⁶⁵⁾, sino de responsabilidad frente al citante, que, en su caso, podrá ejercitar la acción regresiva.

Mientras se tramita la citación pedida, el trámite en lo principal debe quedar suspendido ⁽⁶⁶⁾. Así lo resuelven expresamente las leyes procesales argentinas, que, en eso, siguen, en general, al código de la Pcia. de Buenos Aires (art. 105).

El plazo para que el citado comparezca y conteste la

⁽⁶⁵⁾ "La citación de evicción no es una demanda contra el citado, sino un aviso en forma y en el momento oportuno, a fin de que tome intervención en la causa, si fuere su voluntad, y por consiguiente, la expresión de esa voluntad en el sentido de salir a la defensa del adquirente, es lo que puede atribuirle los derechos y deberes consiguientes a la parte litigiosa en un juicio" (S. C., febrero 1911, 5).

⁽⁶⁶⁾ "El término para contestar la demanda reivindicatoria queda en suspenso, mientras no se verifique la diligencia de citación de evicción que el demandado solicitó" (S. C. Fallos, 43, 194; 57, 396. Cám. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 1943-II, 545). "La citación de evicción debe reputarse, no como una excepción dilatoria, sino como un incidente suspensivo del procedimiento" (S. C. Fallos, 82, 41, 140, 50 y en *Jur. Arg.* 12, 237; Cám. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 32, 800).

demanda, debe ser, como ya dije, el mismo que la ley procesal respectiva establezca para contestar la demanda en el tipo de proceso correspondiente. El otro sujeto procesal debe, necesariamente, esperar que venzan los plazos correspondientes a cada citado y si ninguno de ellos comparece, proseguir el proceso con el litigante que pidió la citación. Pongamos por caso: A demanda a B por reivindicación; B cita de evicción a C, su vendedor; éste comparece y pide la citación de quien le vendió el inmueble, en este caso D. Este último debe gozar del plazo común para comparecer y contestar la demanda. Vencido el primero sin que haya comparecido o habiéndose negado a asumir la defensa de C, habrá que hacer emplazar a éste para que responda. Vencido el plazo para que C responda, A tendrá que hacer notificar a B para que conteste la demanda y si no lo hace, pedir se le dé por decaído el derecho de hacerlo y proseguir el juicio en su contra ⁽⁶⁷⁾.

Mientras el citado no comparezca, no es parte en el proceso y no puede ser llamado a absolver posiciones ⁽⁶⁸⁾ y como es obvio, no puede obligársele a comparecer ⁽⁶⁹⁾, ni acusársele rebeldía ⁽⁷⁰⁾, ni nombrársele defensor ⁽⁷¹⁾. Por último, diré con el Superior Tribunal de Entre Ríos, que “en el juicio donde se ha producido la citación de evicción no es posible declarar que el citado incompareciente está exento de garantía o sujeto a ella” ⁽⁷²⁾.

Desde luego que, cumplida por el adquirente su obli-

(67) Practicada la notificación del garante para comparecer, no procede declarar su rebeldía, “en tal caso, el actor sólo tiene derecho para emplazar al demandado originario a que conteste derechamente la demanda” (Cám. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 1943-II, 546).

(68) S. C. Fallos, 3, 197.

(69) Ant. Cám. Civ. Cap. S. I, 8, 230; S. V, 14, 250; S. C. Fallos, 16, 403; 91, 167).

(70) Cám. Fed. Cap. *Jur. Arg.* 26, 942; S. C. Tuc. *Jur. Arg.* 31, 971.

(71) S. C. Fallos 90, 135.

(72) *Jur. Arg.* 70, 72.

gación de hacer citar a su enagenante o sea lo que he llamado carga procesal específica, queda abierta para aquél la vía para el ejercicio de la acción resarcitoria, si el resultado del pleito la hace necesaria ⁽⁷³⁾. Si el pleito es ganado por el citante, nada tendrá que reclamar a su garante, aunque éste no le haya defendido. Si lo pierde, total o parcialmente, la acción queda expedita, lo que no debe entenderse en el sentido de que deba prosperar, sino sólo que se ha cumplido un recaudo o presupuesto procesal específico de esta acción, que, en cierto modo, puede considerarse también como presupuesto de fondo.

Pero la discusión en el nuevo pleito, no puede renovar la cuestión ya resuelta, que tiene efecto material de cosa juzgada en contra del garante citado en forma.

“Declarada la perención de la instancia, es nula la citación de evicción que en ella se ha hecho” (S. C., Fallos, 113, 113) y en consecuencia, promovida nueva demanda, habrá que pedir y practicar nueva citación.

192. IV. 7º Comparencia del garante, sin citación.

Dije ya que el garante puede comparecer al pleito promovido en contra de su garantido, sin ser citado, aun cuando sea actitud poco común. En efecto, puede temer que la falta de citación, sea actitud premeditada, para invocar luego lo superfluo de tal citación, conforme al art. 2111 del Cód. Civil.

Compareciendo sin ser citado, deberá tomar el proceso en el estado en el cual se encuentre en ese momento

⁽⁷³⁾ “Si el vendedor, citado de evicción declara que no sale a la defensa del comprador, el juez debe resolver el fondo de la causa, dejando al comprador su derecho a salvo contra el vendedor” (S. C. Fallos, 18, 144). “El adquirente que ha citado en tiempo a su enagenante, no está obligado a continuar el juicio, si éste no lo defiende, pero si voluntariamente lo continuara, no pierde su derecho, sino cuando por dolo o negligencia no hubiese usado las defensas o recursos necesarios” (Cám. Fed. Rosario, agosto 1912, 143).

“in status et terminis” y actuar como tercerista coadyuvante de su garantido. Podrá, eventualmente, substituirlo, si aquél abandona el pleito o no ejercita la defensa en forma eficaz.

Las facultades y derechos del garante, en esta hipótesis son las comunes del tercerista adhesivo, que ya he estudiado.

No habiendo sido citado, no puede citar a su antecesor, aunque éste también puede concurrir como tercerista adhesivo.

Su comparecencia le trae las consecuencias comunes: “El enagenante responde por la evicción, aunque no haya sido judicialmente citado, si el adquirente le dió aviso de la mensura practicada a pedido de tercero y aquél compareció a defender la cosa” (S. C., Fallos, 54, 496).

Por no aceptar la intervención espontánea del cedente, que no fué citado, hubo que admitirlo como testigo: “Cuando el cesionario no citó de evicción al cedente, prefiriendo contestar directamente la demanda, la litis queda trabada entre él y el actor; como el cedente es ajeno a ella (he aquí el error), su presentación posterior haciéndose responsable por la evicción, no altera la relación procesal, máxime cuando no asume la defensa del cesionario” (pero podía, como tercerista coadyuvante, defender su propio interés) y “está obligado a comparecer para el reconocimiento de documentos y declarar en calidad de testigo, mediante las formalidades propias para esa clase de pruebas, entre las cuales es de rigor el juramento” (Cám. Civ. 1ª Cap., Jur. Arg. 1943-III, 66).

193. V. Sentencia. Costas. Cosa juzgada.

De los principios expuestos en los párrafos precedentes, fluyen las reglas aplicables a la imposición de costas y a los efectos de la sentencia. Cuando el citado de evicción no comparece, si el citante es vencido, responde dentro del

proceso, de las costas causadas por su contrario y que, por decisión judicial le hayan sido impuestas, pero puede repetir las de su garante ⁽⁷⁴⁾, como también los gastos causídicos que hizo para citarlo (S. C., Fallos, 80, 274). Pero si gana el pleito como "es la evicción ocurrida la que da nacimiento a la obligación de resarcir los gastos hechos en la defensa y que debieron ser hechos por el vendedor que, interviniendo, pudo ganar el pleito, esos gastos no deben abonarse, porque el adquirente se beneficia saneando la cosa adquirida. La obligación del enajenante por la evicción, no importa precisamente obligación de litigar o de hacerse parte en el pleito, sino la de responder al comprador si fuese vencido en el juicio" (Cám. Civ. 2ª Cap., noviembre 1912, 226).

Si el citado substituye procesalmente a su garantido, asumiendo el carácter de sujeto procesal primario, es obvio que responde directamente de las costas causadas, en caso de pérdida del pleito. Pero el otro litigante que no aceptó en forma expresa la desvinculación del citante, puede reclamar a éste las costas del pleito ⁽⁷⁵⁾.

En cuanto a los efectos de la sentencia, ella se extiende, en todos los casos, al citante y al citado, comparezca o no este último ⁽⁷⁶⁾.

El nuevo código de Córdoba dispone que: "A medida

(74) "De la obligación de defender que tiene el enajenante, surge la de abonar los gastos hechos por el adquirente, cuando es vendido en el juicio que motivó la citación" (Cám. Fed. Rosario, agosto 1912, 143).

(75) MORTARA, op. cit. III, párr. 452. "El demandado vencido es responsable de las costas, aunque en el juicio haya intervenido el citado de evicción, sin perjuicio de las acciones contra éste" (S. C. Fallos, 46, 91).

(76) "Si el sucesor demandado citó de evicción a su enajenante, la sentencia que se dictó hará cosa juzgada para ambos, aunque el citado no haya concurrido al juicio y sea cualquiera el resultado de éste" (S. C., diciembre 1912, 22). "Entablada la acción reivindicatoria contra el comprador, aunque éste no se presente al juicio, la sentencia en pro o en contra de aquél, tendrá la autoridad de cosa juzgada respecto a éste" (S. C. Fallos, 116, 220).

que comparezcan los citados se les dará participación y quedarán vinculados al procedimiento y a las consecuencias de la citación y del fallo, si aquélla no hubiese sido impugnada" (art. 69).

194. VI. Efectos del proceso sobre el enagenante que no fué citado.

Los efectos del proceso sobre el enagenante que no fué citado, están previstos por el Código Civil. En principio, cesa la obligación de saneamiento (art. 2110), pero ⁽⁷⁷⁾, excepcionalmente debe responder de ella si el litigante vencido prueba la inutilidad de la defensa (art. 2111, cód. cit.) ⁽⁷⁸⁾.

Bajo el punto de vista procesal, existe en esta hipótesis, sólo la posibilidad de que el garante concorra como tercerista adhesivo y la eventualidad de que la sentencia pueda obligarle.

Así se ha resuelto: "No es necesaria la citación de evicción cuando el vendedor ha sido notificado de la intimación de pago y de la sentencia de remate, dictada en la

(77) "La obligación de saneamiento que incumbe al vendedor, cesa si el comprador vencido en juicio no lo hizo citar, salvo que se probase la inutilidad de la citación por ser indiscutible el derecho del reivindicante" (S. C. Fallos, 131, 310).

(78) "Si el reivindicado prueba que su enajenante no habría tenido oposición justa que hacer valer en el juicio reivindicatorio, el segundo responde al primero por la existencia plena del dominio que éste adquirió de aquél, aun cuando el vendedor no hubiere sido citado de evicción" (Cám. Civ. 2ª Cap., marzo 1912, 163). "Fundándose la demanda de saneamiento en que el actor fué vencido en juicio de reivindicación a mérito de la nulidad de la cesión de derechos hereditarios de que procedía su título; no es óbice para la procedencia de esta demanda, el hecho de que el demandado no hubiese sido citado de evicción, si se ha probado que esa citación era inútil, por no haber oposición justa que hacer al derecho del vencedor. Tampoco constituye una defensa aceptable la pretendida negligencia del actor, si ésta no existió, habiéndose opuesto en forma las excepciones que se creyeron pertinentes y que fueron desestimadas por el juez respectivo" (Cám. Civ. 2ª Cap., septiembre 1914, 226).

ejecución hipotecaria contra el tercer poseedor". (Cám. Civ. 2ª La Plata, Jur. Arg., 37, 1572).

"Para que el adquirente vencido en el juicio de reivindicación pueda responsabilizar al enagenante no citado de evicción, debe probar en juicio contradictorio con este último el derecho del reivindicante, ya que las pruebas producidas en la reivindicación en que no intervino el vendedor, carecen de eficacia en el nuevo litigio" (Cám. Civ. 2ª Cap., Jur. Arg., 67, 61).

195. Segunda parte. Fianza. I. Sus caracteres. Legitimación sustancial pasiva.

Una especie de substitución procesal que da origen a la tercería en interés propio, originario e indirecto, es la del fiador que es llamado a juicio para responder de la deuda de su afianzado.

Nuestra experiencia jurídica demuestra que esta figura procesal, no contemplada en las leyes de procedimiento, requiere una consideración específica o particular, en razón de su empleo constante, sobre todo en la fianza por alquileres y por la diversa interpretación que suele darse a las normas sustanciales en cuanto se emplean para regular o determinar las facultades y cargas procesales del fiador demandado.

"Habrá contrato de fianza, dice el art. 1986 del Código Civil, cuando una de las partes se hubiese obligado accesoriamente por un tercero y el acreedor de ese tercero aceptase su obligación accesorio." Sean cualesquiera las deficiencias de la norma, que apuntan los civilistas, ella permite fijar el alcance de la obligación del fiador, útil, como veremos luego, para determinar sus facultades y cargas procesales.

Esa obligación es accesorio; si no existe una obligación a la cual acceda, aunque sea natural, la fianza no existe. Es también subsidiario, es decir, se materializa a falta de

cumplimiento por el obligado principal. Esta última característica desaparece en cierto tipo de fianzas, pero la primera es consubstancial a la institución.

La fianza puede ser, en cuanto a los tipos que interesan a este estudio, simple, solidaria y como principal pagador. La primera reúne todas las características a las cuales se refiere el art. 1986, pero la apetencia de seguridad que toda garantía implica, no se satisface con la fianza simple, que cae paulatinamente en desuso. La fianza solidaria, prevista por el art. 2003, de frecuente empleo, se caracteriza, en cuanto al aspecto procesal, en que elimina el requisito de la excusión previa de los bienes del deudor. En cuanto a la tercera, existe en la realidad, aunque otra cosa podría inferirse de lo que dispone el art. 2005 del Código Civil. En efecto, siempre que la obligación que asume una persona como principal pagador, puede nacer o no, según los actos del otro presunto deudor, no es posible eliminar totalmente el carácter de accesoriedad que singulariza a la fianza ⁽⁷⁹⁾.

El índice referencial que determina cuando existe un fiador y cuando un co-deudor solidario, no puede surgir de las palabras de la ley o del contrato (art. 2005, Cód. Civ.) con independencia de los hechos. Cuando la deuda pre-existe al contrato que plantea el problema o surge conjuntamente con éste, v. g. préstamo documentado en un pagaré comercial, la duda no puede existir. Pero cuando se trata de garantizar el pago de una obligación futura (art. 1998, Cód. Civ.), como es el caso común de la locación, aunque el fiador se comprometa como principal pagador o co-deudor, el vínculo obligacional depende del hecho de que el otro obligado, use la cosa locada. En efecto, el contrato de locación es independiente del de fianza y la extensión de éste depende de la duración de aquél; es, pues,

(79) Véase al respecto: MACHADO *Exposición y comentario del código civil argentino*. Bs. As. 1928, V, 355.

siempre un contrato accesorio, sean cuales sean las palabras usadas.

Esto nos lleva al interesante problema de la legitimación substancial, que he utilizado para clasificar los diversos tipos de tercería. Pero aquí interesa, especialmente, la legitimación substancial pasiva del deudor afianzado y del fiador, porque esa legitimación y no la activa, es la que gradúa las facultades y cargas procesales de ambos. Y respecto a la identificación del contrato: fianza principal pagador o co-deudor solidario, también puede aportar alguna luz el carácter de la legitimación substancial pasiva de ambos obligados. La legitimación substancial, que es uno de los requisitos constitutivos de la acción en la doctrina clásica ⁽⁸⁰⁾, se desdobra en legitimación para obrar o activa y en legitimación para contradecir o pasiva. Esta última requiere que la persona en contra de la cual se deduce la acción, sea el sujeto calificado por el hecho específico que constituye el primer requisito substancial de la acción. En otros términos, que la conducta prevista por la ley, emane del sujeto a quien se reclama, salvo cuando la norma pone la responsabilidad del acto a cargo de otra persona o admite que convencionalmente así se resuelva. En esa hipótesis, puede haber uno o más legitimados en forma pasiva, pero habrá siempre al menos dos conductas a considerar en esa legitimación: la del autor del hecho valioso y la del responsable del mismo, que integran la legitimación. Y aquí, si miramos en perspectiva esas dos posibles legitimaciones substanciales y en relación con los derechos del legitimado activo, podemos observar que mientras una se fortifica (en el aspecto negativo que presume la legitimación substancial pasiva), la otra se debilita y en el caso del contrato que nos interesa, nunca son iguales, y además se integran recíprocamente. En la fianza simple, la legitimación pasiva del deudor principal u obligado directo, es

(80) Véase CALAMANDREI, *Instituciones*, 182.

más fuerte que la del fiador y la de este último se integra con diversos actos emanados de aquél. Así, la existencia de la obligación, la falta de pago y la incapacidad económica del primero para desinteresar a su acreedor. En la fianza solidaria, la legitimación del fiador se fortalece y los actos del deudor principal que la integran son menores. Así, la existencia de la deuda y la falta de pago del deudor principal. Por último, en la fianza con obligación de principal pagador, la legitimación del fiador es aún más poderosa y sólo se integra con los actos del deudor principal referentes a la existencia de la deuda.

196. II. Tercería del fiador. Diversos supuestos. Facultades y cargas procesales. Caracteres.

El Código Civil establece, sin lugar a dudas, la posibilidad de la intervención del fiador en el proceso entre el acreedor y el deudor. "El fiador puede intervenir en las instancias entre el acreedor y el deudor, sobre la existencia o validez de la obligación principal; y si no hubiese intervenido, las sentencias pronunciadas no le privan de alegar esas excepciones", dice el art. 2023. Norma instrumental la transcripta, no ha sido utilizada adecuadamente, como anota Lafaille ⁽⁸¹⁾ y de ella emana la posición de tercerista que pueda asumir el fiador, fuera de los principios de orden jurídico procesal que la hacen necesaria.

Esa intervención es generalmente provocada por el acreedor ⁽⁸²⁾, pero puede ser espontánea. Puede producirse dentro del proceso iniciado en contra del deudor principal o en proceso por separado, aunque el deducido en contra del deudor, es presupuesto del que se deduce en contra del

⁽⁸¹⁾ Contratos, tomo 3, párr. 243.

⁽⁸²⁾ "El fiador de obligaciones de hacer está obligado a entrar al pleito contra el fiado, aun cuando la obligación pueda resolverse en daños y perjuicios" (Ant. Cám. Civ. Cap. S. I, 5, 61).

fiador e integra la litis. Pueden ser varios los intervinientes, cuando existen cofiadores, sea conjunta o sucesivamente; esta última forma de intervención puede producirse cuando exista fiador de fiador.

La intervención del fiador o fiadores, puede provocar la substitución procesal del obligado principal, según resulta en forma expresa de diversas disposiciones del Código Civil que le autorizan a oponer las excepciones correspondientes al substituído. Cuando esta substitución se produce, lo que acaece normalmente cuando la intervención es provocada, el fiador es sujeto procesal primario, con plenitud de facultades y cargas procesales, salvo en cuanto a ciertos hechos personales del substituído, que son, precisamente, los que integran la litis y exigen su intervención anterior o contemporánea en el proceso. Cuando el fiador interviene espontáneamente, puede ser sujeto procesal secundario, con las facultades y cargas procesales necesarias para defender sus derechos, substituyendo o no al deudor principal, según la actitud de éste. Así, además de sus excepciones personales (referentes a su obligación de garantizar), puede oponer las personales del deudor (referentes a la obligación de dar o de hacer de este último). Se trata siempre de una tercería en interés propio, puesto que defiende su propio interés, aun cuando defienda también el de su afianzado (ejercicio de las excepciones que a éste competen). Es originaria puesto que nace en su propia esfera jurídica al concertar el contrato consensual de fianza. Y es indirecta por cuanto, para defender su interés, que es subordinado, defiende el interés subordinante de su afianzado.

Dije que la experiencia jurídica argentina, donde, talvez por incomprensión no es utilizada la posibilidad de regular el proceso en tercería en el caso de la fianza, permite afirmar la necesidad de que la ley procesal prevea esta

clase de tercería ⁽⁸³⁾. Deben llamarse al mismo proceso a los dos legitimados en forma pasiva, con lo cual quedarán eliminados múltiples inconvenientes de orden práctico y la falta de uniformidad en las soluciones de casos iguales. Esa intervención puede producirse en diversas etapas del proceso cuando no proceda traer inicialmente a juicio a ambos legitimados, pero siempre debe durar, en forma expresa o latente, hasta la terminación del proceso.

197. III. Derechos sustanciales que protege.

De acuerdo a lo expuesto, este tipo de tercería protege, en primer término, el interés substancial del tercerista, por cuanto existen, como ya expresé, dos legitimaciones sustanciales pasivas y en todos los supuestos, la figura procesal del fiador, excede a la del deudor principal, aun cuando le substituya. El fiador puede tener defensas propias que hacer valer derivadas de su propio contrato. En cuanto a las defensas de su substituído que ejercite y que derivan del contrato al cual accede la fianza, tienden, en primer lugar a desobligarle aun cuando para llegar a ese fin debe obtener la liberación de su garantido. En segundo término, y como un medio para lograr el primer fin, protege también el interés substancial del deudor afianzado.

Pero como el contrato de fianza tiene por objeto asegurar o garantizar un interés substancial del acreedor, es claro que la intervención del fiador, protege, indirectamente, el interés de aquél, al posibilitar se haga efectiva en el patrimonio de éste, la obligación asegurada. Y ya vimos cómo el art. 2023 del Código Civil extiende los efectos de la cosa juzgada al fiador en cuanto a la relación substancial entre

⁽⁸³⁾ En el antiguo derecho español, ya se reconocía al fiador el derecho de intervenir en el proceso seguido en contra de su fiado, recurriendo la sentencia dada en contra de éste. Así lo expone el Maestro Jacobo, que escribió en el siglo XIII, en Flores del Derecho (ley IV, tít. II, libro III) y en Doctrinal (cap. 5, libro VI). Obras del Maestro Jacobo de las Leyes. Madrid, 1924.

acreedor y deudor principal, cuando aquél ha sido traído a juicio, en el mismo proceso entre éstos.

Por último, cuando el fiador paga, se produce la subrogación legal de los derechos del acreedor, en contra del deudor, pudiendo entonces, como sustituto de aquél, demandar por repetición a su afianzado.

198. IV. Presupuestos procesales específicos.

Los presupuestos procesales de la citación del fiador, son los generales en los casos de substitución, que he considerado precedentemente y que no varían, en general, de los comunes a todo proceso: competencia, personería, formas procesales o sea los referentes a la capacidad objetiva del órgano jurisdiccional, a la de los sujetos y al proceso mismo en cuanto instrumento idóneo para la substanciación de la litis.

En cuanto a la competencia, ella se determina, en el caso del llamado del fiador al proceso entre acreedor y deudor principal, por las condiciones de este último y del contrato principal, es decir, por el substituído y no por el sustituto, como lo he explicado en la primera parte de este capítulo y lo dispone el art. 5 del Código de Proc. Civ. de la Capital. Nada de particular existe en cuanto a la personería, pero sí en lo que se refiere a las formas. Aquí aparece lo que, a mi juicio, constituye un presupuesto procesal específico, que también incide, como vimos precedentemente, en uno de los requisitos constitutivos de la acción. Me refiero a los actos procesales que deben cumplirse con respecto al deudor principal y que son previos al llamado del fiador ⁽⁸⁴⁾, aun cuando, por comodidad y a falta de normación expresa se haya admitido la iniciación conjun-

(84) "No procede la acción conjunta contra el deudor y el fiador (simple), pues la obligación no es exigible en contra de éste, sino después de declarada contra aquél" (Cám. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 19, 866).

ta de la demanda contra ambos legitimados en forma pasiva, tratándose de fianza solidaria ⁽⁸⁵⁾.

Cuando se ejercita la vía ejecutiva y en la hipótesis del cobro del canon de la locación afianzada, este presupuesto procesal específico comprende la realización de diversos actos procesales según la naturaleza de la fianza.

En la fianza simple, debe prepararse la vía ejecutiva en contra del inquilino deudor principal (art. 466, cód. Cap.), librarse mandamiento en su contra intimándole el pago y hacerse excusión en sus bienes (art. 2012, Cód. Civil) ⁽⁸⁶⁾.

En la fianza solidaria y en las diversas hipótesis previstas en el art. 2013 del Cód. Civil, no es necesaria la excusión de bienes del deudor principal, pero sí lo es la preparación del juicio ejecutivo (art. 466, cód. Cap.) y el requerimiento de pago con resultado infructuoso (art. 471, cód. cit.) ⁽⁸⁷⁾. Este último trámite no puede suplirse con

(85) "Es procedente la acción ejecutiva conjunta contra el inquilino y el fiador solidario y principal pagador si se garantizó el fiel cumplimiento de todas las obligaciones estipuladas en el contrato" (Cám. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 21, 696). "El acreedor que en juicio ordinario demanda conjuntamente al deudor principal y al fiador cumple lo prescripto por el art. 480 cód. com." (Cám. Com. Cap. *Jur. Arg.* 1944-I, 114).

(86) "El locador carece de acción contra el fiador simple por los alquileres adeudados, si no existe previa excusión de bienes del deudor y el actor ha incurrido en negligencia" (Cám. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 41, 326). "...a menos que el fiador hubiera renunciado a la excusión de los bienes del deudor" (Id. 42, 613).

(87) "La intimación al deudor para hacer viable la acción contra el fiador (solidario), puede consistir en una simple notificación dentro del juicio (ordinario), sin necesidad de mandamiento formal" (Cám. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 14, 764). "La acción (ejecutiva) dirigida contra el fiador solidario principal pagador, no puede prosperar si previamente no se ha intimado al inquilino que manifieste si es locatario y exhiba el último recibo (art. 466 cód. proc.), para acreditar desde cuando se deben alquileres (prospera la excepción de nulidad de la ejecución) (Cám. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 5, 264; 43, 190). "Este trámite no es necesario, si el fiador renunció, en el contrato, al derecho de exigir la interpelación previa al locatario" (Cám. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 24, 894). "En la fianza solidaria es requisito previo la intimación al deudor principal pero no la excusión de sus bienes" (Cám. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 2, 578). "...debe mediar requerimiento judicial al deudor directo" (Cám. Fed. Córdoba, *Jur. Arg.* 37, 783).

un escrito del deudor reconociendo el requerimiento de pago, si dicho escrito no es ratificado en el proceso (Cám. Com. Cap., Jur. Arg., 34, 846), pues de lo contrario, con exigir un escrito en ese sentido al contratarse la locación y la fianza, se violaría el fin previsto en la ley.

La interpelación judicial del afianzado, por parte del acreedor (art. 480 cód. comercio) responde al propósito de que el fiador pueda cerciorarse, dentro del proceso mismo si la deuda ha sido abonada total o parcialmente o no lo ha sido (Cám. Com., Cap., Jur. Arg., 55, 603).

No procede dicha interpelación, si el fiador renunció a ese beneficio (Cám. Com., Cap., Jur. Arg., 34, 846) o el deudor ha sido declarado en quiebra, art. 2013 inc. 5º del cód. civ. (Cám. Com., Cap., Jur. Arg. 59, 241).

Por último, en la fianza como principal pagador y en la hipótesis a la cual me referí más arriba, es decir que se afiance una deuda futura (caso de fianza por alquileres), no es necesaria tampoco la previa interpelación al deudor principal ⁽⁸⁸⁾, pero sí lo es la preparación del juicio ejecutivo en su contra (art. 466, cód. proc., Cap.).

199. V. Facultades procesales del fiador.

Dije ya que el fiador puede comparecer al proceso aún sin haber sido citado o demandado (art. 2023, cód. civ.).

⁽⁸⁸⁾ "Tratándose de un fiador solidario, liso y llano pagador, no es necesaria la interpelación previa al deudor" (art. 466 cód. proc. civ.) (Cám. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 27, 472; 28, 853; 24, 941; 37, 719 y 1035; 39, 135).

⁽⁸⁹⁾ "La solidaridad pactada (principal pagador) al constituirse la fianza en virtud de la cual una persona se responsabiliza por el buen desempeño de un empleado de comercio, no quita el carácter de accesoría a la obligación asumida por dicha persona en el sentido de que la responsabilidad de ésta existe sólo si el empleado incurrió en incumplimiento de sus obligaciones, cuestión que debe discutirse entre el principal y el ex empleado. Después de verificada la deuda del empleado principal, puede exigir su pago al ex empleado o su co-deudor solidario" (Just. Paz Let. Cap. Jur. Arg. 71, 303).

Puede hacerlo para oponer excepciones propias, procesales y substanciales. Las procesales pueden derivar de la inexistencia de los presupuestos procesales específicos que he reseñado en el párrafo precedente y que configura la excepción de nulidad de la ejecución por violación de formas (art. 489, cód. proc., Cap.) ⁽⁹⁰⁾ y también de los presupuestos procesales comunes, referentes al deudor o al propio fiador. Tal, en el juicio ejecutivo, el reconocimiento previo de su propia firma y que autoriza la defensa de inhabilidad de título. Así, se ha resuelto que “no es título hábil para ejecutar al fiador por alquileres, el contrato privado en el cual la firma del fiador no ha sido reconocida. El reconocimiento del inquilino, expreso o declarado judicialmente, no da acción ejecutiva en contra del fiador” (Cám. Civ. 1ª, Cap., Jur. Arg. 39, 106).

Las excepciones substanciales pueden ser propias o del fiador (art. 2020 del cód. civil) ⁽⁹¹⁾, pudiendo oponer estas

⁽⁹⁰⁾ “Procede la nulidad de la ejecución por alquileres deducida contra el fiador solidario y principal pagador, si la vía ejecutiva no fué debidamente preparada con arreglo a lo dispuesto por el art. 466, parte 2ª cód. proc. por haberse prescindido totalmente del inquilino. No se ha podido formular válidamente al fiador las intimaciones referentes a hechos o actos que le son extraños, como el relativo a la calidad de inquilino atribuida al deudor afianzado y sobre todo el que se refiere a la exhibición del último recibo que razonablemente deberá obrar en poder del ex locatario; máxime si se tiene en cuenta el largo tiempo transcurrido entre el vencimiento de las mensualidades de alquiler reclamadas y la iniciación del juicio” (Cám. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 58, 176). En el mismo sentido, tratándose de juicio ordinario: (Cám. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 56, 808). “Si el inquilino ha fallecido y no se tramita su sucesión, la intimación para que exhiba el último recibo carece de valor si previamente no se acredita que se practicó en forma a persona interesada; si esto no se prueba, el procedimiento seguido contra el codeudor solidario (fiador), es nulo e inhábil el título” (Just. Paz Let. Cap. Jur. Arg. 62, 237). “Procede la excepción de nulidad de la ejecución seguida contra el fiador solidario, si no se hizo al inquilino requerimiento de pago” (Cám. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 20, 231); “... si se omitió citar al locatario para que exhibiera el último recibo” (Cám. Fed. Mend. Jur. Arg. 63, 420).

⁽⁹¹⁾ Sobre la excepción de prescripción: Cám. Fed. Cap. Jur. Arg. 20, 634).

últimas aún en contra de la voluntad del titular (art. 2021 del cód. cit.) o ante la renuncia de éste (art. 2022).

Esta facultad procesal, es carga de su propio interés substancial, no sólo en cuanto al resultado del proceso en el cual debe deducirlas, sino con respecto a sus derechos subsiguientes en contra de su fiado (art. 2034, cód. cit.).

Entre las excepciones nacidas en su propia esfera jurídica se encuentran las derivadas de la actitud del acreedor con respecto a su deudor (arts. 2018, 2043, 2046, cód. civ.), o del vencimiento del plazo de la fianza, nulidad de este contrato, etc. Si existieran varios fiadores simples, tendrá también, si fuese demandado por el todo, la excepción substancial de división de la deuda (art. 2024, cód. cit.).

Es obvio que todas estas defensas pueden ser ejercitadas no solamente en el caso de comparecencia espontánea, sino también por citación o demanda directa.

Puede también el fiador pedir, en carácter de medidas precautorias, el embargo de los bienes de su fiado, en los diversos supuestos que enumera el art. 2026 del código civil y denunciar a embargo en la ejecución seguida en contra cuya y del deudor principal, los bienes de este último, aun antes de la citación de remate y aun cuando sean los mismos que ofreció el deudor (Cám. Civ. 1ª Cap., Jur. Arg., 19, 714). Puede concurrir a la quiebra o concurso del deudor y ser admitido preventivamente en la masa pasiva, en los supuestos del art. 2026, cód. civil (art. 2028, cód. civil). Puede alegar la perención de instancia en el proceso seguido en contra del deudor principal (Cám. Fed., Cap., Jur. Arg., 20, 634).

En cuanto a la liquidación practicada en la ejecución en contra del fiado, es obvio que no puede hacerse valer en contra del fiador, sino le fué notificada (Cám. Civ. 1ª, Cap., Jur. Arg., 44, 180). Ello surge de la expresa disposición del art. 2023 del código civil. Sin embargo, el mismo tribunal, con el voto en disidencia del doctor Colmo, resolvió

que “no procede la oposición . . . a la liquidación aprobada en el juicio en contra del deudor principal” (Jur. Arg. 9, 883).

200. VI. Efectos de la sentencia. Acción de reembolso.

De acuerdo a lo expuesto precedentemente y a lo que dispone el recordado art. 2023 del código civil, la sentencia dictada en proceso (ordinario o ejecutivo) seguido en contra del deudor sin citación o intervención espontánea del fiador, no hace cosa juzgada en su contra. Ella sólo tiene el efecto de darse cumplimiento a los presupuestos procesales específicos para la demanda en contra del fiador.

En cuanto al deudor principal, los efectos de la sentencia que rechaza la demanda en contra del fiador porque se acogen defensas propias del deudor y que el fiador dedujo, hace cosa juzgada, en cuanto impedirá la demanda en su contra. Si acoge defensas propias del fiador, podrá el deudor ser demandado, ya que la sentencia sólo habrá considerado el contrato accesorio de fianza y no el concertado entre acreedor y deudor.

Si hace lugar a la demanda en contra del fiador, la sentencia puede tener efectos sobre la acción posterior de repetición, en el sentido de ser estimada, si el fiador cumplió con su cargas procesales o rechazada en caso contrario (art. 2034).

Dije ya que la fianza puede dar lugar a la subrogación a favor del fiador de los derechos del acreedor. Es este un efecto del pago, dentro o fuera del proceso, con limitaciones que derivan de la actitud del fiador (art. 2029 y siguientes del cód. civil).

El proceso seguido por el fiador en contra de su fiado, es un proceso común de dos sujetos, ajeno a este estudio. Cabe recordar sin embargo, que se ha admitido que “el fiador puede accionar contra su fiado en el mismo expediente en que fué condenado a pagar al acreedor la suma afian-

zada; en el caso median motivos de buen orden procesal que así lo aconsejan (Cám. Com., Cap., Jur. Arg. 1943 - I, 419).

201. Tercera parte. Intervención del asegurador. I. El seguro de responsabilidad (Ley 9688). Tercerías que puede originar. Caracteres. Derechos sustanciales que protege.

Tres especies principales pueden anotarse, dije, de tercerías en interés propio, originario e indirecto, que producen la substitución procesal como carga. Ellas son las originadas por la citación de evicción, por la intervención del fiador en el proceso entre el acreedor y el deudor afianzado y la del asegurador en los seguros de responsabilidad. Voy a ocuparme de esta última especie, con particular referencia al asegurador del patrón en los procesos por accidentes del trabajo (ley 9688).

El seguro que la ley 9688 autoriza y que se practica entre nosotros, no es, técnicamente, un seguro contra riesgos personales, sino un seguro patrimonial, de la especie de los seguros de responsabilidad. El riesgo asegurado no es el infortunio del trabajo, la vida o la incapacidad total o parcial, definitiva o transitoria de los obreros, sino la responsabilidad pecuniaria que frente a esos infortunios pone la ley a cargo del patrón (art. 1º, ley 9688) ⁽⁹²⁾.

Este tipo de seguros cubre la responsabilidad civil o sea la obligación de indemnizar un perjuicio económico en virtud de un contrato o de la ley. Este último origen tiene la responsabilidad cuasi delictual y la objetiva o sea la derivada de la actividad específica de una persona, sin relación con sus propios actos. Tal la obligación de indemnizar los accidentes del trabajo. Parece que el seguro de responsabilidad, que abarca hoy una gran variedad de clases, nació

⁽⁹²⁾ Véase: PODETTI J. RAMIRO: *El asegurador del patrón en los procesos por accidentes del trabajo*, en La Reforma Comercial, Bs. Aires, número 648, pág. 25.

vinculado a la obligación de indemnizar accidentes del trabajo ⁽⁹³⁾.

Este seguro no se constituye "a favor de los empleados y obreros" como dice el art. 7, ley 9688, sino a favor del patrón. No establece una vinculación directa entre asegurador y obrero, mediante la asunción por aquél de los riesgos de éste, sino entre asegurador y patrón, que es el asegurado. Pero como el riesgo que el patrón traspasa al asegurador está constituido por los posibles infortunios que tendría que indemnizar, se produce una relación indirecta entre el asegurador y el obrero, que hace posible la substitución procesal del patrón o sea del legitimado substancial pasivo, por el asegurador.

Por otra parte, en la relación de seguro, el accidente en sí, no es el siniestro o riesgo que se realiza. El siniestro es el reconocimiento de que el accidente debe ser indemnizado por el patrón o la declaración judicial en el mismo sentido. Suele entenderse, por ello, que, en general, el seguro de responsabilidad es un seguro contra acciones judiciales, por lo cual el asegurado debe ser defendido por cuenta y riesgo del asegurador, sea mediante la substitución procesal, sea mediante profesionales designados por éste, pero que actúan a nombre de aquél. Ambas formas se practican entre nosotros, pero la segunda no modifica el proceso clásico de dos sujetos y no interesa por ello en esta obra.

Sostiene la doctrina comercialista nacional, casi sin excepciones, que el patrón asegurado contra accidentes del trabajo, en una compañía aseguradora, conforme al art. 20 de la ley 9688, queda automáticamente substituido en sus obligaciones respecto a sus obreros por el asegurador y no puede ser demandado ni condenado. La jurisprudencia, con escasas excepciones, se ha pronunciado en sentido contrario ⁽⁹⁴⁾. Es que la sentencia requiere la intuición axioló-

⁽⁹³⁾ FRITZ HERRMANNSDORFER: *Seguros privados*. 1935, pág. 197.

⁽⁹⁴⁾ Cám. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 42, 235; 62, 471; 76, 829; S. C. Tuc. *Jur. Arg.* 32, 570 y 577; Cám. Com. Cap. *Jur. Arg.* 35, 1025, etc.

gica del caso y la adecuación de la exégesis a la conducta considerada y no puede fundarse, como en el caso de los tratadistas, en un desarrollo meramente conceptual, como apunta, con crítica agudeza, el profesor Cossio ⁽⁹⁵⁾.

La intervención del asegurador, en el proceso por accidente del trabajo, puede ser originaria, por citación o llamado del asegurador o espontánea. Siempre se origina, con esa intervención, un proceso con tres sujetos, aun cuando el asegurado deje de intervenir, pues puede volver a él en cualquier momento y la sentencia que se dicte hará cosa juzgada en su contra.

Se trata de una tercería en interés propio, puesto que el asegurador defiende su interés substancial, comprometido por el contrato de seguro. Ese interés es originario, ya que nació en su propia esfera jurídica, al aceptar el traspaso de los riesgos que implica la relación de seguro, pero es indirecto, por cuanto para liberarse de su obligación de responder por el siniestro, debe obtener la liberación del asegurado. Existe pues, como en todos los casos de sustitución procesal un interés subordinante (el del asegurado) y un interés subordinado (el del asegurador).

Se trata de una tercería coadyuvante, puesto que no excluye la intervención procesal del asegurado, aun cuando el tercerista pueda asumir el carácter de sujeto procesal primario; pasando el asegurado a ser sujeto procesal secundario, como coadyuvante.

El seguro de responsabilidad cubre un número cada vez más crecido de riesgos: accidentes de tránsito, fidelidad de empleados, responsabilidad profesional, etc. Pero el seguro de responsabilidad más practicado entre nosotros y que, por las necesidades del proceso, produce con frecuencia la sustitución procesal, es el seguro contra accidentes del trabajo puesto a cargo del empleador por la ley 9688. A él me referiré en los parágrafos siguientes, pero, en general, las con-

(95) Norma, derecho y filosofía. *La Ley*, 43, sec. doc. 988.

clusiones que expondré, son aplicables a otros casos de seguros de responsabilidad civil.

La tercería originada por esta especie o clase de seguro, defiende el derecho del asegurado, del asegurador y también, en cierto sentido, el del obrero accidentado, ya que la intervención del asegurador, le da otro legitimado pasivo para responder a su eventual indemnización.

Como el seguro cubre la responsabilidad pecuniaria o patrimonial del asegurado y en alguna forma es un seguro contra acciones judiciales, según dije, el derecho de aquél es el primeramente protegido por esta tercería. De allí que sea generalmente el patrón demandado, quien llama al asegurador al proceso, mediante la citación de evicción o en garantía.

Pero también está en el interés del asegurador, que debe responder por el siniestro, procurar la desestimación de la demanda o la aminoración de la condena, de modo que también protege su derecho al intervenir como tercerista, substituyendo al demandado o coadyuvando con él.

Por último, incluido el asegurador en el proceso, como garante de las obligaciones del patrón, las posibilidades de hacer efectiva la eventual condena, sin recurrir a la Caja de garantía, aumentan, por lo cual y en ese aspecto, protege esa intervención el interés del obrero, que puede por ello, demandarle conjuntamente con el patrón o llamarle a juicio para obtener esa garantía.

202. II. El llamado al asegurador. Intervención conjunta de asegurador y asegurado.

Conocida por el obrero la existencia de un seguro de responsabilidad, que cubre, con respecto al patrón, el siniestro ocurrido, puede promover la demanda conjuntamente en contra del patrón y del asegurador ⁽⁹⁶⁾. Si ambos

⁽⁹⁶⁾ "La ley 9688 no impide al obrero que dirija su acción contra el patrón y la compañía aseguradora conjuntamente, aun-

comparecen, se produce un litisconsorcio pasivo, con legitimación substancial autónoma, que he estudiado en el capítulo IX. Si sólo comparece uno de ellos, el otro demandado queda, no obstante, sujeto a los resultados de la contienda como veremos en el parágrafo final de este capítulo. Puede comparecer el asegurador, asumiendo la defensa del asegurado, con lo cual se produce la substitución procesal, sin excluir la intervención y responsabilidad del substituido ⁽⁹⁷⁾. No puede el asegurador, por ello, pretender que se excluya al patrón del proceso ⁽⁹⁸⁾.

Demandado únicamente el patrón, éste puede pedir se cite al asegurador, denunciando su domicilio y acompañando la póliza. El procedimiento del llamamiento debe ajustarse al de la citación de evicción, que estudié en la primera parte de este capítulo ⁽⁹⁹⁾.

También puede pedir el actor que se cite al asegurador, como medio de integrar la litis y hacer extensivo a éste el resultado del pleito.

Por último, es posible la intervención espontánea del asegurador, en cumplimiento de su deber de defender al em-

que haya recibido pagos a cuenta por parte de ésta" (Cám. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 37, 698).

⁽⁹⁷⁾ "Procede en el juicio por accidente del trabajo, la intervención simultánea del patrón y del asegurador" (Cám. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 36, 1369).

⁽⁹⁸⁾ "En el juicio iniciado por la víctima de un accidente del trabajo contra su patrón y subsidiariamente contra el asegurador, por demanda notificada a ambos, este último no puede exigir que se excluya de la litis al patrón, alegando haber éste substituído en aquél su responsabilidad, mediante el seguro contratado. (Cám. Com. Cap. *Jur. Arg.* 35, 1025).

⁽⁹⁹⁾ "En los juicios sobre accidente del trabajo, aunque el patrón haya substituído sus obligaciones en favor de una empresa aseguradora, es parte en el juicio y debe llamarse a la empresa aseguradora para que intervenga en las actuaciones promovidas" (Cám. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 3, 50). "Si bien la subrogación reglada por el art. 767 del cód. civil, es de créditos y no de deudas, el patrón demandado por acción civil de daños y perjuicios, sin eximirse de su rol de parte, puede solicitar la intervención subsidiaria del asegurador" (Cám. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 23, 936).

pleador, defendiendo, además, como dije, su propio interés. Al decir espontánea, me refiero a la circunstancia de que comparezca sin citación judicial, pero es obvio que ella se produce por la notificación o aviso que el patrón, de acuerdo a las condiciones generales de la póliza, debe hacerle del accidente ocurrido ⁽¹⁰⁰⁾.

En ninguno de los supuestos enumerados, procede la oposición del actor a que intervenga el asegurador ⁽¹⁰¹⁾, ya que carecería de interés en la oposición, pues, según dije, ella aumenta la responsabilidad de quienes deben responder por el accidente. Por otra parte, las cuestiones que pudieran plantearse sobre la nulidad del seguro o sobre el hecho de que el seguro no cubra el siniestro, son ajenas al proceso y no pueden retardarlo.

Como expresé en el artículo publicado en "La Reforma Comercial" (nota 92), no hay substitución substancial pasiva con desplazamiento de la responsabilidad del asegurado en virtud del seguro. Intervenga o no el asegurador en el pleito, la responsabilidad patronal subsiste ⁽¹⁰²⁾.

⁽¹⁰⁰⁾ "Procede la intervención del asegurador en el juicio por accidente del trabajo, aunque no haya sido demandado" (Cám. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 41, 396). "Aun cuando el asegurador tenga personería para intervenir por derecho propio en el juicio seguido por la víctima en contra del patrón, dicha intervención no exime a éste de su responsabilidad, ni de su rol de parte, ni puede operar una substitución procesal, sin el consentimiento expreso del obrero" (Cám. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 42, 235; 62, 471; 76, 829). "En el juicio por accidente del trabajo seguido en contra del patrón, el asegurador tiene personería para intervenir por derecho propio, pero no puede pretender que el juicio deba proseguirse exclusivamente en contra suya" (Cám. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 23, 101); "... sin que esa intervención importe desligar al demandado de la responsabilidad que le corresponde" (Cám. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 42, 264).

⁽¹⁰¹⁾ "Procede desestimar la oposición del obrero a que la compañía aseguradora se subrogue en las obligaciones del patrón, por el hecho de que se ha presentado espontáneamente sin acompañar la póliza respectiva; la intervención del asegurador no excluye necesariamente la del patrón" (Cám. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 57, 357); "... debe admitirse la substitución... tanto más si el actor la ha consentido" (Cám. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 6, 153).

⁽¹⁰²⁾ "La substitución que, de acuerdo a los términos del art. 7

Como en el caso de citación de evicción en las acciones reales, el asegurador a quién se cita a pedido del asegurado o del obrero, puede negarse a entrar al pleito, debiendo resolverse las cuestiones que esa negativa plantea, en litigio entre asegurado y asegurador, conforme a las cláusulas del contrato.

203. III. Presupuestos procesales. Competencia.

En el proceso en tercería que se produce por intervención del asegurador, no varían los presupuestos procesados comunes, relativos al órgano, a los sujetos y al proceso.

La única cuestión que suele plantearse, es la relativa a la competencia. El proceso por accidente del trabajo corresponde al fuero civil ⁽¹⁰³⁾, pero como el seguro es insti-

de la ley 9688, el patrón haga de las obligaciones relativas a la indemnización por accidente del trabajo, contratando un seguro a favor de sus empleados u obreros, no implica su irresponsabilidad" (Cám. Com. Cap. *Jur. Arg.* 35, 1025) Contra: Cám. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 1943-I, 238). "La circunstancia de que el patrón tenga asegurado a todo su personal en una compañía autorizada, no es óbice para que el obrero pueda demandar al patrón. El obrero es tercero en el contrato sobre accidentes del trabajo celebrado por el patrón con una compañía de seguros" (S. C. Tuc. *Jur. Arg.* 32, 571 y 577; Cám. Com. Cap. 36, 721).

⁽¹⁰³⁾ Para la Capital de la República la situación ha cambiado y ha desaparecido la posibilidad del problema de competencia que aquí se examina. En efecto, por decreto 21.425/44, modificado en cuanto a su vigencia en la Capital por el decreto 28.936/44, se estableció la instancia administrativa obligatoria en los accidentes del trabajo ocurridos desde el 1 de enero de 1945; instancia a cargo de la Dirección de Trabajo de la Secretaría de Trabajo y Previsión y con recurso ante el juez de primera instancia en lo civil y comercial o el tribunal o juez de apelación de la justicia de paz letrada, donde lo hubiere, de acuerdo a las reglas de competencia que por el fuero y el monto se encuentren establecidas en las leyes procesales y de organización de la justicia ordinaria en la jurisdicción respectiva" (art. 28). La instancia administrativa funcionaba sólo en caso de que no se discutiera la obligación de indemnizar y la divergencia consistiese en el monto de la indemnización (art. 3). En caso de que la entidad patronal o quien la representase, hiciera reserva expresa sobre la obligación de indemnizar, el accidentado, con un certificado donde constase la aludida reserva, debía deducir acción judicial. Era "juez competente", en

tución comercial, los aseguradores llamados al proceso deducido por el accidentado en contra del patrón, suelen oponer la declinatoria del fuero. Si se recuerda, como dije en el capítulo x que en el caso de substitución procesal la competencia se determina, en las acciones personales, por la persona del substituído, es claro que tal pretensión no procede Legitimado substancialmente en forma pasiva, en frente del legitimado activo, es el patrón (art. 1º, ley 9688) y la substitución que autoriza el art. 7, ley citada, es, como he demostrado, procesal y no substancial. Otra cosa implicaría desplazar la responsabilidad del patrón, que no procede y no ha sido admitida por la jurisprudencia. Así, se ha resuelto: "Corresponde a la justicia civil el conocimiento del juicio seguido por la víctima de un accidente, contra el responsa-

tal supuesto, "el que corresponda de acuerdo, a la organización de la justicia ordinaria en la respectiva jurisdicción". Al crearse el fuero del trabajo, por decreto 32.347/44, las acciones emergentes de la ley 9688, debían, lógicamente, ser de competencia de los nuevos jueces. En efecto, el art. 3 de ese decreto, hoy ley 12.948, dispone: "Serán de competencia de la jurisdicción del trabajo, las causas que se susciten entre empleadores y trabajadores por conflictos de derecho, fundados en disposiciones de los contratos de trabajo, de empleo, de aprendizaje o de ajuste de servicios, y todas aquellas otras, contenciosas, en que se ejerciten acciones derivadas de disposiciones legales o reglamentarias del derecho del trabajo". Pero se prefirió mantener la instancia administrativa (art. 139) de manera que sólo podían intervenir los jueces del trabajo, en el supuesto de reserva patronal. En el recurso, en contra de las resoluciones de la autoridad administrativa, debía entender la cámara de apelaciones de la justicia del trabajo. Recién a partir de la promulgación de la ley 12.948 (20 de febrero de 1947), desapareció en la Capital la instancia administrativa, estableciéndose la competencia de los tribunales del trabajo para entender, en todos los casos, en los litigios por accidentes del trabajo. En efecto, el art. 4 de dicha ley, dispone: "Derógase, a partir de la promulgación de la presente ley, el decreto 21.425/44, debiendo tramitarse las acciones derivadas de la ley 9688, de acuerdo al procedimiento que establece el decreto-ley 32.347/44 de creación de los tribunales del trabajo y por ante los tribunales que por el mismo se organizan". En lo sucesivo, pues, en la Capital Federal, los jueces del trabajo son los competentes para intervenir en las acciones que emergen de la ley 9688, sea cualquiera el monto de la demanda y se dirija ésta en contra de la entidad patronal o de la compañía aseguradora.

ble de la indemnización reclamada, aunque la compañía de seguros, subrogándose al patrón, tome la defensa de éste" (Cám. Civ. 1ª, Cap., Jur. Arg., 29, 416). (Aquí dijo el Fiscal de Cámara: "la sociedad aseguradora no es propiamente la demandada, sino que subrogándose en los derechos del patrón del obrero accidentado, que constituyó el seguro, sale en su defensa"). "La intervención del asegurador del patrón, en defensa de éste en el juicio promovido por el obrero por accidente de trabajo, contra su patrón, no produce la incompetencia del juez en lo civil" (Cám. Civil, Cap., Jur. Arg., 36, 950; Cám. Civ. 2ª, Cap., Jur. Arg. 41, 396; 42, 235).

Si el obrero opta por demandar sólo al asegurador, se produce la delegación de deudor, por la conformidad del acreedor (art. 814 Cód. Civil) y siendo en esa hipótesis, legitimado substancial pasivo, por la aludida delegación, el asegurador, la competencia se determina por la actividad de éste y el proceso corresponde al fuero comercial.

204. IV. Sustitución procesal del asegurado por el asegurador. Intervención "ad-adjuvandum" del sustituido.

Producida la sustitución procesal del asegurado, éste, como dije, asume el carácter de sujeto procesal primario y no puede ya, en lo sucesivo, desligarse del procedimiento por su propia voluntad y sin el asentimiento expreso de los otros dos sujetos procesales (el actor y el sustituido ⁽¹⁰⁴⁾). Pesan ya sobre él las cargas y responsabilidades inherentes al carácter de sujeto procesal.

Se ha resuelto que "si el actor se aviene a que la acción promovida contra el patrón, sea seguida contra el asegurador, éste no puede invocar el art. 20 de la ley 9688 para

(104) "La compañía de seguros que ha dejado de continuar interviniendo en el juicio por accidente del trabajo en el que se ha hecho parte y abandona éste alegando que han caducado sus obligaciones como asegurador, no puede pedir la nulidad de las actuaciones posteriores, aduciendo su falta de intervención" (Cám. Civ. Mend. Jur. Arg. 34, 997).

rehusar la responsabilidad a que está sujeto en virtud de la póliza" (S. C., Bs. As., Jur. Arg., 69, 302).

Pero esta sustitución procesal no puede tener por efecto el desplazamiento procesal del sustituido. No sólo porque no se produce la sustitución material o delegación de deudor sin la conformidad del acreedor, sino por razones procesales obvias. Los hechos litigiosos, presupuesto constitutivo de la acción, se han producido frente al patrón, durante la vigencia del contrato de trabajo entre él y el obrero, "por el hecho y en ocasión del trabajo" encomendado (art. 1º, ley 9688, modif. ley 12.631). Respecto a esos hechos, el asegurador es un extraño, que responde de sus consecuencias patrimoniales en virtud del seguro. Se desintegraría la litis admitiendo la separación del patrón y la prueba de ambos sujetos procesales se vería considerablemente entorpecida ⁽¹⁰⁵⁾. Tan es así que aún en los casos en los cuales se ha admitido que el patrón sea puesto fuera de causa, ha debido aceptarse que puede ser llamado a absolver posiciones y reconocer documentos o, situación paradójica, como testigo.

205. V. Desarrollo procesal. Facultades procesales del sustituto y del sustituido.

Integrado el litigio con la comparecencia de asegurador y asegurado, las facultades procesales de ambos no son excluyentes, pero el cumplimiento de ciertos actos procesales por uno de ellos, puede hacer innecesaria la realización de acto análogo por el otro. En general, sobre esta cuestión, deben aplicarse los principios específicos del litisconsorcio voluntario y los generales que correspondan según la figura de tercerista del interviniente. Pero cierta clase de actos,

⁽¹⁰⁵⁾ "El patrón demandado, es parte en el juicio por accidente del trabajo, a los efectos de comprobar los hechos en que se basa la acción, aunque la condena se dicta únicamente en contra de la compañía de seguros" (S. C. Tuc. Jur. Arg. 16, 364).

como la contestación de la demanda, que, respecto al patrón, por su conocimiento de los hechos es de capital importancia, no pueden ser suplidos por el asegurador, sea que concurra espontáneamente al proceso, sea que haya sido demandado junto con el patrón, sea aún que haya sido citado en garantía. En todos los supuestos, por la razón antedicha y siempre que el obrero no haya aceptado la delegación de deudor, el demandado debe contestar la demanda, no obstante que lo haya hecho el asegurador y si no lo hace, procede darle por decaído el derecho de hacerlo ⁽¹⁰⁶⁾, con las consecuencias procesales consiguientes.

Sobre este aspecto de la sustitución procesal, los fallos no son uniformes, habiéndose pronunciado en contra la Cámara Civil 1º de la Capital (Jur. Arg., 63, 911 y 66, 573), si bien invocando que el actor había consentido la actuación del asegurador, afirmando que es superfluo el doble responde y que no se ocasiona ningún perjuicio al actor al privarlo de la contestación del patrón. Los argumentos no me convencen. He afirmado que no se produce la sustitución material sin el consentimiento del obrero y los hechos que han de considerarse en el proceso, se han cumplido al servicio del patrón. Es cierto que el asegurador, si viene como sustituto procesal de su asegurado, debe ser informado por éste de esos hechos para que los exponga y acepte o contradiga los expuestos por el actor, pero me parece que la situación no es la misma y se presta a actitudes reticentes o ambiguas que dificultan el esclarecimiento de los hechos.

Sostengo pues que, en ningún caso, la sustitución pro-

(106) "El hecho de que la compañía aseguradora tome intervención sin audiencia del obrero, en el juicio deducido contra el patrón no exime a éste de la rebeldía acusada por no haber contestado en término la demanda (S. C. Tuc. Jur. Arg. 32, 570 y 577). "La intervención del asegurador no excluye la del patrón; y si éste no contesta la demanda, aunque lo haga el asegurador, procede la rebeldía acusada en su contra" (Cám. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 34, 1211).

cesal del asegurado por el asegurador, exime a éste de la carga del responde, de la absolución de posiciones y del reconocimiento de documentos, salvo conformidad expresa del actor.

Y como consecuencia de la posición prevalente del patrón en la cuestión o cuestiones litigiosas (relación de empleo, accidente del trabajo, salario) el reconocimiento que de esos hechos formule, al contestar la demanda, absolver posiciones o reconocer documentos, obliga al asegurador. Así, se ha resuelto: "Reconocidos por el patrón el accidente y el jornal que ganaba el obrero, deben tenerse por reconocidos esos hechos por el síndico de la quiebra de la compañía de seguros que no contestó la demanda" (Cám. Com. Cap. Jur. Arg., 51, 978).

Si el asegurador pretende que hubo colusión entre el actor y el asegurado, podrá plantear la cuestión en otro juicio en contra del patrón.

Es obvio que interviniendo asegurado y asegurador en el proceso, la prueba producida por cualquiera de ellos beneficia y perjudica a su litisconsorte, ya que la relación sustancial es única y la sentencia debe dictarse frente a ambos. Los principios procesales aplicables al litisconsorcio pasivo y el de adquisición procesal, refuerzan esta conclusión.

Si el patrón ha sido sustituido por el asegurador, aunque no continúe actuando, no queda desvinculado del proceso y los trámites procesales cumplidos y la prueba producida por su sustituto, deben ser considerados propios de aquél ⁽¹⁰⁷⁾.

206. VI. Sentencia. Sus efectos. Costas.

Para determinar en contra de quién debe dictarse la sentencia y contra quién tiene efectos dicha sentencia, basta recordar los principios ya expuestos. En primer lugar,

⁽¹⁰⁷⁾ Cám. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 69, 257.

que en el seguro de responsabilidad por accidente del trabajo, no existe delegación perfecta de deudor, sin el consentimiento expreso del obrero. Luego pues, cualesquiera sean las alternativas procesales del sujeto demandado: concurrencia o no del asegurador, permanencia o no del patrón en el proceso, sustitución procesal o no de éste por aquél, SIEMPRE es legitimado sustancial pasivo el patrón, aun cuando, en razón del seguro y de esas mismas contingencias procesales, pueda el asegurador asumir también el papel de legitimado sustancial pasivo, como garante de las obligaciones de aquél.

En segundo lugar, como consecuencia de lo expuesto, el patrón no puede ser puesto fuera de causa, sin el consentimiento expreso del actor, aun cuando éste hubiera demandado también al asegurador o hubiera consentido la sustitución procesal de aquél por éste.

De esas conclusiones fluye que la sentencia, que puede comprender a asegurado y asegurador ⁽¹⁰⁸⁾, debe siempre englobar al primero ⁽¹⁰⁹⁾ y es ejecutable en sus bienes.

Así, se ha resuelto: "...del hecho de que el patrón deje de intervenir en el juicio seguido en su contra y subsidiariamente contra el asegurador, en el cual ambos contestan la demanda, no le exime de responsabilidad, pero para que la sentencia tenga efectos en su contra, debe serle notificada" (Cám. Civ. 2ª Cap., Jur. Arg., 62, 460). "La sentencia dictada en juicio por accidente del trabajo, seguido contra el asegurador, puede ejecutarse contra el patrón

⁽¹⁰⁸⁾ "Iniciada acción en contra del patrón y contestada por la aseguradora, procede dictar sentencia en contra de ambos" (Cám. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 69, 257).

⁽¹⁰⁹⁾ "Promovida la demanda por accidente del trabajo expresamente contra el patrón, la sentencia que decide el juicio, sea condenando o absolviendo, debe referirse a la entidad patronal, sin que sea óbice a ello el haber sido contestada la demanda y seguido los trámites del juicio por la compañía aseguradora del personal..., pues en dicha sustitución no interviene el obrero, ni ella excluye la responsabilidad patronal" (Cám. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 59, 177).

subrogado, que ha tenido conocimiento de las actuaciones" (Cám. Civ. 2ª Cap., Jur. Arg., 37, 1426; 69, 258); "...o del accidente" (Cám. Com. Cap., Jur. Arg., 62, 509); "...o si tuvo defensas debe presumirse que las hubiera comunicado a la aseguradora" (Cám. Com. Cap., Jur. Arg., 70, 339; 73, 1030; 74, 878). "Procede la acción directa del obrero contra el asegurador y en el caso de haberse promovido la demanda contra éste y el patrón conjuntamente, corresponde desestimar la última, sin que ello implique exonerarlo de responsabilidad cuando por cualquier circunstancia el asegurador no pudiera ser obligado al pago de la indemnización que se reclama" (Cám. Com. Cap., Jur. Arg., 41, 481).

Pero, por las diferencias anotadas, la situación cambia cuando se demanda sólo al patrón ⁽¹¹⁰⁾ y el asegurador no comparece al proceso aun cuando haya sido citado a solicitud del primero. En tales casos, la sentencia debe ser dictada, si se estima la demanda, en contra del patrón únicamente y no es ejecutable en contra del asegurador. Sin perjuicio, desde luego, de la acción que corresponda al asegurado en contra del asegurador, de acuerdo a su contrato.

En cuanto a las costas del litigio, si el asegurador ha comparecido al proceso, sea por haber sido demandado conjuntamente con el patrón, sea por citación posterior o por su propia decisión, puede ser condenado en ellas en unión del patrón y ser ejecutado por las mismas uno u otro.

⁽¹¹⁰⁾ "La sentencia dictada en juicio en contra del patrón, sin que fuera demandada la compañía de seguros, a la que sólo se le hizo saber la existencia del juicio, pero no se le notificó el auto de prueba, ni la sentencia, no puede ser cumplida contra de ésta". (Cám. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 36, 1401); "...dictada ... contra el patrón, no puede ser ejecutada directamente contra la compañía aseguradora que no ha tenido ni se le ha dado intervención alguna, aunque haya satisfecho salarios y gastos de curación" (Cám. Com. Cap. Jur. Arg. 49, 143; S. C. Bs. As. Jur. Arg. 70, 683); "...aunque a pedido del demandado se le notificara la demanda, pues ello sólo tendía a conservar la acción regresiva" (S. C. Bs. As. Jur. Arg. 70, 683).

Generalmente en las pólizas se especifica lo relativo a costas y la responsabilidad del asegurador se limita a la proporción de la sentencia cubierta por el seguro, pero como ellas nacen dentro del proceso y por el ejercicio de la acción, ese convenio no puede influir en la solución expuesta y sólo puede dar origen a una acción de repetición en contra del asegurado.

SECCIÓN V

TERCERÍAS EN INTERÉS PROPIO, NO ORIGINARIO

CAPÍTULO XII

SUCESIÓN PROCESAL

207. I. Diferencias entre sustitución y sucesión procesales. Orígenes y especies de esta última. — 208. I. Derechos sustanciales que protege. Sucesión a título universal y a título singular, diversas hipótesis. El sucesor como sujeto procesal. Sus caracteres. — 209. III. Presupuestos procesales. 1º Competencia. — 210. II. 2º Arraigo. — 211. III. 3º El acto de transmisión del derecho litigioso. — 212. IV. Desarrollo procesal. Intervención del sucesor y del sucedido, en el caso de sucesión a título singular. Facultades y cargas procesales. — 213. V. Sentencia. Efectos. Costas. Honorarios. — 214. VI. Disposiciones procesales en la legislación argentina.

207. I. Diferencias entre sustitución y sucesión procesales. Orígenes y especies de esta última.

De acuerdo al plan de la obra y conforme a la sistematización de las tercerías sobre la base del interés en obrar o accionar, que legitima para demandar y contradecir, he estudiado en los capítulos precedentes, las tercerías en interés propio y originario (directo: excluyente y no excluyente e indirecto). Voy a estudiar ahora la última categoría de tercerista cuyo interés es propio o personal, aunque, a la inversa de lo que sucede en las instituciones hasta aquí analizadas, ese interés no es originario, por no haber

nacido en la esfera jurídica de quien lo ostenta. Se trata de las tercerías producidas por sucesión procesal.

La sucesión procesal se origina por cambio de un sujeto. Por ello suele confundírsela con la sustitución procesal, que he considerado en los dos capítulos precedentes. Existe, sin embargo, un elemento diferencial bien nítido. En la sustitución juegan dos intereses, uno subordinante y el otro subordinado; el primero el interés del sustituido y el segundo el del sustituto. El segundo es presupuesto de la sustitución y el primero lo es de la acción ejercitada, de tal manera que el sustituto persigue en el proceso la satisfacción de un INTERÉS AJENO como condición para satisfacer su propio interés. Por eso he calificado el interés del tercerista, en esas hipótesis, como INDIRECTO. En la sucesión, no existe más que un solo interés, que se TRANSMITE de un sujeto a otro, por lo cual lo caracterizo como directo, pero no originario (1).

Esta institución la considera Chiovenda (2), en el capítulo intitulado "Cambios posibles en la relación procesal", título "Transformaciones en la relación", párrafo "Modificaciones subjetivas", "Cambio en las partes". Estudia allí la "Sucesión a título universal" y la "Sucesión a título singular". Pero esta última la considera, no en relación al sucesor, sino al sucedido, que, debiendo continuar en la litis, cambia el interés de su legitimación, ya que sigue actuando a nombre propio, pero en interés ajeno. Habla así de "sustitución procesal" y considera la sucesión en la relación substancial (la transmisión del derecho) y la sucesión relación procesal, que sólo se produce cuando el sucesor se hace cargo de la litis, por consentimiento de las partes originarias.

(1) Véase mi ensayo *Sucesión y sustitución de partes en el proceso* en "La Rev. de Der. Jur. y Adm." Montevideo, tomo XXXVIII, pág. 141.

(2) Instituciones de Derecho Procesal Civil. Trad. Gómez Orbaneja. Madrid 1940, t. III, pág. 295.

Mi punto de vista difiere del expuesto por el Maestro, porque agrego, a la consideración de los sujetos (acción) y del órgano (jurisdicción), la del proceso, que sufre un cambio fundamental al suceder un sujeto a otro o agregarse otro sujeto.

La sucesión procesal tiene origen en la sucesión sustancial, es decir, en la transmisión del derecho, que legitima sustancialmente a los litigantes.

“Las personas a las cuales se transmiten los derechos de otras personas, de tal manera que en adelante puedan EJERCERLOS en *su propio nombre*, se llaman sucesores”, dice el art. 3262 del Código Civil. Pero solamente cuando la transmisión del derecho se produce habiendo ya éste originado un proceso, da origen a la sucesión procesal ⁽³⁾. La sucesión de derechos materiales puede ser a título universal o a título singular (art. 3263 Cód. Civil) y en el proceso ambas formas pueden originar la sucesión procesal, dando lugar a dos especies de tercerías, con algunas características propias.

En la sucesión a título universal, el cambio de sujeto se produce, en general, sin sujeción a la conformidad expresa o tácita de la contraria y puede originar el aumento de sujetos y la forma litisconsorcial necesaria propia.

En la sucesión a título singular (cesión de derechos litigiosos), prevista por algunos códigos procesales modernos, el cambio, para ser absoluto y sacar de la causa al cedente (sujeto procesal originario), requiere la conformidad del otro sujeto. Si esa conformidad no se produce, el sucesor (cesionario), asume el carácter de coadyuvante (sujeto procesal secundario) y se verifica la hipótesis a la

⁽³⁾ Sin embargo, puede originar una forma considerada en el párr. 142, la citación del pretendiente o presunto pretendiente. “Si la demandada, a quien demanda el cesionario de un crédito, no niega la deuda, pero pide se oiga al cesionario para evitarse el peligro de tener que pagar dos veces, procede dar vista a éste”. Cám. Civ. 2ª Cáp. Jur. Arg. 50 923.

cual se refiere Chiovenda, en la cual el cedente deja de defender en el proceso un interés propio, puesto que en adelante defiende el interés de su cesionario, es decir, un interés ajeno. Técnicamente debía ser a la inversa, es decir, asumir el sucesor el carácter de sujeto procesal secundario y el sucedido el de coadyuvante.

Es evidente que la transmisión de derechos incide sobre los sujetos y, como con acierto apunta Prieto Castro, si la ley procesal no provee la regulación de tal evento ⁽⁴⁾, se puede hacer necesaria la incoación de otro proceso, con el perjuicio y los gastos consiguientes.

208. II. Derechos sustanciales que protege. Sucesión a título universal y a título singular, diversas hipótesis. El sucesor como sujeto procesal. Sus caracteres.

En la sucesión a título universal, la concurrencia al proceso del o de los sucesores del sujeto fallecido, defiende el interés sustancial de éstos, a quienes, por la transmisión, pertenecen en adelante los derechos que se discuten.

En la sucesión a título singular, la concurrencia al proceso del cesionario, defiende el interés sustancial de éste, que, por el contrato de compra o cesión, ha adquirido la titularidad del derecho discutido.

En ninguna de las dos especies de transmisión de derechos admitida por el Código Civil, es posible negar a los sucesores la posibilidad de defender su derecho, pero debe también procurarse que no se lesiones el derecho del otro sujeto procesal, es decir, del contrario del sucedido.

En el caso de sucesión a título universal, deben considerarse dos etapas. La transmisión se produce en el momento mismo del fallecimiento del causante (arts. 3282 y 3420 Cód. Civil), pero en estado de indivisión si existe más de un heredero, que cesa con la partición convencional o

⁽⁴⁾ Op. cit. I, párr. 175.

judicial de los bienes. Durante la indivisión, se esclarece, determina y fija el carácter hereditario de los herederos y es la entidad sucesora la que sigue respondiendo de las obligaciones materiales y en consecuencia de las que surgen por la actividad procesal y debe reglarse la forma y manera de la representación de aquélla en el proceso por el estado de indivisión. Producida la división de la herencia, los créditos y las deudas se dividen (arts. 3485 y 3490 Cód. Civil) entre los herederos, en proporción a la parte atribuída en la herencia a cada uno de ellos, sin perjuicio, respecto a las deudas, de lo convenido en el acto de la partición (art. 3498 cód. cit.).

Así pues, si el causante ostentaba en el proceso una legitimación “ad causam” activa, el ingreso del sucesor o sucesores sólo está condicionado por la justificación de que al dividirse la herencia, les ha sido adjudicado totalmente el derecho del cual surgía la legitimación del causante, pudiendo originar de lo contrario, la necesidad de integrar la litis. Pero si el causante ostentaba una legitimación “ad causam” pasiva y quien concurre al proceso como sucesor, no es el único heredero declarado, la contraparte puede exigir la concurrencia de los otros herederos declarados, para integrar la litis (art. 3497 cód. civil).

Cuando el heredero ha aceptado la herencia pura y simplemente responde del resultado del pleito con los bienes del causante y los suyos propios (art. 3343 cód. cit.). Esta confusión de patrimonios puede ocasionar perjuicios al acreedor demandante, que tiene derecho a pedir la separación de patrimonios (arts. 3433 y 3444). Como se ve, la sucesión a título universal puede producirse en ambos sujetos procesales, es decir en el actor y en el demandado, con alguna variante posible en las facultades del contrario en esta última hipótesis.

Esta especie de tercería en interés propio, no originario, otorga siempre una legitimación “ad causam” (activa

o pasiva), plenaria, pero que puede no ser excluyente, si asume, como dije la forma litisconsorcial.

En el supuesto de sucesión a título singular, debemos considerar dos hipótesis: la aceptación por la contraria del sucesor (cesionario) y la no aceptación. Para este último supuesto, la ley procesal debe armonizar la defensa de dos intereses sustanciales, la del sucesor y la del otro litigante, lo cual consideran algunos códigos procesales modernos y ha provocado, a falta de disposiciones expresas, discrepancias en los fallos judiciales.

Aceptada la sucesión, el sucesor ostenta una legitimación "ad causam" plenaria. No aceptada la sucesión procesal por la contraparte, el cedente conserva el carácter de sujeto procesal primario, pero su legitimación cambia uno de sus elementos pues en adelante defiende un interés ajeno. El sucesor tiene entonces una legitimación "ad causam" restringida y como coadyuvante del cedido, es sujeto procesal secundario (arts. 111 Cód. Proc. Civ. de Italia, 53 de Santa Fe y 44 nuevo de Córdoba).

Tanto en la sucesión a título universal, como en la sucesión a título singular, cuando el cedente ingresa al proceso como sujeto procesal primario, las facultades y cargas procesales son plenarias, salvo en cuanto a la absolución de posiciones sobre hechos personales del sucedido y reconocimiento de firmas (arts. 1032 Cód. Civil y 141 Cód. Proc. Civ. Cap.). A diferencia del sustituto procesal, el sucesor, que es titular del derecho sustancial en litigio, puede formular reconocimientos, allanamientos y desistimientos.

Podría observarse que en la sucesión a título universal y en la sucesión a título singular, cuando la contraparte admite sin reservas el cambio de sujeto procesal, no existe tercería en el sentido común y generalmente aceptado de la institución. Pero, como he observado en el capítulo III, existe un cambio en uno de los sujetos, un eventual litisconsorcio y la posibilidad de extensión de los efectos del

proceso al cedente, que exigen una consideración procesal específica.

En todas las hipótesis consideradas, el sucesor procesal ingresa al proceso en el estado en el cual se encuentra ("in status et terminis") ya que de lo contrario se admitiría la restitución de términos, prohibida por la ley (art. 65 Cód. Proc., Civ. Cap.). Valen pues para el sucesor, los actos realizados y las preclusiones cumplidas para su antecesor.

209. III. Presupuestos procesales. 1º Competencia.

Como en el caso de la sustitución procesal, el cambio o aumento de los sujetos procesales por sucesión procesal, no debe incidir sobre la competencia, que sigue determinándose por el litigante originario. Sin embargo, esta regla sufre excepciones ocasionadas por el llamado fuero de atracción de los procesos universales (sucesión, concurso civil y comercial) ⁽⁵⁾. Este fuero, establecido por el artículo 3284 del Código Civil (art. 634 Cód. de Proc. Civ. Cap.), 22 de la ley 11.719 y 720 del Código de Procedimiento Civil de la Capital, desplaza la competencia cuando la sucesión se produce en el sujeto demandado y en acciones personales.

210. III. 2º Arraigo.

También puede influir la sucesión procesal en la excepción de arraigo. Así, si se ha exigido arraigo, y se produce la sucesión del sujeto a quien le fué exigido, por quien está domiciliado en el lugar donde tramita el pleito, el arraigo no procede ⁽⁶⁾. Por ello se ha resuelto que "no puede oponerse al cesionario la excepción de arraigo oponible al cedente" (Cám. Com. Cap., Jur. Arg., 3, 184; 28,

⁽⁵⁾ LASCANO, *Jurisdicción y competencia*, pág. 274.

⁽⁶⁾ FERNÁNDEZ, op. cit. pág. 116. ALSINA, op. cit. II, 110.

181; 1943, II, 878). Pero esta tesis, que importa aceptar la responsabilidad del cesionario, debe extender sus efectos a las costas, haciéndole responsable de las causadas antes y después de la cesión.

211. III. 3º El acto de transmisión del derecho litigioso.

La sucesión procesal tiene un presupuesto procesal específico, sin cuya justificación el sucesor no puede ingresar al proceso. El sucesor debe acreditar el acto en virtud del cual se ha producido la transmisión del derecho sustancial.

Estudiando la excepción de inadmisibilidad, dice Loreto sobre este tema: "Dada la naturaleza de ambos actos (originario y derivado), se permite discutir la existencia del acto originario ya que, si aquél no se ha efectuado, mal puede pretenderse ser titular de este último". "Si el acto de sucesión no se ha realizado, sería prácticamente inútil entrar a discutir acerca de la titularidad en el actor del derecho sustancial o de la obligación del demandado (7).

Es evidente la conveniencia de que el sucesor acredite, previamente a su ingreso a la litis, su carácter de tal. Es el caso previsto para los representantes por el art. 13 del Cód. de Proc. Civ. para la Capital y que puede originar la excepción de defecto en la personería. El acto de transmisión es de naturaleza sustancial, reglado por las leyes de fondo, pero no puede constituir un presupuesto de la sentencia, porque la acción no cambia, modificándose sólo subjetivamente uno de sus elementos. Esa modificación no se realiza en la relación sustancial sobre la cual versa el proceso, sino en una relación sustancial distinta, en la cual es un tercero el otro sujeto procesal.

El juez, de oficio, debe pues exigir se acredite la transmisión de acuerdo a las disposiciones que la reglan, según

(7) Rev. del Colegio de Abogados del Distrito Federal, Caracas. Año IV número 18, pág. 61.

se trate de sucesión a título universal o a título singular. En esta última hipótesis, debe examinar la transmisibilidad del derecho cedido (arts. 1444, 1445, 1449, etc. Cód. Civ.), la habilidad de los contratantes (arts. 1439 a 1443 cód cit.) y la forma del acto de transmisión (art. 1455 del código citado).

La contraparte puede deducir oposición al ingreso del sucesor, por deficiencias en la transmisión. Y en el caso particular de sucesión en el sujeto pasivo de la litis, puede oponerse al cambio, ya que sin su conformidad no existe delegación perfecta de deudor (art. 814 cód. civ.) y el cedente no puede ser puesto fuera de causa.

Cuando la sucesión se produce por fallecimiento de un sujeto, el proceso se paraliza transitoriamente y se emplaza a los sucesores para que comparezcan, bajo apercibimiento de seguirse el proceso en su rebeldía (art. 24 cód. de proc. civ. Mend.).

212. IV. Desarrollo procesal. Intervención del sucesor y del sucedido, en el caso de sucesión a título singular. Facultades y cargas procesales.

He explicado los motivos por los cuales no puede negarse el ingreso del sucesor de un sujeto al proceso. El proceso es un instrumento para la defensa de los derechos sustanciales y la circunstancia de que, por omisión o deficiencia de las leyes instrumentales no se encuentre reglamentado el procedimiento a tal fin, no puede coartar dicha defensa, porque ello importaría, ha dicho la Cámara Comercial de la Capital, una violación de lo dispuesto por los artículos 1457 del código civil y 17 de la Constitución (Jur. Arg. 1942 IV, 699).

Más aún, me parece que en nuestro derecho no es posible, tratándose de la sucesión del legitimado activo, impedir que el sucesor asuma el carácter de sujeto procesal pri-

mario (art. 1458 cód. civ.). Podrá exigirse la continuación del cedente, pero sólo como coadyuvante del cesionario.

Existen algunos pronunciamientos judiciales concordantes con lo expuesto:

“El tercerista de dominio sobre inmuebles puede enagenarlos durante el litigio, y el comprador ser tenido como parte” (ant. Cám. Civ. Cap. S. V., 16, 318).

“La cesión de derechos litigiosos importa una substitución procesal y el cesionario tiene derecho para intervenir en el litigio y ejercitar las acciones que nazcan del derecho cedido” (Cám. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 43, 163).

“El sucesor a título singular de los pretendidos derechos del demandado sobre el inmueble motivo del interdicto de despojo, tiene personería para intervenir en el juicio” (Cám. Fed. La Plata Jur. Arg. 38, 968).

“Es parte en la tercería, el que se ha hecho parte en el juicio ejecutivo invocando derechos derivados del ejecutante, como adjudicatario o cesionario del crédito” (Sup. Corte Fallos 92, 49).

Pero no siempre se ha resuelto admitiendo la sucesión procesal ⁽⁸⁾, a mi juicio por un concepto erróneo sobre la “litiscontestatio”. La sucesión procesal no innova en el proceso, en forma que pueda desvirtuar el principio de la inalterabilidad de los hechos litigiosos planteados en la demanda y en el responde. La modificación de uno de los sujetos, originada por muerte de un litigante originario o por traspaso a título singular del derecho sobre que versa el litigio,

(8) “No puede admitirse como parte al cesionario, después de trabado el juicio entre deudor y cedente, que contestó las excepciones, porque ello importaría una innovación en la relación procesal, inconciliable con los efectos que ésta produce” (Cám. Com. Cap. Jur. Arg. 17, 270). “Si la cesión se ha producido o ha sido notificada después de trabarse el pleito, el cesionario no tiene derecho a intervenir en el trámite, si la parte contraria se opone a ello. Lo contrario importaría desnaturalizar los efectos de la litis contestación” (Cám. Con. Cap. Jur. Arg. 62, 184; 64, 310).

produce un desplazamiento o cambio subjetivo, pero no objetivo en la relación sustancial. El objeto del litigio permanece inalterado y los hechos que dieron nacimiento a la acción también. Así como la conducta del actor o del demandado originarios, exteriorizada en actos posteriores a la demanda y a la contestación y salvo el caso de los llamados "hechos nuevos", no puede modificar los términos de la discusión, tampoco podrían modificarla los actos del sucesor de cualquiera de ellos.

La persona física del litigante no interesa, sino sus derechos y obligaciones con respecto a la pretensión y a la resistencia que originaron el litigio. Y esos derechos y obligaciones pasan al sucesor, con el acto mismo de la transmisión (art. 3266 cód. civ.).

El problema es otro y a mi juicio, de índole procesal y con solución dentro del mismo proceso. En primer lugar respecto a la responsabilidad por las costas del proceso. En segundo lugar con referencia a los medios de prueba. De la primera cuestión me ocuparé en el párrafo siguiente, la segunda se vincula a las facultades y cargas procesales y a la permanencia, como sujeto procesal secundario, del cedente. Esta permanencia es necesaria, tanto para facilitar la prueba de los hechos personales del cedente relacionados con la litis, como para hacer extensivos a él los efectos del proceso. Por eso sostengo que cedente y cesionario deben continuar en la litis y ambos están legitimados para la realización de actos procesales. Pero el cesionario, por el hecho de haber traspasado sus derechos sustanciales, carece de facultades para cumplir actos que impliquen disposición de los derechos, v. g. allanarse o desistir. Se ha resuelto lo contrario, admitiéndose la transacción celebrada entre cedente y deudor, en virtud de no haber sido notificada la cesión a éste último (art. 1469 cód. civ.) ⁽⁹⁾.

⁽⁹⁾ "El cedente, si la cesión no ha sido notificada al deudor, puede transar con éste y desistir del juicio, extinguiendo la acción" (Cám. Com. Cap. *Jur. Arg.* 51, 663).

En general y respecto a las facultades y cargas procesales de sucesor y sucedido, deben aplicarse las reglas sobre tercería coadyuvante.⁽¹⁰⁾

De acuerdo a los principios expuestos, es conclusión necesaria la de que no puede prescindirse del nuevo sujeto procesal que ha comparecido y si eso sucediera, se produciría un caso de indefensión que daría derecho a pedir la nulidad de actuaciones y aun podría abrirle al cesionario el recurso extraordinario por violación de la garantía de defensa en juicio de los derechos (arts. 17 y 18 Const.).

213. V. Sentencia. Efectos. Costas. Honorarios.

La sentencia dictada en el proceso donde se ha producido la sucesión a título singular de un sujeto, debe comprender a cedente y cesionario.⁽¹¹⁾ Así lo dispone el nuevo código procesal de Italia, aún cuando el sucedido o el sucesor sean puestos fuera de juicio. "La sentencia dictada contra estos últimos produce siempre sus efectos, aun contra el sucesor a título particular y puede impugnarla él, también, salvo las disposiciones sobre compra de buena fe y transcripción de los inmuebles" (art. 111 último apartado).

El código de Santa Fe establece que "Si durante la tramitación del proceso cambia la persona a la cual pertenece el interés en litis, por otro título que no sea la muerte o extinción de aquélla, la que intervino al comienzo conservará su calidad de parte y sus obligaciones en el pleito seguirán siendo las mismas, salvo conformidad expresa de la contraria" (art. 53).

⁽¹⁰⁾ "El cesionario del demandado tiene derecho para vigilar los procedimientos e impugnar la liquidación practicada por el actor" (Cám. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 11, 578).

⁽¹¹⁾ "El cesionario que no ha sido parte en las actuaciones no puede hacer valer la sentencia obtenida por su cedente contra de un tercero, sino en juicio contradictorio" (S. C. *Jur. Arg.* 9, 832).

Admitiendo la necesaria intervención del cesionario, se ha decidido, bajo un punto de vista equivocado, aun cuando la resolución se ajuste a derecho que “el litigante que cede sus acciones deja de ser parte en el juicio y es nula la sentencia dictada a su favor” (Just. de Paz Cap. Jur. Arg. 74, 50).

Las costas del proceso son originadas por la actividad procesal y como el sucesor continúa la persona del cedente y éste, procesalmente integra aquella, uno y otro deben responder de las costas causadas, como así de los eventos del proceso. ⁽¹²⁾ No siempre se ha resuelto así, sin duda por el error común sobre la naturaleza de las costas, instituto de índole exclusivamente procesal. ⁽¹³⁾ No es el acto material de la transferencia lo que debe contemplarse para determinar la responsabilidad sobre costas sinó la substitución procesal que ella produce. No son pues ajustados a derecho los fallos que niegan a los profesionales del cedente, el derecho de perseguir por sus honorarios al sucesor de aquél. ⁽¹⁴⁾.

La mayoría de los pronunciamientos judiciales, sin embargo, se han orientado por el buen camino:

“Los derechos que confiere la ley contra el cedente de una herencia, gravitan contra el cesionario” (Cám. Civ 1ª Cap. Jur. Arg. 6, 71).

“El cesionario de un crédito responde por los gastos de

⁽¹²⁾ “Si el cesionario se solidarizó con las medidas de embargo y secuestro pedidos por el cedente, responde por los daños ocasionados si estas medidas fueron pedidas sin derecho” (Cám. Civ. Mend. Jur. Mend. V, 332).

⁽¹³⁾ Véase: RICARDO REIMUNDÍN, *La condena en costas en la legislación argentina*. Bs. As. 1942 y PODETTI *Legislación en materia de costas* (folleto). S. Juan.

⁽¹⁴⁾ “Los trabajos profesionales prestados al cedente, no confieren acción contra el cesionario (sin perjuicio del privilegio que podrá invocar al liquidarse el crédito)” (Cám. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 2, 213; 26, 740. Análogo: Cám. Com. Cap. Jur. Arg. 62, 489).

justicia que debía pagar el cedente" (Cám. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 4, 398).

"La cesión... en la sucesión, no libera al cedente de pagar los honorarios devengados en el juicio seguido por el causante por reivindicación, sino ha habido novación expresa" (Cám. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 6, 188).

"El cesionario del heredero responde por los honorarios devengados antes de la cesión por el abogado del cedente" (Cám. Civ. 2ª La Plata Jur. Arg. 73, 407).

"El actor, que después de agregados los alegatos, cede sus derechos en el juicio, no puede sustraerse al pago de las costas que le impuso la sentencia" (art. 1459)" (Cám. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 1943-II, 326).

Conviene hacer referencia a una situación particular. Dije que el sucesor a título universal no tiene obligación de reconocer las firmas de su causante (art. 1032 cód. civ. y 141 cód. proc. civ. Cap.). Si no la reconoce voluntariamente, se hace necesario proceder a la comprobación pericial, con los gastos consiguientes. Cuando la firma resulta auténtica esas costas deberán ser a cargo del sucesor, si es que pudo, presumiblemente, saber si la firma era de su causante ⁽¹⁵⁾.

214. VI. Disposiciones procesales en la legislación argentina.

Mencioné ya (parágrafo 213) un artículo del código de procedimientos civiles de la provincia de Santa Fe, que se refiere a la institución que estudio. Se trata del artículo 53 incluido en el libro I, título 2º Sección 1ª. (Disposiciones generales). Se refiere a la sucesión a título singular, que acepta implícitamente, al disponer, con acierto, que, salvo conformidad expresa de la contraria, el cedente "conservará su calidad de parte y sus obligaciones en el pleito segui-

⁽¹⁵⁾ EDUARDO PRAYONES, Nociones de Derecho Civil. Derecho de Sucesión. Notas de sus lecciones por Américo S. Cacici. Bs. As., pág. 152.

rán siendo las mismas”. Quiero decir que el cedente continuará como sujeto procesal, con facultades y cargas inherentes a tal carácter y que le alcanzan como tal los efectos de la sentencia como ya anoté.

El nuevo código cordobés en el libro I. título 2º, “Partes” bajo el rubro de “Intervención del tercero como sucesor”, incluye el artículo 44 referente a esta materia. Dicha norma reza así: “Cuando un tercero pretendiere intervenir, durante la tramitación de un juicio, como sucesor de una de las partes, sólo será admitido siempre que se trate de un sucesor universal. Si no lo fuere, podrá hacerlo de conformidad con el artículo 56”. Este artículo, que está incluído en el capítulo referente a la “Intervención de terceros en el juicio”, dice: “Todo aquel que sin ser parte en un juicio, tenga en él un interés legítimo, puede intervenir como tercero, en cualquier estado del trámite, ya sea voluntariamente o por emplazamiento”.

“En el primer supuesto del párrafo anterior, queda el tercero ligado al procedimiento y a las consecuencias del juicio. Asimismo, lo estará en el segundo, si fuese llamado antes de trabado el pleito y en tiempo hábil para ser oído”.

Dejando a un lado la idea de tercero que no es parte, que he considerado ampliamente en esta obra y la concepción doctrinaria que inspira estas disposiciones, me parece que el código de Córdoba protege, con eficacia los diversos intereses en juego. No obstante, si la contraria aceptara expresamente la sucesión, no creo que pudiera impedirse el cambio de posición de cedente y cesionario, pasando éste a ser sujeto procesal primario y aquél secundario, en calidad de tercerista coadyuvante, como corresponde, de acuerdo al interés sustancial que mueve a cada uno de los sujetos.

SECCIÓN VI

TERCERÍAS EN INTERÉS AJENO

CAPITULO XIII

LEGITIMACION FAMILIAR Y PUBLICA

215. I. Fines y efectos de la legitimación familiar y pública. Derecho substancial que protege. Caracteres. — 216. II. Legislación nacional. 1º Insania. — 217. II. 2º Nulidad de matrimonio. — 218. III. Presupuesto procesales. 1º Competencia. — 219. II. 2º El dictamen o certificación de facultativo, como presupuesto procesal. — 220. IV. Medidas precautorias. — 221. V. Sustanciación. 1º Facultades de los sujetos. — 222. V. 1º a) Parientes. — 223. V. 1º b) El Ministerio Público. — 224. V. 1º c) El curador. El presunto insano. — 225. V. 2º Desistimiento. — 226. V. 3º Algunos aspectos del desarrollo procesal. — 227. VI. Sentencia, cosa juzgada. Costas.

215. I. Fines y efectos de la legitimación familiar y pública. Derecho sustancial que protege. Caracteres.

Corresponde a esta sección de la obra, el estudio de los procesos con intervención de terceros, que protegen un interés ajeno. Los intervinientes en esta clase de procesos, ostentan, dentro de todos los supuestos estudiados en este libro, una legitimación menor, es decir, menos fuerte y consecuentemente sus facultades procesales son más reducidas.

Se trata de una legitimación de obrar y contradecir típicas, generalmente parcial, con facultades procesales que pueden ser limitadas “ad-témpera” y de acuerdo a su natu-

raleza. El sujeto puede estar legitimado solamente para poner en movimiento el proceso, es decir, para darle nacimiento o para ello y además para ejercitar determinadas facultades de la acción, limitadas por la naturaleza y objeto de esta legitimación.

Calamandrei, estudiando los requisitos de la acción, que, en su concepto son tres "a) un *cierto hecho específico jurídico*, o sea una cierta *relación entre un hecho y una norma*; b) la *legitimación*; c) el *interés procesal* ⁽¹⁾, examina detenidamente los supuestos de legitimación, procurando establecer distinciones prácticas entre el derecho sustancial y la legitimación procesal. Distingue la legitimación activa y la pasiva, examinando luego los casos de legitimación individual, la común a varios (litisconsorcio), la sucesión y substitución procesales, la legitimación por categorías (familiar) y la pública. Estos dos últimos casos son los que examinaré en esta parte del Tratado.

Refiriéndose a lo que denomina legitimación por categorías, dice ⁽²⁾ "pero los casos en los que se ve con mayor claridad la posibilidad de una distinción práctica entre el derecho sustancial y la legitimación *ad causam*, son aquellos en los que se controvierte no en torno a una relación obligatoria, sino en torno a una relación de *status* personal o familiar, que se sale de la órbita de la disponibilidad de los particulares: aquí puede ocurrir que las personas a las cuales la ley reconoce el poder de obrar sean diversas de aquellas que, según el derecho sustancial, son directamente partícipes de la relación controvertida. Así sucede, por ejemplo, que la legitimación activa para impugnar la nulidad del matrimonio se conceda por la ley no solamente a los esposos, el uno frente al otro, sino, además, respecto de ambos esposos, a las personas pertenecientes a un cierto círculo de familia (art. 115 libro I C c.), esto es, a personas

(1) Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, pág. 182.

(2) Op. cit. pág. 190.

no participantes en aquella relación matrimonial de cuya naturaleza se discute; y algo similar se verifica en el caso de LEGITIMACIÓN PARA OBRAR EN TEMA DE INTERCCIÓN E INHABILITACIÓN (art. 420, libro I, C. c.)”

“Esta separación entre la legitimación *ad causam* y el derecho sustancial llega a su maximun en aquellos casos, cada vez más frecuentes, también en nuestro derecho (véase par. 35), en que la legitimación para obrar corresponde, aun en materia civil, al ministerio público (art. 69 C. p. c.: “el ministerio público ejerce la acción civil en los casos establecidos en la ley).”

Casos concretos de legitimación familiar, entre nosotros, observamos en los procesos por insania y curatela, en los referentes a la tutela y en los de nulidad de matrimonio.

De legitimación pública, en la facultad concedida a los ministerios públicos de ejercitar la acción en ciertas hipótesis de nulidad de matrimonio y de accidentes del trabajo y en general en la representación promiscua o única, de litigantes menores, incapaces y ausentes y en la facultad de pedir la declaración de insania concedida a “cualquiera persona del pueblo, cuando el demente sea furioso, o incomode a sus vecinos” (art. 144 inc. 5º cód. civ.) y de denunciar la existencia de impedimentos al matrimonio (art. 35 ley de matrimonio civil).

La doctrina y la jurisprudencia nacionales, en forma casi unánime, entienden que el pariente del presunto insano, que en cumplimiento de disposiciones legales (art. 470 cód. civ.) pide la declaración de incapacidad y el nombramiento de curador, no es parte en el proceso por insania. Igual criterio se acepta en la tutela (art. 378 cód. cit.) y en general, respecto al denunciante (art. 144 cód. cit.) ⁽³⁾.

(3) Se trata de un concepto histórico. Dice MAINZ: “No hay intervención (de terceros) sin que haya *interés personal*. He aquí porque no tenemos que ocuparnos de las intervenciones aparentes del “vindex”, del “adsertor libertatis” así como de los *parientes*

No comparto este criterio. Los elementos personales del proceso están constituidos por el órgano, sus auxiliares y los sujetos. Aparte de los auxiliares permanentes del órgano jurisdiccional (secretarios, oficiales de justicia, etc), también lo son los peritos, martilleros, depositarios, traductores, expertos y testigos y en cierto modo, como auxiliares del órgano y de los sujetos, los abogados y procuradores. Quien comparece a SOLICITAR se ponga en movimiento la acción, que corresponde a otra persona, actúa como representante de ella, si esa representación está prevista en la ley o encaja dentro del concepto genérico de la misma. Así, el mandatario judicial es un representante; lo es quien ejerce una representación legal (el marido por la mujer, el padre por el hijo menor, el curador por el insano, el tutor por el pupilo) o una representación funcional. Pero si quien se presenta ejerciendo la acción o algunas facultades de la acción ajena, puede sufrir consecuencias procesales y no tiene obligación legal de dar cuenta al titular de la acción, de las gestiones cumplidas, no hay representación, sino el ejercicio, a cuenta y riesgo propios, de un derecho ajeno y en interés ajeno. Es obvio que esta situación excepcional sólo puede producirse en los casos expresamente autorizados por la ley. La ley otorga esa autorización como carga, aneja a situaciones específicas, ante la imposibilidad material de obrar del titular (menor, insano) y la carencia de representante legal (padre, tutor, curador) o bien por conveniencia pública (art. 144 inc. 5º cód. civ.).

Es claro que las circunstancias excepcionales que condicionan la legitimación para poner en movimiento un proceso por insania y curatela, por tutela o por nulidad de matrimonio, en interés del presunto insano, del incapaz o del orden público, limitan considerablemente las facultades

en diversas acciones concernientes al estado de las personas que les son allegadas" (Curso de Derecho Romano, trad. Pou y Ordina. Bs. Aires-Barcelona, 1913, I, pág. 604, nota 4).

procesales de aquéllos. Pero de allí a negarles el carácter de parte a quienes dan andamio al proceso, colocándoles en esa situación ambigua de no saber qué son, qué pueden pedir, de qué deben responder, va gran trecho.

Los procesos de esta índole, por insania especialmente, ganarían mucho en seriedad y aún en celeridad, reconociéndose a quienes los inician, el carácter de sujeto procesal, facultades determinadas y las consiguientes responsabilidades procesales.

No se necesita mucha meditación para observar la inconsecuencia doctrinaria de quienes afirman que los parientes del presunto insano, y, en general, los denunciantes, no son parte en el proceso, pero admiten que el proceso se abra a su petición. De acuerdo al principio universalmente aceptado en el proceso moderno, éste no puede ser puesto en movimiento de oficio ("nemo iudex sine actore"). La acción, con el concepto chiovendiano de acto inicial que da andamio al proceso, debe ser ejercitada por parte legítima. No se concibe, dentro de esta doctrina, que se ponga en movimiento el proceso, por quien "a priori" no puede ser considerado parte.

En la doctrina sobre la acción que he expuesto en mis obras, el acto inicial del proceso, que he denominado facultad de pedir protección jurídica al Estado, caracteriza al proceso civil democrático, porque su ejercicio corresponde exclusivamente al individuo. ⁽⁴⁾

Y bien, el proceso por insania ¿es acaso un proceso criminal, ya que se admite sea abierto por un denunciante que no se constituye en parte?

La doctrina que impugno, no solamente resta seriedad y estabilidad al proceso, sino que aparece en abierta contradicción con el art. 142 del código civil. "La declaración judicial de demencia, dice la disposición citada, no podrá

(4) Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil. Rev. Der. Proc. Año II, número II, pág. 141.

hacerse sino a *solicitud de parte* ... "Luego el artículo 144 enumera quienes pueden pedir la declaración de demencia o sea las personas a quienes el 142 denomina "partes". Se trata de un pleito (art. 147), es decir, un proceso bilateral, donde el insano, que puede ejercitar ciertas facultades procesales, es representado y defendido por un curador provisorio, promiscuamente con el ministerio pupilar.

El error en que se incurre en quienes niegan el carácter de sujetos del proceso a los parientes del insano, deriva de desconocer de donde proviene su legitimación y cuál es el interés sustancial que defiende. Se trata, como he dicho, de una legitimación sustancial ajena, es decir, del presunto insano o del incapaz, que, por razones de orden familiar o social y en razón de la presumida incapacidad de hecho del verdadero legitimado, TRASPASA la ley, parcialmente y "ad tempora" a uno o varios parientes, y al ministerio público. Ese interés sustancial puede coincidir, afectivamente, con el del pariente, pero nada tiene que ver con los eventuales derechos hereditarios de éste. (5).

El litigio, que existe, versa sobre la capacidad del presunto insano y se traba entre quienes, por creerlo así o por obligación legal, sostienen su insania y quienes se oponen a ella.

El interés que mueve al proceso, no es excluyente, de allí que puedan intervenir en el mismo diversas personas legitimadas para promoverlo y para colaborar en su instrucción. Todas ellas, denunciantes, curadores, ministerio público, defienden el interés del presunto insano y el público,

(5) "El pariente del presunto insano tiene el deber moral y legal de hacer la denuncia ante la autoridad judicial para que se adopten las providencias procedentes en bien de su persona y resguardo de sus bienes, pero no es un litigante propiamente dicho, que pueda sostener y defender un interés contrario al insano. La herencia futura de una persona y menos aún si ésta se encuentra en la situación desvalida en que la coloca la presunción de insania, no puede constituir un motivo legítimo para fundar una acción en justicia" (Cám. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 20, 314).

aun cuando lo INTERPRETEN diversamente, asumiendo por ello posturas contrarias. Así, unos pueden sostener e intentar probar la insania y otros la salud mental del denunciado.

De ese carácter (no excluyente) surge la posibilidad de la formación de litisconsorcios y de la unificación de personería de aquellos parientes que asuman igual postura, es decir, de un lado quienes solicitan la declaración de insania y del otro de quienes se oponen a ella.

En estos procesos siempre intervendrán más de dos sujetos legitimados total o parcialmente: parientes, denunciante, curador, asesor de menores, presunto incapaz, lo cual plantea diversos problemas ajenos al proceso clásico de dos sujetos y explica su consideración en esta obra, así sea someramente.

Es verdad que no existen intereses substanciales en pugna, por lo cual se trataría de un proceso sin litis, de un acto de la llamada jurisdicción voluntaria, ⁽⁶⁾ pero existe siempre una controversia fundamental de hecho: la capacidad o incapacidad mental del denunciado. Hay controversia sobre ese estado mental, existe la necesidad jurídica de litis para el tránsito de una persona de la capacidad de derecho que la ley presume (art. 140 cod. civil) a la incapacidad (arts. 141 y 153). Formule o no oposición en el proceso el presunto insano, es evidente que debe admitirse una RESISTENCIA implícita a perder su capacidad, es decir, a la PRETENSIÓN del denunciante en tal sentido, ya que el derecho a la capacidad, como un estado civil determinado, no es un derecho DISPONIBLE, del cual pueda despojarse voluntariamente una persona. Hay pues que admitir, en todos los casos la existencia de hechos litigiosos (conformidad del "caso" con la norma) aun cuando no aparecieren planteados. De allí que las leyes procesales del país y el propio

(6) Así la clasifican los códigos de Mendoza, Salta, Santiago del Estero y San Juan.

código civil (art. 142) exigen, como requisito imprescindible, el dictamen pericial.

Estudiando la intervención de terceros en juicios, dice Mattirollo: "El pariente del interdicendo, que trata de intervenir en el juicio de interdicción, se propone necesariamente o apoyar o combatir la demanda de interdicción".

"Si trata de asociarse a la demanda del proponente, su intervención no parece que pueda ser discutida seriamente. El art. 326 del código civil declara expresamente que cualquier pariente tiene derecho a proponer la interdicción; ahora bien, un derecho reconocido por la ley, puede hacerse valer, ya por medio de la acción con que se inicia un juicio, ya por medio de la intervención en el pleito promovido por otros, basándose en dicha acción. "Agrega luego: "La duda se presenta más seria cuando el pariente se propone con su intervención oponerse a la demanda de interdicción promovida por otros... Sin embargo, nosotros no vacilamos en considerar legítima también la intervención del pariente que se proponga combatir la demanda de interdicción." (7)

216. II. Legislación nacional. 1º Insania.

Ni el código de procedimiento civil de la Capital, ni la ley 50, contienen normas referentes al proceso por declaración de insania. Pero el código civil contiene, como en muchas otras instituciones, reglas materiales e instrumentales, mezcladas. Contienen normas de esta última clase, casi todos los artículos del título X sección I, libro I y algunos del título XIII (470, 471, 484). A ellos recurren casi con carácter exclusivo, los jueces de la Capital para instruir esta clase de procesos, olvidando que diversos códigos procesales del país, incluso el de la Provincia de Buenos Aires,

(7) Tratado de Derecho Judicial Civil, trad. Ovejero. Madrid, 1934, t. 3º, pág. 597.

tienen establecido un procedimiento especial. Y que, sin desmedro de lo dispuesto por el art. 66 cód. proc. civ., pueden y deben recurrir antes que a la doctrina, a las leyes del país, que integran nuestro ordenamiento jurídico.

Veamos sucintamente esa legislación, que es muy similar entre sí, aun cuando en algunos códigos, por omisión de los aspectos que aparecen ya reglamentados en el código civil, el cuadro procedimental es muy esquemático. Algunos incluyen el "juicio de insania", en el título dedicado a los procedimientos especiales (Buenos Aires, nuevo de Córdoba, Entre Ríos, Santa Fe); otros en el título o libro dedicado a los actos "de jurisdicción voluntaria" (Mendoza, Salta, S. del Estero, San Juan); otros, por último, lo reglamentan en un título sin otra sistematización (San Luis Tucumán). (8)

La mayoría de los códigos contienen disposiciones análogas al Código de la Pcia. de Buenos Aires, que empieza indicando las personas legitimadas para iniciar el proceso, por remisión al art. 144 del cód. civil y exigiendo el recaudo necesario de la agregación de un certificado médico (arts. 784 y 785). Dispone el rechazo "in limine" de la "demanda" si no se cumple ese recaudo (art. 786). Sigue con el

(8) Bs. Aires. Tít. XXII "De los juicios especiales", cap. III "Juicio de insania" (arts. 784 a 806). Córdoba. Libro III "De los juicios y procedimientos especiales", título XVII "Declaración de incapacidad" (arts. 546 a 552). E. Ríos. Tít. VIII "Juicios especiales", cap. XI, "Juicio de insania" (arts. 601 a 618). Mendoza, Libro III "De los actos de jurisdicción voluntaria", tít. V "De la declaración de incapacidad y su cesación" (arts. 1118 a 1126). Salta. Tít. XXIX "Jurisdicción voluntaria", sección II "Del nombramiento de tutores y curadores (arts. 790 a 795 y además algunos artículos de la sección I del mismo título). S. del Estero. Libro IV "Actos de jurisdicción voluntaria", título V "Declaración y cesación de incapacidad" (arts. 838 a 842). S. Fé. Libro IV "Juicios y procedimientos especiales", tít. V "Declaración y cesación de incapacidad" (arts. 539 a 543). S. Luis. Tít. XXX "Del juicio de insania" (arts. 1116 a 1138). San Juan. Libro III "De los actos de jurisdicción voluntaria", tít. V "De la declaración de incapacidad y de su cesación" (arts. 1133 a 1144). Tucumán. Título XIX "Declaración de insania" (arts. 543 a 551).

nombramiento de curador provisorio, previa vista al ministerio de menores y designación, a la vez, de dos peritos médicos (art. 787). Dispone luego la notificación del auto al demandado (art. 791), agregando el código de San Luis (art. 1123) que en ese acto se entregará al presunto insano "copia del escrito de demanda". Se autoriza luego el ofrecimiento de pruebas "conducentes" por el demandado "sin valerse de procurador o abogado y por intermedio del ministerio de menores". Establece normas para la designación de curador provisorio y peritos, en caso de que los bienes del demandado fueren reducidos, los cuales deberán recaer, necesariamente, en funcionarios oficiales que se desempeñarán "ad honorem" (art. 793). Reglamenta el recibimiento de pruebas ofrecidas por "el actor o el demandado" (art. 795), medidas precautorias sobre los bienes, en caso de demencia notoria (art. 797) y también sobre la persona del insano (art. 799); el trámite posterior a la prueba, el plazo y contenido de la sentencia (arts. 800 a 802). Autoriza el recurso de apelación y nulidad que podrán interponer "el actor, el curador, el ministerio de menores y el demandado" (art. 803); dispone que las costas "serán a cargo del demandante siempre que la sentencia no declare la incapacidad del demandado" (art. 805), "en caso contrario las abonará el insano", agrega el código de Entre Ríos (art. 615). Por último, hace extensivos estos trámites a "la solicitud o demanda de levantamiento de la interdicción" (art. 806).

En el nuevo código de Córdoba se nota la influencia de la doctrina nacional y de los fallos de los jueces de la Capital, cuando dispone: "Nombrado el curador "ad litem" y firme al auto de nombramiento, cesará la intervención del demandante" (art. 547 segundo apartado).

217. II. 2º Nulidad de matrimonio.

El artículo 84 de la ley de matrimonio civil, concede la acción para solicitar la nulidad del matrimonio, al "cónyuge que ignoró la existencia del impedimento" y a las personas "que hubieran podido oponerse a la celebración del matrimonio". Esas personas son: 1º el cónyuge de la persona que quiere casarse nuevamente subsistiendo el anterior vínculo (arts. 21 inc. 1º y 9 inc. 5º); 2º los parientes de cualquiera de los futuros esposos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o afinidad (art. 21 inc. 2º); 3º los tutores y curadores de cualquiera de los contrayentes (art. 21 inc. 3º); 4º el ministerio público (art. 21 inc. 4º). En el caso de viuda que intente casarse antes de los diez meses del fallecimiento de su esposo, no habiendo quedado grávida (arts. 22 y 93), pueden deducir oposición los parientes del marido en grado sucedible y cualquier persona puede denunciar la existencia de los impedimentos que menciona el art. 9 (art. 34), pero la acción de nulidad no puede ser ejercitada sino por las personas enumeradas en el art. 21.

En esta acción encontramos una mezcla de intereses propios y ajenos, privados y públicos. Este último interés (específicamente el de la familia como sostén de la sociedad), es el que caracteriza la institución y permite que cualquiera del pueblo, pueda denunciar (no accionar de nulidad, ni oponerse), los impedimentos al matrimonio, a fin de que el ministerio público deduzca la oposición pertinente.

En la hipótesis de bigamia, el interés que defiende el cónyuge del matrimonio anterior, es principalmente, propio, pero al concedérsele la acción, se ha tenido en cuenta, sobre todo, el interés social que sería afectado en grado sumo, si no se persiguiera la bigamia. En los demás casos, parientes, tutores, curadores, ministerio público, el interés es público y privado, siendo este último propio del contra-

yente ⁽⁹⁾, aunque los parientes se vean compelidos a actuar por sus sentimientos afectivos o en defensa de su interés hereditario, que aparece como subordinado. ⁽¹⁰⁾.

El código de la Capital guarda silencio sobre el trámite de este proceso, como asimismo sobre el de oposición y autorización para contraer matrimonio, que algunos códigos provinciales prevén y reglamentan. Ante ese silencio y dada la trascendencia que el fallo puede tener, es obvio que debe substanciarse en juicio ordinario (art 66 cód. Cap.), con las modificaciones que la doctrina y la jurisprudencia admiten en procesos donde está interesado el orden público. ⁽¹¹⁾.

En el proceso por nulidad de matrimonio, cuando quien ejercita la acción no es cónyuge en el matrimonio que se intenta anular, existirán tres sujetos al menos, ya que debe notificarse la demanda y emplazarse para comparecer a ambos cónyuges. No podría declararse nulo o inexistente el vínculo matrimonial sin oír y poner en situación de defenderse a ambos interesados directos, sea cualquiera la actitud que hayan de asumir.

218. III. Presupuestos procesales. 1º Competencia.

Dispone el artículo 140 del código civil que la demencia debe ser "verificada y declarada por juez competente". Según el art. 475. "Las leyes sobre la tutela de los menores se aplicarán a la curaduría de los incapaces" y según el art. 400 "el discernimiento de la tutela corresponde al juez del lugar

⁽⁹⁾ "La nulidad del matrimonio por locura de uno de los cónyuges, pueden alegarla los parientes dentro del cuarto grado, pero su acción no va más allá de la acordada a los mismos cónyuges" (S. Corte Tuc. Jur. Arg. III, 917).

⁽¹⁰⁾ "Prima sobre el interés hereditario de quien solicita la nulidad de un matrimonio, el interés social y de orden público" (Cám. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 39, 136).

⁽¹¹⁾ Véase sobre este tipo de procesos: CALAMANDREI, "Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio" en *Estudios sobre el proceso civil*, trad Sentís Melendo. Bs. Aires, 1945, pág. 277.

en que los padres del menor tenían su domicilio”, regla sólo aplicable en la hipótesis de insania de menores (arts. 145 y 149). Respecto a los mayores, la disposición general aplicable, sería la del artículo 403 que fija la competencia territorial, de acuerdo al domicilio del interesado, con las aclaraciones que introducen los artículos 404 y 405.

La determinación de la competencia, debe resultar, entonces, en el caso de insania, del domicilio real del único interesado (arts. 90 y 100 cód. civ.) y de la naturaleza de la cuestión a dilucidar que es exclusivamente civil, aun cuando el presunto interdicto ejerza el comercio.

En cuanto al proceso por nulidad de matrimonio, corresponde al juez en lo civil del domicilio conyugal o del último domicilio conyugal, en la hipótesis de matrimonio verificado en el país y traslado posterior del marido al extranjero (art. 104 ley de matrimonio).

Algunos códigos procesales del país norman expresamente sobre la competencia en esta clase de procesos. Así el de la Pcia. de Bs. Aires “Competen al juez de primera instancia del domicilio del demandado, las acciones tendientes a obtener: declaración de *insania*, concurso, alimentos provisorios y definitivos, litis expensas y además todos aquellos que se relacionen con el *estado civil de las personas*” (art. 8).

En un caso de conflicto de competencia entre un juez de la Capital y otro de la Prov. de Buenos Aires, la Corte Suprema lo resolvió a favor del primero, sin aludir, como parecía indispensable al domicilio real del denunciado y fundándose en la circunstancia de que el proceso ante el juez de la Capital había sido iniciado por la esposa. Dijo la Corte “que de la circunstancia de atribuir, en primer término, a la esposa, el art. 144 del código civil la obligación de iniciar el juicio de insania, se infiere que una vez cumplida ésta, los terceros o los apoderados carecen de facultades para hacerlo a su turno, se llega a la conclusión de

que el juicio iniciado por el mandatario (del insano) ante los jueces de la Pcia. de Bs. Aires cuando ya la esposa lo había hecho ante los jueces de la Capital, no puede válidamente ser contrapuesto a este último" (Jur. Arg. 47, 17). La argumentación sobre la base de la persona del promotor de la insania, aparece sin base legal, tratándose de competencia que debe determinarse por la persona del único interesado o sea el presunto insano. Y aun en el supuesto de dos demandas iniciadas ante juez competente, la cuestión debe ser resuelta por la fecha de iniciación de la demanda y no por quien la inició, si ambos se encontraban legitimados para hacerlo. (12).

La competencia en el proceso por insania, tiene una particular importancia, ya que el juez debe ver, en lo posible al denunciado y los peritos deben examinarlo. Por eso mismo se ha resuelto que el presunto insano puede denunciar la incompetencia (13). Y por ello, a mi juicio, puede ser deducida la incompetencia por cualquiera de los parientes legitimados a promover el proceso, de acuerdo al art. 144 del cód. civil; por el curador, el ministerio público o el cónsul, en su caso.

219. III. 2º El dictamen o certificación de facultativo, como presupuesto procesal.

Dije ya que la materia del proceso por insania, es el estado mental del denunciado, cuyo es el interés substancial que mueve el litigio. Por ello debe entenderse que el objeto de la litis no es propiamente la declaración de insania, sino la CONSTATACIÓN del estado mental del presunto insano, con la declaración judicial pertinente, sea declarando la insania o negando que ésta se haya producido. De

(12) La Cámara Civil 1ª de la Capital ha declarado que el "art. 144 cód. civil no establece prioridad entre las personas que pueden denunciar la insania" (Jur. Arg. 48, 839).

(13) Cám. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 34, 1160.

allí entonces que el dictamen médico, declarado necesario por el código civil (art. 142), es un "prius" de la declaración judicial correspondiente y que para dar seriedad al proceso "ab initio", por las consecuencias morales y aun materiales que el mismo trae aparejado, sea requisito previo, la opinión técnica de que existe la presunta insania.

Por eso dispone el art. 784 del cód. de la Pcia. de Bs. Aires que el denunciante, además de exponer los hechos y ofrecer la prueba, debe acompañar "un certificado médico que constate una opinión facultativa sobre el estado mental del pretendido insano". Agregando el art. 786 "Los jueces no darán curso alguno a las demandas que no reúnan los requisitos establecidos en los artículos anteriores". Quiere decir pues, que la falta de dicho certificado debe traer como consecuencia el rechazo "in limine litis" de la demanda defectuosa.

Se trata de un defecto procesal que puede ser incluido entre los que dan nacimiento a la excepción dilatoria de oscuro libelo o defecto legal en el modo de proponer la demanda (art. 84 inc. 4º cód. proc. civ. Cap.). Si por omisión judicial se diera curso a una demanda en esas condiciones, puede denunciar el defecto cualquiera de las personas o funcionarios legitimados para intervenir, incluso el denunciado.

Concordantemente con lo expuesto, ha dicho la Cámara Civil 1ª de la Capital (Jur. Arg., 1943-III, 404) que: "No es el hecho de la denuncia lo que pone en acción el procedimiento, sino aquellas constancias objetivas y concretas de que venga acompañada o que sean por ella señaladas y que fuesen demostrativas de que hay motivos para presumir un estado de anormalidad en el denunciado".

220. IV. Medidas precautorias.

El Código Civil admite (art. 146), en el caso de “dementia notoria”, una medida de precaución sobre los bienes del presunto insano, porque presume al denunciado incapaz de administrarlos. Se trata del nombramiento de un administrador provisorio (curador a los bienes) a quien se entregara el patrimonio del denunciado, previo inventario; o bien de un interventor en la administración (art. 471, Cód. Civil).

El código de la Pcia de Bs. Aires acoge la medida, que puede fundarse en el certificado médico que debe acompañarse a la demanda o en “otras circunstancias especiales” y la amplía, pues no se reduce al inventario y designación de administrador provisorio, sino que dispone la inhibición general (art. 795). Autoriza también una medida de igual índole sobre la persona misma del presunto insano, en caso de “demente furioso que ofrezca peligro al vecindario o a su familia”, disponiendo su reclusión en un establecimiento apropiado (art. 799).

Se trata de medidas que sólo pueden pedirse y decretarse cuando el proceso por insania ha sido ya iniciado.

Dentro de mi sistematización de las medidas cautelares ⁽¹⁴⁾, las autorizadas en esta clase de procesos pertenecen al tercer grupo: “las que tienen por objeto satisfacer necesidades primordiales urgentes o *preservar de daño inminente* a las personas o a sus bienes”.

La provisoriedad de esta clase de medidas, permite que se dejen sin efecto, aun antes de la sentencia que pone fin al proceso, cuando de acuerdo a pruebas acumuladas, resulten innecesarias.

(14) Cód. de proc. Civ. y Com. de Mendoza. Bs. As. 1937. III, 218. Las medidas cautelares y el emb. prev. de los frutos de la cosa litigiosa en Rev. Der. Proc. Año I, núm. 2, pág. 145.

221. V. Sustanciación. 1º Facultades de los sujetos.

Los principios doctrinarios que he expuesto precedentemente, en su aplicación práctica al proceso de insania, permiten afirmar: 1º, que las personas a quienes la ley autoriza a denunciar la insania, son sujetos procesales secundarios en dicho proceso; 2º, que sus facultades y cargas procesales son limitadas; 3º, que su legitimación “ad processum” puede ser temporal. Estas limitaciones derivan: a) de la naturaleza de orden público de la cuestión a dilucidarse, que amplía considerablemente las facultades del órgano jurisdiccional; b) de la circunstancia de que el interés sustancial que mueve el proceso es del presunto insano; c) que las facultades y cargas consiguientes, se distribuyen entre el órgano jurisdiccional, el curador, el insano y el denunciante; d) que no puede admitirse que el móvil del denunciante sea la declaración de insania, sino la CONSTATACIÓN de si ella existe o no y en caso asertivo, su declaración y la adopción de medidas de seguridad de la persona y bienes del interdicto. Consecuencia de esto es que el denunciante puede solicitar medidas encaminadas a esa constatación y a que se tomen las providencias consiguientes.

Resulta así compleja la determinación de los actos que han de serle permitidos y ellos, en alguna forma, pueden sólo ser sistematizados por los fallos, en base a los topes que la doctrina les fija.

222. V. 1º a) Parientes (art. 144 incs. 1º y 2º cód. civil).

Los esposos, al igual que los demás parientes del presunto insano, pueden promover el proceso respectivo, pero, la misma ley que los legitima, restringe la facultad a los esposos “no divorciados” (art. 144, inc. 1º). Como los motivos determinantes de esta restricción, juegan también en la hipótesis de juicio de divorcio en trámite y talvez con

mayor fuerza por la repercusión que el proceso por insania pudiera tener en el de divorcio, ha resuelto acertadamente la Cámara Civil 2ª de la Capital que: “pendientes demandas por divorcio o de nulidad de matrimonio, ninguno de los esposos puede pedir declaración de demencia respecto al otro” (Jur. Arg., 60, 162). Entiendo que por las mismas razones, los cónyuges en tal situación no pueden figurar como sujetos del proceso y en consecuencia carecen de facultades procesales en él.

Los cónyuges, si bien están legitimados para iniciar el proceso e intervenir en él ⁽¹⁵⁾, no están obligados a hacerlo y por ello la circunstancia de no haber ejercitado tal facultad, no puede ser óbice para que se les otorgue la curatela (art. 476, Cód. Civ.) ⁽¹⁶⁾.

La naturaleza de la legitimación de los parientes y el interés público en juego en el proceso, originan, como dije, que las facultades procesales de aquéllos sean menores que las comunes y exigen del juez, en cada caso, el examen del fin y propósitos de las peticiones que formulen, para acogerlas o rechazarlas. En este proceso más que en ningún otro, el juez debe cuidar el buen orden del procedimiento (art. 52, Cód. Proc. Civ.) ⁽¹⁷⁾ y procurar que el proceso cumpla sus fines últimos. Por ello se ha resuelto, acertadamente, que “el cónyuge denunciante del presunto insano, carece de derecho a oponerse a la designación de los médicos indicados por la persona afectada para que procedan al examen de su salud y dictaminen sobre su capacidad” ⁽¹⁸⁾.

Dije, en el primer párrafo de este capítulo, que los jueces, erróneamente a mi juicio y sin duda por confusión

⁽¹⁵⁾ “No puede negarse al marido, intervención en el trámite del juicio de insania de la esposa” (Cám. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 34, 374).

⁽¹⁶⁾ Cám. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 69, 167.

⁽¹⁷⁾ Cám. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 20, 315.

⁽¹⁸⁾ Cám. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 31, 546.

sobre el interés sustancial que motiva el proceso, han negado, con frecuencia, el carácter y las facultades de sujetos del proceso a los denunciantes ⁽¹⁹⁾.

Con mejor criterio, ha dicho la Cámara Civil 1ª de la Capital que “las facultades de formular peticiones y de proponer peritos, que reconoce la jurisprudencia a los parientes del presunto insano, deben regularse con criterio restrictivo, para evitar dificultades en el trámite, que perjudiquen al incapaz, a cuya protección responde el régimen legal” (Jur. Arg., 68, 233) ⁽²⁰⁾.

En otros casos se ha llegado en los fallos, a conclusiones menos genéricas sobre las facultades procesales de los parientes negándoles algunas y reconociéndoles otras. Así, se le ha NEGADO: el derecho de “apelar la sentencia que declara sano al denunciado” ⁽²¹⁾ lo cual me parece equivo-

⁽¹⁹⁾ “El curador es el representante legítimo del incapaz y tiene facultades para gestionar y administrar sólo en todo lo que atañe a la persona e intereses del curado, y sólo él puede asumir el rol de parte en los juicios correspondientes” (Cám. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 24, 224). “Los parientes del incapaz pueden simplemente formular denuncias o reclamaciones en las situaciones que la ley lo autoriza, para que se adopten las medidas procedentes, pero sin convertirse en parte.” (C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 24, 224; Conf. C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 53, 622.) “El denunciante de la insanía no es parte en el juicio respectivo, no pudiendo intervenir en él, ni proponer perito médico para el examen del presunto insano.” C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 26, 643.) “Una vez acogida la denuncia de insanía, deja de ser parte el denunciante y el juicio continúa con el curador provisorio, el asesor de menores y la intervención del insano para salvar omisiones del curador o allegar elementos sobre su capacidad.” (C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 31, 546.) “No existe disposición alguna que le dé al denunciante, el carácter de parte en el juicio de insanía” (C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 32, 1048. Conf. C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 46, 650.) “La intervención del denunciante, en el juicio de insanía, se limita a ese sólo efecto, sin que pueda constituirse en parte contraria para contradecir e impugnar providencias que se dicten en autos.” (C. Civ. 1ª Cap. Jur. Arg. 33, 473.)

⁽²⁰⁾ “Designado el curador provisional, la intervención del denunciante debe cesar, sin perjuicio de las facultades del juez de la causa para tomar en consideración peticiones que puedan ser convenientes para los intereses personales o pecuniarios del denunciado como insano.” (C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 31, 226.)

⁽²¹⁾ C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 24, 894.

cado, por cuanto la segunda instancia en un proceso de esta índole, significa una mayor garantía de acierto en la resolución definitiva. Igualmente se les ha negado el derecho de recusar sin causa ⁽²²⁾.

Sin reconocerles expresamente la situación procesal de sujetos, se ha concedido a los parientes diversidad de facultades procesales, concordantes con el interés del presunto insano. Así, se ha resuelto:

“Los hermanos de la insana tienen personería para oponerse al ejercicio de la curatela por el marido, aportando elementos de juicio para que el juzgado se pronuncie” (Cám. Civ. 1ª Cap., Jur. Arg., 26, 557).

“Los padres del presunto insano, tienen personería para hacer gestiones judiciales, si le tienen a su cargo en su domicilio, con el consentimiento de su esposa” (Cám. Civ. 1ª Cap., Jur. Arg., 10, 249).

“El pariente del insano puede pedir la declaración de insania, si esa declaración tiende a garantizar la persona y el patrimonio de su defendido, o bien oponiéndose a ella si no existen motivos para declararla” (de la sentencia de 1ª inst. en Jur. Arg., 20, 315).

“Aunque no con el carácter de parte, los hermanos del insano están facultados para presentarse en el juicio de insania y sus incidentes, aportando elementos de juicio que el juez apreciará” (Cám. Civ. 1ª Cap., Jur. Arg., 34, 139).

“El denunciante de la insania tiene derecho a apelar contra la sentencia que revoca la resolución que dispuso la designación de otro perito médico, y le impuso las costas del juicio” (Cám. Civ. 2ª Cap., Jur. Arg., 42, 259).

“Los parientes del insano tienen personería para reclamar la curatela definitiva, con prescindencia de los trámites de la rehabilitación, si el cargo se encuentra vacante por fallecimiento de la persona que lo desempeñó anteriormente” (Cám. Civ. 1ª Cap., Jur. Arg., 48, 828).

(22) C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 52, 121.

“La esposa del presunto insano, haya sido o no denunciante, puede ser oída, quedando librado a la discreción del juez tomar o no en consideración sus peticiones” (Cám. Civ. 1ª Cap., Jur. Arg., 51, 499. Conf. Cám. Civ. 1ª Cap., Jur. Arg., 63, 856; 64, 99).

223. V. 1º b) El ministerio público.

De acuerdo a lo que dispone el inciso 3º, art. 144 del Código Civil, un representante del ministerio de menores debe intervenir, necesariamente, en el proceso por insania y consecuentemente en el por cesación de incapacidad. Tiene facultades para promover el proceso y pedir el nombramiento de curador (art. 469, Cód. Civ.), ejercitar dentro de él todas las facultades compatibles con el interés del presunto insano. Puede así solicitar medidas precautorias (art. 491, cód. cit.), remoción del curador, etc., además de su intervención, también necesaria en todos los pleitos que interesen al incapaz ya declarado (arts. 493, Cód. Civ. y 137, ley 1893).

“El derecho del asesor de menores de pedir la declaración de la insania, ha dicho la Cámara Civil 1ª de la Capital, es propio e indivisible y completamente independiente del conferido al esposo o pariente; por lo tanto no sólo puede ejercitarlo cuando se desiste de la denuncia o se hubiera hecho por persona no autorizada, sino también cuando por medios propios, o por otro conducto, supiese que un alienado necesita su auxilio” (Jur. Arg., 48, 839).

Ya vimos, que según doctrina que surge de los fallos de los jueces de la Capital, sólo el asesor de menores y el curador son sujetos procesales, posición equivocada, como he dicho y que los asesores de menores han sostenido ahincadamente.

Los códigos procesales de provincias establecen, cumpliendo así el recaudo exigido por la ley de fondo, la intervención del ministerio de menores (art. 787, Pcia. de Bue-

nos Aires), pero, denominando, en general, al denunciante, actor y al denunciado, demandado (art. 795, cód. cit.).

En el proceso por nulidad de matrimonio, debe intervenir, también necesariamente, el ministerio público (art. 119, ley 1893), pudiendo promover el proceso en ciertos casos (arts. 84, 85 y 21, ley de matrimonio).

224. V. 1º c) El curador. El presunto insano.

El curador provisorio, que debe designarse inmediatamente de promovido el proceso, si éste reúne los requisitos procesales que patentizan su seriedad, no puede ser considerado sujeto del proceso. Es simplemente un representante necesario del presunto incapaz, que integra su personería, subsanando el defecto de capacidad que en él se presume. Así resulta de lo dispuesto por el art. 787 del cód. de la Pcia. de Buenos Aires cuando establece el nombramiento de un curador provisorio para "que represente y defienda en el pleito (al presunto insano), hasta que se pronuncie la sentencia definitiva". Quiere decir, pues, que las facultades y deberes del curador provisorio, estarán determinados por la salud mental del curado y por las facultades que éste ejerza o pueda ejercer.

Como el presunto incapaz es aun una persona jurídicamente habilitada para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones (art. 140, Cód. Civ.), va de suyo que debe ser oído en el proceso donde se pretende constatar su insania y puesto en condiciones de defenderse, si quisiera y pudiera hacerlo. Un proceso en el cual no se hubiera procedido así, sería insanablemente nulo, por violación de la garantía constitucional de la defensa de los derechos y de los bienes (arts. 17 y 18 Const.). Naturalmente que por la facultad de poner orden en los juicios (art. 52, Cód. Proc. Civ.), ampliada considerablemente por los fines del proceso y el presumible estado del denuncia-

do, que hace necesario completar su personalidad con un curador provisorio, el ejercicio de sus facultades procesales puede ser restringido, acogiendo o no sus peticiones, según los casos. Pero, desde el auto que da andamio al proceso, con la designación de curador provisorio, el presunto insano debe ser puesto en condiciones de defenderse. A tal fin, el código de Buenos Aires ordena que se le notifique, personalmente o por cédula, el auto referido (art. 791) y con mayor acierto, el de San Luis, que en ese acto debe entregársele "copia del escrito de demanda", dándosele así conocimiento directo, si su estado lo permite, de lo que se aduce para justificar la promoción del proceso.

Tanto o más incierta que en el caso de las facultades de los parientes, es la jurisprudencia de la Capital sobre la intervención del presunto insano, en el proceso donde se debate su estado mental.

Así, mientras se ha dicho, con rigor jurídico que "el denunciado como insano tiene derecho a ser oído, mientras no se dicte sentencia que declare su insania, máxime si no existe pericia o circunstancia que la hagan verosímil" ⁽²³⁾ y que "puede tomar una intervención personal en la secuela del juicio" ⁽²⁴⁾, se ha declarado, en otros casos, que el presunto insano "no es parte en el juicio de insania", reconociéndosele personería al sólo efecto de llenar las omisiones en las cuales haya incurrido su curador ⁽²⁵⁾ y que no debe concederse un recurso de apelación, contra la sentencia de interdicción, sin ser oído el curador y el asesor de menores ⁽²⁶⁾.

Con mayor amplitud, en otros casos, se le han reconocido facultades, no solamente para salvar omisiones del cu-

⁽²³⁾ C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 31, 841; 1943-III, 404; C. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 56, 853; 65, 822

⁽²⁴⁾ C. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 34, 171.

⁽²⁵⁾ C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 34, 1160.

⁽²⁶⁾ C. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 30, 136.

rador, sino para “allegar elementos de juicio sobre su capacidad” (27).

Con referencia a facultades procesales específicas, se le ha reconocido facultad de “denunciar” la incompetencia (28) y se le ha negado la de proponer peritos (29). En otro caso se dijo que si bien “el presunto insano puede hacer su defensa y tomar intervención en el juicio de insania, no ha de dársele traslado de los diversos trámites, ni oírlo necesariamente” (30).

En la Pcia. de Buenos Aires, las medidas de prueba debe proponerlas el presunto insano por intermedio del ministerio de menores (art. 792) (31), pero se le concede derecho a interponer los recursos de apelación y nulidad, directamente (art. 803).

225. V. 2º Desistimiento.

La facultad de desistir de una acción ejercitada en juicio, forma parte de la acción, aun cuando tenga diferentes efectos según la oportunidad de su ejercicio y la conformidad o disconformidad de la contraria. Pero en el proceso por insania, por los fines que persigue y el interés público que en él juega y que justifican que, aunque sea con carácter de medidas precautorias, pueda privarse de libertad personal y del derecho de administrar sus bienes a quien aún no se ha declarado incapaz, esa facultad no existe. El órgano jurisdiccional puede rechazar “in limine litis” una demanda carente del recaudo imprescindible del certificado médico, pero una vez puesto en marcha el proceso por haberse cumplido los requisitos legales, el proceso debe seguir en todas sus etapas, hasta la sentencia definitiva

(27) C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 31, 546; C. Civ. 2ª *Jur. Arg.* 1942-III, 421 (con nota de DÍAZ DE GULJARRO).

(28) C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 34, 1160.

(29) C. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 1944-I, 562.

(30) C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 48, 840.

(31) C. Ap. Azul. *Jur. Arg.* 44, 375.

que declare constatada la alienación o la capacidad del denunciado. No es posible por ello admitir, una vez que se ha dado curso al proceso, que el desistimiento pueda darle fin. Si ello se admitiera, se permitiría que se ocasionaran al presunto insano, perjuicios morales y económicos que pueden ser irreparables, tanto si la insania no existe, como si realmente existe.

Por ello, sin quitar a los sujetos del proceso, que le iniciaron, la facultad de desistir de la acción ejercitada, con las consecuencias procesales consiguientes, no debe admitirse que ello traiga aparejado el fin prematuro del proceso, sea cualquiera la actitud de los demás sujetos. Vale decir, que si los particulares que promovieron el proceso o concurrieron a él colaborando en su instrucción, en un sentido o en otro, desistieran todos o aceptaran o adhirieran al desistimiento formulado por quien lo inició, los funcionarios que en él intervienen deben continuarlo. En consecuencia, ni el juez puede dar por terminado el proceso por el desistimiento, ni el ministerio público y el curador provisorio pueden formularlo o adherir a él y deben, necesariamente, continuar colaborando con el juez, en la substanciación del proceso.

Esta conclusión ha sido afirmada en algunos pronunciamientos judiciales. Así, se ha dicho que “no procede el archivo de las actuaciones a pedido del denunciante que desiste del juicio de insania ⁽³²⁾. Pero también se ha resuelto lo contrario, acogiendo ampliamente el desistimiento formulado por el marido denunciante de la insania porque “el juicio no tenía porque proseguir, en razón de no haber quedado parte y de que no puede serlo el señor asesor,

(32) C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 31, 546; 37, 975; C. Civ. 2ª Cap. *Jur. Arg.* 33, 838 En el mismo sentido, fundada en la existencia de “un informe médico desfavorable para el presunto insano”, la sentencia de la C. Civ. 1ª Cap. en *Jur. Arg.* 33, 166.

cuando como en el caso, no consta la necesidad de la acción pública" (art. 144, Cód. Civ.) ⁽³³⁾.

226. V. 3º Algunos aspectos del desarrollo procesal.

De conformidad a lo expuesto sobre la legitimación y facultades procesales de los sujetos que intervienen en esta especie de procesos, resultan algunas consecuencias interesantes sobre su actuación.

En primer lugar debe observarse que el ejercicio de la facultad de promover el proceso por insania, tiene, respecto a los parientes, un cierto carácter de obligatoriedad, ya que si bien no pueden ser constreñidos a hacerlo, su omisión puede ser interpretada como la causa de indignidad para heredar a la cual se refiere el art. 3295 del Cód. Civil.

En segundo lugar, que la promoción del proceso por uno de los parientes del presunto insano o por otra persona autorizada para ello, impide la promoción de un nuevo proceso, ya que existiría litispendencia. En efecto, no obstante ser los sujetos procesales activos distintos, como el interés sustancial que ejercitan es siempre el del presunto insano, la litis sería la misma. Pero, dentro de un proceso iniciado por otro, podría intervenir otro pariente para aportar, en defensa del interés en litigio, nuevos elementos de juicio. Al intervenir, debe tomar el proceso "in status et terminis", pudiendo ejercitar solamente aquellas facultades que correspondan al estado del procedimiento y que no hubieran sido ya ejercitadas por los otros sujetos.

En tercer lugar, la forma litisconsorcial que asumen los diversos sujetos que han adoptado una posición común, permite aplicar, al desarrollo procesal y a la facultad de impulsar el procedimiento hacia su etapa final, las reglas expuestas para el litisconsorcio. Sus facultades procesales son paralelas y cualquiera de ellos puede solicitar la reali-

⁽³³⁾ C. Civ. 1ª Cap. *Jur. Arg.* 32, 157.

zación de los actos rituales correspondientes, pero ejercitada la facultad que proceda por uno, se hace innecesario su ejercicio por otro, etc.

227. VI. Sentencia, cosa juzgada. Costas.

Es evidente que la sentencia dictada en proceso por insania, tiene efectos "erga omnes", pero en cuanto a la cosa juzgada material, ellos se encuentran limitados por la circunstancia fáctica que justifica el proceso: el estado de salud mental del demente o presunto demente. En efecto, si la sentencia desestima la pretendida demencia, declarando que no existe, el proceso puede ser promovido y sustanciado nuevamente, en el caso de "hechos de demencia sobrevinientes a la declaración judicial" (art. 146, Cód. Civ.).

En este nuevo proceso, el certificado médico, que, como vimos, debe acompañarse a la demanda como requisito procesal indispensable, debe fundarse en observaciones clínicas posteriores a la fecha de la sentencia dictada en el proceso precedente. El otorgamiento de un certificado en estas condiciones, puede implicar una responsabilidad material, amén de la científica que lleva implícita.

Si la sentencia acoge la demanda declarando constatada la demencia, la desaparición de ésta, debe dar lugar a un nuevo proceso que la constate o a la reapertura del anterior (arts. 150, Cód. Civ. y 806, Cód. de Proc. Civ. Pcia. de Bs. Aires). Entiendo que es más técnico admitir un nuevo proceso, pero en el cual, en principio, debe entender el mismo juez.

La sentencia que deniegue la rehabilitación, no puede impedir, a mi juicio, nueva petición en el mismo sentido, por hechos posteriores a dicha sentencia, constatados por facultativos. La sentencia que declare la capacidad del exdemente, no impide, a su vez, nueva demanda por interdicción, si el interesado recae en su estado de demencia.

Como es natural, el Código Civil no contiene disposi-

ción alguna sobre costas. El código de la Pcia. de Buenos Aires dispone que las costas "serán a cargo del demandante siempre que la sentencia no declare la incapacidad del demandado" (art. 805). La regla me parece demasiado absoluta, puesto que el interés que mueve al accionante no es propio y en cierto modo tiene la obligación de hacer la denuncia. Creo que sólo procede la imposición de costas en la hipótesis de denuncia maliciosa, carente de seriedad ⁽³⁴⁾, de lo contrario, las costas deben correr por su orden.

Si la insania se verifica y declara, por la razón ya aludida de estar en juego los intereses personales y económicos del insano, las costas deben ser a su cargo. Así lo estatuye expresamente el código de Entre Ríos (art. 615).

Aplicadas las costas del proceso al denunciante "éste debe pagar los honorarios regulados al letrado del denunciado como insano" (Cám. Civ. 2ª Cap., Jur. Arg., 65, 822).

La Cámara Civil 1ª de la Capital, por motivos de orden moral y familiar, ha declarado que "procede eximir de costas al denunciante de insania cuya denuncia se rechaza, si se trata de un hijo del denunciado" (Jur. Arg., 1943-III, 404).

En cuanto a los honorarios del abogado del insano, la Cámara Civil 2ª de la Capital, ha resuelto que "corresponde tener por no presentados aquellos escritos que no corresponden a ejercitar facultades que se conceden al presunto insano en el proceso" (Jur. Arg., 1942-III, 421; con nota de Díaz de Guijarro).

Cuando intervinieron diversos sujetos, la regulación de la condena en costas debe hacerse conforme a las reglas establecidas en el litisconsorcio, es decir, de acuerdo a la actividad procesal útil desplegada o provocada por cada sujeto.

⁽³⁴⁾ "Procede su aplicación al denunciante, si la denunciada hubo de valerse de letrado para defenderse y la denuncia no se apoyó en ningún fundamento serio." (C. Civ. 2ª Cap. Jur. Arg. 42, 259.)

ÍNDICE ALFABÉTICO

A		C	
Abandono del tercer poseedor del inmueble hipotecado	172	Capacidad procesal en el litisconsorcio necesario	329
Acreedor hipotecario, su intervención en el proceso donde se ejecuta la garantía	240	Capacidad procesal en el litisconsorcio voluntario	308
Acumulación de acciones en el caso de citación de evicción	394	Capacidad procesal en la tercería de dominio en juicio ejecutivo	70
Acumulación de acciones en la tercería de dominio en juicio ejecutivo	74	Capacidad procesal en la tercería de mejor derecho	206
Acumulación de procesos cuando debió formarse un litisconsorcio necesario inicial	332	Casas de comercio, prueba del dominio en la tercería en juicio ejecutivo	104
Allanamiento en la tercería de dominio en juicio ejecutivo	94	Cesión de créditos (substitución procesal)	439 y 447
Apremio, tercería en juicio de	172	Citación de acreedores hipotecarios	245
Arraigo en el caso de sucesión procesal	445	Citación de evicción	374
Arraigo en la tercería de dominio en juicio ejecutivo	78	Clasificación de las tercerías de dominio	58
Automotores, prueba del dominio en la tercería en juicio ejecutivo	109	Clasificación de las tercerías según el autor	43
B		Coactiva, tercería	167
Banco Hipotecario Nacional, tercerías derivadas de su ley orgánica	190	Colisión de privilegios	216
		Comparecencia del garante, sin citación	407
		Competencia en el proceso por insania	466
		Competencia en el litisconsorcio voluntario	306
		Competencia en el litisconsorcio necesario	328
		Competencia en el caso de intervención del asegurador	429

		Pág.
Competencia en la citación de evicción	395	
Competencia en el caso de sucesión procesal	445	
Competencia en la tercería de dominio en juicio ejecutivo	67	
Competencia en la tercería de mejor derecho	206	
Concepto de tercería	30	
Concesión de servicios públicos	118	
Concubinato, prueba del dominio en caso de tercería	118	
Constructor, privilegio del	219	
Cónyuge, prueba del dominio en la tercería del	118	
Cosa juzgada en el proceso por insanía	451	
Cosa juzgada en la citación de evicción	408	
Cosa juzgada en la tercería de dominio en juicio ejecutivo	76 y 147	
Costas en el proceso donde interviene el tercer poseedor del inmueble hipotecado	271	
Costas en el proceso por insanía	481	
Costas en el litisconsorcio voluntario	315	
Costas en el litisconsorcio necesario	336	
Costas en la substitución procesal (acción oblicua)	304	
Costas en la citación de evicción	408	
Costas en el proceso donde interviene el asegurador	436	
Costas en la sucesión procesal	450	
Costas en la tercería de dominio en juicio ejecutivo	138	
Costas de un proceso anterior (excepción procesal)	77	
Costas en la tercería de mejor derecho		226
Cumplimiento de sentencia, tercería en los trámites de		180
Curador, facultades procesales		374
D		
DENUNCIA DE LITIS	281 y	289
Oposición a la denuncia de litis		285
Substanciación		283
Desalojo, intervención de sub-inquilinos		272
Desistimiento del substituído, cuando se ha ejercitado la acción oblicua		360
Desistimiento en el proceso por declaración de insanía		478
Dictamen de facultativo como presupuesto procesal en el juicio de insanía		468
Divorcio, tercería en el proceso por		177
E		
Efectos de la tercería en el proceso principal 147 y		219
Embargante, privilegio del primer		222
Embargo como requisito de la tercería de dominio en juicio ejecutivo		63
Evicción, citación en la tercería de dominio		82
Exepciones que puede oponer el tercer poseedor del inmueble hipotecado		265
Excusación de magistrados en la tercería de dominio en juicio ejecutivo		69
Expropiación, tercerías en la		180

		Pág.
F		
Fiador, tercería del . . .	411	minio de, en tercería en juicio ejecutivo . . . 99
Fin de la substitución . .	363	INSANÍA, PROCESO POR DECLARACIÓN DE . . . 455
Formas legales en el litis-consorcio voluntario . .	309	Competencia . . . 466
Formas legales en el litis-consorcio necesario . .	329	Cosa juzgada . . . 481
Formas legales en la tercería de dominio en juicio ejecutivo . . .	72	Costas . . . 481
Formas legales en la tercería de mejor derecho . .	206	Desistimiento . . . 478
G		
Gastos de justicia, privilegio de	217	Desarrollo procesal . . 480
H		
HIPOTECA, TERCERÍAS PROVOCADAS POR LA EJECUCIÓN DE UN INMUEBLE GRAVADO CON. Casos	238	Dictamen facultativo como presupuesto procesal . . . 468
INTERVENCIÓN DEL ACREEDOR HIPOTECARIO . . .	238	Facultades procesales de los parientes . . . 471
Citación	245	Facultades procesales del Ministerio Público . 475
Efectos de la citación y de la falta de citación	249	Facultades procesales del curador . . . 476
Formas de la citación . .	247	Facultades procesales del presunto insano . . 476
Substanciación	243	Legitimación de los parientes . . . 457
INTERVENCIÓN DEL TERCER POSEEDOR		Legislación procesal argentina . . . 462
Abandono	264	Medidas cautelares sobre la persona y bienes del presunto insano . . 470
Costas	271	Sentencia 481
Excepciones que pueden oponer	265	Inmuebles, prueba del dominio de, en tercería en juicio ejecutivo . . . 99
Substanciación	264	Instrumentos sin fecha cierta en el caso de substitución procesal . . . 360
Hipoteca, su privilegio . .	220	Integración de la litis . . 330
I		
Incidente de levantamiento de embargo	195	Intervención del substituido en el caso de ejercicio de la acción oblicua (substitución procesal) . 357
Incidente de tercería de mejor derecho	211	Intervención conjunta del citante y citado de evicción 401
Inmuebles, prueba del do-		Intervención del asegurado y asegurador . . 426 y 430
		Intervención del tercerista en el proceso principal . 150 y 233

		Pág.
Ministerio Público, sus facultades procesales en el juicio de insania	475	
Muebles, prueba del dominio, en la tercería en juicio ejecutivo	111	
N		
Notificación del traslado en la tercería de dominio en juicio ejecutivo	89	
Nulidad de matrimonio, legitimación	465	
O		
Objeto de la tercería del fiador	416	
Objeto de la tercería de dominio en juicio ejecutivo	61	
Oportunidad para citar de evicción	383	
Oportunidad para deducir tercería de dominio en juicio ejecutivo	79	
Oportunidad para ofrecer la prueba en tercería de dominio en juicio ejecutivo	98	
Oportunidad para deducir tercería de mejor derecho	207	
Oposición a la citación de evicción	390	
Oposición a la denuncia de litis	285	
P		
Parientes, sus facultades procesales en el juicio de insania	471	
Perención en la tercería de dominio en juicio ejecutivo	145	
Plazos para el citado de evicción	398	
Poseedor, su citación al proceso, mediante denuncia de litis	281	
Prejuzgamiento	126	
Prenda agraria, tercería en la ejecución de		172
Prenda agraria, privilegio en la tercería de mejor derecho		219
Prescripción en la tercería de dominio en juicio ejecutivo		146
Prescripción en la tercería de mejor derecho		227
Presupuestos procesales específicos de la tercería del fiador		417
Pretendiente, llamado al		289
Privilegios en la tercería de mejor derecho		214
Procedimiento sumario, tercería en		195
Procesos ordinarios, tercería en los		176
Procesos universales, tercería en los		178
Procesos universales como formas de litisconsorcio		317
Prueba en la acción oblicua (substitución procesal espontánea)		360
Prueba en la tercería de dominio		99
Prueba en la tercería del cónyuge del ejecutado		118
Prueba emanada de uno de los litigantes		121
Prueba en la tercería de mejor derecho		212
R		
Rebeldía en la tercería de dominio en juicio ejecutivo		90
Reconvención en la acción oblicua (substitución procesal espontánea)		343
Reconvención en la tercería de dominio en juicio ejecutivo		92
Recursos en el litisconsorcio voluntario		316
Recursos en el litisconsor-		

		PÁG.
cio necesario	338	Substanciación 277
Recursos en la acción obli-		SUBSTITUCIÓN PROCESAL. Con-
cua (substitución proce-		cepto, especies 341
sal espontánea)	366	SUBSTITUCIÓN PROCESAL ES-
Recursos en la citación de		PONTÁNEA (ejercicio de
evicción (substitución		la acción oblicua) 343
procesal provocada)	393	Costas 364
Recursos en la tercería de		Cumplimiento de la
dominio en juicio ejecu-		sentencia 366
tivo	134	Desarrollo procesal 355
Recursos en la tercería de		Desistimiento del subs-
mejor derecho	224	tituido 360
Recusación en la tercería		Fin de la substitución 363
de dominio en juicio eje-		Instrumentos sin fecha
cutivo	69	cierta, su valor pro-
		batorio 360
		Intervención del subs-
		tituido 357
S		Legislación procesal
Salarios, su privilegio en		argentina sobre ejer-
la tercería de mejor de-		cicio de la acción o-
recho	219	blicua (substitución
Sanciones civiles en la ter-		procesal espontánea) 368
cería de dominio en jui-		Legislación del substi-
cio ejecutivo	154	tuto y del substituí-
Sanciones penales en la		do 347
tercería de dominio en		Prueba 360
juicio ejecutivo	160	Reconvención 359
Sanciones civiles y pena-		Recursos 366
les en la tercería de me-		Requisitos de la subro-
yor derecho	235	gación 350
Sentencia en el proceso por		Sentencia 364
declaración de insania	481	SUBSTITUCIÓN PROCESAL
Sentencia en el litisconsor-		PROVOCADA. Especies 372
cio voluntario	314	A) CITACIÓN DE EVIC-
Sentencia en el litisconsor-		CIÓN. Carácteres 374
cio necesario	336	Acumulación de ac-
Sentencia en la acción obli-		ciones 394
cua (substitución proce-		Citación, quienes
sal espontánea)	364	pueden pedirla 380
Sentencia en el proceso		Citado que no com-
donde se citó al asegu-		parece 405
rador	434	Citados, quiénes pue-
Sentencia en la tercería		den serlo 382
de dominio en juicio eje-		Comparecencia del
cutivo	123 y 127	garante sin cita-
Sentencia en la tercería de		ción 407
mejor derecho	214	Competencia 395
SUB-INQUILINOS, su interven-		Cosa juzgada 408
ción en el juicio de desa-		Costas 408
lojo entre locador y lo-		
catarío	272	

	Pág.
Efectos del proceso sobre el enajenante que no fué citado	410
En acciones reales y personales	378
Intervención conjunta del citante y citado	401
Objeto de la citación de evicción	374
Oportunidad para citar	383
Oposición a la citación	390
Plazos para el citado	398
Procesos donde puede citarse	378
Recursos en la etapa preparatoria	393
Sentencia	408
B) TERCERÍA DEL FIADOR. Carácteres	411
Diversos supuestos	414
Efectos de la sentencia	422
Facultades procesales del fiador	419
Legitimación sustancial pasiva	413
Objeto de esta tercería	416
Presupuestos procesales específicos	417
C) TERCERÍA DEL ASEGURADOR. Carácteres	423
Competencia	429
Costas	436
Desarrollo procesal	432
Intervención conjunta de asegurado y asegurador	430
Llamado al asegurador	426
Seguro de responsabilidad	423
Sentencia, efectos	434
Substitución procesal del asegurado por el asegurador	430
SUCESIÓN PROCESAL. Concepto	439
Acto de transmisión del derecho	446
Arraigo	445
Competencia	445
Costas	450
Diferencias con la substitución	439
Especies	443
Facultades y cargas procesales del cedente y del cesionario	449
Intervención del cesionario	447
Legislación procesal argentina sobre sucesión procesal a título singular (cesión de créditos)	452
Sentencia, sus efectos	450
Suspensión de trámites en el juicio ejecutivo 84 y	153
T	
TERCERÍA DE DOMINIO EN JUICIO EJECUTIVO	
Acumulación de acciones	74
Allanamiento	94
Arraigo	78
Capacidad procesal	70
Caracteres	58
Cosa juzgada	76 y 147
Costas de un proceso anterior, como excepción dilatoria	77
Costas, su aplicación. Solidaridad en el pago	138
Efectos sobre el proceso ejecutivo	147
Embargo, como requisito de la tercería	63
Evicción, citación de	82
Excusación y recusación	69
Formas legales	72
Intervención del tercerista en el principal	150
Legitimación para obrar y contradecir	129

		Pág.
Litispendencia	75	vadas de su ley orgá-
Mandato	70	nica
Medidas cautelares . . .	84	Coactiva
Notificación del traslado		Concepto y legislación .
de la tercera	89	Cumplimiento de senten-
Objeto de la tercera . . .	61	cia, tercera en los trá-
Oportunidad de deducir-		mites de
la	79	Divorcio, tercerías en el
Pruebas	95	proceso por
Oportunidad de ofrecer		Expropiación, tercerías
la prueba	98	en la
Perención	145	Medidas cautelares, ter-
Prejuzgamiento	126	cerías en las
Prescripción	146	Prenda agraria, tercerías
Procedimiento sumario		en la ejecución de . .
(incidente de levanta-		Procesos ordinario, terce-
miento de embargo) . . .	195	cerías en los
Prueba del dominio de		Procesos universales, ter-
inmuebles	99	cerías en los
Prueba del dominio de		Voluntaria
casas de comercio . . .	104	Voluntaria excluyente .
Prueba del dominio de		TERCERÍAS DE MEJOR DERECHO
semovientes	108	Capacidad procesal . . .
Prueba del dominio de		Caracteres
automotores	109	Colisión de privilegios .
Prueba del dominio de		Competencia
muebles	111	Constructor, privilegio
Prueba del dominio de		del
mercaderías	117	Costas
Prueba en el caso de ter-		Efectos sobre el principal
cería del cónyuge del		Embargo
ejecutado	118	Formas legales
Prueba emanada de uno		Gastos de justicia, privi-
de los litigantes	121	legio de
Rebeldía	90	Hipoteca, privilegio de la
Reconvención	92	Incidente de tercera de
Recursos	134	mejor derecho
Sanciones civiles	154	Intervención del terce-
Sanciones penales	160	rista en el proceso prin-
Sentencia	121 y 127	cial
Síntesis histórica	56	Medidas cautelares . . .
Suspensión de trámites		Objeto
en el juicio ejecutivo		Oportunidad para dedu-
y	153	cirla
TERCERÍAS EXCLUYENTES		Prenda agraria, privile-
Apremio, tercerías en		gio de la
juicio de	172	Prescripción
Banco Hipotecario Na-		Privilegios
cional. tercerías deri-		Pruebas

		Pág.
	U	
Recursos		224
Salarios		219
Sanciones civiles y pe-	Unificación de personería	
nales	en el litisconsorcio vo-	
	luntario	308
Sentencia	Unificación de personerío	
	en el litisconsorcio ne-	
Substanciación	cesario	329

ÍNDICE GENERAL

	PAG.
Repertorios de Fallos Utilizados	7
Propósitos y plan	9
SECCIÓN I, <i>Parte General</i>	
Cap. I. <i>Esbozo de legislación comparada</i>	13
Par. 1. Diferencias fundamentales en la legisla- ción contemporánea	13
„ 2. Clasificación	15
Cap. II. <i>Legislación nacional</i>	
Par. 3. Diferencias en la legislación nacional	18
„ 4. Clasificación.	19
„ 5. Primer grupo. Procedimiento Federal	20
„ 6. Capital Federal	20
„ 7. Prov. de Corrientes	21
„ 8. „ „ Salta.	21
„ 9. Segundo grupo. Prov. de Buenos Aires	21
„ 10. „ „ Entre Rios	22
„ 11. „ „ La Rioja	22
„ 12. „ „ Jujuy	23
„ 13. Tercer grupo „ „ Mendoza	23
„ 14. „ „ San Juan	25
„ 15. „ „ San Luis	26
„ 16. „ „ S. del Estero	26
„ 17. Cuarto grupo „ „ Santa Fe	27
„ 18. „ „ Córdoba (có- digo nuevo).	28

Cap. III. *Conceptos generales y sistematización*

Par.	19. Planteo	30
„	20. Concepto de tercería	32
„	21. Interés substancial y legitimación	34
„	22. Caracteres del interés en obrar	35
„	23. Fundamentos y causas de la acción concedida al tercerista	36
„	24. Legitimación substancial	37
„	25. La legitimación para obrar y contradecir según Nencioni	39
„	26. Consecuencias doctrinarias y prácticas de la exposición precedente en la realidad procesal	41
„	27. Clasificación. 1º Interés propio, originario, directo y excluyente	45
„	28. 2º Interés propio, originario, directo y no excluyente	46
„	29. 3º Interés, propio, originario e indirecto	48
„	30. 4º Interés propio, no originario	49
„	31. 5º Interés ajeno	50
„	32. La clasificación expuesta ante la triple base del proceso	51

SECCIÓN II. *Tercerías en interés propio, originario, directo y excluyente.*Cap. IV. *Tercerías de dominio en proceso ejecutivo.*

Par.	33. Síntesis histórica	58
„	34. Método y clasificación	60
„	35. Caracteres. Derecho substancial que protege	62
„	36. Presupuestos procesales	68
„	37. 1º Competencia	69
„	38. 2º Excusación y recusación	71
„	39. 3º Capacidad procesal. Mandato	72
„	40. 4º Cumplimiento de formas legales	74
„	41. 5º Acumulación de acciones	76

	PAG.
" 42. 6º Otras circunstancias que pueden obstar al ejercicio de la facultad de pedir protección jurídica	76
" 43. 7º Litispendencia	77
" 44. 8º Cosa juzgada	78
" 45. 9º Incumplimiento de obligaciones legales derivados de un litigio anterior	79
" 46. 10º Arraigo	80
" 47. 11º Oportunidad para deducir tercería	81
" 48. 12º Evicción	84
" 49. III. Medidas precautorias	86
" 50. IV. Sustanciación de la tercería en proceso ejecutivo. 1º Notificación del traslado. Domicilio. Mandato	91
" 51. 2º Rebeldía	92
" 52. 3º Reconvención	94
" 53. 4º Allanamiento	96
" 54. V. Pruebas	97
" 55. 1º Oportunidad de ofrecer la prueba	100
" 56. 2º Reglas generales sobre prueba del dominio. A) Inmuebles	101
" 57. B) Casas de comercio	106
" 58. C) Semovientes	110
" 59. D) Automotores	111
" 60. E) Muebles	113
" 61. F) Mercaderías	119
" 62. G) Concesión de servicios públicos	120
" 63. 3º Pruebas en el caso de tercería de dominio deducida por el cónyuge del ejecutado y en el concubinato	120
" 64. 4º Prueba emanada de uno de los litigantes	123
" 65. VI. La sentencia en la tercería de dominio en proceso ejecutivo. 1º Su naturaleza y complejidad	125
" 66. 2º Prejuzgamiento	128
" 67. 3º Contenido de la sentencia. Cuestiones que pueden ser planteadas	129

	PAG.
" 68. 4º Legitimación para obrar y contra- decir	131
" 69. VII. Recursos	136
" 70. 1º Aclaratoria	137
" 71. 2º Apelación	137
" 72. 3º Nulidad	138
" 73. 4º Extraordinario. Provincia de Bue- nos Aires	139
" 74. 5º Extraordinario. Suprema Corte Nacional	140
" 75. VIII. Las costas. Solidaridad en la obli- gación de pagarlas	140
" 76. 1º Costas por su orden	144
" 77. 2º Costas a cargo del tercerista	145
" 78. 3º Costas a cargo del demandado- ejecutante	145
" 79. 4º Casos en que no procede imponer las cosas al demandado-ejecutante	146
" 80. IX. Perención, prescripción, cosa juz- gada	147
" 81. X. Efectos de la tercería de dominio sobre el proceso en el cual se deduce	149
" 82. 1º Limitaciones a la suspensión de pro- cedimientos	150
" 83. 2º Intervención del tercerista en el principal	152
" 84. XI. Sanciones civiles	156
" 85. 1º Responsabilidad del tercerista	158
" 86. 2º Responsabilidad del demandado- ejecutante	159
" 87. XII. Sanciones penales	162
Cap. V. <i>Tercerías excluyentes en otras clases de procesos</i>	
Par. 88. I. Conceptos generales	165
" 89. 1º Tercería voluntaria	168
" 90. 2º Tercería coactiva	169
" 91. 3º Tercería voluntaria excluyente	170
" 92. II. Tercería de dominio o posesión en procesos especiales, 1ª Apremio	

	PAG.
por impuestos	174
" 93. 2º Ejecución de prenda agraria . . .	174
" 94. 3º Medidas cautelares	177
" 95. III. Tercerías de dominio o posesión en procesos ordinarios. Divorcio . . .	178
" 96. IV. Tercerías de dominio o posesión en procesos universales	180
" 97. V. Tercerías de dominio o posesión en los trámites de cumplimiento de sentencia	182
" 98. VI. Tercerías en la expropiación. Principios generales	183
" 99. 1º Intervención de pretendientes al dominio	187
" 100. 2º Intervención de usufructuarios . . .	188
" 101. 3º Intervención de locatarios y sublocatarios	189
" 102. 4º Efectos de otros procesos sobre el de expropiación	191
" 103. VII. Tercerías derivadas de la ley orgánica del Banco Hipotecario Nacional	192
" 104. VIII. Tercerías en procedimiento sumario (incidente del levantamiento de embargo)	197

Cap. VI. *Tercería de mejor derecho*

Par. 105. I. Caracteres. Derecho substancial que protege	202
" 106. II. Presupuestos procesales. 1º Competencia	208
" 107. 2º Capacidad procesal	208
" 108. 3º Cumplimiento de formas legales . . .	208
" 109. 4º Otras circunstancias que pueden obstar al ejercicio de la facultad de pedir protección jurídica	209
" 110. III. Sustanciación de la tercería de mejor derecho	210

	PAG.
" 111. IV. La tercería de mejor derecho en incidente	212
" 112. V. Medidas cautelares en la tercería de mejor derecho	214
" 113. VI. Pruebas en la tercería de mejor derecho	214
" 114. VII. La sentencia en la tercería de mejor derecho	216
" 115. 1º Privilegios	216
" 116. 2º Colisión de privilegios: a) locador	218
" 117. b) Gastos de justicia	219
" 118. c) Salarios	221
" 119. d) Constructor	221
" 120. e) Prenda agraria	221
" 121. f) Hipoteca	222
" 122. 3º Embargo	224
" 123. VIII. Recursos en la tercería de mejor derecho	226
" 124. IX. Costas en la tercería de mejor derecho	228
" 125. X. Perención, prescripción, cosa juzgada en la tercería de mejor derecho	229
" 126. XI. Efectos de la tercería de mejor derecho sobre el proceso en el cual se deduce	231
" 127. XII. Intervención del tercerista en el principal	235
" 128. XIII. Sanciones civiles y penales	237
Cap. VII. <i>Otras formas de tercerías en interés propio, originario, directo y excluyente</i>	
Par. 129. División	239
" 130. Primera parte. Tercerías provocadas por la ejecución de un inmueble gravado con hipoteca	240
" 131. I. Intervención del acreedor hipotecario en la ejecución donde se va a subastar la garantía. 1º Caracte-	

	PAG.
res. Derecho substancial que protege	240
„ 132. 2º Sustanciación	245
„ 133. a) Citación de los acreedores hipotecarios	247
„ 134. b) Forma de la citación	249
„ 135. c) Efectos de la citación y de la falta de citación.	251
„ 136. II. La figura procesal del tercer poseedor. 1º Caracteres, Derechos substanciales que protege	260
„ 137. 2º Sustanciación de esta forma de tercería	264
„ 138. Segunda parte. Intervención del subinquilino en el proceso de desalojo entre locador y locatario. 1º Caracteres, derecho substancial que protege	274
„ 139. Sustanciación	279
„ 140. Tercera parte. Denuncia de litis. Intervención del “verus possesor”. 1º Caracteres. Derecho substancial que protege	283
„ 141. 2º Sustanciación	285
„ 142. Cuarta parte. Denuncia de litis. Llamado al pretendiente. 1º Caracteres. Derecho substancial que protege	291
„ 143. „ 2º Sustanciación	292

SECCIÓN III. *Tercerías en interés propio, originario, directo y no excluyente.*

Cap. VIII. *Litisconsorcio voluntario* (legitimación autónoma). *Propio y anómalo.*

Par. 144. I. Caracteres generales de las tercerías en interés propio, originario, directo y no excluyente. Concepto de litisconsorcio. Sus clases	297
„ 145. II. Litisconsorcio voluntario. Caracte-	

	PAG.
res. Derecho substancial que protege	301
„ 146. III. 1º Sustanciación	305
„ 147. 2º Presupuestos procesales: a) competencia	308
„ 148. b) Capacidad procesal. Mandato. Unificación de personería	310
„ 149. c) Cumplimiento de formas legales	311
„ 150. d) Otras circunstancias que pueden obstar al ejercicio de la facultad de pedir protección jurídica por cada uno de los litisconsortes	311
„ 151. 2º Desarrollo del proceso litisconsorcial	313
„ 152. IV. La sentencia en el proceso litisconsorcial	316
„ 153. V. Las costas en el litisconsorcio voluntario	317
„ 154. VI. Los recursos en el litisconsorcio voluntario	318
„ 155. VII. Los procesos universales como formas de litisconsorcio	319

Cap. IX. *Litisconsorcio necesario* (legitimación heterónoma) *Propio y anómalo*.

Par. 156. I. Conceptos generales.	324
„ 157. II. Caracteres. Derecho substancial que protege	327
„ 158. III. Sustanciación. 1º Presupuestos procesales: a) competencia	330
„ 159. b) Capacidad procesal. Unificación de personería	331
„ 160. c) Cumplimiento de formas legales	331
„ 161. d) Integración de litis	332
„ 162. e) Acumulación de procesos	335
„ 163. Otras circunstancias que pueden obstar al ejercicio de la facultad de pedir	

	PAG.
protección jurídica por cada uno de los litisconsortes	336
„ 164. 2º Desarrollo del proceso litisconsorcial necesario	336
„ 165. IV. La sentencia en el litisconsorcio necesario	338
„ 166. V. Las costas en el litisconsorcio necesario	338
„ 167. VI. Los recursos en el litisconsorcio necesario	340
 Cap. X. <i>Substitución procesal</i> (como facultad). <i>Ejercicio de la acción subrogatoria.</i>	
SECCIÓN IV. <i>Tercerías en interés propio, originario e indirecto.</i>	
Par. 168. I. Generalidades. La sustitución procesal y sus especies	343
„ 169. II. La sustitución procesal espontánea (como facultad)	345
„ 170. III. Caracteres. Derechos substanciales que protege	347
„ 171. IV. Legitimación del sustituto y del substituído. Requisitos de las acciones de ambos	349
„ 172. V. Sustanciación. 1º Los requisitos de la subrogación. La disponibilidad del derecho	352
„ 173. 2º Desarrollo procesal. Intervención del substituído. Presupuestos procesales. Reconvención	357
„ 174. 3º Prueba. Instrumentos privados sin fecha cierta y el desistimiento del substituído	362
„ 175. VI. Fin de la substitución	365
„ 176. VII. Sentencia. Costas	366
„ 177. VIII. Recursos.	368
„ 178. IX. Cumplimiento de sentencia	368

	PAG.
„ 179. X. Disposiciones procesales en la legislación argentina	370
 Cap. XI. <i>Substitución procesal</i> (como carga)	
Par. 180. Generalidades. Antecedentes. Diversas especies de la substitución procesal como carga	374
„ 181. I. Primera parte. Citación de evicción. Caracteres. Derechos sustanciales que protege	376
„ 182. II. Evicción en acciones reales y personales. Procesos en los cuales procede	380
„ 183. III. Quiénes pueden pedir la citación de evicción y quiénes pueden ser citados	382
„ 184. IV. Sustanciación. 1º Etapa preparatoria. a) Oportunidad procesal para citar de evicción	385
„ 185. b) Oposición a la citación	392
„ 186. c) Recursos en la etapa preparatoria	395
„ 187. 2º Acumulación de acciones	396
„ 188. 3º El proceso donde se citó de evicción. Competencia	397
„ 189. 4º El citado de evicción. Plazos para comparecer y contestar	400
„ 190. 5º Intervención conjunta del citado y del citante.	403
„ 191. 6º Caso en que el citado no comparezca	407
„ 192. 7º Comparecencia del garante sin citación	409
„ 193. V. Sentencia. Costas. Cosa juzgada	410
„ 194. VI. Efectos del proceso sobre el enajenante que no fué citado	412
„ 195. Segunda parte. Fianza. I. Sus caracteres. Legitimación substancial pasiva	413
„ 196. II. Tercería del fiador. Diversos su-	

	Pág.
puestos. Facultades y cargas procesales. Caracteres	416
„ 197. III. Derechos substanciales que protege	418
„ 198. IV. Presupuestos procesales específicos	419
„ 199. V. Facultades procesales del fiador .	421
„ 200. VI. Efectos de la sentencia. Acción de reembolso	424
„ 201. Tercera parte. Intervención del asegurador. I. El seguro de responsabilidad (ley 9688). Tercerías que puede originar. Caracteres. Derechos substanciales que protege	425
„ 202. II. El llamado del asegurador. Intervención conjunta del asegurado y asegurador.	428
„ 203. III. Presupuestos procesales. Competencia	431
„ 204. IV. Substitución procesal del asegurado por el asegurador. Intervención “adjuvandum” del substituído . .	433
„ 205. V. Desarrollo procesal. Facultades procesales del substituto y del substituído	434
„ 206. VI. Sentencia. Sus efectos. Costas . .	436

SECCIÓN V. *Tercerías en interés propio, no originario.*

Cap. XII. *Sucesión procesal.*

Par. 207. I. Diferencias entre substitución y sucesión procesales. Orígenes y especies de esta última	441
„ 208. II. Derechos substanciales que protege. Sucesión a título universal y a título singular, diversas hipótesis. El sucesor como sujeto procesal. Sus caracteres	444
„ 209. III. Presupuestos procesales. 1º Compe-	

	Pág.
tencia	447
„ 210. 2º Arraigo.	447
„ 211. 3º El acto de la transmisión del derecho litigioso	448
„ 212. IV. Desarrollo procesal. Intervención del sucesor y del sucedido, en el caso de sucesión a título singular. Facultades y cargas procesales .	449
„ 213. V. Sentencia. Efectos, Costas, Honorarios	452
„ 214. VI. Disposiciones procesales en la legislación argentina	454

SECCIÓN VI. *Tercerías en interés ajeno.*

Cap. XIII. *Legitimación familiar y pública.*

Par. 215. I. Fines y efectos de la legitimación familiar y pública. Derecho sustancial que protege. Caracteres .	457
„ 216. II. Legislación nacional. 1º Insania .	464
„ 217. 2º Nulidad de matrimonio	467
„ 218. III. Presupuestos procesales. 1º Competencia	468
„ 219. 2º El dictamen o certificación de facultativos como presupuesto procesal	470
„ 220. IV. Medidas precautorias	472
„ 221. V. Sustanciación. 1º Facultades procesales de los sujetos	473
„ 222. a) Parientes (art. 144, incisos 1 y 2 del Código Civil)	473
„ 223. b) El ministerio público	477
„ 224. c) El curador. El presunto insano .	478
„ 225. 2º Desistimiento	480
„ 226. 3º Algunos aspectos del desarrollo procesal	482
„ 227. VI. Sentencia. Cosa juzgada. Costas .	483
ÍNDICE ALFABÉTICO	485

ESTE LIBRO
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR
EN ARTES GRÁFICAS
BARTOLOMÉ U. CHIESINO
AMEGHINO 838 - AVELLANEDA
BUENOS AIRES
EL DÍA 13 DE ABRIL
DE 1949