

## LIBRO SEGUNDO

### Las partes en el proceso (1).

#### § 34.

#### Concepto de parte.

I. *Concepto de parte* (2). La determinación del concepto de parte no tiene sólo una importancia teórica, sino que es necesaria para la solución de importantes problemas prácticos; que una persona sea *parte* en un pleito o sea *tercero*, es importante: por ejemplo, para la identificación de las acciones (§ 12), y también para declarar si está o no sujeta a la cosa juzgada, si existe o no litispendencia, etc.; así para establecer si la relación con una determinada persona hace incapaz al juez (§ 33); quien puede intervenir como tercero en un pleito; quien puede hacer oposición de tercero a una sentencia; quien puede declarar como testigo en el pleito; quien está sujeto a la condena en las costas (art. 370, Código procesal civil, etc., etc.) Pero debe notarse que del concepto de parte no se deriva siempre la rigurosa solución lógica de todos los problemas citados. Conviene, en cada caso, tener en consideración no tanto la letra de la norma que emplea la palabra *parte* o la palabra *tercero*, como el motivo de la norma. El hecho de que hay casos en los cuales ciertas personas físicas que no son partes obran necesariamente por ley en lugar de las verdaderas partes (incapaces, per-

---

(1) MATTIROLO, *Trattato*, II, núm. 1 y sigs.; MORTARA, *Comm.* II, número 496 y sigs.; WACH, I, pág. 518 y sigs.; HELLWIG, I, pág. 292 y siguientes, II, pág. 294 y sigs.; *System*, I, § 66 y sigs.; MENGER, *Die Lehre von den Streitparteien im Prozess*, en la *Riv. pel proc. civ. ted.*, vol. 17, página 326; GALLI, *Sul concetto di parte e sul mandato alle liti*, en la *Legge*, 1909.

(2) Véase resumida la vasta literatura sobre el concepto de parte en SKEDL, *Das österreichische Civilprozessrecht (Derecho procesal civil austriaco)*, Leipzig, 1900, pág. 120 y sigs. Véase también SCHOTT, *Das Armenrecht (La defensa gratuita)*, 1900; SCHMIDT, 2.<sup>a</sup> ed., cit. § 50; CHIOVENDA, *Condanna nelle spese giudiziali*. cit., pág. 191 y sigs.

sonas jurídicas) y de que también puede ser asumida la representación procesal de personas capaces, demuestra que la palabra *parte* puede entenderse más o menos ámpliamente. Ante todo, el representante puede a veces ser considerado como parte en el pleito por lo que se refiere a la existencia o a la extensión del derecho de representación (§ 3): si se le niega el derecho de representación debe ser condenado en las costas. Cuando se tiene derecho de solicitar de una *parte* una acción física que no puede ser prestada naturalmente mas que por los representantes legales o por los órganos de la parte (respuesta a un interrogatorio, prestación de juramento), en tal caso la norma refiérese a los representantes u órganos aunque no sean partes. Por el contrario, estos no pueden deponer como testigos en pleito aunque no sean partes. El sustituto procesal, en cambio, es parte en el pleito: pero esto no quiere decir que aquél para quien ha obrado pueda sin más hacer oposición de *tercero* aunque sea tercero respecto del pleito (§ 36). Sólo la condena en los gastos presenta aplicaciones lógicas *constantes* del concepto de parte.

El concepto de parte derivase del concepto de proceso y de la relación procesal (§§ 2 y 3): *es parte el que demanda en nombre propio (o en cuyo nombre es demandada) una actuación de ley, y aquel frente al cual ésta es demandada* (1). La idea de parte nos la da, por lo tanto, el mismo pleito, la relación procesal, la *demanda*: no es preciso buscarla fuera del pleito y en particular de la relación sustancial que es objeto de contienda; puesto que por un lado puede haber sujetos de una relación jurídica litigiosa que no están en el pleito (condueños, codeudores, etc., extraños al pleito sobre la propiedad, sobre la deuda, etc.); por otro se puede deducir en pleito una relación sustancial por una persona o frente a una persona que no es el sujeto de aquella relación (como si se pide la declaración de un derecho frente a un *tercero*, por ejemplo, Código procesal civil, art. 21-26; como en las cuestiones entre *acreedores* concurrentes en la ejecución, en la quiebra; en las cuestiones

---

(1) Sustancialmente conforme: REDENTI, *Giudizii con pluralità di parti*, cit., pág. 89, nota; salvo que él al definir al demandado «aquél que es *necesariamente* llamado en el proceso para funcionar en nombre propio como contradictor», sustituye en la definición el efecto a la causa; la *necesidad* del llamamiento es consecuencia de la proposición de la demanda.

entre *acreditor pignorante* y tercero *pignorado*, Código procesal civil, art. 614-616; como en los casos de sustitución procesal). También aquí vemos la autonomía de la acción y la independencia de la relación procesal respecto de la relación sustancial. Ni siquiera puede llevar a una idea precisa de parte la investigación del *interés* por el cual se acude al pleito: no sólo puede haber *interesados* en el pleito, que quedan extraños al pleito, sino que puede haber partes adversarias en un pleito entre las cuales no haya una verdadera oposición de intereses, como en un juicio de división, de regulación de lindes y otros análogos, y como frecuentemente ocurre en los juicios de mera declaración (como en un juicio declarativo de la verdad de una escritura, de la caducidad). Por esto llamamos parte a aquél *frente* al cual es demandado, no *contra* el cual es demandado. Mucho menos debe tenerse en consideración la *naturaleza* del interés defendido por una parte en el pleito (general o individual, económico o moral, etc.) Así hemos visto que era parte el juez en el juicio de recusación; así, según nosotros, es parte el M. P. cuando procede por vía de acción (§ 23) (1), la Administración pública en los juicios ante las secciones jurisdiccionales del Consejo de Estado (2). El interés inherente al concepto de parte radica únicamente en ser el sujeto activo o pasivo de la demanda judicial (3).

No es preciso recordar que la relación procesal (cuando con-

---

(1) No podemos convenir con la afirmación de REDENTI, *Giudizii*, citado, pág. 88 y 90, nota, de que el M. P. sea también parte cuando únicamente es llamado, si bien necesariamente, a concluir, como en el caso de los juicios electorales ante la Corte de apelación. No nos parece admisible que el M. P. en estos juicios represente a la comisión electoral. El M. P. aquí concluye *sobre la demanda* del actor, en pro o en contra según su convicción. por lo tanto, no podría considerarse como actor ni como demandado. El mismo texto de la ley, (art. 38, ley electoral política y 49 ley municipal y provincial), excluye que el M. P. sea parte («oídas las partes y el Ministerio Público»).

(2) Véase CHIOVENDA, *Condanna*, cit., pág. 202 y sigs.; FORTI, en el *Foro ital.*, 1909, III, pág. 298; en contra: SCHMIDT, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 311.

(3) Decimos de la demanda judicial y no de la *acción afirmada* como en la primera edición de este libro, para comprender más exactamente el caso del sustituto procesal, el cual es parte en el pleito sin ser sujeto de la *acción afirmada*, de la cual es sujeto la parte a la cual se sustituye.

curran los otros presupuestos) y las partes existen con la simple afirmación de la acción, independientemente de su existencia *efectiva* la cual es precisamente objeto del pleito (§ 3).

II. *Posición de las partes en el pleito.* Una demanda en el proceso supone *dos* partes: la que la hace, y aquella frente a la cual se hace. Así tenemos la posición del *actor* y del *demandado*. Es característica del actor, no sólo hacer una demanda, porque también el demandado puede *demandar* la desestimación, sino hacer la *primera* demanda relativa a un cierto objeto (*rem in iudicium deducens*). Es importante relevar que la calidad de actor o demandado no depende necesariamente de una determinada forma de demanda judicial. Hay procedimientos en los cuales el demandado está constreñido a asumir una parte activa, sin que por esto pierda la condición ni la exterioridad de demandado. Esta parte activa toma el nombre de *oposición* (oposición a la orden de pago en el proceso monitorio; oposición a la *ingiunzione* fiscal, (§ 8 bis); oposición a la tasa de los peritos en la expropiación por utilidad pública, ley de 25 de Junio de 1865, art. 51; oposición al *pre-cetto* o a la pignoración). Es misión del intérprete indagar si en estos casos se trata de formas especiales de procedimiento, en que el demandado sin perder su condición debe hacerse activo; o de actos con eficacia propia, que el interesado debe remover, en cuyo caso se trata de un verdadero actor.

El demandado puede devenir actor mediante la reconvencción y la demanda de declaración incidental (§ 31; §§ 92-93). A la posición de actor y demandado corresponde en la ejecución la de *acreedor y deudor*.

Un proceso civil sin estas dos partes no puede concebirse. Por algún autor (KOHLEK) comienza a distinguirse un proceso civil de *partes* y un proceso *inquisitorio* (por ejemplo, procedimiento de interdicción). Pero también el proceso inquisitorio presenta dos personas distintas del juez: con la diferencia de que mientras el proceso de partes se funda en el contraste, en la lucha entre las partes, en el proceso inquisitorio prevalece la iniciativa del juez.

Puede haber *pluralidad de partes*: aquí se trata de la unión de varias demandas en un procedimiento único. Por lo tanto, cada parte en cuanto es sujeto activo o pasivo de una demanda, debe llevarse a la posición de actor o de demandado. Así en los diver-

sos casos de unión de pleitos ya citados (§ 3, II, § 31). Así también en el litisconsorcio pasivo, por ejemplo, tenemos un actor contra varios demandados: el litisconsorcio, no se concibe como una sociedad, una *comunidad*, sino como una pluralidad de partes *autónomas*, aún debiendo distinguirse el caso de que sean posibles juicios *separados* (litisconsorcio *simple*) y el caso en que el juicio deba ser, como, por ejemplo, en el juicio de división, *necesariamente único*, respecto de todos (litisconsorcio *necesario*). Corresponde a la teoría de la pluralidad de los pleitos examinar como se armoniza la autonomía de las diversas partes con su unión en un procedimiento: por ejemplo, el derecho a la continuación del proceso (impulso procesal) corresponde a cualquiera de las partes respecto de todas las demás, mientras en otros órdenes la actividad de una parte tiene efectos limitados a su relación con el adversario, y no influye en los demás consortes en el pleito (§ 88).

La posición del actor y la del demandado son enteramente distintas. Por un lado la posición del demandado es más favorable, en cuanto que al actor corresponde ante todo la carga de la prueba (1), y la ventaja de aquella condición manifiéstase especialmente en la acción de reivindicación, en la cual el demandado tiene el *commodum possidendi* (y por tanto la utilidad de mantener y recobrar la posesión con las acciones posesorias): además hay una gran predisposición a estimar distintamente la aptitud del actor y la del demandado (2). Si se tiene en cuenta que la demanda del actor (fuera el caso de la acción de declaración *negativa*), se funda en una afirmación determinada que marca sus límites (§ 12), mientras que la demanda del demandado, dirigida como va a rechazar la demanda del actor, comprende todas las deducciones variadísimas que pueden conducir a este resultado (§ 12), se comprenderá que al demandado se concede en gran extensión lo que está casi vedado al actor, o sea, el cambio de la dirección y del material de defensa aún en segundo grado (artículo 490, Código procesal civil). Por otra parte, el actor como tal nunca puede ser

---

(1) Favorabiliores sunt partes rei quam actoris, L. 125, Dig. de R. I. 50, 17.

(2) Nam plane qui agit artus esse debet, cum sit in potestate ejus, quando velit experiri, et ante debet rem diligenter explorare et tunc ad agendum procedere: L. 42, Dig. de R. I. 50, 17.

*condenado* (excepto en las costas del pleito, a lo cual provee el juez de oficio): el actor puede ser condenado a base de una reconvencción, pero como demandado. Lo cual es hoy aplicable también a los llamados *judicia duplicia*, en los cuales, por lo demás, también en Roma la promiscuidad de las posiciones (*uterque actor et reus*) no era absoluta (1).

III. *Presupuestos concernientes a las partes.*—Los sujetos particulares de la relación procesal, deben tener: *a*) la capacidad para ser parte; *b*) la capacidad para comparecer en juicio (o capacidad procesal), *c*) la capacidad de pedir en juicio (*jus postulandi*).

---

(1) WETZELL, *System*, pág. 39; ECK, *Die sogenannten doppelseitigen Klagen*, 1870, pág. 150 y *passim*. Sobre los *judicia duplicia*, principalmente en el derecho moderno, véase REDENTI, *Giudizii con pluralità di parti*, citado, pág. 59, nota.

§ 35.

**Capacidad para ser parte. Capacidad procesal (1).**

I. *Capacidad para ser parte.*—Esta capacidad no es sino la *capacidad jurídica* llevada al proceso civil, la capacidad para ser sujeto de una relación jurídica procesal.

Puede, por lo tanto, formularse esta regla general: tiene capacidad para ser parte quien tiene capacidad jurídica, esto es, toda persona física viviente (2), y las personas jurídicas (§ 4), y la existencia de una persona jurídica, o la autonomía de una persona (por ejemplo, la Universidad respecto de la administración del Estado, el fondo para el culto respecto del dominio público, las diferentes sucursales de una institución bancaria, etc.), se juzga, también a los efectos procesales, según el derecho sustancial (civil, mercantil, administrativo).

Pero a estos respectos hay en la doctrina y en la práctica un campo de importantes dificultades y cuestiones, referentes a las uniones de personas, fundaciones, institutos con un fin determinado (sociedades, asociaciones, círculos, comités de beneficencia, comités promotores de espectáculos, de concursos, de exposiciones, de obras públicas, cajas de socorro y otras análogas. Tales cuestiones tienen una parte *sustancial* (¿quién es el sujeto de las obligaciones y de los derechos? ¿dentro de qué límites responden y por

---

(1) PETERSEN, *Parteibegriff und Parteifähigkeit*, en la *Riv. del procesal civ. ted.*, vol. 18, pág. 1; STEGEMANN, *Parteien im Prozess*, citado.

(2) La historia nos ofrece ejemplos de procesos contra animales y contra personas difuntas. Véase MANZINI, *Proc. pen.*, 1911, pág. 333 y siguientes; SCHERER, *Die Klage gegen den toten Mann.*, Heidelberg, 1909; BRUNNER, en la *Rivista della fondazione Savigny*, parte alemana, 1910: página 235 y sigs.; SCHULTZE, allí, pág. 624 y sigs.

qué título las que componen el comité? etc., etc.), y una parte *procesal* (¿quién es el sujeto de la relación procesal en los litigios en que está interesada la unión? ¿a quién se debe convenir en juicio? etcétera. Si estas uniones o comités y otros análogos tienen por la ley u obtienen la personalidad jurídica, devienen centros autónomos de derechos y deberes, y concurrirán a juicio en calidad de actores o demandados como entes sustantivos (*per se stante*). Si no obtienen la personalidad jurídica, rigurosamente no pueden comparecer como partes en los procesos ¿deberán concurrir como partes en relación de litisconsorcio, las personas particulares que pertenecen a la unión, que han ingresado su dinero para un cierto fin, etc.

Tenemos aquí dos órdenes de cuestiones distintas. Se ha dudado, en primer lugar, si el comité o el individuo promotor de una obra, que recoge los fondos necesarios mediante suscripciones públicas, puede ser considerado responsable y, por lo tanto, ser demandado él solo por las obligaciones contraídas. Prácticamente sería grave, por ejemplo, que la responsabilidad recayese en los adheridos o suscriptores, que no creyeron asumir obligaciones y que a veces son numerosísimos, a veces hasta anónimos; y que un juicio debiese hacerse contra estos o por estos, reuniendo un número enorme de partes no siempre encontrables. La práctica y la doctrina han salvado este inconveniente aplicando según los casos algunas instituciones del derecho privado (gestión de negocios, mandato indirecto) que permiten separar al promotor de los adherentes, en el sentido de que el promotor pueda ser demandado por las obligaciones contraídas, pueda ser llamado a rendir cuenta por interesados diferentes de los donantes, y a su vez pueda obrar para el cobro, por ejemplo, de las cantidades depositadas (1).

---

(1) IHERING, en el *Jahrbücher* de Ihering, vol. 18, pág. 1 y sigs.; SCIALOJA, en el *Archivio giuridico*, 1880; ISAY, en el *Jahrbücher* supradicho, volumen 36, pág. 409 y sigs.; SIMONCELLI, *Indole ed effetti giuridici delle pubbliche sottoscrizioni*, en el *Foro ital.*, 1900, pág. 743 y sigs.; BOLCHINI, *Le pubbliche sottoscrizioni*, 1907; BRUGI, *Modi e limiti in cui risponde un comitato*, etc., en la *Riv. di dir. comm.*, 1906, II, pág. 235 y sigs.; en la misma revista la polémica BOLCHINI-FERRARA; TARTUFARI, L., *Dei comitati considerati nei rapporti interni ed esterni*, en el *Foro ital.*, 1907, página 233 y sigs.; PACCHIONI, *Modi e limite in cui risponde un comitato*,

Entiéndese también que, salvo pacto en contrario, la responsabilidad del promotor no se limita a los fondos recogidos, sino que grava por entero al promotor o a los que componen el comité, cada uno por su parte.

En segundo lugar, se ha estimado, que los particulares que componen los comités u otras uniones, por el hecho de estar unidos para una obra y de haber elegido un presidente como órgano de su actividad común, por una parte están vinculados por las obligaciones contraídas por el presidente, dentro de los límites marcados por las exigencias del fin común, por otra parte pueden ser válidamente demandados, juntamente y sólo en la persona del presidente en juicio.

Lo mismo se ha considerado, con mayor razón, si en vez de simples agregados de personas unidas de hecho en una obra, se trata de uniones organizadas corporativamente en virtud de un contrato o estatuto, puesto que se ha reconocido ámpliamente una representación general en las personas que dirigen estas uniones, que exime de otorgamiento de una representación especial en el pleito por parte de los componentes particulares de la unión, y exime también de la necesidad de indicar aquellos componentes (1).

Pero el simple reconocimiento de la representación contractual en las administraciones estatutarias o de hecho de las uniones, no excluye, antes confirma, que la parte no es la unión, sino sus componentes (por consecuencia estos están sujetos a la ejecución, a la cosa juzgada, son incapaces para testificar, etc.).

---

etcétera, en la *Riv. di dir. comm.*, 1907, II, pág. 249 y sigs.; CARABELLESE, *Sistema di un diritto civile dei comitati*, 1908; D'AMELIO S., *Sulla capacità giuridica degli enti di fatto*, en la *Riv. di dir. pubbl.*, 1909, II, pág. 42 y siguientes; COVIELLO N., *Manuale di Diritto civ. ital.*, pág. 222 y siguientes; Corte de ap. de Bolonia, 10 Dic. 1906 y Corte de ap. de Florencia, 13 Enero 1906, (en el Foro ital., 1907, págs. 231 y 233); Cas. Florencia, 28 Noviembre 1907, (en la Legge, 1908, pág. 447). Según la Cas. Florencia y TARTUFARI la responsabilidad de los miembros del comité es solidaria cuando el fin del comité se logra por medios que son por sí mismos actos de comercio, (espectáculos públicos). La personalidad jurídica de los comités fué defendida por CARABELLESE.

(1) BARSOTTI, *La capacità processuale delle associazioni prive di personalità giuridica*, en «*Cassazione de Firenze*», 1906.

La jurisprudencia alemana ha venido tratando *en el proceso* como sujetos jurídicos, en cuanto a su *patrimonio*, a las *uniones* que tienen una organización corporativa (*Vereine*): y el nuevo reglamento (§ 50) admite expresamente que «una unión que no tiene capacidad jurídica puede ser *demandada*, tomando en el proceso la posición de una unión jurídica capaz» y que «la sentencia obtenida contra la unión incapaz basta para la ejecución forzosa en su *patrimonio* (§ 735)». Análogas disposiciones contiene el Código de comercio alemán para las sociedades mercantiles. Pero en la interpretación de la posición de estas uniones, lo mismo antes que después de las nuevas leyes, la doctrina y la jurisprudencia en Alemania difieren notablemente:

1.º Algunos las consideran como verdaderas personas jurídicas, esto es, como sujetos activos y pasivos de los derechos concernientes al patrimonio de la unión, y por lo tanto como sujetos de la relación procesal.

2.º Otros como personas jurídicas, sólo *en el proceso* (1).— Según estas opiniones los miembros que componen la unión no son partes en el pleito.

3.º Según otros, la capacidad para ser parte, reconocida a estas uniones, es meramente *formal* (2). Los miembros que las componen son parte en el pleito (litisconsortes): ellos están en juicio bajo el nombre colectivo.

4.º HELLWIG considera estas uniones como aplicación de una institución general, que denomina «patrimonio separado o autónomo». El patrimonio autónomo es una masa patrimonial, perteneciente a un determinado sujeto jurídico, por tanto no es ella misma una persona jurídica, pero sustraída a la administración de su sujeto, y confiada a un administrador que obra en nombre de la masa, lo cual permite que el patrimonio autónomo actúe en el comercio jurídico como un todo independiente, lo mismo que una persona. El administrador no representa al sujeto del patrimonio, y por lo mismo no es parte en los litigios relativos al patrimo

---

(1) GAUPP-STEIN, *Commentario*, § 50, II.

(2) El concepto de *parte formal* es de WACH, *Handbuch*, pàg. 520 y siguientes; WACH, expuso su teoría refiriéndose particularmente a la sociedad colectiva y en comandita, (a las sociedades por acciones no duda reconocerles calidad de personas jurídicas).

nio. Los principales casos de esta *figura* son: la quiebra, la herencia yacente, la herencia bajo administración de un albacea testamentario, la sociedad colectiva o comanditaria, las uniones sin personalidad jurídica. Cesando en estos casos la *separatio bonorum*, el sujeto del patrimonio está obligado a reconocer cuanto ha sido legalmente hecho por el administrador del patrimonio.

5.º Otros, en fin, consideran estas uniones como aplicación de otra institución general, la de «sustitución procesal» (§ 36) (1).

En Italia no tenemos normas generales para las *uniones*; sólo conforme al art. 77 del Cód. de comercio, (ult. parr.) «las sociedades mercantiles constituyen respecto de terceros *entes colectivos* diferentes de las personas de los socios». Cuya norma no ha apagado las discusiones acerca de si las sociedades mercantiles son personas jurídicas, antes bien, ha dado lugar a una teoría intermedia, que distingue la relación con los terceros, en la cual la sociedad entra y está en juicio como persona jurídica y la relación con los socios en la cual es simple comunidad.(2). Sin embargo; la opinión dominante descubre siempre en la sociedad un ente distinto de las personas de los socios. (Terceros son también los socios en cuanto entran en relación con la sociedad. (3.) Por lo

---

(1) *Anspruch und Klagerecht*, cit., pág. 220 y sigs.; *Lehrbuch*, I, página 295 y sigs.; *System*, I, § 69. Según HELLWIG, el § 50 no atribuye una simple capacidad procesal, ni una simple capacidad *pasiva*. Sobre el concepto de «patrimonio autónomo», v. NUSSBAUM, en la *Rivista pel procesal civ. tedesco*, vol. 34, pág. 113, y FERRARA, *Patrimonii sotto amministrazione*, en la *Riv. di dir. comm.*, 1912, pag. 317 y sigs. En particular sobre «patrimonio colectivo», (obtenido con suscripciones, colectas, etc.; v. más arriba), véase FISCHBACH, *Das Sammelvermögen*, 1907, que aplica los conceptos de HELLWIG, pág. 105 y sigs.; FISCHBACH, nuevamente en la *Rivista renana*, III, 1911, pág. 275 y sigs.

(2) Consecuencias prácticas: No puede darse litispendencia entre los pleitos del sujeto y los pleitos del patrimonio; el sujeto puede ser demandado como litisconsorte del patrimonio autónomo, puede intervenir, puede ser oído como testigo en los pleitos del patrimonio, no se puede cambiar la demanda, pidiendo la condena, por ej., del socio en el pleito propuesto contra la sociedad colectiva, etc.

(3) KOHLER, *Civilprozessrecht*, págs. 62 y 86.

demás, la cuestión de si los socios en particular son parte en el pleito, preséntase algunas veces respecto de problemas que deben resolverse desde otros puntos de vista. (1).

II *Capacidad para comparecer en juicio. (capacidad procesal)*  
Del mismo modo que se puede ser sujeto de derechos y no tener el ejercicio de los derechos, o tenerlo limitado, así también puede tenerse la capacidad *para ser parte en juicio*, y no el ejercicio de los derechos procesales. La capacidad para comparecer en juicio, o sea para realizar actos procesales con efectos jurídicos en nombre, o representando a otro, llámase *capacidad procesal. (legitimitatio ad processum*, que no debe confundirse con la *legitimitatio ad causam*. V. pág. 151).

Aunque la defensa propia en el proceso no sea por si misma un acto de disposición del derecho, sin embargo, el resultado de una defensa incompleta puede ser prácticamente igual al de un acto de disposición del derecho. Por consecuencia, las personas que no tienen el *libre ejercicio* de sus derechos, deben estar representadas, asistidas o autorizadas en el proceso, *conforme a lo dispuesto en las leyes que regulan su estado y capacidad*. (Cod. proc. civ. art. 36 y 136). La ley procesal, por tanto, remite aquí (§ 4) a la ley reguladora de la capacidad en las relaciones jurídicas en general, y esta a su vez (Cod. civ. disp. prelim. art. 6.) remite a la ley nacional de la parte. (2).

---

(1) Por ej. todo socio tiene derecho de formular oposición a los acuerdos de la junta, (Cód. com., art. 163); discútese, si desechada la oposición de un socio, obsta la cosa juzgada a la proponibilidad de las acciones de otros socios, respóndese afirmativa o negativamente a esta cuestión, según se considere que el segundo socio opositor fuese un tercero en el primer juicio, o también fuese parte, (representado por los administradores). Nosotros seguimos la solución afirmativa, pero no porque el socio estuviese representado en el primer juicio, sino porque, entre los socios media una relación tal, que el derecho de impugnación no puede corresponder a uno si ha sido negado a otro? V. *Litisconsorzio necessario*, cit., VI; (§§ 5 y 12); más adelante, § 80, III.

(2) El extranjero comparece en juicio en persona o mediante representante según sea, conforme a *su* ley, mayor o menor, (§ 4). Lo contrario dispone el § 3 del Regl. proc. austriaco, (el extranjero a quien, según su ley, falta la capacidad procesal, será considerado como capaz, si conforme a la ley austriaca tiene capacidad procesal).

Los absolutamente incapaces concurrirán a juicio como actores o demandados en persona de sus representantes legales (1); los relativamente incapaces estarán autorizados o asistidos por las personas llamadas a asistirlos en las demás relaciones jurídicas (2). Si la incapacidad de obrar está limitada a algunas relaciones jurídicas, la incapacidad procesal ha de limitarse a los pleitos que tienen por objeto tales relaciones (Cód. civ., art. 134). Puede suceder que corresponda a una persona la patria potestad sobre un menor, a otra la administración de sus bienes (Cód. civ., art. 238), o de una parte ellos (Cód. civ., art. 247); en estos casos la representación del incapaz se reparte entre las dos, según la naturaleza o el objeto de la acción activa o pasiva de que se trata (3).

Las personas jurídicas comparecen en juicio por medio de las personas que obran jurídicamente por ellas (ya deban considerarse como *representantes* de incapaces o como *órganos* de su voluntad natural) (4).

---

(1) Para los menores no emancipados; Cód. civ., art. 46, 47, 184, 220, 224, 226, 233, 235, 241, 246 y 277; Cód. proc. civ., art. 815. Para los interdictos legales o judiciales; Cód. civ., art. 329; Cód. pen., art. 33. Sobre el interdicto legal, TEA, en el *Anuario di proc. civ.*, de CUZZERI, 1909, página 173. Para los ausentes, Cód. civ., arts. 21 a 28.

(2) Para los mayores de edad inhabilitados; Cód. civ., arts. 339 y 340. Para los menores emancipados, Cód. civ., arts. 318 y 319; Cód. com., artículos 9 y 10. Para la mujer casada, Cód. civ., arts. 134, 135, 136 y 1.743, Código proc. civ., art. 799 y sigs.; Cód. com., art. 14. Además, los tutores para *promover acciones* en juicio, si no se trata de acciones posesorias o relativas a la realización de las rentas, o de casos urgentes, deben hallarse autorizados por el consejo de familia (Cód. civ., art. 296); para hacer *compromisos* necesitan la autorización del consejo contrastada por el Tribunal (artículo 301).

(3) El concurso y el conflicto de estas representaciones, no está claramente regulado por la ley. V. Cas. Roma, 7 Diciembre 1906, en el *Foro Italiano*, 1907, pág. 271, y allí la nota de G. BONELLI; MORTARA, *Comentario*, II, núm. 520.

(4) Para el Estado; Reg. 23 Jun. 1865, para la ley 20 Marzo 1865, apartado E, sobre lo contencioso-administrativo; y R. D. 16 Enero 1876. sobre reorganización de los oficios de lo contencioso-financiero, (art. 8), que determinan a qué funcionarios está confiada la representación del Estado en los juicios según el art. 138, Cód. proc. civ. Este reparto de la representa-

Análogamente las personas físicas capaces de obrar, pero a quienes la ley señala una representación especial por razones de conveniencia política, como el Rey y la Familia real y el Pontífice (1).

---

ción del Estado puede dar lugar a dudas. Es evidente, ante todo, que la representación confiada, por comodidad recíproca de la administración y de los particulares, a los órganos locales inferiores, (prefecto, intendente de Hacienda, rector de Universidad, etc.), no debe entenderse exclusiva de la representación general que corresponde al órgano central, (ministro), sino más bien concurrente con ella. Claro es, también, que las diferentes representaciones locales son exclusivas una de la otra, (no puede ser demandado un prefecto en lugar de otro, etc.). La cuestión se complica en el caso de un juicio que recorra diversos grados de jurisdicción, cuando los distintos magistrados competentes se hallen en lugares diferentes. Se ha decidido que el representante en el lugar del primer grado puede apelar fuera de su residencia, pero no recurrir en casación, (Cas. Turín, 7 Septiembre 1910, en la *Riv. delle comunicazioni*, 1911, pág. 60 y sigs.), que es nulo el recurso notificado al prefecto de la provincia en que se desarrolla la apelación, más bien que al de la provincia donde reside la Corte Suprema, (Cas. Turín, 24 Enero 1911, en la *Legge*, 1911, pág. 851). Este rigor no está justificado; porque la unidad del juicio y el mismo interés de la defensa de la administración, exigen, que el funcionario que representó al Estado en primer grado de juicio, *pueda* continuar su representación en apelación y en casación; cierto que su actividad *administrativa* está localizada, pero esto no impide que pueda proseguir la defensa de la administración, hasta que se defina la relación procesal, una vez iniciada en su territorio. Habrá en estos casos *concurso* de representaciones locales. Ni hay motivo para distinguir entre apelación y recurso; las diferencias entre los medios ordinarios y extraordinarios, atenúanse mucho en nuestra ley, e implica una petición de principio derivar *sin más* de esta distinción la *necesidad* de cambiar representante, (§ 82, V). Para la provincia; Ley munic. y provincial, texto único, 21 Mayo 1908, art. 234, núm. 10, 242; núm. 9, 243, 249, núm. 1; para el Municipio, dicha ley, art. 136, 135, núm. 11, 126, número 5, 129, 149, núm. 9, 211, 212, 317. Para las obras pías, L. 17 Julio 1890, arts. 4, 5, 9, 35, letra *h*; texto único, 17 Agosto 1907, sobre el Consejo de Estado, art. 23, núm. 7. Acerca de los límites y efectos de la sustitución de la autoridad tutelar a los entes locales al promover acciones, véase FERRARA L., en la *Giurisprudenza italiana*, 1905, reproducida en *Studii e questioni di dir. proc. civ.*, 1908, pág. 267 y sigs.

(1) Para la lista civil y para el patrimonio privado del Rey, de la Reina, de los príncipes de la Real familia: Cód. proc. civ., art. 138. Para el

Y, por último, comparecen en juicio por medio de su representación legal aquellos entes especiales que obran como personas, aunque su carácter de persona jurídica sea discutido (1). También se cuestiona vivamente si en caso de *quiebra* tiene lugar una incapacidad del quebrado, y por lo tanto, éste es parte en el pleito representado por el curador en los pleitos de quiebra (2); generalmente se sostiene la afirmativa; pero otros niegan que el fallido sea parte en el pleito, y de estos algunos porque consideran (KÖHLER) que el curador obra en representación de los acreedores, en virtud del derecho de prenda sobre el patrimonio del fallido; otros más justamente (HELLWIG), llevando la quiebra a la figura del «patrimonio separado o autónomo». En todo caso la llamada incapacidad del fallido no se extiende a sus dere-

---

Pontífice suele argumentarse con la ley sobre las prerrogativas del Sumo Pontífice y de la Santa Sede, 13 Mayo 1871, art. 1. De aquí, realmente, no resulta de un modo directo, si no que la persona del S. P. es *sagrada e inviolable*; y es muy cuestionado que de tal norma y del contexto de la ley 13 Mayo 1871, pueda deducirse una representación especial para el S. Pontífice, (V. en sentido contrario MORTARA, *Comm.*, III, núm. 283; Trib. Roma, 30 Dic. 1905, en *Foro ital.*, 1906, pag. 260). Y si se piensa en una representación de derecho privado y patrimonial, no podría ella derivarse ni de la norma citada, ni de ninguna otra. Pero no es menos cierto, que en la persona del secretario de Estado existe una representación, constituída Pontífice, para sus relaciones públicas o políticas, ni nada más que una relación pública o política, (esto es, una relación con la autoridad del Estado), es la relación procesal (§ 3).

(1) Herencia yacente, Cód. civ., art. 982. (DUSI, *Ereditá giac.*, § 14, número 33); herencia en administración, Cód. civ., art. 857; comunidades deregantes, L. 29 Mayo 1873, L. 25 Dic. 1883; *bonifische*, L. 21 Junio 1882, ley 8 Julio 1883, etc. Los beneficios eclesiásticos están representados en juicio, por el investido o por el Economato de los beneficios vacantes. Sobre las facultades de los obispos en relación con la representación jurídica de las parroquias, véase RUFFINI, en la *Riv. prat. di dottr e giur*, II, número 8 y 9; FALCO, en la *Legge*, 1905, p. 2.267 y siguientes, número IX. SANTACHIARA, *L'autorizzazione agli enti ecclesiastici a stare in giudizio*, en el *For. it.*, 1912, p. 406 y siguientes. Están representados por el obispo también los seminarios. Para las sociedades mercantiles, Código de Comercio, artículos 77, 198, 203, 219 y 239, y los citados antes, p. 588.

(2) BONELLI, *Il fallimento*, en el *Comm.* al Código de Comercio de Vallardi; y en la *Riv. di dir. com.*, 1912, II, p. 361.

chos estrictamente personales o ajenos a la quiebra (Cód. com., artículo 699).

Acerca de la capacidad procesal debemos observar también:

a) La relación procesal es una relación continuativa y en movimiento (§ 3); por consecuencia, si alguno debe estar *asistido* por otro en juicio, la presencia de este *asistente*, (no *parte*), perdura en el pleito hasta el final; los actos del proceso deben ser notificados también al asistente, como el acto de citación (Código proc. civ., art. 136). Erróneamente abraza la ley en una norma la asistencia y la *autorización*, ya que la simple autorización es un acto único que se dá en tanto que no implica la presencia en juicio del autorizante; (por ejemplo, autorización de la autoridad tutelar a las obras pías o a los Ayuntamientos para comparecer en juicio, del Consejo municipal al alcalde, del consejo de familia al tutor) (1).

b) La capacidad procesal puede no coincidir con la capacidad de obrar general, por norma expresa de la ley, así:

1.º El menor que haya cumplido los 15 años, es considerado como mayor para todas las contiendas relativas a los arrendamientos de obra por él contratados y comprendidos en la ley sobre *probiviri*, (art. 34, L. 15 Junio 1893).

2.º El interdicto puede impugnar en nombre propio su matrimonio, (Cód. civ., art. 112). Claro es que la ley ha querido conceder en este caso la capacidad procesal al interdicto, en vista de la naturaleza personalísima de la acción. No puede entenderse que la ley se refiera aquí al interdicto cuya interdicción ha terminado, como quieren algunos; la ley se ocupa de la impugnación durante la interdicción, tanto es así, que la ley habla al mismo tiempo del tutor, que no existe ya cuando la interdicción ha cesado. La norma sería inútil si se entendiese de otra manera.

3.º El interdicto y (el inhabilitado), tiene la capacidad procesal *en los juicios en que se discute su capacidad* (Cód. proc. civ., artículo 836 y sigs.). El tribunal puede nombrarle en el pleito un curador provisional, pero no está obligado a hacerlo, (art. 839). Si lo nombra, el demandado no pierde su autonomía procesal; en efecto, el demandado puede apelar de la sentencia de interdicción o

---

(1) Acerca del marido v. TEA, *Sulla condizione processuale del marito autorizzante*, en el *Annuario* de CUZZERI, 1909.

inhabilitación aún sin asistencia del curador (art. 841, últ. párrafo). Ha de entenderse también que el interdicto o inhabilitado pueden en nombre propio pedir la *revocación* de la interdicción o inhabilitación. La ley no lo dice, pero se deriva del principio general por ella aplicado en el art. 841, Cód. proc. civ. y 112 Código civil, y aludido implícitamente en el art. 842, Cód. proc. civ. (1).

c) Cuando entre la parte y la persona que debe representarla o asistirle exista oposición de intereses, o si esa persona falta o falta un suplente legal, tiene lugar el nombramiento por el conciliador, pretor o presidente del colegio ante el cual debe tramitarse el pleito, de un *curador especial* al demandado con funciones meramente procesales (Cód. proc. civ., art. 136) (2). Surgiendo con-

---

(1) La ley alemana tiene una norma expresa en este sentido, §§ 664 y 679. Los trabajos preparatorios de nuestras leyes no son muy concluyentes a este respecto, aunque contrarios a la opinión manifestada en el texto (v. en CUZZERI, art. 842). Resulta, es cierto, que no se quiso contar al interdicto entre las personas que pueden pedir la revocación por el art. 338, Código civil; mientras que la comisión para el Código procesal civil quería incluirlo en el art. 842. Pero la exclusión no ha sido *expresa*, y como sería contraria al principio general de la ley, no debe admitirse, tanto más cuanto que no sería oportuno negar al interdicto la capacidad procesal, cuando el tutor podría estar interesado en no obrar para la revocación. La propuesta de la exclusión por parte de la Comisión para el Código civil, derivóse también de la equivocada opinión de que el art. 112, Código civil, permite al interdicto impugnar el matrimonio sólo después de haber cesado la interdicción.

(2) Discútese mucho si esta norma es aplicable al enfermo mental respecto del cual no tuvo lugar procedimiento de interdicción: la doctrina muéstrase casi unánimemente por la afirmativa, en cambio la jurisprudencia sigue la orientación contraria. La cuestión no está salvada por los arts. 2 y 3 de la ley sobre manicomios y dementes, 14 de Febrero de 1904 (nombramiento de un administrador provisional por el tribunal, en la admisión definitiva, § 14); puesto que puede darse el caso, sin mencionar otros, de un demente no entregado a un manicomio. V. BENETTINI, en la *Legge*, 1909, p. 138, y MORTARA, pág. 302. No puede negarse al juez que se haga cargo de que trata con un demente (actor o demandado), el poder de suspender el juicio hasta que se haya proveído a la interdicción, conforme cuanto hemos dicho en el texto, letra e). Si el juicio es de naturaleza urgente podrá él mismo, y también de oficio, proveer al nombramiento de un curador provisional al supuesto incapaz, pero esta resolución tendría

flicto entre los hijos sometidos a la misma patria potestad, o entre ellos y quien ejerce la patria potestad, o entre menores sujetos a la misma tutela, también será nombrado a los menores un curador especial; si el juicio se encuentra ya pendiente y ante la autoridad judicial ordinaria, el nombramiento se hace por ésta; en otro caso por el tribunal civil (Cód. civ., arts. 224 y 246). Por último, se provee al nombramiento de un curador especial en el proceso, cuando debe proponerse acción de impugnación de la paternidad contra el hijo menor o un interdicto (Cód. civ., art. 168).

*d)* Si el juicio fué normalmente constituido y el representante u órgano no se presenta o no demuestra su calidad, la parte es considerada rebelde (§ 50).

*e)* El adversario de la parte que no puede comparecer en juicio sino en persona de otra o con la autorización o asistencia de otro, tiene siempre derecho, si es demandado, de impedir la continuación del pleito, excepcionando la irregular constitución de la relación procesal (1), y esto también y tanto más cuando la nulidad de los actos realizados no pudiese ser excepcionada más que por la parte incapaz, (Cód. civ., art. 137, 335 y 341). Si es actor, podrá impedir que el adversario no asistido o no autorizado, sea oído en juicio; ni tendrá obligación de provocar la autorización. En todo caso, el juez *debe* de oficio poner de relieve la falta de asistencia o autorización (2).

---

naturaleza provisional y de cautela, y por lo mismo, condicionada (§ 9). Los actos realizados por el curador serían nulos cuando por autoridad competente fuese negada la enfermedad mental. Este curador provisional sería cosa distinta del curador temporal a que se refiere el art. 839, Código procesal civil.

(1) Por ejemplo, el que sea demandado por un alcalde, por una acción relativa a derechos en bienes inmuebles (*stabili*), puede pretender que le demuestre estar autorizado por el Consejo Municipal y por la junta provincial administrativa (art. 212, Ley provincial y municipal).

(2) Véase también GALANTE, en *Corte d'appello*, 1905 y en *Corso di dir proc. civil* 2.<sup>a</sup>, I, p. 425. Lo contrario sostiénese comúnmente: véase por último Casación Florencia, 2 de Julio de 1906, con nota favorable de VENEZIAN, *Tem*, 1906, p. 841; VENEZIAN admite que el juez tenga la *facultad*, pero no la *obligación* de relevar de oficio la falta de calidad (en el sentido de *legittimatio ad processum*) o de autorización en la parte. Argumenta sustancialmente: si la sentencia llega a ser desfavorable a la parte no repre-

f) Parte en el pleito es el representado, no el representante, salvo que para algunas actividades de parte, que no pueden ser prestadas sino por el representante, la ley se refiere a este incluso si habla de parte (pág. 579). El asistente no es *parte* sino persona llamada a integrar la capacidad de la parte, tiene, por consiguiente, los derechos de parte sólo en cuanto esta integración lo exija, (ejemplo, derecho a las notificaciones de los actos), pero no en cuanto se quisiese considerarlo como una duplicación de la parte. Por ejemplo, si tiene residencia o domicilio diferentes del asistido, esto no concede al actor la elección entre el fuero de uno o de otro (págs. 540 y 563); el asistente no tiene derecho de proponer por cuenta propia oposición en rebeldía, y por tanto, no le es aplicable la norma del art. 382, Cód. proc. civ.

---

sentada o autorizada normalmente, ésta podrá negarse a reconocerla, mientras que si le es favorable, podrá servirse de ella ratificando lo hecho de un modo irregular por el representante, por lo tanto, no hay inconveniente en dejar que se pronuncie una sentencia respecto de quien no tiene la legítima representación del interesado. Pero, aparte toda observación sobre la hipótesis de sentencia favorable, nos parece que, en todo caso, la sola posibilidad de que la sentencia resulte desfavorable al interesado irregularmente representado, que rehusará reconocerla, basta para que el juez de oficio deba negarse a emplear en el proceso una actividad que puede resultar inútil. No se trata del interés de los litigantes, sino del interés público de que la actividad del Estado no sea empleada inútilmente. Y en este terreno no vemos que el juez pueda tener una *facultad* que no sea una *obligación*. Nos parece injustificada y contradictoria la solución relativa a los representantes de las provincias y municipios que admite en el adversario y en el juez el poder de pretender la prueba de las autorizaciones necesarias, pero si estas no son presentadas en el término señalado (¿), se niega que puedan los entes representados considerarse como rebeldes; MORTARA, *Comm. II*, número 557, Trib. Caltanis, 29 de Diciembre de 1911 (*Giurisprud. ital.*, 1912, II, p. 112).

## APÉNDICE AL § 35

### *Capacidad para ser parte.—Capacidad procesal.*

Dispone el art. 2.º de la ley de Enjuiciamiento civil que sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

Por los que no se hallen en este caso comparecerán sus representantes legítimos o los que deban suplir su incapacidad con arreglo a derecho.

Por las corporaciones, sociedades y demás entidades jurídicas comparecerán las personas que legalmente las representen.

En cuanto a los hijos no emancipados corresponde al padre y, en su defecto a la madre (art. 155, Cód. civ.), el deber de representarlos en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho.

Téngase en cuenta, asimismo, que el art. 317 del citado Código refiriéndose a la emancipación por concesión del padre, dice que el menor no podrá hasta la mayoría de edad comparecer en juicio sin consentimiento de aquél, en su defecto sin el de su madre y, por falta de ambos, sin el de un tutor.

No obstante, con arreglo a lo dispuesto en la ley de tribunales industriales pueden comparecer ante esta jurisdicción especial los obreros mayores de 18 años, en causa propia.

Por lo que se refiere al emancipado por el matrimonio tenemos el art. 59, que dispone que el marido si fuere menor de 18 años no podrá comparecer en juicio sin la asistencia de su padre, madre o tutor.

Y siempre que en algún asunto el padre o la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Tal ordena el art. 165 del Cód. civ., añadiendo que dicho nombramiento se conferirá por el Juez, al pariente del menor a quien en su

caso correspondería la tutela legítima, y a falta de éste, a otro pariente o a un extraño.

El Sr. Manresa en sus *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, recoge algunos casos en los cuales pueden los hijos menores de edad comparecer *por sí*:

1.º Para pedir el nombramiento de defensor (art. 165, Código civil).

2.º Para solicitar su depósito provisional en los casos de los artículos 155, 156 y 171 del mismo Cód. en relación con el 1910 de la ley E. C.

3.º Para pedir autorización judicial de venta de sus bienes, si fuere mayor de doce o catorce años, según su sexo, (art. 2012 Ley Enjuiciamiento civ.).

Y hay otros casos, añade dicho comentarista, en que no pudiendo comparecer por sí el menor tampoco se cumple la regla general, así por ej., en el expediente formado para constituir hipoteca en favor de los menores, por razón de bienes reservables (artículos 191 y sigs. de la ley Hipotecaria), y en el que ha de instruirse en caso análogo para los bienes de los que están bajo la patria potestad (art. 204 de dicha ley).

En cuanto a los menores casados, es preciso tener en cuenta que la capacidad para comparecer en juicio de los mayores de dieciocho años y menores de veintitrés ha sido muy discutida. La jurisprudencia después de haber sentado (Res. de la D. G. de los Registros 3 Junio 1890), que el art. 317 (1), del C. C. establece una regla general que abarca todos los casos de emancipación, entendió posteriormente (R. R. 24 Dic. 1896, 19 Nov. 1898 y 24 Enero 1905), que el referido artículo se refiere exclusivamente a la emancipación voluntaria por concesión del padre o de la madre. Criterio sustentado especialmente por el T. S. en sentencia 8 Junio 1904 (reiterado en las de 19 Junio 1906 y 17 Junio 1907 conforme a la cual, el contenido del art. 317 hay que relacionarlo con el

---

(1) Dice este artículo que «la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad, no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar ni vender bienes inmuebles sin consentimiento del padre, en defecto de éste sin el de su madre, y por falta de ambos, sin el de un tutor. Tampoco podrá comparecer en juicio sin la asistencia de dichas personas.

del 315 que dice, que el matrimonio produce de derecho la emancipación con las limitaciones expresadas en el art. 59 y en el párrafo 5.º del 50, y como las limitaciones expresadas en el párr. 2.º de aquél, entre las que se encuentra la de no poder comparecer en juicio sin la asistencia de las personas que enumera, sólo subsisten mientras el menor no llegue a los dieciocho años, el marido mayor de edad, puede autorizar a su mujer para comparecer en juicio, con tal que ésta a su vez sea mayor de dieciocho años, puesto que dichos preceptos, así como el art. 60, capacitan a una y otro con el fin indicado.

El Sr. Manresa mantiene la doctrina contraria (1).

Para la mujer casada preceptúa el art. 60 del C. C., que el marido es su representante, que aquélla necesita licencia de éste para comparecer en juicio, a no ser que lo haga para defenderse en causa criminal, para litigar con su marido, o cuando hubiere obtenido habilitación, conforme a lo dispuesto en la Ley de E. C.

Véanse también en relación con esta doctrina, y entre otros, los arts. 63, 73, 155, 1994 y sigs. del Cód. Civ. y 169, 188 y sigs. de la Ley Hipotecaria.

Por los sometidos a tutela comparecerán en juicio sus tutores (véanse los arts. 200 y 211 y sigs. del C. C. y muy especialmente por lo que se refiere a los pródigos el art. 223; a los locos y sordomudos los 215 y 219).

Finalmente, las personas jurídicas (art. 38, Cód. civ.), pueden ejercitar acciones civiles y criminales conforme a las leyes y reglas de su constitución—V. arts. 35 y sigs., Cód. civ.—y las disposiciones especiales del Cód. de Com. y de las leyes administrativas; sobre todo de la ley prov. y municipal, sobre este tema.

---

(1) V. comentarios a la *Ley de Enjuiciamiento civil*, 4.ª ed. 1919. Tomo 1.º pág. 44.

§ 36

**Sustitución procesal. Intervención adhesiva  
y obligada.**

I. *Sustitución procesal* (1). El sujeto particular de la relación procesal, no siempre es *necesariamente* el sujeto de la relación

(1) Dos autores de tendencias diferentes hállanse de acuerdo al estudiar como institución autónoma la «sustitución procesal»: primero KOHLER, en una publicación en los Jahrbücher de IHERING, volumen 24, p. 319 y siguientes, después en otros escritos, *Prozess als Rechtsverhältniss*, cit. p. 95 y siguientes; *Ueber die Succession in das Prozessverhältniss (Sobre sucesión en la relación procesal)* en la *Rivista del proc. civ. ted.*, vol. 12, p. 97 y siguientes; *Beiträge zum Civilprozess*, Berlín 1894, p. 346 y siguientes; después HELLWIG, *Anspruch und Klagerecht*, cit., pág. 207 y siguientes; *Lehrbuch*, I, p. 320 y siguientes, II, páginas 307 y 362; *System*, I, § 72; KOHLER, ha introducido el nombre de *Prozesstandschaft*. HELLWIG, habla también de *Prozessführungsrecht des Nichtberechtigten (Derecho de conducir el proceso en quien no es titular del derecho)*. Nosotros tratamos de dar el carácter de este fenómeno, hablando de «sustitución procesal». Véanse las observaciones contrarias a esta innovación sistemática en SCHMIDT, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 315, texto y notas. Entre nosotros el concepto ha sido ahora aceptado por CAMMEO, (CROME), pág. 482; CASTELLARI, *Diritto proc. civ.*, lec. lit., 1906-1907; pág. 419; TEA, *Interesse ad agere*, página 84, nota (con aplicaciones no todas aceptables); *Sull'applicazione dell' art. 560 C. P. C. al curatore dell'eredità giacente*, en el *Annuario* de CUZZERI, 1908, pág. 220 y sigs.; BARSOTTI, *In tema d'azione popolare suppletiva* en el *Foro italiano*, 1909, pág. 1.412; DIANA, *La notificaz degli atti e la pubblica amministrazione*, en la *Riv. di dir. pubbl.*, 1909, II, página 27; y substancialmente por GALGANO, en su interesante monografía, *Sulla dottrina della sostituz. process.*, Nápoles, 1911, si bien no llegue a conclusiones precisas. Inciertamente se expresa REDENTI, *Giudizii con pluralità di parti*, pág. 111 y sigs.; para quien los casos de sustitución procesal son «pocos, equivocados y no homogéneos, y por tanto, no parece que de ellos pueda formarse una categoría *general*»; pero aunque existiese en nuestro derecho *un sólo caso*, en el cual alguno obre por otro sin ser su representante, sería siempre propio relevar este *hecho* y darle un nombre. Si los casos son más, por equivocados y no homogéneos que sean, cuando tienen de común aquel *hecho*, no pueden dejar de constituir una categoría. Lo

sustancial deducida en el pleito. Así como en derecho privado hay casos en que se admite a algún sujeto al ejercicio en nombre propio de derechos ajenos, así otro puede comparecer en juicio *en nombre propio por un derecho ajeno*. Muchos de los casos que llevamos a esta categoría, explícense ordinariamente como casos de representación, pero aunque aquí se produzcan algunos efectos análogos a la representación, no se trata de representación, porque el representante procesal obra en nombre ajeno, así que parte en el pleito es verdaderamente el representado, mientras que el sustituto procesal obra en nombre propio y *es parte en el pleito*; como tal responde de los gastos del pleito, es incapaz como testigo, etc. (1). Sin embargo, en cuanto el sustituto procesal está autorizado por la ley para comparecer en juicio por el derecho *ajeno*, de un lado esto tiene lugar en vista de una relación en que él se encuentra con su sujeto (2), y de otro la actividad que realiza tiene necesariamente influencia y eficacia respecto del sujeto del derecho por el cual litiga (3). Esto resuelve muchas dudas de la doctrina: por

---

mismo puede decirse de las observaciones, incluso menos trascendentes, de GALANTE, *Corso cit.*, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 771; este admite que la doctrina de la sustitución procesal, sirvió para descartar de la doctrina de la representación, muchas hipótesis que no son de representación»; y llama «negativa» a esta importancia. ¡Pero estos casos que no son representación, serán otra cosa!

(1) Entiéndese que si un caso se ha estimado como representación no puede estimarse como sustitución procesal. Naturalmente, admitir esta figura supone un determinado concepto de lo que es la representación; no se puede sin petición de principio, argumentar con las dudas en torno a la representación para discutir la razón de ser de la sustitución procesal.

(2) Esta relación en que se halla con el titular constituye el *interés* como condición de la sustitución procesal; que se presenta como cosa bien distinta del *interés* como condición de la acción hecha valer.

La relación interior que media entre sustituto y titular explica por qué el sustituto puede tener derecho para repetir del titular los gastos del pleito ganado o también perdido, aunque como *parte* responda de ellos personalmente en la relación con el adversario. Las dudas de GALANTE, ob. citada, pág. 55, son en este punto injustificadas.

(3) No falta aquí la relación sustancial respecto de la cual haya de producirse la sentencia, como duda GALGANO, pág. 58, (entendiendo mal el pasaje de REDENTI que cita, y que recuerda nuestra distinción entre cosa juzgada y preclusión).

ejemplo, la sentencia tiene eficacia respecto del sucesor a título singular, en caso de sucesión durante el pleito, la sentencia sobre la acción popular (supletoria), excluye cualquiera otra acción sobre la misma relación. Aquí se verifica un fenómeno igual al que se produce en caso de «patrimonios autónomos» (1). Por lo demás, decir que el sustituto procesal es parte, no significa que pueda realizar *todas* las actividades de parte. Puede haber actividades de parte a las cuales la ley atribuye importancia sólo en cuanto emanan del que es titular de la relación sustancial (juramento, confesión, renuncia de la acción, reconocimiento de la acción) o del que es representante u órgano del titular. Tales actividades no podrían realizarse por el sustituto: la actividad de éste, hállese circunscrita por su misma condición. Decir que el sustituto es parte no quiere decir siquiera que el titular de la relación sustancial no deba *nunca* ser llamado en el juicio. Por el contrario, tenemos casos en los que el titular *debe* ser llamado, como por ley en caso de acción popular (número 6.º); como, según la opinión doctrinal más acertada, en caso de acción subrogatoria (núm. 5.º) En estos casos (y la observación puede generalizarse a otros semejantes), la sentencia del juez provee ante todo a la expropiación (o a la declaración de una expropiación ocurrida *ope legis* con anterioridad) del *ejercicio* de la acción contra el titular de ésta, de un modo análogo a lo que ocurre con la sentencia que declara la quiebra (§ 35), salvo que en la declaración de quiebra la expropiación es absoluta mientras que en los casos anotados es condicionada, esto es, subordinada a la hipótesis de que el titular no obre. Si la sentencia

---

(1) Las afinidades entre ambas figuras jurídicas explican por qué la doctrina coloca algunos casos, ya en una ya en otra. Así, KOHLER, considera como un caso de «sustitución procesal», la capacidad para ser parte en juicio, de las uniones que no tienen personalidad jurídica (§ 35); según él, las uniones tienen una personalidad meramente procesal, con el fin de defender un derecho ajeno (esto es, de los particulares miembros de la unión); HELLWIG, por el contrario, considera el caso entre los patrimonios autónomos, o sea como figura de derecho sustancial. Así, HELLWIG, considera al curador de quiebra como un administrador de patrimonio autónomo, mientras que STEGEMANN, lo trata como sustituto procesal del quebrado. Las consecuencias prácticas son ordinariamente idénticas. HELLWIG además, lleva expresamente los patrimonios autónomos al lado de los casos de sustitución procesal, (*Lehrbuch*, I, pág. 322).

tiene este contenido preliminar, no puede surgir mas que respecto del titular, pero este es llamado al pleito para éste solo efecto, y no como parte (1).

Como casos de «sustitución procesal» podemos enumerar:

1.º El caso en que durante el pleito tenga lugar una sucesión a título singular acerca del derecho litigioso. El pleito puede continuar entre las partes originarias, aunque una de ellas no sea ya el sujeto de la relación sustancial (§ 71) (2).

2.º El derecho del marido para comparecer POR SÍ SOLO en juicio en las acciones relativas a la dote (Código civil, art. 1.399, salvo en la ejecución sobre bienes dotales, art. 2.079) y a la comunidad de bienes (art. 1.438), por derechos de los cuales él no es sujeto, o no es el único sujeto (3).

3.º El derecho de los terceros de *llevar* a juicio al capitán, en lugar del propietario del buque, por lo que se refiera a los hechos suyos y de la tripulación, o las obligaciones contraídas durante la expedición (Cód. com., art. 510). Si la acción se propone contra el propietario, el capitán no es parte en el pleito, y puede por lo mismo ser llamado, por ej., como testigo (4).

4.º En caso de garantía por acciones reales, el gerente puede comparecer en juicio solo; en este caso, comparece también por lo que se refiere a la obligación del *garantizado*, de restituir la

---

(1) Con esta observación se responde a las objeciones de GALANTE, loc. cit.

(2) Este caso no está regulado por la ley, pero hállase resuelto así por la doctrina dominante en el campo de la cosa juzgada, V. § 71. Es una solución que viene a estar confirmada por las características los diferentes casos que han llevado a constatar la figura de la sustitución procesal. Tal es precisamente la virtud del sistema. GALANTE, loc. cit., excluye este caso del campo de la sustitución procesal, observando que el art. 439, Cód. civil, nada tiene que ver con la sustitución. Pero apenas es preciso observar que la sucesión a título singular no tiene que ver con el art. 439 (pág. 138, núm.).

(3) Es opinión equivocada sostener que la mujer, autorizada por el marido, puede obrar por los bienes dotales (BIANCHI, *Rapporti patrimoniali fra coniugi*, pág. 173; Cas. Roma, 16 Febrero 1905, en el *Foro italiano*, 1905, pág. 475). V. PACIFICI-MAZZONI, *Istituz*, IV, núm. 187.

(4) Cas. Turín, 26 Nov. 1906, en la *Legge*, 1907, 332. REDENTI, opinión cit., pág. 112 nota, sostiene que se trata de representación, pero no advierte la diversidad del caso del capitán, actor y demandado.

cosa que posee. Las sentencias producidas contra el garante son *ejecutivas también contra el garantizado* (excepto para los gastos y daños); arts. 198 y 200, Cód. proc. civ., § 90.

5.º Los acreedores para la consecución de cuanto les es debido, pueden ejercitar las acciones del deudor, excepto aquellas que son exclusivamente inherentes a su persona (Cód. civ., art. 1.234). Los acreedores comparecen en juicio en nombre propio por un derecho ajeno; parte en el pleito no es el deudor, si bien—como hemos visto—debe ser llamado, sino el acreedor que obra. Es contrario a la realidad de las cosas ver en este caso, una representación; ni se puede hablar de un mandato *conferido por la ley* al acreedor (1).

6.º *La acción popular supletoria* (§ 5). Todo contribuyente puede a riesgo y peligro suyo, con la autorización de la junta provincial administrativa, *hacer valer acciones que correspondan al municipio* o a una fracción; del mismo modo cualquier ciudadano que pertenezca a la provincia, municipio o fracción a donde se extienda la beneficencia, puede ejercitar acciones *correspondientes a la institución* de beneficencia (L. prov. y mun., art. 129, ley 17 Julio 1890, sobre O. P., arts. 82 y 83). También aquí tenemos el sujeto de una relación procesal que comparece en juicio por el derecho *de otro*. Ni hay ahí representación; el municipio no es parte en el pleito, tanto es así, que el magistrado debe ordenar al municipio *intervenir* en el juicio; la obra pía no está representada por el actor popular, tanto que este debe desarrollar la acción en contradictorio del prefecto y de la *legítima representación* del ente. Cuando se habla de carácter *procuratorio* de la acción popular, no es en el sentido riguroso de la palabra (2). La acción popular correctiva, a diferencia de la supletoria, es un de-

---

(1) Como la Cas. de Roma en secciones unidas, 16 Noviembre 1905, en el *Foro ital.*, 1905, pág. 1.473. Acerca de la institución en general, véase FERRARA F. en el *For. it.*, 1904, pág. 1.401 y sigs; CANTONI, *Le origini dell'azione surrogatoria*, en la *Rivista di dir. comm.*, 1907, pág. 43 y siguientes y los allí citados; ZUCCONI, en la *Rivista di dir. civ.*, 1910, página 749 y sigs.; REDENTI, *Giudizii con pluralità di parti*, cit., pág. 111 (que equivocadamente excluye el caso de la sustitución proc., sólo porque a su entender también, debe ser llamado el deudor).

(2) FADDA y BÉNSA, notas a Windscheid, I, pág. 683; «La acción popular es siempre procuratoria, pero no en el sentido normal, porque el ac-

recho del cual es titular el actor y no tiene solamente su ejercicio; no podría, por ej., (a menos que la ley disponga expresamente lo contrario), admitirse la apelación por un ciudadano a quien correspondiera la acción correctiva en una contienda promovida por otro actor popular.

La sustitución procesal no se extiende necesariamente a todo el proceso. Puede ocurrir que el sujeto del derecho sustancial, devenga sujeto de la relación procesal durante el pleito, (como en el caso de los pleitos contra el capitán; Cód. comercio, artículo 510). Y al contrario, puede suceder que la sustitución procesal ocurra durante el pleito; así el acreedor puede apelar de las sentencias producidas en los juicios del deudor, sustituyéndose a éste en grado de apelación (1), así la acción popular concerniente a obras pías, puede hacerse valer por primera vez también, en términos de impugnación de una sentencia surgida contra el ente sustituido, (Regl. 5 Febrero 1891 de la L. sobre O. P., art. 117). Tiene lugar aquí una sucesión en la calidad de parte.

## II. *Intervención adhesiva* (2).—La figura de la sustitución pro-

tor es a la vez interesado»; y más claramente en el sentido expresado en el texto, véase el mismo FADDA, *Sulla legittimazione attiva nei gravami relativi all'azione popolare* (Atti della R. Accademia di Napoli, vol. XXXV). Véase MORTARA, *Manuale*, 5.<sup>a</sup> ed., I, pág. 38; ROMANO, *Principii di dir. amm.*, § 157. BARSOTTI, niega que la acción popular puede considerarse como sustitución procesal (*op. cit.*), pero partiendo de la idea de que el sustituto procesal debe poder realizar todas las actividades de parte. La observación de BARSOTTI, repítase en CAMPANILE, *L'azione popolare per la prima volta in appello*, en el anuario de CUZZERI, 1910, pág. 44 y siguientes y por PISCITELLI, *Ammissibilità dell'azione popolare in appello* en la *Riv. di dir. pubbl.*, 1910, II, pág. 58; ambos, no obstante, olvidan nuestra réplica y, además, confunden nuestras doctrinas con las de FADDA.

(1) Así, la Cas. de Roma antes cit., si bien partiendo de otro punto de vista. V. FADD, y los demás citados en la nota precedente.

(2) SABBATINI, *Intervento in causa*, Roma, 1880; MATTIROLO, *Trattato*, III, núm. 763 y sigs.; MORTARA, *Comm.*, III, núm. 453 y sigs.; WACH, *Handbuch*, pág. 613 y sigs.; HELLWIG, II, § 135 y sigs.; *System*, § 90; SKEDL, § 32; KOHLER, *Civilprozessrecht*, cit., pág. 86; KISCH, DCPR, III, § 2; WALSMANN, *Die streitgenossische Nebenintervention*, 1905, y sobre esto KLEINFELLER, en la *Rivista critica trimestrale di giurisprudenza*, volumen 47, fasc. 3.

cesal nos permite explicar una institución afin a ella; la *intervención adhesiva* (*interv. ad. adjuvandum, intervención accesoria*) (1). Nuestra ley nada dice acerca de esta particular institución, y la somete implícitamente a una sola norma (art. 201), con la *intervención principal*, que es algo muy diferente (pág. 92, § 89). La doctrina deriva el concepto de la intervención adhesiva, más que nada de la tradición (2). El interviniente adhesivo, interviene en un pleito para ayuda de una parte. Por esto, cuanto hace en el pleito es hecho *por un derecho ajeno*; pero no es *representante* de la parte, precisamente porque esta ya es parte en el pleito. En esto se acerca al sustituto procesal; pero difiere de este en el sentido de que no comprende el proceso. La ley no pone otra condición a esta intervención que el *interés* en el pleito; y la jurisprudencia estima que este puede ser también un interés de *mero hecho*, como es el del notario respecto de la querrela civil de falsedad de un acto (o documento) suyo, o el del acreedor respecto de los pleitos del deudor; en estos casos, la relación que es objeto del pleito no tiene ningún nexo con el notario o acreedor interviniente, pero estos tienen interés en que el acto sea declarado no falso y en que el deudor no sea depauperado por la condena. Más evidente es el derecho de intervenir cuando media un *interés de derecho*, esto es, cuando la relación jurídica en la cual el interviniente se halla con la parte ayudada, tiene un nexo con el objeto del pleito, (por ejemplo, intervención del legatario en los pleitos entre el heredero testamentario y el legítimo, intervención del vendedor, obligado por la evicción, en los pleitos entre el comprador y el tercero).

Al interviniente adhesivo se le admite en el pleito *en el estado en que este se encuentre*. Por este sólo hecho (*causæ adesse*) no deviene *parte* en el pleito; pero puede ser considerado de un modo análogo a un sustituto procesal (por ej., responsabilidad por los gastos), cuando propone demandas por su cuenta. Dentro de qué límites puede proponerlas es cuestión muy incierta. Regu-

---

(1) La relación ha sido observada primero por KOHLER, loc. cit., y está reconocido por HELLWIG, II, págs. 366 y 476, *System*, § 72, IV, el cual habla de «sustitución procesal» accesoria.

(2) También las leyes italianas, inmediatamente anteriores a los Códigos de tipo francés, reproducían claramente la distinción (V. Cost. piemont., lib. III, tít. VII, art. 5).

larmente su actividad puede *suplir* la actividad de la parte adyuvada, pero no encontrarse *en contraste* con ella. En el regl. alemán, distingúense dos formas de intervención adhesiva, *litisconsorcial* y *simple* (§§ 66 y sigs.); tiene lugar la primera cuando el interviniente se halla en una relación *con el adversario*, (o según otros, también con la parte adyuvada), de tal naturaleza, que la decisión del proceso tenga influencia también sobre él, (como si el heredero interviene en los pleitos del albacea testamentario con los terceros; o el cumplidor testamentario en el pleito sobre la validez del testamento conforme el art. 908, Cód. civ.; el comprador en el pleito contra el vendedor; el hijo en el proceso acerca de la validez del matrimonio de sus padres; tal sería la intervención admitida por nuestras leyes, del municipio en el juicio en que se ventila la acción popular; del quebrado en los pleitos de la quiebra, Código com., art. 699); en este caso, el interviniente tiene la autonomía de un litisconsorte; tiene lugar el segundo, cuando el interviniente se encuentra en una relación jurídica con la parte adyuvada (y no con el adversario), tal que el resultado desfavorable del pleito aún no produciendo efecto de cosa juzgada a su respecto, haría más difícil la defensa de *su* derecho, (como si el vendedor interviene en el pleito del comprador); aquí el interviniente no puede desarrollar sino una actividad coordinada.

En todo caso, si el interviniente por una parte, puede influir en la marcha del pleito, por otra está *sujeto a la decisión* ya en la relación con el adyuvado ya con el adversario.

III. *Intervención obligada*.—Cada una de las partes puede *llamar al pleito* a un tercero a quien crea *común* la contienda (Código proc. civ., art. 203). Esta llamada intervención obligada o forzosa, derivada de la antigua *adcitatio*, tiene de afín con la intervención adhesiva, que mientras el llamado al pleito no deviene, por esto sólo, *parte*, hállase, no obstante, sujeto a la decisión en cuanto que no podrá negar la cosa juzgada de haberlo podido si no hubiese sido llamado al pleito. Una forma especial de *adcitatio* es la *litis denuntiatio*, que tiene lugar cuando una parte denuncia el pleito (llamada en pleito), a un tercero, hacia el cual tiene una acción de regresión en caso de condena, y esto, con el fin de extender a él los efectos del proceso; en su falta, la acción de *regresión* podrá fundarse en la cosa juzgada (Cód. civ., art. 1.497).

Nosotros no sólo hemos admitido esta *litis denuntiatio*, sino que hemos aceptado la institución de la *llamada en garantía* (Código procesal civ., art. 193 y sigs.); no sólo es llamado al pleito el tercero, sino que contra él, se propone simultáneamente la acción de *regresión*. Este es un caso de pluralidad de pleitos unidos; el llamado en garantía, es parte en el pleito de *regresión* (1), y hasta en algunos casos puede *asumir el pleito* del demandado, sucediéndole en la cualidad de parte principal (art. 198), § 90.

Otra forma de *litis denuntiatio* es la *laudatio auctoris*; el poseedor *inmediato*, demandado para la entrega de la cosa, denunciando el pleito al poseedor *mediato*, o indicando sólo su nombre, puede pedir ser puesto fuera del pleito (V. el caso del arrendatario, Cód. civ., art. 1.582.

---

(1) Esta institución puramente germánica, no está reconocida por la moderna ley alemana, que sólo admite la *litis denuntiatio* y la *laudatio auctoris*; V. CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale*, cit., págs. 164 y sigs.