

Título: Acciones directa y subrogatoria en el Código Civil y Comercial de la Nación

Autor: Sosa, Toribio E.

Publicado en: SJA 01/02/2017, 01/02/2017, 132 -

Cita: TR LALEY AR/DOC/5007/2016

Sumario: I. Marco contextual.— II. Semiótica.— III. La legitimación sustancial para la pretensión de condena.— IV. ¿Qué es la sustitución procesal?— V. Diferencias entre la acción directa y la acción subrogatoria.— VI. La citación del deudor.— VII. Cuadro sinóptico comparativo

I. MARCO CONTEXTUAL

Los bienes del deudor —entre ellos, los créditos que tuviera respecto de terceros— constituyen la garantía de sus acreedores, es decir, si el deudor no cumple voluntariamente con sus obligaciones los acreedores pueden procurar el cumplimiento forzado de ellas cobrándose en todo caso con el precio de la subasta judicial de los bienes del deudor (arts. 242 y 743 CCiv.yCom.).

Si el deudor no cumpliera voluntariamente con sus obligaciones, el crédito que tuviera respecto de algún tercero podría ser embargado y subastado judicialmente, para cobrarse los acreedores del deudor con el producido de la subasta judicial [\(1\)](#), el adquirente del crédito subastado judicialmente, algo así como un cesionario forzado, ya vería qué hacer para procurar cobrarle a ese tercero.

Pero si el deudor no cumpliera voluntariamente con sus obligaciones, el crédito que tuviera respecto de algún tercero no sólo podría ser embargado y subastado judicialmente: la ley también faculta a los acreedores del deudor para procurar el cobro judicial del crédito del deudor respecto del tercero.

La ley faculta a los acreedores del deudor para procurar el cobro judicial del crédito de éste respecto de un tercero, a través de las denominadas acciones directa y subrogatoria. O sea, ejerciendo una acción directa o una acción subrogatoria un acreedor del deudor puede procurar el cobro judicial de un crédito del deudor respecto de un tercero.

II. SEMIÓTICA

Una de las dificultades para la mejor comprensión del funcionamiento de la acción directa o de la acción subrogatoria es el uso del lenguaje.

Tenemos:

- a- tres sujetos: el acreedor, el deudor y el deudor del deudor;
- b- dos relaciones jurídicas sustanciales necesarias: por un lado, entre el acreedor y el deudor; y por otro lado, entre el deudor y el deudor del deudor (puede llegar a ser relevante una tercera relación jurídica sustancial eventual: entre el acreedor y el deudor del deudor).

El deudor ostenta un doble posicionamiento: es deudor del acreedor, pero es acreedor de su deudor:

Por eso, con el ánimo de facilitar las cosas, voy a proponer para este trabajo una simplificación semiótica: al acreedor lo voy a llamar A, al deudor D y al deudor del deudor DD.

En lista:

A: acreedor.

D: deudor.

DD: deudor del deudor.

Ese listado de signos procurará ser acompañado de un adecuado uso de preposiciones (de, por, para, contra) y de conectores (respecto de, etc.)

III. LA LEGITIMACIÓN SUSTANCIAL PARA LA PRETENSIÓN DE CONDENA

De suyo que el legitimado sustancial activo para el ejercicio de la pretensión de condena es el acreedor, pues es él el titular activo de la relación jurídica sustancial de la que deriva la obligación impaga (arts. 724 y 726 CCiv.yCom.).

Si el acreedor instaura la demanda contra el deudor no habrá duda sobre la legitimación sustancial activa.

Pero, ¿cómo se explica que alguien que no es el acreedor pueda demandar al deudor? ¿cómo se explica que la ley permita que alguien que no es el acreedor —y tampoco su representante, claro está— pueda reclamar el cumplimiento de la obligación al deudor?

Bueno, sucede que la ley permite en ocasiones que algunas personas hagan valer en nombre propio o como si fuera propio un derecho ajeno, es decir, la ley permite situaciones de legitimación sustancial anómala cuando faculta a alguien a ejercer un derecho ajeno en nombre propio o como si fuera propio.

Cuando la ley permite a alguien que haga valer un derecho ajeno en nombre propio o como si fuera propio, consagra la figura de legitimación sustancial anómala llamada sustitución procesal.

Entonces lo adelantamos, las llamadas acciones [\(2\)](#) directa y subrogatoria no son más que pretensiones de condena comunes y silvestres, solo que ejercidas por legitimados sustanciales anómalos, ejercidas por quienes no son los acreedores sino por otras personas que pueden procurar el cobro de un crédito ajeno en nombre propio o como si fuera propio.

Lo repetimos: con las locuciones acción directa y acción subrogatoria no se alude a pretensiones especiales, sino a vulgares pretensiones de condena, sólo que con una variante en materia de legitimación sustancial activa: la ley permite que la pretensión de condena sea ejercida por quien no es el acreedor, sino por otra persona que no es el acreedor pero que puede actuar como si lo fuera. A ese legitimado sustancial anómalo, que puede actuar como si fuera el acreedor pero que no lo es, se lo llama sustituto procesal.

De allí deriva que, ejercida sea la acción directa o sea la acción subrogatoria, contra las pretensiones de condena vehiculizadas a través de ellas puede DD plantear todos los impedimentos procesales, aunque no así —según veremos infra— las defensas y excepciones con tinte sustancial porque en este territorio puede tener que distinguirse entre la acción directa y la acción subrogatoria [\(3\)](#).

IV. ¿QUÉ ES LA SUSTITUCIÓN PROCESAL?

Para explicarlo, antes recordemos que se pueden concebir cuatro formas de actuar en juicio:

- a- en nombre propio, por derecho propio (autodefensa procesal);
- b- en nombre ajeno, por derecho ajeno (representación procesal);
- c- en nombre propio, por derecho ajeno (sustitución procesal);
- d- en nombre ajeno, por derecho propio (procuratio in rem suam) [\(4\)](#) .

El sustituto procesal actúa judicialmente en nombre propio por un derecho ajeno, pero... ¿qué es lo que justifica esta habilitación a primera vista invasiva de la situación jurídica subjetiva del titular del derecho ajeno?

El sustituto/sustituyente procesal es un suplente listo para actuar ante la inactividad del titular del derecho ajeno.

El sustituto/sustituyente procesal no es un entremetido atrevido que irrumpe por antojo en el ámbito del derecho ajeno, para asumir su defensa judicial porque así mejor se le da la reverendísima gana.

El sustituto/sustituyente procesal está listo para suplir la inercia del titular del derecho ajeno, es suplente de ese titular indolente, apático, indiferente, perezoso, negligente, inútil o ineficaz en la defensa de su derecho.

Pero, ¿por qué esa suplencia del titular inactivo? ¿Por qué no dejar que se perjudique solo el propio interesado?

Porque el propio interesado que no hace valer él mismo su derecho no se perjudica solo, perjudica además a otros y estos otros cuentan con el apoyo de la ley para evitar ser perjudicados por la indolencia, la apatía, la indiferencia, la pereza, la negligencia, la inutilidad o la ineficacia del titular del derecho.

Puede haber varias situaciones que justifiquen esa suplencia del titular inactivo por quienes resultarían perjudicados en función de su inactividad:

a- hay interés sobre lo mismo, hay un interés común: tratándose de un interés común o compartido, el sustituyente/sustituto procesal actúa en interés propio pero al mismo tiempo al actuar así también actúa en pos del interés ajeno del inerte sustituido procesal; [\(5\)](#)

b- de la satisfacción del interés del titular inactivo, depende un beneficio para otro interés: tratándose de intereses diferentes, el sustituto/sustituyente procesal actúa en pos del interés ajeno del quieto sustituido procesal, pero para indirectamente beneficiar un interés propio: es el caso de la acción directa o de la acción subrogatoria para llevar adelante todo un proceso [\(6\)](#) o en ocasiones la del tercero adhesivo simple que interviene en proceso ajeno; [\(7\)](#)

c- de la insatisfacción del interés del titular inactivo, deriva un perjuicio para otro interés: también tratándose de intereses diferentes, el sustituto/sustituyente procesal actúa en pos del interés ajeno del inmóvil sustituido procesal, pero para evitar indirectamente un perjuicio al interés propio que pudiera acontecer:

(i) en otro proceso — anterior, simultáneo o posterior —: algún supuesto de tercero adhesivo simple; [\(8\)](#)

(ii) en otro proceso posterior, es el caso del citado de evicción; [\(9\)](#)

(iii) en el mismo proceso: por ejemplo es la situación de la aseguradora citada en garantía [\(10\)](#).

Puede decirse mucho más acerca de algo tan poco estudiado como la sustitución procesal: puede ser general o especial [\(11\)](#), absoluta o relativa [\(12\)](#), total o parcial [\(13\)](#), activa o pasiva [\(14\)](#), espontánea o provocada [\(15\)](#), etc. [\(16\)](#).

Entonces, en suma ¿cuándo se puede activar la legitimación sustancial anómala llamada sustitución procesal? En los supuestos de sustitución procesal, es la inactividad procesal lo que la activa. La inercia del sustituido procesal, que pudiendo o debiendo hacer no hace (v.gr. no acciona, no se defiende, no recurre, etc.), es lo que da motivo a su suplencia por el sustituto/sustituyente procesal. Vale decir que la inercia del sustituido procesal no es insuperable, no es irreversible, pues falta todavía computar el resultado de la actuación del sustituto/sustituyente procesal.

V. DIFERENCIAS ENTRE LA ACCIÓN DIRECTA Y LA ACCIÓN SUBROGATORIA

Las llamadas acciones directa y subrogatoria son ejemplos de sustitución procesal, en los que la ley permite, a quien no es acreedor ni representante del acreedor, reclamar judicialmente en nombre propio el pago de un crédito ajeno.

Pero hay una diferencia básica de intensidad entre la sustitución procesal en la acción directa y en la acción subrogatoria: lo obtenido de DD como consecuencia de la acción directa ingresa directamente al patrimonio del sustituto procesal (ingresa al patrimonio de A, acreedor de D), mientras que lo obtenido de DD como consecuencia de la acción subrogatoria entra directamente al patrimonio del sustituido procesal (entra al patrimonio de D, deudor de A).

De esa diferencia básica de intensidad se derivan otras diferencias entre la acción directa y la acción subrogatoria, que son consecuencia lógica inmediata de esa diferencia básica.

Veamos esas diferencias:

a) Si tienen éxito, ¿qué créditos son satisfechos?

1.— Acción directa

A acciona contra DD reclamándole el pago de la deuda que tiene DD respecto de D; si A logra el pago de esa deuda, lo obtenido no ingresa al patrimonio de D sino directamente al patrimonio de A (art. 738.d CCiv.yCom.), con lo cual, en la medida de lo obtenido por A "se matan dos pájaros de un solo tiro": a- D se libera respecto de A; b- DD se libera respecto de D.

2.— Acción subrogatoria

A acciona contra DD reclamándole el pago de la deuda que tiene DD respecto de D; si A logra el pago de esa deuda, lo obtenido ingresa al patrimonio de D y no directamente al patrimonio de A, con lo cual, en la medida de lo obtenido por A "se mata un solo pájaro con ese solo tiro": DD se libera respecto de D; si A quiere cobrarle a D aprovechando lo obtenido por A para D como consecuencia del éxito de la acción subrogatoria contra DD, debe accionar contra D sin ninguna preferencia de cobro sobre lo obtenido por A para D como consecuencia del éxito de la acción subrogatoria contra DD (art. 739 párrafo 2º CCiv.yCom.).

En pocas palabras: si tiene éxito la acción directa, en la medida de lo obtenido por A contra DD cobran A de D y D de DD y, correlativamente, en esa medida se liberan D respecto de A y DD respecto de D; si tiene éxito la acción subrogatoria, en la medida de lo obtenido por A contra DD sólo cobra D, en tanto que A —que para cobrar además debe accionar contra D— no tiene ninguna preferencia de cobro sobre lo obtenido por A para D como consecuencia del éxito de la acción subrogatoria contra DD.

b) ¿Cuándo proceden?

1.— Acción directa

Sólo en los casos específicamente previstos por la ley (17), los que son de interpretación restrictiva; de modo tal que, en la duda, debe estarse por la falta de legitimación sustancial activa de quien la intente, vale decir, en la duda debe estarse por su inadmisibilidad (art. 736 CCiv.yCom.) (18).

2.— Acción subrogatoria

Procede respecto de cualquier derecho patrimonial de D que éste sea remiso de ejercer y cuya omisión afecte la posibilidad de cobro de A (art. 739 CCiv.yCom.), salvo algunos específicamente excluidos por la ley (art. 741 CCiv.yCom.) los que deben ser de interpretación restrictiva; de modo tal que, en la duda, debe

estarse por la existencia de legitimación sustancial activa de quien la intente, vale decir, en la duda debe estarse por su admisibilidad.

En resumen, mientras que la interpretación restrictiva opera sobre la procedencia de la acción directa, en la acción subrogatoria opera sobre la procedencia de sus salvedades; de tal guisa que, en la duda, debe estarse por la inadmisibilidad de la acción directa y por la admisibilidad de la acción subrogatoria.

c) Defensas oponibles

1.— Acción directa

DD puede plantear tres tipos de defensas: las defensas de DD frente a D, también las defensas de DD frente a A (art. 738.c CCiv.yCom.) y por fin las defensas de D frente a A.

Veamos.

i) Defensas de DD con relación a D

Si, vía acción directa, A demanda a DD reclamando el pago del crédito de D respecto de DD, parece claro que DD pueda hacer valer contra A las defensas (v.gr. modos de extinción de las obligaciones) que DD tenga contra D. Sin ir más lejos, DD podría argüir que v.gr. pagó el crédito de D. Aquí cabe una acotación: la defensa de DD respecto de D (v.gr. el pago de DD a D) debe ser de fecha posterior a la notificación de la acción directa de A respecto de DD, porque esa notificación produce el embargo del crédito de D respecto de DD de modo que luego de esa notificación DD no pudo pagarle a D de modo oponible a A (art. 738.a y art. 877 CCiv.yCom.).

En el marco de las defensas y excepciones contra el crédito de D, A al resistirlas actúa como sustituto procesal de D: si existe el crédito de D respecto de DD, entonces DD le debe a A (art. 90.1 Cód. Proc.). Frente a DD, son "socios" A y D, pues a ambos les interesa la no extinción del crédito ni de la acción de D contra DD.

ii) Defensas de DD con relación a A

Cuando A ejerce la acción directa contra DD, no solo lo hace en nombre propio por un derecho de D respecto DD, sino que la ley le permite hacerlo como si el derecho de D respecto de DD perteneciera a A: la ley no sólo le permite a A accionar contra DD en nombre propio por un derecho de D respecto de DD, sino que además de alguna manera "finge" que A acciona contra DD como si A fuera mismísimamente D. Para la ley, A ejerce la acción directa contra DD en nombre propio y como si fuera D. Por eso es que DD puede plantear también las defensas (v.gr. modos de extinción de las obligaciones) que DD tenga con relación a A.

Veamos una situación concreta: D le debe 5 vacas a A, DD le debe 10 vacas a D y A le debe 1 vaca a DD; entonces si A ejerce acción directa contra DD reclamando 5 de las 10 vacas que DD le debe a D, (19) DD puede oponer como defensa la vaca que A le debe a DD (compensación), con lo cual, prosperando esa defensa, quedaría extinguido el crédito de DD respecto de A (por 1 vaca), quedaría reducido el crédito de A respecto de D (de 5 vacas, pasaría a 4 vacas) y quedaría también reducido el crédito de D respecto de DD (de 10 vacas, pasaría a 9 vacas); en este ejemplo, la acción directa de A contra DD prosperaría por 4 vacas y, cuando DD le pagara esas 4 vacas a A, DD quedaría debiéndole 5 vacas a D.

iii) Defensas de D con relación a A

Es cierto que si A ejerce acción directa contra DD reclamándole el pago del crédito de D respecto de DD, hay que citar a juicio a D (art. 737.e CCiv.yCom.); es cierto, entonces, que D compareciendo a juicio

podría oponer respecto de A las defensas que tuviera a su respecto; por ejemplo, D podría argüir que le pagó a A, de modo que extinguido así el crédito de A respecto de D, A no tendría justificación para ejercer la acción directa respecto de DD (art. 737.a CCiv.yCom.). Pero, ¿y si D desoye la citación o si comparece a estar a derecho pero no se defiende o no lo hace idóneamente? ¿podría DD plantear contra A las defensas que tuviera D contra A, para así procurar el rechazo total o parcial de la acción directa? Ciertamente sí, DD podría plantear contra A las defensas que tuviera D contra A, como sustituto procesal de D. En efecto, en el mismo proceso iniciado por A contra DD vía acción subrogatoria pero en el ámbito de la relación jurídica sustancial entre A y D, DD podría actuar como tercero adhesivo simple para hacer valer las defensas de D contra A que D se abstuviera de utilizar (arts. 90.1 y 91 párrafo 1° CPCCs Nación y Buenos Aires; arts. 82.1 y 83 párrafo 1° CPCC La Pampa). En el marco de las defensas y excepciones contra el crédito de A, DD actúa como sustituto procesal de D: si D no le debe a A, entonces DD tampoco le debe a A (art. 90.1 cód. proc.). Frente a A, son "socios" D y DD, pues a ambos les interesa la extinción del derecho o de la acción de A.

2.— Acción subrogatoria

DD puede plantear las defensas de DD frente a D y las defensas de D frente a A, pero no así las defensas de DD frente a A.

i) Defensas de DD con relación a D

Si, vía acción subrogatoria, A demanda a DD reclamando el pago del crédito de D respecto de DD, parece claro que DD pueda hacer valer contra A las defensas (v.gr. modos de extinción de las obligaciones) que DD tenga contra D. Sin ir más lejos, DD podría argüir que v.gr. pagó el crédito de D.

Pero aquí entra una aclaración que diferencia la acción subrogatoria de la acción directa: mientras en la acción directa la defensa de DD respecto de D (v.gr. el pago de DD a D) debe ser de fecha posterior a la notificación de la acción directa de A respecto de DD, en la acción subrogatoria la defensa de DD respecto de D (v.gr. el pago de DD a D) puede ser de fecha anterior o posterior a la notificación de la acción subrogatoria de A respecto de DD, considerando que —a diferencia de la acción directa— la notificación de la acción subrogatoria no provoca el embargo del crédito de D respecto de DD; pero podría probar A que la defensa posterior a la notificación de la acción subrogatoria (v.gr., otra vez, un pago de DD a D) fue fraudulentamente realizada con la intención de burlar los derechos de A (art. 742 CCiv.yCom.). A quien ejerce la acción subrogatoria le conviene cuanto antes conseguir el embargo del crédito de D respecto de DD, para que le sean inoponibles los actos de extinción posteriores (arts. 877 y 883.b).

ii) Defensas de D con relación a A

Rige aquí *mutatis mutandis* lo expuesto en V.3.iii), acotando que D o DD como sustituto procesal de D sólo podrían plantear defensas acusando la inexistencia del crédito de A respecto de D, no su falta de exigibilidad (arts. 739 y 740 CCiv.yCom.).

iii) Defensas de DD con relación a A

A diferencia de la acción directa, en la acción subrogatoria cuando A la ejerce contra DD, sólo lo hace en nombre propio por un derecho de D respecto DD, pero aquí la ley de ninguna manera "finge" que A acciona contra DD como si A fuera mismísimamente D. Para la ley, A ejerce la acción subrogatoria contra DD en nombre propio pero no como si fuera propiamente D. Por eso es que DD no puede plantear también las defensas (v.gr. modos de extinción de las obligaciones) que DD tenga con relación a A [\(20\)](#).

d) Exigibilidad de los créditos

La acción directa y la acción subrogatoria son en verdad pretensiones de condena que persiguen finalmente el cobro de ciertos créditos: en aquél caso, el de A respecto de D y el de D respecto de DD; en este caso, el de D respecto de DD.

Por eso es que los créditos cuya condena a pagar se persigue deben ser exigibles: en la acción directa, deben ser exigibles el crédito de A respecto de D, y el de D respecto de DD; en la acción subrogatoria, debe ser exigible el crédito de D respecto de DD.

Tratándose de la acción subrogatoria, debe ser exigible el crédito de D respecto de DD, porque si no fuera así no sería remiso D si no hubiera accionado judicialmente aún contra DD a falta de pago voluntario (art. 739 CCiv.yCom.). Es decir, D sólo sería remiso si su crédito contra DD es exigible y si pese a eso no accionara contra él en defecto de pago voluntario. Además, en caso de tener éxito la acción subrogatoria ensayada por A, quien cobra es D el crédito que tiene respecto de DD, por eso es que el crédito exigible debe ser el de D respecto de DD.

En la acción subrogatoria no debe ser necesariamente exigible el crédito de A respecto de D, porque ese crédito no va a resultar pago como consecuencia del solo ejercicio de esa acción (arg. art. 739 párrafo 2º CCiv.yCom.). No siendo exigible aún el crédito de A respecto de D, A podría darse cuenta que peligra el cobro de su crédito respecto de D, observando cómo D no hace nada para cobrar su crédito exigible respecto de DD: en tal situación, A podría ejercer acción subrogatoria contra DD, pese a que el crédito de A contra D no es exigible aún (art. 739 1ª parte CCiv.yCom.). En esta hipotética situación queda de manifiesto la naturaleza conservatoria de la acción subrogatoria.

Pero la exigibilidad del crédito de A respecto de D y de D respecto de DD —en la acción directa— o la exigibilidad del crédito de D respecto de DD —en la acción subrogatoria— son requisitos para las pretensiones de condena vehiculizadas a través de esas acciones, pero no son requisitos para el ejercicio exitoso de pretensiones cautelares. En efecto, aún antes de toda exigibilidad del crédito de nadie contra nadie, si A va a ejercer en el futuro una acción directa o una acción subrogatoria pueda requerir medidas cautelares para asegurar el cobro del crédito de D respecto de DD. Podría ser que DD se estuviera insolventando y que fuera previsible que, al tornarse exigible el crédito de D respecto de DD, DD no tuviera cómo pagarle a D. Ante tal panorama, D no hace nada, es decir, tolera que DD haga peligrar el pago del crédito de D respecto de DD; allí entra en escena A, quien viendo que si D no cobra de DD tampoco va a poder cobrarle a D, aunque su crédito respecto de D no sea aún exigible solicita judicialmente una medida cautelar contra DD para asegurar las chances de cobro de D respecto de DD (arts. 195 y 209.5 CPCC Nación y Buenos Aires; arts. 187 y 203.6 CPCC La Pampa).

Por otro lado, la falta de exigibilidad del crédito de A contra D o del crédito de D contra DD —en la acción directa— o la falta de exigibilidad del crédito de D contra DD —en la acción subrogatoria— no deberían ser obstáculos para llegar hasta una sentencia de condena, si se admite el funcionamiento de la condena de futuro, no sólo tratándose de una pretensión de desalojo (art. 1216 CCiv.yCom. y arts. 677 CPCC Bs.As., 688 CPCC Nación y. 655 CPCC La Pampa) sino más allá bajo ciertos recaudos como lo hemos propuesto en otro trabajo [\(21\)](#).

e) Carácter expedito de los créditos

1.— Acción directa

Si un crédito está embargado su acreedor no puede cobrarlo, o, mejor dicho, si el deudor lo paga entonces paga mal y deberá pagar dos veces: al acreedor y al embargante del acreedor (arts. 877 y 883.b CCiv.y-Com.).

Por eso es que si el ejercicio exitoso de la acción directa debiera desembocar en el cobro del crédito de A respecto de D y de D respecto de DD, ese desenlace exitoso se vería impedido:

a- si estuviera embargado el crédito de A respecto de D, porque entonces no podría ser pago A sino el acreedor embargante de A;

b- si estuviera embargado el crédito de D respecto de DD, porque entonces no podría ser pago D sino el acreedor embargante de D.

Esos embargos bloqueantes del éxito de la acción directa (me refiero al embargo del crédito de A respecto de D y al de D respecto de DD), para producir ese efecto bloqueante deben haber sido trabados en cierto momento crítico. ¿Antes de qué momento crítico? Antes del ejercicio de la acción directa (art. 737.d CCiv.yCom.).

Para evitar un embargo anterior al ejercicio de la acción directa, sea un embargo del crédito de A respecto de D o del crédito de D respecto de DD, ¿qué podría hacer A?

A no puede evitar un embargo de su crédito respecto de D, esto es, no puede evitar que acreedores suyos (acreedores de A) entre otros bienes de A obtengan un embargo sobre el crédito de A respecto de D, a menos que A procure una tutela anticautelar o realice una denuncia antecautelar [\(22\)](#).

Tampoco A necesita embargar su propio crédito respecto de D para cobrarlo; si bien se mira no podría A embargar su propio crédito respecto de D, porque si ese crédito es un bien que integra el patrimonio de A, si A lo embargara estaría autoembargando un bien suyo.

Lo que sí podría hacer A antes de ejercer la acción directa contra DD es requerir el embargo preventivo del crédito de D respecto de DD, el que obtendrá si logra acreditar los recaudos necesarios. Y si A no logra el embargo preventivo del crédito de D respecto de DD antes de ejercer la acción directa, entonces la ley interpreta que la notificación del traslado de la acción directa promovida por A contra DD significa la traba de embargo del crédito de D respecto de DD (art. 738.a CCiv.yCom.); si la notificación de la demanda importa la traba de embargo, entonces la emisión del traslado de demanda equivale a orden judicial de embargo, para cuya obtención no rigen entonces los presupuestos generales en materia cautelar.

Pero, ¿y si un acreedor de D embarga el crédito de D contra DD después de planteada la acción directa de A contra DD pero antes de notificada la acción directa a DD? La respuesta es: procede la acción directa (porque no hay un embargo del crédito de D respecto de DD antes de la acción directa, art. 737.d CCiv.y-Com.), pero con el crédito de D respecto de DD cobra antes que A el acreedor embargante de D (arts. 738.a y 745 CCiv.yCom.).

2.— Acción subrogatoria

Si el ejercicio exitoso de la acción subrogatoria debiera desembocar en el cobro del crédito de D respecto de DD, ese desenlace se vería impedido si estuviera embargado el crédito de D respecto de DD, porque entonces no podría ser pago D sino el acreedor embargante de D.

Para evitar un embargo contra D sobre el crédito de D contra DD, que impidiera a D cobrarle a DD -y así consecuentemente impidiera luego a A cobrarle a D- ¿qué podría hacer A? Siendo D deudor de A y siendo embargable el crédito de D contra DD, A podría embargar el crédito de D contra DD y, así, cualquier

otro embargo posterior de un tercer acreedor sobre el crédito de D contra DD carecería de prioridad de cobro pues quedaría desplazado por el embargo de A sobre el crédito de D respecto de DD (arg. 745 CCiv.yCom.).

f) Homogeneidad de los créditos

En la acción directa, si A aspira a cobrar el crédito que tiene contra D haciendo que éste a su vez cobre el crédito que tiene contra DD, puede entenderse que la ley exija que ambos créditos sean homogéneos (v.gr. que ambos tengan por objeto una prestación consistente en dar una suma de dinero). No así, en cambio, en la acción subrogatoria, porque aquí A no va a cobrar directamente con lo que obtenga del reclamo contra DD, de manera que el crédito de A contra D y el crédito de D contra DD podrían tener prestaciones no homogéneas: lo que importa en la acción subrogatoria es incorporar al patrimonio de D lo que le es debido por DD.

No obstante, en la acción directa, podría ser que A quisiera darse por pago con lo que DD le debe a D, aunque la prestación debida por DD a D no sea homogénea comparándola con la prestación debida por D a A. Es decir, A podría dar por pago su crédito respecto de D con lo que DD le deba a D, aunque ambos créditos no sean homogéneos (arts. 942 y 943 CCiv.yCom.). La única cuestión que podría surgir es la determinación de la medida en que el pago de la obligación de DD a favor de D pudiera satisfacer la obligación de D a favor de A, nada que no pudiera resolverse a través de un incidente. Concluimos que en la acción directa a través de una interpretación sistemática podría ser prescindible el requisito de la homogeneidad entre el crédito de A respecto de D y el de D respecto de DD (arts. 2º, 737.c, 942 y 943 CCiv.yCom.).

VI. LA CITACIÓN DEL DEUDOR

a) Interés en la citación

Tanto en la acción directa como en la subrogatoria ejercidas por A contra DD, se justifica la citación de D para que pueda hacer valer defensas contra su acreedor A y para que pueda resistir las defensas opuestas por su deudor DD.

Tanto en la acción directa como en la subrogatoria ejercidas por A contra DD, la citación de D se justifica para que la sentencia definitiva también haga cosa juzgada a su respecto (arts. 737.e y 740 CCiv.yCom.).

Pero, ¿a quién le interesa que la cosa juzgada alcance también a D?

Le interesa a DD, porque si derrotara a A y no hubiera cosa juzgada oponible a D, entonces D muy suelto de cuerpo en su calidad de acreedor de DD y no enterado del fracaso de A contra DD, podría intentar cobrarle a DD en otro proceso.

Le interesa también a A, por cuanto si D no cuestiona el crédito de A respecto de D, la sentencia que así lo declare impediría a D cuestionar ese crédito en otro proceso posterior (v.gr. si el producido de la acción directa no alcanza a cubrir todo el crédito de A contra D y entonces A tuviera que iniciar un juicio complementario contra D). Téngase en cuenta que A actúa bajo una doble legitimación sustancial: a- por su derecho respecto de D; b- por el derecho de D respecto de DD, como sustituto procesal de D.

Pero ¡atención! Si A quisiera que en el mismo proceso en el que ejerce la acción directa o la acción subrogatoria contra DD también D resultara condenado, entonces tendría que acumular pretensiones: a- la de condena dirigida contra DD; b- la de condena dirigida contra D (art. 88 CPCCs Nación y Buenos Aires; art. 80 CPCC La Pampa). Esa acumulación de pretensiones (principio de concentración) sería útil: a- en la acción directa, si el crédito de D contra DD no fuera suficiente para cubrir el crédito de A contra D; b- en la

acción subrogatoria, para procurar cobrar en el mismo proceso el crédito de A contra D, con lo obtenido a raíz del cobro de D contra DD.

b) Rol procesal del citado

Trátase de acción directa o de acción subrogatoria, la relación jurídica procesal se entabla entre A y DD, de manera que D, en ese contexto, es un tercero procesalmente hablando (23).

Tanto en la acción directa como en la subrogatoria, D habría sido el legitimado natural sustancial para demandar a DD y, recordemos, su inacción llevó a A a demandar a DD. Así, respecto de todas las defensas y excepciones relativas al crédito de D contra DD, el citado D podría asumir el rol de litisconsorte de A, ya que D habría podido bien demandar a DD y dado que a ambos, a A y a D, habrá de interesar que fracasen esos resistencias de DD contra el crédito de D (arts. 90.2, 91 párrafo 2° y 113 párrafo 1° CPCCs Nación y Buenos Aires; arts. 82.2, 83 párrafo 2° y 105 párrafo 1° CPCC La Pampa).

Pero respecto de las defensas y excepciones relativas al crédito de A contra D (sobre su existencia y exigibilidad en la acción directa; sólo sobre su existencia, en la acción subrogatoria, ver supra 5.3.1.3. y 5.3.2.2.), el bloque común se armaría entre D y DD frente a A; D podría defenderse frente a A como si hubiera sido demandado por A y, si D no lo hiciera así, (24) DD podría defender a D frente a A como sustituto procesal de D (ver supra 5.3.1.3. y 5.3.2.2.).

Por fin, en la acción subrogatoria y no en la acción directa, el citado D podría tomar el toro por las astas y asumir él el rol de demandante contra D, en cuyo caso A podría continuar actuando en el proceso como tercero adhesivo simple de D (arts. 90.1, 91 párrafo 1° y 112 CPCCs Nación y Bs.As.; arts. 82.1, 83 párrafo 1° y 104 CPCC La Pampa).

VII. CUADRO SINÓPTICO COMPARATIVO

(1) Sosa, Toribio E., Subasta Judicial, 3ª ed. ampliada y actualizada, Ed. Platense, La Plata, 2009.

(2) Nosotros hemos sostenido que no existe un concepto autónomo de acción, pues queda absorbido por el derecho de defensa en juicio de la persona y de los derechos: este derecho no podría ser ejercido si no pudiera ser iniciado el proceso dentro del cual poder ejercerlo. O sea, el derecho de defensa en juicio incluye el derecho de iniciarlo, incluye la acción. Ver Sosa, Toribio E., "¿Es la acción un flogisto procesal?", El Derecho 12/9/2014.

(3) Carlo Carli clasifica las excepciones previas en impedimentos procesales —contracara de los presupuestos procesales—, defensas —hacen valer la falta del derecho reclamado— y excepciones —hacen valer la falta de acción—, ver más en <http://sosa-procesal.blogspot.com.ar/2014/01/unidad-vi.html>.

(4) La procuratio in rem suam era propia del derecho romano cuando no se concebía la cesión de créditos: en vez de cederse un crédito, se daba mandato para su cobro, de modo que el mandatario actuaba en juicio en nombre de su mandante pero por un crédito "propio", entendiendo por "propio" que, si lo cobraba, derivaba en su propio provecho.

(5) Es p. ej. la situación de los codeudores solidarios; cuando uno de ellos plantea una defensa común (v.gr. el pago) actúa en interés propio, pero inevitablemente también actúa defendiendo el común interés ajeno (el de los demás codeudores solidarios) porque si tiene éxito la obligación se extingue respecto de todos (arts. 831 y 835.a CCiv.yCom.); el codeudor que esgrime la defensa de pago actúa como sustituto

procesal de los otros codeudores. Pero si uno de los codeudores solidarios plantea una excepción sólo personal (v.gr. confusión, art. 835.c CCiv.yCom.), entonces actúa por su propio interés y no en defensa del interés de los demás codeudores solidarios; no actúa así como sustituto procesal de los demás codeudores.

(6) A fin de poder cobrar un crédito que el acreedor A tiene contra D, A insta —ante la inacción de D— el cobro de un crédito que D tiene respecto de DD. A es acreedor de D, y D es acreedor de DD, entonces A acciona contra DD para lograr el cumplimiento voluntario o forzado de DD respecto de D, y así a su vez —de diferente forma según se trate de acción directa o de acción subrogatoria— poder cobrar A su crédito respecto de D.

(7) En el mismo supuesto que dio base al ejemplo de la nota anterior pero sin acción subrogatoria —en caso que D diligentemente sí hubiera promovido acción de cobro contra DD—, el acreedor A podría intervenir como tercero adhesivo simple de su deudor D, en el seno del proceso que D hubiera promovido a su vez contra su deudor DD. Eso así porque A quiere estar al acecho dentro del proceso promovido por D contra DD, para evitar que D, defendiéndose mal, malogre su crédito contra DD.

(8) El deudor D tiene un inmueble que es el único bien que respalda el cumplimiento de su obligación, pero alguien —diferente de su acreedor A—, digamos X, lo demanda por reivindicación. En esa situación, A acreedor de D, en defensa de su propio crédito (de su propio interés) y para poder cobrarlo en otro proceso (anterior, simultáneo o posterior), puede actuar en el proceso de reivindicación promovido por X contra D para procurar la victoria de su deudor D, porque si no el patrimonio de éste quedará vacío de bienes con qué responder forzosamente en defecto de pago voluntario. Ciertamente el acreedor A podrá actuar en el proceso de reivindicación como tercero adhesivo simple de D, enfrentado contra X.

(9) El tercero citado de evicción debe defender y de hecho puede asumir la defensa del interés del demandado citante (interés del que éste es titular porque aquél antes se lo transmitió onerosamente), para evitar tener que indemnizar a éste (obligación de saneamiento) en otro proceso posterior en caso de ser derrotado en el juicio promovido por alguien que le disputa jurídicamente ese interés sustancial transmitido. Es el caso del vendedor citado de evicción por el comprador, en juicio seguido contra éste por alguien que turba total o parcialmente el derecho que el vendedor transmitió al comprador (ej. promueve reivindicación en contra del comprador). El vendedor citado de evicción defiende el interés del comprador —que él mismo antes le transmitió—, para así, ganando el juicio, no tener que indemnizar al comprador luego en otra litis.

(10) La aseguradora citada en garantía debe defender y de hecho puede asumir la defensa del interés del demandado asegurado, para evitar tener que mantenerlo indemne en el mismo proceso en que ha sido citada. Para no tener que mantener indemne al asegurado pagando una indemnización, la aseguradora puede procurar que el asegurado derrote a quien lo demandó.

(11) General, desde el inicio mismo del proceso y hasta su finalización (ej. cuando por vía de acción subrogatoria se inicia un proceso haciendo valer un derecho ajeno y se lo sigue hasta el final); especial sólo para uno o más actos procesales y no para el resto de la actividad procesal (por ej. en cualquier hipótesis de sustitución procesal, hasta la más modesta, para apelar la sentencia definitiva, si se ha abstenido de apelar el titular del interés).

(12) Absoluta si el sustituto/sustituyente reemplaza en el proceso al sustituido, de modo que sólo es parte el sustituto/sustituyente y no lo es el sustituido (v.gr. si el citado de evicción asume la defensa del demandado citante y, con la conformidad del demandante y del demandado citante, éste es extromitido del

proceso, quedando como su reemplazante el citado de evicción); relativa, de modo que el sustituto/sustituyente y el sustituido estén actuando los dos en el proceso sin que la presencia del sustituto/sustituyente acarree la exclusión del sustituido (v.gr. si el citado de evicción asume la defensa del demandado citante, pero sin extromisión de éste, actuando ambos como litisconsortes).

(13) Total, si el interés del sustituto/sustituyente está en línea con el interés del sustituido en todas las cuestiones que se ventilen en el proceso; parcial, si se plantean cuestiones en que la defensa del interés del sustituyente/sustituto no va en el mismo sentido o va contra el sentido de la defensa del interés del sustituido: en la medida de la incompatibilidad se acaba la sustitución procesal para dar lugar a una situación adversarial entre quienes, en la medida de la compatibilidad de sus intereses, de modo parcial, pueden al mismo tiempo seguir siendo sustituto/sustituyente y sustituido. Por ej. la aseguradora puede actuar al mismo tiempo a favor y en contra de su asegurado, pero en ambos supuestos defendiendo el interés sustancial de ella: cuando actúa a favor del asegurado indirectamente lo hace en su propio beneficio (v.gr. plantea que el asegurado no es responsable del siniestro) y cuando actúa en contra de su asegurado lo hace directamente en su único y propio beneficio (v.gr. plantea la culpa grave del asegurado).

(14) Según el sustituido deba ser o sea demandante en el proceso (activa), o en cambio sea demandado (pasiva), respectivamente.

(15) Por voluntad y decisión propia del sustituto/sustituyente (espontánea), por citación realizada por el sustituido (provocada).

(16) Para más amplitud y profundidad, remito a mi libro Terceros en el proceso civil, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011.

(17) El CCiv.yCom. prevé acción directa tratándose de subcontrato (arts. 1071 y 1072), locación de cosas (art. 1216), leasing (arts. 1231 y 1232) y mandato (art. 1327). Ver Lorenzetti, Ricardo L., Código Civil y Comercial de la Nación comentado, t. V, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, ps. 37 y 38.

(18) Según, Lino E. Palacio, la legitimación sustancial es un requisito de admisibilidad intrínseco de la pretensión, ver <http://sosa-procesal.blogspot.com.ar/2014/01/unidad-vi.html>.

(19) ¿Por qué A le reclama a DD 5 vacas, si DD le debe 10 vacas a D? Porque D le debe 5 vacas a A: más allá del límite su propio crédito (5 vacas), si A carece de crédito alguno contra D a fortiori no tiene chance de cobro contra DD.

(20) Cfme. Alterini, Jorge H., Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético, t. IV, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, comentario al art. 742 CCiv.yCom.

(21) Sosa, Toribio E., Reingeniería procesal, Ed. Platense, La Plata, 2005.

(22) Sobre tutela anticautelat, ver Sosa, Toribio E. "Levantamiento y sustitución 'anticipadas' de la medida cautelar", en La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 715. Sobre tutela antecautelar, ver Fiorenza, Alejandro A. y Mainoldi, María S., "La denuncia antecautelar de bienes", en La Ley Actualidad del 25/11/2014.

(23) Cfme. Tagliani, María Soledad y Degano, Germán A., "Aristas procesales de la acción directa en el proyecto de Código Civil y Comercial", en Revista de Derecho Procesal. Proyecto de Código Civil y Comercial. Aspectos procesales, t. 2013-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013, p. 347.

(24) O aunque D lo hiciera, en cuyo caso DD actuaría además como coadyuvante de D.

