

EL LITISCONSORCIO NECESARIO EN EL DERECHO PROCESAL CHILENO. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

Alejandro Romero Seguel

Doctor en Derecho (Universidad de Navarra)

Profesor de Derecho Procesal (Universidad de los Andes)

SUMARIO

I. Antecedentes generales. 1. Concepto. 2. Clasificación del litisconsorcio. 3. El litisconsorcio necesario. 4. Clasificación del litisconsorcio necesario. 5. Litisconsorcio necesario y la acumulación de acciones II. Reconocimiento jurisprudencial del litisconsorcio necesario impropio. 1. Presentación del problema. 2. Fundamentos del litisconsorcio necesario impropio en la doctrina. III. Hipótesis de litisconsorcio necesario impropio en nuestra jurisprudencia. 1. Presentación. 2. Nulidad de actos y contratos. 3. Nulidad de actos y contratos que afectan a terceros. 4. En la resolución de contratos. 5. En materia de comunidades. 6. Derecho de familia: derecho de alimentos. IV. Tratamiento procesal del litisconsorcio. 1. Efectos procesales de la falta de configuración del litisconsorcio necesario. 2. Mecanismos procesales para corregir la deficiente configuración del litisconsorcio necesario. V. Conclusiones.

I. ANTECEDENTES GENERALES

1. *Concepto*

Nuestra legislación procesal no utiliza la expresión litisconsorcio, sino que alude a esta figura de un modo general, en el Título III del Libro I del Código de Procedimiento Civil, bajo el nombre: "De la pluralidad de acciones o de partes".

Aunque nuestra normativa no se refiera explícitamente al litisconsorcio, su existencia está comprendida de un modo nítido en la primera parte del artículo 18 del C.P.C., que autoriza que en un mismo juicio puedan intervenir como demandantes o demandados "varias personas...".

Esta omisión terminológica en la letra de la ley se explica considerando que al momento de promulgarse nuestro Código de Procedimiento Civil la figura del litisconsorcio, en general, no se conocía con tal denominación doctrinal¹. Ha sido la doctrina de la Corte Suprema la que ha recogido explícitamente el nombre propio de esta institución, en las sentencias de fecha 25 de julio y 16 de octubre de 1941², aunque debe reconocerse que no se trata de una voz muy difundida en nuestros fallos.

¹ En este sentido, cfr. DAVILA MILLAN, María Encarnación, *Litisconsorcio Necesario. Concepto y tratamiento procesal*, Barcelona: Bosch. 2ª ed. 1992, p. 207.

² RDJ, t., XXXIX, secc. 1ª, pp. 127 y 276. En igual sentido, cfr. C. Ap. de Valparaíso, 30 de julio de 1965, RDJ, t., LXII, secc. 2ª, p. 122, y 30 de septiembre de 1997, esta última inédita.

Genéricamente considerado, el litisconsorcio denota la presencia de varias personas actuando en un proceso en una misma posición de parte, las que por obligaciones, derechos o intereses comunes están unidas en una determinada posición y piden al órgano jurisdiccional el pronunciamiento de una decisión lógica y jurídicamente única³. En términos más breves, se explica la institución como una pluralidad de individuos en una misma posición de parte⁴, tal como lo define el artículo 18 del C.P.C.

No obstante la sucinta descripción anterior, no puede ignorarse que el litisconsorcio se revela como una realidad procesal mucho más compleja, que involucra un conjunto de problemas de trascendencia científica y práctica, tales como: si la presencia de varias personas en una misma posición de parte significa por sí una acumulación de acciones; si la sentencia que se debe dictar en este tipo de procesos debe ser única y uniforme para todos los sujetos que ocupan la misma posición de parte; si los actos procesales realizados por uno de los varios sujetos que actúan en una misma posición de parte perjudican o benefician a los otros.

En su actual configuración, a diferencia de lo que ocurre en las fuentes romanas⁵, el litisconsorcio constituye un género procesal con variadas manifestaciones, y no implica indefectiblemente el pronunciamiento de una sentencia única para todos los sujetos que actúan por la misma cuerda.

2. Clasificación del litisconsorcio

El litisconsorcio permite algunas clasificaciones, que ponen de manifiesto la multiplicidad de formas que puede admitir esta figura, a saber:

1º) Según la posición que ocupen los varios sujetos de la relación procesal que actúan en una misma calidad de parte

Conforme a este criterio se distingue entre litisconsorcio activo (pluralidad de personas actuando como parte demandante), litisconsorcio pasivo (pluralidad de sujetos en posición de demandados), o bien, litisconsorcio mixto (pluralidad de personas en posición de demandantes y demandados).

³ Entre otros, cfr. DAVILA MILLAN, María Encarnación, ob. cit. p. 16.

⁴ RAMOS MENDEZ, Francisco, *Derecho Procesal Civil*, J.M. Bosch, 5ª ed. 1992, T., I, p. 280.

⁵ Para los romanistas la denominación de *litis consortium* no pertenece a la época clásica. Al menos en las fuentes no hay constancia de la existencia de una terminología concreta ni de haberse acuñado una única expresión para designar a este fenómeno procesal. Se suele hablar indistintamente de *lis communis*, *causa communis*, *lis plurium personarum*, etc., sin decidirse por una sola de estas denominaciones con exclusividad. (Cfr. MURGA GENER, José Luis, *Derecho Romano Clásico II: El Proceso*, Universidad de Zaragoza, 1989, p. 82). En las fuentes romanas anteriores a la época postclásica —según Alvarez— la misma idea [del litisconsorcio] se designaba con giros diversos, tales como: “*una lis plurium personarum*” (Ulp., Dig., 3, 3, 31, 1); “*causa communis, lis communis*” (Papiniano, Dig., 3, 5, 31, 7); “*si una actio communis sit plurium personarum*” (Gayo, Dig., 2, 11, 2) (ALVAREZ, Ursicino, *Curso de Derecho Romano*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, I, pp. 227-228, especialmente cit. N° 177). Se atribuye a una Constitución del emperador Juliano, del año 362 (C. Th. 2. 5. 1), incluida más tarde en el *Codex* de Justiniano (C. 3. 40. 1) la primera referencia a la voz *litis consortium*, que tanta difusión iba a tener en el moderno derecho procesal. (Cfr. MURGA GENER, José Luis, ob. cit., I p. 81, not. 73. En igual sentido, ALVAREZ, Ursicino, ob. cit., pp. 227-228, especialmente cit. N° 177).

El artículo 18 del C.P.C. admite estas posibilidades, cuando señala los tres supuestos para que en un mismo juicio intervengan —activa o pasivamente— varias personas: que se deduzca la misma acción; que las acciones emanen directamente de un mismo hecho; o, que se proceda conjuntamente por muchos o contra muchos en los casos que autoriza la ley.

2°) Según la necesidad de la presencia de varios sujetos en el proceso

Atendiendo a esta pauta se diferencia entre litisconsorcio necesario y litisconsorcio voluntario, facultativo o simple. Si la presencia de esos varios sujetos en un determinado proceso no es obligatoria, se estará en presencia de un litisconsorcio facultativo o voluntario. En el caso contrario, el litisconsorcio es necesario.

El litisconsorcio voluntario es una figura técnica, que permite la acumulación de acciones en un mismo procedimiento, cuando ellas “emanen directa e inmediatamente de un mismo hecho”(Art. 18 C.P.C.).

3°) Según la forma en que se solicita la condena de los varios demandados

En estos casos se constata la existencia del litisconsorcio eventual, litisconsorcio alternativo y litisconsorcio sucesivo. Estas categorías son manifestaciones del fenómeno de la acumulación condicional de acciones que se puede dar en el litisconsorcio voluntario, específicamente cuando se afirman varias pretensiones contra varios sujetos, radicando sus diferencias en la forma como se pide contra ellos la tutela judicial, y el modo como el Tribunal resuelve tales peticiones.

4°) Según su origen

Siguiendo esta regla, el litisconsorcio puede ser originario o derivativo. El originario es aquel que se presenta desde el inicio de la relación procesal; en cambio, el litisconsorcio derivativo o sucesivo se genera después de iniciada la relación procesal (v.gr., art 318 CC).

Como se puede apreciar del anterior cuadro sinóptico, el fenómeno del litisconsorcio tiene una enorme amplitud, el que excede con creces el objetivo de este trabajo, que pretende desarrollar en el derecho procesal chileno los aspectos más relevantes del denominado litisconsorcio necesario.

3. *El litisconsorcio necesario*

En términos generales, el litisconsorcio necesario es aquel proceso con la presencia necesaria de varios sujetos, que de un modo obligatorio deben formar parte de la relación jurídico procesal. En otras palabras, se trata de un proceso en el cual una de las partes (activa o pasiva) está necesariamente compuesta por varios sujetos⁶.

⁶ Como lo expresa una sentencia del Tribunal Supremo español, de 28 de junio de 1994, “el litisconsorcio pasivo necesario se da cuando la sentencia que recaiga en el litigio afecte inexcusablemente a personas no llamadas al mismo, dando lugar a una resolución que equivaldría a condenar sin ser oídas, pero para ello es preciso que entre estas personas y los litigantes

No existe acuerdo en la doctrina en relación a qué criterio fundamenta la existencia de esta figura. De un modo mayoritario, se defiende la existencia del litisconsorcio necesario en razones que atañen al derecho material, esto es, el litisconsorcio necesario se justifica por la singular naturaleza o especiales características que presentan los derechos deducidos en juicio, o bien, porque la declaración que el actor solicita del Juez es de carácter indivisible o único para todos los litisconsortes, ya sea que ello venga establecido por la ley o la naturaleza misma de la relación de derecho material, situación que requiere, en consecuencia, que concurren todos ellos al proceso, siendo además la sentencia que se dicte única para todos ellos⁷.

En el litisconsorcio necesario se trata, en esencia, de una única relación sustancial para los varios sujetos, que en sede jurisdiccional necesita el concurso de los mismos "a fin de que la decisión forme estado en orden a todos ellos"⁸. Por lo mismo, el objetivo final del litisconsorcio necesario será obtener una resolución única para todos los litisconsortes, por tratarse de una única pretensión, con referencia a la cual el concepto de legitimación activa o pasiva está integrado por todas dichas personas, esto es, a todas les alcanza conjunta, pero no separadamente la legitimación activa o pasiva⁹.

El litisconsorcio necesario es una figura procesal excepcional, debido principalmente a la carga que impone en la conformación de la relación procesal, especialmente en el ámbito pasivo. En efecto, "debido a él, el actor no puede elegir con quién litigar, sino que si se decide a que exista proceso, debe necesariamente demandar a todos los que se puedan ver afectados por la cosa juzgada del mismo"¹⁰, quebrando el principio dispositivo que informa el proceso civil. Esta es la principal diferencia que presenta con el litisconsorcio voluntario, donde no existe ninguna obligación para interponer por todos o contra varios las distintas acciones, que formarán parte del objeto del proceso.

exista un nexo tan directo que no pueda efectuarse el pronunciamiento sólo respecto de uno de ellos, puesto que la relación jurídico-material controvertida exige resolución uniforme para todos e impide una resolución por separado". STS de 28 de junio 1994, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 5989.

⁷ Así lo entienden, entre otros: FERNANDEZ LOPEZ, Miguel Ángel (con DE LA OLIVA), *Derecho Procesal Civil*, Madrid: Ramón Areces, 1995, 4ª ed. 1995, T. I, p. 559; GOMEZ ORBANEJA, Emilio (con HERCE, Vicente), *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 9ª ed., 1979, p. 164; DAVILA MILLAN, María Encarnación, *Litisconsorcio necesario...*, ob. cit., entre otras, p. 49, 51 y 56; CORDON MORENO, Faustino, "Anotaciones acerca de la legitimación", en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1979, N° 2, p. 330.

⁸ La expresión es de CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, tr. Santiago Sentís Melendo (de la 2ª ed. italiana), 1962, T. II, p. 310.

⁹ Así lo entienden, entre otros, FAIREN GUILLEN, Víctor, "Sobre el litisconsorcio en el proceso civil", en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, p. 137. En igual camino, cfr., MONTERO AROCA, Juan, "Acumulación de procesos y proceso único con pluralidad de partes", en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona: Bosch, 1981, p. 220, y *La Intervención Adhesiva Simple, Contribución al Estudio de la Pluralidad de Partes en el Proceso Civil*, Barcelona: Hispano Europea, 1972, pp. 71-72; CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil...*, ob. cit., II., p. 311; MANDRIOLI, Crisanto, *Corso di Diritto Processuale Civile*, Torino: Giappichelli, 1991, 8ª ed., T. I, p. 296; LIEBMAN, Enrico T., *Manual de Derecho Procesal Civil*, tr. Santiago Sentís Melendo (de la 4ª ed. italiana:), Buenos Aires: E.J.E.A., 1980, p. 79.

¹⁰ GUTIERREZ DE CABIEDES, Eduardo, "La excepción dilatoria de falta de carácter", en *Estudios de Derecho Procesal*, Pamplona: Eunsa, 1974, p. 295.

4. Clasificación del litisconsorcio necesario

El litisconsorcio necesario puede ser de dos tipos, a saber: el litisconsorcio necesario propio y el litisconsorcio necesario impropio.

1º) El litisconsorcio necesario propio es aquel en el cual la ley señala expresamente cuándo los varios sujetos de una relación jurídica sustancial deben actuar obligatoriamente en una misma relación procesal, ya sea activa o pasivamente.

Aunque nuestro Código de Procedimiento no se refiera expresamente al litisconsorcio necesario, en nuestra opinión, esta figura debería entenderse incluida en la parte final del artículo 18 del C.P.C., cuando autoriza que en un mismo juicio puedan intervenir como demandantes o demandados varias personas, siempre que *se proceda conjuntamente por muchos o contra muchos en los casos que autoriza la ley*. En una lectura científica del precepto, lo que allí se está reconociendo, en rigor, es la existencia del litisconsorcio necesario propio, reservando a la ley sustantiva el señalamiento de las manifestaciones de esta figura.

No obstante lo anterior, en nuestro derecho, hasta donde hemos podido investigar, no se presentan casos de litisconsorcio necesario propio, esto es, situaciones en que la ley obligue perentoriamente a establecerlo. Por el contrario, las típicas manifestaciones apuntadas en la doctrina procesal como ejemplos de esta figura, en nuestro ordenamiento o están tratadas como supuestos de litisconsorcio voluntario (v.gr. las obligaciones indivisibles)¹¹, o bien los preceptos donde se contienen no son claros en orden a su reconocimiento¹², debiendo reconducirse tales hipótesis, en rigor, a supuestos de litisconsorcio necesario impropio.

2º) El litisconsorcio necesario impropio se caracteriza por no estar establecido expresamente por la ley, sino que viene condicionado por la naturaleza de la relación jurídica deducida en juicio. En este caso, también es la relación de derecho sustancial la que impone la necesidad de constituir la relación procesal, con todos los sujetos a quienes pueda afectar la sentencia que sobre el fondo se pueda dictar, pero —a diferencia del litisconsorcio necesario propio— el legislador no indica expresamente los casos en que se debe conformar la relación procesal necesariamente plural.

El litisconsorcio necesario impropio nace de la imposibilidad legal que existe para fijar anticipada y nominativamente los supuestos en que se debe configurar obligatoriamente un proceso con una pluralidad de sujetos, que actúen en una misma posición de parte (activa o pasiva). Por lo mismo, la determinación del litisconsorcio necesario impropio es una cuestión que debe calificarse atendiendo a la situación de derecho sustancial deducida en juicio, determinando si ella exige para la producción de sus efectos iniciar una relación procesal con todos los sujetos que, activa o pasivamente, deben ser parte de ese proceso.

¹¹ Cfr. art. 1527, 1528 y 1529 CC.; C. Ap. Stgo, 16 de noviembre de 1910, RDJ t., VIII, secc. 2ª, p. 4.

¹² V.gr., la acción de investigación de la filiación natural, cuando el hijo se atribuya la calidad de hijo natural de la mujer y del marido se deben deducir contra ambos "a un tiempo". (art. 272 inc 2º CC.).

Desde otro ángulo, el litisconsorcio necesario impropio se justifica en la circunstancia de que la conformación de la relación jurídica procesal no es un producto exclusivo de la ley, sino más bien una derivación de la experiencia jurídica y de las necesidades que el proceso jurisdiccional debe satisfacer, como instrumento de solución de conflictos jurídicos¹³. Esto mismo explica la razón por la cual los ordenamientos procesales contemporáneos, que se han encargado de reglamentar la figura del litisconsorcio necesario, lo reconocen a través de verdaderas "normas en blanco"¹⁴, sentando pautas muy generales mediante las cuales se intenta solucionar los casos en los cuales existe esta necesidad que varios sujetos participen obligatoriamente en un proceso¹⁵.

A modo de ejemplo, nada dice la ley de matrimonio civil respecto de la legitimación pasiva para interponer la acción de nulidad que pueden deducir los ascendientes, el ministerio público y las personas que tengan interés en ello (art. 34 LMC), pero es lógico que dicha acción se debe entablar contra los cónyuges, puesto que no sería posible que si se demandara a uno de ellos, y se accediera a la declaración de nulidad, el matrimonio continúe siendo válido para el que no intervino en el juicio y nulo para el que fue parte en el juicio.

De igual forma, las acciones de impugnación deducidas contra el pacto de separación total de bienes otorgado en perjuicio de terceros, es evidente que cualquiera de esas pretensiones se deben deducir necesariamente, contra los dos cónyuges (art. 1723 CC.)¹⁶.

Por su parte, en la Ley N° 18.703, sobre Adopción, se reconoce al adoptado la posibilidad de obtener la nulidad de la adopción plena obtenida fraudulentamente (art. 38). Aunque la ley no lo diga, dicha acción deberá interponerse contra los padres adoptivos, presentándose así otro caso de litisconsorcio necesario impropio en nuestro derecho.

5. *Litisconsorcio necesario y la acumulación de acciones*

Tal como lo anticipábamos, el litisconsorcio es una figura que admite varias manifestaciones cuya naturaleza no es siempre la misma, ello aunque tengan como elemento común la participación de varios sujetos en una misma posición de parte. En otros términos, el litisconsorcio no produce siempre las mismas consecuencias procesales, especialmente en relación al contenido del objeto del proceso.

Al hilo de lo anterior, un punto relevante en relación al litisconsorcio necesario es saber si este produce o no una acumulación de acciones, esto es, un proceso con objeto múltiple, compuesto por varias acciones afirmadas en una misma demanda.

¹³ "Non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat", P, D. 50.17.1: Paulo, Lib. XVI ad Plautium.

¹⁴ La expresión corresponde al italiano DENTI, Vittorio, "Appunti sul litisconsorzio necessario", y "sentenza 'inutile data' e litisconsorzio necessario", *Dell'azione al giudicato*, Padova: Cedam, 1989, pp. 86-114.

¹⁵ Una exposición muy completa sobre este tema, con referencia al derecho comparado en Italia, U.S.A., España y Alemania, cfr. GONZALEZ GRANADA, Piedad, *El litisconsorcio necesario en el proceso civil*, Granada: Comares, 1996, especialmente pp. 3-31.

¹⁶ En este sentido, cfr. PEÑAILILLO AREVALO, Daniel, "El pacto de separación de bienes y el perjuicio de los acreedores", en RDJ t., LXXX, 1983, Secc. Derecho, p. 25.

Desde un punto de vista teórico se debe considerar que la presencia de una pluralidad de sujetos que actúan en un proceso en una misma posición de parte no produce por sí una pluralidad de acciones. Por el contrario, la doctrina coincide en señalar que en el litisconsorcio necesario el objeto del proceso está compuesto por una única acción o una única pretensión¹⁷, sin que obste a ello la pluralidad de sujetos que allí intervienen.

Esta unidad de acción explica, a su turno, algunos de los efectos procesales que diferencian al litisconsorcio necesario del voluntario, y que se pueden resumir de la siguiente forma: a) los actos de disposición del objeto del proceso (desistimiento, allanamiento, transacción) sólo producen efectos cuando concurren todos los litisconsortes necesarios; b) se debe pronunciar una sentencia única para todos los sujetos que necesariamente deben ser parte de la relación procesal, y, c) las defensas o excepciones favorecen a todos los litisconsortes necesarios.

En otros términos, al tratarse el litisconsorcio necesario de una única acción desaparece la base de toda acumulación de acciones, que es la existencia de una pluralidad de las mismas afirmadas en un mismo proceso. Por lo mismo, en esta situación no es aplicable la facultad de separar la tramitación de los litigios que reconoce el artículo 172 del C.P.C., ya que la sentencia que se pronuncie en el litisconsorcio necesario debe ser única para todos los sujetos.

Frente a lo anterior se debe criticar la imperfección terminológica que contiene el título III del libro I del C.P.C., donde se asimilan los términos pluralidad de acciones o de partes¹⁸.

II. RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL LITISCONSORCIO NECESARIO IMPROPIO

1. *Presentación del problema*

Tal como se anticipaba, aunque nuestra legislación no se refiera expresamente al litisconsorcio, ni específicamente al denominado necesario impropio, el reconocimiento de esta figura entre nosotros ha sido fruto de la interpretación judicial, la que ha colmando una evidente laguna de nuestro Código de Procedimiento Civil.

¹⁷ En este sentido, entre otros, FAIREN GUILLEN, Víctor, "Sobre el litisconsorcio en el proceso civil", art. cit., p. 137; MONTERO AROCA, Juan, "Acumulación de procesos y proceso único con pluralidad de partes", art. cit., p. 220, *La Intervención Adhesiva Simple...*, ob. cit., pp. 20 y 69 y 72; DAVILA MILLAN, María Encarnación, *El Litisconsorcio Necesario...*, ob. cit., p. 61; MORON PALOMINO, Manuel, "El proceso civil y la tutela de los derechos", en *Revista de Derecho Procesal*, 1965, julio-septiembre, pp. 162-163; CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho...*, ob. cit., II, p. 310.

¹⁸ La imperfección del Código no se agota en el nombre del Título III, por cuanto, el mismo artículo 18 del C.P.C., que se supone regula la pluralidad de acciones, se pone en el caso que se deduzca "la misma acción"... En rigor, si se trata de una única acción (acción idéntica para varios) no se da el supuesto propio de la acumulación, que es la existencia de dos o más acciones. Es imposible que se dé una acumulación si el proceso tiene un objeto singular.

Nuestra doctrina prácticamente no se ha ocupado del problema del litisconsorcio necesario. En los pocos casos que se han emitido algunas opiniones, ellas se encaminan justamente a sustentar tesis que apuntan a desconocer esta institución, como es el caso —a modo de ejemplo— de Anabalón Sanderson, cuando postula que “ni el Tribunal ni el demandado están autorizados para ejercitar sus acciones conjuntamente con otros, pues no hay acciones —de acuerdo con la historia fidedigna del establecimiento de estos preceptos— que deban, según la ley, ser ejercitadas por varios, salvo el derecho consagrado en favor de los demandados por el artículo 21”¹⁹.

En igual línea, Claro Solar sostenía que: “...es cierto que cuando hay varias personas interesadas en una cuestión, si ella no es discutida por todas al mismo tiempo, se corre el riesgo de que se pronuncien sentencias diferentes y aun absolutamente contrarias, aunque existan la identidad de objeto y causa de pedir; y de dos fallos contrarios, es evidente que uno de ellos es necesariamente erróneo y mal fundado, aunque ambos tengan que ser ejecutados”²⁰.

Esta falta de preocupación por el litisconsorcio necesario en nuestra doctrina tradicional en ningún caso ha sido un impedimento para el reconocimiento de esta figura en la jurisprudencia, como lo demuestra la existencia de varias sentencias que, fundadas en razones de orden práctico e imperativos de lógica jurídica, se han ocupado de esta cuestión.

Un examen de la jurisprudencia civil, desde 1903 en adelante, nos ha arrojado como resultado que en varias ocasiones nuestros tribunales han sancionado implícitamente la existencia del litisconsorcio necesario impropio, invocando distintas razones para ello²¹. No obstante que en esas sentencias no se utiliza expresamente la denominación de litisconsorcio necesario impropio, dicha cuestión terminológica pasa a un segundo plano, por cuanto, lo realmente trascendente está en las soluciones allí establecidas, que demuestran la existencia de este instrumento procesal en nuestra práctica forense. Tal como se podrá apreciar, en todas estas sentencias se ha privilegiado una interpretación a través de los principios procesales fundamentales²², llenando la evidente omisión de nuestro legislador, asumiendo una función de creación judicial del derecho, más allá de los postulados del positivismo jurídico legalista, tan arraigados en nuestra doctrina y judicatura.

2. *Fundamentos del litisconsorcio necesario impropio*

El litisconsorcio necesario está lejos de tener una justificación única en la doctrina procesal²³, invocándose distintas razones para fundamentar esta institución, las que se reducen fundamentalmente a las siguientes: 1º) en el principio de la bilateralidad de la audiencia; 2º) en la protección de los

¹⁹ ANABALÓN SANDERSON, Carlos, *Tratado Práctico de Derecho Procesal Civil Chileno*, Concepción: Esc. Tip. Salesiana, 1966, v., 1º, p. 130.

²⁰ CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Santiago: Imp. Cervantes, 1926, T. IV, p. 135.

²¹ Nuestra fuente ha sido exclusivamente la RDJ.

²² Sobre el carácter instrumental del proceso y los principios que lo conforman, cfr. CS. 24 de septiembre de 1993, RDJ t. XC, secc. 1ª, p. 100.

derechos de terceros por extensión de los efectos de cosa juzgada; 3º) en una posible inutilidad de la sentencia, y, 4º) en la legitimación procesal.

Estos criterios de fundamentación son relevantes para proceder a determinar si se está en presencia de una hipótesis de litisconsorcio necesario impropio, con todas las consecuencias jurídicas que ello implica.

En lo que respecta a nuestra jurisprudencia, no existe uniformidad a la hora de señalar las razones que le han llevado a reconocer la presencia de casos de litisconsorcio necesario impropio, tal como se apreciará en las siguientes resoluciones.

1º) En el principio de bilateralidad de la audiencia

Con profusión se insiste, que el litisconsorcio necesario se justificaría por respeto al principio de audiencia (o de audiencia bilateral), esto es, en la garantía básica tendiente a asegurar que nadie puede ser condenado sin ser oído ni vencido en juicio, o en términos análogos, de que nadie pueda ser condenado sin haber gozado de la oportunidad de ser oído en juicio (*nemo debet inaudita damnari*).

Con lo anterior se pretende conseguir que los efectos de la sentencia no alcancen a aquellas personas que, por no haber sido demandadas, no han tenido ocasión de comparecer en el proceso para alegar lo que les convenga en defensa de sus derechos²⁴. En nuestro ordenamiento jurídico dicho principio se entiende incorporado dentro de la garantía del debido proceso, que la Constitución reconoce a todas las personas en el art. 19 N° 3.

Por su parte, la importancia de este elemento constitutivo del debido proceso ha sido destacada por la Corte Suprema, en sentencia de 13 de agosto de 1980, estableciendo que "la bilateralidad de la audiencia es un principio elemental de nuestro ordenamiento jurídico procesal, incluso de rango constitucional, cuyo objetivo no es otro que el de proteger el derecho que tiene todo litigante de defenderse en juicio"./ "Consecuencia del mismo principio es la exigencia legal de notificar la acción deducida en juicio a aquellos a quienes se dirige, presupuesto indispensable para que pueda operar la aludida garantía"²⁵.

Desde este ángulo, es perfectamente posible sostener que la existencia del litisconsorcio necesario impropio emana de una lectura procesal de nuestra Constitución, sobre todo cuando la garantía del debido proceso ha sido consagrada en términos bastante generales, dejando al intérprete constitucional la misión de fijar los elementos constitutivos del racional y justo procedimiento²⁶.

²³ Por todos, cfr. GONZALEZ GRANDA, Piedad, *El litisconsorcio necesario en el proceso civil*, ob. cit. 109-164.

²⁴ En esta dirección, cfr. FERNANDEZ, Miguel Angel, (con DE LA OLIVA) *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p. 559; MUÑOZ JIMENEZ, Francisco Javier, "Consideraciones en torno al litisconsorcio necesario y los vínculos de solidaridad pasiva", en *Revista General de Derecho*, N°s 562-563, julio-agosto 1991, p. 5752.

²⁵ CS. 13 de agosto de 1980, RDJ t., LXXVII, secc. 1ª, p. 72.

²⁶ "Ante el contenido genérico de los vocablos 'racional y justo procedimiento' empleados por el constituyente, un procedimiento legal reúne estas exigencias cuando cumple las garantías mínimas de permitir un oportuno conocimiento de la acción, una adecuada defensa y producción de la prueba, tal como también lo acordara la Comisión Constituyente en sesión 103, de 16 de enero de 1975". (CS. 25 de marzo de 1987, RDJ t., LXXXIV, secc. 5ª, p. 36).

Ahora, la idea de fundamentar el litisconsorcio necesario en el principio de audiencia no es una mera hipótesis en nuestra realidad, existiendo algunos fallos que apuntan en esa dirección, incluso con anterioridad a la promulgación de la Constitución 1980, con lo que de paso se demuestra que el referido principio es un elemento natural del proceso, más allá de su positivación constitucional.

A modo de síntesis, la doctrina sentada en estas sentencias es la siguiente: a) "No procede declarar la nulidad de un contrato en un juicio que no se ha seguido contra una de las partes que intervino en su celebración"²⁷, y, b) "Para que la sentencia que declara la nulidad de un contrato dé a las partes o a terceros el derecho de ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, es menester que todos hayan sido partes en el juicio, porque una sentencia, por regla general, no puede obligar ni perjudicar al que no ha litigado, aplicación esta del principio de derecho que nadie puede ser condenado sin haber sido antes oído y vencido en juicio"²⁸.

2º) En la protección de los derechos de terceros por extensión de los efectos de cosa juzgada

En otro grupo de sentencias la existencia del litisconsorcio necesario impropio se ha sancionado como un mecanismo de protección para los sujetos que no fueron parte, una la relación jurídica procesal (terceros), evitando que sus derechos se vieran perturbados por el denominado "efecto directo" de la cosa juzgada. Desde un punto de vista teórico, se trata de fallos de enorme relevancia, ya que constituyen una demostración nítida que el principio del efecto relativo de la cosa juzgada, reconocido entre nosotros en el artículo 3º inc. 2º del CC., no siempre funciona como un eficaz remedio de protección de los terceros, como por lo demás lo viene proclamando desde hace tiempo la doctrina procesal²⁹.

Como lo expone Couture, "si el precepto *res judicata tertio non nocet* fuera absoluto, el tercero nada tendría que temer, por cuanto el día en que fuera a ejecutar la sentencia él podría defender su interés al amparo del principio invocado y aduciendo la existencia de una *res inter alios judicata*. Pero la experiencia jurídica, más que los textos expresos de la ley, enseñan que la máxima no es absoluta y que, en numerosas circunstancias de hecho, los terceros resultan alcanzados por la sentencia"³⁰.

²⁷ CS. 8 de octubre de 1934, RDJ t., XXXII, secc 1ª, p. 39.

²⁸ CS. 10 de noviembre de 1938, RDJ t., XXXVI, secc. 1ª, p. 312.

²⁹ La nueva elaboración del concepto procesal de tercero se debe al desarrollo del fenómeno advertido por Chiovenda a principios de siglo, cuando señalaba que "estamos atendiendo a una lenta y progresiva transformación en el modo de entender la eficacia inherente a la sentencia del juez, que se designa con el nombre de *autoridad de la cosa juzgada*". (CHIOVENDA, José, "*Sulla cosa giudicata*", cit. por LIEBMAN, Enrico T., *Eficacia y Autoridad de la Sentencia*, tr. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: EDIAR, 1946, p. 19).

Frente a lo anterior, resulta común que la doctrina procesal distinga en cuanto a los efectos que puede producir una sentencia frente a un "tercero", entre los efectos reflejos de la sentencia, y los efectos directos de una sentencia judicial, o lo que es lo mismo, se habla de la *eficacia directa* y de la *eficacia refleja* de la cosa juzgada.

³⁰ COUTURE, Eduardo J., "Legitimación procesal del tercero coadyuvante", en *Estudios de Derecho Procesal*, Buenos Aires: Depalma, 1989, T., III, pp. 225.

Ahora, en los casos que ocupan nuestra atención, ante la falta de emplazamiento del tercero a un determinado proceso, en el cual por la naturaleza de relación jurídica material objeto del juicio este debió figurar indefectiblemente como parte, nuestra jurisprudencia ha procedido a declarar la existencia de un litisconsorcio necesario impropio, tal como se expresa en la doctrina contenida en las siguientes sentencias³¹:

- a) "La sentencia que declara resuelto un contrato no produce efecto alguno contra una tercera persona que no figuró como parte en el juicio de resolución"³².
- b) "Pugnaría con los principios básicos del procedimiento el que alguien, dueño de un derecho, sin ser oído, pudiera ser privado de él y debiera recurrir al juicio ordinario para recuperarlo, al mismo tiempo que su contrainterésado, aun de buena fe, le hubiera sido dado operar la privación sin forma de juicio". (Se denegó la nulidad de manifestaciones de trece pertenencias mineras)³³.
- c) "Para que la sentencia que declara la nulidad de un contrato dé a las partes o a terceros el derecho de ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, es menester que todos hayan sido partes en el juicio porque una sentencia, por regla general, no puede obligar ni perjudicar al que no ha litigado, aplicación esta del principio de derecho que nadie puede ser condenado sin haber sido antes oído y vencido en juicio". / "En consecuencia, la sentencia que declara la nulidad a petición de tales demandantes no puede invocarse contra terceros que no intervinieron en el juicio"³⁴.
- d) "Los efectos relativos de las sentencias judiciales impiden declarar eventualmente la nulidad de un acto, si la acción no se ha dirigido en contra de todos los que intervinieron en él, pues en tal evento se daría el absurdo que tal acto sería nulo para uno y válido para otros"³⁵.
- e) "La acción de nulidad de un contrato es una acción personal que debe interponerse en contra de todos los que fueron parte en el contrato que se pretende anular, toda vez que de lo contrario y atento el efecto relativo de la sentencia judicial que se consagra en el artículo 3 del Código Civil, resultaría que un mismo contrato sería nulo respecto de la parte en contra de la cual se intentó la acción y válido respecto de la otra que no fue motivo de la demanda, lo cual repugna no sólo el ordenamiento jurídico sino a la lógica más elemental"³⁶.

³¹ En algunos casos, esta apreciación es sólo tangencial, pero apuntando en su esencia en la misma dirección: Cfr. CS. 3 de enero de 1905, RDJ t., II, secc 1ª, p. 317; CS 8 de octubre de 1912, RDJ t., XI, secc 1ª, p. 64 (establece la necesaria intervención de terceros adquirentes en un juicio de nulidad).

³² CS. 21 de julio de 1925, RDJ t., XXIII, secc 1ª, p. 354.

³³ CS. 8 de junio de 1933, RDJ t., XXX, secc. 1º, pp. 401-402.

³⁴ CS. 10 de noviembre de 1938, RDJ t., XXXVI, secc. 1ª, p. 312. En contra, C. Ap. Santiago, 7 de septiembre de 1950, RDJ t., XLVII, secc. 2ª, p. 56. Ver voto en contra.

³⁵ C. de Ap. de Santiago, 15 de junio de 1989, RDJ t., LXXXVI, secc. 2ª, p. 55.

³⁶ CS. 8 de mayo de 1990, RDJ t., LXXXVII, secc. 1ª, p. 35.

f) "La Constitución asegura a todas las personas que la sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción se funde en un proceso previo, y no se configura un proceso sin que exista previo emplazamiento de aquellos a quienes se considere partes, con las cuales y sólo con ellas se seguirá el negocio. Por ello, el imperio de lo juzgado no podrá, en caso alguno, hacerse extensivo a quienes no han tenido parte en el asunto". / "La pretensión de hacer soportar el imperio jurisdiccional en quien no ha sido parte en el pleito constituye un proceder ilegal que significa una perturbación en el ejercicio legítimo del derecho de propiedad de quien aparece como cesionario de créditos y derechos afectados por una decisión judicial dictada en proceso en el que no ha sido emplazado ni es parte". Medida de protección: "Se declara que resoluciones judiciales dictadas en proceso civil indicado no producen efecto ni empecen a recurrentes mientras en esa instancia procesal no se declare otra cosa"³⁷.

g) "La acción de nulidad de un contrato, por ser personal, debe dirigirse contra las personas que lo han celebrado, aparte de las otras que de ellas derivan sus derechos; de donde se deduce que si no se dirige la acción en contra de aquellas, la sentencia que se dicte no podrá obligarlas, no obstante ser ellas las que celebraron los contratos cuya nulidad depende de los que se celebraron sobre la misma cosa". / "La acción de nulidad debe dirigirse y discutirse con el otro contratante"³⁸.

3°) En una posible inutilidad de la sentencia (*inutiliter data*)

Desde el punto de vista doctrinal, otro de los criterios que se proponen para fundamentar la existencia del litisconsorcio necesario es aquel que se vincula con el tema de la eficacia de la sentencia. Bajo este prisma, la figura del litisconsorcio necesario impediría que se dicten sentencias inútiles por contener decisiones contradictorias para una misma materia, en la que existe unidad sustancial del objeto controvertido, haciendo imposible su ejecución. En rigor, versando el litisconsorcio sobre una única acción, es natural que ese asunto se decida para todos los sujetos legitimados a la misma vez, impidiendo que la tramitación de juicios separados llegue a resultados diversos.

Con esta regla se condiciona anticipadamente la eficacia de la sentencia a la correcta configuración del proceso, donde deberán emplazarse a todos los que deban figurar como parte de la disputa, bajo la sanción de tramitar un juicio inútil, cuya sentencia no se podrá ejecutar por haberse omitido a uno o más de los litisconsortes.

En nuestro derecho positivo, el artículo 234 del C.P.C. admite en cierto grado esta causal de oposición al fallo, permitiendo que el tercero contra quien se pida el cumplimiento de una sentencia pueda aducir, además, "la excepción de no empecerle la sentencia", lo que a nuestro juicio es una clara alusión al necesario emplazamiento al juicio que se omitió respecto de ese "tercero".

³⁷ C. de Ap. de Santiago, 9 de mayo de 1994, RDJ t., XCI, secc. 6°, p. 144 (confirmada por la Corte Suprema el 17.7.1994).

³⁸ C. de Ap. de Concepción 23 de junio de 1995, RDJ t., XCIII, secc. 1°, p. 44.

Por cierto, se debe reconocer que la fundamentación del litisconsorcio necesario en la posible inutilidad de la sentencia, desde el punto de vista técnico, no es la solución más apropiada, ya que lesiona la economía procesal, al permitir que se desarrollen juicios en los que a la postre no se podrá cumplir con la sentencia que allí se pronuncie.

En nuestra realidad jurisprudencial también se advierte la utilización de este criterio para la determinación del litisconsorcio necesario impropio, presentándolo preferentemente bajo el rótulo de la "inoponibilidad de la sentencia", tal como se aprecia en los siguientes casos:

- a) "No vale una sentencia contra el que no fue parte en el juicio"³⁹.
- b) "Si en un juicio sobre cobro de contribuciones de bienes raíces no fue notificada la propietaria del inmueble sino una persona distinta, seguramente inexistente, en contra de la cual se dirigió la acción al persistirse en el error de nombre en que se incurrió en la nómina de deudores morosos presentada por el Tesorero Comunal, (...), debe concluirse que no hubo requerimiento judicial respecto de la deudora y, por ende, que tampoco existió el embargo ficto...". / "En consecuencia, procede desecharse la demanda de nulidad del contrato de compraventa basada en la existencia de aquel embargo ficto y que habría afectado al inmueble al momento de celebrarse dicha convención". / "En la especie, en ningún caso habría podido prosperar la demanda en atención que la acción se dirigió sólo contra el comprador, con lo cual el fallo que hubiera podido dictarse acogiendo la demanda habría resultado inoperante con relación a la vendedora y no empecerle, por consiguiente, su resultado"⁴⁰.

4º) En la legitimación procesal

La doctrina procesal en forma mayoritaria defiende la existencia del litisconsorcio necesario en razones que atañen al derecho material, esto es, por la singular naturaleza o especiales características que presentan los derechos deducidos en juicio, o bien porque la declaración que el actor solicita del juez es de carácter indivisible o única para todos los litisconsortes, situación que requiere, en consecuencia, que concurren todos ellos al proceso, siendo además la sentencia que se dicte única para todos ellos⁴¹.

Bajo esta explicación, la existencia del litisconsorcio necesario es impuesta por la denominada "legitimación conjunta", que es aquella que tendrían varias personas, en forma activa o pasiva, para demandar o ser demandadas. La existencia de la legitimación conjunta determina que se deba pronunciar una resolución única para todos los litisconsortes, por tratarse de una única pretensión. Sólo si se procede de esa forma el proceso podrá concluir con el pronunciamiento de una única sentencia, que sea eficaz frente a todos⁴².

³⁹ CS. 13 de junio 1912. RDJ t., X, secc 1ª, p. 571

⁴⁰ CS. 16 de julio de 1957, RDJ t., LIV, secc. 2ª, p. 33.

⁴¹ Cfr. *Supra* nota 9.

⁴² LOPEZ-FRAGOSO, Tomás, *La Intervención de Terceros a Instancia de Parte en el proceso Civil Español*, Madrid: Marcial Pons, 1990, p. 28. En igual orientación, DAVILA MILLAN, María Encarnación, *El Litisconsorcio Necesario...*, ob. cit., pp. 27, 67, 90 y 91.

El nexo existente entre litisconsorcio necesario y legitimación es muy estrecho, tanto que el concepto mismo de litisconsorcio necesario ha sido elaborado por la doctrina a propósito del problema de si existen casos en que la legitimación para accionar corresponde sólo a todos los partícipes de una relación juntos, o contra todos juntos, de modo que la decisión deba ser necesariamente única a todos⁴³.

Por su parte, la legitimación es un concepto jurídico general, cuyo nacimiento se atribuye al derecho procesal, el que "hace referencia a una determinada relación del sujeto con la situación jurídica sustancial que se deduce en juicio. Esta relación se concreta la mayoría de las veces en su titularidad, siendo el contenido de esta el que delimita el contenido de la legitimación"⁴⁴. Con la legitimación se determina quiénes son "justa parte en un proceso", quiénes son los "legítimos contradictores" en esa relación procesal.

De igual forma, la presencia de una legitimación conjunta le impone al actor una verdadera carga procesal, consistente en determinar rigurosamente el ámbito subjetivo de proceso, puesto que, si no demanda a todos o por todos los sujetos integrantes de la relación jurídica-material deducida en el pleito, este va a ser totalmente inútil.

En el plano jurisprudencial también es posible encontrar un grupo de sentencias que se asilan en la legitimación procesal, para declarar la existencia de un litisconsorcio necesario impropio, tal como se revela de las siguientes pautas:

- a) "Si se deduce una acción de nulidad de adjudicación de una propiedad y de restitución de ella y se la dirige sólo contra el actual poseedor y no contra la persona que intervino en la adjudicación y el demandado alega en el escrito de réplica esa excepción y la repiten los citados de evicción en sus escritos de contestación, la sentencia que desecha esas acciones fundándose en que la de nulidad no se ha dirigido contra legítimo contradictor, no falla *ultra petita*, no sólo porque la excepción fue invocada oportunamente sino porque aunque no se invoque el juez tiene el deber de establecer ese hecho"⁴⁵. (En esta sentencia de 1920, la Corte Suprema expresa que la apreciación de la falta de legitimación es un deber del juez, actuando de oficio).
- b) "... hay imposibilidad absoluta de que un heredero del vendedor pueda ejercer tal acción [la acción rescisoria de la compraventa] sin la concurrencia de sus demás coherederos, puesto que, admitiendo el ejercicio singular de ella, habría que concluir que el heredero sólo podría accionar por su cuota, lo que llevaría al resultado de la rescisión accionada, es decir, el vendedor lograría la restitución de una parte del precio, conservando el comprador el resto". /"En razón de tal imposibilidad es improcedente la acción rescisoria ejercida por uno solo de los herederos del vendedor"⁴⁶.

⁴³ Coinciden en esta idea, entre otros, SATTA, Salvatore, *Manual de Derecho Procesal Civil*, tr. 7ª ed. italiana por Fernando de la Rúa, Buenos Aires: E.J.E.A., 1971, T. I, p. 144; CORDON MORENO, Faustino, "Anotaciones acerca de...", art. cit. p. 331.

⁴⁴ CORDON MORENO, Faustino, "Consideraciones sobre la legitimación activa en el proceso de amparo constitucional", en *La Ley*, Madrid, 1984, pp. 1038.

⁴⁵ CS. 20 de julio de 1917, RDJ t., XV, secc 1ª, p. 45.

⁴⁶ C. Ap. de Valparaíso, 31 de julio 1935, RDJ t., XXXIII, secc 2ª, pp. 65

- c) "No procede declarar la nulidad de un contrato si no se demanda a todas las partes del contrato"⁴⁷.
- d) "Si se pretende reivindicar el total de la cosa, todos los herederos deberán hacer uso de la acción reivindicatoria que establece el artículo 1268 del Código Civil, debiendo demandar de consuno, porque la acción es común y no de uno de los herederos". / "La acción reivindicatoria no es una acción conservativa que pueda interponer cualquiera de los comuneros". (El C° 6 establece que "... no es admisible que uno o más de los comuneros, pueden intentar la reivindicación del total de la cosa común, pues carecen de personería respecto de los restantes comuneros, y porque, además, la acción reivindicatoria no es una acción conservativa, que pueda interponer cualquiera de ellos")⁴⁸.

III. HIPOTESIS DE LITISCONSORCIO NECESARIO IMPROPIO EN NUESTRA JURISPRUDENCIA

1. Presentación

Nuestra jurisprudencia ha reconocido la existencia del litisconsorcio necesario impropio, delimitando algunas situaciones en las que existe esta necesidad de trabar la relación procesal con todos los interesados.

A modo de sistematización, estos casos se vinculan preferentemente a las siguientes situaciones: con las sentencias constitutivas, que son las que crean un nuevo estado jurídico, que no existía antes de esa sentencia judicial (v.gr. la nulidad de un acto o contrato); con las sentencias declarativas que se pronuncian sobre una situación que afecta a varias personas (v.gr. la resolución de un contrato) y con algunas situaciones vinculadas al ejercicio de acciones en materia de comunidades.

Desde otro ángulo, el litisconsorcio necesario impropio se relaciona fundamentalmente con aquellas relaciones plurisubjetivas en las cuales la declaración de ineficacia jurídica de un determinado acto o contrato, o la creación de una nueva situación jurídica mediante el pronunciamiento de una sentencia judicial, necesita la presencia de varios para que dicho fallo sea plenamente eficaz. Por lo mismo, en el terreno de los principios —a lo menos en nuestro ordenamiento⁴⁹— el litisconsorcio necesario no se presenta en los

⁴⁷ CS. 23 de mayo de 1990, RDJ t., LXXXVII, secc. 1ª, p. 51.

⁴⁸ C. Ap. de Concepción, 28 de octubre de 1992, RDJ t., LXXXIX, secc. 2ª, p. 167.

⁴⁹ En la doctrina se discute si las acciones de condena pueden generar un litisconsorcio necesario, lo que se entiende por la falta de acuerdo doctrinal acerca de los supuestos materiales a los que se aplica el litisconsorcio necesario. En efecto, dos propuestas teóricas se han disputado tradicionalmente la explicación del litisconsorcio necesario. Por un lado, el criterio propuesto por Chioyenda, que limita el litisconsorcio necesario sólo a los casos de sentencias constitutivas, y por el otro, una tesis de mayor amplitud propuesta por REDENTI, sosteniendo que el litisconsorcio se extiende a toda "relación plurisubjetiva conceptualmente única e inescindible". (Cfr. CHIOYENDA, José, "Sobre el Litisconsorcio Necesario", *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, T. II, pp. 297-298; REDENTI, Enrico, *Diritto Processuale Civile*, Milán: Giuffrè, 1952; "Pluralità di parti nel processo civile (Diritto romano)", *Archivio Giuridico*, 1909, vol. 79, pp. 1-3; "Il giudizio civile con pluralità di parti", Milán: Giuffrè, 1960, (reimp); *Profili Pratici del Diritto Processuale Civile*, Milán: Giuffrè-Diritto, 1939, 2ª ed. rev. y c.).

casos de acciones de condena, cuyo objeto es obtener una prestación por parte de un sujeto determinado, aunque en ella exista una pluralidad de sujetos obligados, como ocurre con las obligaciones simplemente conjuntas o mancomunadas, las solidarias y las indivisibles, donde a texto expreso se optó por una solución diversa de la que implica un litisconsorcio necesario, activo o pasivo (art. 1511, 1514, 1515, 1527, 1528 y 1529 CC.)⁵⁰.

En el plano teórico, la duda sobre la aplicabilidad del litisconsorcio necesario a las obligaciones solidarias ha surgido a la luz del contenido del principio de audiencia y la posible extensión de la cosa juzgada a terceros no litigantes⁵¹. Aunque no sea el momento de profundizar en este tema, la mayoría de la doctrina entiende que en las obligaciones solidarias no se da un supuesto de litisconsorcio necesario, básicamente por la actual estructura que tiene este tipo de obligación, donde una única prestación puede ser exigida por entero a cualquiera de los deudores y por cualquiera de los acreedores solidarios. Con ello se ha abandonado que la exigibilidad jurisdiccional de una obligación solidaria pueda hacerse una sola vez, como era bajo el esquema del derecho romano clásico, esto es, de forma que por esa sola reclamación contra uno —o por uno— se provocaba la *consumción de la acción* procesal, extinguiendo de la misma forma la obligación para los demás⁵².

Desde otra perspectiva, la existencia del litisconsorcio necesario se debe relacionar con la dinámica que presentan los actos y contratos dentro del tráfico jurídico. En este sentido, como lo expone Díez-Picazo, "como consecuencia de esta penetración y de esta instalación del contrato en el mundo de la realidad jurídica, acontece que todos los tratos que en lo sucesivo se realicen tienen que contar con los negocios ya realizados y fundarse en ellos. Los contratos que se van sucesivamente realizando contemplan necesariamente y se basan en situaciones jurídicas creadas por otros contratos que se realizaron antes. Por ejemplo, si mi deudor me entrega una cosa en garantía de la deuda, no cabe duda alguna que la eficacia de este negocio depende en buena medida de la eficacia de un contrato anterior, en el cual yo no he sido parte y respecto del cual soy por consiguiente tercero, que determina para mi deudor la adquisición de la propiedad de la cosa que ahora da en garantía"⁵³.

Es esta mayor o menor conexión que puede presentarse entre los actos y contratos la que obliga a indagar sobre el alcance subjetivo que debe tener la relación procesal, en el evento que el objeto del proceso sea una pretensión judicial para declarar su ineficacia, toda vez que es perfectamente posible que tal declaración repercuta directamente a otros actos y contratos.

⁵⁰ Con todo, el problema no es tan claro, ya que en una típica acción de condena se ha reconocido jurisprudencialmente una hipótesis de litisconsorcio necesario, a propósito del pago por varios de la obligación de alimentos. *Infra* N° 6.

⁵¹ Por todos, cfr. CARRERAS DEL RINCON, Juan, *La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal*, Barcelona: Bosch, 1990.

⁵² Cfr. MURGA GENER, José Luis, *Derecho Romano Clásico II: El proceso*, Universidad de Zaragoza, ob. cit., pp. 279 ss.; GONZALEZ, Amparo, *Una visión unitaria (contractual y procesal) de las obligaciones solidarias en Derecho Romano Clásico*, Madrid: Universidad Autónoma, 1983, pp. 155-164.

⁵³ DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid: Civitas, T. i, 4ª ed. 1994, p. 399.

Por cierto, el planteamiento anterior se ve reforzado por la dificultad que existe para delimitar en el ámbito civil el concepto de tercero en materia contractual, más allá por cierto de la infecunda definición negativa⁵⁴, problemática que se proyecta al ámbito jurisdiccional en el tema que nos ocupa. Efectivamente, no debe extrañar que la gradual superación del principio del efecto relativo del contrato que se viene alentando desde la doctrina civil, haya tenido su repercusión en la configuración de los mecanismos procesales de protección de los derechos, donde tradicionalmente se intentaba solucionar cualquier problema con la aplicación mecánica de la regla del *res inter alios acta*.

En el derecho contemporáneo, desde el ámbito del derecho civil se ha ido atenuando la aplicación absoluta del principio del efecto relativo de los contratos, imponiéndose en su reemplazo —gradualmente— el principio del efecto expansivo del contrato mediante el cual se reconoce que indirectamente los contratos pueden beneficiar o perjudicar a los sujetos que no han tenido jurídicamente la calidad de parte. Frente a lo anterior, resulta explicable que estos “terceros” en el contrato deban formar parte del proceso donde se discute sobre la subsistencia de un acto, en el cual si bien no fueron parte tienen un interés que legitima su intervención jurisdiccional, para precaver un efecto directo sobre su derecho. Así, por ejemplo, en nuestro ordenamiento jurídico es un principio básico que la declaración de nulidad o la resolución de un contrato lleva aparejada una serie de efectos no sólo para los que fueron parte del acto o contrato, sino que incluso puede afectar a los pactos celebrados por los terceros adquirentes, cuyos derechos emanan del acto o contrato declarado nulo o resuelto (arts. 1490, 1491, 1689 CC.).

Con todo, se debe reconocer que no siempre resulta fácil determinar la presencia de la carga procesal que obliga configurar el litisconsorcio necesario impropio. En rigor, en ciertas situaciones los efectos de la sentencia sólo afectará de un modo reflejo a ciertas personas y, por lo mismo, para la protección de sus derechos bastará que el ordenamiento jurídico les permita defenderse a través del mecanismo de la intervención en juicio, específicamente como tercero coadyuvante (art. 23 C.P.C.). A modo de ilustración, en estos casos se pueden apuntar todas las situaciones en las cuales los terceros a la relación jurídica discutida en un juicio pueden ver afectadas indirectamente sus prerrogativas, como ocurre, por ejemplo, con los subarrendatarios⁵⁵, los responsables subsidiarios (art 64 CT.), o los fiadores (art. 2358 CC.).

En suma, no siempre que los efectos de una sentencia judicial puedan afectar a un tercero se está en presencia del litisconsorcio necesario, debiendo solucionarse esta cuestión a la luz de la extensión de los efectos que una

⁵⁴ Sobre el tema, en nuestra doctrina, cfr. LOPEZ SANTA MARIA, Jorge, *Los Contratos. Parte General*, Edit. Jurídica de Chile, 1986, pp. 241 y ss.; MUÑOZ DIAZ, Erika, *El efecto relativo de los contratos*, Santiago: Edit. Jurídica de Chile, 1985; BAEZA CAMPOS, M^a Pilar, *La subcontratación*, Santiago: Edit. Jurídica de Chile, 1981, pp. 23-41.

⁵⁵ El artículo 11 de la Ley N° 18.101, Sobre Arrendamiento de Predios Urbanos, establece que: “Para que a los subarrendatarios les sea oponible lo obrado y la sentencia recaída en los juicios de desahucio, de restitución o de terminación del arrendamiento por falta de pago de la renta seguidos contra el arrendatario, les deberá ser notificada la demanda o deberán haberse apersonado a la causa”.

sentencia pueda producir en los derechos de ese tercero. Si el efecto jurídico que la sentencia judicial provocará en el derecho del tercero es directo, restándole la posibilidad ulterior de defenderse, se estará frente a una hipótesis de litisconsorcio necesario.

2. *Nulidad de actos y contratos*

Nuestro ordenamiento jurídico, en el Título XX del Libro IV Código Civil, dedicado a la nulidad y rescisión de los actos y contratos, establece algunas pautas sobre la legitimación activa para impetrar la declaración de nulidad (arts. 1683 y 1684), señalando quiénes son los titulares de la acción de nulidad, pero sin pronunciarse sobre la legitimación pasiva, esto es, contra quienes se debe deducir la pretensión de nulidad.

Han sido nuestros Tribunales los que han decantado el tema de la legitimación pasiva, estableciendo algunos criterios de enorme relevancia para la materia que nos ocupa. En tal sentido, constituye un principio constatable en nuestra jurisprudencia, aunque no delimitado pacíficamente, que la acción de nulidad debe ser dirigida contra todos los que son parte del contrato cuya nulidad se pretende declarar. Si falta alguno de ellos, la relación procesal será defectuosa y el juez no podrá entrar a pronunciarse sobre el fondo del tema⁵⁶. En igual línea, se ha entendido que esta acción deberá dirigirse contra los terceros que hayan adquirido derechos en su favor del contrato cuya nulidad se pretende, tema sobre el que volveremos pronto.

Esta exigencia de configurar un litisconsorcio necesario impropio, demandando a todas las partes del acto o contrato que se pretende declarar ineficaz, se ha impuesto por varias razones. En primer lugar, por la vigencia del principio de la bilateralidad de la audiencia, tal como lo expone la sentencia de la Corte Suprema de 8 de octubre de 1943, en los siguientes términos: "No procede declarar la nulidad de un contrato en un juicio que no se ha seguido contra una de las partes que intervino en su celebración"⁵⁷.

En efecto, si se ha celebrado un contrato entre Pedro, Juan y Diego, y Pedro demanda a Juan para que se declare su nulidad de tal acto, omitiendo dirigir su acción contra Diego, la sentencia que estime la demanda producirá su eficacia sólo entre Pedro y Juan, respecto de los cuales —si se acoge la pretensión— se habrá extinguido el derecho. Sin embargo, tal sentencia no perjudica ni beneficia a Diego, al que habría de demandar en un nuevo juicio deduciendo como objeto la misma situación que ya se encuentra resuelta por la sentencia definitiva que declaró la nulidad. En rigor, esa situación es contraria a los postulados lógicos que debe cumplir el derecho, ya que resulta incoherente sostener que ese acto sigue siendo nulo para uno y válido para otros (nulo entre Juan y Pedro, y eficaz entre Pedro y Diego). En esta línea se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 15 de junio de 1989, al declarar que: "Los efectos relativos de las sentencias judiciales impiden declarar eventualmente la nulidad de un

⁵⁶ Así, por ejemplo, en un caso el Tribunal no entró a conocer del fondo de una acción de nulidad, por no haber sido demandada una de las partes del contrato. Cfr. CS. 23 de mayo de 1990, RDJ t., LXXXVII, secc. 1^a, p. 51.

⁵⁷ CS. 8 de octubre de 1934, RDJ t., XXXII, secc 1^a, p. 39.

acto, si la acción no se ha dirigido en contra de todos los que intervinieron en él, pues en tal evento se daría el absurdo que tal acto sería nulo para uno y válido para otros"⁵⁸.

En segundo lugar, la necesidad de establecer el litisconsorcio necesario, demandando a todos los que fueron parte del acto o contrato impugnado de nulidad se ha visualizado en nuestra jurisprudencia como un mecanismo de protección de los derechos de terceros frente a la extensión de los efectos de cosa juzgada, tal como se aprecia en la siguiente sentencia de la Corte Suprema, de 8 de mayo de 1990: "La acción de nulidad de un contrato es una acción personal que debe interponerse en contra de todos los que fueron parte en el contrato que se pretende anular, toda vez que de lo contrario y atento el efecto relativo de la sentencia judicial que se consagra en el artículo 3º del Código Civil, resultaría que un mismo contrato sería nulo respecto de la parte en contra de la cual se intentó la acción y válido respecto de la otra que no fue motivo de la demanda, lo cual repugna no sólo el ordenamiento jurídico sino la lógica más elemental"⁵⁹.

3. NULIDAD DE ACTOS Y CONTRATOS QUE AFECTAN A TERCEROS

Un interesante problema vinculado al fenómeno del litisconsorcio necesario impropio se presenta a propósito de los efectos de las sentencias, que acogiendo una pretensión de nulidad o rescisión pueden afectar los derechos de terceros subadquirentes.

Sobre este tema la única pauta legal que sirve de referencia para abordar este problema se encuentra en el artículo 1689 del Código Civil, el que prescribe lo siguiente: "La nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores; sin perjuicio de las excepciones legales" (art. 1689 CC).

Conforme a la doctrina tradicional, contra el tercero no procedería demandar la nulidad del acto o contrato, en virtud del efecto relativo (*res inter alios acta*), y sólo cabría interponer en su contra la acción reivindicatoria, después de obtenida la declaración de nulidad o conjuntamente con ella, mediante una acumulación de acciones, de conformidad al artículo 18 del C.P.C. Esta solución descansa en la conjugación de dos principios provenientes del derecho histórico, en virtud de los cuales se haría procedente sin más la reivindicación contra el tercero por aplicación de la máxima relativa a la adquisición de bienes: *nemo plus iura ad alium transfere postes quam ipse habet* (nadie da lo que no tiene), y por otro lado, por la eficacia de la regla: *resoluto jure dantis, resoluto jus accipientis* (resuelto el derecho del que da, se resuelve el derecho del que recibe)⁶⁰.

El rigor lógico de tales principios llevan a sacrificar los derechos de los terceros subadquirentes, sin atender para nada a la buena o mala fe con la que hayan intervenido en el acto. Como lo expone Claro Solar, "anulado un acto o contrato por sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada, los

⁵⁸ C. de Ap. de Santiago, 15 de junio de 1989, RDJ t., LXXXVI, secc. 2ª, p. 55.

⁵⁹ CS. 8 de mayo de 1990, RDJ t., LXXXVII, secc. 1ª, p. 35.

⁶⁰ Sobre el tema, cfr. OSPINA FERNANDEZ, Guillermo, *Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos*, Bogotá: Temis, 3ª ed., 1987, p. 488.

efectos de esta declaración se producen retroactivamente hasta dejar a las partes en situación que antes tenían como si el acto o contrato no se hubiera celebrado; y por consiguiente que no ha habido adquisición por parte del adquirente del dominio que el otro contratante ha entendido trasferirle en virtud del contrato nulo; y que este dominio no ha salido jamás de poder del que en virtud de ese acto o contrato nulo ha figurado como tradente⁶¹.

Más contundente resulta el planteamiento de Alessandri, para negar abiertamente la posibilidad que se pueda deducir la acción de nulidad contra el tercero subadquirente, razonando de la siguiente forma: "... la nulidad, una vez declarada, produce efectos entre las partes y respecto de terceros. En otros términos, hay dos acciones: la de nulidad y la acción reivindicatoria. Pero de esta circunstancia no puede deducirse que un contratante podría dirigirse directamente contra el actual poseedor del inmueble, diciendo que el contrato que este celebró con su vendedor era nulo y que, por lo tanto, pide la restitución del inmueble. Esto no es posible, porque la acción de nulidad es personal, desde que emana de un contrato, y lógicamente esta acción personal debe dirigirse contra el otro contratante, la única persona contra la cual puede dirigirse; nunca contra el actual poseedor, porque ello equivaldría a darle carácter de acción real"⁶².

Desde el punto de vista procesal, la aplicación casi mecánica del artículo 1689 del Código Civil, dando lugar a la reivindicación contra terceros, a los que se les hace valer los efectos jurídicos de una sentencia dictada, un proceso de nulidad —en el cual no fueron parte—, nos resulta censurable⁶³, sobre todo a la luz del fenómeno del litisconsorcio necesario y del derecho constitucional de defensa⁶⁴, que entendemos se restringe considerablemente para ese tercero, a quien de facto se le impone la declaración de nulidad, sin haber sido oído.

Las razones para repensar esta situación —desde una óptica procesal—, proviene de las siguientes circunstancias:

- a) En primer lugar, la conjugación de la máximas de la tradición *nemo plus iura ad alium tranfere postes quam ipse habit*, y la extensión con efecto retroactivo de la regla *resoluto jure dantis, resoluto jus accipientis* (resuelto el derecho del que da, se resuelve el derecho del que recibe) descansan en una ficción jurídica, que se le impone coactivamente al tercero, sin haberle permitido su defensa. En la realidad práctica, a ese tercero le costará entender que el derecho de su adquirente jurídicamente nunca ha existido, sobre todo cuando este tercero ha actuado de buena fe.

⁶¹ CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, ob. cit. T. XII, vol. III, p. 637-638. En igual orientación, cfr. DIAZ MUÑOZ, Erika, *El efecto relativo de los contratos*, ob. cit. p. 44.

⁶² ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, *Curso de Derecho Civil*, Santiago: Nascimento, 1942, t. IV, p. 338.

⁶³ Si en esta situación se utiliza la acumulación sucesiva litisconsorcial, interponiendo conjuntamente la acción de nulidad y la de reivindicación contra ese tercero, conforme al artículo 18 del C.P.C. no habrían mayores objeciones, ya que se está permitiendo a ese tercero defenderse en el juicio que afectará su derecho.

⁶⁴ Sobre el derecho de defensa en general cfr. CAROCCA PEREZ, Alex, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Barcelona: J.M. Bosch, 1998, especialmente pp. 211 ss.

- b) Esta radical situación que se le impone al tercero, dejándole sólo la posibilidad que alegue en su beneficio la prescripción adquisitiva, en nuestro concepto restringe la amplitud que debe reconocerse al derecho constitucional de defensa, ya que nadie mejor que ese tercero subadquirente tendrá el interés de defenderse, oponiéndose a la pretensión de nulidad que condiciona la vigencia de sus prerrogativas.
- c) De igual forma, este tercero subadquirente, a quien se le impondrá los efectos de la nulidad, incluso actuando con la mayor acuciosidad pudo ignorar que el acto adquisitivo de su antecesor estaba viciado de nulidad, como puede ocurrir en las hipótesis que el vicio provenga de la incapacidad, del error, de la fuerza o el dolo. En tales casos, la aplicación ilimitada de la máxima *resoluto jure dantis jus accipientis* sacrifica la buena fe de este tercero⁶⁵, existiendo una razón de justicia para que sea oído en el juicio, ya que la vigencia de su derecho quedará a merced de la defensa judicial que haga su tradente. Incluso, desde el punto de vista práctico, el emplazamiento forzoso del tercero subadquirente evitará colusiones o fraudes procesales, que pueden haber sido fraguados por sus antecesores en el dominio justamente para perjudicarlo en su derecho.
- d) En el mismo derecho histórico se ha postulado esta tesis, como consta en las clásicas obras de Durantón y Laurent, cuando comentando el Código Civil francés sostenían que “para que la sentencia que se dicte declarando la nulidad tenga efectos contra los terceros y los obligue a las restituciones, es necesario citarlos para que salgan al pleito y para obtener contra ellos una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada”⁶⁶.
- f) Por su lado, el artículo 1689 CC. regula expresamente el tema del ejercicio de la acción reivindicatoria, pero no se ocupa del tema de la legitimación pasiva de la acción de nulidad, que es una cuestión diversa. En efecto, la norma de legitimación pasiva de la acción de nulidad no se contiene en el Código, y se debe determinar, conjugando una serie de principios procesales, que entendemos demuestran la necesidad de demandar a ese tercero en el juicio de nulidad.
- g) Desde el ámbito procesal, toda esta reflexión se justifica dentro del marco conceptual y teórico que ha significado la autonomía de la acción. Efectivamente, la clasificación científica más relevante de las acciones —desde Adolf Wach en adelante— atiende más bien al tipo de tutela jurídica que se quiere obtener que al derecho sobre el cual recaen las acciones, distinguiéndose al efecto entre acciones de condena, declarativas y constitutivas. Esa distinción ha significado, en parte, una ruptura con las anteriores clasificaciones de neta raigambre romanista⁶⁷, reflejadas espe-

⁶⁵ En esta línea, cfr. OSPINA FERNANDEZ, Guillermo, *Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos*, ob. cit. p. 488.

⁶⁶ DURANTON, XII, § 566, LAURENT, 19, § 73, citados por AMEZAGA, Juan José, *De las nulidades en general*, Montevideo: Artes y Oficios, 1909, p. 177.

⁶⁷ “... el Derecho romano no llegó a concebir la posibilidad de una determinación de especies de acción para el proceso declarativo que viniese referida al tipo de tutela jurídica procesal que por cada una de ellas se perseguía, esto es, acción de *condena*, *declarativa* es

cialmente en los códigos civiles decimonónicos (v.gr., arts. 580 y 581 CC.); y también en ciertos preceptos procesales que se sirven de esas referencias, por ejemplo para la fijación de la competencia (v.gr. arts. 135 y ss. COT).

Como lo indica Rosenberg, "esta clasificación, puramente procesal, no tiene nada de común con el *sistema de acciones* romano. Éste se basaba en distintas relaciones jurídicas materiales, mientras la clase de demanda y sentencia era siempre la misma; fue un sistema procesal con un contenido de derecho privado o un sistema de derecho privado con revestimiento procesal. Aquí se trata, por el contrario, de contenidos procesales distintos de demanda y sentencia, de actos distintos de tutela jurídica que impulsa el actor y ejecuta el tribunal; así, de especies distintas de demandas y sentencias, mientras la relación de derecho material puede ser la misma. Así es posible, por ej., que una misma relación de derecho de obligaciones constituya el fundamento de una demanda de condena, de declaración o constitutiva..."⁶⁸.

Ahora bien, conforme a esta realidad, desde un punto de vista procesal no resulta válido sostener que la acción de nulidad por ser una "acción personal" no puede dirigirse contra el tercero, ya que ello sería desconocer la premisa básica sobre el que descansa el actual sistema de protección de los derechos, donde se atiende más a los efectos que pueden producir las acciones que al derecho "sobre que recaen". Por lo mismo, la determinación de la legitimación activa o pasiva en el ejercicio de las acciones se debe hacer atendiendo a la relación en que se encuentran los sujetos con el derecho sustancial deducido en juicio, de lo cual puede resultar que en un proceso deban participar un número mayor de personas de que las sugieran las reglas o principios contractuales (especialmente el del efecto relativo del contrato), ello para evitar que con el pronunciamiento de una sentencia judicial se les siga un perjuicio o se les deje en la indefensión. Esta situación se hará más evidente cuando se trata de sentencias constitutivas, cuya misión es crear un nuevo estado jurídico que no existía con anterioridad al fallo, como ocurre en nuestro medio con la sentencia que declara la nulidad o rescisión de un acto o contrato.

sentido estricto o *mero declarativa y constitutiva*, sino que solamente tomó en consideración los derechos mismos, las relaciones jurídicas o los hechos que pueden ser en el Derecho actual materia de condena, de mera declaración o de constitución por la sentencia". PRIETOCASTRO, Leonardo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, ob. cit., I, p. 422. Continúa este autor desarrollando esta idea con conceptos no menos relevantes, que conviene por cierto transcribir: "Surgió de aquí un concepto de acción (= el derecho mismo en ejercicio) y la idea de que esta sólo era comprensible en cuanto orientada al otorgamiento de la justicia en estricta consideración de los diversos derechos privados, con la consecuencia obligada de una clasificación de las acciones partiendo de esos derechos mismos y correlativos objetos jurídico-materiales del proceso, hasta el punto de que únicamente se podía hablar de un derecho subjetivo en la medida en que estuviese provisto de la correspondiente acción. Los derechos se distinguían más que por sus notas o características propias, por las acciones que los amparaban, es decir, por las posibilidades que tenían de *pasar a integrar el objeto del proceso*; mientras que hoy un mismo derecho puede obtener protección por cinco acciones (de condena, mero declarativa, constitutiva, ejecutiva y cautelar) y es susceptible de figurar como objeto de otros tantos procesos, en cuanto que en cada uno de ellos se cumple un fin de tutela jurídica diferente". (Ib. cit. p. 422).

⁶⁸ ROSENBERG, Leo, *Tratado de Derecho Procesal*, tr. de la 5ª ed. alemana; Angela Romera, Buenos Aires: E.J.E.A., 1955, T., I, pp. 5-6.

Al hilo de todo lo anterior, la circunstancia que se intente con posterioridad contra ese tercero la acción reivindicatoria, fundada en el derecho de dominio que la sentencia de nulidad o resolución le reconoció retroactivamente al reivindicante sobre la cosa, constituye la imposición de un efecto jurídico que vulnera el elemental derecho que tiene toda persona a defenderse⁶⁹. En rigor, la posibilidad que ese tercero se defienda en el proceso cuyo objeto es la declaración de nulidad se justifica de mayor forma si se atiende que en nuestro ordenamiento a ese tercero se le impide defenderse invocando a su favor el principio elemental del ámbito contractualista de la buena fe, como ocurre en otros ordenamientos. A lo más, la única excepción que tiene a su favor este tercero es la de prescripción adquisitiva, lo que en verdad no resulta una defensa demasiado amplia.

Por otro lado, la necesaria intervención de estos terceros desde el origen de la relación procesal se justifica de mayor forma en nuestro medio, por cuanto no existe la posibilidad de provocar la intervención forzada o coactiva es esos terceros. Obviamente, si entre nosotros estuviera reglamentada la intervención de terceros a instancia forzosa, ya sea a petición de parte o por iniciativa del juez, que autorice a que después de iniciado el proceso se pueda llamar forzosamente a estos "terceros", no existiría con tanta evidencia la necesidad de exigir desde un comienzo el proceso litisconsorcial, ya que a través de esa vía podría complementarse la legitimación conjunta, emplazando a esos "terceros"⁷⁰.

De igual forma, al prohibirse entre nosotros, en principio, la ampliación de la demanda ya no se podrá tampoco cubrir tal contingencia por este camino, salvo que todavía no se haya procedido a presentar la contestación, pues si así fuese el actor podría hacer uso de la facultad de modificar la demanda, conforme al artículo 261 del C.P.C., emplazando al tercero al juicio⁷¹.

⁶⁹ En tal sentido, cfr. CS. 26 de agosto de 1907, RDJ t., V, secc I^a, p. 6. No se reconoce la posibilidad que un tercero afectado por una sentencia de nulidad pueda impedir en su contra la reivindicación.

⁷⁰ En otros ordenamientos, como el italiano o el alemán, se regula esta forma de intervención provocada de terceros. En el caso del derecho italiano, en general, la intervención coactiva se da cuando existe "comunidad de causa", en la que la parte del proceso se dirige al tercero, titular de la relación jurídica conexa por comunidad por alguno o de ambos de los elementos objetivos de la pretensión objeto del proceso, produciendo la llamada en causa unos efectos concretos: el tercero adquiere la condición de parte procesal, con todos los poderes y sujetos de tal condición, y así quedará vinculado a los efectos de cosa juzgada de la sentencia que resuelva la pretensión que la parte ejercita frente al tercero con la propia llamada. En el derecho alemán, en cambio, la intervención provocada de terceros el llamamiento que la parte del proceso pendiente dirige al tercero, titular de una relación jurídica conexa por prejudicialidad/dependencia (o también, por conexión alternativa) con el objeto del proceso, no se presenta como el ejercicio de pretensión alguna, sino como simple provocación a intervenir, por cuanto la denuncia de la existencia del proceso al tercero, suponiendo la mera notificación de existencia, no produce la extensión de los efectos de cosa juzgada frente al tercero, sino que lo vincula con unos efectos propios y característicos a este tipo de intervención, gravando así al tercero con la carga de su comparecencia en el proceso notificado. (Sobre este tema, con amplia referencia a la doctrina italiana y alemana cfr. LOPEZ-FRAGOSO, Tomás, *La intervención de terceros a instancia de parte en el proceso civil español*, ob. cit., 1990).

⁷¹ Salvo que las reglas de determinación de la competencia se lo impidan por razón tener este tercero un domicilio distinto que determina otro tribunal territorialmente competente, ello sin perjuicio de que se pueda recurrir al expediente de la acumulación de autos, que es el mecanismo procesal típicamente utilizado para configurar un proceso con objeto complejo en las situaciones antes descritas.

En el plano jurisprudencial toda la construcción anterior no resulta vacía de contenido, advirtiéndose un intento muy loable de nuestros tribunales de morigerar la clásica opinión que se sustenta en la interpretación del artículo 1689 del CC., tal como se constata en las siguientes sentencias⁷²:

- a) "No procede declarar la nulidad de la adjudicación de un bien raíz, en un juicio seguido sólo contra el actual poseedor, o sea, si la acción no se la dirige contra el adjudicatario, con quien correspondía discutir el valor legal de la adjudicación"⁷³.
- b) "Para que la sentencia que declara la nulidad de un contrato dé a las partes o a terceros el derecho de ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, es menester que todos hayan sido partes en el juicio porque una sentencia, por regla general, no puede obligar ni perjudicar al que no ha litigado, aplicación esta del principio de derecho que nadie puede ser condenado sin haber sido antes oído y vencido en juicio"⁷⁴.
- c) "(...) procede desechar la demanda de nulidad del contrato de compraventa basada en la existencia de aquel embargo ficto y que habría afectado al inmueble al momento de celebrarse dicha convención. / En la especie, en ningún caso habría podido prosperar la demanda en atención a que la acción se dirigió sólo contra el comprador, con lo cual el fallo que hubiera podido dictarse acogiendo la demanda habría resultado inoperante con relación a la vendedora y no empecerle, por consiguiente, su resultado"⁷⁵.
- d) "El efecto de la inoponibilidad de un contrato a un tercero ajeno a él no puede extenderse al límite de anular las inscripciones que de ese contrato derivan, al grado de llevar a su cancelación; pues para conseguir tal efecto se requiere el ejercicio de una acción directamente encaminada a ese fin y seguida, necesariamente, contra las dos partes que intervinieron en el contrato que generó las inscripciones en el Registro del Conservador de Bienes Raíces"⁷⁶.

⁷² En contra de esta doctrina, cfr. CS 22 de noviembre de 1937, RDJ XXXV, t. Secc 1ª, p. 194. (Da acción reivindicatoria contra tercero que no fue parte en el anterior juicio de nulidad). "La declaración de nulidad de un contrato, por referirse a una acción personal, debe ser solicitada en contra de las personas que prestaron su consentimiento para su celebración, pues son las únicas ligadas por el vínculo jurídico que se trata de anular y, en consecuencia, no procede demandar tal nulidad al tercer poseedor que no intervino en el contrato, pues carece este de la calidad de legítimo contradicтор". / "Pero, para obtener la restitución que corresponda de los terceros poseedores y, atento a los efectos de las sentencias judiciales, no basta por sí sola la nulidad judicialmente declarada; de aquí que la ley para volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la nulidad, retroceso que es uno de los efectos que esta produce, autoriza en el artículo 1689 del Código Civil la acción reivindicatoria contra los terceros poseedores, no obstante de que no hayan intervenido en el juicio de nulidad, salvo los casos de excepción, como son los artículos 976 y 1432 del Código Civil". (CS. 26 de septiembre de 1966, RDJ t., LXII, secc. 1ª, p. 340).

⁷³ CS. 25 de octubre 1930, RDJ, t. XXVIII, secc 1ª p. 350.

⁷⁴ CS. 10 de noviembre de 1938, RDJ t., XXXVI, secc. 1ª, p. 312.

⁷⁵ CS. 16 de julio de 1957, RDJ t., LIV, secc. 2ª, p. 33.

⁷⁶ C. de Ap. de Temuco, 6 de septiembre de 1991, RDJ t., LXXXVIII, secc. 2ª, p. 113.

En nuestro concepto, esta doctrina se debería aplicar incluso en los casos en los cuales la declaración de nulidad absoluta la realiza de oficio el tribunal, cuando el defecto conste en el acto o contrato (art. 1693 CC.). Esto significa que si no figuran como parte en el proceso todos los interesados, el Tribunal no podría declarar tal nulidad oficiosamente, respetando el derecho constitucional de defensa. No divisamos razones para sentar una regla diversa, aunque así se ha sostenido sin mayor fundamentación⁷⁷.

Sólo en los casos de nulidad parcial se podría entrar a prescindir de citar al juicio a aquellos a quienes dicha declaración no les afectará.

En similar orientación, otra tendencia jurisprudencial que se mantiene en la línea anterior se da en los casos de acciones tendientes a declarar la nulidad de adjudicaciones efectuadas en remate, cuando la propiedad subastada ha pasado a manos de terceros. En estos casos la acción ordinaria de nulidad que se puede deducir contra la adjudicación se debe dirigir necesariamente contra esos terceros ajenos al juicio, que adquirieron el bien en el remate judicial. En este camino encontramos las siguientes sentencias:

- a) "No existe precepto legal alguno que permita solicitar la nulidad de un juicio mediante el ejercicio de una acción ordinaria de nulidad hecha valer en un juicio ordinario". / "Por consiguiente, la nulidad del remate por falta de emplazamiento del ejecutado debe plantearse en forma incidental en el mismo juicio ejecutivo, aunque la propiedad subastada haya sido transferida a terceros a la fecha de formularse el incidente". / "Pero, para que tal nulidad afecte a estos terceros, es menester impetrarla en su contra, junto con el ejecutante y el subastador, sin que baste que el ejecutado acceda a las peticiones de cancelación de inscripción en favor de esos terceros, 'con citación' de los mismos"⁷⁸.
- b) "La acción de nulidad de un contrato, por ser personal, debe dirigirse contra las personas que lo han celebrado, aparte de las otras que de ellas derivan sus derechos; de donde se deduce que si no se dirige la acción en contra de aquellas, la sentencia que se dicte no podrá obligarlas, no obstante ser ellas las que celebraron los contratos cuya nulidad depende de los que se celebraron sobre la misma cosa". / "Las acción de nulidad debe dirigirse y discutirse con el otro contratante". (Se solicitó la nulidad de un contrato de compraventa forzado, demandando sólo a una de las partes)⁷⁹.

⁷⁷ Cfr. ALESSANDRI BESA, Arturo, *La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno*, T. I, 2ª ed. Santiago: Ediar, sin año, p. 128, con referencia a la sentencia CS. RDJ t., XIX, secc. 1ª, p. 128.

⁷⁸ CS. 29 de mayo de 1951, RDJ t., XLVIII, secc. 1ª, p. 139.

⁷⁹ C. de Ap. de Concepción 23 de junio de 1995, RDJ t., XCIII, secc. 1ª, p. 44.

En contra: C. Ap. Santiago, 7 de septiembre de 1950, RDJ t., XLVII, secc. 2ª, p. 56. "El dueño del inmueble que obtuvo la invalidación del remate y de la consiguiente adjudicación, mediante la interposición de un incidente de nulidad procesal fundado en la falta de emplazamiento, tiene derecho a pedir que se dejen sin efecto todas esas transferencias que emanaba de esos actos, sin necesidad de iniciar nuevo juicio. / No es óbice para resolver esas cuestiones el hecho de que no se haya oído al actual propietario del inmueble, supuesto que todas ellas se tramitaron con las personas que en ese momento figuraban como partes en el pleito, y el sucesor debe afrontar en este caso las consecuencias de los actos realizados por el causante en el juicio donde se generó el título que exhibe, sin perjuicio de los derechos que pueda hacer valer en contra de este, si fueren procedentes".

4. En la resolución de contratos

La resolución es otro de los temas directamente vinculados con la figura del litisconsorcio necesario impropio.

Nuevamente nada dice la ley sobre el ejercicio de la facultad resolutoria que tiene el contratante diligente, en los casos de relaciones subjetivamente complejas, esto es con más de un sujeto como parte del acto o contrato. El Código Civil reglamenta sólo los efectos de la resolución, pero no aborda el tema de la legitimación activa o pasiva, determinando quiénes y contra quiénes se debe ejercitar esta acción (arts. 1489, 1876 CC).

Para lo que nos ocupa, el punto de partida que justifica analizar este tema desde la óptica del litisconsorcio necesario, es el amplio efecto extintivo que produce la declaración de resolución, la que no sólo vincula a las partes de la relación obligatoria, sino que también puede alcanzar a terceros adquirentes, conforme a lo establecido a propósito de las obligaciones condicionales en los artículos 1490 y 1491 del CC. La idea matriz en esta materia es la siguiente: "una vez resuelto el derecho, quedan igualmente resueltos los derechos que sobre aquel se hubieran podido constituir (*resolutio iure dantis, resolvitur ius concessum*)"⁸⁰. Ahora, ya sea que la resolución se produzca *ipso iure* o mediante sentencia judicial que la declare, el efecto es el mismo: se extingue el derecho subordinado a ella.

Al igual que la declaración de nulidad o de rescisión, en la resolución se producen algunos efectos restitutorios y recuperatorios que ponen a las partes y a los terceros en el deber de reintegrar o restituir las prestaciones o la cosa relativa a la resolución. En el caso de los terceros, para que queden en situación de restituir, se atenderá a la buena o mala fe con la que hayan actuado en su adquisición.

En esta materia, nuevamente la tesis tradicional sostiene como máxima que la acción resolutoria se debe dirigir contra el otro contratante, y no contra el tercero subadquirente, respecto del cual sólo procedería la acción reivindicatoria⁸¹. Dicha solución descansa prácticamente en los mismos principios vistos en materia de nulidad, salvo la mayor protección que se reconoce a los terceros para liberarse de la reivindicación, lo que dependerá de su adquisición de buena o mala fe. En otros términos, es premisa común sostener que cumplida la condición resolutoria, la resolución que ella produce puede ser opuesta a toda persona que invoque el contrato resuelto como antecedente de su derecho.

En todo caso, debe reconocerse que a diferencia de lo que ocurre en materia de nulidad, al atenuarse el rigor del principio *resolutio iure dantis, resolvitur ius concessum*, permitiendo que ese tercero alegue en su beneficio la adquisición de buena fe, se atenúa la necesidad de configurar el litisconsorcio necesario, emplazando como parte al tercero subadquirente al proceso donde se discute la resolución. Sin embargo, en algunas sentencias se ha ido conformando una serie de pautas relativas a la configuración del litisconsorcio necesario impropio en materia de declaración judicial de reso-

⁸⁰ DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...*, ob. cit. T. II, p. 723.

⁸¹ Entre otros, CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, ob. cit. t. X, pp. 151-153, 196.

lución, ya sea por la vía de desconocer eficacia a una sentencia pronunciada con omisión de un litisconsorte necesario, o también a través de la declaración de una sentencia absolutoria de la instancia⁸², tal como se constata, por ejemplo, en la sentencia de la Corte Suprema de 21 de julio de 1925, cuya doctrina es la siguiente⁸³: “La sentencia que declara resuelto un contrato no produce efecto alguno contra una tercera persona que no figuró como parte en el juicio de resolución”⁸⁴.

Ahora, en lo que toca al tema de la legitimación activa de la acción de resolución, algunos fallos han sancionado la existencia del litisconsorcio necesario activo, tal como lo exponen los siguientes fallos:

a) “... hay imposibilidad absoluta de que un heredero del vendedor pueda ejercer tal acción [la acción resolutoria de la compraventa] sin la concurrencia de sus demás coherederos, puesto que, admitiendo el ejercicio singular de ella, habría que concluir que el heredero sólo podría accionar por su cuota, lo que llevaría al resultado de la rescisión fraccionada, es decir, el vendedor lograría la restitución de una parte del precio, conservando el comprador el resto”. / “En razón de tal imposibilidad es improcedente la acción rescisoria ejercida por uno solo de los herederos del vendedor”⁸⁵.

b) “Siendo muchos los vendedores, la acción de resolución del contrato derivada del no pago del precio, debe ser deducida por todos”⁸⁶.

5. En materia de comunidades

El litisconsorcio necesario presenta algunas vinculaciones con la problemática procesal de la protección jurídica de los derechos de las comunidades, donde surge la duda si se debe o no configurar activa o pasivamente la relación procesal, citando a todos los comuneros.

El planteamiento anterior tiene como base la siguiente premisa: que la comunidad supone que todos los interesados tienen sobre la *res communis* un

⁸² En algunos casos la doctrina se contiene implícitamente, como ocurre, por ejemplo, con la sentencia CS. 3 de enero de 1905, RDJ t., II, secc 1ª, p. 317.

⁸³ En contra, cfr.: CS. 6 de junio de 1913, RDJ t., XI, secc 1ª, p. 365 ss. (No se estimó la existencia del litisconsorcio necesario en el caso de una resolución de contrato, no obstante que la cosa pasó a manos de tercero); C. Ap. Stgo. 8 de agosto de 1904, RDJ, t. I, pp. 511-513. (Implícitamente no se determinó la existencia del LCN, dictando una sentencia en materia de resolución que beneficiará a terceros que no fueron partes en ese pleito); CS. 14 de diciembre 1927, RDJ t., XXV, secc 1ª, p. 529. (Se dio acción reivindicatoria contra tercero poseedor, que no fue parte en sentencia anterior); CS. 14 de enero 1953, RDJ t., L, secc. 1ª, p. 57. (“La acción de resolución de contrato puede deducirse válidamente contra cualquiera de los contratantes morosos que se obligaron solidariamente”. [Nos parece criticable, ya que al no declararse respecto de los otros habría que entender que el contrato sigue vigente].

⁸⁴ CS. 21 de julio de 1925, RDJ t., XXIII, secc 1ª, p. 354.

⁸⁵ C. Ap. de Valparaíso, 31 de julio 1935, RDJ t., XXXIII, secc 2ª, pp. 65.

⁸⁶ CS. 16 de septiembre de 1960, RDJ t., LVII, secc. 1ª, p. 254. En igual sentido: RDJ t., XI, secc 1ª, p. 354 (eº 5º y 6º de sentencia de 1ª instancia). Gaceta de los Tribunales 1896, II, p. 12 N° 2484 y año 1907, II, p. 633. Idem. Alessandri, Arturo, *De la compraventa y de promesa de venta*, T. II, p. 781, N° 1748.

Siendo muchos los vendedores, la acción de resolución del contrato derivada del no pago del precio, no debe ser deducida por todos. Así, RDJ t., XI, secc 1ª, p. 522; PESCIQ VARGAS, Vitorio, “La acción resolutoria ejercitada por uno de los herederos del vendedor”, en RDJ t., XLIX, p. 88.

mismo y análogo derecho, las mismas e idénticas facultades sobre la totalidad de la cosa que ellos poseen pro indiviso.

Frente a lo anterior, cuando se lesiona un interés comunitario o se solicita una declaración jurisdiccional que pueda afectar a todos los comuneros es necesario delimitar si se está en presencia de una legitimación individual o una legitimación conjunta, para determinar quién puede ser justa parte en ese proceso. De un modo concreto, en estos casos el problema procesal se traduce en determinar si puede uno de los portadores del mismo interés solicitar la tutela para todos, o si será obligatorio que todos los interesados reclamen a la misma vez, a través de un litisconsorcio necesario activo. De igual forma, se discute si pasivamente deben ser demandados todos los comuneros.

En el plano legal, el artículo 2305 del CC. es bastante parco sobre el tema que nos ocupa, estableciendo a lo más que "el derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común es el mismo que el de los socios en el haber social", sin indicar pauta alguna sobre la legitimación activa o pasiva. A su turno, los artículos 2078, 2081 y 2132 del CC. sientan algunas reglas sobre la actuación en nombre de estos entes abstractos, las que generan no pocos problemas en la práctica, especialmente en materia de legitimación para que un comunero o un socio pueda representar activa o pasivamente los intereses comunes, a falta de representante legal válidamente constituido.

Ahora bien, para abordar este problema desde un punto de vista teórico se han propuesto distintas soluciones, a saber: a) Atribuir a cada portador del interés (en la alícuota que le corresponde) legitimación para actuar, ante los órganos jurisdiccionales, en el interés de todos; o, b) obligar que todos actúen en el proceso, de un modo obligatorio, generando un litisconsorcio necesario.

Por cierto este asunto tiene una enorme amplitud, y excede del propósito de nuestro trabajo, limitándonos a indicar someramente los criterios jurisprudenciales que coexisten en nuestro medio sobre el particular:

1º) Se ha estimado que existe la obligación de demandar a todos los comuneros en un juicio, conformando un litisconsorcio pasivo necesario. En tal sentido se pueden citar las siguientes sentencias:

a) "El acreedor de un mutuo contraído solidariamente por diversos comuneros de un inmueble hipotecado por ellos en garantía del mutuo, no puede, sin ejercitar contra todos la acción hipotecaria correspondiente, en juicio seguido contra sólo uno de los codeudores solidarios, embargar todo el bien hipotecado y tomarlo en adjudicación. / En consecuencia, debe aceptarse la demanda deducida por los comuneros que no fueron parte en el juicio ejecutivo, por la cual reivindicación (sic) la parte que a ellos correspondía en el bien embargado y adjudicado en dicho juicio"⁸⁷.

b) "Es nulo el nombramiento de partidador hecho por el juez en rebeldía de los inasistentes, si uno de los comuneros no fue citado para el comparendo, por sí ni por intermedio de su cesionario". / "El nombramiento de árbitro quedó así viciado desde su origen con el agravante de que el auto

⁸⁷ CS. 24 de abril de 1920, RDJ t., XVIII, secc 1ª, p. 482.

respectivo se notificara por el estado a todos los interesados, incluso a los que no habían comparecido a las diligencias de nombramiento de árbitro⁸⁸.

2º) En otros casos se ha reconocido la existencia de un litisconsorcio necesario activo, obligando a que todos los comuneros demanden, tal como lo exponen las siguientes sentencias⁸⁹:

a) "... hay imposibilidad absoluta de que un heredero del vendedor pueda ejercer tal acción [la acción rescisoria de la compraventa] sin la concurrencia de sus demás coherederos, puesto que, admitiendo el ejercicio singular de ella, habría que concluir que el heredero sólo podría accionar por su cuota, lo que llevaría al resultado de la rescisión fraccionada, es decir, el vendedor lograría la restitución de una parte del precio, conservando el comprador el resto. / En razón de tal imposibilidad es improcedente la acción rescisoria ejercida por uno solo de los herederos del vendedor"⁹⁰.

b) "Si se pretende reivindicar el total de la cosa, todos los herederos deberán hacer uso de la acción reivindicatoria que establece el artículo 1268 del Código Civil, debiendo demandar de consuno, porque la acción es común y no de uno de los herederos." / "La acción reivindicatoria no es una acción conservativa que pueda interponer cualquiera de los comuneros"⁹¹. (El Cº 6 establece que: "...no es admisible que uno o más de los comuneros, pueden intentar la reivindicación del total de la cosa común, pues carecen de personería respecto de los restantes comuneros, y porque, además, la acción reivindicatoria no es una acción conservativa, que pueda interponer cualquiera de ellos")⁹².

6. *Derecho de familia: derecho de alimentos*

Se han suscitado algunas dudas en materia de configuración del litisconsorcio necesario pasivo en los juicios para obtener el pago del dere-

⁸⁸ CS. 2 de agosto de 1944, RDJ t., LLII, secc., 1ª, p. 235.

⁸⁹ En todo caso, el tema no está resuelto, como se percibe en las siguientes sentencias: C. Ap. de Santiago, 25 de octubre de 1985, RDJ t., LXXXII, secc. 2ª, p. 103. "Cualquiera de los herederos puede pedir la nulidad absoluta, sin que requiera el consentimiento previo de los otros interesados. Asimismo, mientras dure la indivisión, cualquiera de ellos puede pedir la nulidad relativa de un determinado acto, ejercitando el derecho adquirido de su causante y oponer la excepción de rescisión, si es demandado por un acreedor hereditario, porque se trata de una acción destinada a conservar y aun a aumentar el patrimonio dejado por aquel. No es necesaria la concurrencia de todos los herederos, si hay más de uno".

C. Ap. de Santiago, 2 de noviembre de 1982, RDJ t., LXXIX, secc. 2ª, p. 69. "El artículo 2305 del Código Civil consagra respecto de cada uno de los comuneros sobre la cosa común, el mandato tácito y recíproco de administración. La acción de precario interpuesta por el comunero a fin de obtener la restitución de parte del inmueble, sobre el cual recaen sus derechos, es un acto de administración, ya que mediante ella no se pretende un acto de disposición, sino de conservación del patrimonio".

⁹⁰ C. de Ap. de Valparaíso, de julio 1935, RDJ t., XXXIII, secc. 2ª, pp. 65.

⁹¹ C. Ap. de Concepción, 28 de octubre de 1992, RDJ t., LXXXIX, secc. 2ª, p. 167.

⁹² C. Ap. de Concepción, 28 de octubre de 1992, RDJ t., LXXXIX, secc. 2ª, p. 167.

cho de alimentos, cuando el alimentario tiene título para reclamar contra varias personas que se encuentran en la misma calidad jurídica de alimentantes, como ocurre, por ejemplo, con los abuelos (art. 321 CC).

Así, por un lado se ha estimado la existencia del litisconsorcio necesario impropio, conforme lo expone la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 6 de agosto de 1981, en la siguiente doctrina⁹³: "De acuerdo con lo que dispone el artículo 326, en relación con el artículo 321 del Código Civil, la demanda de alimentos debe dirigirse en contra del padre legítimo de los menores y una vez comprobada la incapacidad económica de él, debe interponerse en contra de los abuelos legítimos por una u otra línea, pero conjuntamente en contra de todos ellos"⁹⁴.

En similar orientación a la tesis anterior se encuentra la opinión de Claro Solar, cuando explica que "el demandante debe dirigir su acción contra todos los que se encuentran en situación legal de suministrar alimentos; y que cada uno de ellos no puede ser condenado al pago de la pensión alimenticia sino tan solo en la parte que puede afectarle con arreglo a las normas establecidas por la misma ley"⁹⁵.

Sin embargo, el tema no es pacífico, ya que una solución distinta propone la sentencia de la Corte Suprema de 21 de diciembre de 1971, del siguiente tenor⁹⁶: "La obligación conjunta que, a falta o por insuficiencia de los padres, pasa a los abuelos legítimos por una y otra línea no debe necesariamente ser ejercitada simultáneamente en contra de todos los deudores. Cada deudor está obligado a su parte o cuota en la deuda y no a la totalidad." / "Demandado, en consecuencia, uno de los abuelos no puede pretender que, por estar conjuntamente obligados todos los abuelos, deba paralizarse o suspenderse el juicio hasta que la demanda se dirija simultáneamente en contra de todos ellos; sin perjuicio del derecho del alimentante para alegar la existencia de otros ascendientes de su grado y que deben regularse los alimentos que se le exigen en relación con las facultades de todos los obligados conjuntos". / "En el juicio deducido en contra de uno de los abuelos pueden discutirse las facultades económicas de todos, no para que la sentencia los obligue sin haber litigado, sino para que el fallo sea jurídicamente justo en la determinación de la cuota que incumbe pagar al efectivamente demandado".

En nuestra opinión, no se puede reconocer en esta situación un litisconsorcio necesario impropio, ya que no estamos frente a una única acción de condena, sino de varias, las que se pueden acumular en un juicio para obtener una misma sentencia de pago (art. 18 C.P.C.). Por lo mismo, al tratarse de una pluralidad de acciones, cada una de ellas con su causa de pedir distinta y en las que existe legitimación individual para ser deducidas en juicio contra cada responsable legal de alimentos, no se dan los supuestos esenciales del litisconsorcio necesario, ya que es perfectamente posible que la sentencia contenga condenas distintas para los alimentarios, ello si ello se justifica en los

⁹³ RDJ t., LXXVIII, secc. 2ª, p. 81.

⁹⁴ RDJ t., LXVIII, secc. 1ª, p. 388.

⁹⁵ CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Santiago: Imp. Cervantes, t., III, 1925, p. 338.

⁹⁶ RDJ t., LXVIII, secc. 1ª, p. 388. Con anterioridad, en igual orientación, CS. 14 de enero 1930, RDJ t., XXVII, secc. 1ª, p. 75.

hechos (v.gr. falta de capacidad económica de un alimentante). En suma, en esta situación no nos encontramos frente a una relación material indivisible, que es de la esencia del litisconsorcio necesario.

IV. TRATAMIENTO PROCESAL DEL LITISCONSORCIO

1. *Efectos procesales de la falta de configuración del litisconsorcio necesario*

Frente a la insuficiente regulación legal del litisconsorcio necesario⁹⁷, la jurisprudencia ha tenido que dar una solución al problema que surge cuando se constata que la relación procesal no se ha formado con todos los que necesariamente deben estar allí presentes, en calidad de parte.

Desde otro punto de vista, la corrección del grave defecto que constituye iniciar una relación procesal sin la presencia de todos los que allí debieron intervenir, se ha hecho la mayoría de las veces en nuestra realidad judicial en la sentencia definitiva, al término de la instancia, y no como una cuestión previa, que evite tramitar un juicio cuyo desenlace será la falta de pronunciamiento de fondo, por defecto en su conformación plural.

Ahora, en cuanto al tipo de ineficacia que se aplica en los casos en que se ha omitido el litisconsorcio necesario, nuestra jurisprudencia admite diversas posibilidades, tales como:

1º) La absolución en la instancia

Esto ha significado que el Tribunal se niega a emitir un pronunciamiento de fondo sobre el objeto del proceso, ello por no haberse emplazado a todos los litisconsortes necesarios. A modo ilustrativo, esta solución se ha aplicado en los siguientes casos:

- a) "... hay imposibilidad absoluta de que un heredero del vendedor pueda ejercer tal acción [la acción rescisoria de la compraventa] sin la concurrencia de sus demás coherederos (...). / En razón de tal imposibilidad es improcedente la acción rescisoria ejercida por uno solo de los herederos del vendedor"⁹⁸.
- b) "Los efectos relativos de las sentencias judiciales impiden declarar eventualmente la nulidad de un acto, si la acción no se ha dirigido en contra de todos los que intervinieron en él, (...)"⁹⁹.
- c) "La acción de nulidad de un contrato es una acción personal que debe interponerse en contra de todos los que fueron parte en el contrato que se pretende anular, toda vez que de lo contrario y atento el efecto relativo

⁹⁷ En otros ordenamientos la legislación procesal hace bastante tiempo que regula el litisconsorcio necesario, como ocurre por ejemplo en la ZPO Alemana (art 62); CPC Italiano (art. 102); CPC de Colombia (art 83); CPN Argentina (art. 89).

⁹⁸ C. Ap. Valparaíso, 31 de julio 1935, RDJ t. XXXIII, secc 2º, p. 65

⁹⁹ C. de Ap. de Santiago, 15 de junio de 1989, RDJ t., LXXXVI, secc. 2º, p. 55.

de la sentencia judicial que se consagra en el artículo 3° del Código Civil, resultaría que un mismo contrato sería nulo respecto de la parte en contra de la cual se intentó la acción y válido respecto de la otra que no fue motivo de la demanda, lo cual repugna no sólo al ordenamiento jurídico sino la lógica más elemental¹⁰⁰.

d) "... no resulta procesalmente posible acoger las peticiones formuladas por el demandado en su demanda reconvenzional, ya que al hacerlo implica privar de su valor a dos actos jurídicos bilaterales en una litis que se ha trabado sólo con una de las dos partes"¹⁰¹.

e) "La acción de nulidad de un contrato, por ser personal, debe dirigirse contra las personas que lo han celebrado, aparte de las otras que de ellas derivan sus derechos; de donde se deduce que si no se dirige la acción en contra de aquellas, la sentencia que se dicte no podrá obligarlas, no obstante ser ellas las que celebraron los contratos cuya nulidad depende de los que se celebraron sobre la misma cosa". / "La acción de nulidad debe dirigirse y discutirse con el otro contratante". (Se solicitó la nulidad de un contrato de compraventa forzado, demandando sólo a una de las partes). "...Por estas razones, no puede prosperar la demanda de nulidad del contrato de compraventa forzada solicitada por el actor, ni de la consiguiente inscripción de dominio, ya que no ha dirigido su demanda contra uno de los que celebró el contrato (...). Como tampoco procede declarar la nulidad de la escritura pública, (...) ya que dicha nulidad debe discutirse con sus otorgantes y uno de ellos no ha intervenido en este proceso (...). Para justificar esto recordemos además que de acuerdo con el artículo 3° del Código Civil, las sentencias sólo obligan a los que han intervenido en el litigio en que ellas se dictan. Ahora, declarada esa nulidad afecta a terceros"¹⁰².

Esta solución al problema del litisconsorcio necesario, dictando una sentencia *absolutoria de la instancia*, resulta censurable ya que no se está dando una respuesta real al problema, sino sólo tangencial, puesto que a lo más evita el pronunciamiento de una sentencia inútil, declarando infructuosa toda la tramitación, con los costos que ello significa. En efecto, al abstenerse de dictar una sentencia sobre el fondo el Tribunal evitará cualquiera ineficacia jurídica posterior de ese fallo, que va desde la imposibilidad de ejecución de la sentencia hasta la inoponibilidad de lo resuelto, pero desde el punto de vista procesal la solución no es la óptima.

En todo caso, siempre será preferible una *sentencia absolutoria de la instancia*, que otra que entienda que la omisión del litisconsorcio necesario no le produce ningún un impedimento al juez para fallar, ya que en ese

¹⁰⁰ CS. 8 de mayo de 1990, RDJ t., LXXXVII, secc. 1ª, p. 35.

¹⁰¹ C. de Ap. de Temuco, 6 de septiembre de 1991, RDJ t., LXXXVIII, secc. 2ª, p. 113.

¹⁰² C. de Ap. de Concepción 23 de junio de 1995, RDJ t., XCIII, secc. 1ª, p. 44.

En igual orientación, cfr. CS 20 de julio de 1917, RDJ t., XV, secc 1ª, p. 45; CS. 23 de mayo de 1990, RDJ t., LXXXVII, secc. 1ª, p. 51. (No entró a conocer del fondo de una acción de nulidad, por no haber sido demandada una de las partes del contrato).

último caso se estarían favoreciendo, a sabiendas, el pronunciamiento de sentencias imposibles de ejecutar, o cuya ejecución pueda resultar perjudicial para los litisconsortes preteridos.

Con todo, debe reconocerse que aunque la *sentencia absolutoria de la instancia* no sea la solución óptima en este tema, tiene la ventaja que obligará a iniciar nuevamente la tramitación del juicio, con la subsanación del vicio que significó la omisión del litisconsorte, sin dar pie a juicios civiles de nulidad, reivindicación o de inoponibilidad a que indefectiblemente puede llevar entrar a fallar un asunto con infracción en la constitución de un litisconsorcio necesario.

2º) La nulidad de la sentencia

Otra de las ineficacias procesales aplicadas por nuestra jurisprudencia en los casos de litisconsorcio necesario impropio ha sido la declaración de nulidad de la sentencia o incluso de la notificación de la demanda, tal como consta del siguiente fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, donde se declaró nula una sentencia por no haberse emplazado en un juicio de nulidad de un contrato de sociedad a todos los socios constituyentes. En su parte considerativa, después de definir el litisconsorcio necesario conforme a la sentencia del Tribunal Supremo Español, de 28 de junio de 1994, se establece: "Que de los antecedentes, resulta que la sentencia judicial que se ha pronunciando sobre la validez o nulidad del contrato, lo fue sin que el señor Le Dantec fuera emplazado al juicio, vicio previsto en el artículo 768 N° 9 en relación con el artículo 795 N° 1 del Código de Procedimiento Civil y que, por tratarse en la especie de un litisconsorcio necesario, y por ende inevitable, conlleva la nulidad de todo lo obrado sin la participación de este justiciable"¹⁰³.

3º) La inoponibilidad de la sentencia

Otra sanción establecida por nuestra jurisprudencia en los casos de omisión en la configuración del litisconsorcio necesario, es aquella de desconocer eficacia a la sentencia dictada en un proceso, ello con el objeto de evitar sentencias contradictorias o imposibles de ejecución, tal como se aprecia —por ejemplo— en la siguiente doctrina: "No vale una sentencia contra el que no fue parte en el juicio"¹⁰⁴.

2. Mecanismos procesales para corregir la deficiente configuración del litisconsorcio necesario

A la luz de nuestra jurisprudencia, resulta claro que la no concurrencia de todos los litisconsortes necesarios al proceso es una omisión que lleva aparejada una ineficacia procesal que restará eficacia a la tramitación de un

¹⁰³ C. de Ap. de Valparaíso, 30 de septiembre de 1997, inédita. Redacción abogado integrante Raúl Tavorali O.

¹⁰⁴ CS. 13 de junio 1912. RDJ t., X, secc 1ª, p. 571

proceso. Por lo mismo, no resulta del todo razonable que se tramiten juicios cuyas sentencias devendrán en inútiles y, por lo mismo, deberían buscarse soluciones para este delicado problema que en el plano ideal subsanen el defecto al inicio de la relación procesal. En tal sentido, las posibles soluciones podrían ser las siguientes:

1º) La declaración de oficio

Una primera solución a este problema es la apreciación de oficio que debería hacer el juez de este defecto procesal, evitando la futura ineficacia de la sentencia, o la tramitación de un proceso en el cual no se podrá entrar a resolver cabalmente la pretensión por no haber sido emplazados todos los sujetos legitimados conjuntamente.

Ahora, aunque no exista norma legal que expresamente obligue al juez a realizar una revisión de la correcta configuración de la relación procesal, nuestro ordenamiento jurídico contiene elementos para sostener que es perfectamente viable la apreciación de oficio del litisconsorcio necesario por el juez. En tal sentido, el artículo 84 inc. 4º del Código de Procedimiento Civil, ubicado en las normas comunes a todo procedimiento, puede resultar un instrumento muy eficaz en la corrección de este defecto, cuando establece que "el juez podrá corregir de oficio los errores que observe en la tramitación del proceso. Podrá asimismo tomar las medidas que tiendan a evitar la nulidad de los actos de procedimiento...".

De igual forma, aunque con el defecto de no constituir un mecanismo de subsanación preventivo, también será posible utilizar el recurso de casación en la forma de oficio, procediendo a corregir el vicio contenido en la sentencia definitiva, consistente en no haber sido emplazados todos los que debieron figurar en el proceso. (Arts. 768 N° 9 y 775 CPC). De hecho, esta solución está admitida en la jurisprudencia, alguna de ella bastante antigua, como es el caso de la sentencia de la Corte Suprema de 30 de abril de 1925, donde se ordenó subsanar un litisconsorcio necesario, al haberse omitido en una demanda a un heredero¹⁰⁵.

En el último tiempo sigue esta misma línea la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 30 de septiembre de 1997, donde actuando de oficio se declaró nula una sentencia por no haberse emplazado en un juicio de nulidad de un contrato de sociedad a todos los socios constituyentes¹⁰⁶.

Resulta difícil no aceptar que del tenor del artículo 84 inc. final del CPC nace una obligación para el juez en orden a apreciar de oficio la existencia del litisconsorcio necesario, ello si se quiere contribuir a la eficacia en la administración de justicia, que evite los procesos inútiles.

¹⁰⁵ RDJ t., XXIII, secc 1ª, p. 73.

¹⁰⁶ C. de Ap. de Valparaíso, 30 de septiembre de 1997, inédita.

En materia de nulidad de particiones por omisión de algún comunero se recogen algunas jurisprudencias que de oficio han corregido tal defecto. Así, cfr. CS de 4 de agosto de 1928, RDJ. t., XXVI, secc. 1ª, p. 432. CS de 22 de diciembre de 1922, RDJ, t., XXI, secc. 1ª, p. 1085. En otras ocasiones se ha aplicado la nulidad de oficio civil, por ejemplo, por no haber concurrido uno de los herederos a la designación del partidor (CS de 21 de junio de 1912, RDJ, t., X, secc. 1ª, pp. 525 ss).

2º) El artículo 21 del Código de Procedimiento Civil

Otra de las posibles soluciones que reconoce nuestro sistema para declarar la existencia del litisconsorcio necesario puede provenir de la aplicación del artículo 21 del Código de Procedimiento Civil, cuando dice que "si una acción ejercitada por alguna persona corresponde también a otra u otras personas determinadas, podrán los demandados pedir que se ponga la demanda en conocimiento de las que no hayan concurrido a entablarla, quienes deberán expresar en el término de emplazamiento si se adhieren a ella".

Entendemos que la norma recién referida debe aplicarse a todos los casos de litisconsorcio necesario activo, donde una vez que haya sido citado el litisconsorte al juicio ("emplazado") deberá estarse a las varias posibilidades que allí se le reconocen.

Sin embargo, la solución legal que proporciona el artículo 21 del C.P.C. no es del todo satisfactoria, ya que no comprende las hipótesis de litisconsorcio necesario pasivo que se puedan presentar, y que en el fondo son los más relevantes desde el punto de vista práctico.

3º) La excepción dilatoria del artículo 303 N° 6
(*exceptio plurium litisconsortium*)

Siendo nuestro proceso esencialmente dispositivo, la solución a la omisión del litisconsorcio necesario pasivo provendrá de la denuncia que realice el o los demandados, solicitando la subsanación del defecto a través de la excepción dilatoria del artículo 303 N° 6 del C.P.C., que a nuestro juicio comprende la denominada "*exceptio plurium litisconsortium*". En efecto, si se ha omitido emplazar a uno o más litisconsortes necesarios se está en presencia de un defecto que impedirá el pronunciamiento sobre el fondo, y cuya subsanación debe hacerse como una cuestión previa, que evite dejar *imprejuzada* la acción, tal como se ha intentado demostrar en este trabajo.

Con todo, se debe reconocer que la solución anterior no es siempre aplicable, ya que existen otros juicios declarativos, distintos del juicio ordinario de mayor cuantía, en los cuales este problema no podrá ser apreciado al inicio de la relación procesal, sino que al momento de fallarse la causa, como ocurre con el procedimiento sumario del Título XI del C.P.C. (Art. 690).

Por esta vía el Tribunal debería examinar si el derecho material que fundamenta la acción objeto del proceso establece expresa o tácitamente que la titularidad y la facultad de ejercicio de un determinado derecho se atribuyen conjuntamente a varios sujetos, esto es, determinando si la legitimación está correcta con la presencia de todos los sujetos que deben ser parte en el proceso y, por tanto, podrá recaer la sentencia de fondo¹⁰⁷. Si falta alguno de los litisconsortes, acogiendo la "*exceptio plurium litisconsortium*", deberá ordenar subsanar el defecto emplazando al sujeto que activa o pasivamente debe ser parte de la relación procesal. Sólo procediendo de esta forma se evitará pronunciar una sentencia ineficaz, que impiden resolver el fondo del

¹⁰⁷ Cfr. PRIETO-CASTRO, Leonardo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Pamplona: Aranzadi 2ª ed. 1985 T., I, pp. 317-318.

asunto por no figurar los que tienen la calidad de justa parte para discutir válidamente sobre la acción materia de la litis.

4º) La acumulación de autos

Otra posibilidad para subsanar este defecto será la utilización de la acumulación de autos, prevista en el Título X del Libro I del Código de Procedimiento Civil, a través de la cual se podrá iniciar un proceso contra el o los litisconsortes omitidos, solicitando luego la acumulación con el juicio donde no se configuró correctamente la relación procesal (Arts. 92 N^{os} 1º, 2º y 3º C.P.C.).

V. ALGUNAS CONCLUSIONES

- 1º) El litisconsorcio necesario es en nuestra realidad una creación netamente jurisprudencial, admitida como una herramienta que dé solución a las cuestiones procesales que se promueven en ciertas relaciones materiales, en las que interviene una pluralidad de sujetos, actuando principalmente como un mecanismo de protección de los derechos de "terceros".
- 2º) El litisconsorcio necesario es una figura de excepción, por el quiebre que significa al principio dispositivo y, por ende, su admisión debe interpretarse restrictivamente.
- 3º) Lamentablemente, en nuestra jurisprudencia y práctica forense la apreciación de la existencia del litisconsorcio necesario no se hace de un modo preventivo, cuestión en el plano teórico sería lo más recomendable, para evitar tener que tramitar procesos que terminen sin pronunciarse sobre el fondo, o cuya sentencia no se pueda ejecutar.
- 4º) Por cierto, el tema demanda una modificación al Código de Procedimiento Civil, que regule de un modo claro el tema del litisconsorcio y la intervención coactiva de terceros. Con todo, es loable la admisión jurisprudencial del litisconsorcio necesario, ello como un aporte real y concreto a la siempre difícil labor de administrar justicia.