

R
347-805
R73d
206-
L-11
C.2

069373

3

ALEJANDRO ROMERO SEQUEL

Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Procesal
Universidad de los Andes

CURSO DE DERECHO
PROCESAL CIVIL
LA ACCIÓN Y LA PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS
TOMO I



www.editorialjuridica.cl

LA LEGITIMACIÓN COMO CONDICIÓN DE LA ACCIÓN

1. PRESENTACIÓN DEL TEMA

La legitimación es un presupuesto de eficacia de todo acto jurídico. Siguiendo esta orientación se la ha definido como "el reconocimiento que hace el derecho a una persona de la posibilidad de realizar con eficacia un acto jurídico, derivando dicha posibilidad de una determinada relación existente entre el sujeto y el objeto del mismo".²⁰³

La doctrina ha dicho prácticamente de todo sobre este elemento: que es un tema fundamental del derecho hasta que se trata de un concepto inútil, de un problema superfluo y sin relevancia.²⁰⁴

²⁰³ LADARIA CALDERÍN, Juan, *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona: Bosch, 1952, p. 11.

²⁰⁴ Sobre la legitimación, entre otros, PRIETO-CASTRO, Leonardo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, ob. cit., t. II, pp. 319 ss.; MONTERO AROCA, Juan, *La Legitimación en el Proceso Civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Madrid: Civitas, 1994, pp. 49-73; ALSINA, Hugo, "Unificación de la legislación acerca de la intervención de terceros en la relación procesal", en *Revista de Derecho Procesal*, N° 4, 1957; ARIARDEI, Aldo, "In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata", en *Revista Trimestrale di Diritto e Procedure Processuale*, 1990, N° 2; COUTURE, Eduardo J., "Legitimación procesal del tercero coadyuvante", en *Estudios de Derecho Procesal*, t. III, Buenos Aires: Depalma, 1989; FERRÉ MARTI, José María, *Protección procesal del tercero en el derecho canónico*, Barcelona, 1982; FERRI, Corrado, *Profilo dell'accertamento costitutivo*, Padua: Cedam, 1970; LANFRANCIU, Lucio, *Contributo allo studio dell'azione di meno accertamento*, Milán: Giuffrè, 1969; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, "Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación", en *Justicia* 87, N° II, Barcelona: Bosch; TESSONÉ, Alberto José, "En torno

Para nosotros la legitimación es un elemento constitutivo del derecho de acción. A través de este componente se determina quién es el portador auténtico del derecho de acción. Si el que solicita la protección jurídica no tiene la legitimación (activa), o se deduce la acción en contra de un sujeto sin legitimación (pasiva), esa petición de tutela jurisdiccional no puede prosperar, al faltar un elemento constitutivo del derecho de acción.

Aunque en abstracto resulta fácil entender el rol que cumple la legitimación en la protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos, a la hora de concretar su función suelen presentarse dificultades, ya que se trata de un componente que no tiene siempre el mismo comportamiento, dependiendo de la situación legitimante que se invoca como causa de pedir.

Ahora, cualquiera que sea el conflicto materia de la petición de protección jurídica, este elemento del derecho de acción siempre se encamina a un único objetivo jurídico, a saber: determinar quienes tienen la calidad de *justa parte* en ese proceso.

En palabras de Liebman, "la legitimación es la titularidad (activa y pasiva) de la acción. El problema de la legitimación consiste en individualizar la persona a la cual corresponde el interés para accionar (y, por consiguiente, la acción) y la persona frente a la cual el mismo corres-

de la legitimación para recurrir", en *La Legitimación* (AA.VV.), Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

ponde".²⁰⁵ "La legitimación, como requisito de la acción, es una condición de la providencia de fondo sobre la demanda; indica, pues, para cada proceso, *las justas partes, las partes legítimas*, esto es, las personas que deben estar presentes a fin de que el juez pueda proveer sobre un determinado objeto".²⁰⁶

La mayor parte de las veces la determinación de la legitimación no se agota en un dato positivo legal. Por regla general, los textos legales utilizan en esta materia cláusulas abiertas, que deben ser precisadas para cada caso, jugando un rol clave en esta actividad la jurisprudencia. En un plano cuantitativo, las normas legales que fijan expresamente la legitimación para accionar o para ser sujeto pasivo de la acción son de excepción y tradicionalmente se vinculan al ejercicio de acciones constitutivas o en hipótesis de protección jurídica muy particulares.

Una autorizada opinión en la materia sintetiza la relevancia de este instituto señalando que "la legitimación hace siempre 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 ésta el que delimita el contenido de la legitimación. A veces, sin embargo, el ordenamiento jurídico, en atención a un interés que considera prevalente y digno de protección, legitima a un sujeto para deducir en juicio a nombre propio un derecho del que no es titular, produciéndose entonces una disociación entre titularidad de la situación jurídica sustancial deducida y la titularidad del derecho a hacerla valer. Tal cosa ocurre en todos los casos de *legitimación extraordinaria* o *por sustitución*, que tienen su fundamento exclusivamente en la ley y son de interrelación estricta".²⁰⁷

²⁰⁵ LEBMAN, Enrique T., *Manual de Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p. 116.

²⁰⁶ Ibíd., p. 117.

²⁰⁷ CORDON MORENO, Faustino, "Consideraciones sobre la legitimación activa en el proceso de

2. LAS SITUACIONES LEGITIMANTES

Para determinar este elemento del derecho de acción conviene detenerse brevemente en las situaciones legitimantes, que son las categorías jurídicas sustanciales que, en el campo de lo concreto, colaboran en el examen de este componente del derecho de acción.²⁰⁸

a) *Las obligaciones*. En nuestro derecho, las fuentes de las obligaciones están enumeradas en el art. 1437 del Código Civil y comprenden los contratos, los delitos, los cuasicontratos, los cuasidelitos y la ley. A las anteriores hay que agregar, según la doctrina, el enriquecimiento sin causa y en ciertos casos la declaración unilateral de voluntad.

La determinación de la legitimación se debe precisar atendiendo a los rasgos esenciales que tiene cada una de las fuentes generadoras de obligaciones. Por ejemplo, en la obligación contractual la existencia de un vínculo previo entre las partes determina que los sujetos legitimados (ordinariamente) sean las partes del contrato o sus causahabientes a título universal o singular. Lo anterior no obsta a que ciertos terceros puedan discutir respecto de los efectos de ciertos contratos, especialmente cuando se trata de solicitar su ineficacia jurídica por simulación²⁰⁹ o por nulidad.²¹⁰

amparo constitucional", Madrid: La Ley, 1984, N.º 2, p. 1038.

²⁰⁸ En esta sistematización, en parte seguimos a JRTU, Natalino, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padua: Cedam, 1990, pp. 23-47.

²⁰⁹ El negocio simulado, según Ferrara, "es el que tiene una apariencia contraria a la realidad; o porque no existe en absoluto o porque es distinto que como aparece. Entre la forma extrínseca y la esencia íntima hay un contraste llamativo: el negocio que aparentemente es scito y eficaz, es en sí mismo mentiroso y ficticio o constituye una máscara para ocultar un negocio distinto". FERRERA, Francisco, *La Simulación de los Negocios Jurídicos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1960, p. 42.

²¹⁰ Cuando surgen ese tipo de situaciones se aprecia la nítida separación entre el derecho de ac-

En cambio, en materia de responsabilidad extracontractual la falta de un vínculo previo entre los obligados impone desplegar una actuación diferente a la hora de fijar la legitimación. Esta actividad se torna todavía más compleja por el hecho que la temática de la responsabilidad civil aquiliana se presenta como un sistema disperso y disgregado. En nuestro ordenamiento coexisten actualmente a lo menos diez regímenes diversos de regulación de hipótesis de responsabilidad aquiliana, que van desde las manifestaciones clásicas de responsabilidad por hecho propio, de terceros o de las cosas, hasta la singular por los eventuales daños nucleares. La complejidad y diversidad técnica de lo que la doctrina llama "sistemas sectoriales" de la responsabilidad extracontractual, para el tema que nos ocupa, dejan en claro que fijar la legitimación en esta materia es una tarea ardua.

En materia de legitimación pasiva, la extensión de la responsabilidad por hechos de terceros ha ido extendiendo esta modalidad a supuestos que hace algún tiempo eran impensables.

b) *El status*. Se trata de una condición jurídica en la que se encuentra una persona en el ámbito de la colectividad organizada.

El status es una categoría que subyace en varios conjuntos normativos, donde el control de la legitimación se centra, en primer lugar, en verificar si las partes de la relación jurídica tienen la calidad que

ción y el derecho sustantivo material, ya que los terceros accionam invocando los efectos de un acto o contrato en el que técnicamente no son parte. El caso más típico de esta situación se da con la acción de simulación, al reconocerse a los terceros legitimación para poder impugnar actos o contratos. La doctrina ha sostenido que "tratándose siempre de contratos simulados, el tercero en general puede hacer valer la simulación, esto es, describir el verdadero estado de las cosas como si fuere paratípe de la simulación, en todos aquellos casos en que el contrato aparentemente pejurique sus derechos. Este es un caso en que la voluntad efectiva de las partes puede ser invocada por el tercero, aunque sea extraño al contrato".

les permite reclamar o ser obligadas a realizar una determinada prestación. Los casos más típicos provienen del derecho de familia, especialmente del estado civil, que es definido justamente como "la calidad de un individuo, en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles" (art. 304 CC).

Aunque actualmente en menor grado, otras típicas situaciones de *status* provienen de la calidad de ciudadano, de nacional o de extranjero.²¹¹

c) *El derecho subjetivo*. Se trata de un concepto que se vincula tradicionalmente al poder que se ejerce sobre algo o por alguien.²¹² La titularidad del derecho subjetivo es la regla elemental para acre-

²¹¹ La nacionalidad en ciertos casos es una condición jurídica que permite verificar si la parte que reclama es o no titular del derecho de acción. Un caso de nuestra jurisprudencia gráfica muy bien esta situación. Se trataba de una reclamación interpuesta por una persona a la que el Servicio de Registro Civil le inutilizó su pasaporte aun vigente, y se negó a renovarlo por considerar que no era chilena, no obstante que en su momento se le había extendido pasaporte y cédula nacional de identidad. La atecada, para reclamar de esta situación, dedujo la acción de reclamación de la nacionalidad prevista en el art. 12 de la Constitución. Conociendo de ella, la Corte Suprema desestimó su pretensión, aduciendo que para interponer esa acción es un "presupuesto indispensable" tener la nacionalidad, condición que en este caso se determinó no tenía la peticionaria por no estar en ninguno de los supuestos jurídicos que conceden dicha condición o status (CS 16 de julio de 2002, RDJ, t. XCIX, sec. 1^a, pp. 145-150).

²¹² Según algunos autores, la consideración del derecho como facultad o poder del hombre [un derecho subjetivo] es consecuencia del movimiento filosófico de los siglos XIV y XV, gestado en el seno de la Orden Franciscana, a propósito de la polémica relativa a la propiedad y el uso de los bienes (para mayores antecedentes, con abundantes referencias bibliográficas, FOLGADO, Avelino, *Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo*, Madrid: San Lorenzo de El Escorial, 1960, especialmente pp. 113 ss.; LACHANCE, Louis, *El Derecho y los Derechos del Hombre*, tr. Luis Horno, Madrid: Rialp, 1979, pp. 194-201, con especial referencia a la doctrina de Santo Tomás de Aquino; OLLERO TASSARA, Andrés, *Interpretación del Derecho y Positivismo Legalista*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1982, pp. 43-53).

diar la legitimación activa. La condición de deudor permite atribuir la legitimación pasiva; la de acreedor la legitimación activa.

Aunque las obligaciones están comprendidas tradicionalmente dentro del concepto de derecho subjetivo, también existen derechos subjetivos que técnicamente no conforman una obligación. El contenido de los denominados derechos de la personalidad (especialmente el honor y la privacidad) ha ido evolucionando, al punto de asignarse a ellos un contenido distinto del que comprenden las obligaciones en sentido estricto.

d) *El derecho potestativo*. Se caracteriza este tipo de derechos por reconocer a un determinado sujeto la posibilidad de poder constituir, modificar o extinguir con la propia declaración de voluntad o del juez una relación jurídica. El titular de esta prerrogativa no tiene un poder sobre una cosa, como ocurre en el campo de las obligaciones o derechos subjetivos. Lo que el ordenamiento le reconoce a su titular es el ejercicio de una potestad para obtener un *cambio jurídico*, como se explicó al examinar el ejercicio de las acciones constitutivas.²¹³

e) *El interés*. En sentido negativo, el interés no sería un derecho subjetivo, sino que una situación que está en vía de convertirse en un derecho subjetivo, cuando el legislador lo reconozca formalmente; esta falta de sanción legal, en todo caso, no es impedimento para otorgarles protección jurisdiccional.

En sentido positivo, el interés diría relación con una "aspiración legítima de orden pecuniario o moral, que representa para una persona la existencia de una situación jurídica o la realización de una determinada conducta".²¹⁴

El interés es una categoría de gran relevancia en el campo del derecho ad-

ministrativo, donde muchas veces lo que se discute no dice relación directamente con derechos en sentido patrimonial, sino que se busca ejercer un control en los excesos en que pueda incurrir la Administración.²¹⁵ En nuestro derecho un buen ejemplo de esta situación proviene del ejercicio de la acción de nulidad de derecho público, consagrada en el art. 7º de la Constitución, que ha servido, por ejemplo, para controlar los actos de la Administración de la más variada índole declarando la ineficacia de sus actuaciones por desviación de poder, ausencia de investidura regular, incompetencia del órgano, violación de ley o vicios de forma del acto administrativo, bastando la existencia de un interés para legitimar al actor.

Ala hora de enfrentar este tema, hay que tener en cuenta que el interés puede revestir varias formas: interés público e interés privado; interés colectivo, interés difuso e interés supraindividual. En cada caso la legitimación se comporta de un modo diferente, ya que cada tipo de interés tiene sus propias peculiaridades jurídicas.

²¹³ En el plano legal, la aceptación de esta categoría tiene base en la Ley N° 19.880, sobre las bases de los procedimientos administrativos. Allí, al definir a quiénes se considera como interesados frente a la actuación u omisión de los órganos de la Administración, el art. 21 establece: "Se considerarán interesados en el procedimiento administrativo: 1. Quiénes lo promuevan como titulares de derechos o intereses individuales o colectivos. 2. Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte. 3. Aquellos cuyos intereses, individuales o colectivos puedan resultar afectados por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva". Es nítido que el legislador chileno ha tomado partido ampliando los supuestos de legitimación para actuar ante la administración, especialmente para la revisión judicial de sus actos. Al extender la Ley N° 19.880 la calidad de interesados a los que actúan instando por la protección de intereses, se acepta que no sólo pueden reclamar los que detentan la titularidad subjetiva de un derecho, sino que también quienes actúen invocando un *interés legítimo* efectivo, sea éste de carácter individual o colectivo.

²¹³ *Supra*, primera parte, Cap. II, N°s 9 y 10.

²¹⁴ COUTURE, Eduardo J., *Vocabulario Jurídico*, Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 344.

dicas que se deben considerar en el examen de esta condición del derecho de acción.

Si no hay ley que resuelva este tema, corresponde a los tribunales calificar si una determinada situación configura un interés susceptible de ser amparado jurisdiccionalmente, siempre que revista la condición de *interés legítimo*.

En el campo del derecho civil, un interés legítimo protegido jurisdiccionalmente se da a propósito de los terceros que impugnan los efectos de ciertos actos jurídicos fraudulentos, como es el caso de la simulación de contrato. Así, se ha resuelto que un acreedor valista *tiene interés* en que se declare la nulidad de un determinado acto que grava los bienes del deudor, ya que con ello puede obtener que un tercero pierda su privilegio pasando los bienes a engrosar el patri-

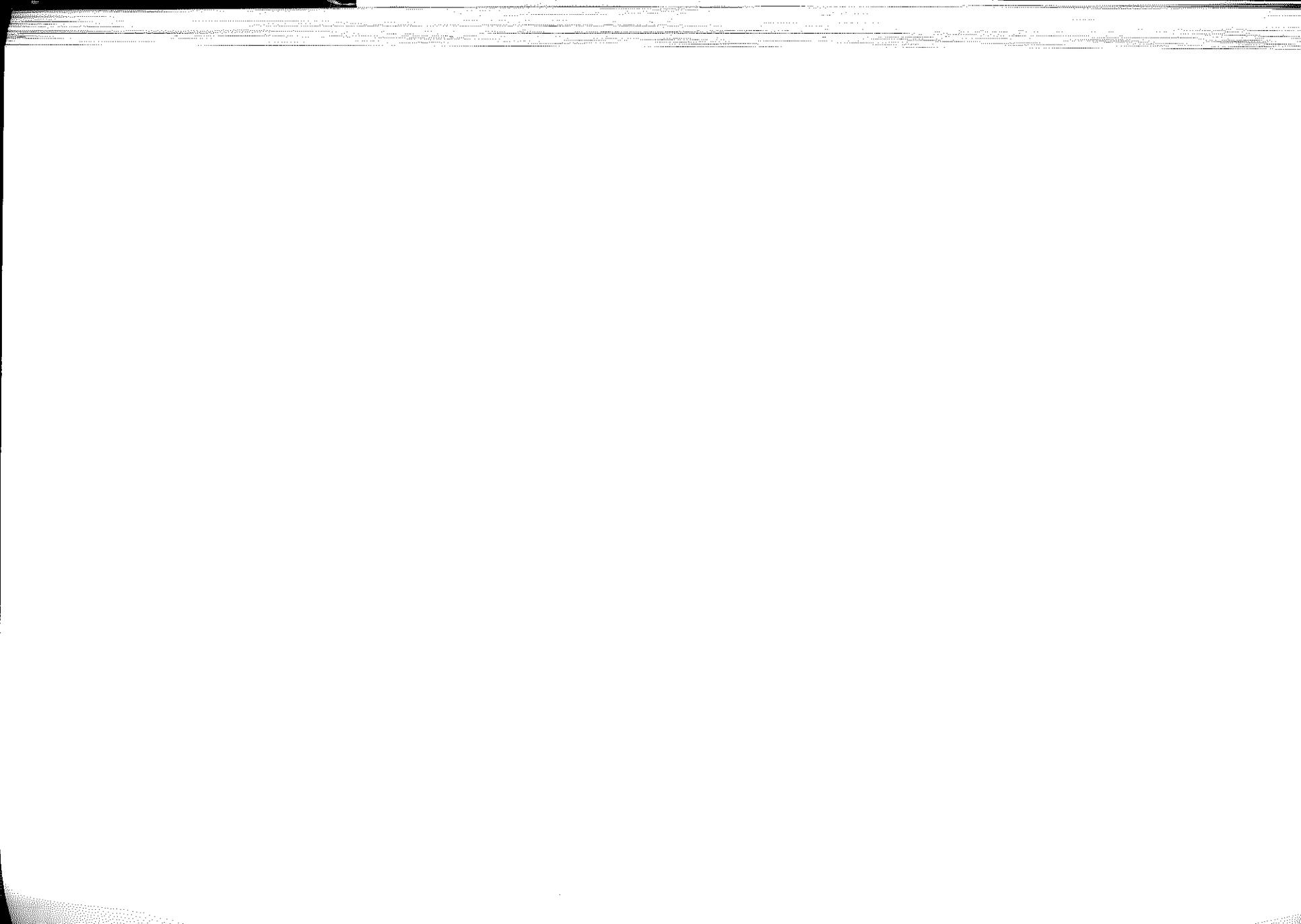
monio en igualdad de condiciones (*par conditio creditorum*).²¹⁶

Del cuadro general recién expuesto sobre las distintas situaciones jurídicas que sirven para controlar la legitimación, saltan a la vista dos consecuencias generales:

1^º) La diversidad de situaciones que pueden ser objeto de protección jurisdiccional implica que el control de la legitimación no es uniforme, sino que debe ser acorde con la cuestión controvertida.

2^º) Junto a la clásica concepción individualista del derecho subjetivo se han instalado otras categorías jurídicas que, en mayor o menor grado, pueden ser objeto de una petición de protección jurídica.

²¹⁶ En tal sentido, C. de A. de Santiago, 30 de abril de 1997, RDJ, t. XCIV, sec. 2^a, p. 41.



TRATAMIENTO PROCESAL DE LA LEGITIMACIÓN

1. LA FALTA DE LEGITIMACIONES UN TEMA DE FONDO

La legitimación es una condición de la acción que se debe apreciar en la sentencia definitiva. Su alegación se hace por vía de una excepción perentoria.²¹⁷ En consecuencia, no resulta admisible su control previo por la vía de las excepciones procesales, denominadas en el juicio ordinario como excepciones dilatorias (art. 303 N° 6 del CPC).²¹⁸

En esta línea, la Corte de Apelaciones de Santiago ha declarado expresamente que *"las alegaciones que formula el demandado y que digan relación con la legitimación para obrar no tienen por objeto corregir vicios de procedimiento, sino que tienden a destruir la acción misma, atacando el derecho que tiene el actor, debiendo desecharse como excepción dilatoria"*.²¹⁹

Idéntico criterio se contiene en una antigua sentencia de la Corte Suprema, de 6 de septiembre de 1923, al expresar que no debe confundirse la excepción de falta de capacidad del demandante con la falta de derecho para ejercer la ac-

ción de la demanda, pues esta última mira al fondo de ella.²²⁰

Como se ha explicado, la legitimación se vincula con la titularidad de la situación controvertida en un juicio y es un presupuesto de fondo de procedencia de la acción; es decir una exigencia cuya falta determina ineludiblemente que no se pueda conceder la petición de tutela judicial solicitada en el proceso. Si no concurre la legitimación —activa y pasiva— faltará un elemento básico para acceder a la tutela judicial.

La legitimación no es un presupuesto procesal. Esto significa que su carencia mira al fondo de la acción deducida, y su falta no implica un vicio en el procedimiento, ya que la relación procesal es una categoría jurídica diversa al derecho de acción.

2. EL CUMPLIMIENTO DE LA LEGITIMACIÓN NO ESTÁ SUJETO A LA UTILIZACIÓN DE FÓRMULAS SACRAMENTALES

Basta que el actor afirme, a lo menos implícitamente, tener esta calidad y atribuir la misma a la parte demandada para que el juez proceda a verificar su existencia cuando se pronuncia sobre el fondo del asunto. No necesita de ninguna frase ritual o sacramental para que se pueda

²¹⁷ C. de Ap. de Santiago, 6 de mayo de 1983, RDJ, t. LXXX, sec. 2ª, p. 41.

²¹⁸ En la doctrina, fruto de la diversidad de opiniones que existe sobre este componente de la acción, se discute sobre la forma cómo se debe controlar tal exigencia. Para algunos se trata de una cuestión de fondo, que debe ser apreciada en la sentencia definitiva. Para otros debería ser controlada al inicio de la relación procesal, dándole el tratamiento de un presupuesto procesal.

²¹⁹ C. de Ap. de Santiago, 4 de mayo de 1992, RDJ, t. LXXXIX, sec. 2ª, p. 65.

²²⁰ CS 6 de septiembre de 1923, RJD, t. XXII, sec. 1ª, p. 388. En el último tiempo sigue la misma orientación la sentencia de la Corte Suprema de 2 de octubre de 1996, RDJ, t. XCIII, sec. 1ª, p. 132.

realizar el control de esta condición de la acción.

Tampoco requiere de una acreditación documental. El juez deberá apreciar su concurrencia conforme al mérito del proceso y a la luz de los hechos y normas vinculados a la *situación legítima*.

La facultad de apreciación de los jueces de este elemento es amplia, tal como lo ha destacado la Corte Suprema en su sentencia de 16 de septiembre de 2002, al exponer: "7° Que lo que los recurrentes consideran como cuestionado, se trata en realidad de un asunto de análisis y calificación jurídica de la situación procesal producida en el juicio, que el tribunal tiene la facultad de abordar, porque en esta materia los jueces del fondo no están constraídos en su labor intelectual de dictación de sentencias por el planteamiento de derecho que les sea presentado por las partes, sino que pueden acudir a cualquier norma legal que crean pertinente para determinar si concurren las condiciones jurídicas que hagan procedentes en derecho las pretensiones que plantearon las partes; y entre ellas está—lógicamente—la legitimación activa de los demandantes..."²²¹

3. LA LEGITIMACIÓN ES EL PRIMER ELEMENTO A CONSIDERAR EN EL EXAMEN DE LAS CONDICIONES DE LA ACCIÓN

La legitimación es el primer elemento que el juez debe considerar al examinar si concurren las condiciones de la acción. Si falta la legitimación, necesariamente debe concluir que el demandante carece de acción.

En esta materia existe un verdadero principio, que se traduce en el siguiente axioma: "no hay acción si no hay legitimación".

Naturalmente que la sola concurrencia de la legitimación no es suficiente para obtener la protección jurídica que se re-

clama. Como lo hemos explicado, la carencia de los otros dos componentes del derecho de acción debe llevar al pronunciamiento de una sentencia desestimatoria, aunque exista legitimación.

Son incontestables los juicios donde el rechazo de la petición de protección jurídica se hace exclusivamente por la carencia de la legitimación. Sólo con el objeto de ilustrar este tema, veamos algunos fallos en tal sentido:

a) Recurriendo a esta categoría procesal, la Corte Suprema rechazó una demanda indemnizatoria, declarando: "15° Que en razón de estas particulares características del daño moral provocado por la muerte de otra persona, la jurisprudencia comparada se ha mostrado cuidadosa al momento de definir la titularidad activa, sea desconviniendo una acción propia a los terceros dolidos por esa muerte, como ocurre en el common law (J. G. Fleming, *An Introduction to the Law of Torts*, 2ª edición, 1985, página 132) y en Alemania (H. Kdeltsrecht, 5ª edición, 1991, página 190), o ha sido limitada por los jueces a quienes forman el consorcio de vida más cercano al difunto, de modo que el cónyuge e hijos excluyen a los padres y a otros parientes, como ocurre en España (F. Pantaleón, "La indemnización por causa de lesiones o de muerte", en *Anuario de Derecho Civil* 1989, página 643), mientras en Francia, la jurisprudencia ha tendido a distribuir entre quienes son más cercanos a la víctima una porción de una suma global, considerando como un todo el núcleo familiar más cercano, aunque la familia no constituya una persona jurídica (casí, J. Carbonnier, *Droit Civil*, tomo 4, *Les Obligations*, 16ª edición, 1992, página 388)".

"16° Que atendidas las consideraciones anteriores deben estimarse titulares de la acción indemnizatoria por el daño moral que causa la muerte de otra persona quienes conforman el círculo de vida más cercano del difunto, incluso si el consorcio de vida no está amparado por un vínculo matrimonial formal, como se ha fallado por esta Corte, con la consecuencia, sin embargo, de que quienes tienen vínculos más cercanos excluyen a los demás, porque la indemnización por daño moral en tal caso no se puede acumular indefinidamente hasta

²²¹ CS 16 de septiembre de 2002, RDJ, t. XCIX, sec. 1ª, pp. 211-212.

comprender todos aquellos que sufren dolor o aflicción en razón de esa muerte".²²²

b) Una antigua sentencia de la Corte Suprema, pronunciada el 29 de julio de 1925, señaló que "Petida en la demanda la restitución de ciertos bienes fundamentándose la acción en los arts. 889, 895, 926 y 927 del Código Civil, de los cuales los dos primeros se refieren a la acción reivindicatoria y los dos últimos a las posesorias, acciones que persiguen el mismo fin jurídico, o sea, obtener la restitución de la cosa singular de que ha sido privado el dueño, en el primer caso, y el mero poseedor, en el segundo, debe dirigirse dicha demanda en contra del poseedor, sea regular o irregular".

"En consecuencia, dirigida la demanda en contra de algunos Religiosos Franciscanos personalmente que se exceptuaron diciendo que eran Religiosos de votos solemnes y como tales muertos civilmente y que los terrenos y edificios reclamados estaban inscritos a nombre de la Recoleta o Recolectión, la primera y fundamental cuestión que se presenta a los jueces del fondo es la de saber si los demandados eran legítimos contradicadores de los demandantes, o sea, si eran poseedores, ya que si no revestían este carácter, la acción no podía prosperar porque los que estaban en posesión de la cosa disputada continuarán en ella cualquiera que fuera el fallo".²²³

c) En relación a la constitución de un derecho real por vía judicial, se ha resuelto: "La constitución de una servidumbre minera debe ventilarse con el dueño del predio sirviente, titular del derecho que se pretende limitar, no siendo factible que se demande en su lugar al arrendatario".²²⁴

d) En materia de reconocimiento de derechos personales se ha fallado que "4º) (...) rechazada la demanda por el hecho de ser el subarrendatario una convención ajena para el actor y carcer, por tanto, de titularidad de la acción deducida, tales infracciones no han po-

drado influir en la dispositivo del fallo, lo que es suficiente para rechazar el recurso en este primer aspecto". "5º) Que en relación con el incumplimiento de la obligación del subarrendatario de pagar las contribuciones, que sirve de segundo fundamento a la demanda, y que el actor apoya en el art. 1489 del Código Civil, el fallo afirma que el principio de obligatoriedad que consagra el art. 1545 del mismo Código pesa sólo respecto de los firmantes del subarriendo, siendo éstos, en consecuencia, los únicos titulares de la acción".²²⁵

e) En materia de protección de garantías constitucionales se ha declarado que "carece de legitimación procesal para solicitar protección quien no demuestra un derecho fundamental comprometido".²²⁶

f) "Las acciones, o sea los derechos ejercitados en juicio, sólo pueden hacerlos valer los poseedores de esos derechos, o sea los que tienen interés".²²⁷

4. LEGITIMACIÓN Y BUENA FE

A las reglas generales anteriores se deben agregar ciertas pautas especiales, donde la apreciación de la legitimación está condicionada por elementos relativos a la buena fe del que solicita la tutela jurídica ejerciendo el derecho de acción.

El caso más típico se da en nuestro derecho con la acción de nulidad absoluta, en cuanto ella, conforme al art. 1683 del CC no puede ser deducida por el que ha celebrado el acto o contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.²²⁸ En relación a la limitación anterior, se ha discutido por largo tiempo si dicha

²²² CS 9 de noviembre de 1987, RDJ, t. LXXXIV, sec. 1ª, p. 149.

²²³ C. AP. de Santiago, 23 de marzo de 1989, RDJ, t. LXXXVI, sec. 5ª, p. 20.

²²⁴ CS 20 de abril de 1929, RDJ, t. XXXVII, sec. 1ª, p. 262.

²²⁵ Sobre el tema, LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, "¿Tiene interés para alegar la nulidad absoluta de unas compraventas el hijo mayor que, basado en la denuncia del vendedor, acciona contra sus padres y hermanas?", en RDJ, t. LXXXVI, primera parte, 1989, pp. 7-16.

²²⁶ CS 29 de mayo de 2002, causa "Alarcón con CODELCO y otra", Rol N° 4784/2000.

²²⁷ CS 29 de julio de 1925, RDJ, t. XXIII, sec. 1ª, p. 642.

²²⁸ C. de Apelaciones de Punta Arenas, RDJ, t. LXXXIX, sec. 2ª, p. 45.

limitación afecta a los herederos del causante que ha celebrado el acto o contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.

En nuestra opinión, tal restricción para los herederos no tiene asidero, fundamentalmente por dos motivos: 1°. Los herederos que accionan de nulidad lo hacen por la lesión jurídica y patrimonial que les causa directamente el acto impugnado, ejerciendo su propia acción; y 2°. Toda restricción al ejercicio del derecho de acción debe ser interpretada como de derecho estricto, guardando consonancia con la naturaleza de derecho público subjetivo que se reconoce a la acción.

En otros casos la jurisprudencia ha impuesto exigencias de probidad en el ejercicio de la acción, recurriendo a la legitimación para aplicar directamente una sanción al litigante de mala fe. Un ejemplo de ello se constata en materia de recurso de protección, cuando para desestimarlo se ha declarado que "(...) el recurso de protección tiene como finalidad esencial restablecer el imperio del derecho cuando éste es acasallado por una acción u omisión ilegal o arbitraria que agravia los derechos constitucionales protegidos por medio de este arbitrio, a condición de que tales derechos se estén ejerciendo con adecuación al ordenamiento jurídico." // "De esta suerte, aun cuando mediar una acción u omisión ilegítima o arbitraria, si ella afectare de alguna manera a quien también se ha apartado de la juridicidad, cuyo es el caso de autos, no es dable otorgar el amparo o resguardo a que apunta el art. 20 de la Constitución."²²⁹

5. LA CALIDAD DE PARTE VIA LEGITIMACIÓN

Desde el punto de vista teórico, la calidad de parte se adquiere en principio sin referencia al derecho sustancial, por el solo hecho de proponer la demanda

ante el juez.²³⁰ Esto significa que en el proceso no hay partes materiales y formales, sino sólo la condición de ser o no parte procesal.²³¹

La sola circunstancia de adquirir la calidad de parte en un proceso no significa que se cumpla con el requisito de la legitimación, ya que esta última es una cualidad distinta.

La separación entre el concepto de parte y la legitimación explica por qué es posible que en un determinado proceso la demanda se proponga por quien (o contra quien) no está en realidad interesado en la relación sustancial controvertida, esto es, que falte la legitimación activa o pasiva para obrar o contradecir. Como bien lo expone la Corte Suprema, en la sentencia de 13 de enero de 1922, "no son sinónimas tener derecho a parecer en un juicio y obtener pronunciamiento en él, y ser legítimo contradictor".²³²

Dicho de otra forma: es posible no tener ninguna relación con el objeto de un proceso (legitimación), y tener la calidad de ser parte, como se da con las personas que demandan o son demandadas por error o temerariamente, atribuyéndose calidades de "justa parte" que conforme a derecho no tienen.

Un sujeto que adquiere la calidad de parte, aunque no tenga legitimación, puede ejercer todos los derechos procesales o ser obligado a cumplir con todas las obligaciones procesales, siempre que cumpla

²²⁹ Coinciden en esta idea, entre otros, ROSENBERG, Leo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, ob. cit., t. I, p. 211; GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., t. I, p. 170; SCHÖNKE, Adolfo, *Derecho Procesal Civil*, tr. Leonardo Prieto-Castro, Barcelona, Bosch, 1950, p. 85; CORDÓN MORENO, Faustino, "Anotaciones acerca de la legitimación", en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1979, N° 1, pp. 311-312; MONTERO AROCA, Juan (con ORTELLI, Manuel), GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis), *Derecho Jurisdiccional*, ob. cit., II, 1°, p. 12; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho Procesal Civil*, I, ob. cit., pp. 214-215.

²³¹ Así lo defiende GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p. 171.

²³² CS 13 de enero de 1922, RDJ, t. XXI, sec. 1°, p. 571.

²²⁸ C. de Ap. de Concepción, 31 de agosto de 1988, RDJ, t. LXXXV, sec. 5°, p. 299 (confirmada por la CS el 15 de septiembre de 1988).

con el presupuesto procesal de la capacidad procesal. En el caso del demandado, la falta de legitimación le asegura una sentencia absolutoria, pero mientras se tramita el proceso deberá cumplir con todas las cargas y obligaciones que surgen de la relación procesal.

Por otro lado, la separación entre el derecho de acción y el derecho sustantivo material explica por qué ciertos terceros pueden demandar invocando los efectos de un acto o contrato en el que técnicamente no son parte. El caso más típico de esta situación se da con la acción de simulación,²³³ que no es más que el reconocimiento de la legitimación para que terceros puedan impugnar un determinado acto o contrato. En tal sentido, la doctrina ha sostenido que "tratándose siempre de contratos simulados, el tercero en general puede hacer valer la simulación, esto es, descubrir el verdadero estado de las cosas como si fuere participante de la simulación, en todos aquellos casos en que el contrato aparente perjudique sus derechos. Este es un caso en que la voluntad efectiva de las partes puede ser invocada por el tercero, aunque sea extraño al contrato".²³⁴

²³³ El negocio simulado, según Ferrara, "es el que tiene una apariencia contraria a la realidad; o porque no existe en absoluto o porque es distinto que como aparece. Entre la forma extrínseca y la esencia íntima hay un contraste llamativo: el negocio que aparentemente es serio y eficaz, es en sí mismo mentiroso y ficticio o constituye una máscara para ocultar un negocio distinto". FERRARA, Francisco, *La Simulación de los Negocios Jurídicos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1960, p. 42.

²³⁴ MEÑÓZ DÍAZ, Erika, *El efecto relativo de los contratos*, ob. cit., p. 44.

También se han dado interesantes soluciones para proteger a terceros frente a la suscripción de actos que intentan generar una situación fraudulenta, como es el caso de una compraventa suscrita por un padre con un hijo, a vil precio, y reservando la nuda propiedad a la conyuge del vendedor. En estos casos se podría configurar una situación de lesión enorme, de conformidad al art. 1889 del Código Civil: el vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme cuando el justo pre-

6. LEGITIMACIÓN Y REPRESENTACIÓN PROCESAL

La representación—según su explicación tradicional—supone una actuación en nombre de otro, producida de manera tal que los efectos jurídicos del acto derivan siempre de modo directo para la esfera jurídica del representado y nunca para la del representante (art. 1448 CC). En cuanto a la fuente de la representación ella puede ser convencional, judicial o legal.

La representación se distingue de la legitimación básicamente en los siguientes aspectos:

1°. La representación cubre la imposibilidad que tienen algunos sujetos de derecho de ejecutar válidamente ciertos actos, ya sea absolutamente (para todos los actos procesales), ya relativamente (para ciertos actos procesales). La legitimación procesal, en cambio, es una condición de la acción, cuya ausencia determina una sentencia desestimatoria.

2°. La falta de representación es un tema de presupuesto procesal, que si no se subsana impide un pronunciamiento sobre el fondo del tema objeto del proceso, dando lugar a una sentencia meramente procesal o absolutoria de la instancia. La falta de representación es subsanable a través de la comparencia del representante que ratifica todo lo obrado; en cambio, la falta de legitimación no es subsanable, puesto que se trata de una exigencia objetiva: si ella no concurre, ello significa que el sujeto no era la "justa parte", activa o pasivamente.

3°. El representante no es parte del proceso, ya que actúa a nombre ajeno;

o de la cosa que compra es, al tiempo del contrato, inferior a la mitad del precio que paga por ella. Aunque los legitimados ordinarios son las partes del contrato, para evitar la consumación de un fraude se ha reconocido también a terceros legitimación para impugnar dicho acto (en tal sentido se ha pronunciado la sentencia de la CS de 29 de marzo de 1978, al confirmar una resolución de la C. de Apelaciones de Concepción, de 5 enero 1978, F. del M. N° 232, sent. 5ª, pp. 6-9).

en cambio, la legitimación indica si los sujetos de esa relación procesal son la "parte" de ese proceso.

7. CLASIFICACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN

La legitimación admite varios criterios de clasificación:

1º. Según su naturaleza, se distingue entre legitimación ordinaria y legitimación extraordinaria.

2º. Según el número de sujetos, se distingue entre legitimación individual y legitimación conjunta. La primera es aquella que se confiere al titular de un derecho subjetivo o interés legítimo por ser titular del mismo, para poder impetrar tutela jurisdiccional sin el concurso de otros sujetos; en cambio, la legitimación conjunta es la que corresponde mancomunadamente a un grupo de personas, activa o pasivamente, dando vida al litisconsorcio necesario.

3º. Según la posición del sujeto legitimado en la relación procesal: legitimación activa; legitimación pasiva. La primera la tiene el demandante o actor; la segunda, el demandado.

4º. Legitimación originaria y sobrevenida. La originaria es la que tiene el sujeto al momento del inicio de la relación procesal. La legitimación sobrevenida es la que se reconoce a uno o más sujetos una vez iniciada la relación procesal, para poder participar en ella. La legitimación sobrevenida se vincula a la sucesión procesal²³⁵ o al derecho a intervenir en juicio.²³⁶

²³⁵ Por regla general el proceso llega a su fin con las partes activas y pasivas que dieron inicio a la relación procesal, produciéndose entre las partes la cosa juzgada. Sin embargo, puede suceder que durante el proceso uno de los sujetos procesales, ya sea el demandante o el demandado, desaparezca y un sujeto distinto pase a ocupar su sitio en la relación procesal. Este fenómeno se designa como una "sucesión procesal" o "cambio de partes". Se produce una sucesión de parte o cambio de parte cada vez que uno de los litigantes deja de ocu-

8. LEGITIMACIÓN ORDINARIA Y EXTRAORDINARIA

La legitimación ordinaria (o propia) es la que corresponde al titular de la situación jurídica sustancial que se deduce en juicio.

Como se ha explicado, el contenido de la legitimación ordinaria viene delimitado por la relación del sujeto con la situación legitimante, de modo que, por ejemplo, sólo el propietario podrá intentar la acción para reivindicar la propiedad de una cosa singular, de que no está en posesión, demandando al poseedor de ella para que sea condenado a restituírsela.

A su turno, la legitimación ordinaria puede ser *individual* o *conjunta*.

i) *La legitimación individual* se refiere a la calidad de justa parte que debe tener cada sujeto, activa o pasivamente, para cumplir con este elemento constitutivo

par su sitio en el proceso y es reemplazado por otro sujeto, que pasa a ocupar ese lugar en el proceso. Para que pueda producirse esta mutación o cambio de partes, es necesario cumplir con las siguientes condiciones: 1º) Que se trate de un proceso ya comenzado, esto es, que exista *litispendencia*. 2º) Que el proceso no haya terminado por sentencia firme (art. 174 CPC). Los supuestos básicos más frecuentes de cambio de partes pueden producirse por las siguientes causas: 1º) Muerte de una de las partes. 2º) La disolución de una persona jurídica.

²³⁶ En general, el fenómeno de la intervención procesal designa realidades muy distintas entre sí, teniendo como factor común el hecho que un tercero, hasta entonces ajeno al proceso ya pendiente, entre a participar en él, junto a las partes originarias de la relación jurídico-procesal. Los supuestos básicos para que proceda la intervención son los siguientes: 1º) la existencia de un proceso pendiente; 2º) la calidad de tercero del sujeto que se hace parte en él; y 3º) la titularidad de algún derecho o interés que legitima al tercero para intervenir evitando ser afectado por la sentencia que se pueda dictar en el proceso. Atendiendo al interés o posición del tercero, respecto del objeto del proceso pendiente, nuestro ordenamiento distingue entre intervención del tercero coadyuvante, la intervención principal y la del tercero independiente. Por otro lado, según la iniciativa en cuanto a la intervención del tercero en el proceso, se distingue entre intervención voluntaria y la intervención provocada (forzada o coactiva).

del derecho de acción. La concurrencia de este elemento en situaciones legítimas con pluralidad de sujetos permite configurar un litisconsorcio voluntario, en los términos del art. 18 del CPC.

ii) *La legitimación conjunta* es una categoría especial. Su presencia en una situación legítima plural determina la configuración del litisconsorcio necesario. Esta hipótesis de legitimación se da normalmente en los casos donde la titularidad del derecho o el interés legítimo cuya protección se solicita mediante el ejercicio de la acción, requiere —para ser eficaz— que sea ejercida por todos los sujetos, activa o pasivamente. Lo excepcional de esta situación proviene del hecho de que el ejercicio de la acción está integrado por varios sujetos, que según el caso deben actuar o ser demandados indivisiblemente.

Es importante no perder de vista que la doctrina coincide en señalar que en el litisconsorcio necesario el objeto del proceso está compuesto por una única acción o una única pretensión,²⁸⁷ aunque se constate en esa relación procesal una pluralidad de sujetos.

En términos más simples: al tratarse el litisconsorcio necesario de una única acción desaparece la base de toda actuación de acciones, que es la existencia de una pluralidad de las mismas afirmadas en un mismo proceso.²⁸⁸

²⁸⁷ En este sentido, entre otros, FAREN GULLÉN, Víctor, "Sobre el litisconsorcio en el proceso civil", en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, p. 137; MONTERO AROCA, Juan, "Acumulación de procesos y proceso único con pluralidad de partes", en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, Bosch, 1981, p. 220; *La Intervención Adhesiva Simple, Contribución al Estudio de la Pluralidad de Partes en el Proceso Civil*, Barcelona, Hispano Europea, 1972, pp. 20, 69 y 72; DAVILA MILLAN, María Encarnación, *El Litisconsorcio Necesario. Concepto y tratamiento procesal*, Barcelona, Bosch, 2ª ed., 1992, p. 61; MORÓN 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.

²⁸⁸ La unidad de acción en el litisconsorcio necesario, frente a la pluralidad de acciones del litis-

En cambio, la legitimación extraordinaria supone el ejercicio de una acción por una persona distinta del titular del derecho. Se trata de una marcada atenuación a la regla general, que presupone que el ejercicio de la acción sólo corresponde a los titulares legitimados para instar por la protección del derecho o interés legítimo.²⁸⁹ La legitimación extraordinaria requiere siempre de una habilitación expresa del legislador.

Los casos de legitimación extraordinaria se agrupan tradicionalmente en dos grupos:

i) Casos en los que la ley admite que la acción sea ejercitada por un tercero que no es titular del derecho material deducido en juicio y que es invocado como fundamento de su pretensión;

ii) Casos donde se concede legitimación extraordinaria para la defensa de los intereses supraindividuales, colectivos o difusos.

Se debe insistir que es consustancial a la legitimación extraordinaria que una norma legal expresamente autorice la posibilidad de accionar quebrando el axioma clásico del proceso civil, que descansa en la legitimación ordinaria (individual o conjunta).

consorcio voluntario, se proyecta en el campo práctico en una serie de efectos: a) los actos de disposición del objeto del proceso (desistimiento, allanamiento, transacción) sólo producen efectos cuando concurren todos los litisconsortes necesarios; en el voluntario cada litisconsorte es libre para disponer del objeto del proceso, sin el concurso de los otros; b) en el litisconsorcio necesario se debe pronunciar una sentencia única, que resuelva de un modo único para todos los sujetos la cuestión controvertida; en el voluntario, la decisión final puede ser distinta para cada uno de ellos; y c) las defensas o excepciones que se deduzcan por uno o más de los demandados favorecen a todos los litisconsortes necesarios; en el litisconsorcio voluntario, el contenido del derecho de defensa puede manifestarse en forma singular, beneficiando sólo a uno de los varios sujetos que actúan conjuntamente.

²⁸⁹ En palabras del Código de Procedimiento Civil italiano, "fietra de los casos expresamente previstos por la ley, nadie puede hacer valer en el proceso, en nombre propio, un derecho ajeno" (art. 81).

9. LA LEGITIMACIÓN EXTRAORDINARIA POR SUSTITUCIÓN PROCESAL

Como se anticipaba, la legitimación extraordinaria supone el ejercicio de una acción por una persona distinta del titular del derecho. Se trata de una marcada atenuación a la regla general, que presuppone que la acción sólo puede ser deducida eficazmente por los titulares legitimados para la protección del derecho.

Dentro de los casos clásicos de esta situación se encuentra la figura de la sustitución procesal, que se da en aquellas situaciones donde la ley permite que la acción sea ejercitada por un tercero que no es titular del derecho material deducido en juicio como fundamento de la pretensión.

En doctrina existen disjuntos criterios para delimitar la extensión y alcance de esta institución. La diferencia entre las posturas radica, en síntesis, en determinar si el sustituto concurre al proceso ejercitando un derecho propio o por el contrario, si actúa por un derecho ajeno.²⁴⁰ Cualquiera sea la tesis que se defienda sobre el tipo de derecho que ejerce el sustituto procesal (propio o ajeno), se coincide en atribuir a éste la calidad de parte en el proceso.

La sustitución es una figura distinta de la representación procesal. Como se sabe, la representación se caracteriza por la actuación que un tercero realiza en nombre de otro en un proceso. Cualquiera

sea la clase de representación, lo distintivo es que el representante actúe en nombre ajeno y por un derecho igualmente ajeno, a diferencia de la sustitución, donde el sustituto actúa en su nombre, adquiriendo él la calidad de parte.

El Código de Procedimiento Civil, por su antigüedad, no reconoce de un modo expreso el fenómeno de la sustitución procesal.

Sin embargo, en la legislación sustantiva se reconocen algunas hipótesis que pasamos a reseñar.

9.1. LA ACCIÓN SUBROGATORIA, OBLICUA O INDIRECTA

Nuestro legislador no ha previsto una hipótesis general de acción subrogatoria. Su reconocimiento está circunscrito a hipótesis muy especiales en el art. 2466 del Código Civil y en la Ley de Quiebras N° 18.175.

La acción subrogatoria implica una hipótesis de legitimación extraordinaria, puesto que el acreedor ejerce los derechos y acciones de su deudor; reclamando en su beneficio un derecho ajeno, que invoca en su interés propio.

En el plano teórico la acción subrogatoria puede tener o adoptar dos modalidades: una función ejecutiva o una función conservatoria. En su variante conservativa, esta acción no satisface de un modo directo el crédito que tiene el sustituto contra su sustituido, toda vez que con su ejercicio lo único que se busca es incrementar el patrimonio del sustituido, haciendo ingresar nuevos bienes antes ausentes, esto es, actuará como un complemento del embargo de derechos.

En cambio, cuando se le reconoce una función ejecutiva, el sustituto, después de haber perseguido su crédito en los bienes de su deudor (sustituido), podrá cobrar lo que se le debe en los créditos que su deudor tiene en nombre de otros, esto es, la acción facultará al sustituto para cobrar su crédito directamente al deudor de su deudor.

²⁴⁰ Entre otros, cfr. MANDRIOTI, Crisanto, *Curso de derecho procesal civil*, ob. cit., t. I, pp. 49-56; ANDRIOLI, Virgilio, *Diritto Processuale Civile*, Nápoles: Dott. 1979, pp. 570-573; RAMOS MENDEZ, Francisco, *La sucesión procesal*, Barcelona: Hispano Europea, 1974, p. 28, nota 88; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, "Intervención de terceros en el proceso", en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, Ariel, 1969, p. 231; GUTIÉRREZ DE CAMBIEDES E HIDALGO DE CAWTEDES, Pablo, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales, colectivos y difusos*, ob. cit., especialmente pp. 110-112 y 169 ss.; JORDANO FRAGA, Francisco, "La legitimación pasiva en el ejercicio judicial de la acción subrogatoria (art. 111 CC)", en *Anuario de Derecho Civil*, t. L, 1997, pp. 501-629.

9.2. LA ACCIÓN DERIVATIVA

Esta manifestación de la legitimación por sustitución se contiene en el art. 133 bis de la Ley de Sociedades Anónimas, que dispone: "Toda pérdida irrogada al patrimonio de la sociedad como consecuencia de una infracción a esta ley, su reglamento, los estatutos sociales o las normas que imparta la Superintendencia, dará derecho a un accionista o grupo de accionistas que representen, a lo menos, un 5% de las acciones emitidas por la sociedad o a cualquiera de los directores de la sociedad, a demandar la indemnización de perjuicios a quien correspondiere, en nombre y beneficio de la sociedad".

"Las costas a que hubiere lugar serán pagadas a los demandantes y no podrán, de forma alguna, beneficiar a la sociedad. Por su parte, si los accionistas o el director demandante fueren condenados en costas, serán exclusivamente responsables de éstas".

"Las acciones contempladas en este artículo, son compatibles con las demás acciones establecidas en la presente ley".²⁴¹

Este precepto se enmarca dentro del desarrollo legislativo de los instrumentos jurídicos para amparar los denominados intereses de grupo o colectivos, en este caso, de los accionistas de las sociedades anónimas.²⁴² Desde el punto de vista del

²⁴¹ Dicho precepto lo introdujo la Ley N° 19.705, de 29 de diciembre de 2000. Sobre el lema, PÉREZ URQUIAGA, Francisco, "Nuevas normas sobre gobierno corporativo y mayores responsabilidades para los directores de sociedades anónimas", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, N° 3, 2000, pp. 485-499; GARCÍA MORALES, Pedro, "Deberes de los directores de las sociedades anónimas bajo la Ley N° 19.705. Un enfoque comparado", en *Revista Chilena de Derecho*, N° 3, 2002, pp. 635-636.

²⁴² Cada legislación ha establecido distintas exigencias para la procedencia de la acción derivativa. En Francia, el art. 245 de la Ley de 1966 concede legitimación al socio individual para el ejercicio de una acción en nombre de la sociedad. La misma técnica sigue el art. 756 del Código de las Obligaciones de Suiza. En Portugal se admite que el cin-

derecho comercial, esta modificación apunta a perfeccionar la protección del derecho de las minorías en las sociedades anónimas.

Puede ejercer el derecho de la acción derivativa cualquier accionista inscrito con cinco días hábiles de anticipación, con tal que reúna -individual o conjuntamente con otros- al menos el 5% de las acciones emitidas.

La denominación de esta acción no es unívoca. Algunos autores la individualizan con el nombre de "acción social" o como "acción subrogatoria".²⁴³ Otros, influidos por la legislación norteamericana, prefieren usar la voz "acción derivativa".

La acción derivativa es una pretensión deducida para exigir un derecho de la sociedad que ésta no ha reclamado. Esta facultad puede ejercitarse contra las autoridades de la sociedad, sus directores o terceros. Si bien la administración de una sociedad anónima corresponde al directorio, la ley legítima *extraordinariamente* a los accionistas a través de este mecanismo, para hacer frente a situaciones que dañan la sociedad.

Los casos más recurrentes que se persiguen mediante la acción derivativa son los que buscan hacer efectiva la responsabilidad civil del directorio o de los ge-

co por ciento de los socios puedan deducir esta acción (art. 77 del *Código das sociedades comerciais*). En el derecho estadounidense también se reconoce a los accionistas individuales la posibilidad de ejercitar la *derivative action*, cuyo nombre proviene precisamente del ejercicio de una acción que naturalmente corresponde a la sociedad. En dicho sistema esta pretensión se la encuadra como una manifestación más de las *class action*, en la medida que se considere que el accionista individual representa los intereses de los demás. Para evitar los abusos en esta materia se han establecido una serie de rigurosas exigencias, partiendo por la autorización judicial como condición previa al ejercicio de una acción en el nombre y beneficio de la sociedad.

²⁴³ Así, por ejemplo, CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extrcontractual*, ob. cit., pp. 293-294; CAREY B., Guillermo, *De la sociedad anónima y la responsabilidad civil de los directores*, Santiago, Editorial Universitaria, 1993, pp. 213-215.



rentes. También para reclamar el daño causado a la sociedad por la suscripción de contratos con partes relacionadas, malversación de bienes, pago de honorarios excesivos a los administradores de la sociedad, entre otras situaciones.

La acción derivativa del art. 133 bis de la LSA tiene las siguientes características:

1ª. Implica que terceros puedan deducir una acción que corresponde, en estricto derecho, a la sociedad anónima como tal. Se trata de una hipótesis de legitimación activa extraordinaria o indirecta, por sustitución. En efecto, no demanda el titular del derecho subjetivo o interés cuya protección se busca (que sería la sociedad), sino que la ley habilita para que ciertos terceros puedan deducir una pretensión indemnizatoria. Lo anterior no obsta al derecho que tiene la sociedad, a través de sus representantes, para deducir una acción de reparación con idéntico objetivo. El efecto normal de esta acción, cuando prospera, es la obtención de una indemnización para la sociedad.²⁴⁴

Aunque la sociedad anónima no adquiere la calidad de parte en el juicio donde es deducida la acción derivativa, el éxito de la pretensión le provoca un beneficio a la sociedad. A esta singular situación, cuando los efectos de una sentencia alcanzan directamente a un tercero, la doctrina procesal la denomina como sentencia *ultra partes*. Como se puede apreciar, se trata de una excepción a la

regla general, que sabemos en nuestro derecho limita los efectos de las sentencias judiciales a las partes, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del art. 3º del Código Civil.

2ª. Es una acción de condena, encaiminada a obtener una indemnización de perjuicios. No existe legitimación para deducir por esta vía acciones declarativas ni constitutivas. Si prospera la pretensión, todo lo recuperado es en beneficio de la sociedad. Los que la ejercen sólo pueden aspirar al pago de las costas.

3ª. Para su ejercicio se deben cumplir dos requisitos copulativos: i) Debe existir una pérdida irrogada al patrimonio social (generalmente extracciones de riquezas de la sociedad), y ii) La pérdida debe ser consecuencia de una infracción a la Ley de Sociedades Anónimas, a su reglamento, a los estatutos sociales o a las normas que impartía la Superintendencia de Valores y Seguros. En el concepto de pérdida irrogado al patrimonio social se debe entender incluido tanto al daño emergente como al lucro cesante.²⁴⁵

9.3. LA ACCIÓN DIRECTA

Con la denominada *acción directa*, se autoriza—por ley—que un tercero ajeno a una determinada relación contractual pueda reclamar directamente por su propio nombre contra el deudor de su deudor, con el objeto de reclamar lo que se le adeuda.

Por tratarse de una marcada excepción al efecto relativo del contrato, esta hipótesis de legitimación extraordinaria está siempre fijada expresamente en la ley, ya que el tercero, no obstante no ser parte de ese contrato, puede ejercer *la acción directa* para resarcirse de su daño.

²⁴⁴ Antes de esta reforma legal no existía legitimación ordinaria para que un socio pudiera demandar a nombre de la sociedad. La falta de legitimación surgía de la estricta separación que existe entre el socio y la sociedad, que en expresiones del Código Civil se explica así: "la sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados" (art. 2053 CC). De conformidad al art. 1º de la Ley Nº 18.046, "la sociedad anónima es una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables sólo por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables".

²⁴⁵ Un mayor desarrollo del tema en ROMERO SFRUFI, Alejandro, DÍAZ VILLALOBOS, José Ignacio, "La acción de responsabilidad civil del art. 133 bis de la Ley de Sociedades Anónimas", en RDJ, t. XCIX, pp. 51-65.

En nuestra opinión, una hipótesis de acción directa se contempla en el art. 2003 parte final del CC.

10. LA ACCIÓN POPULAR

La acción popular dice relación con el ejercicio del derecho de la acción por sujetos, sin que se exija tener algún grado de vinculación de su pretensión con la relación jurídico-material que se deduce en el proceso.

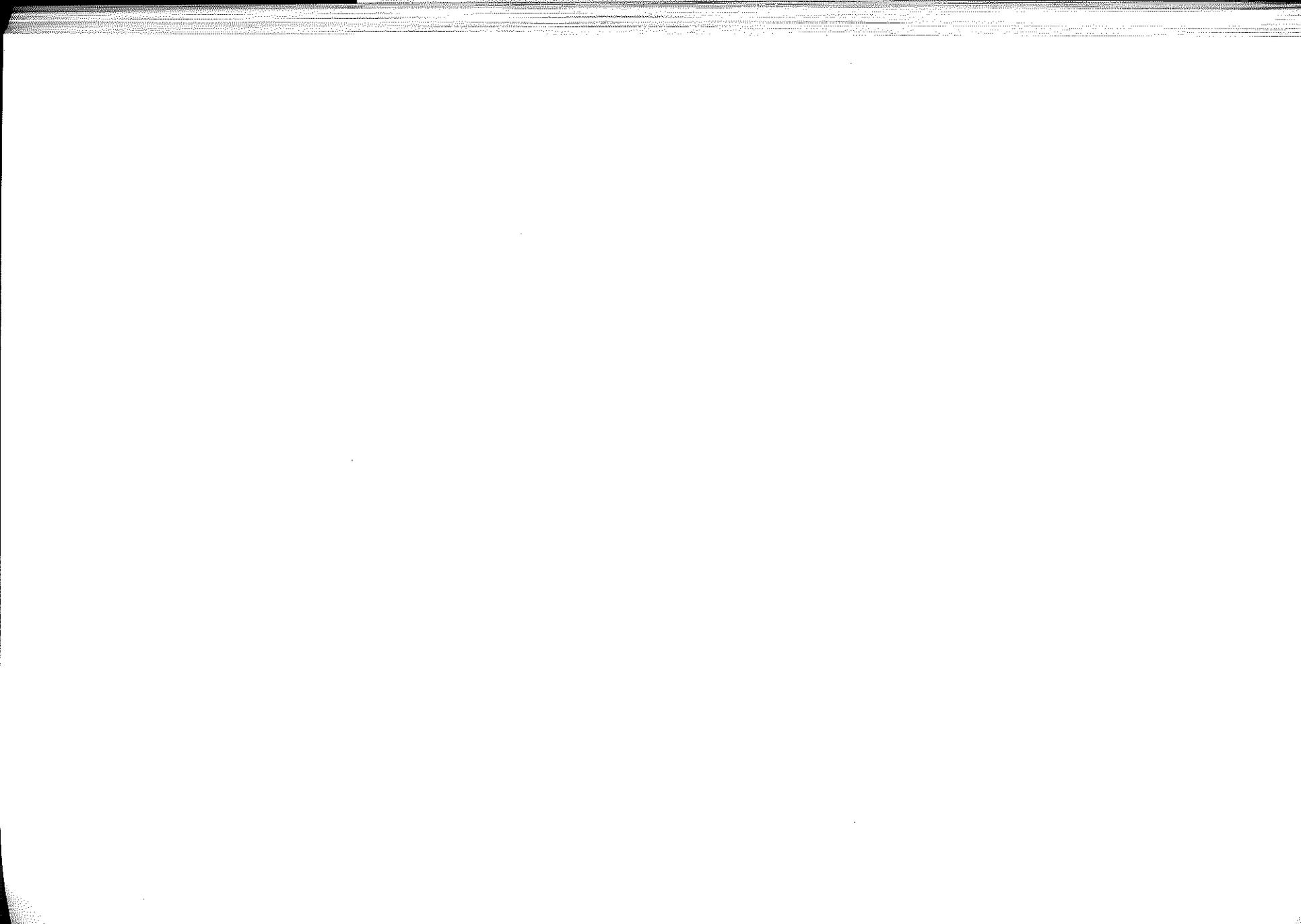
No se debe confundir la situación que surge con la acción popular y la que se da con la legitimación extraordinaria por sustitución; en esta última el sustituto debe ser titular de la relación jurídica deducida en juicio por el sustituto. En la acción popular, el que ejerce la acción no necesita tener ningún nexo con la situación material deducida en juicio. En efecto, en la acción popular el actor tiene una legitimación ordinaria proveniente de la misma ley. Por lo mismo, esta existencia del poder de acción se hace considerando la existencia de la legitimación que concede la ley, sin necesidad de exi-

gir al actor ninguna vinculación con la relación jurídica que es llevada a sede judicial.

En suma, en la acción popular viene otorgada por el legislador con el objeto de promover la protección jurídica en las situaciones en las que concede a cualquier el poder de acción.

Como lo precisa Córdón Moreno, "el conferir la acción popular supone el reconocimiento de unos derechos que tienen por sujeto, no al pueblo como ente, sino a todos y cada uno de sus miembros; cada ciudadano es titular de un verdadero derecho, aunque éste correspondiera también a los demás. El ordenamiento jurídico les otorga un verdadero *jus actio-vae civitatis* para la defensa de intereses que son, a la vez particulares y comunitarios. Interés o derecho particular de naturaleza cívica que, aun coincidente con el interés público, es todavía autónomo".²⁴⁶

²⁴⁶ CORDÓN MORENO, Faustino, *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*, Pamplona, Eunsa, 1979, pp. 151-152.



Capítulo III
EL LITISCONSORCIO NECESARIO

1. CONCEPTO

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 sujetos.

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 ellos.²⁴⁷

²⁴⁷ Entre otros, así lo entienden ERNÁNDEZ LÓPEZ, Miguel Ángel (con DE LA OLIVA), *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Ramón Arcecs, 1995, 4ª ed., 1995, t. I, p. 559; GÓMEZ ORBANEJA, Emilio (con HERCE, Vicente), *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 9ª ed., 1979, p. 164; DAVILA MILLÁN, María Encarnación, *Litisconsorcio necesario...*, ob. cit., entre otras, pp. 49, 51 y 56; CORDÓN MORENO, Faustino, "Anotaciones acerca de la legitimación", en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1979, N° 2, p. 330.

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".²⁴⁸ 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 pasiva.²⁴⁹

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 quien litigar, sino que si se decide a que exista proceso, debe necesariamente demandar a todos los que se puedan ver

²⁴⁸ La expresión es de CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, tr. Santiago Senús Melendo (de la 2ª ed. italiana), 1962, t. II, p. 310.

²⁴⁹ Así lo entienden, entre otros, FARRÉN GURILLÉN, Víctor, "Sobre el litisconsorcio en el proceso civil", *Estudios...*, art. cit., p. 137. En igual camino, cfr. MONTERO AROCA, Juan, "Acumulación de procesos y proceso único con pluralidad de partes", en *Estudios...*, p. 220, y *La Intervención Adhesiva Simple...*, ob. cit., 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., *Manuale de Derecho Procesal Civil*, tr. Santiago Senús Melendo (de la 4ª ed. italiana), Buenos Aires, E.J.E.A., 1980, p. 79.

afectados por la cosa juzgada del mismo",²⁵⁰ quebrando el principio dispositivo que informa el proceso civil. Ésta 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.

Como se anticipaba, esta figura está lejos de tener una justificación única en la doctrina procesal,²⁵¹ invocándose distintas razones para fundamentar esta institución, las que se reducen fundamentalmente a las siguientes: 1°. en el principio de la bilateralidad de la audiencia; 2°. en la protección de los derechos de terceros por extensión de los efectos de cosa juzgada; 3°. en una posible inutilidad de la sentencia; y 4°. en la legitimación procesal.

2. CLASIFICACIÓN DEL LITISCONSORCIO NECESARIO

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

1°. 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 debe entenderse incluida en la parte final del art. 18 del CPC, 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 nuestro derecho, hasta donde hemos podido investigar, no se presentan situaciones en que la ley obligue perentoriamente a establecer un litisconsorcio necesario. Por el contrario, las típicas manifestaciones apuntadas en la doctrina como ejemplos clásicos de esta figura, en nuestro ordenamiento están tratadas como supuestos de litisconsorcio voluntario (v. gr., las obligaciones indivisibles),²⁵² o bien, los preceptos que se ocupan del tema no son explícitos en su reconocimiento, debiendo reconducirse tales hipótesis a supuestos de litisconsorcio necesario impropio.

2°. El litisconsorcio necesario impropio se caracteriza por no estar establecido expresamente por la ley, debiendo determinarse su existencia de la naturaleza de la relación jurídica deducida en juicio.

Desde otro ángulo, el litisconsorcio necesario impropio se justifica por el hecho 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 jurídicos. 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",²⁵³ sentando pautas muy generales mediante las cuales se intenta solucionar los casos en los cuales existe esta necesidad de que varios sujetos participen obligatoriamente en un proceso.²⁵⁴

²⁵⁰ GUTIERREZ DE CABIEDES, Eduardo, "La excepción dilatoria de falta de carácter", en *Estudios de Derecho Procesal*, Pamplona, Eunsa, 1974, p. 295.

²⁵¹ Por todos, cfr. GONZÁLEZ GRANDA, Piedad, *El litisconsorcio necesario en el proceso civil*, ob. cit., pp. 109-164.

²⁵² Cfr. arts. 1527, 1528 y 1529 CC; C. Ap. Sgo., 16 de noviembre de 1910, RDI, t. VIII, sec. 2ª, p. 4.

²⁵³ La expresión corresponde al italiano DENATI, Vittorio, "Appunti sul litisconsorzio necessario", y "sentenza inutile data e litisconsorzio necessario", *Dell'azione al giudizio*, Padova, Cedam, 1989, pp. 86-114.

²⁵⁴ Sobre este tema, con referencia al derecho comparado en Italia, EF. UU., España y Alemania,

3. ALGUNAS HIPÓTESIS

A modo de ejemplo, nada dice el art. 46 letra a) de la Ley de Matrimonio Civil respecto de la legitimación pasiva para interponer la acción de nulidad que pueden deducir los ascendientes en el caso de un matrimonio celebrado por menores de 16 años, pero es lógico que dicha acción se debe entablar contra ambos contrayentes. Resultaría ilógico que si se demanda sólo a uno de ellos, y se accediera a la declaración de ineficacia, el matrimonio continúe siendo válido para el que no intervinó en el juicio y nulo para el que fue parte en el juicio, en virtud del efecto relativo de la sentencia (art. 3.º, inc. 2.º CC).

De igual forma, la acción de impugnación deducida contra el pacto de separación total de bienes otorgado en perjuicio de terceros, se debe deducir necesariamente contra los dos cónyuges, al existir entre ellos una legitimación conjunta pasiva (art. 1723 CC).²⁵⁵

Por su parte, en la Ley N.º 19.620, sobre Adopción, se reconoce al adoptado la posibilidad de ejercer una acción constitutiva para que se declare la nulidad de la adopción 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.

cf. GONZÁLEZ GRANADA, Piedad, *El litisconsorcio necesario en el proceso civil*, Granada, Comares, 1996, especialmente pp. 3-31. 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 de Argentina (art. 89).

²⁵⁵ En este sentido, cf. PEÑALUJO ARÉVALO, Daniel, "El pacto de separación de bienes y el perjuicio de los acreedores", en RDJ, t. LXXX, 1983, p. 25.

4. RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL

Un examen de la jurisprudencia demuestra que en varias ocasiones nuestros tribunales han sancionado implícitamente la existencia del litisconsorcio necesario impropio. 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 la admisión de esta figura en nuestra práctica forense. Tal como se podrá apreciar, en todas estas sentencias se ha privilegiado una interpretación a través de los principios procesales fundamentales, llenando la evidente omisión de nuestro legislador, asumiendo una función de creación judicial del derecho.

Las razones que han llevado a nuestra jurisprudencia a reconocer la presencia de esta institución son varias:

1.º. *El principio de bilateralidad o de 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 inauditus 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 derechos.²⁵⁶ En nuestro ordenamien-

²⁵⁶ En esta dirección, cf. FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (con DE LA OLIVA), *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p. 559; MUYÓZ JIMÉNEZ, Francisco Javier, "Consideraciones en torno al litisconsorcio necesario y los vínculos de solidaridad pasiva", en *Revista General de Derecho*, N.ºs 562-563, julio-agosto 1991, p. 575-2.

to 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.

La utilización del principio de la bilateralidad para justificar esta figura es anterior incluso a la Constitución de 1980, tal como consta de las siguientes sentencias:

a) *"No procede declarar la nulidad de un contrato en un juicio que no se ha seguido contra una de las partes que intervinio en su celebración".*²⁵⁷

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 oído y vencido en juicio".*²⁵⁸

c) *"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 a su contraintercesado, 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).*²⁵⁹

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

Otro grupo de sentencias ha determinado la existencia del litisconsorcio necesario como un mecanismo para dar protección a ciertos sujetos que, por no haber sido emplazados a un determina-

do juicio, no pueden ser perturbados en sus derechos a causa de una decisión judicial. Los fallos que han operado por esta construcción tienen enorme relevancia teórica, ya que demuestran que en ciertos casos el principio del efecto relativo de la sentencia, reconocido en el art. 3º, inc. 2º del CC, no siempre funciona como instrumento para proteger a los terceros de los efectos de las sentencias, como por lo demás lo viene proclamando desde hace tiempo la doctrina procesal.

En un plano particular, nuestra jurisprudencia ha constatado la existencia de un litisconsorcio necesario impropio fundado en esta explicación doctrinal, entre otros, en los siguientes casos:²⁶⁰

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".*²⁶¹

b) *"Para que la sentencia que declara la nulidad de un contrato dé a las partes o a terceros el derecho de ser restituidos 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".*²⁶²

c) *"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 intervinie-*

²⁶⁰ En algunos casos, esta apreciación es sólo tangencial, pero apuntando en su esencia en la misma dirección: cf. CS 3 de enero de 1905, RDJ, t. II, sec. 1ª, p. 317; CS 8 de octubre de 1912, RDJ, t. XI, sec. 1ª, p. 64 (establece la necesaria intervención de terceros adquirentes en un juicio de nulidad).

²⁶¹ CS 21 de julio de 1925, RDJ, t. XXIII, sec. 1ª, p. 354.

²⁶² CS 10 de noviembre de 1938, RDJ, t. XXXVI, sec. 1ª, p. 312. En contra, C. Ap. Santiago, 7 de septiembre de 1950, RDJ, t. XLVII, sec. 2ª, p. 56. Ver voto en contra.

²⁵⁷ CS 8 de octubre de 1934, RDJ, t. XXXII, sec. 1ª, p. 39.

²⁵⁸ CS 10 de noviembre de 1938, RDJ, t. XXXVI, sec. 1ª, p. 312.

²⁵⁹ CS 8 de junio de 1933, RDJ, t. XXX, sec. 1ª, pp. 401-402.

ron en él, pues en tal evento se daría el absurdo que tal acto sería nulo para uno y válido para otros".²⁶³

d) "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 configure 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 afectadas 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 obra cosa".²⁶⁴

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 las que se celebraron sobre la misma cosa". // "La acción de nulidad debe dirigirse y discutirse con el otro contratante".²⁶⁵

3°. En una posible inutilidad de la sentencia

Otro de los criterios teóricos para fundamentar la existencia del litisconsorcio necesario se vincula con la eficacia o uti-

lidad de la sentencia. Con esta regla se condiciona el posible cumplimiento de un fallo a la correcta configuración del proceso. Si no fueron demandados todos los que debían serlo, se debe aplicar la sanción de declarar el juicio como inútil, impidiendo el cumplimiento de la sentencia.

En la jurisprudencia esta línea se aprecia en los siguientes casos:

a) "No vale una sentencia contra el que no fue parte en el juicio".²⁶⁶

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 persistir 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 fido...". // "En consecuencia, procede desechar la demanda de nulidad del contrato de compraventa basada en la existencia de aquel embargo fido y que habría afectado al inmueble al momento de celebrarse dicha convenión". // "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 emperné, por consiguiente, su resultado".²⁶⁷

4°. En la legitimación procesal

Ha sido tradicional que gran parte de la doctrina justifique la existencia del litisconsorcio necesario invocando la denominada "legitimación conjunta", que es aquella que tendrían varias personas, en forma activa o pasiva, para demandar o ser demandados. La existencia de la legitimación conjunta determina que se deba pronunciar una resolución única

²⁶³ C. de Ap. de Santiago, 15 de junio de 1989, RDJ, t. LXXXVI, sec. 2ª, p. 55.

²⁶⁴ C. de Ap. de Santiago, 9 de mayo de 1994, RDJ, t. XCI, sec. 6ª, p. 144 (confirmada por la Corte Suprema el 17.7.1994).

²⁶⁵ C. de Ap. de Concepción 23 de junio de 1995, RDJ, t. XCIII, sec. 1ª, p. 44.

²⁶⁶ CS 13 de junio de 1912, RDJ, t. X, sec. 1ª, p. 571.

²⁶⁷ CS 16 de julio de 1957, RDJ, t. LIV, sec. 2ª, p. 33.

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 todos.

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 par-tícipes de una relación juntos, o contra todos juntos, de modo que la decisión deba ser necesariamente única a todos.²⁶⁸

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 jurídico-material deducida en el pleito, éste va a ser totalmente inútil.

En el plano jurisprudencial, son tributarias de esta corriente las siguientes sentencias:

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 intervinio en la adjudicación y el demandado alega en el escrito de duplica 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 solo porque la excepción fue invocada oportunamente, sino porque aunque no se invoque el juez tiene el deber de establecer ese hecho".*²⁶⁹ En esta sentencia de 1920, la Corte Suprema expresa que la aprecia-

ción 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 compramental 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".*²⁷⁰

c) *"No procede declarar la nulidad de un contrato si no se demanda a todas las partes del contrato".*²⁷¹

d) *"Si se pretende reintindicar el total de la cosa, todos los herederos deberán hacer uso de la acción reintindicatoria que establece el art. 1268 del Código Civil, debiendo demandar de consuno, porque la acción es común y no de uno de los herederos".* // *"La acción reintindicatoria 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 puedan intentar la reintindicación del total de la cosa común, pues carecen de personería respecto de los restantes comuneros, y porque, además, la acción reintindicatoria no es una acción conservativa que pueda interponer cualquiera de ellos").*²⁷²

5. HIPÓTESIS EN NUESTRA JURISPRUDENCIA

5.1. EXPLICACIÓN PREVIA

Aclarados los fundamentos teóricos a los que se acude para justificar en la jurisprudencia la figura del litisconsorcio

²⁶⁸ Coinciden en esta idea, entre otros, SÁTIMA, Salvatore, *Manual de Derecho Procesal Civil*, t. 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 la legitimación", art. cit., p. 331.

²⁶⁹ CS 20 de julio de 1917, RDJ, t. XV, sec. 1ª, p. 45.

²⁷⁰ C. Ap. de Valparaiso, 31 de julio 1935, RDJ, t. XXXIII, sec. 2ª, p. 65.

²⁷¹ CS 23 de mayo de 1980, RDJ, t. LXXXVII, sec. 1ª, p. 51.

²⁷² C. Ap. de Concepción, 28 de octubre de 1992, RDJ, t. LXXXIX, sec. 2ª, p. 167.

necesario, veamos a continuación los casos donde surge esta figura.

En general, se trata de relaciones plurisubjetivas en las que se deducen acciones constitutivas, y con algunos conflictos vinculados al ejercicio de acciones judiciales en materia de comunidades.

En el terreno de los principios —a lo menos en nuestro ordenamiento— el litisconsorcio necesario no se presenta en los casos de acciones de condena,²⁷³ 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).²⁷⁴

²⁷³ En la doctrina se discute si en el ejercicio de las acciones de condena se puede generar un litisconsorcio necesario, existiendo dos propuestas sobre el particular. Por un lado, conforme a la explicación de CHIOVENDA, el litisconsorcio necesario sólo se refiere a los casos de sentencias constitutivas. En el otro lado, REDENI postula que el litisconsorcio se extiende a toda "relación plurisubjetiva conceptualmente única e inescindible". (CHIOVENDA, José, "Sobre el Litisconsorcio Necesario", *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, ob. cit., t. II, pp. 297-298; REDENI, Enrico, *Diritto Processuale Civile*, Milán: Giuffrè, 1952; "Puritalia 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.); *Profilo Pratico del Diritto Processuale Civile*, Milán: Giuffrè-Dimitto, 1939, 2ª ed. rev. y c.).

²⁷⁴ 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 autenticidad y la posible extensión de la cosa juzgada a terceros no litigantes (Por todos, cfr. CARRERAS DEL RINCÓN, Juan, *La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal*, Barcelona: Bosch, 1990). 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 jurisdic-

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 explicación de 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 ninguna 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."²⁷⁵

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.

El planteamiento anterior se ve reforzado por la dificultad que existe para de-

cional 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 consumación de la acción procesal, existiendo de la misma forma la obligación para los demás (sobre el tema, MURCIA GEMER, José Luis, *Derecho Romano Clásico II: El proceso*, ob. cit., pp. 279 ss.; GONZÁLEZ, Amparo, *Una visión unitaria (contractual y procesal) de las obligaciones solidarias en Derecho Romano Clásico*, ob. cit., pp. 155-164).

²⁷⁵ Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Civitas, t. I, 4ª ed., 1994, p. 399.

limitar en el ámbito civil el concepto de tercero en materia contractual, más allá por cierto de la infecunda definición negativa,²⁷⁶ 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 *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).

²⁷⁶ Sobre el tema, en nuestra doctrina, cfr. LÓPEZ SANJA MARÍA, Jorge, *Los Contratos. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, 1986, pp. 241 y ss.; MIRONOZ DÍAZ, Erika, *El efecto relativo de los contratos*, ob. cit.; BAEZA CAMPOS, M^a Pilar, *La subcontratación*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1981, pp. 23-41.

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 afectarán 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 CPC). 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 subarrendatarios²⁷⁷ 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 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.

5.2. NULIDAD DE ACTOS Y CONTRATOS

El Título XX del Libro IV del 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

²⁷⁷ El art. 11 de la Ley N^o 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 resustitución 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”.

(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 abordado 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 tema.²⁷⁸ 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.

Tal como lo expone la sentencia de la Corte Suprema de 8 de octubre de 1943, *"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"*.²⁷⁹

En efecto, si se ha celebrado un contrato entre Pedro, Juan y Diego, y Pedro demanda a Juan para que se declare la 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 re-

suelta 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).²⁸⁰

Por otro lado, la necesidad de establecer el litisconsorcio necesario, demandando a todos los que fueron parte del acto o contrato impugnado de nulidad se ha visualizado 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 art. 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 la lógica más elemental"*.²⁸¹

5.3. NULIDAD DE ACTOS Y CONTRATOS QUE AFECTAN A TERCEROS

Otra hipótesis de litisconsorcio necesario impropio se presenta a propósito de los efectos de las sentencias, que accogiendo una pretensión de nulidad o rescisión pueden afectar los derechos de terceros subadquirentes.

²⁸⁰ En esta línea se ha pronunciado la C. de Ap. de Santiago, en sentencia de 15 de junio de 1989, al declarar que *"Los efectos relativos de las sentencias judiciales imputan 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"* (C. de Ap. de Santiago, 15 de junio de 1989, RDJ, t. LXXXVI, sec. 2° p. 55).

²⁸¹ CS 8 de mayo de 1990, RDJ, t. LXXXVIII, sec. 1° p. 35.

²⁷⁸ 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 (CS 23 de mayo de 1990, RDJ, t. LXXXVII, sec. 1° p. 51).

²⁷⁹ CS 8 de octubre de 1934, RDJ, t. XXXII, sec. 1° p. 39.

Sobre este tema la única pauta legal que sirve de referencia para abordar este problema se encuentra en el art. 1689 del Código Civil, el que prescribe: "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 art. 18 del CPC. Dicha 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 potest quam ipse habet* (nadie da lo que no tiene), y por otro lado, por la eficacia de la regla: *resoluto jure dantis, resolutio jus accipientis* (resuelto el derecho del que da, se resuelve el derecho del que recibe).²⁸³

El rigor lógico de tales principios lleva 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 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 transferirle 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 tradente".²⁸³

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 éste 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".²⁸⁴

5.4. LA NECESIDAD DE REVISAR EL DOGMA TRADICIONAL

No obstante lo anterior, desde el punto de vista procesal la aplicación casi mecánica del art. 1689 del Código Civil, dando lugar a la reivindicación contra terceros, resulta censurable, ya que le resringe considerablemente su derecho de defensa, imponiéndole los efectos de la declaración de nulidad sin que el tercero haya sido oído previamente en el juicio.²⁸⁵

²⁸³ CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, ob. cit., t. XII, vol. III, pp. 637-638. En igual orientación, cfr. DÍAZ MUÑOZ, Erika, *El efecto relativo de los contratos*, ob. cit., p. 44.

²⁸⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Curso de Derecho Civil*, Santiago, Nascimento, 1942, t. IV, p. 338.

²⁸⁵ Si en esta situación se utilizara la acumulación sucesiva litisconsorcial, interponiendo de conformidad al art. 18 del CPC., conjuntamente la

²⁸² Sobre el tema, cfr. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, *Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos*, Bogotá, Temis, 3ª ed., 1987, p. 488.

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

1ª. En primer lugar, la conjugación de las máximas de la tradición “nadie transfere más derechos de los que tiene” (*nemo plus iura ad alium transfert postea quam ipse habet*), y la extensión con efecto retroactivo de la regla: “resuelto el derecho del que da, se resuelve el derecho del que recibe” (*resoluto iure dantis, resoluto ius accipientis*) 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 él ha actuado de buena fe.

2ª. La radical solución que se le pretende imponer al tercero, dejándole sólo la posibilidad que alegue en su beneficio la prescripción adquisitiva, restringe indebidamente el contenido del derecho de defensa. En el juicio de nulidad, nadie mejor que ese tercero subadquirente tendrá interés de oponer a la pretensión de nulidad todas las alegaciones, defensas y excepciones, para tratar de enervar la acción de nulidad.

3ª. El tercero subadquirente, a quien se le impondrán los efectos de la nulidad, incluso actuando con la mayor acuciosidad puede 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 iure dantis ius accipientis sacrificia* la buena fe de este tercero,²⁸⁶ existiendo

acción de nulidad y la de reivindicación contra ese tercero, no habría mayor objeción, ya que en ese caso se estaría permitiendo que el tercero pueda defenderse en el juicio cuya eventual declaración de nulidad incidirá en su derecho.

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 puedan haber sido fraguados por sus antecesores en el dominio justamente para perjudicarlo en su derecho.

4ª. Desde el ámbito procesal, toda esta reflexión se justifica dentro del marco conceptual y teórico que ha significado la autonomía de la acción. Como se ha explicado, la clasificación científica más relevante de las acciones 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.

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 la 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, conforme se explicó en la primera parte.

Por su lado, el art. 1689 del CC contempla expresamente la procedencia de la acción reivindicatoria, pero no se ocupa del tema de la legitimación pasiva de la acción de nulidad, que jurídicamente 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, al existir una hipótesis de legitimación conjunta.²⁸⁷

²⁸⁶ En esta línea, cfr. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, *Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos*, ob. cit., p. 488.

²⁸⁷ En el derecho histórico se ha postulado esta tesis, como consta en las clásicas obras de DURANTON y LAURENT, cuando comentando el Código Civil francés sostenían que “para que la sentencia que

Como consecuencia 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, constituye la imposición de un efecto jurídico que vulnera el elemental derecho que tiene toda persona a defenderse.²⁸⁸

La precaria situación en la que queda el tercero que no fue emplazado al juicio de nulidad queda a la vista, al impedir nuestro derecho que se defienda invocando a su favor el principio de la buena fe, como ocurre en otros ordenamientos. Alo 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.²⁸⁹

En el plano jurisprudencial la propuesta anterior cuenta con el respaldo

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

²⁸⁸ En tal sentido, cfr. CS 26 de agosto de 1907, RDJ, t. V, sec. 1^a, p. 6. No se reconoce la posibilidad que un tercero afectado por una sentencia de nulidad pueda impedir en su contra la reivindicación.

²⁸⁹ Si entre nosotros estuviera reglamentada la intervención de terceros a instancia forzosa, no existiría con tanta evidencia la necesidad de exigir desde un comienzo el proceso litisconsorcial. 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.

de algunas sentencias que han morigerado la clásica opinión que se susienta sobre el art. 1689 del CC, dentro de las que destacan las siguientes:²⁹⁰

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."²⁹¹

b) "Para que la sentencia que declara la nulidad de un contrato dé a las partes o a terceros el derecho de ser restituidos 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."²⁹²

c) "(...) procede desechan la demanda de nulidad del contrato de compra-venta basada en la existencia de aquel embargo facto y que habría afectado al inmueble al momento de

²⁹⁰ En contra de esta doctrina, CS 22 de noviembre de 1937, RDJ, t. XXXV, sec. 1^a, 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 éste de la calidad de legítimo contratador".
// "Pero, para obtener la restitución que corresponde 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 ésta produce, autoriza en el art. 1689 del Código Civil la acción reivindicatoria contra los terceros poseedores, no obstante que no hayan intervenido en el juicio de nulidad, salvo los casos de excepción, como son los arts. 976 y 1432 del Código Civil" (CS 26 de septiembre de 1966, RDJ, t. LXVI, sec. 1^a, p. 340).

²⁹¹ CS 25 de octubre 1930, RDJ, t. XXVIII, sec. 1^a, p. 350.

²⁹² CS 10 de noviembre de 1938, RDJ, t. XXXVI, sec. 1^a, p. 312.

celebrarse dicha convencción". // "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 emperterte, por consiguiente, su resultado".²⁹³

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".²⁹⁴

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".*²⁹⁵

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 ella derivan sus derechos; de donde se deduce que si no se dirige la acción en contra de aquéllas, la sentencia que se dicte no podrá obligarlas, no obstante ser ellas las que celebraron los contratos cuya nulidad depende de las que se celebraron sobre la misma cosa". //

"La acción de nulidad debe dirigirse y discutirse con el otro contratante". En este caso se solicitó la nulidad de un contrato de compra-venta forzado, demandando sólo a una de las partes.²⁹⁶

5.5. EN LA RESOLUCIÓN DE CONTRATOS

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).

²⁹³ CS 29 de mayo de 1951, RDJ, t. XLVIII, sec. 1ª, p. 139.

²⁹⁴ C. de Ap. de Concepción 23 de junio de 1995, RDJ, t. XCIII, sec. 1ª, p. 44. En contra: C. Ap. Santiago, 7 de septiembre de 1950, RDJ, t. XLVII, sec. 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 denjen sin efecto todas esas transferencias que emanaban 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 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 éste, si fueren procedentes".

²⁹³ CS 16 de julio de 1957, RDJ, t. LIV, sec. 2ª, p. 33.

²⁹⁴ C. de Ap. de Temuco, 6 de septiembre de 1991, RDJ, t. LXXXVIII, sec. 2ª, p. 113.

Nuevamente, 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 arts. 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 aquél se hubieran podido constituir (*resolutio iure dantis, resolutur ius concessum*)".²⁹⁷

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 reparatorios que ponen a las partes y a los terceros en el deber de reintegrar 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, 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 reivindicatoria.²⁹⁸ 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 todo caso, a diferencia de lo que ocurre en materia de nulidad, al atenuarse en materia de resolución el rigor del

principio *resolutio iure dantis, resolutur ius concessum*, permitiendo que el tercero pueda alegar la adquisición de buena fe, la necesidad de configurar el litisconsorcio necesario no se hace tan imperiosa.

Sin embargo, en la jurisprudencia algunas sentencias han ido estableciendo la necesidad de configurar un litisconsorcio necesario impropio pasivo en esta materia, tal como se constata, por ejemplo, en la sentencia de la Corte Suprema de 21 de julio de 1925, al declarar: "*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*".²⁹⁹

En otra oportunidad se falló que "... *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*".³⁰⁰ //

"*En razón de tal imposibilidad es improceden-*

²⁹⁷ CS 21 de julio de 1925, RDJ, t. XXIII, sec. 1^a, p. 354. En algunos casos la doctrina se contiene implícitamente, como ocurre, por ejemplo, con la sentencia CS 3 de enero de 1905, RDJ, t. II, sec. 1^a, p. 317.

Con una doctrina en sentido contrario, CS 6 de junio de 1913, RDJ, t. XI, sec. 1^a, p. 36 (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, sec. 1^a, p. 529 (se dio acción reivindicatoria contra tercero poseedor, que no fue parte en sentencia anterior); CS 14 de enero 1953, RDJ, t. L, sec. 1^a, p. 57 ("La acción de resolución de contrato puede deducirse válidamente contra cualquiera de los contratantes notorios que se obligaron solidariamente" [Nos parece criticable, ya que al no declararse respecto de los otros habría que entender que el contrato sigue vigente].)

²⁹⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...*, ob. cit., t. II, p. 723.

²⁹⁸ Entre otros, CIARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, ob. cit., t. X, pp. 151-153, 196.

te la acción rescisoria ejercida por uno solo de los herederos del vendedor".³⁰⁰

En similar orientación, la Corte Suprema estableció que "siendo muchos los vendedores, la acción de resolución del contrato derivada del no pago del precio, debe ser deducida por todos".³⁰¹

5.6. EN MATERIA DE COMUNIDADES

Uno de los casos más problemáticos de determinación de existencia del litisconsorcio se da en relación con la figura de la comunidad. En efecto, cuando se lesiona un interés comunitario o se solicita una declaración que pueda afectar a todos los comuneros, surge la duda de cómo emplazarlos.

El tema no es pacífico en la doctrina, debiendo distinguirse dos situaciones:

1^a. Si la comunidad tiene capacidad procesal o un sujeto que represente válidamente a todos los comuneros, se debe emplazar al representante, sin necesidad de notificar a todos los comuneros.

2^a. Si la comunidad no tiene capacidad procesal ni un representante, se ha estimado que existe la obligación de demandar a todos o por todos los comuneros en un juicio, conformando un litisconsorcio pasivo necesario. Este planteamiento tiene como base la siguiente premisa: que la comunidad supone que todos los interesados tienen sobre la *res communis* un mismo y análogo derecho, las mismas e idénticas facultades sobre la

totalidad de la cosa que ellos poseen pro indiviso. En tal sentido se pueden citar las siguientes sentencias:

a) "El acreedor de un mutuo contratado 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 codenudores 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."³⁰²

b) "Es nulo el nombramiento de partidor 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 respectivo se notificó para por el estado a todos los interesados, incluso a los que no habían comparecido a las diligencias de nombramiento de árbitro."³⁰³

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 sentencias:³⁰⁴

³⁰² CS 24 de abril de 1920, RDJ, t. 18, sec. 1^a, p. 482.

³⁰³ CS 2 de agosto de 1944, RDJ, t. 42, sec. 1^a, p. 235.

³⁰⁰ C. Ap. de Valparaíso, 31 de julio 1935, RDJ, t. XXXIII, sec. 2^a, p. 65.

³⁰¹ CS 16 de septiembre de 1960, RDJ, t. LVIII, sec. 1^a, p. 254. En igual sentido: RDJ, t. XI, sec. 1^a, p. 354 (6^o 5^o y 6^o de sentencia de 1^a instancia). *Casaca de las Tribunales* 1896, II, p. 12 N^o 2484 y año 1907, II, p. 633. Idem. ALESSANDRI, Arturo, *De la compraventa y de promesa de venta*, t. II, p. 781, N^o 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, sec. 1^a, p. 529; PESCO VARGAS, Vitorio, "La acción resolutoria ejercitada por uno de los herederos del vendedor", en RDJ, t. XLIX, p. 88.

³⁰⁴ En todo caso, el tema no tiene opinión unánime, como se percibe en las siguientes sentencias: C. Ap. de Santiago, 25 de octubre de 1985, RDJ, t. 82, sec. 2^a, 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, porquese trata de una acción destinada a conservar y aumentar el patrimonio dejado por aquél. 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. 79, sec. 2^a, p. 69. "El art. 2305 del Código Civil consagra respecto de cada

a) "...hay imposibilidad absoluta de que un heredero del vendador 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 vendador 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 vendador".³⁰⁵

b) "Si se pretende reivindicar el total de la cosa, todos los herederos deberían hacer uso de la acción reivindicatoria que establece el art. 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".³⁰⁶ (El C° 6° establece que "...no es admisible que uno o más de los comuneros puedan 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").³⁰⁷

c) (...) "es indispensable que el demandante sea dueño completo de la cosa reclamada para que la acción de precario prospere. Por consiguiente, uno de los comuneros de una cosa común no puede deducir, sin poder de los otros, la acción de precario tendiente a obtener la restitución de la cosa indivisa por el tenedor,

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".

³⁰⁵ C. de Ap. de Valparaíso, de julio 1935, RDJ, t. XXXIII, sec. 2ª, p. 65.

³⁰⁶ C. Ap. de Concepción, 28 de octubre de 1992, RDJ, t. LIX, sec. 2ª, p. 167.

³⁰⁷ C. Ap. de Concepción, 28 de octubre de 1992, RDJ, t. LIX, sec. 2ª, p. 167.

ya que él no es dueño de la cosa, sino codueño" (Enrique Silva Segura, *Actos y contratos sobre cuota*, p. 166. Editorial Jurídica de Chile).³⁰⁸

No obstante lo anterior, ses ha declarado que no existe la obligación de que concurren todos los comuneros, cuando se trata de pedir, de conformidad al art. 655 del CPC, el cese gratuito que sobre la cosa tenga otro de ellos, existiendo para tal efecto el mandato tácito y recíproco.³⁰⁹

5.7. DERECHO DE FAMILIA: DERECHO DE ALIMENTOS

Se ha suscitado una duda en materia de configuración del litisconsorcio necesario pasivo en los juicios para obtener el pago del derecho 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 propio, conforme lo expone la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 6 de agosto de 1981, en la siguiente doctrina:³¹⁰ "De acuerdo con lo que dispone el art. 326, en relación con el art. 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

³⁰⁸ C. Ap. de Concepción, 2 de abril de 1990, RDJ, t. LIX, sec. 2ª, p. 76 (con una síntesis de la doctrina sobre el alcance del mandato tácito y recíproco entre comuneros). En contra, CS 29 de septiembre de 1992, RDJ, t. LIX, sec. 1ª, p. 156; CS 4 de enero de 2001, RDJ, t. XXVIII, sec. 1ª, p. 19; C. de Ap. de Santiago, RDJ, t. XCV, sec. 2ª, p. 95; C. de Ap. de Santiago, 4 de mayo de 199, RDJ, t. XCIX, sec. 2ª, p. 35.

³⁰⁹ C. de Ap. Pedro Aguirre Cerda, 29 de enero de 1997, RDJ, t. XCIV, sec. 2ª, p. 25.

³¹⁰ RDJ, t. LXXVIII, sec. 2ª, p. 81.

línea, pero conjuntamente en contra de todos ellos.”³¹¹

En similar orientación 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 sólo en la parte que puede afectarle con arreglo a las normas establecidas por la misma ley”.³¹²

Sin embargo, una solución distinta propone la sentencia de la Corte Suprema de 21 de diciembre de 1971: “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 demandada 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”.³¹³

En nuestra opinión, no se puede reconocer en esta situación un litisconsorcio necesario impropio. En esta obligación legal 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 CPC). 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. Por lo demás, es perfectamente posible que la sentencia contenga condenas distintas para los alimentarios, si ello se justifica en los hechos (v. gr. falta de capacidad económica de un alimentante).

5.8. LA ACCIÓN DE DEMARCACIÓN ENTRE PREDIOS COLINDANTES

En la doctrina civil se apunta como hipótesis de un litisconsorcio impropio la que surge en relación al ejercicio de la acción de demarcación, cuando ella va a producir efectos entre disjuntos propietarios de predios colindantes.³¹⁴

6. INEFICACIA PROCESAL POR LA FALTA DE CONFIGURACIÓN DEL LITISCONSORCIO NECESARIO

La inobservancia del litisconsorcio necesario en una determinada relación procesal puede llevar a aplicar cualquiera de las siguientes ineficacias jurídicas:

1°. *La absolución en la instancia*

La absolución en la instancia se da cuando el juez se niega a emitir un pronunciamiento de fondo sobre la acción deducida como objeto del proceso, en el caso que nos ocupa, por no haberse emplazado al juicio a todos los litisconsortes necesarios.

³¹¹ RDJ, t. LXVIII, sec. 1ª, p. 388.

³¹² CLARO SOLAR, Luis, *Exhibiciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Santiago, Imp. Cervantes, t. III, 1925, p. 338.

³¹³ RDJ, t. LXVIII, sec. 1ª, p. 388. Con anterioridad, en igual orientación, CS 14 de enero de 1930, RDJ, t. XXVII, sec. 1ª, p. 75.

³¹⁴ Cfr. ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, *Tratado de los Derechos Reales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 5ª ed., 1993, t. II, pp. 199-200.

En la jurisprudencia son reflejo de esta solución, entre otros, 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 impropcedente la acción rescisoria ejercida por uno solo de los herederos del vendedor".³¹⁵

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 (...)." ³¹⁶

c) "...no resulta procesalmente posible acoger las peticiones formuladas por el demandado en su demanda reconvenicional, ya que al hacerlo implica privar de su valor a 2 actos jurídicos bilaterales en una litis que se ha tratado sólo con una de las dos partes".³¹⁷

d) "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 ella derivan sus derechos; de donde se deduce que si no se dirige la acción en contra de aquéllas, 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 forzada, 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 celebraron 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 esta recomendación

más que de acuerdo con el art. 3.º del Código Civil, las sentencias solo obligan a los que han intervenido en el litigio en que ellas se dictan. Ahora, declarada esa nulidad afecta a herederos".³¹⁸

Aunque esta solución resulta censurable desde el punto de la economía procesal, al abstenerse el juez de dictar una sentencia sobre el fondo, presenta la ventaja de evitar otras ineffectas jurídicas posteriores.

2º. La nulidad de la sentencia

Otra solución para enfrentar este problema es la declaración de nulidad.

Tal como consta de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 30 de septiembre de 1997, de oficio se procedió a anular el fallo de primera instancia, que había sido dictado en un juicio de nulidad de una sociedad, pero sin emplazar a todos los socios constituyentes. Después de definir el litisconsorcio necesario conforme a la sentencia del Tribunal Supremo español de 28 de junio de 1994, el tribunal de alzada declaró "que de los antecedentes resulta que la sentencia judicial que se ha pronunciado sobre la validez o nulidad del contrato, lo fue sin que el señor Le Dante fuera emplazado al juicio, vicio previsto en el art. 768 N° 9 en relación con el art. 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".³¹⁹

3º. la inoponibilidad de la sentencia

Otra sanción establecida por nuestra jurisprudencia ha sido acudir a la decla-

³¹⁵ C. Ap. de Valparaíso, 31 de julio de 1935, RDJ, t. XXXIII, sec. 2ª, p. 65.

³¹⁶ C. de Ap. de Santiago, 15 de junio de 1989, RDJ, t. LXXXVI, sec. 2ª, p. 35.

³¹⁷ C. de Ap. de Temuco, 6 de septiembre de 1991, RDJ, t. LXXXVIII, sec. 2ª, p. 113.

³¹⁸ C. de Ap. de Concepción, 23 de junio de 1995, RDJ, t. XCIII, sec. 1ª, p. 44. En igual orientación, CS 20 de julio de 1917, RDJ, t. XV, sec. 1ª, p. 45; CS 23 de mayo de 1990, RDJ, t. LXXXVII, sec. 1ª, p. 51 (no entro a conocer del fondo de una acción de nulidad, por no haber sido demandada una de las partes del contrato).

³¹⁹ C. de Ap. de Valparaíso, 30 de septiembre de 1997, inédita. Redacción abogrado integrante Raúl Tavolani Oliveros.

ración de inoponibilidad, tal como se aprecia, por ejemplo, en la siguiente doctrina: *"no vale una sentencia contra el que no fue parte en el juicio"*.³²⁰

7. INSTRUMENTOS PROCESALES PARA VELAR POR LA CONFIGURACIÓN DEL LITISCONSORCIO NECESARIO

Con el objeto de evitar que se tramiten juicios cuyas sentencias podrían devenir en inútiles, los instrumentos procesales que podrían ayudar a solucionar este problema son:

7.1. LA EXCEPTIO PLURIMUM 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 art. 303 N° 6 del CPC, que, a nuestro juicio, comprende la denominada *exceptio plurimum 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 evita dejar sin decidir sobre el fondo de la acción deducida, tal como se ha intentado justificar con anterioridad.

Si falta alguno de los litisconsortes, al acogerse la *exceptio plurimum litisconsortium* deberá ordenar subsanar el defecto emplazando al sujeto que activa o pasivamente debe ser parte de la relación procesal.

7.2. LA CORRECCIÓN DE OFICIO

Tal como se explicaba, una de las ineffectuaciones jurídicas aplicables a la falta de

observancia del litisconsorcio necesario es la nulidad procesal. La fuente legal de esta potestad anulatoria se encuentra en el art. 84, inc. 4° del CPC, 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...³²¹

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). Esta solución ha sido admitida en 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 heredero.³²²

7.3. EL ART. 21 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Otro mecanismo para declarar la existencia del litisconsorcio necesario proviene de la aplicación del art. 21 del Código de Procedimiento Civil, cuando dice que "si una acción ejercitada por alguna persona corresponde también a otra u otras

³²¹ Esta facultad fue introducida al Código de Procedimiento Civil por la Ley N° 7.760, de 1944, para evitar nulidades procesales. La jurisprudencia ha utilizado esta potestad de un modo preferente en relación a la nulidad por falta de emplazamiento (vicios en la notificación), pero ello no impide ampliar esta situación frente a un incorrecto emplazamiento.

³²² RDJ, t. XXIII, sec. 1°, p. 73. En materia de nulidad de particiones por omisión de algún comunero se recoge alguna jurisprudencia que de oficio ha corregido tal defecto. Así, cfr. CS de 4 de agosto de 1928, RDJ, t. XXVI, sec. 1°, p. 432; CS de 22 de diciembre de 1922, RDJ, t. XXI, sec. 1°, 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, sec. 1°, pp. 525 ss.).

³²⁰ CS 13 de junio de 1912, RDJ, t. X, sec. 1°, p. 571.

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 art. 21 del CPC no es del todo satisfactoria, ya que no comprende

las hipótesis de litisconsorcio necesario pasivo, y que en el fondo son las más relevantes desde el punto de vista práctico.

7.4. LA ACUMULACIÓN DE AUTOS

Otra posibilidad para subsanar este defecto proviene de la acumulación de autos. A través de este mecanismo 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 (art. 92, Nos 1º, 2º y 3º CPC).

ÍNDICE

<i>Introducción</i>	9
---------------------------	---

PRIMERA PARTE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES LEGÍTIMOS EN EL PROCESO A TRAVÉS DE LA ACCIÓN

Capítulo I

EL CONTENIDO DEL DERECHO DE ACCIÓN

1. Introducción	13
2. La acción como derecho público subjetivo	13
3. Acción y tutela del derecho	16
4. Elementos constitutivos del derecho de acción	19
5. La causa de pedir	19
6. Elementos que componen la causa de pedir	21
7. La fijación procesal de la causa de pedir y su control	22
8. La legitimación	23
9. La accionabilidad	24
10. La excepción como derecho del demandado	25
11. Los presupuestos procesales	26
12. Clasificación de los presupuestos procesales	28

Capítulo II

LAS ACCIONES Y EL TIPO DE TUTELA JURÍDICA QUE PERSIGUEN

1. Explicación preliminar	29
2. La acción de condena	29
3. La acción de condena genérica o con reserva	30
4. Límites jurisprudenciales para la condena con reserva	31
5. Efectos procesales de la condena genérica o con reserva	32
6. La acción declarativa o de mera declaración	33
7. Características de la acción declarativa	34
8. La acción de jactancia	37
9. La acción constitutiva	38
10. Requisitos de la acción constitutiva	38

Capítulo III

LA TUTELA ANTICIPADA Y LA TUTELA DE URGENCIA

1. Conceptos previos	41
----------------------------	----