

Función de la legitimación *ad causam* en el sistema procesal civil (Pretexto: un caso de litisconsorcio necesario pasivo impropio)

MARIO ROJAS SEPÚLVEDA

Abogado UDEC

Profesor de Derecho Procesal

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

RESUMEN: La comprensión de la función de la legitimación *ad causam* en el sistema procesal civil exige tener en cuenta los institutos de acción procesal abstracta, y concreta, que operan de modo paralelo y complementario en el proceso jurisdiccional. En su modalidad propia, la carga de afirmación –al menos implícita– de concurrencia de legitimación *ad causam*, activa y pasiva, es presupuesto del proceso. La verificación de su realidad, en cambio, constituye presupuesto de la sentencia de fondo favorable. En su modalidad sustitutiva, la aseveración de concurrencia de legitimación *ad causam* propia en el sujeto sustituido, es presupuesto del proceso, y la comprobación de su existencia es presupuesto del fallo que acoge la acción; mientras que la concurrencia de legitimación *ad causam* sustitutiva –en el sujeto sustituto– es presupuesto del proceso. Estos principios no se alteran en hipótesis de litis consorcio necesario impropio. La omisión de emplazamiento de un litis consorte necesario no conlleva nulidad procesal, sino sentencia de fondo de rechazo de la acción concreta instaurada; lo que no obsta a que el defecto pueda reclamarse por vía de excepción dilatoria de corrección procesal. La sentencia de fondo pronunciada en ausencia de un litis consorte necesario es *inutiliter datur* (inoponible al interesado omitido). Estos principios pueden modificarse por reglas legales expresas, que existen en ordenamientos extranjeros, y no se hallan en el Código de Procedimiento Civil chileno.

* * *

1. Pretexto casuístico

María Abaroa, titular de un derecho de aprovechamiento de aguas, demandó al Fisco, este propietario de un predio, para la constitución de servidumbre de acueducto sobre un área en que se halla un canal, que dijo abandonado, de nombre “Yalquincha”, y la regulación de la indemnización. Después de la citación a oír sentencia, compareció la “Comunidad de Aguas Canal Yalquincha” (en adelante: la Comunidad), como tercero independiente, sosteniendo

que tenía derechos sobre el canal, que no estaría abandonado, y, entendiendo que habría debido ser emplazada en el proceso para poder hacer valer su posición jurídica, pidió la declaración de invalidez de lo obrado. La sentencia de primera instancia desestimó la nulidad procesal, añadió que la Comunidad carecería de legitimación pasiva, porque la servidumbre solicitada tendría un trazado diferente, y, en cuanto al fondo, acogió la acción, declaró constituida la servidumbre y reguló la indemnización¹. La Comunidad apeló. La sentencia de segundo grado concluyó que *“no puede haber duda alguna sobre el evidente interés que la Comunidad de Aguas Canal Yalquincha tiene en el resultado de la presente acción y, por lo mismo, debe concluirse que está legitimada para intervenir en estos autos”*, en atención a que lo pedido es la constitución de una servidumbre de acueducto sobre un canal que pertenece a la Comunidad. Sin embargo, en vez de limitarse a revocar el fallo y desestimar la demanda, por exclusiva razón de falta de completitud de la legitimación pasiva *ad causam* (omisión de emplazamiento de la Comunidad), lo revocó y rechazó la acción, en atención a que la demanda incide en un canal de la Comunidad y que no está abandonado. La demandante recurrió de casación en la forma y en el fondo².

La resolución de mayoría de la Tercera Sala de la Corte Suprema razonó así: **(i)** la acción de la demandante, del modo en que la planteó, incurrió en defecto de falta de completitud de la legitimación pasiva *ad causam*, puesto que el beneficio jurídico pretendido, en la situación concreta, implicaba la condición de legítimo contradictor de la Comunidad cuyo emplazamiento fue omitido, para que esta pudiera defender su posición jurídica; y, **(ii)** la legitimación pasiva constituiría una cuestión de procesabilidad que determinaría la invalidez de la relación procesal en este supuesto de litis consorcio necesario impropio, entendimiento que sería coherente con la garantía constitucional del debido proceso. De oficio, ejerciendo la facultad del art. 84 inciso final del CPC, anuló lo obrado, reponiendo la causa al estado de emplazar al litis consorte preterido³.

La disidencia⁴, compartiendo la reflexión **(i)**, discrepó respecto del razonamiento **(ii)**, porque el defecto de legitimación pasiva *ad causam* no es presupuesto del proceso, sino de la sentencia de fondo favorable a la acción ejercida. Fue de parecer de casar de oficio el fallo de alzada, por concurrencia del vicio de carecer de las consideraciones exigibles en torno a este particular⁵, que habría debido examinar oficiosamente⁶, en términos que, de contenerlas, habría

¹ 30 de agosto de 2013, Rol N° 5.241/12, 2° Juzgado Civil de Antofagasta.

² 5 de agosto de 2014, Rol N° 873/2013, Corte de Apelaciones de Antofagasta, ministros Clavería y Franulic (redactor) e integrante señor Orellana.

³ 2 de abril de 2015, Rol N° 26.704/14, mayoría formada por los ministros Carreño, Pierry, Aránguiz (redactor) y SANDOVAL.

⁴ Ministra EGNEM.

⁵ Art 768 N° 5 en relación con el art. 170 N° 4 del CPC:

⁶ Como se apuntará en el texto *infra* (19), los presupuestos de fondo de la sentencia favorable a la pretensión deben ser examinados de oficio por el juez.

rechazado la demanda sobre la exclusiva base de defecto de falta de completitud de la legitimación pasiva *ad causam*, sin ingresar al examen de las demás condiciones de fondo de admisión de la acción.

¿Lleva la razón la mayoría o la disidente? Responder esta interrogante exige examinar los elementos del sistema procesal civil, su coherente integración funcional, y los deslindes técnicos de aquellos. Empero, reconocemos desde el principio que el estudio del fallo aludido no forma aquí más que un pretexto para emprender una actualizada y comprensiva revisión de ciertos aspectos importantes de la teoría general del proceso.

1.bis.- ¿Utilidad del enfoque de este trabajo a partir de la exposición de conceptos dogmáticos de la teoría general del proceso?

Nuestro objetivo es aportar a la fluidez y corrección de la labor práctica de abogados y jueces, a quienes puede servir contar con un texto que –basado en las enseñanzas de los doctrinadores y remitiendo a las obras más importantes– sirva de guía para determinar en qué casos puede pronunciarse una sentencia de fondo, y en cuáles se impone la abstención o un fallo de absolución de instancia que no dictamina acerca de *lefond* (presupuestos procesales); la distinción entre vicios que originan una cosa juzgada meramente aparente y defectos que se sanan por la *summa* preclusión; superada la valla formal, qué exigencias de fondo deben reunirse para que se dictamine favorablemente al actor, cómo y respecto de qué data deben apreciarse (presupuestos de la sentencia de fondo favorable); a qué tipo de reacción del demandado corresponde la negación de estos presupuestos de fondo y cuál es su tratamiento procesal; qué intensidad de autoridad de cosa juzgada produce la sentencia de rechazo por inconcurrencia de presupuestos de fondo; de qué contenidos se compone el concepto contemporáneo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y cómo se relaciona con el clásico debate suscitado por el instituto de la acción procesal; cuál es la finalidad verdadera del proceso jurisdiccional (cosa juzgada) y cómo interaccionan con ella el derecho material a la tutela judicial justa, así como la posibilidad de la sentencia injusta; cómo se compatibiliza la operación paralela, en el proceso, de la relación procesal originada por el ejercicio de la acción procesal abstracta, y de la relación o situación material que es objeto del litigio, a la que apunta la acción procesal concreta, y cómo interactúan coherentemente entre sí; en este contexto sistemático, qué es la legitimación *ad causam* y cuál es su función en el sistema procesal, en sus diferentes modalidades (propia o sustitutiva, y, dentro de la propia, normal u ordinaria y anormal o extraordinaria), lo que exige responder qué tipo de presupuesto es (procesal o de fondo); y, finalmente –en torno al pretexto casuístico declarado– con qué modalidad de legitimación *ad causam* se relaciona el instituto de litis consorcio necesario impropio y cuál es su adecuado tratamiento procesal.

El objetivo es, así, práctico. Una correcta praxis exige el dominio de institutos dogmáticos esenciales. La finalidad de estos consiste en servir a aquella. La lectura del trabajo, además, demostrará las consecuencias perjudiciales de nuestros programas de enseñanza procesal, que transmiten contenidos cuantitativamente excesivos en torno a las ritualidades, y escasa formación conceptual y sistemática, con todavía menor énfasis en la aplicación práctica de los institutos jurídicos. Una experiencia académica y profesional que ya es extensa nos evidencia que no es posible operar correctamente las ritualidades en la praxis si no se comprende la teoría general del proceso. Una transformación de los programas de instrucción, en esta orientación, nos parece esencial. El abogado que comprende el sistema procesal puede entender los procedimientos. A la inversa, es ejercicio inútil.

Finalmente, excepción hecha de nuestro entendimiento acerca de la imprescindible compatibilidad de los institutos de acción procesal abstracta y acción procesal concreta, este trabajo no contiene ideas novedosas, sino que, al contrario, se sustenta en las enseñanzas de los procesalistas más autorizados entre los exponentes clásicos y contemporáneos de la disciplina.

2. La acción procesal

La acción procesal es el motor que –con la aspiración concreta de lograr en definitiva el acogimiento de un específico *petitum* incidente en una relación o situación jurídica material– pone en marcha el proceso, instrumento, este, que permite que el sistema jurisdiccional, en el acto de juicio, voluntad y adjudicación que se contiene en la sentencia: **(i)** dirima el conflicto que originó el ejercicio de la acción, sea ésta de cognición, ejecutiva o cautelar; o, **(ii)** aun en ausencia de contienda, ejecute la intervención de carácter constitutivo que es –por excepción– imprescindible para crear o alterar ciertos estados jurídicos que la ley determina⁷.

3. Eficacia de la acción procesal, en perspectivas abstracta y concreta

Ahora bien: **(i)** la acción procesal será eficaz, en perspectiva abstracta, en la medida que resulte apta para conducir a una sentencia de fondo, esto es, que

⁷ Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Librería El Foro, 1996, de la segunda edición en italiano, Volumen I, pág. 154. Son consideraciones de seguridad jurídica las que, en ciertos casos, determinan al legislador a reservar al juez el poder de intervenir en una relación jurídica (Goldschmidt, James, *Teoría General del Proceso*, redacción en español realizada por el autor con la colaboración de Leonardo Prieto Castro, Editorial Labor, 1936, pág. 27).

dirima el objeto litigioso⁸, en sentido favorable o desfavorable al actor⁹; objetivo que será logrado en la medida en que el tribunal verifique, *ex ante* respecto del juzgamiento sustancial, que se reúnen los presupuestos del proceso¹⁰ o de la posibilidad de una sentencia sobre el fondo¹¹ o del examen del mérito¹²; en tanto que, en cambio: **(ii)** la acción procesal será eficaz en su perspectiva concreta, si es apta para producir un dictamen de acogimiento del específico *petitum* formulado por el demandante respecto de la cuestión material planteada; finalidad que se obtendrá si el tribunal, *in tempore iudicium*, verifica la concurrencia de los presupuestos de la sentencia favorable al actor¹³ o condiciones de la acción¹⁴ o requisitos constitutivos de la acción¹⁵ o requisitos de la tutela jurídica¹⁶ o elementos axiológicos de la pretensión¹⁷; porque, como dice pulcramente Calamandrei: “*este derecho, que trata de obtener una determinada providencia favorable, encuentra su satisfacción en el pronunciamiento de esta providencia y en ella se agota y extingue*”¹⁸; o, como también expresa correctamente Redenti, la acción procesal se extingue “*por satisfacción*”¹⁹.

4. Perspectiva abstracta de la acción, en relación con los presupuestos del proceso (o de la posibilidad de una sentencia de fondo), y perspectiva concreta de la acción, en conexión con los presupuestos de la sentencia de fondo favorable

De esta comprensión diferenciada surge que **(i)** al ponderar acerca de la concurrencia de los presupuestos del proceso o de la posibilidad de una sentencia

⁸ En términos del art. 158 inc. 2° del CPC: que se pronuncie “*resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio*”.

⁹ Claramente lo expresa Calamandrei, cuando refiere que el derecho de acción *en sentido abstracto* tiene por objeto –y por ende se agota con– “*una providencia que declare si el reclamante tiene o no razón*” porque el derecho de acción, en esta perspectiva, corresponde “*también a quien no tiene razón, como derecho a obtener una providencia del juez que le declare que no tiene razón*” (Instituciones, Volumen I, pág. 248).

¹⁰ Bulow, Oscar, La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales, traducción de Miguel Rosas, Editorial Ejea, 1964, edición original de 1868, pág. 5. También: Chiovenda, Giuseppe, Principios de Derecho Procesal Civil, traducción de José Casais y Santaló, Editorial Reus, 1922, tercera edición italiana, Tomo I, pág. 111.

¹¹ Goldschmidt, Teoría, 1936, pág. 19.

¹² Redenti, Enrico, citado por Calamandrei, Instituciones, Volumen I, pág. 258).

¹³ Couture, Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Editorial Depalma, 1990, reimpresión de la tercera edición, N° 72, página 108.

¹⁴ Chiovenda, Instituciones de Derecho Procesal Civil, traducción de Eusebio Gómez Orbaneja y Rafael Greco, Valetta Ediciones, 2005, Tomo I, pág. 80. Sigue esta terminología, entre nosotros, Casarino, Mario, Manual de Derecho Procesal, Editorial Jurídica de Chile, sexta edición, 2005, Tomo III, pág. 59.

¹⁵ Calamandrei, Instituciones, Volumen I, pág. 257.

¹⁶ Goldschmidt, Derecho Procesal Civil, traducción de Leonardo Prieto Castro, Editorial Labor, 1936, de la segunda edición alemana, Tomo I, pág. 97.

¹⁷ Quintero, Beatriz, Y Prieto, Eugenio, Teoría, págs. 493/493.

¹⁸ Instituciones, Volumen I, pág. 257.

¹⁹ Citado por Calamandrei, Instituciones, Volumen I, pág. 257, nota 16.

(favorable o desfavorable) de fondo, el juez razona en función de la perspectiva abstracta de la acción procesal, y, por lo mismo, sin ponderar el mérito; en tanto que **(ii)** al evaluar la presencia de los presupuestos de la sentencia favorable al actor, el juez reflexiona en torno a la perspectiva concreta de la acción procesal, en mira a su objetivo específico de acogimiento de un específico *petitum*, y, por ello, debe valorar el *meritus causae* con referencia a los contenidos reales de la relación material que juzga.

Si el tribunal, al ponderar en perspectiva abstracta –*ex ante* al juzgamiento– tiene por inconcurrentes los presupuestos del proceso, no podrá pronunciar ninguna sentencia de fondo, de manera que habrá de limitarse a anular lo obrado y reponer el proceso al estado de reparar el vicio detectado, si es susceptible de corrección, o a dictar un fallo absolutorio de la instancia o del proceso, sin pronunciarse acerca del fondo debatido²⁰, un fallo puramente procesal de improcedibilidad, *absolutio ab instantia* y *salvis iuribus*, de manera que el tribunal no ponderará la cuestión material debatida, no verificará la concurrencia real, en el caso concreto, de los presupuestos de la sentencia favorable al actor.

En cambio, verificados que sean, como concurrentes, los indispensables presupuestos del proceso, el juez es inexcusablemente obligado a pronunciar sentencia acerca del fondo; y el fallo acogerá el *petitum* en la medida en que, al juzgar, establezca la presencia real de los presupuestos de la sentencia favorable al actor, así como lo rechazará, en el evento opuesto.

Lo que debe comprenderse esencialmente es esto: las perspectivas abstracta y concreta de la acción procesal constituyen dos instituciones jurídicas distintas, compatibles, y de una consideración diferenciada en el proceso jurisdiccional que es lógicamente imprescindible porque como dice Gierke: de la circunstancia que también quien carezca de razón puede promover un proceso “no se puede deducir, como hacen muchos, la completa independencia del derecho a la tutela jurídica respecto del derecho, ya que este derecho público frente al Estado se acuerda solo al objeto de tutelar derechos efectivos”²¹.

5. Enunciación anticipada de conclusiones en torno a *legitimatío ad processum* y *legitimatío ad causam*

Los conceptos anunciados *supra* (3/4), que serán fundados *infra* (8/18), son de ineludible comprensión precedente al examen de la cuestión de la *legitimatío*

²⁰ Gandulfo R., Eduardo, Presupuestos Procesales y Su Decaimiento en los Juicios Personalísimos, en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, 2011, pág. 286.

²¹ Gierke, Otto, citado por Chioyenda, La Acción en el Sistema de los Derechos, en Ensayos de Derecho Procesal Civil, traducción de Santiago Sentís Melendo de la edición italiana de 1930 y 1931, Editorial EJE, 1949, volumen I, pág. 90, nota 42.

en el sistema procesal civil²², puesto que, como se desarrollará en su lugar (17 y 26/31):

A.- Es presupuesto del proceso la legitimación *ad processum* (parte existente y procesalmente capaz), que constituye “una condición necesaria tanto para poder tener razón, como para lo contrario”²³. Su inconcurrencia, constatada *in limine litis*, impone la nulidad de lo obrado, o la *absolutio ab instantia, salvis iuribus*. Verificada *ex post processum*, únicamente tratándose de vicios que no puedan entenderse saneados por la *summa* preclusión derivada de la autoridad de cosa juzgada, conlleva igualmente la declaración de ineficacia de lo actuado²⁴.

B.- La afirmación, en la demanda, explícita o implícita, de concurrencia de legitimación *ad causam* propia, activa o pasiva, normal o anormal²⁵, y –en caso de invocación de legitimación *ad causam* sustitutiva, activa o pasiva– la aseveración por el sujeto sustituto, en la demanda, de presencia de legitimación *ad causam* propia, normal o anormal, en el sujeto sustituido, es un presupuesto del proceso²⁶. Es absurdo –y por lo mismo inconciliable con la garantía del debido proceso– sostener que pueda desarrollarse un proceso en que la titularidad activa y pasiva del derecho de gestionar el interés debatido no venga al menos implícitamente afirmado en la demanda. La omisión se rige por las reglas de los presupuestos procesales. Puede ser señalada *ex officio* en cualquier estado y grado de la causa²⁷.

²² La importancia del concepto de acción en relación con la cuestión de la legitimación ha sido recientemente enfatizada por Juan Sánchez, Ricardo, *La Legitimación en el Proceso Civil*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2014, págs. 25 y ss., y, con referencia a la doctrina del profesor De la Oliva, ver especialmente: pág. 74.

²³ Chiovenda, *Principios*, Tomo I, pág. 115.

²⁴ Por ejemplo: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 97, sección segunda, págs. 16 y ss. El presente trabajo no tiene por objeto profundizar en el concepto de *legitimatío ad processum* y por ello no desarrolla la interesante cuestión de cuáles casos quedan saneados por la cosa juzgada y cuáles no.

²⁵ En cuanto a la definición de las modalidades propia (normal o anormal) y sustitutiva de la legitimación *ad causam*, y de las nociones de sujetos sustituto y sustituido, véase en el texto *infra* (26/31).

²⁶ En este sentido –en términos prácticos– la aseveración que basta para la tramitación de la demanda: Cordón Moreno, citado por Montero, Montero Aroca, Juan, *De La Legitimación en el Proceso Civil*, Editorial Bosch, 2007, pág. 76.

²⁷ Véase, en esta orientación, aun para un caso menos claro, la afirmación de Satta, Salvatore, respecto de la intuición de la casación italiana (*Manual de Derecho Procesal Civil*, traducción de Fernando De la Rúa, Editorial EJE, 1971, séptima edición en italiano, 1967, Tomo I, pág. 87). **Excursus:** El presente trabajo se dirige a abogados, jueces y estudiantes de derecho, es decir, a humanistas. Por esto, no eludo la tentación de advertir que Salvatore Satta no solo fue un magnífico y nada pacífico jurista (sus contenciones con Francisco Carnelutti, que le llamó “artista del derecho”, son memorables), sino que escribió una de las obras literarias más importantes del siglo XX: “*Il giorno del giudizio*” (El Día del Juicio, Editorial Anagrama, primera edición, 1983, segunda edición, 2010). La obra se inspira en la infancia del jurista en Nuoro, una ciudad de Cerdeña, y está presidida por la figura de su padre, que fue abogado. George Steiner, uno de los intelectuales contemporáneos más reconocidos, en 1987, escribió en *The New Yorker*: “Ningún recordador excepto Walter Benjamin transmite de manera más conmovedora que Salvatore Satta (obsérvese el augurio de su nombre de pila) el derecho de los derrotados, de los ridículos y de los aparentemente insignificantes a ser recordados de manera precisa” (George Steiner en *The New Yorker*, edición e introducción de Robert Boyer, Editorial Fondo de Cultura Económica, 2009, pág. 119).

C.- La legitimación *ad causam* propia, normal o anormal, tanto activa como pasiva, es decir, el derecho de gestionar, en el proceso, la relación o situación material controvertida, incluida la hipótesis de litisconsorcio necesario, propio o impropio, es un presupuesto de fondo de la sentencia favorable al actor. La verificación de su ausencia en el momento del juzgamiento, en apreciación del *meritus causae*, obliga a sentencia de rechazo del *petitum*. Este fallo desestimatorio, si bien es material, produce autoridad de cosa juzgada en sentido débil (porque no implica propiamente un pronunciamiento acerca del objeto litigioso)²⁸. Y,

D.- La concurrencia real de legitimación *ad causam* sustitutiva, activa o pasiva, únicamente en lo que concierne a la verificación de la calidad del sujeto sustituto, constituye un presupuesto del proceso²⁹, que sigue la suerte de estos. Sin embargo, después de verificada positivamente la calidad del sujeto sustituto, el juez deberá examinar otro aspecto, que constituye presupuesto de la sentencia de fondo favorable al actor, sujeto al tratamiento de estos: la legitimación *ad causam* propia, activa o pasiva, normal o anormal, del sujeto sustituido.

6. Sustento sistemático de las conclusiones enunciadas anticipadamente

Las precedentes conclusiones en torno a legitimación *ad processum* y *ad causam*, que –para claridad expositiva– hemos anunciado desde el principio del presente trabajo, hallan sustento sistemático en esta base conceptual: **(i)** las ponderaciones puramente procesales, que no implican valorar el fondo del objeto litigioso, se relacionan con la perspectiva abstracta de la acción ejercida, es decir, con la posibilidad de pronunciamiento de un fallo de fondo cualquiera, favorable o desfavorable, comprendiendo esta categoría: **(i.a)** la legitimación *ad processum*; **(i.b)** la simple afirmación, en la demanda, explícita o implícita, de concurrencia de legitimación *ad causam* propia, activa y pasiva; **(i.c)** tratándose de legitimación *ad causam* sustitutiva: la verificación de la calidad real de sujeto sustituto; y, **(i.d)** también tratándose de legitimación *ad causam* sustitutiva: la aseveración, en la demanda, explícita o implícita, de concurrencia de legitimación *ad causam* propia en el sujeto legitimado sustituido; en tanto que, al contrario: **(ii)** las valoraciones judiciales que implican ponderar el fondo del asunto material controvertido, se conectan con la perspectiva concreta de la acción instaurada, esto es, con la viabilidad de un fallo de fondo favorable, categoría que comprende: **(ii.a)** la concurrencia real de legitimación *ad cau-*

²⁸ Chiovenda, Principios, Tomo I, pág. 117: “Si (el fallo) niega la acción por defecto de calidad, no niega que el actor pueda volver a deducir la demanda, respecto del mismo derecho, a base de un nuevo hecho que le de la calidad”.

²⁹ Chiovenda, Principios, Tomo I, pág. 116. No seguimos en esta parte a Goldschmidt, Derecho Procesal Civil, Tomo I, pág. 116.

sam propia, activa y pasiva; y, **(ii.b)** tratándose de legitimación *ad causam* sustitutiva, la concurrencia real de legitimación *ad causam* propia, activa y/o pasiva según corresponda, en el sujeto sustituido.

7. Enunciación anticipada de conclusión en torno a la cuestión de legitimatio *ad causam* en caso de litisconsorcio necesario pasivo impropio

Por las razones precedentemente sintetizadas, como se explica en este apartado, y también *infra* (**29 y 33**), es nuestra opinión que no lleva razón la sentencia de mayoría de la Tercera Sala de la Corte Suprema³⁰ que, en un caso correctamente calificado como de litis consorcio necesario, impropio y pasivo, y de falta de completitud de la legitimación *ad causam* propia y pasiva, sostuvo que la omisión de emplazamiento de uno de los legítimos contradictores entrañaría una cuestión de procesabilidad (presupuesto procesal) supuestamente determinante de invalidez de la relación procesal.

La tesis de mayoría –aunque no lo hace constar– sigue el pensamiento de autorizados doctrinadores nacionales³¹, con quienes discrepamos respetuosamente, y en precedentes jurisprudenciales extranjeros italianos modernos, brasileños y españoles, pero es de advertir que estos han de ser considerados cuidadosamente, porque razonan sobre la base de sus propias normativas procesales, que contienen reglas positivas que modifican el tratamiento natural y lógico que es planteado por la doctrina clásica (**véase: nota 35**).

El voto disidente³² porta la solución correcta porque establece que el defecto de legitimación pasiva *ad causam* no es presupuesto del proceso, sino de la sentencia favorable a la acción ejercida; la normativa nacional no contempla, por ahora, normas modificativas de las soluciones que son naturales en teoría general del proceso.

En efecto, la conclusión en el sentido que en la situación de hecho específica el *petitum* de la demandante –constitución de derecho real de servidumbre de acueducto– implicaba no solo la necesidad de emplazar al propietario del predio sirviente, sino también a la Comunidad a que pertenecía el “Canal Yalquincha”, de manera que el conflicto intersubjetivo múltiple quedare resuelto en sentencia única, pronunciada en proceso seguido con todos los litis

³⁰ Ministros Carreño, Pierry, Aránguiz (redactor) y Sandoval.

³¹ Probablemente sobre la base del pensamiento de muy autorizados doctrinadores: Romero, Alejandro, Curso de Derecho Procesal Civil, Editorial Jurídica de Chile, 2006, Tomo I, N° 7.2, pág. 123, y N° 6, 2°, en relación con nota 319, que menciona un fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, inédito, de 30 de septiembre de 1997, redactado por el abogado integrante Raúl Tavolari.

³² Ministra Egnem.

consortes, evidentemente que exigió examinar y resolver en perspectiva del fondo del asunto, esto es, de la acción en sentido concreto, puesto que no pudo arribarse a esa conclusión examinando cuestiones puramente abstractas y desconectadas de *lefond*³³.

Por consiguiente, la exacta solución –en el ordenamiento procesal positivo chileno– consistía en un fallo que desestimare la demanda por inconcurrencia de uno de los presupuestos de la sentencia favorable (falta de completitud de la *legitimación pasiva*).

Como por lo demás lo expresa el propio fallo de mayoría, invocando la regla del art. 3° del Código Civil, una eventual decisión de fondo, dictada en omisión de emplazamiento de la Comunidad, habría sido inoponible a ésta, precisamente por no haber sido convocada al proceso. Habría cobrado aplicación la calificación del jurista romano Paulo, rescatada y ampliada por Chiovenda: el fallo habría sido *inutiliter datur*³⁴. Y esto, por *contraddittorio non integro*³⁵. La Comunidad habría estado protegida por la inoponibilidad, así como por el derivado instituto de oposición de tercero prevista en el art. 234 de nuestro CPC. Por lo mismo, la alusión a cosa juzgada para sustentar la tesis de nulidad procesal, “*carece de sentido*”³⁶.

8. Visión diferenciada del concepto de acción procesal

Es sabido que desde el siglo XIX los autores vienen debatiendo acerca de la naturaleza de la acción procesal. La tesis, originada en un planteamiento inicial de

³³ “Las cuestiones sobre las condiciones de la acción llámanse cuestiones de fondo ‘de mérito’ (*mérita causae*) frente a las cuestiones sobre los presupuestos procesales” (Chiovenda, Giuseppe, Principios, Tomo I, pág. 118).

³⁴ Sobre el Litis Consorcio Necesario, en Ensayos, volumen III, págs. 310/312.

³⁵ Chiovenda y Fabrini, citados por Cruz E Tuggi, José Rogerio, Límites Subjetivos de la Eficacia de la Sentencia y de la Cosa Juzgada Civil, traducción de Renzo Cavani Brain, Editorial Communitas, 2015, págs. 267/268. A la conclusión del texto, que critica la solución de mayoría, sosteniendo a la disidencia, se arriba con el dato positivo del texto procesal chileno, en que el litis consorcio necesario impropio carece de un tratamiento legislativo que conduzca a conclusión diversa, de modo que el autor no ve sustento para alterar la concepción tradicional que fluye de la lógica jurídica impecable de Chiovenda. Distinto es el caso, por ejemplo, en Brasil, cuyo art. 47 del CPC de 1973 reza: “*Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo.*” Con esta regla legal precisa, la jurisprudencia brasileña ha concluido que, detectada la omisión de emplazamiento de un litis consorte necesario durante el proceso, se impone declarar de oficio la nulidad procesal, en tanto que, constatado el vicio *ex post processum*, rige la solución clásica: *inutiliter datur* por *contraddittorio non integro*. Similar es el caso de Italia después del Código de 1941 (Cruz E Tuggi, José Rogerio, Límites Subjetivos, pág. 264, nota 320). En otros términos: solo una norma legal expresa, que en Chile no existe, podría alterar los conceptos propios del sistema procesal civil que surge de los conceptos esenciales de la disciplina. Para las reglas especiales del Derecho Francés: Sánchez, La Legitimación, pág. 230. Acerca del tema conceptual, aplicable al Derecho Chileno, que carece de reglas especiales: Chiovenda, Principios, Tomo I, pág. 180.

³⁶ Montero, De La Legitimación, pág. 225.

Degenkolb³⁷ y predominante entre los especialistas³⁸ es aquella que la concibe como **(i)** la facultad abstracta de obrar ante la jurisdicción para la dilucidación del conflicto, por medio de una sentencia que lo dirima, favorable o desfavorablemente al demandante. Compite todavía arduamente con la doctrina que la comprende como **(ii)** el poder jurídico de poner en movimiento lo necesario para la realización del derecho objetivo, en requerimiento, concreto, de una sentencia favorable al actor, basada en lo esencial en la tesis de derecho a la tutela jurídica formulada por Wach³⁹.

Sin embargo, la lectura acuciosa de las opiniones de los doctrinadores demuestra que las tesis abstracta y concreta refieren, en rigor, a conceptos diferentes y compatibles, de distintas funcionalidades en el sistema jurisdiccional, a los que históricamente –no obstante la distinción– se ha asignado igual denominación; la problemática se limita, por ende, a que la utilización de un mismo vocablo (“acción”) para definir institutos distintos origina confusión; pero no es correcto preferir –como Calamandrei todavía creía que era obligado a hacerlo⁴⁰– entre uno y otro concepto.

9. Consecuencia de la visión diferenciada en materia de presupuestos (del proceso o de la sentencia de fondo, y de la sentencia de fondo favorable)

Esta consideración diferenciadora es esencial en mira a un correcto entendimiento del sistema procesal.

La acción procesal como facultad abstracta de obrar, sustentada contemporáneamente tanto en el derecho constitucional como en la disciplina procesal, se conecta con aquellos que Bulow llamó “presupuestos procesales”⁴¹, concepto que Chiovenda denominó del mismo modo⁴², y, también, “condiciones de existencia de la relación procesal”⁴³, que Goldschmidt, basado en un acucioso estudio de los orígenes romanos, llamó “presupuestos de una sentencia sobre el fondo”⁴⁴, es decir, de la posibilidad del juez de pronunciar una sentencia acerca

³⁷ Chiovenda, Instituciones, Tomo I, pág. 45.

³⁸ Nieva Fenoll, Jordi, Imprecisiones Privatistas de la Ciencia Jurisdiccional, en Realismo Jurídico y Experiencia Procesal, Manuel Serra Domínguez (Liber Amicorum), Editorial Atelier, 2009, pág. 811.

³⁹ Chiovenda, Instituciones, Tomo I, págs. 46 y ss. En similar orientación: Calamandrei, Instituciones, Volumen I, pág. 243 y ss.

⁴⁰ Instituciones, Volumen I, pág. 256.

⁴¹ La Teoría, pág. 5.

⁴² Principios, Tomo I, pág. 111.

⁴³ Principios, Tomo I, pág. 114.

⁴⁴ El Proceso como Situación Jurídica, traducción de Jacobo López, en Derecho, Derecho Penal y Proceso, Editorial Marcial Pons, 2015, pág. 102, edición original de 1925. También, en Teoría General del Proceso, pág. 19.

del fondo del proceso, y que Redenti denominó "*presupuestos del examen del mérito*"⁴⁵, con pedagógica claridad, puesto que se caracterizan porque su verificación no involucra una valoración concreta del fondo del asunto debatido.

En cambio, la variable de la acción procesal concreta, esto es, como formulación de una pretensión material puntual y definida por un específico *petitum*, para que sea acogido en la sentencia, se relaciona con los llamados presupuestos de la sentencia favorable al actor⁴⁶, que otros profesores denominan condiciones de la acción⁴⁷, requisitos constitutivos de la acción⁴⁸ o requisitos de la tutela jurídica⁴⁹, cuya verificación de concurrencia exige la ponderación –concreta– del mérito de la causa.

10. La visión diferenciada está admitida en la doctrina (clásica y contemporánea) y en la jurisprudencia

La diferencia entre una y otra institución, denominadas no obstante con iguales vocablos ("*acción procesal*"), a la vez que su compatibilidad conceptual, fluye claramente de las enseñanzas de los procesalistas más destacados.

Chiovenda, famoso defensor de la tesis *concreta*, admite no obstante la existencia de la institución del "*llamado derecho abstracto de obrar, entendiendo por tal la simple posibilidad de obrar en juicio, independientemente de un resultado favorable*", que considera correspondiente a una "*facultad jurídica*" de existencia incuestionable porque "*no hay duda de que todo ciudadano tenga la posibilidad jurídica y también material de obrar en juicio*"⁵⁰; cuestión diferente, agrega, es que "***esta mera posibilidad no es lo que consideramos como acción cuando decimos: 'Ticio tiene acción', porque con esto queremos indicar el derecho de Ticio de obtener un resultado favorable en el proceso***"⁵¹.

En similar orientación, Goldschmidt, quien, pese a que sostiene, como concepto de acción procesal, una versión matizada de la tesis *concreta* de Wach⁵², no deja de admitir que la acción propiamente procesal es un concepto de derecho público que se corresponde con la exigencia abstracta del ciudadano en orden a que el Estado administre justicia, afirmando que la demanda es el acto externo que hace nacer la obligación estatal de administrar justicia⁵³.

⁴⁵ Citado por Calamandrei, *Instituciones*, Volumen I, pág. 258.

⁴⁶ Couture, *Fundamentos*, N° 72, página 108.

⁴⁷ Chiovenda, *Instituciones*, Tomo I, pág. 80. Sigue esta terminología, entre nosotros, Casarino, *Manual*, sexta edición, 2005, Tomo III, pág. 59.

⁴⁸ Calamandrei, *Instituciones*, Volumen I, pág. 257.

⁴⁹ Goldschmidt, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, pág. 97.

⁵⁰ *Instituciones*, Tomo I, págs. 45/46.

⁵¹ *Instituciones*, Tomo I, págs. 45/46.

⁵² *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, págs. 96 y ss.

⁵³ Teoría, pág. 30, nota 11.

No se opone a ello, sino que es diferente, su aseveración en el sentido que la demanda pide una sentencia de contenido determinado y no solamente la administración abstracta de justicia, de manera que aquella contiene una específica pretensión, concepto este que fuera generado por Windscheid⁵⁴ con ocasión de la famosa polémica alemana del siglo XIX.

En la praxis, la lectura de las sentencias, demuestra que los magistrados tienen *in mens* una y otra institución, aun incurriendo normalmente en oscuridad expositiva. A guisa de ejemplo puede mencionarse un fallo de casación de la Corte Suprema de 3 de octubre de 2006⁵⁵, que en pocas líneas alude a ambos conceptos, diferenciándolos:

“La acción, en el orden de los principios, es un derecho subjetivo autónomo dirigido a obtener una determinada resolución jurisdiccional, favorable a la petición del reclamante. Con esta mira, cabe distinguir las condiciones para el ejercicio de la acción y aquellas requeridas para obtener una sentencia favorable. La ausencia de alguna de las condiciones de fondo, determinará el rechazo de la demanda en la sentencia; pero, entretanto, la acción se habrá ejercitado y producido sus efectos dentro del proceso”.

La base de la reflexión del máximo tribunal (*“derecho subjetivo autónomo dirigido a obtener una determinada resolución jurisdiccional, favorable a la petición del reclamante”*), así como su corolario (*“condiciones... requeridas para obtener una sentencia favorable”*), refieren a la acción procesal concreta.

Pero el razonamiento transcrito también alude implícitamente a la acción procesal abstracta, al expresar que, aun en evento de sentencia de rechazo de la pretensión enarbolada, *“la acción se habrá ejercitado y producido sus efectos dentro del proceso”*, puesto que un fallo (de fondo) habrá sido dictado, por haber concurrido *“las condiciones para el ejercicio de la acción”* (presupuestos procesales); alusión que queda todavía más clara si se tiene en cuenta que el fallo, a renglón seguido, menciona *“los elementos de la acción”* (presupuestos procesales), que *“son indispensables”* porque *“la sentencia parte del supuesto de una relación procesal válida”*.

Incluso autores contemporáneos que ponen en duda la utilidad de la discusión acerca del concepto de que venimos tratando, como Nieva⁵⁶, no pueden dejar de demostrar, con sus propias palabras, dichas de paso, la diferenciación de las instituciones, así como su relevancia; en efecto, cuando el doctrinador expresa

⁵⁴ Quintero y Prieto, *Teoría General del Derecho Procesal*, Editorial Temis, 2008, cuarta edición, págs. 307 y ss. Noción que Windscheid dejó escrita en el art. 194 del Código Civil Alemán que hasta hoy refiere al *“derecho de exigir de otro una acción u omisión”*.

⁵⁵ Primera Sala, Rol N° 5.557/2004, ministros Rodríguez, Muñoz y Herreros, e integrantes Herrera (redactor) y Carrasco. En igual sentido, Primera Sala, 30 de diciembre de 2013, Rol N° 9.538/2012, ministros Segura, Araya y Silva, ministra Maggi e integrante Halpern (redactora).

⁵⁶ Imprecisiones, pág. 810.

que “ningún autor se hubiere atrevido a negar que un ciudadano tenga derecho a la celebración de un proceso”, alude al derecho de ejercer la acción procesal abstracta, es decir, a la facultad de instar por el desarrollo de un proceso que culmine en una sentencia, independientemente de cual sea su resultado, facultad cuyo ejercicio eficaz (pronunciamiento de una sentencia sobre el fondo) requiere de la concurrencia de presupuestos procesales; en tanto que al agregar inmediatamente que “ninguno hubiese afirmado jamás que con la mera presentación de la demanda el demandante forzosamente debía tener razón”, alude tácitamente a la acción procesal concreta, cuyo acogimiento exige la verificación judicial de concurrencia de los presupuestos de la sentencia favorable a la pretensión.

Pues bien, **la claridad de la diferenciación de instituciones y conceptos (acción procesal abstracta en relación con presupuestos del proceso o de la posibilidad de dictar una sentencia acerca del fondo, por un lado, y acción procesal concreta en conexión con presupuestos de la sentencia favorable a la pretensión, por el otro) es imprescindible para un exacto análisis de la legitimación en el proceso civil.** Por ejemplo, como podrá comprenderse ampliamente al final de este trabajo, en la falta de advertencia en torno a la complementariedad de los institutos se halla la causa de las injustificadas críticas que dirige Devis Echandía a las doctrinas de Chiovenda y Calamandrei en torno a la *legitimatío ad causam*⁵⁷.

11. Derecho de acción procesal abstracta (comprensión contemporánea)

La comprensión abstracta de la acción se edifica sobre la base de la independencia y distinción radical del derecho subjetivo, o interés jurídico, constitutivos del objeto litigioso (*res in iudicium deducta*), definidos por el derecho material, respecto del puro derecho procesal de obrar, para la actuación jurisdiccional, en un proceso, y la obtención de una sentencia (cualquiera) sobre el fondo.

Así, para Carnelutti⁵⁸, la acción es un derecho autónomo, subjetivo, de carácter procesal, que surge después del conflicto y antes del proceso, que tiene por objeto que se instruya un proceso que logre la composición de la *litis*, por medio de una sentencia, sea ella favorable o desfavorable al actor; el derecho de acción se ejerce en contra del Estado, como sujeto pasivo, puesto que a éste corresponde satisfacerlo por medio de un proceso jurisdiccional, que, en la sentencia, componga la *litis*; es atributo de la personalidad, y por ello, pertenece a toda persona, sin excepción, independientemente de los derechos materiales que alegue en el proceso.

⁵⁷ Nociones Generales de Derecho Procesal Civil, Editorial Temis, segunda edición, 2009, págs. 305/310.

⁵⁸ Citado por Quintero y Prieto, Teoría, pág. 316.

La visión contemporánea de la facultad de accionar, como un derecho fundamental, a la tutela jurisdiccional⁵⁹, lo entiende contenedor de cuatro aspectos esenciales:

- (a)** el derecho de acceder a un proceso, o derecho de acceso a la jurisdicción⁶⁰, que, conforme a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, se halla implícito en *"la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos"*, asegurada a toda persona por el art. 19 N° 3 de la CPR⁶¹;
- (b)** el derecho a que el ejercicio de la acción origine un debido proceso⁶², asegurado a toda persona por el art. 19 N° 3 de la CPR, que cautela el derecho al juez natural, la legalidad del procedimiento, y la justicia y racionalidad de éste;
- (c)** el derecho de obtener una decisión de fondo, favorable o desfavorable, y fundada en criterios jurídicos materiales razonables⁶³, acerca de la controversia sometida al proceso, aspecto que asegura la regla de inexcusabilidad del art. 76 de la CPR, en relación con el principio de juridicidad contenidos en sus arts. 6° y 7°; y,
- (d)** el derecho a hacer efectiva la sentencia de condena, o a la ejecución⁶⁴, aspecto que asegura el art. 76 de la CPR, en relación con su art 19 N° 3 (*"protección en el ejercicio de los derechos"*).

En consecuencia, la comprensión *abstracta* de la acción ha evolucionado, con provecho, para culminar configurándola como un derecho fundamental, constitucionalmente asegurado y dotado de un núcleo o contenido esencial preciso⁶⁵.

Es en este sentido, abstracto, que la facultad de accionar procesalmente es el derecho fundamental, asegurado constitucionalmente a toda persona, que consiste en la posibilidad de acceder al órgano jurisdiccional para que este, por medio de un proceso justo y racional, inexcusablemente, en una sentencia

⁵⁹ González Pérez, Jesús, *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, Editorial Civitas, tercera edición, 2001, págs. 40 y ss. Puede verse con provecho, también: Ortells Ramos, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, novena edición, 2009, págs. 41/45.

⁶⁰ González, *El Derecho a la Tutela*, págs. 61 y ss.

⁶¹ *"En efecto, si este asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos la que luego concreta en mecanismos tales como el derecho a la defensa, al juez natural, al debido proceso y a los demás que contienen los tres incisos finales del precepto constitucional en análisis, resulta obvio que el derecho de acceder al órgano jurisdiccional es un presupuesto necesario de todos ellos"* (sentencia de 3 de enero de 2008, Rol 792/07/INA).

⁶² *El Derecho a la Tutela*, págs. 163 y ss.

⁶³ *El Derecho a la Tutela*, págs. 268 y ss.

⁶⁴ *El Derecho a la Tutela*, págs. 337 y ss.

⁶⁵ En Chile, acerca de garantía y protección del contenido esencial de las garantías constitucionales: art. 19 N° 26 CPR.

fundada en derecho, dotada de autoridad de cosa juzgada, emita decisión de fondo que dirima la pretensión instaurada, pudiendo el fallo resultar favorable o desfavorable al actor, siendo, en el primer caso y si el dictamen es de condena, susceptible de ejecución.

12. Derecho de acción procesal abstracta y presupuestos del proceso (o de la posibilidad de la sentencia de fondo)

Es en relación con este contexto, abstracto, radicalmente diferenciado respecto de las particularidades concretas de la cuestión material debatida, que desde antiguo ha habido preocupación por determinar cuáles son los presupuestos procesales, o de una sentencia sobre el fondo, o del examen del mérito, o condiciones de existencia de la relación procesal, es decir, las condiciones mínimas, que han de cumplirse en todo caso y necesariamente, para que el juez pueda pronunciar una sentencia de fondo sobre el *meritus causae*, sea esta favorable o desfavorable al actor, o, como dice Calamandrei: “los requisitos indispensables a fin de que el juez pueda entrar a examinar el mérito de la demanda”⁶⁶.

Las investigaciones históricas demuestran que, en el Derecho Romano, entre estos presupuestos se hallaban ciertas condiciones formales, cuya omisión originaba una sentencia inválida: la potestad jurisdiccional del magistrado, la personalidad de las partes y la capacidad procesal; en torno a ellos advierte Goldschmidt que “ante un defecto que conduciría a la nulidad de la sentencia, y ciertamente de toda sentencia, el iudex suspendía el procedimiento sin sentencia”⁶⁷.

Bien por estas razones históricas, bien en virtud del más complejo (y discutible⁶⁸) razonamiento de Bulow acerca de la supuesta existencia de una relación jurídico procesal, que requeriría de ciertas bases mínimas, lo cierto es que los sistemas jurisdiccionales suponen la concurrencia de determinadas condiciones, cuyo defecto impide “el surgir del proceso”⁶⁹, y que, a partir del autor precitado, vienen denominándose mayoritariamente como “presupuestos procesales”, cuya concurrencia debe apreciarse de oficio⁷⁰.

En un entendimiento contemporáneo, que ha llegado a ser bastante más amplio, los presupuestos procesales son definidos por ROMERO como “aquellas circunstancias formales, establecidas por la ley procesal, que deben concurrir en el

⁶⁶ Instituciones, Volumen I, pág. 258.

⁶⁷ El Proceso, pág. 102.

⁶⁸ Tesis severamente refutada por Goldschmidt (síntesis en Teoría, págs. 16 y ss.).

⁶⁹ Bulow, La teoría, pág. 5.

⁷⁰ Bulow, La teoría, pág. 5.

proceso para que sea posible la resolución sobre el fondo del asunto sometido a la consideración judicial, las cuales deben, además, observarse de oficio"⁷¹.

Estos presupuestos son antecedentes necesarios, esto es, condiciones que deben concurrir *ex ante* al juzgamiento sustantivo, para que **(i)** el proceso tenga existencia jurídica, de manera que el fallo genere una cosa juzgada real y no puramente aparente; y, **(ii)** la subsecuente sentencia que se pronuncie acerca del fondo, favorable o desfavorablemente respecto de la acción concreta ejercida por el actor, cuente además con validez formal.

Estos presupuestos procesales deben concurrir con antelación a la sentencia del juez, quien es obligado, antes de juzgar el fondo, a controlar de oficio su presencia⁷²; en defecto, el magistrado no podrá dictar sentencia respecto del fondo, no podrá acoger la pretensión, ni rechazarla, sino que habrá de anular lo obrado, o bien emitir un fallo (meramente procesal) de rechazo de la demanda, pero por *absolución de instancia*, en que se abstendrá de pronunciarse acerca de *lefond*, por improcedibilidad, y *salvis iuribus*⁷³, es decir, dejando a salvo el derecho de las partes de iniciar un nuevo proceso en forma.

13. Presupuestos (de existencia y validez) del proceso

Profundizando en la noción, es importante advertir la diferenciada alusión de Couture a la "*existencia jurídica*" del proceso, y a su "*validez formal*"⁷⁴. Una y otra constituyen presupuestos procesales. Pero, al menos para una parte de la doctrina⁷⁵, son distintos. Algunos de los presupuestos que analizamos serían de existencia del proceso, en el sentido que no son sanables⁷⁶ y originan una

⁷¹ Curso De Derecho Procesal Civil, Editorial Legal Publishing Thomson Reuters, 2014, Tomo II, pág. 6.

⁷² Por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema que se examina en el texto (1) expresa, al iniciar la consideración primera: "*Que como cuestión previa a toda otra reflexión esta Corte Suprema debe revisar, en la situación en estudio, la regularidad formal de lo actuado con anterioridad a la dictación de la sentencia definitiva...*". Se trata de una manifestación del principio de juridicidad previsto en los arts. 6° y 7° de la CPR. El juez no puede dictar sentencia de fondo sobre la base de un contexto precedente en que se adviertan faltas –trascendentes– a las formas previstas por la ley procesal, salvo que éstas, como se razona en el texto, sean susceptibles de convalidación y se hallen convalidadas. Evidentemente que el control oficioso, que podrá ejercerse sobre la base del art. 84 inc. final del CPC, se limitará a los que en el texto se denominan presupuestos de existencia del proceso, y, entre los de validez, a aquellos que miren al orden público procesal (Salas, Julio, Los Incidentes, Editorial Jurídica de Chile, 1994, quinta edición actualizada, pág. 121).

⁷³ Devis Echandía, Nociones, pág. 374.

⁷⁴ Fundamentos, N° 67, pág. 103.

⁷⁵ Mandrioll, Crisanto, citado por ROMERO, Revista Chilena de Derecho, vol. 28, n° 4, pág. 783. La misma distinción es sostenida entre nosotros por Pereira, Hugo, La Cosa Juzgada en el Proceso Civil, Editorial Conosur, 1997, págs. 125 y ss.

⁷⁶ Pereira, La Cosa Juzgada, pág. 127 y ss. Devis Echandía, Nociones, págs. 821 y ss., y López, Marcelo, Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos, procesales y administrativos, Editorial B de F, segunda edición, 2015, págs. 282 y ss.

cosa juzgada que es meramente aparente⁷⁷; en tanto que otros serían de simple validez, puesto que son susceptibles de saneamiento, bien en virtud de mecanismos de convalidación que pueden haber ocurrido durante el procedimiento, bien tras la cosa juzgada en su operación como instrumento de saneamiento definitivo (*summa* preclusión⁷⁸).

Así las cosas, el juez, de oficio, en el instante inmediatamente anterior al examen del fondo del asunto, deberá examinar si *nihil obstat*⁷⁹, es decir, si concurren las condiciones de existencia, y validez, del proceso; la validez podrá darse, ora por haberse generado los actos procesales con sujeción a la ley formal, sin vicio, ora por haber intervenido –durante el proceso– la convalidación (arts. 83 inc. 2°, 84 inc. 3° y 85 inc. 2°, del CPC), instrumento que no puede operar respecto de la “incompetencia absoluta” (art. 83 inc. 2° del CPC), de las “circunstancias esenciales para la ritualidad o marcha del juicio” (arts. 84 inc. 3° y 85 inc. 2° del CPC), y de los “trámites esenciales” (art. 768 N° 9 del CPC en relación con sus arts. 795, 796 y 800).

Si tales condiciones no están presentes, el magistrado, sobre la base de lo dispuesto en el art. 84 inc. final del CPC, tratándose de cuestiones de orden público⁸⁰, deberá anular lo obrado y adoptar las conductas adecuadas para resolver el defecto, en la medida en que ello sea posible en el caso concreto, en tanto que, de no serlo, anulará lo obrado y declarará la imposibilidad de dictar sentencia acerca del fondo, archivando los autos, o bien pronunciará fallo procesal de improcedibilidad, esto es, *absolutio ab instantia* y *salvis iuribus*.

Si el vicio es puesto de relieve *ex post processum*, todo dependerá de si se trata de una cuestión de las que la doctrina precedentemente invocada (Couture, Pereira, Mandrioli) califica como de existencia, o de validez, del proceso; en el primer caso, tras constatarse la inexistencia procesal, deberá declararse la nulidad de lo obrado como instrumento para la operación de aquella⁸¹; y, en el segundo, la verificación será inocua, porque habrá operado la cosa juzgada como mecanismo de *summa* preclusión⁸².

⁷⁷ Pereira, La Cosa Juzgada, pág. 127 y ss. Por ejemplo: Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 94, sección primera, pág. 6, y Tomo 97, sección segunda, págs. 16 y ss.

⁷⁸ Couture, Fundamentos, N° 121, pág. 198.

⁷⁹ Redenti, citado por Devis Echandía, Nociones, pág. 373. Respecto de la materia procesal penal, puede examinarse el concepto de “presupuestos sentenciales” en Rojas Sepúlveda, Mario, La Sentencia Definitiva en el Código Procesal Penal, en Revista Actualidad Jurídica de la UDD, 2002, N° 6, págs. 229 y ss.

⁸⁰ SALAS, Los Incidentes, Editorial Jurídica de Chile, 1994, quinta edición actualizada, pág. 121. La noción de “orden público” es contingente, en el sentido que es variable en el tiempo la calificación de lo que se halle dentro de él, y concreta, en cuanto la trascendencia del vicio para el proceso específico debe ser apreciada en cada caso por el juez.

⁸¹ Por ejemplo: Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 97, sección segunda, págs. 16 y ss.

⁸² “Concluido el proceso, se entiende que la cosa juzgada subsana todos aquellos vicios de la relación procesal que en su momento pudieron ser materia de declaración de nulidad” (Romero, Revista Chilena

14. Clasificación conceptual de los presupuestos del proceso (o de la posibilidad de la sentencia de fondo)

Devis Echandía⁸³ clasifica así los *presupuestos procesales*: **(a)** previos al proceso, que se subdividen en: **(a.uno)** ejercicio válido de la acción procesal, dado por condiciones mínimas para que la pretensión pueda ser oída: cualidad de órgano jurisdiccional, legitimación *ad processum* o capacidad procesal del demandante, representación judicial en su caso, patrocinio y representación procesal, y acción no caducada (en el caso excepcional que conforme a la ley la acción caduque y no prescriba); **(a.dos)** condiciones mínimas del acto procesal de demanda: deducción de la acción ante juez dotado de competencia absoluta, capacidad procesal del demandado, representación judicial –al menos aparente o provisional, más tarde podrá decidirse si es real– del demandado, requisitos de la demanda definidos como mínimos por la ley (art. 256 del CPC); y, **(b)** del procedimiento: emplazamiento del demandado mediante la notificación legal de la demanda, cumplimiento de la tramitación establecida por la ley procesal y validez de lo obrado previamente⁸⁴, inconcurrencia de causales de implicancia del juez.

La cuestión de dirimir acerca de cuáles sean, entre las enunciadas, condiciones de existencia del proceso, y cuáles, de simple validez, es ardua y no resulta –en este limitado texto– de abordaje posible, siendo no obstante útil recordar, a título meramente ejemplar, para comprensión del tema, que la praxis jurisprudencial ha considerado presupuestos de existencia las cuestiones relativas a la jurisdicción del juzgador⁸⁵ y a la legitimación *ad processum* o capacidad procesal⁸⁶.

15. Profundización en torno a los presupuestos del proceso (o de la posibilidad de la sentencia de fondo)

Reconduciendo para mayores detalles a la síntesis que se contiene en un trabajo de Gandulfo⁸⁷, no puede dejar de hacerse alusión aquí a la evolución evidenciada por la tesis de los presupuestos procesales, en lo concerniente a

de Derecho, vol. 28, N° 4, pág. 783). También, Corte Suprema, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 52, sección primera, págs. 362 y ss.

⁸³ Nociones, pág. 375.

⁸⁴ Aunque resulte majadera, no está de más hacer otra vez la advertencia de limitación al orden público (Salas, Los Incidentes, Editorial Jurídica de Chile, 1994, quinta edición actualizada, pág. 121), y a lo dicho en el texto sobre convalidación.

⁸⁵ Hoyos, Francisco, Temas Fundamentales de Derecho Procesal, Editorial Jurídica de Chile, pág. 65. También: Corte Suprema, Rol N° 166/2006.

⁸⁶ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 97, sección segunda, págs. 16 y ss.

⁸⁷ Presupuestos, págs. 281/299.

tres aspectos que es relevante comprender, aunque no podamos abordarlos con exhaustividad.

15.bis. Negación de la tesis de los presupuestos del proceso y afirmación de la doctrina de los presupuestos de posibilidad de la sentencia de fondo

Es bien sabido que el instituto fue concebido por Bulow en la famosa obra que publicó en Alemania en 1868⁸⁸, quien refirió los presupuestos del proceso a condiciones de existencia de éste, esto es, a elementos cuyo defecto impide “el surgir del proceso”⁸⁹.

Un primer desarrollo posterior proviene de Goldschmidt, que apuntó que en rigor no se está en presencia de requisitos de existencia del proceso jurisdiccional, sino de condiciones exigibles para que una sentencia acerca del fondo pueda ser pronunciada, aseveración que se demuestra por la circunstancia que la sola constatación de inconcurrencia de los presupuestos supone ella misma, tanto cierta actividad procesal, como una declaración judicial, aunque sea de naturaleza puramente procesal, pero esta habrá sido pronunciada en un proceso, de suerte que resultaría lógicamente contradictorio aseverar la inexistencia de este⁹⁰.

La anotación del procesalista judeo alemán puede ser correcta en un sentido e incorrecta en otro. Lo primero, si entendemos al proceso jurisdiccional como una institución que puede culminar sin una sentencia acerca del fondo que dirima el conflicto con autoridad de cosa juzgada, bastando con que haya tenido lugar un “proceso sobre el proceso”. Y lo segundo, si lo concebimos como un instituto que mantiene su naturaleza sólo en la medida que termine con una sentencia de término acerca del fondo. El análisis no puede ser agotado aquí. El espacio permite dejar dicho, únicamente, que, si se tiene presente que, como se dirá *infra* (16), el propio Goldschmidt sostiene que la “finalidad del proceso” es, precisamente, el logro de la cosa juzgada, no es fácil, en ese contexto, admitir la existencia de un proceso (propiamente tal) que no termina con una sentencia de término acerca del fondo, observación que parece apuntar a la corrección del planteamiento de Bulow.

15.ter. Ampliación de los presupuestos

Un segundo desarrollo proviene de lo que *supra* (12) se aseveró en el sentido que el juez, *ex ante* al juzgamiento, debe constatar *ex officio* la presencia de

⁸⁸ La Teoría.

⁸⁹ La Teoría, pág. 5.

⁹⁰ Goldschmidt, Teoría, págs. 18 y 19.

unos presupuestos que contemporáneamente son más amplios que los –que impiden el “surgir del proceso”– formulados originalmente por Bulow, como fluye claramente de la simple lectura de la clasificación de Devis Echandía recordada *supra* (14), en comparación con la enunciada por el jurista alemán⁹¹. Por ejemplo, la corrección y validez del procedimiento que se desarrolla durante el proceso evidentemente que es una cuestión que excede al puro surgir del proceso.

15. quater.- Posibilidad de saneamiento del vicio en los presupuestos (visión garantística):

Y un *tercer desarrollo*, más reciente, de la mayor relevancia conceptual y práctica, se conecta con la también recordada clasificación que distingue las condiciones de existencia del proceso respecto de aquellas de simple validez.

Esta diferenciación surge, de manera un tanto dispersa, de las enseñanzas de ciertos autores, algunos recordados *supra* (Couture, Pereira, Mandrioli), extranjeros y nacionales.

Pero debe tenerse presente que, desde la perspectiva de la posibilidad del juez de ingresar a examinar el fondo de lo debatido para sentenciar, lo cierto es que no hay diferencia sustantiva entre unas y otras, puesto que tanto la inconcurrencia de las llamadas condiciones de existencia, como de las denominadas de validez, se oponen a la posibilidad de la sentencia de fondo acerca del *meritus causae*: el magistrado, en una y otra situación, debe abstenerse, porque no se ha superado el estándar de *nihil obstat*, y anular lo obrado o dictar fallo de improcedibilidad.

Si esto es así, como no cabe duda que lo es: ¿por qué doctrina y jurisprudencia suelen distinguir, a propósito de los presupuestos del proceso, entre unas y otras? La causa parece estar en que la médula de la problemática incide en la posibilidad –o imposibilidad– del saneamiento del defecto por la *summa* preclusión que emana de la autoridad de cosa juzgada⁹². En efecto, el intrínquilis –notado ya por Bulow⁹³– se torna patente cuando el defecto es detectado *ex post processum*: ¿puede tenerse el vicio por saneado en razón de cosa juzgada, o habrá de anularse lo obrado? Es a este fin que la doctrina ha recurrido a desarrollos doctrinarios privatistas, bien conocidos desde el siglo XIX, acerca de existencia y validez jurídica, y, en este decurso intelectual, es que –empleando categorías intelectuales conocidas en que podía hallarse solución– se ha sostenido que si el defecto es de un presupuesto de existencia del proceso, es insanable por la

⁹¹ Ver Bulow, La Teoría, pág. 5.

⁹² Pereira, La Cosa Juzgada, págs. 127/130.

⁹³ Ver Bulow, La Teoría, pág. 9.

cosa juzgada y la habrá solo aparente, en tanto que, a la inversa, si es de simple validez, se ha saneado por ella y la cosa juzgada será real.

Hay que dejar dicho aquí que esta doctrina tal vez experimente nuevos desarrollos en el porvenir. Porque, en la era del *constitucionalismo*, parece más convincente otro entendimiento, avizorado por Couture⁹⁴, e ínsito en ciertos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁹⁵, en el sentido que la incógnita acerca de si el defecto de un presupuesto procesal se sana por la cosa juzgada, o no, es cuestión que debiera resolverse en consideración a parámetros normativos, más que ontológicos, desde la perspectiva del derecho fundamental a los más básicos entre los requerimientos de un debido proceso jurisdiccional⁹⁶.

La cosa juzgada, ha dicho Carnelutti⁹⁷, y, entre nosotros, ha recordado Salas⁹⁸, no importa el cumplimiento del objeto ideal o metafísico del proceso, sino que, en rigor, es como la muerte, que no implica el cumplimiento del objeto de la vida: en algún momento todo debe terminar. Pero: ¿en qué casos el necesario término del proceso ha de imponerse sobre la garantía del debido proceso? Parece que pudiera responderse que únicamente si, durante el procedimiento, se han observado, al menos, los más básicos –esenciales– entre los requerimientos de un debido proceso jurisdiccional.

Este entendimiento, que permitiría abandonar la –un tanto oscura– distinción entre presupuestos de existencia y de simple validez del proceso, puede hallar sustento especial en Chile, en que el art. 5° de la CPR deja siempre a salvo, como lo acaba de recordar un importante fallo de mayoría de la Corte Suprema⁹⁹, los derechos esenciales que emanan de la naturaleza de la persona humana, sobre los que no pueden imponerse unas manifestaciones –legales o judiciales– que se edifican sobre la base del ejercicio de la soberanía, limitada por el precepto constitucional aludido.

Este camino ha sido seguido positivamente en España, con la reforma introducida por la LO 6/2007, de 24 de mayo, al art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁰⁰.

⁹⁴ Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil, en Estudios de Derecho Procesal Civil, Editorial Puntotex, 2010, Volumen I, págs. 5 y ss.

⁹⁵ Caso “Barrios Altos”, 14 de marzo de 2001.

⁹⁶ Entendido este concepto en el sentido amplio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, desarrollado *supra*, en el texto (17).

⁹⁷ Las Miserias del Proceso Penal, Editorial Ejea, 1959, pág. 107.

⁹⁸ Tres Instituciones Procesales y una Ausente en el Ámbito Constitucional Chileno, en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, N° 174, julio/diciembre 1983, pág. 20.

⁹⁹ Rol N° 35.236/2016, mayoría formada por los ministros señores Muñoz y Aránguiz e integrante señor Lagos.

¹⁰⁰ Ver, por ejemplo: Ortells, Derecho Procesal Civil, págs. 582/586.

16. La finalidad (posible) del proceso jurisdiccional, satisfacción del derecho de acción abstracta y (eventual) insatisfacción y novación del derecho de acción concreta

Siempre en conexión con la comprensión abstracta de la acción, en cuanto a la institución relacionada del proceso jurisdiccional, que aquella origina, debe recordarse que la finalidad de éste es, en coherencia, abstracta. Esa finalidad es, en rigor, la terminación del conflicto, que se alcanza por la fuerza vinculativa de la cosa juzgada. Podría concebirse, claro está, un concepto metafísico o ideal del proceso, y solo de ese modo podría pensarse que el proceso es el medio para concretar el derecho objetivo, uno que culmine siempre por una sentencia pronunciada en conformidad a derecho. Pero el proceso no necesariamente actúa así. En la realidad de los diseños normativos, dice Goldschmidt¹⁰¹, el proceso es un procedimiento cuyo fin es la constitución de la cosa juzgada, es decir, del efecto de que la pretensión del actor valga en el porvenir ante los tribunales como jurídicamente fundada o no fundada: lo que fue concedido por sentencia firme no puede impugnarse ya, y lo que fue denegado por sentencia firme no puede hacerse valer de nuevo. La sentencia tiene por objeto dirimir el conflicto en el seno de la sociedad. No establece una verdad bíblica que haya de ser tenida por tal. La colectividad no exige a sus miembros tenerla como tal.

El fin ideal o metafísico del proceso se refuta por cada sentencia que no concuerda con el derecho material; y, agrega Goldschmidt, expresando una idea cuyo rigor científico Calamandrei confesó haber comprendido solo tardíamente¹⁰², la falta más grave que puede cometerse en la construcción jurídica es la de construir una institución no según su sentido real, sino según su fin ideal¹⁰³. La sentencia tiene la eficacia de un negocio jurídico, en el sentido que puede alterar las relaciones jurídicas materiales, porque en cuanto la guerra estalla, todo se encuentra en la punta de la espada; los derechos más intangibles se convierten en expectativas, posibilidades y cargas, y todo derecho puede aniquilarse como consecuencia de haber desaprovechado una ocasión o descuidado una carga, o del error judicial; **el pleito, al igual que la guerra puede proporcionar al vencedor el disfrute de un derecho que en realidad no le corresponde**; en rigor: la incertidumbre es consustancial a las relaciones procesales, puesto que la sentencia judicial nunca puede preverse con seguridad, de suerte que en la concepción procesal, la sentencia injusta es también un fenómeno que han de tener en cuenta desde el principio los ligámenes procesales.

¹⁰¹ Teoría, págs. 33 y ss.

¹⁰² Un Maestro de Liberalismo Procesal, en Recuerdos de Juristas, traducción de Santiago Sentís Melendo, Editorial EJE, 1959, págs. 166/167.

¹⁰³ Goldschmidt, Teoría, pág. 35.

Incluso la sentencia injusta, la que es dada en contrariedad al derecho objetivo que rige la relación concreta debatida y por causa de ello desconoce el derecho material y no le otorga tutela, en la medida en que alcance el *status* de cosa juzgada, satisface la finalidad –propiamente procesal– del proceso jurisdiccional, tal como este es empíricamente diseñado por los ordenamientos normativos reales.

Pues bien, es por estas razones que el proceso jurisdiccional solo realiza y agota el derecho de acción en sentido abstracto. Para su concreción basta “una providencia que declare si el reclamante tiene o no razón”¹⁰⁴. Pero lo cierto es que podrá ser esta una sentencia injusta, es decir, un fallo disconforme con el derecho. También este produce cosa juzgada. El conflicto queda igualmente dirimido y la finalidad real del proceso –según su diseño normativo– estará cumplida. Esta consideración debe ser comprendida, y asumida, por el jurista. Los sistemas jurisdiccionales no tienen la posibilidad –real– de asegurar un fallo conforme a derecho. Lo que queda perfectamente claro con la dura regla positiva¹⁰⁵ que determina que ni siquiera la declaración ulterior de responsabilidad del juez por autoría del delito criminal de prevaricación –por ejemplo: por haber fallado a sabiendas en contra de una ley expresa¹⁰⁶– debilita la cosa juzgada emanada de la sentencia firme.

El derecho de acción procesal en sentido abstracto estará, pese a la disconformidad a derecho de la sentencia, realizado y agotado. La comprensión de este concepto permite entender la exactitud de la antigua y sabia frase de Goldschmidt: “acaso la falta cardinal de la relación jurídico procesal consista en que es puramente abstracta, es decir, que en ella se echa de menos toda conexión con el objeto del proceso, que es, por lo regular, el derecho subjetivo material protegido por la acción”¹⁰⁷.

Pero es claro que la sentencia injusta no satisface el *derecho de acción* en sentido concreto, que sólo se realiza y agota con una sentencia conforme a derecho. Como enseña Calamandrei: “este derecho, que trata de obtener una determinada providencia favorable, encuentra su satisfacción en el pronunciamiento de esta providencia y en ella se agota y extingue”¹⁰⁸. Por consiguiente: como la finalidad –real con arreglo al diseño constitucional y procesal– del proceso jurisdiccional no es la de otorgamiento a todo evento de la tutela jurídica que es debida, es decir, la satisfacción a todo evento del derecho a la tutela jurídica concebido por Wach¹⁰⁹, hay que concluir que el *derecho de acción* en sentido concreto

¹⁰⁴ Calamandrei, Instituciones, Volumen I, pág. 248.

¹⁰⁵ En Chile: art. 331 del COT.

¹⁰⁶ En Chile: art. 223 N° 1 del CP.

¹⁰⁷ Teoría, pág. 24.

¹⁰⁸ Instituciones, Volumen I, pág. 257 (léase la nota 16, que alude al concepto de Redenti: “la extinción de la acción por satisfacción”).

¹⁰⁹ “El derecho subjetivo público procesal de la parte, titular, según el derecho material, frente al Estado, a que le dé protección jurídica, mediante una sentencia favorable, que en caso de ser condenatoria lleve aparejada ejecución” (Goldschmidt, Teoría, pág. 24).

puede no encontrar, jamás, realización o agotamiento. Si no es satisfecho en el proceso, este derecho, que en rigor presenta carácter "*justicial material*"¹¹⁰, queda *novado*, en supuestos restringidos de sentencias injustas¹¹¹, por las normas que rigen la responsabilidad criminal y civil de los magistrados¹¹².

17. Los presupuestos del proceso (o de la posibilidad de la sentencia de fondo), entre ellos la *legitimatio ad processum*, conciernen únicamente al desarrollo del derecho de acción abstracta y no se relacionan con la *res in iudicium deducta*

En conclusión, es por los motivos que venimos reseñando, acerca de necesaria abstracción del proceso respecto de la específica concreción de contenido de la cuestión material debatida, por los que la doctrina es precisa en el sentido que la noción de presupuestos procesales (o de la posibilidad de una sentencia sobre el fondo), es decir, las condiciones mínimas, que han de cumplirse en todo caso y necesariamente, para que el juez pueda pronunciar una sentencia sobre el *meritus causae*, favorable o desfavorable al actor, que han de concurrir *ex ante* respecto del acto de juzgamiento, **no pueden conectarse con particularidades concretas de esa relación material que es objeto litigioso, sino únicamente con las garantías –abstractas– del proceso.**

Así, por ejemplo, la legitimación *ad processum*, o capacidad procesal, que determina "*quién puede solicitar válidamente la tutela jurídica a los órganos jurisdiccionales, y quién puede ser compelido a través del proceso*"¹¹³, en tanto tiene la naturaleza de una calidad abstracta, que permite al actor acceder a la jurisdicción, y sujeta a esta al demandado, es decir, **precisamente porque se pondera independientemente del examen de la cuestión sustancial debatida**, constituye un presupuesto procesal, o presupuesto de una sentencia sobre el fondo. Además, según ha determinado la jurisprudencia, es presupuesto de existencia del proceso¹¹⁴. La concurrencia de este presupuesto procesal debe ser controlada de oficio por el juez, quien, en defecto, podrá anular lo obrado, en ejercicio de la función que le asigna el art. 84 inc. final del CPC, incluso *ex post processum*¹¹⁵.

¹¹⁰ Véase Goldschmidt, Teoría, págs. 25/32. Las reglas de *derecho justicial material* corresponden a una categoría desarrollada ampliamente por el procesalista judeo alemán. Es igualmente admitida, con otra terminología, por Calamandrei (Instituciones, Volumen I, págs. 371 y ss.).

¹¹¹ En Chile: art. 13 del COT.

¹¹² En Chile: arts. 324 a 331 del COT en relación con los arts. 223 a 230 del CP y 2314 y ss. del CC.

¹¹³ Romero, Curso, Tomo II, pág. 273.

¹¹⁴ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 97, sección segunda, págs. 16 y ss.

¹¹⁵ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 97, sección segunda, págs. 16 y ss.

18. El derecho de acción concreta y sus presupuestos de eficacia (presupuestos de la sentencia favorable)

Pero, como recuerda Chiovenda¹¹⁶, no es la “mera posibilidad” que involucra la acción procesal, en perspectiva *abstracta*, “lo que consideramos como acción cuando decimos: ‘Ticio tiene acción’, porque con esto queremos indicar el derecho de Ticio de obtener un resultado favorable en el proceso”; esto es, el derecho a la tutela jurídica, establecido por Wach¹¹⁷.

Es en esta perspectiva, concreta, que importan los llamados presupuestos de la sentencia de fondo favorable al actor¹¹⁸, condiciones (de admisión) de la acción¹¹⁹, requisitos constitutivos de la acción¹²⁰, requisitos de la tutela jurídica¹²¹, o elementos axiológicos de la pretensión¹²², que son aquellos “*indispensables a fin de que el juez pueda acoger la demanda y pronunciar una providencia de mérito favorable al solicitante*”¹²³, cuya verificación exige la valoración –concreta– del *meritus causae*, esto es, del fondo de la causa.

19. Apreciación oficiosa de los presupuestos de la sentencia favorable

No hay duda que la concurrencia de estos presupuestos debe ser revisada *de oficio* por el juez del fondo, también llamado del mérito, porque, como enseña con precisión Calamandrei: “*a fin de que el órgano judicial pueda acoger la demanda del reclamante, y con ello satisfacer el derecho de acción que este ejercita, es preciso que ese órgano se convenza de que tal derecho existe concretamente; y para convencerse de ello es necesario que verifique la existencia en concreto de estos requisitos constitutivos de la acción; existencia que constituye lo que nuestra ley llama el mérito de la demanda, que el juez debe valorar para establecer su fundamento y para establecer, por consiguiente, si la misma merece ser acogida*”¹²⁴.

¹¹⁶ Instituciones, Tomo I, págs. 45/46.

¹¹⁷ “El derecho subjetivo público procesal de la parte, titular, según el derecho material, frente al Estado, a que le dé protección jurídica, mediante una sentencia favorable, que en caso de ser condenatoria lleve aparejada ejecución” (Goldschmidt, Teoría, pág. 24).

¹¹⁸ Couture, Fundamentos, N° 72, página 108.

¹¹⁹ Chiovenda, Instituciones, Tomo I, pág. 80. Sigue esta terminología, entre nosotros, Casarino, Manual, Tomo III, pág. 59.

¹²⁰ Calamandrei, Instituciones, Volumen I, pág. 257.

¹²¹ Goldschmidt, Derecho Procesal Civil, Tomo I, pág. 97.

¹²² Quintero y Prieto, Teoría, págs. 493/493.

¹²³ Calamandrei, Instituciones, Tomo I, pág. 258.

¹²⁴ Instituciones, Tomo I, págs. 257/8. Antes: Chiovenda, Sobre el Litis Consorcio Necesario, en Ensayos, volumen III, pág. 303.

20. Data de existencia de los presupuestos de la sentencia favorable

Una cuestión que merece apunte por su importancia práctica, aunque no pueda ser examinada en detalle, es la de determinar respecto de qué data debe el juez verificar la concurrencia de los presupuestos de la sentencia de fondo favorable. Chioventa opina que *“basta, por regla general, que existan en el momento de la sentencia”*¹²⁵. Para Satta, en cambio: *“esto es un error evidente, porque la acción surge de un hecho que ha producido determinados efectos jurídicos, y si estos efectos se han producido, como justamente se postula, es al momento de la proposición de la acción que es preciso mirar, no al de la sentencia”*¹²⁶.

21. Enunciación doctrinaria de los presupuestos de la sentencia favorable

Goldschmidt sostiene que estos presupuestos son: **(i)** estado de hecho acreditado, correspondiente con la pretensión material invocada, susceptible de protección jurídica en conformidad con la norma aplicable¹²⁷; esta enunciación del requisito incluye tanto la exigencia de congruencia del fallo, como las cuestiones de hecho y de derecho, distinción esta que –recuerda Radbruch– caracteriza el pensamiento romano al menos desde el procedimiento formulario¹²⁸, aunque actualmente se dude, como apunta Larenz, incluso acerca de su posibilidad conceptual¹²⁹; en cualquier caso, su verificación se realiza por medio del bien conocido método silogístico¹³⁰; **(ii) legitimación en la causa (ad causam) del demandante (activa) y del demandado (pasiva)**¹³¹, debiendo advertirse que el profesor judeo alemán considera que incluso la legitimación sustitutiva es requisito de tutela jurídica (cuestión de fondo) y no presupuesto procesal (cuestión de forma)¹³²; y, **(iii)** necesidad o interés objetivo de tutela judicial¹³³.

¹²⁵ Instituciones, Tomo I, pág. 82.

¹²⁶ Manual, Tomo I, pág. 129 (menciona en apoyo de su planteamiento, que parece correcto, un fallo de la casación italiana de 9 de junio de 1960).

¹²⁷ Derecho Procesal Civil, Tomo I, pág. 97.

¹²⁸ Introducción a la Filosofía del Derecho, Editorial Fondo de Cultura Económica, traducción de Wenceslao Roces, undécima reimposición de la primera edición en español, 1951, de la primera edición alemana de 1948, pág. 65.

¹²⁹ Metodología de la Ciencia del Derecho, traducción de Marcelino Rodríguez de la cuarta edición alemana de 1980, Editorial Ariel, 1994, pág. 304.

¹³⁰ Una explicación pedagógica puede hallarse en Larenz, Metodología, págs. 265/271. Otra, en Calamandrei, Génesis Lógica de la Sentencia, en Estudios sobre el Proceso Civil, traducción de Santiago Sentís Melendo de las ediciones italianas de 1930/1939, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, págs. 369 y ss.

¹³¹ Goldschmidt, Derecho Procesal Civil, Tomo I, págs. 115/116.

¹³² Goldschmidt, Derecho Procesal Civil, Tomo I, pág. 116. En el mismo sentido: Hellwig, citado por Chioventa, Principios, Tomo I, pág. 116.

¹³³ Goldschmidt, Derecho Procesal Civil, Tomo I, págs. 97/98.

Chiovenda, por su parte, plantea que estas condiciones son por regla general¹³⁴: **(i)** norma jurídica que garantice al actor el bien jurídico pretendido¹³⁵ en relación con la acreditación del hecho correspondiente¹³⁶ (existencia de derecho¹³⁷); **(ii) calidad o legitimación para obrar o *legitimatío ad causam***¹³⁸, es decir, la identidad de la persona del actor con la persona favorecida por la ley (legitimación activa), y de la persona del demandado con la persona obligada (legitimación pasiva)¹³⁹, debiendo precisarse que el académico italiano la fórmula de este modo, referido a la legitimación propia, porque estima que la legitimación sustitutiva es presupuesto procesal (cuestión de forma) y no condición de la acción (cuestión de fondo)¹⁴⁰; y, **(iii)** interés en conseguir el bien jurídico pretendido a través de los órganos jurisdiccionales¹⁴¹.

Calamandrei –seguido explícitamente por Vécovi¹⁴²– sostiene que estos requisitos son: **(i)** relación de coincidencia entre el hecho específico real y el hecho normativo de la que surja el derecho invocado o acción esgrimida¹⁴³; **(ii) legitimación para obrar o para contradecir**, esto es: “*legitimatío ad causam*, llamada también cualidad o investidura para obrar o para contradecir”¹⁴⁴; y, **(iii)** interés procesal en obrar¹⁴⁵.

En cuanto a la doctrina francesa, interesa mencionar que, para el clásico autor del siglo xx que es Motulsky, el término de **cualidad** refiere a la determinación de “*la persona habilitada por el ordenamiento jurídico para instar el efecto de la regla de Derecho provocando la intervención de la jurisdicción*”, refiriendo la cuestión a la existencia de la acción (por supuesto que en sentido concreto)¹⁴⁶.

Entre nosotros, Casarino, que sigue rigurosa y sintéticamente a Alsina¹⁴⁷, manifiesta que las condiciones de admisión de la acción son “*aquellos elementos o requisitos que deben concurrir a fin de que la acción sea acogida en definitiva*”¹⁴⁸: **(i)** “*derecho a la acción implica invocar un hecho ante el juez y, además, que tal hecho esté realmente protegido por la norma legal que nos hemos encargado de invocar*”¹⁴⁹; **(ii)** “*calidad*

¹³⁴ Las formula pensando esencialmente en los requisitos generales de una sentencia de condena (Principios, Tomo I, pág. 114).

¹³⁵ Principios, Tomo I, págs. 114 y 117.

¹³⁶ Principios, Tomo I, pág. 176.

¹³⁷ Principios, Tomo I, pág. 175.

¹³⁸ Principios, Tomo I, pág. 178.

¹³⁹ Principios, Tomo I, pág. 114.

¹⁴⁰ Principios, Tomo I, pág. 116, y Tomo II, págs. 27 y ss.

¹⁴¹ Principios, Tomo I, pág. 114.

¹⁴² Teoría, pág. 82.

¹⁴³ Instituciones, Volumen I, págs. 259/261.

¹⁴⁴ Instituciones, Volumen I, pág. 261.

¹⁴⁵ Instituciones, Volumen I, págs. 268/269.

¹⁴⁶ Citado por Sánchez, La Legitimación, pág. 31.

¹⁴⁷ Derecho Procesal, Volumen I, págs. 383/398.

¹⁴⁸ Manual, Tomo III, pág. 59.

¹⁴⁹ Manual, Tomo III, págs. 59/60.

en la acción significa que ella debe ser ejercida por el titular del derecho y en contra de la persona obligada¹⁵⁰; y, **(iii)** “interés en la acción”, que concurrirá “cuando en realidad la protección jurisdiccional pretendida es el único medio adecuado para la salvaguardia del derecho”¹⁵¹.

Un aporte significativo ha formulado Devis Echandía al agregar entre los presupuestos del fallo de fondo favorable: **(i)** la enunciación suficientemente completa, en la demanda, de los hechos que sirven de *causa petendi* al *petitum*, “ya que su falta trae el fracaso en la sentencia, aun cuando (el litigante) tenga el derecho y haya pedido bien y probado, porque el juez debe basar su decisión en los hechos de la demanda y la contestación”¹⁵², es decir, el magistrado debe fallar *secundum allegata*, exigencia que la doctrina autorizada limita “a los hechos fundamentales del proceso”¹⁵³; y, **(ii)** “la petición adecuada al derecho que se tenga, porque se puede tener el derecho y haberlo probado, pero, por haber pedido cosa distinta, darse el caso que se obtenga sentencia desfavorable”¹⁵⁴.

En la doctrina de Serra, adecuada para evitar la indefensión de la contraparte, habría que agregar, por último, la exigencia de un planteamiento suficientemente desarrollado de la *causa petendi*, esto es, del “fundamento inmediato del derecho deducido en juicio”¹⁵⁵.

El juez, está dicho, es vinculado por los hechos alegados por las partes, e, igualmente, por las peticiones formuladas por ellas. En cambio, es libre para elegir y aplicar la norma: *da mihi factum, daba tibu jus*. Empero, como también

¹⁵⁰ Manual, Tomo III, pág. 60.

¹⁵¹ Manual, Tomo III, pág. 60.

¹⁵² Nociones, pág. 383. Véase, también, Serra, Manuel, *Incongruencia Civil y Penal*, en *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Ariel, 1969, págs. 400/403, y Damaska, Mirjan, *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*, traducción de Andrea Morales Vidal, Editorial Jurídica de Chile, 2000, págs. 193/197. En Chile, el fallo que acoge la pretensión sobre la base de hechos no alegados incurre en el vicio denominado legalmente como *ultra petita* por extensión “a puntos no sometidos a la decisión del tribunal” (art. 768 N° 4 del CPC), sometimiento que se exige sea *expreso* (art. 160). En rigor, el vicio, por el motivo expresado en el texto, es una forma de *extra petita*. En nuestra jurisprudencia se planteó un debate importante acerca de la materia examinada en el texto. La Tercera Sala de la Corte Suprema, en su integración de principios del principio del siglo XXI, estimaba que para dilucidar si concurre el motivo de nulidad aludido ha de examinarse únicamente el petitorio de la demanda, comparándolo con la parte resolutive de la sentencia, de modo que el exceso en los hechos probados y considerados en la *ratio decidendi* del fallo, respecto de los hechos alegados en la demanda, no implicaría nulidad (por ejemplo: Corte Suprema, Roles N°s 3.580/2002, 4.159/2002, 4.962/2002 y 1.585/2003). En contra, incluso en la misma época, se pronunciaban las Salas Primera y Segunda del máximo tribunal (por ejemplo, Corte Suprema, Roles N°s 922/2003, 916/2003 y 980/2003). También en contra, respecto de causa de pedir de excepción: Corte Suprema, Rol N° 3.462/2002. Actualmente, la controversia parece superada en el último sentido (por ejemplo: Corte Suprema, Rol N° 1.595/2008).

¹⁵³ Serra, *Incongruencia*, pág. 401. Véanse matices igualmente importantes en Alsina, Hugo, *Derecho Procesal*, Editorial EDIAR, 1963, Tomo I, págs. 386/387.

¹⁵⁴ Nociones, pág. 383. En Chile, el fallo que concede cosa distinta de la pedida, o más de lo pedido, padece del vicio denominado legalmente como *ultra petita* (art. 768 N° 4 del CPC), aunque en rigor, en el primer caso, se trata de un supuesto de *extra petita*.

¹⁵⁵ Art. 177 del CPC.

proclamaba Guasp¹⁵⁶, este último principio no alcanza a la *causa petendi*: si se demanda el pago de una suma de dinero a título de precio de una compraventa, el actor puede equivocar la cita de la norma legal justificante, que puede ser corregida por el tribunal, pero el demandado no puede ser condenado a título de restitución de lo percibido a título de mutuo.

La exposición de la causa de pedir, esto es, el fundamento de la tutela jurídica que se requiere, el porqué del requerimiento de derecho, debe satisfacer unas condiciones mínimas que la hagan comprensible. La jurisprudencia chilena ha tenido ocasión de desestimar diversas acciones por carencia de este requisito¹⁵⁷.

El deslinde exacto de la exigencia, sin embargo, no es absolutamente claro.

En doctrina comparada, Taruffo y Hazard opinan que los jueces del derecho europeo continental contarían con libertad para operar incluso sobre el fundamento de la pretensión, es decir, en la causa de pedir, mientras que ello es imposible en el sistema del *common law*¹⁵⁸.

Esta última visión, que impide que el juez altere el fundamento del pretensor, es la aplicada en Chile en una sentencia de la Corte Suprema de 4 de octubre de 1935¹⁵⁹ (el juez puede utilizar los razonamientos que crea conducentes pero "*siempre que no alteren las acciones y excepciones que se han opuesto en el juicio*") y preferida por la doctrina que ha examinado con mayor detalle el principio *juria novit curia* ("*lo importante es que cuando se acoge una acción o excepción el juez respete aquello que la determina, esto es, la causa de pedir o condición jurídica de las mismas*"¹⁶⁰).

Y esta misma tesis restrictiva, del tipo del *common law*, es la que inspiró a la contemporánea Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000, conforme a cuyos arts. 218 y 456, si bien el juez "*resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes*" procederá en todo caso "*sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer*", de manera que la doctrina determina que el magistrado no puede "*otorgar al objeto del proceso la perspectiva jurídica que considere más adecuada*"¹⁶¹.

¹⁵⁶ Citado por Serra, *Incongruencia*, pág. 404.

¹⁵⁷ Para un ejemplo: sentencia de 7 de noviembre de 2016, Corte de Apelaciones de Concepción, consideraciones quinta y sexta, Rol N° 1.608/2015 (por transparencia el autor deja constancia que cita un caso en que patrocina a la parte que obtuvo en el fallo).

¹⁵⁸ Taruffo, Michele, y Hazard, Geoffrey, *La Justicia Civil en los Estados Unidos*, traducción de Fernando Gascón de la edición italiana de 1993, Editorial Thomson Aranzadi, 2006, pág. 101.

¹⁵⁹ Citado en sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena de 20 de marzo de 2015, Rol N° 1.599/2013, consideración quinta del fallo de casación en la forma.

¹⁶⁰ Hunter, Iván, *Juria Novit Curia* en la Jurisprudencia Chilena, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Volumen xxiii, N° 2, diciembre 2010, págs. 197/221.

¹⁶¹ De la Oliva, Andrés, y Gascón, Fernando, en prólogo a Taruffo, y Hazard, *La Justicia Civil en los EE.UU.*, pág. 14.

22. Enunciación jurisprudencial de los presupuestos de la sentencia favorable

La Corte Suprema, en sentencia de casación de 3 de octubre de 2006¹⁶², ha establecido que *“para que el actor triunfe en su demanda, se requieren las siguientes condiciones: uno) derecho, o sea una norma de la ley que garantice al actor el bien que pretende; dos) **calidad, o sea la identidad de la persona del actor con la persona favorecida por la ley**; y, tres) interés, de conseguir el bien mediante la intervención del órgano público”*.

En cuanto al primer requisito, el máximo tribunal agregó que *“corresponde al juez determinar en la sentencia si la situación concreta que la demanda plantea está amparada por una norma legal, sea en forma expresa o implícita”*, lo que *“supone una operación lógica en la que se establecerá: si existe una norma abstracta que contemple la situación jurídica; si el hecho que el actor invoca corresponde a la categoría de los que esa norma considera; y si la existencia del hecho está justificada”*; en cuanto a la segunda exigencia, que *“**la calidad de la acción dice relación con que esta debe ser intentada por el titular del derecho y contra la persona obligada, es decir, las partes en la relación jurídica sustancial**”*, y que *“**llámase legitimatio ad causam, la demostración de la existencia de la calidad invocada, que es activa cuando se refiere al actor y pasiva cuando al demandado**”*, en términos tales que *“correspondiendo al actor la prueba de las condiciones de su acción, a él incumbe demostrar su calidad de titular del derecho”*, y que *“**la falta de calidad, sea porque no existe identidad entre la persona del actor y aquella a quien la acción está concedida, o entre la persona del demandado y aquella contra la cual se concede, determina la procedencia de la defensa por falta de legitimidad, que debe ser opuesta al contestar la demanda y apreciada en la sentencia definitiva**”*; concluyendo al respecto que *“**la legitimación de la calidad de obrar no es un requisito para el ejercicio de la acción, sino para su admisión en la sentencia**”*, y que *“**si de la prueba no resulta la legitimación activa o pasiva, la sentencia rechazará la demanda, no porque ésta haya sido mal deducida, sino porque la acción no corresponde al actor o contra el demandado**”*; y, en cuanto al tercer requisito, que *“para intentar una acción, así como para contradecirla, es necesario tener interés, porque solo con esa condición se pone en juego la actividad jurisdiccional”*, lo que *“no impide que en ciertos casos se permita el ejercicio de la acción, aun cuando aparentemente no se descubra un interés inmediato”*, porque *“el interés consiste únicamente en que, sin la intervención del órgano público, el actor sufriría un perjuicio”*, asunto cuya determinación *“constituye una situación de hecho”*.

¹⁶² Primera Sala, Rol N° 5.557/2004, ministros Rodríguez A., Muñoz y Herreros, e integrantes Herrera (redactor) y Carrasco.

23. La sentencia de rechazo por falta de presupuestos favorables (entre ellos la *legitimatío ad causam propria*) y la intensidad de la cosa juzgada

Añade Chiovenda que la sentencia que rechaza la demanda por defecto de cualquiera de las que llama condiciones de admisión de la acción, entre ellas la concurrencia de *legitimatío ad causam propria*¹⁶³, “es favorable al demandado, le reconoce un bien y produce la cosa juzgada”¹⁶⁴, pero “en diferente grado” porque “**si niega la acción por falta de calidad, no niega que el actor pueda volver a deducir la demanda, respecto del mismo derecho, a base de un nuevo hecho que le dé la calidad**”¹⁶⁵; si la rechaza “por defecto de interés, no niega que la acción pueda nacer después respecto al mismo derecho ya deducido en pleito y a base de un nuevo interés”¹⁶⁶; en tanto que, en cambio, si la desestima por inexistencia de derecho “la absolución del demandado es completa y definitiva; es el máximo favor que puede corresponder al demandado; en este caso el actor no podrá obrar más, sino probando que la voluntad de ley, que no existía antes, ha surgido en razón de un hecho nuevo”¹⁶⁷.

23.bis. La reacción del demandado que esgrime la inconcurrencia de un presupuesto de la sentencia favorable al actor (como la ausencia de *legitimatío ad causam propria*): ¿constituye excepción o mera alegación?

La comprensión de esta materia exige el recuerdo de conceptos básicos de Derecho Romano. En términos probablemente simplificadores, puede decirse aquí que la fórmula, dada por el magistrado al juez, era una instrucción escrita de acceder a la *intentio (petitum)*, para el evento de acreditarse, ante este, la *demonstratio*, esto es, el hecho que constituye el fundamento de la litis (*causa petendi*), o de rechazarla, y absolver al demandado, si no se le acredita (*si non paret, absolvito*)¹⁶⁸.

Así las cosas, el concepto moderno de presupuestos de la sentencia favorable se corresponde con el entendimiento romano (del periodo formulario) de procedencia del acogimiento de la *intentio (petitum)* en caso de acreditación de la *demonstratio (causa petendi)*.

¹⁶³ Véase por ejemplo Alsina, Derecho Procesal, Volumen I, pág. 388.

¹⁶⁴ Principios, Tomo I, pág. 117.

¹⁶⁵ Principios, Tomo I, pág. 117. Véase también acerca de este tema (con referencia a cosa juzgada formal en este supuesto): Arellano García, Carlos, Teoría General del Proceso, reimpresión de la decimotava edición, 2012, pág. 196.

¹⁶⁶ Principios, Tomo I, pág. 117.

¹⁶⁷ Principios, Tomo I, pág. 118.

¹⁶⁸ Scialoja, Vittorio, Procedimiento Civil Romano, traducción de Santiago Sentís Melendo y de Marino Ayerra de la edición italiana de 1936, Editorial EJE, 1954, págs. 157/161.

En cambio, el concepto de *exceptio* concierne a otra parte de la fórmula, que puede o no estar presente en función del modo de reacción del demandado, en que el magistrado instruye al juez en el sentido que, pese a habersele acreditado la *demonstratio* y de proceder, en principio, que acoja la *intentio* en lo resolutivo (*condemnatio*), absuelva y rechace la acción (*omni modo summo veris*)¹⁶⁹ si se le acredita cierto otro fundamento excluyente de la condena.

En consecuencia, la *exceptio* involucraba la alegación de un fundamento agregado, diferente del esgrimido por el actor en sustento de su *petitum*, impeditivo, modificativo o extintivo, del derecho ejercido por el demandante, excluyente de su acogimiento¹⁷⁰.

Así entendido, la reacción del demandado que se limita a esgrimir la inconcurrencia de un presupuesto de la sentencia favorable al actor (como la ausencia de *legitimatío ad causam*), en la medida en que no involucra la alegación de un fundamento añadido y distinto del fundamento invocado por el actor, en términos estrictos, es una pura defensa negativa (*actore non probante, reus est absolvendus*), o alegación, y no constituye –dice Mattirolò– propiamente excepción¹⁷¹; en lenguaje de Chiovenda, se trata de una “*simple defensa anulatoria de la acción*”¹⁷².

¹⁶⁹ Scialoja, Procedimiento Civil Romano, págs. 167/175.

¹⁷⁰ El concepto doctrinario de excepción “*perentoria*”, también originado en Roma, es asumido en el CPC, que lo utiliza en el art. 711, y es aplicado por la jurisprudencia. Sobre la base de del art. 303 N° 6 del CPC, en relación con el art. 1600 inc. final del CC, en coherencia con la dogmática, puede decirse que son excepciones perentorias aquellas que: **(i)** enervan (debilitan hasta destruir) la fuerza jurídica de la pretensión, justificando la petición de rechazo de ésta (por ejemplo: Vescovi, Enrique, Teoría General del Proceso, Editorial Temis, segunda edición, 2006, pág. 78); y, **(ii)** se basan en la alegación de hechos sustanciales que son nuevos en el sentido que son diferentes de los esgrimidos por el actor, e impiden el nacimiento del derecho ejercido por este, o lo modifican, o lo extinguen, obstaculizando en todo caso el acogimiento de la acción procesal concreta ejercida por el demandante. En términos coherentes con los orígenes romanistas: concurriendo los presupuestos de la sentencia de fondo favorable a la acción instaurada, ésta será en principio acogida por el juez, “*excepto que*” o “*salvo que*” (Scialoja, Procedimiento Civil Romano, pág. 167) el demandado la enerve, es decir, quite la fuerza de la pretensión, por medio de una “*excepción perentoria*”, o sea, a través de la oposición de un hecho sustancial diferente que –en conformidad con el ordenamiento jurídico– impida el nacimiento del derecho objeto de la pretensión, o lo modifique, o lo extinga, demostrando la improcedencia de la pretensión. Las excepciones perentorias son, en consecuencia, impeditivas (impiden el nacimiento del derecho pretendido en juicio: como la excepción de contrato no cumplido, prevista en el art. 1552 del CC), modificativas (modifican el derecho pretendido en juicio: como el otorgamiento de un plazo que modifique la oportunidad de exigibilidad de la obligación, arts. 1494 y 1496 del CC), o extintivas (extinguen el derecho pretendido en juicio: como el pago de la obligación, o la prescripción de ésta, art. 1567 del CC). Como se trata de la cara opuesta de la acción procesal concreta, constituyen en realidad una pretensión procesal inversa. Así, las “*excepciones perentorias*” tienen también elementos objetivos: **(i)** el “*petitum*”, que es el beneficio jurídico concreto que pide quien se excepciona: el rechazo de la pretensión contenida en la demanda (art. 303 N° 4 del CPC); y, **(ii)** la “*causa petendi*”, que es el fundamento o la razón de la excepción (art. 304 N° 3 del CPC), esto es, el hecho jurídico que se esgrimen para oponerse a la pretensión.

¹⁷¹ Tratado de Derecho Judicial Civil, traducción de Eduardo Ovejero de la quinta edición italiana de 1901, Editorial Reus, 1930, Volumen I, pág. 33.

¹⁷² Sobre La Excepción, en Ensayos, Volumen I, pág. 265.

Este concepto dogmático ha sido frecuentemente utilizado por la jurisprudencia¹⁷³.

De él fluye que podrá alegarse por esta vía (“*mera alegación*”, “*alegación*” o “*defensa*”: **(i)** que el actor no tiene derecho a la pretensión ejercida, sea porque, en conformidad con la norma sustantiva aplicable, los hechos invocados no conducen a la consecuencia jurídica reclamada por el actor en la cosa pedida por este, bien porque los hechos invocados no son reales; **(ii)** que no concurre la condición de calidad, bien porque el actor no está legitimado activamente, sea porque el demandado no está legitimado pasivamente, o porque la legitimación es incompleta; **(iii)** que el actor no tiene interés concreto en el ejercicio efectivo de la pretensión instaurada; **(iv)** que falta en la demanda la completa enunciación de los hechos que habrían debido servir de *causa petendi* al *petitum*; **(v)** que la demanda no ha formulado un *petitum* adecuado al derecho que se invoca, aunque se disponga de éste; y, **(vi)** que la demanda no contiene un planteamiento suficientemente desarrollado de la *causa petendi* propiamente tal, es decir, del fundamento del beneficio que pide.

Pero debe tenerse presente que, en el derecho positivo chileno, la oposición, en la contestación de la demanda, de la inconcurrencia de un presupuesto de la sentencia favorable a la pretensión del actor, recibe el mismo tratamiento de una excepción perentoria. En efecto, el art. 309 N° 3 del CPC refiere a “*las excepciones que se oponen a la demanda y la exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoyan*”, sin aludir diferencialmente a las “*defensas*”, “*alegaciones*” o “*meras alegaciones*”, concepto amplio –determinado por el lenguaje confuso del *Corpus Juris*¹⁷⁴– que es propio del derecho moderno¹⁷⁵. El art. 170 N° 3, que establece los requisitos de las sentencias definitivas, dispone que estas deben contener la “*enunciación de las excepciones o defensas alegadas por el demandado*”, lo que demuestra *a fortiori* la equivalencia. Seguidamente, el art. 170 N° 6° determina que el fallo definitivo debe contener “*la decisión del asunto controvertido*”, que “*deberá comprender todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio*”. Finalmente, el art. 768 N° 5 dispone la nulidad de la sentencia definitiva que omita el cumplimiento de estos contenidos.

¿Qué relevancia agregada podría tener la circunstancia que este tipo de defensa negativa constituya una “*mera alegación*” o “*defensa*” y no una “*excepción*”? En el procedimiento ordinario de mayor cuantía, puede contenerse en la dúplica, puesto que dice relación con materias que el juez de todos modos debe exa-

¹⁷³ Por ejemplo: Tercera Sala de la Corte Suprema, sentencia de casación de 29 de abril de 2013, consideración sexta, Rol N° 4.687/2012.

¹⁷⁴ Chioyenda, Sobre La Excepción, en Ensayos, Volumen I, pág. 265.

¹⁷⁵ Mattiolo, LUIS, Tratado, Volumen I, pág. 31.

minar de oficio; y, por ello mismo y, porque se deduce –analógicamente– del art. 305, en toda clase de ritualidad, también puede plantearse *ex post* de la fase de discusión, durante el progreso del procedimiento¹⁷⁶; aunque, en estos casos, la omisión de pronunciamiento en la sentencia definitiva no importará su nulidad formal¹⁷⁷.

24. Carácter preliminar o prejudicial de la apreciación de los presupuestos de interés en obrar y de *legitimatío ad causam*

Adiciona Chioventa que las condiciones de calidad (legitimación) y de interés en obrar son preliminares o prejudiciales en sentido amplio respecto de la existencia de derecho¹⁷⁸, pero aclara que todas ellas son igualmente “*de fondo*” o “*de mérito*”, a diferencia de los “*presupuestos procesales*”¹⁷⁹; en esta orientación puede añadirse la cita de una sentencia del Tribunal Supremo español de 16 de mayo de 2000¹⁸⁰.

25. En torno a una tesis latinoamericana acerca de “presupuestos materiales de la sentencia de fondo”

La singularidad anotada por Chioventa ha llevado probablemente a Devis Echandía a sostener que las condiciones de calidad o legitimación *ad causam* y de interés concreto en obrar no constituirían presupuestos de la sentencia favorable, sino “presupuestos materiales de la pretensión o sentencia de fondo”, es decir, “*requisitos para que el juez pueda proveer de fondo o de mérito, para resolver si el demandante tiene o no el derecho pretendido, y el demandado, la obligación que se le imputa*”¹⁸¹.

El autor colombiano los comprende dentro de la misma categoría conceptual que: **(i)** el ejercicio por el interesado de la acción ejecutiva en su caso; **(ii)** el agotamiento de la vía administrativa con antelación a la promoción del proceso contencioso administrativo; **(iii)** la correcta acumulación de pretensiones en su caso; **(iv)** la suficiencia en el modo de formulación de la pretensión; **(v)** la elección adecuada del tipo de procedimiento aplicado; **(vi)** la ausencia de

¹⁷⁶ Téngase en cuenta sin embargo que Alsina estima que esta defensa (*sine actione agit*) debe ser opuesta en la contestación de la demanda: Derecho Procesal, Tomo I, pág. 388.

¹⁷⁷ Por ejemplo, sentencia de casación de la Tercera Sala de la Corte Suprema de 12 de agosto de 2008, consideración tercera, Rol N° 381/2007.

¹⁷⁸ Principios, Tomo I, pág. 118.

¹⁷⁹ Principios, Tomo I, pág. 118.

¹⁸⁰ Citada por Montero, De La Legitimación en el Proceso Civil, Editorial Bosch, 2007, pág. 71.

¹⁸¹ Nociones, pág. 381.

cosa juzgada, transacción, caducidad o desistimiento; y, **(vii)** la ausencia de litispendencia.

La autoridad indiscutida de Devis Echandía, por un lado, obliga a la mención de su doctrina, y, por el otro, ha conducido al seguimiento de esta categoría por otros autores latinoamericanos, que comprenden dentro de ella a la legitimación y al interés en obrar¹⁸².

Sin embargo, la tesis no ha convencido a la mayoría de los autores ni siquiera en nuestro continente¹⁸³, puesto que –como reconocen los más destacados entre sus seguidores– la diferencia entre la noción de presupuestos materiales de la sentencia de fondo y la de presupuestos procesales es débil¹⁸⁴, de existir, de modo que introduce confusión, y más bien presenta el peligro de reconducir erróneamente a las condiciones de interés concreto en obrar y de legitimación *ad causam* a la categoría de los presupuestos procesales.

Por otra parte, como se verá, atento que, en la hipótesis normal de legitimación *ad causam* propia, esta deriva de la existencia misma de la relación material (existencia de derecho)¹⁸⁵, parece artificiosa, tortuosa e inútil la distinción. Como expresa Satta: si al sujeto le falta la legitimación porque carece de la titularidad del interés “no se le dice que es parte pero no justa parte, se le dice que no tiene esa titularidad, o sea se rechaza su demanda con un juicio que es sustancialmente de mérito”¹⁸⁶.

En cuanto a las condiciones que Devis Echandía consigna como análogas, tampoco son mantenidas por sus seguidores, que consideran varias de ellas como presupuestos procesales, y otras como “*excepciones procesales o mixtas*”, materia, esta, cuyo exhaustivo abordaje sería imprescindible en una obra general, pero que aquí solo podemos dejar enunciada, puesto que exige amplio desarrollo.

No parecen correctas, finalmente, las “*consecuencias de los errores en esta materia*”¹⁸⁷ que consigna el autor de la tesis, derivando ellas, en rigor, de su opción circunscrita por la tesis de la acción en sentido abstracto, sin consideración suficiente de la doctrina de la acción en sentido concreto.

En cualquier caso, es relevante consignar que, también para Devis Echandía, las de legitimación *ad causam* y de interés concreto en obrar son “*cuestiones de fondo*”¹⁸⁸.

¹⁸² Quintero y Prieto, Teoría, págs. 437 y ss.

¹⁸³ Quintero y Prieto, Teoría, pág. 437.

¹⁸⁴ Quintero y Prieto, Teoría, pág. 438.

¹⁸⁵ Gómez Orbaneja y Herce Quemada, Derecho Procesal Civil, Ediciones Artes Gráficas, 1962, quinta edición, pág. 134.

¹⁸⁶ Manual, Pág. 87.

¹⁸⁷ Devis Echandía, Nociones, pág. 384.

¹⁸⁸ Nociones, pág. 384.

26. La *legitimatío ad causam*, en su tipo básico (propia y normal u ordinaria) es un presupuesto de fondo de la sentencia favorable

Así, la calidad o legitimación para obrar o *legitimatío ad causam*¹⁸⁹, en su variable o modalidad básica, que es la *propia* y *normal* u *ordinaria* (identidad de la persona del actor con la persona favorecida por la ley [legitimación activa], y de la persona del demandado con la persona obligada [legitimación pasiva]¹⁹⁰), para la doctrina y jurisprudencia intensamente mayoritarias, constituye uno de los *presupuestos* de la sentencia favorable al actor, condiciones (de admisión) de la acción, requisitos constitutivos de la acción, requisitos de la tutela jurídica, o elementos axiológicos de la pretensión, puesto que consiste en una cuestión de fondo, que debe ser examinada sobre la base del material reunido durante la sustanciación (mérito del proceso¹⁹¹). Lo propio opina Allorio: la *legitimatío ad causam* es cuestión de “*existencia de la acción*”¹⁹². En igual sentido puede mencionarse una sentencia del Tribunal Supremo español de 30 de julio de 1999¹⁹³. Su apreciación de oficio no es dudosa, tal cual se advirtió *supra* (19), aspecto acerca del que tampoco hesita la jurisprudencia extranjera¹⁹⁴.

En contra, aisladamente, puede mencionarse a Garnica¹⁹⁵, que, sin exposición de mayores fundamentos sistemáticos, plantea que la legitimación pasiva conformaría una cuestión relativa a los presupuestos del proceso, que debería analizarse sobre la exclusiva base del contenido expositivo del libelo de demanda. La doctrina minoritaria yerra.

En primer lugar, la apreciación de la legitimación *ad causam* propia y normal u ordinaria supone necesariamente ponderar una cuestión que es de fondo porque encuentra base en un tipo de “*vinculación con la relación jurídica sustancial que se deduce en el juicio*”¹⁹⁶, concierne al objeto litigioso, a la *res in iudicium deducta*.

¹⁸⁹ Chioyenda, Principios, Tomo I, pág. 178.

¹⁹⁰ Chioyenda, Principios, Tomo I, pág. 114.

¹⁹¹ En Chile: art. 160 del CPC.

¹⁹² Allorio, Enrico, Legitimación Para Accionar, en Problemas de Derecho Procesal, traducción de Santiago Sentís Melendo de la edición italiana de 1957, Editorial EJE, 1963, Tomo II, pág. 250. Hay que dejar anotado que las ideas del autor italiano acerca del tema presentan profusas particularidades, no siempre coincidentes con las doctrinas que se sostienen en el texto, que no serán abordadas en este artículo básico. Un trabajo exhaustivo no debiera omitir su examen.

¹⁹³ Citada por Montero, De La Legitimación, pág. 71.

¹⁹⁴ Montero, De La Legitimación, pág. 72.

¹⁹⁵ Garnica Martín, Juan, Cuestiones procesales asociadas al carácter solidario de la responsabilidad civil de una pluralidad de sujetos, en Realismo Jurídico y Experiencia Procesal, pág. 519. Garnica refiere a un caso de litis consorcio necesario, pero su planteamiento es general respecto de la cuestión de *legitimatío ad causam*.

¹⁹⁶ Córdón Moreno, citado por NIEVA, Imprecisiones, pág. 820.

De la Oliva ha definido la legitimación *ad causam* propia y normal u ordinaria así: “es la cualidad de un sujeto jurídico consistente en hallarse, dentro de una situación jurídica determinada, en la posición que fundamenta, según el derecho (objetivo), el reconocimiento justamente a su favor de una pretensión que ejercita (legitimación activa) o a la exigencia, precisamente respecto de él, del contenido de una pretensión (legitimación pasiva)”¹⁹⁷.

Esta idea se halla también en la frase de Gómez Orbaneja: la *legitimatio ad causam* “es el trasunto procesal de la titularidad”¹⁹⁸.

Este modo de enfocar el tema obedece a la lógica jurídica, que no puede abstraerse de la realidad, porque el Derecho es ciencia práctica. *La acción procesal será eficaz en su perspectiva concreta*, hemos dicho *supra* (3), si es apta para producir un dictamen de acogimiento del específico *petitum* formulado por el demandante respecto de la cuestión material planteada. Repitamos lo que enseña Calamandrei: “este derecho, que trata de obtener una determinada providencia favorable, encuentra su satisfacción en el pronunciamiento de esta providencia y en ella se agota y extingue”¹⁹⁹. Esta finalidad se obtendrá si el tribunal, en el instante del juzgamiento, verifica la concurrencia de los presupuestos de la sentencia favorable al actor. A menos que queramos convertir al proceso jurisdiccional en entidad vacua, en un sinsentido²⁰⁰, como tan correctamente lo comprendieron Gierke, Chiovenda y Calamandrei, no podemos prescindir de la acción procesal en perspectiva concreta, entendida como el derecho a la tutela jurídica merecida por el reclamante y debida por la colectividad mediante la prestación jurisdiccional, circunstancia que –para que el proceso jurisdiccional sirva para algo– obliga a relacionarla con la *res in iudicium deducta*.

Y, en segundo lugar, si bien puede concebirse –concordamos con esta aseveración– que es un presupuesto del proceso la exigencia de la simple afirmación de la parte de ser sujeto legitimado, porque constituiría un absurdo aceptar la

¹⁹⁷ De la Oliva, Andrés (con Diez-Picazo), Derecho Procesal Civil, El Proceso de Declaración, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2000, pág. 128, citado por Nieva, Imprecisiones, págs. 820/821.

¹⁹⁸ Referido por De la Oliva, Andrés (con Diez-Picazo), Derecho Procesal Civil, citado por Nieva, Imprecisiones, pág. 822.

¹⁹⁹ También lo manifiesta pulcramente Calamandrei: “Este derecho, que trata de obtener una determinada providencia favorable, encuentra su satisfacción en el pronunciamiento de esta providencia y en ella se agota y extingue” (Instituciones, Volumen I, pág. 257; léase la nota 16, que alude al concepto de Redenti: “la extinción de la acción por satisfacción”).

²⁰⁰ Resultado que logra Nieva en la que, en nuestro concepto, constituye la menos feliz de sus aportaciones doctrinarias: Imprecisiones, págs. 808/817. Califica a la acción como un concepto inútil, derivado de supuestas confusiones que fluirían de concepciones sustancialistas trasladadas al proceso jurisdiccional (concepto que extiende al de legitimación que es objeto del presente trabajo). El sinsentido del resultado de su reflexión se deja ver en estas frases suyas: “... el legislador, teóricamente, podría ordenar que cualquier proceso fuera iniciado de oficio. Sería una aberración social, evidentemente, que se dispusiera algo por el estilo. Pero lo cierto es que aunque las partes no instaran la actuación judicial, la jurisdicción y el proceso podrían seguir existiendo” (pág. 811). Respetuosamente opino que es inútil, tratándose del Derecho, que es ciencia práctica, examinar escenarios que –al menos en el orden civil– constituyen aberraciones.

existencia de un proceso en que la parte misma afirma su carencia de titularidad respecto del objeto litigioso, no puede desconocerse que –como enseñan Gómez Orbaneja y Herce Quemada– la *legitimatio ad causam* tiene que ver con “la existencia misma de la acción, o sea, no cabe referirla al derecho de ser demandante, o a la carga de ser demandado, en un determinado pleito, sino al derecho a la sentencia en el sentido pedido en la demanda”²⁰¹. Es por esta razón que de lo que se trata es de justificar la titularidad del derecho a la sentencia en el sentido pedido en la demanda, que “el juicio tiene por objeto probar esa misma legitimación”²⁰², de manera que esta constituye un presupuesto de fondo de la sentencia favorable que –en esta perspectiva– ha de apreciarse en función del mérito del proceso, y no es un puro presupuesto del proceso cuya concurrencia pueda ser valorada sobre la base de las meras afirmaciones expresadas en el libelo de demanda.

Finalmente, consistiendo la *legitimatio ad causam* propia en un presupuesto de la sentencia favorable, en supuesto de inconcurrencia, como lo consigna De la Oliva²⁰³, ha de dictarse sentencia de fondo de rechazo de la pretensión (*supra*: 24), aunque deba dejarse constancia que la jurisprudencia española reciente no ha sido constante en este punto, puesto que en diversas ocasiones –con crítica doctrinaria– se ha limitado a absolver la instancia²⁰⁴.

27. Concepto y efecto de la *legitimatio ad causam*

El concepto de legitimación *ad causam* es correctamente definido por GOLDSCHMIDT²⁰⁵ como “**derecho de gestión procesal**”, es decir, “**la facultad de hacer valer un derecho en juicio**”, tratándose de la que es activa, y como “**carga de gestionar el proceso o de actuar en él**”, esto es, “**la necesidad de defenderse judicialmente contra una demanda (necessitas defensionis, Dig. 49, 17, 18, 4)**”, tratándose de la que es pasiva. BULOW alude al concepto con las expresiones de “**legitimación sustancial**”²⁰⁶.

Doctrinadores alemanes más modernos (Arens/Luke, Jauernig, Rosenberg, Schwab, Gottwald, Grunsky) aluden a la facultad de “*conducción procesal*”²⁰⁷. Calamandrei²⁰⁸ llama, a la activa, “*legitimación para obrar*”, indicando que ésta se traduce en que es necesario que la demanda sea presentada al juez por quien

²⁰¹ Derecho Procesal Civil, pág. 128.

²⁰² Citados por Nieva, Imprecisiones, pág. 822.

²⁰³ Citado por Montero, De La Legitimación, pág. 77.

²⁰⁴ Montero, De La Legitimación, pág. 73.

²⁰⁵ Derecho Procesal Civil, Tomo I, pág. 115.

²⁰⁶ La Teoría, pág. 10.

²⁰⁷ Citados por Nieva, Imprecisiones, pág. 825.

²⁰⁸ Instituciones, Volumen I, págs. 261/263.

se encuentre, frente al hecho específico legal, en cierta posición subjetiva cualificada, “que la ley considera como particularmente idónea para estimular en aquel caso concreto la función jurisdiccional”; y denomina, a la pasiva, “legitimación para contradecir”, expresando que la exigencia de esta consiste en que la demanda debe ser propuesta, por el actor, “contra un adversario que se encuentre, en cuanto al mismo hecho específico, en la posición subjetiva recíproca”, que aparezca como “especialmente cualificado” para “contradecir respecto de la materia”.

Agrega Calamandrei²⁰⁹ que, concurriendo la legitimación *ad causam* activa y pasiva podrá decirse que el proceso se lleva entre “**legítimos contradictores**”.

A propósito de estas últimas expresiones interesa recordar que, en el derecho iberoamericano, el concepto de *legitimatío ad causam* se entendía en el siglo XIX comprendido dentro del concepto –más amplio y complejo– de *personalidad*, que mantuvo utilización en España hasta bien entrado el siglo XX²¹⁰.

Pero en Chile la evolución terminológica se realizó en el siglo XIX. El Proyecto LIRA (1884) propuso el siguiente texto en su art. 843: “Si a la solicitud promovida se hiciere oposición por alguno que tenga **personalidad** para formularla, se hará contencioso el negocio y se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda. Si la oposición se hiciere por quien no tenga **personalidad** para ello, podrá el tribunal, desestimándola de plano, dictar providencia sobre el negocio principal. En la calificación de la **personalidad** del opositor podrá también el tribunal proceder sin forma de juicio”. Examinada la disposición por la Comisión Revisora, en su sesión 111, “el señor Campillo encuentra oscura la frase por alguno que tenga **personalidad** para formularla y cree que el derecho tiene adoptada para expresar la idea de que aquí se trata la expresión **legítimo contradictor**. Propone en consecuencia esta modificación. Aceptada unánimemente esta indicación, se acordó también poner en el inciso 2° por quien no tiene **derecho** en lugar de por quien no tiene **personalidad** para ello. El señor Campillo pidió también por redundante la supresión del último inciso. El señor Lira sostuvo el inciso como necesario a fin de autorizar al juez para proceder en ese caso en la forma que se expresa, supuesto que por tratarse ya de cuestión entre partes conocidas podría creerse que el negocio degeneraba de su naturaleza de no contencioso. Fue aprobada la indicación del señor Campillo por tres votos contra uno”. Así, el Proyecto de 1893 contuvo la disposición que forma el actual art. 823 del CPC: “Si a la solicitud presentada se hace oposición por **legítimo contradictor**, se hará contencioso el negocio y se sujetará a los trámites del juicio que corresponda. Si la oposición se hace por quien no tiene **derecho**, el tribunal, desestimándola de plano, dictará resolución sobre el negocio principal²¹¹”.

²⁰⁹ Instituciones, Volumen I, pág. 263.

²¹⁰ Montero, De La Legitimación, págs. 26 y ss.

²¹¹ Lazo, Santiago, CPC, Ediciones Cruzat, 1918, pág. 853.

Por consiguiente, en el ordenamiento procesal chileno, corresponde concluir que el concepto de *legitimatio ad causam* dispone de antigua historia, concebido como una vinculación con la relación jurídica sustancial que se deduce en el juicio, lo que se colige del vocablo “derecho” que emplea el inc. 2° del art. 823.

28. *Legitimatio ad causam propria* y ordinaria o normal

La situación ordinaria o normal, de legitimación *ad causam propria*, consiste, según Goldschmidt²¹², en que “el derecho de gestión procesal nace de la titularidad del derecho litigioso o de la acción discutida, y la carga de gestionar el proceso es anexa a la titularidad de la obligación litigiosa”; o sea, siguiendo a Calamandrei²¹³, se actúa o contradice en juicio “para tutela del propio derecho”, de manera tal que “la legitimación ha de pertenecer de un modo exclusivo a aquella misma persona a la que pertenece de un modo exclusivo el derecho subjetivo sustancial”, con lo que, en términos más generales: “la legitimación para obrar y para contradecir corresponden respectivamente al sujeto activo y al sujeto pasivo de la relación sustancial controvertida”.

Esta es, agrega el jurista florentino, “una consecuencia necesaria de la naturaleza disponible de los derechos privados”²¹⁴. En rigor, la legitimación *ad causam propria* es un derivado del individualismo intuitivo romanista, desarrollado por el liberalismo clásico en los siglos xvii y xviii, y, como apuntan para Francia los autores Cornu y Foyer, influido proactivamente por la Revolución francesa²¹⁵, así como por la Revolución americana inmediatamente precedente, que se basaron en la constitución de la persona humana como un ser libre y responsable de sí mismo.

En este contexto, el derecho asegura que la agrupación estatal no se entrometerá dentro de esferas de libertad asegurada; es en este sentido que la doctrina alemana ha puesto énfasis en calificar el derecho a la propiedad (la posibilidad de adquirir toda clase de bienes, corporales e incorporales, art. 19 N° 23 CPR), el derecho de propiedad (señorío sobre bienes adquiridos, art. 19 N° 24 CPR, y la posibilidad de destinarlos a la ejecución de actividades económicas, art. 19 N° 21 CPR), que en su conjunto componen la institución de la propiedad, como la garantía de “un derecho de libertad del ciudadano frente al Estado”²¹⁶: el

²¹² Derecho Procesal Civil, Tomo I, págs. 115/116.

²¹³ Instituciones, Volumen I, pág. 264.

²¹⁴ Calamandrei, Instituciones, Volumen I, pág. 264. Véase, acerca de esta materia, contemporáneamente: Damaska, Las Caras de la Justicia, págs. 190 y ss.

²¹⁵ Citados por Sánchez, La Legitimación, pág. 45.

²¹⁶ Westermann, Harry, Westermann, Harm Peter, Gursky, Karl Heinz, y Eickmann, Dieter, Derechos Reales, Fundación Cultural del Notariado, 2007, Madrid, traducción de la séptima edición, 1998, por Miguel Cañazares, Ana Miquel, José Rodríguez, y Bruno Rodríguez, Volumen I, pág. 299.

otorgamiento, a los individuos, o grupos voluntariamente formados, de espacios de autonomía privada, en que podrán definir potestativamente respecto de esos bienes, sin que en esas decisiones, adoptadas dentro del ámbito de su señorío, puedan entrometerse otros individuos, u otros grupos, ni la colectividad estatal.

Estos principios sustantivos, como decía Gómez Orbaneja²¹⁷, se “*trasuntan*” al Derecho Procesal mediante la regla de legitimación *ad causam* propia que es, así, esencial en una sociedad libre.

29. Legitimatío ad causam propia y ordinaria o normal en casos de litisconsorcio necesario

Aunque deba tenerse en cuenta –para evitar equívocos– que se trata de casos normales u ordinarios, de legitimación *ad causam* propia, porque, como enseña Calamandrei, son hipótesis en que la legitimación para obrar y para contradecir corresponden respectivamente al sujeto activo y al sujeto pasivo de la relación sustancial controvertida, conviene considerar especialmente –con puntual referencia al fallo sintetizado al inicio de este trabajo– las situaciones de litis consorcio necesario²¹⁸:

A.- Propio (explícitas): cuando “*la ley misma disponga que el juez pueda pronunciar sobre la relación si no actúan o no están llamadas a contradecir todas las personas que según el derecho sustancial están interesadas en la relación misma*”²¹⁹; y,

B.- Impropio (implícitas): concurren, en razón de la naturaleza de la cuestión material debatida, o, como dice Chiovenda, “*de la relación preexistente al proceso*”²²⁰, si “*la decisión no puede pronunciarse más que frente a varias partes*”²²¹, “*a fin de que forme estado respecto de todas ellas*”²²², por una sentencia única, debiendo determinarse su procedencia a partir “*de la*

²¹⁷ Referido por De la Oliva, Andrés (con Diez-Picazo), Derecho Procesal Civil, citado por Nieva, Imprecisiones, pág. 822.

²¹⁸ Goldschmidt enfatiza que las situaciones de *litis consorcio necesario* son aquellas en que “*la igualdad de las situaciones procesales consiste en que los diferentes litisconsortes, por la relación jurídica en que están interesados, han de obtener, por precepto legal, una misma sentencia*” (Derecho Procesal Civil, Tomo II, pág. 439). La previsión legal, agregamos en conformidad con el texto y la doctrina común, puede ser implícita, en razón de la naturaleza de la relación. Pero es claro que no basta, como enfatiza el jurista judeo alemán, una “*supuesta necesidad lógica*”.

²¹⁹ Calamandrei, Instituciones, Volumen I, págs. 264/265. En Chile, esta sería la hipótesis concernida en el art. 18 del CPC, según Romero, (Curso, Tomo I, pág. 106), quien, no obstante, no ha podido encontrar en nuestro ordenamiento situaciones en que por imperio de la ley “*se proceda conjunta por muchos o contra muchos*”.

²²⁰ Sobre el Litis Consorcio Necesario, en Ensayos, Volumen III, pág. 303.

²²¹ Calamandrei, Instituciones, Volumen I, pág. 265.

²²² Calamandrei, citado por Romero, Curso, Tomo I, pág. 105.

*naturaleza de la relación jurídica deducida en juicio*²²³ de la que surja “la imposibilidad jurídica de pronunciar separadamente respecto a varios, (que) se tiene cuando la sentencia pronunciada respecto a uno solo entre los varios no tiene por sí ningún valor, inutiliter datur”²²⁴.

Se hallan entre estos casos, por ejemplo, las pretensiones constitutivas que persiguen la creación o alteración de estados jurídicos de partícipes plurales²²⁵, la pretensión de división de la cosa común²²⁶, las acciones de impugnación del pacto de separación total de bienes otorgado en perjuicio de acreedores que debe deducirse en contra de ambos cónyuges²²⁷, así como las acciones de nulidad de actos jurídicos²²⁸ y de resolución de contratos²²⁹.

Chiovenda apunta correctamente que el litis consorcio necesario impropio es siempre de excepción y concierne únicamente a las pretensiones de “sentencias constitutivas”²³⁰, esto es, aquellas que tienden a la creación de estados jurídicos nuevos, o a la modificación de estados jurídicos preexistentes²³¹, naturaleza que tienen, en rigor, todos los casos que venimos de citar como ejemplos (y que

²²³ Romero, Curso, Tomo I, pág. 106.

²²⁴ Chiovenda, Sobre el Litis Consorcio Necesario, en Ensayos, Volumen III, pág. 304.

²²⁵ Chiovenda, Principios, Tomo I, pág. 180.

²²⁶ Montero, De La Legitimación, pág. 224.

²²⁷ Peñailillo, Daniel, citado por Romero, Curso, Tomo I, pág. 107.

²²⁸ Véase también Montero, De La Legitimación, pág. 223. Este es el caso de mayor aplicación práctica de la doctrina de litis consorcio necesario impropio entre nosotros. Sin embargo, el fundamento que usualmente se esgrime es el proporcionado por la doctrina civil, en el sentido que la acción de nulidad es de naturaleza personal, de manera que debe interponerse en contra de todos los sujetos involucrados en el vínculo personal (por ejemplo, sentencia de la Primera Sala de la Corte Suprema de 21 de marzo de 2016, Rol N° 5.931/2015, consideración séptima: “el demandante ha ejercido en esta causa la acción de nulidad de un contrato, la que conforme lo dispuesto en el artículo 578 del CC es una acción personal, porque nace de un derecho personal, como es el que tiene cualquier contratante o tercero a quienes estos contratos puedan afectar o lesionar en sus respectivos derechos para reclamar su nulidad, y, por lo tanto, debe dirigirse principalmente en contra de las personas que lo han celebrado, aparte de las otras que de ellas derivan los derechos, por ser ellas las que por la convención han contraído obligaciones y han adquirido los derechos que de ellas provienen y que se pretende anular”; el fallo agrega la cita de Alessandri Besa, Arturo, La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno, Editorial Jurídica Ediar Cono Sur Limitada, Segunda Edición, Tomo I, pág. 623). En perspectiva procesal, lo relevante es que la acción de nulidad es **constitutiva**, es decir, pretende la alteración del estado de una relación jurídica y esto, por las razones apuntadas en el texto, únicamente puede hacerse frente a todos los sujetos interesados en ella. La naturaleza personal de la acción presenta una utilidad conceptualmente complementaria y diversa: determinar quiénes son los interesados en su resultado y, por lo mismo, quiénes son los legítimos contradictores que han de ser convocados al proceso respectivo para que la acción procesal concreta pueda ser acogida en la sentencia de fondo; o bien, en caso de omisión de emplazamiento, no resulte *inutiliter datur*.

²²⁹ Véase, por todos: Romero, Curso, Tomo I, págs. 107/110 y 112/119.

²³⁰ Sobre el Litis Consorcio Necesario, en Ensayos, Volumen III, pág. 309.

²³¹ La creación o modificación se opera por la misma sentencia: Chiovenda, Sobre el Litis Consorcio Necesario, en Ensayos, Volumen III, pág. 310. Este fundamento es decisivo para configurar la necesidad imprescindible del emplazamiento de todos los legítimos contradictores. El demandado ha de estar en la causa necesariamente: porque “está en causa no como obligado, al cual deba dirigirse un mandato contenido en la ley, sino solo en cuanto por el principio del contradictorio el efecto jurídico inherente a la sentencia del juez no puede producirse si él no es llevado a juicio” (Chiovenda, Sobre el Litis Consorcio Necesario, en Ensayos, Volumen III, pág. 311).

puede predicarse sin duda del caso que involucró a la señora Abaroa, al Fisco y a la Comunidad “Yalquincha” descrito *supra* [1]).

El fundamento sustantivo del instituto de litis consorcio necesario impropio se halla en la inescindibilidad de ciertas relaciones jurídicas materiales que “*exige que estén en el proceso todos sus titulares, pues de otro modo no podría llegarse a una decisión eficaz*”²³², atento que si no están en la causa todos ellos, “*la sentencia será inútil*” [*inutiliter datur*]²³³.

El litisconsorcio es necesario “*por razones de derecho material, no por motivos procesales*”²³⁴, de lo que se sigue que “*el litisconsorcio necesario afecta a la utilidad del proceso, pero no a la válida constitución del mismo (sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1991, entre otras)*”²³⁵.

Son evidentemente erróneos otros pronunciamientos jurisprudenciales españoles que basan el instituto en el principio de contradicción o derecho de defensa y eventual alcance a terceros por la fuerza de la cosa juzgada porque “*quien no fue parte en un proceso no se verá afectado por la cosa juzgada*”²³⁶, y, en Chile, en caso de pretensión de ilícita afectación, podrá utilizar la figura de oposición de tercero (art. 234 del CPC)²³⁷; o el recurso de protección previsto en el art. 20 de la CPR (nota 252)..

La sentencia es, respecto del tercero no emplazado, como decía Chiovenda, *inutiliter datur*, y esto: *por contraddittorio non integro*²³⁸.

Distinto es el caso de las legislaciones italiana y brasileña, en que se ha podido arribar, en el primer caso a partir del Código de 1941 (posterior a las enseñanzas de Chiovenda), a soluciones diferentes, sobre la base de preceptos distintos a los precedentes, y, desde luego, a los chilenos.

30. Legitimatío ad causam propia y extraordinaria o anormal

Pero la ley también configura situaciones de legitimación *ad causam* propia anormales o extraordinarias, es decir, casos en que autoriza o prescribe la actuación de sujetos que únicamente comparten, pero no conforman exclusiva y excluyentemente, la titularidad afectada en el caso concreto:

²³² Montero, De La Legitimación, pág. 224.

²³³ Montero, De La Legitimación, pág. 227.

²³⁴ Montero, De La Legitimación, pág. 224.

²³⁵ Montero, De La Legitimación, págs. 227/228.

²³⁶ Montero, De La Legitimación, págs. 225.

²³⁷ Romero, La Cosa Juzgada en el Proceso Civil Chileno, Editorial Jurídica de Chile, 2002, págs. 116/117.

²³⁸ Cruz e Tuggi, José Rogerio, Límites Subjetivos, pág. 264, nota 320.

- (a) situaciones en que la relación jurídica sustancial *“tiene lugar no entre dos solos sujetos, sino entre una pluralidad de sujetos activos o pasivos”*, en que *“puede ocurrir que la ley establezca que cada uno de los sujetos activos y pasivos esté legitimado por sí solo para obrar o contradecir en juicio respecto de toda la relación”*²³⁹, como acaece en ciertos aspectos de la solidaridad obligacional²⁴⁰;
- (b) las llamadas *acciones de clase*, en que *“se concede legitimación extraordinaria para la defensa de los intereses supraindividuales, colectivos o difusos”*²⁴¹;
- (c) las denominadas *acciones populares*, en que *“cada ciudadano es titular de un verdadero derecho, aunque este corresponda también a los demás”*²⁴²; y,
- (d) las situaciones en que el sujeto autorizado para pretender dispone únicamente de un interés en la situación jurídica material²⁴³.

31. *Legitimatío ad causam substitutiva (impropia)*

Completamente diferente es el caso de la legitimación *ad causam* substitutiva (o impropia), definida desde el siglo XIX por Kohler²⁴⁴, en que la legitimación se funda *“en el derecho de administrar un patrimonio ajeno”* o bien en que el derecho o carga de gestión procesal se halla *“independizada de tal modo que en tal caso la parte lleva el proceso en nombre propio, pero sobre derechos u obligaciones ajenos”*²⁴⁵.

Lo que caracteriza el instituto es que la legitimación para obrar y para contradecir no corresponde al sujeto activo, o al sujeto pasivo, en su respectivo caso, de la relación sustancial controvertida.

²³⁹ Calamandrei, Instituciones, Volumen I, pág. 264.

²⁴⁰ En Chile, en cuanto a la cosa juzgada derivada de la legitimación, un amplio tratamiento se encuentra en Stitckin, David, Derecho Civil, Tomo I, Editorial Universitaria, 1949, págs. 332/337. Sin embargo, la tendencia contemporánea, que asume, por ejemplo, el nuevo Código Civil argentino, consiste en que una sentencia nunca puede producir efecto de cosa juzgada en contra del codeudor solidario que no fue parte en el proceso respectivo, a menos que la sentencia le favorezca y no se haya dictado en virtud de causas personales del litigante (López Mesa, Marcelo, De Las Obligaciones, Análisis Exegético del Nuevo Código, Editorial IB de F, 2015, Tomo I, pág. 1.008). Más amplio es el efecto de cosa juzgada respecto de coacreedores solidarios (Díez-Picazo, Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Editorial Civitas, sexta edición, 2008, Volumen II, pág. 217). No corresponde en este trabajo un tratamiento exhaustivo de esta importante temática.

²⁴¹ Romero, Curso, Tomo I, pág. 99.

²⁴² Córdón Moreno, citado por Romero, Curso, Tomo I, pág. 99. En Chile, por ejemplo: art. 948 del Código Civil.

²⁴³ Por ejemplo: la acción de nulidad absoluta que puede deducirse por quien tenga interés en su declaración (art. 1683 del CC).

²⁴⁴ Goldschmidt, Derecho Procesal Civil, Tomo I, pág. 116.

²⁴⁵ Goldschmidt, Derecho Procesal Civil, Tomo I, pág. 116.

Se trata evidentemente de situaciones excepcionales cuya procedencia exige regla expresa²⁴⁶, y fundamento constitucionalmente aceptable, porque, en principio, infringe la regla de propiedad y disponibilidad de los derechos, desarrollada con antelación.

En estas situaciones, para Chiovenda, a quien seguimos, la realidad de la concurrencia de legitimación sustitutiva es presupuesto procesal (cuestión de forma) y no condición de la acción (cuestión de fondo)²⁴⁷; dejando constancia –el jurista italiano– de discrepar en este punto de Hellwig y de Rosenberg.

Opina lo contrario Goldschmidt²⁴⁸, para quien, en evento de sustitución procesal, la legitimación es *“una parte del fundamento de la acción, es decir, de los requisitos de hecho que fundamentan la acción”*, o sea, de *“los presupuestos de tutela jurídica”*, de manera que, a su juicio, en caso que falte la legitimación en la causa, la demanda se considera como *“no fundada”*, pero no como *“inadmisible”*.

Ejemplos, en Chile, son los de la acción subrogatoria como derecho auxiliar del acreedor para la protección y ejercicio de su crédito²⁴⁹ y la actuación judicial de las administradoras de fondos de inversión privados²⁵⁰.

32. Conclusiones Generales

Damos por reproducido, aquí, lo anticipado *supra* (5), que a estas alturas de desarrollo del trabajo, podrá resultar bien comprendido.

33. Conclusión específica respecto del pretexto casuístico

Por las razones explicadas en los numerales **7** y **29** precedentes, y en la **nota 35**, consideramos correcto el planteamiento de la disidencia de la sentencia de la Tercera Sala de 2 de abril de 2015, Rol N° 26.704/14.

Baste con agregar: **(i)** la doctrina de Chiovenda es precisa en el sentido que *“la falta de alguno en juicio”* es un *“defecto de legitimación para accionar”* y, como *“la legitimatio ad causam forma parte de las condiciones de la acción”*: el juez *“podrá rechazar una demanda por el hecho de que la acción corresponda solo a varios o contra varios”*²⁵¹; **(ii)** es conceptualmente contradictorio que

²⁴⁶ Montero, De La Legitimación, pág. 335.

²⁴⁷ Principios, Tomo I, pág. 116, y Tomo II, págs. 27 y ss.

²⁴⁸ Derecho Procesal Civil, Tomo I, pág. 116.

²⁴⁹ Romero, Curso, Tomo I, págs. 100/101.

²⁵⁰ Ley N° 18.815, art. 40, en relación con sus arts. 3° y 42.

²⁵¹ Sobre el Litisconsorcio Necesario, en Ensayos, Volumen III, pág. 303.

la sentencia de mayoría establezca, como no hay duda que manifiesta, que el fallo de fondo que llegare a dictarse en omisión de emplazamiento de un litisconsorte necesario será inoponible a este²⁵², y que, simultáneamente, sostenga la solución de nulidad procesal y reposición al inicio del proceso, para su emplazamiento, sobre la base de supuesta afectación a la garantía del debido proceso y derecho de contradicción del litis consorte omitido; por esta misma razón, discrepamos de autorizada doctrina nacional²⁵³; y, **(iii)** la coherencia sistemática de la solución de la nulidad procesal supondría que el tercero omitido, pudiera comparecer al proceso como tal, para pedir su declaración, pero, en el ordenamiento chileno, esto le es impedido por los arts. 22 y 23 del CPC, de modo que no es coherente que el tribunal pueda de oficio disponer ello mismo en su favor; todo lo cual demuestra *a fortiori* que la solución correcta es la fundadamente descrita por Chiovenda, seguida por la disidencia.

A una solución distinta puede arribarse como otros preceptos, como se ha expresado *supra* (**nota 35**).

34. Legitimación *ad causam* y excepciones dilatorias

Es interesante considerar la interrogante acerca de si es posible que el demandado, por vía de excepción dilatoria de corrección del procedimiento, fundada en el art. 303 N° 6 del CPC, oponga un defecto de *legitimatío ad causam* que sea constitutivo de presupuesto de la sentencia de fondo favorable a la pretensión, en especial, en un caso de litis consorcio necesario impropio, para que se sustancie y resuelva por medio de *artículo de no contestar*; duda que surge en atención a que no se está frente a un presupuesto del proceso, ni ante un problema de validez procesal.

Es nuestra opinión, coincidente en este extremo con la de ROMERO²⁵⁴, que esta clase de temáticas sí pueden ser planteadas a través de la excepción dilatoria precitada, por las siguientes razones: **(i)** es sabido que está demostrada, desde la obra de Bulow, la independencia entre el instituto de los presupuestos del proceso, y de validez de éste, respecto de la figura de las excepciones dilatorias, que no presentan exacta correspondencia, por lo que se pasa a decir; **(ii)** entre las excepciones dilatorias, la ley procesal chilena permite oponer cuestiones que importan una consideración –también preliminar– del fondo de la relación material debatida: litis pendencia, cosa juzgada, beneficio de

²⁵² Tanto, que si se pretendiere afectar al sujeto de emplazamiento omitido, este dispondría de la acción de protección constitucional (sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 9 de mayo de 1994, confirmada por la Corte Suprema en fallo de 17 de julio de 1994, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 91, sección sexta, pág. 144, citada por Romero, Curso, Tomo I, pág. 109, nota 264).

²⁵³ Romero, Curso, Tomo I, pág. 123.

²⁵⁴ Curso, Tomo I, N° 7.1, pág. 123.

excusión; **(iii)** la regla del art. 84 inc. final del CPC distingue entre la nulidad procesal, y la corrección del procedimiento, que son instituciones diferentes; **(iv)** si la finalidad del proceso, como se expresó *supra* (16), es la cosa juzgada en sentido fuerte (que el conflicto sea dirimido), y un proceso en que falle la *legitimatío ad causam* la impedirá, por las razones precedentemente apuntadas (23), que demuestran que el fallo de fondo será de desestimación y producirá cosa juzgada en sentido débil, parece claro que la corrección del procedimiento es instrumento que permite resolver problemas de esta especie: como el derecho es ciencia práctica, un procedimiento correcto es uno útil para arribar a la cosa juzgada plena; **(v)** por lo demás, históricamente, lo que caracteriza a la “*excepción dilatoria*”, superado Gayo y desde la compilación de Justiniano²⁵⁵, no es la naturaleza de fondo o de forma de su motivo, sino su transitoriedad, en el sentido que, superado que sea el obstáculo opuesto, la acción procesal podrá adquirir vigor ulterior, carácter que se corresponde con la oposición de la excepción de defecto de legitimación *ad causam* activa o pasiva, que puede superarse *ex post*, y que es especialmente claro en los casos de falta de completitud de la legitimación *ad causam* pasiva en el litisconsorcio necesario impropio: si el Fisco hubiere opuesto a la señora Abaroa la omisión de emplazamiento de la Comunidad “Yalquincha” como excepción dilatoria, acogida esta, la acción procesal interpuesta habría adquirido vigor ulterior, mediante el llamamiento de esta al proceso; y, **(vi)** la jurisprudencia española, incluso aquella que admite –como es de derecho– que la *legitimatío ad causam* involucra una cuestión de fondo²⁵⁶, a fines de impugnación, la reconduce a los mecanismos de impugnación por infracción de leyes procesales²⁵⁷.

²⁵⁵ Scialoja, Procedimiento Civil Romano, págs. 171 y ss. En el mismo sentido: Mattiolo, Tratado de Derecho Judicial Civil, Tomo I, pág. 342, nota 1.

²⁵⁶ En este sentido también Cordón Moreno, citado por Montero, De La Legitimación, págs. 75/76.

²⁵⁷ Montero, De La Legitimación, págs. 73/74.