

# CONCEPTO, FUNDAMENTO Y TIEMPO DE LA LITISPENDENCIA EN EL PROCESO CIVIL CHILENO

## CONCEPT, FOUNDATION AND MOMENT FOR LIS PENDENS IN CHILEAN CIVIL PROCESS

GONZALO CORTEZ MATCOVICH\*

**RESUMEN:** El presente trabajo reflexiona en torno a dos cuestiones fundamentales en relación a la litispendencia: su fundamento y el tiempo inicial de la misma. Se pretende demostrar, por un lado, que la razón de ser de la litispendencia tiene amparo constitucional y, por otro, que ni el fundamento positivo ni el dogmático que tradicionalmente se han invocado para explicar el momento inicial de la litis sirven para justificar en forma cabal la interpretación sostenida hasta ahora por la jurisprudencia y doctrina nacional predominante.

**Palabras clave:** Litispendencia; inicio del juicio; relación procesal; situación jurídica; proceso civil chileno.

**ABSTRACT:** This paper reflects on two fundamental questions in relation to Litis pendencia: its basis and its initial time. It is intended to demonstrate, on the one hand, that the rationale of Litis pendencia has constitutional protection and, on the other hand, that neither the positive nor the dogmatic grounds that have been invoked to justify the initial time of the lis pendens serve to fully explain the interpretation held so far by the prevailing national jurisprudence and doctrine.

**Keywords:** *Litis pendencia*; start of trial; procedural relationship; legal status; Chilean civil process.

### I. PRECISIONES CONCEPTUALES EN TORNO A LA NOCIÓN DE LITISPENDENCIA Y SU SIGNIFICADO

Con la denominación de litispendencia se hace referencia a un conjunto de efectos derivados de la pendencia de un litigio. La litispendencia significa juicio pendiente y su razón de ser radica en la constatación de que el proceso no es instantáneo, sino que requiere tiempo para llegar a su conclusión y en la necesidad de prevenir cualquier modificación que pueda acontecer durante el lapso intermedio que va desde la demanda hasta la sentencia. Para que la sentencia se pronuncie sobre el *statu quo* existente al momento de la demanda, es preciso asegurar que la realidad a que se refiere la demanda permanezca inmóvil, fija, desde el momento mismo en que es incoada<sup>1</sup>. Montero señala que “la litispendencia, pues,

\* Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Procesal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción. Dirección postal: Casilla 160-C, Correo 3, Concepción (Chile). Correo electrónico: gcortez@udec.cl.

\*\* Este trabajo fue elaborado en el marco del Proyecto Fondecyt Regular N° 1210275, titulado “La litispendencia en el proceso civil chileno: una propuesta integradora”, del que el autor es el investigador responsable.

<sup>1</sup> RAMOS (1990) p. 440.

marca el hito del inicio del proceso, y el derecho aspira a que la situación subjetiva y objetiva con que se inició el mismo se mantenga a lo largo de él<sup>2</sup>.

Lo señalado evidencia que el significado de la litispendencia va más allá de su traducción literal etimológica para acercarse a la idea que formuló Chiovenda, designándola como la existencia de una litis en la plenitud de sus efectos<sup>3</sup>.

Es importante destacar que no se debe confundir la litispendencia, entendida como principio general, con la excepción dilatoria de litis pendencia prevista en el artículo 303 3<sup>a</sup> del Código de Procedimiento Civil (en adelante, CPC) que se dirige a evitar un segundo proceso con el mismo objeto, que es un aspecto específico de la institución que se trata de explicar. De este modo, aunque se trata de expresiones de un mismo fenómeno, puede hablarse de un estado de litispendencia con un significado que equivale a la situación jurídica que genera la existencia de un litigio pendiente y de una excepción de litispendencia que recoge un efecto específico derivado de la existencia de un proceso pendiente, cual es impedir un nuevo proceso respecto de una pretensión que ya es objeto de un litigio pendiente. A la primera suele denominársele litispendencia *in genere* y a la segunda *in specie*<sup>4</sup>.

En nuestra doctrina, Carocca, siguiendo las explicaciones de Ramos, sostiene que

La litispendencia significa literalmente “pendencia de un juicio” y designa el estado que se produce por su inicio. Se trata de una ficción que, por la naturaleza temporal del proceso, consiste en que durante su transcurso, la realidad a la que se refiere permanece inmóvil, fija, desde su inicio hasta su término: *‘lite pendente nihil innovetur’*. Lo que se pretende es que la sentencia se pronuncie respecto del *statu quo* existente al momento de la presentación de la demanda, de modo que el tiempo que toma la tramitación del juicio no perjudique a las partes<sup>5</sup>.

Por su parte y en la misma línea de razonamiento, Romero enfatiza que “la litispendencia también genera un estado que se pretende perpetuar durante toda la secuela de juicio, tal como estaba la situación existente al comienzo de la relación procesal”<sup>6</sup>.

En realidad, lo que se procura es que el estado de las cosas y de las personas que dieron origen al proceso queden determinados de modo permanente, de manera que la sentencia no podrá tener en cuenta las posibles variaciones acontecidas a su respecto<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> MONTERO (2016) p. 903.

<sup>3</sup> CHIOVENDA (1949a) p. 33.

<sup>4</sup> ROMERO (2014) pp. 123-124. RIED (2015) p. 206, recoge esta misma idea, distinguiendo entre litispendencia en sentido amplio y restringido.

<sup>5</sup> CAROCCA (2003) p. 88.

<sup>6</sup> ROMERO (2015) p. 127.

<sup>7</sup> ARMENTA (2013) pp. 149-150.

## II. MANIFESTACIONES DE LA LITISPENDENCIA EN EL DERECHO CHILENO

No obstante la ausencia de un reconocimiento positivo expreso y general de la litispendencia en el derecho nacional, es posible identificar un conjunto de normas en cuya base está la idea de litispendencia, esto es, de la situación jurídica que se origina desde el momento en que un litigio pende ante los tribunales de justicia, y cuyo propósito es preservarla frente a cualquier obstáculo derivado de la pendencia del proceso.

En este apartado, me limitaré a exponer algunas manifestaciones normativas del principio de litispendencia pues su desarrollo pormenorizado escapa de los objetivos propuestos en el presente trabajo.

Los efectos derivados de la litispendencia apuntan precisamente a que durante la pendencia del proceso los cambios en el estado de las cosas no perturben la efectividad de la decisión final. En general, se sostiene que la litispendencia produce dos clases de efectos: procesales y sustantivos, aunque respecto de estos últimos, la realidad es que no se derivan directamente de la litispendencia sino que se trata de casos en que el legislador ha establecido la existencia de proceso ya iniciado como supuesto para que opere una consecuencia jurídica de carácter sustantivo<sup>8</sup>.

La eficacia de la litispendencia actúa resguardando la actividad procesal de los cambios ocurridos en la realidad externa y lo hace, normalmente, insensibilizando al proceso frente a dichos cambios, tal y como no hubiesen sucedido. Gráficamente, como lo expresa Nieva<sup>9</sup>, se produce una suerte de congelación del estado de las cosas frente a los ojos del juez, quien actuará tal y como dichos cambios no se hubiesen producido. Así, por ejemplo, si el domicilio de uno de los litigantes fue determinante para la fijación de la competencia del tribunal, un cambio ocurrido durante la pendencia del litigio no debe ser atendido por el juez, quien actuará conforme la situación inicial del proceso, aunque esta –de hecho– haya mutado.

En efecto, como sostiene Nieva, esta idea parte del brocardo *lite pendente nihil innovetur*, es decir, una vez iniciado el proceso, la situación extraprocesal enjuiciada no puede cambiar a los ojos del juez. Esta suerte de congelación constituye una eficaz forma de impedir los intentos de mala fe de la parte contraria que pudiera tratar de modificar la realidad para frustrar, de un modo u otro la demanda interpuesta<sup>10</sup>. De ahí que la doctrina emplee la expresión *perpetuación* para referirse al modo en que se despliegan los efectos de la litispendencia.

El conjunto de efectos procesales atribuidos a la *litispendencia* se encamina a tres finalidades: a) evitar un segundo proceso con el mismo objeto, lo que se logra a través de la excepción dilatoria de litispendencia; b) fijar los presupuestos procesales (jurisdicción y competencia y el procedimiento adecuado), mediante la denominada *perpetuatio iurisdic-*

<sup>8</sup> MONTERO (2016) p. 908.

<sup>9</sup> NIEVA (2015) pp. 138-139.

<sup>10</sup> NIEVA (2015) p. 139.

*tionis*; c) fijar el estado de las cosas y de las personas tal cual estaban al momento de iniciarse el proceso e impedir que se modifique el objeto del proceso<sup>11</sup>.

### III. FUNDAMENTO DE LA LITISPENDENCIA: EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL

Desde el momento en que se produce la litispendencia surge para el tribunal el deber de continuar el proceso hasta el final y de dictar una sentencia sobre el fondo de la cuestión y para las partes el conjunto de expectativas, posibilidades, cargas y liberaciones de cargas vinculadas a un proceso en marcha<sup>12</sup>.

Como la actividad procesal no se agota en un único momento, sino que se prolonga en el tiempo, casi siempre, más allá de las previsiones legales, se hace necesario evitar que los posibles cambios o alteraciones en el estado de las cosas producidos durante su devenir comprometan la efectividad de la sentencia que llegue a pronunciarse dirimiendo el litigio. Tributan a este objetivo dos instituciones: la tutela cautelar y la litispendencia<sup>13</sup>.

En este sentido, no es casual que Chioventa emplee el mismo postulado que utiliza para justificar la necesidad de la tutela cautelar para fundamentar la litispendencia: evitar que la necesidad de servirse del proceso se convierta en daño para quien se ve constreñido a accionar o defenderse para pedir justicia<sup>14</sup>.

Mediante la tutela cautelar se actúa sobre la realidad extraprocésal para que la eventual sentencia estimatoria de la pretensión pueda desplegar su eficacia práctica. En cambio, la litispendencia se traduce, por regla general, en una suerte de insensibilidad del proceso a las alteraciones que puedan sobrevenir después de su inicio. Mientras el riesgo de insolvencia sobrevenida del demandado se puede neutralizar, por ejemplo, impidiendo que enajene determinados bienes; la alteración de la competencia producida por una eventual variación del algún factor determinante, como el cambio de domicilio del sujeto pasivo, se evita mediante la prohibición impuesta al juez de considerar este cambio.

Por esta razón, puede afirmarse que lo que distingue la litispendencia de la tutela cautelar es que se trata de un instrumento jurídico estrictamente intraprocésal que no está llamado a impedir la ocurrencia de cambios sino en revestir al proceso de un manto protector que lo hace inmune a dichas alteraciones.

El ordenamiento no puede evitar que durante la pendencia del litigio se alteren los elementos que determinaron la competencia del tribunal o que el valor de la cosa disputada –que pudo haber determinado el procedimiento aplicable– sufra alguna variación significativa, pero si puede inmunizar al proceso frente a esos cambios e imponer al tribunal la prohibición de considerar esas transformaciones y *fungir* –de ahí que se insista en que se trata de una ficción jurídica– que dichas mutaciones no han acontecido.

<sup>11</sup> ARMENTA (2013) p. 148.

<sup>12</sup> MONTERO (2016) p. 904.

<sup>13</sup> ORTELLS y otros (2017) p. 248.

<sup>14</sup> CHIOVENTA (1949a) p. 5.

Toda esta construcción conceptual redundante en un único objetivo: la protección de la efectividad de la sentencia llamada a resolver el litigio. En este sentido, como refiere Málaga, la finalidad de la litispendencia aparece vinculada principalmente a la eficacia del proceso desde la perspectiva de su duración<sup>15</sup> y, en definitiva, como lo propone Chioventa, responde a la idea fundamental de impedir que la duración del proceso redunde en un perjuicio para el derecho del actor, de forma tal que la sentencia que acoge la demanda debe reconocer el derecho como si ello ocurriese en el momento mismo de la demanda judicial<sup>16</sup>.

Así las cosas, del mismo modo que una decisión judicial devendría en inútil si no se establecieran instrumentos para evitar que el demandado ejecute actos o adopte conductas que impidan o dificulten la efectividad del derecho cuyo reconocimiento judicial se pretende, la actividad procesal en su conjunto estaría condenada al fracaso si estuviera constantemente expuesta a los cambios que sobrevengamos después de su inicio.

A pesar de que el derecho a la tutela judicial carece de una formulación explícita en el texto constitucional, una jurisprudencia bastante uniforme, tanto del Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema, lo reconoce como derecho fundamental, con base en lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 Constitución Política de la República<sup>17</sup>. Por su parte, la doctrina afirma la plena vigencia de este derecho fundamental en nuestro ordenamiento, a pesar de la falta de una norma expresa que así lo establezca<sup>18</sup>.

El derecho a la tutela judicial importa el reconocimiento de un derecho de carácter prestacional que recaba del Estado la protección jurídica debida, en el igual ejercicio de los derechos ante la justicia, proscribiendo la autotutela y garantizando una respuesta a la pretensión de derechos e intereses legítimos con autoridad de cosa juzgada y con la eficacia coactiva que demanda la satisfacción de derechos fundamentales<sup>19</sup>.

No obstante que ni sobre su exacto contenido ni su vinculación con el debido proceso existe hasta ahora suficiente nitidez, hay coincidencia en considerar que incluye el derecho de acceso a la justicia y a la sustanciación de un proceso, el derecho a que el tribunal se pronuncie fundada y motivadamente sobre la pretensión y el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

Por su parte, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, componente indiscutido del derecho a la tutela judicial, tiene como contenidos mínimos: i) la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales (o respeto de la cosa juzgada); ii) acceso a la tutela cautelar, y iii) la ejecución de las resoluciones judiciales<sup>20</sup>.

Pues bien, desde esta perspectiva, es posible afirmar que concurre un doble fundamento que permite vincular la litispendencia y el derecho a la tutela judicial, uno de carácter general y otro particular.

<sup>15</sup> MÁLAGA (1999) p. 36.

<sup>16</sup> CHIOVENTA (1949a) p. 7.

<sup>17</sup> BORDALÍ (2011) pp. 311-337.

<sup>18</sup> NOGUEIRA (2003) pp. 169-170.

<sup>19</sup> GARCÍA y CONTRERAS (2013) p. 244.

<sup>20</sup> BORDALÍ (2011) p. 329.

En sentido amplio, el fundamento de la litispendencia debe buscarse en la necesidad de preservar la situación inicial del litigio frente a eventuales cambios en el estado de las cosas, de modo tal que la sentencia se llegue a pronunciar esté revestida de la misma eficacia que si ello hubiese tenido lugar en el momento en que comenzó el juicio<sup>21</sup>. Luego, es posible observar la finalidad de la litispendencia en orden a asegurar la efectividad de las resoluciones judiciales, esto es, garantizando a la parte que obtuvo un pronunciamiento judicial favorable que el contenido de la sentencia tenga efectividad práctica, es decir, que el *deber ser* declarado en la sentencia sea susceptible de ser llevado a la realidad, lo que se cumple precisamente estabilizando la situación inicial del pleito y protegiendo a las partes de posibles cambios posteriores.

Desde un punto de vista más específico, referido a una manifestación particular de la litispendencia consistente en la exclusión de procesos posteriores sobre el mismo objeto y entre las mismas partes, lo que se obtiene mediante la excepción del mismo nombre, es claro que la cosa juzgada y la litispendencia se encuentran estrechamente vinculadas, destacándose con frecuencia el carácter preventivo de esta última respecto de la primera<sup>22</sup>. La excepción de litispendencia es pues un instrumento auxiliar o preventivo de la cosa juzgada<sup>23</sup>.

A su vez, la jurisprudencia ha expresado que el propósito de la litispendencia es el de evitar que se dicten fallos contradictorios o incompatibles en desmedro de la buena administración de justicia, como el prevenir y resguardar la autoridad de la cosa juzgada<sup>24</sup> y que existe hoy litispendencia donde mañana existirá cosa juzgada, idea que permite concebir la eficacia excluyente de la litispendencia como una especie de anticipación de la función negativa de la cosa juzgada material<sup>25</sup>.

Por consiguiente, el fundamento de la litispendencia está directamente relacionado con el derecho a la tutela judicial dado que, por un lado, el ejercicio del derecho de acción conlleva por parte del tribunal el deber de dictar una sentencia que pueda ser efectiva en la práctica y, por otro, el efecto excluyente de la litispendencia está al servicio de los efectos de la cosa juzgada, impidiendo el pronunciamiento de sentencias contradictorias sobre un mismo objeto procesal.

#### IV. EL TIEMPO DE LA LITISPENDENCIA

La litispendencia se extiende desde el inicio del proceso hasta la sentencia o cualquier acto de terminación, en la medida que la resolución respectiva haya adquirido firmeza. Sus efectos se prolongan incluso en los supuestos de suspensión e interrupción del proceso, mientras exista alguna posibilidad de reanudación<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> MÁLAGA (1999) p. 37.

<sup>22</sup> AGUIRREZÁBAL (2017) p. 388.

<sup>23</sup> ROMERO (2002) p. 53.

<sup>24</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, 09/12/1982; Corte Suprema, 27/04/2011; Corte de Apelaciones de Concepción, 08/06/2018.

<sup>25</sup> Corte Suprema, 21/12/2020.

<sup>26</sup> SERRA (1969) p. 661.

Respecto del momento inicial de la litispendencia, parece no haber discusión ni en la doctrina ni en la jurisprudencia nacionales en orden a que hay juicio pendiente desde el momento en que la demanda es notificada en forma legal al demandado.

Aunque la terminología empleada dista bastante de ser uniforme, nuestra doctrina entiende que hay juicio pendiente desde el momento en que la demanda es notificada en forma legal al demandado<sup>27</sup>.

Como se puede apreciar, esta es la tesis de la doctrina nacional, con la notable excepción de Carocca, para quien el estado de litispendencia se inicia con la presentación de la demanda, lo que, en su concepto, implica aceptar que el proceso existe desde que se lleva a cabo el primer acto que lo constituye<sup>28</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia ha transitado por el mismo camino marcado por la doctrina nacional, sosteniéndose que para que exista un juicio pendiente es necesario que se haya notificado la demanda de forma que inequívocamente se entienda que hay un juicio seguido entre las mismas partes, con identidad de objeto y causa de pedir<sup>29</sup>. De modo categórico, se sostiene que para que exista un juicio pendiente un requisito fundamental es la notificación de la demanda<sup>30</sup>, llegándose a afirmar que se trata de una obviedad<sup>31</sup>.

Por consiguiente, según esta orientación jurisprudencial bastante uniforme, puede concluirse que el estado de litispendencia se prolonga durante el lapso comprendido entre la notificación de la demanda y la sentencia de término<sup>32</sup>.

El fundamento normativo de esta interpretación se hace recaer en la disposición del artículo 1603 del Código Civil (CC), reiterada por el artículo 1911 inciso final del mismo Código. Pese a la ubicación normativa de ambos preceptos, se les atribuye una aplicación de carácter general. También se cita, como preceptos demostrativos de esta tesis, los artículos 2503 y 2518 del CC<sup>33</sup>.

Desde el punto de vista dogmático, esta interpretación está marcadamente influenciada por la concepción del proceso jurisdiccional como relación jurídica, que es una de las tesis que se ha propuesto para explicar la naturaleza jurídica del proceso, como el instrumento a través del cual se desenvuelve la actividad jurisdiccional: “Relación jurídica procesal y litispendencia son conceptos que coinciden” planteaba Chioventa en sus *Ensayos*<sup>34</sup>.

<sup>27</sup> STOEHLER (1993) pp. 43-46; RODRÍGUEZ (2003) p. 340; CASARINO (2011) p. 31; ANABALÓN (2015) p. 111; ROMERO (2015) p. 125. En similar sentido, HUNTER (2009) p. 15.

<sup>28</sup> CAROCCA (2003) p. 89; ROMERO RODRÍGUEZ (2013) p. 237, ha sostenido: “Es pacífico en doctrina que el estado de litispendencia se genera con la interposición de la demanda y su admisión a trámite por parte del tribunal competente”, sin ahondar en mayores explicaciones, es decir, dándolo por supuesto, pero advirtiendo, a su vez, la opinión divergente de ROMERO SEGUEL, que sitúa este instante a partir del emplazamiento.

<sup>29</sup> Corte Suprema, 17/5/2012; Corte Suprema, 23/12/2013; Corte Suprema, 19/11/2015; Corte Suprema, 9/3/2017.

<sup>30</sup> Corte Suprema, 30/11/2011.

<sup>31</sup> Corte Suprema, 21/12/2020.

<sup>32</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, 17/4/2006.

<sup>33</sup> ROMERO (2015) p. 125.

<sup>34</sup> CHIOVENTA (1949b) p. 164.

Como señala Romero, “al reconocer que con el proceso surge una relación jurídica o procesal se deja de lado otras explicaciones que han pretendido precisar la raíz última de esta institución que denominamos proceso”<sup>35</sup>.

Esta posición doctrinal y jurisprudencial está desprovista de una base normativa sólida y su fundamento dogmático es bastante controvertible. Al mismo tiempo, su aplicación en casos concretos genera numerosos problemas prácticos y disfuncionalidades procesales.

Ni el fundamento positivo ni el dogmático que se invocan son idóneos para justificar de forma solvente la interpretación sostenida hasta ahora por la jurisprudencia y doctrina nacional, como se pretende demostrar a continuación.

## V. PRIMERA CRÍTICA A LA TESIS PREDOMINANTE: LA DISPERSIÓN LEGISLATIVA

El primer dato que ha de tenerse en cuenta es la ausencia de una disposición legal de carácter general que resuelva en forma categórica esta cuestión. En efecto, no existe una norma como el artículo 410 Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) española que establece que la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida<sup>36</sup>. Entre nosotros, en cambio, frente a la inexistencia de norma procesal expresa, suele invocarse como fundamento legal de esta tesis, la norma del artículo 1603 CC<sup>37</sup>, idea que también repite el artículo 1911 inciso final del mismo Código<sup>38</sup>. Pero hay que reconocer que no se trata de normas procesales sino de carácter sustantivo, no tanto por su ubicación, que no es un criterio enteramente válido para atribuir naturaleza jurídica a una norma, sino porque sus efectos no se dirigen de un modo directo e inmediato a generar incidencia en el proceso. Además, están dadas para materias bastante específicas –la primera, a propósito del pago por consignación, en tanto que la segunda para la denominada cesión de derechos litigiosos– por lo que su alcance es bastante restrictivo, como se desprende de la segunda de las disposiciones indicadas, que limita explícitamente su ámbito.

Existen otras disposiciones del Código Civil que también asocian la producción de efectos jurídicos al acto procesal de la notificación de la demanda, como los artículos 934, 1377 y 1879 entre otros. Sin embargo, estas normas tienen naturaleza civil sustantiva, porque sus efectos o consecuencias se proyectan sobre una realidad extraprocesal, afectando a la conducta de los sujetos fuera del proceso, sin que las normas dejen de tener tal naturale-

<sup>35</sup> ROMERO (2001) p. 144.

<sup>36</sup> En el ordenamiento procesal español no existía, antes de la LEC actual, una norma que determinara el momento inicial de la litispendencia, pero la doctrina se había uniformado en el sentido de que la litispendencia nacía con la *interposición* de la demanda. Sin embargo, antes hubo discrepancia en orden a si ese momento surgía en el momento en el que el demandado *contesta* la demanda, en el que se realiza el *emplazamiento* de demandado o con la *interposición* de la demanda.

<sup>37</sup> Explícitamente hacen aplicación extensiva de este precepto, entre otras sentencias: Corte de Apelaciones de Temuco, 27/4/2007; Corte de Apelaciones de Antofagasta, 2/7/2014; Corte de Apelaciones de Santiago, 20/10/2014; Corte de Apelaciones de Coyhaique, 22/6/2016; Corte de Apelaciones de Valdivia, 6/1/2017.

<sup>38</sup> Aluden al art. 1911 CC, entre otras sentencias: Corte de Apelaciones de Concepción, 5/10/2007; Corte de Apelaciones de La Serena, 18/4/2016.

za por la circunstancia de que su supuesto de hecho –la notificación de la demanda– tenga naturaleza procesal<sup>39</sup>.

En realidad, tampoco puede afirmarse que el Código Civil haya adoptado un criterio general para la determinación del momento en que se producen los denominados efectos materiales de la litispendencia. En efecto, coexisten con las reglas anteriores normas que atribuyen consecuencias sustantivas al acto de la presentación de la demanda, como ocurre con el artículo 141 inciso del 3° CC<sup>40</sup>. Otras disposiciones del mismo código se refieren a la “fecha de la demanda”, según el artículo 1890 inc. 2° CC o “al tiempo de la demanda”, según los (artículos 1250, 2291 y 2292 CC).

Incluso hay normas en el Código Civil que parecen recoger la tesis cuasicontractual del proceso, haciendo de la contestación de la demanda el momento a partir del cual deben ser restituidos los frutos (artículos 907 y 909 CC) y más aún, el artículo 1904 CC se refiere a la litis contestación con el cesionario. Claro está que se podrá retrucar señalando que dichas normas están dadas para los efectos de las prestaciones mutuas y para la cesión de créditos personales, respectivamente, pero el mismo argumento puede invocarse para descartar el carácter general de las normas de los artículos 1603 y 1911 CC. A lo anterior debe agregarse que la norma del artículo 1603 CC no estaba en la edición original del Código Civil y fue incorporada recién en el año 1944 por la reforma de la Ley 7.825. Sin embargo, como apunta Rojas<sup>41</sup>, con posterioridad a la vigencia de la citada ley, la Corte Suprema falló en el sentido de que para la existencia de un juicio no basta la notificación de la demanda sino que, además, el transcurso del término de emplazamiento<sup>42</sup>, con lo que puede estimarse dudosa la supuesta pretensión generalizadora del precepto.

Por su parte, el artículo 331 CC señala que “los alimentos se deben desde la primera demanda...” y aunque su alcance ha sido controvertido entendiéndose que los alimentos se deben desde que se notifica la demanda<sup>43</sup>, también se ha resuelto que la prestación alimenticia se debe desde el acto procesal de la demanda<sup>44</sup>.

Tampoco en el Código de Procedimiento Civil (CPC) hay un criterio predefinido sobre el *dies a quo* o momento inicial de la litispendencia. Los redactores del CPC chileno estaban influenciados por la tesis del cuasicontrato de *litis contestatio* como explicación de la naturaleza jurídica del proceso, conforme a la cual había juicio desde que se producía la

<sup>39</sup> ORTELLS (2019) pp. 451-453.

<sup>40</sup> “La ley, por tanto, concede a los cónyuges el derecho de afectar los bienes familiares con la sola presentación de la demanda. El carácter provisorio de esta afectación se debe únicamente a la necesidad de permitir al cónyuge perjudicado por dicha afectación controvertir en juicio la concurrencia de los requisitos exigidos por la ley para su procedencia. Pero si su concurrencia resulta acreditada, se deberá acceder a la demanda confirmando así la afectación provisorio. La afectación del bien se produce al presentar la demanda. La sentencia se limita a confirmar y consolidarla al constatar que se da el supuesto de hecho pertinente. En consecuencia, los hechos que la justifican deben darse al momento de presentación de la demanda” (Corte Suprema, 30/1/2017).

<sup>41</sup> ROJAS (1965) pp. 77-78.

<sup>42</sup> Corte Suprema, 28/4/1949.

<sup>43</sup> RODRÍGUEZ (2003) p. 25. En este sentido, Corte Suprema, 31/5/2000.

<sup>44</sup> CLARO (1992) p. 465. Corte Suprema, 19/5/1998.

contestación de la demanda<sup>45</sup>. Esto explica la razón de la redacción del artículo 290 CPC<sup>46</sup>. Naturalmente que la situación actual es distinta y nadie patrocina la tesis cuasicontractual del proceso. La disposición del artículo 261 CPC, relativa a las modificaciones que pueden introducirse a la demanda, coloca como momento preclusivo para ello el acto de la contestación y no el de su notificación, y ello resulta explicable porque en este caso primó la tesis de la *litis contestatio* como instante de producción de la litis, como se desprende de la discusión en la comisión mixta<sup>47</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, el CPC contiene varias disposiciones que atribuyen eficacia procesal a la sola presentación de la demanda. Así, a propósito de la denuncia de obra nueva, el artículo 565 CPC establece que “presentada la demanda para la suspensión de una obra nueva denunciada, el juez decretará provisionalmente dicha suspensión...” y, si la disposición no fuese lo suficientemente categórica, el artículo siguiente agrega que “no es necesaria la notificación del denunciado para llevar a efecto la suspensión decretada”.

En la acción de jactancia, el jactancioso que ha sido condenado queda obligado a “deducir demanda dentro del plazo de diez días, bajo apercibimiento, si no lo hace, de no ser oída después sobre aquel derecho”, sin que se le requiera, además, su notificación (artículo 269 CPC). En la tercería de dominio, su interposición no suspende el procedimiento de apremio, salvo que se apoye en instrumento público otorgado con anterioridad a la fecha de la *presentación* de la demanda ejecutiva (artículo 523 CPC).

En el caso de las medidas cautelares solicitadas en forma previa a la demanda, la no incoación del proceso dentro de cierto plazo opera como una suerte de condición resolutoria de la medida acordada, lo que se ve reflejado en la exigencia de presentar la demanda dentro de un plazo perentorio (artículo 280 CPC), requisito que queda satisfecho simplemente con la sola presentación de la demanda, sin que su posterior notificación comporte una exigencia legal.

También suele invocarse como demostración de esta tesis las disposiciones de los artículos 260 y 327 CPC<sup>48</sup>. La primera de estas disposiciones se refiere al cómputo del plazo para contestar la demanda cuando existe pluralidad de demandados, en cuyo caso “correrá para todos a la vez y se contará hasta que expire el último término parcial que corresponda a los notificados”, lo que en concepto de la Corte Suprema significa que se trata de un plazo común. En realidad, esta afirmación es discutible toda vez que si bien el término para contestar la demanda expira en el mismo tiempo para todos, también cabe considerarlo como individual o parcial, desde que no corre para todos desde la misma fecha y cualquiera de los demandados está facultado, desde su notificación, para contestar la demanda, aunque el plazo aun no haya vencido por falta de notificación a los demás. Casarino ha en-

<sup>45</sup> Numerosas evidencias de esta inclinación teórica pueden encontrarse en las actas de las sesiones de la Comisión redactora del Código; entre las que más ostensiblemente lo demuestran pueden citarse las sesiones N° 5 y 13 de la Comisión Mixta. Véase LAZO (1918) pp. 226-227 y 266-267.

<sup>46</sup> ROJAS (1965) p. 77.

<sup>47</sup> “El señor Riesco observó, respecto del primero, que debía darse mucha mayor amplitud al derecho de la parte para ampliar la demanda antes de haberse contestado, no solo por no existir *litis* trabada...” Véase LAZO (1918) p. 227.

<sup>48</sup> Corte Suprema, 08/10/2015; Corte Suprema, 23/3/2016.

tendido que en este caso, se trata de un término individual en cuanto a su inicio y común para su vencimiento<sup>49</sup>. En cualquier caso, la disposición se limita a dar una regla sobre el cómputo del plazo para contestar la demanda, sin que su tenor permita deducir que su objetivo fue la determinación del momento inicial de la litis. La segunda de las disposiciones señaladas establece que el término probatorio tiene el carácter de común para las partes, lo que tampoco arroja ninguna luz acerca del instante inicial de la litispendencia.

En el Código Orgánico de Tribunales, la sola interposición de la demanda es suficiente para entender que el actor ha consentido en prorrogar la demanda (artículo 187 1° Código Orgánico de Tribunales (COT)) y en los procedimientos expropiatorios la primera gestión judicial radica el conocimiento de todos los asuntos a que dé lugar la expropiación (artículo 39 inciso 4° D.L. 2186).

Un antecedente de derecho positivo lo proporciona la Ley 20.886 sobre tramitación electrónica de los procedimientos, a propósito de la regulación de su vigencia temporal, toda vez que en la disposición transitoria N° 2 se establece que “las disposiciones de esta ley solo se aplicarán a las causas iniciadas con posterioridad a su entrada en vigencia. Las causas se entenderán iniciadas desde la fecha de presentación de la demanda o medida prejudicial, según corresponda”.

En suma, puede afirmarse que no existe una regla sobre el momento en que se produce la litispendencia en nuestro ordenamiento procesal civil, que tenga carácter generalizador. Antes bien, nuestros textos legislativos exhiben una diversidad de reglas para determinar la época de producción de la denominada litispendencia. Unas disposiciones se inclinan por situarla al momento de la presentación de la demanda; otras al de su notificación e incluso algunas al instante de la contestación de la demanda.

## VI. SEGUNDA CRÍTICA A LA TESIS PREDOMINANTE: EL PROCESO NO ES (SOLO) UNA RELACIÓN JURÍDICA

La concepción doctrinal y jurisprudencial de que el proceso comienza por la notificación de la demanda al demandado tiene como fundamento teórico la idea del proceso como una relación jurídica<sup>50</sup>.

En el pasado, la doctrina consideró necesario indagar sobre la naturaleza del proceso, proponiéndose al efecto varias teorías que, en un comienzo, lo describían ya como un contrato o como un cuasicontrato. Estas teorías privatistas dieron paso a doctrinas que situaban el proceso en el ámbito del Derecho público. Entre estas últimas, sin duda la que más adhesiones cosechó fue la formulada por von Bülow que concibió al proceso como una *relación jurídica* de Derecho público. La relevancia de la obra de von Bülow fue tal que incluso se le atribuye ser la primera piedra del derecho procesal científico, aunque las características y fines de la propuesta de von Bülow no parecen revelar tan trascendental propósito.

Un aporte principal de la teoría de la relación jurídica fue haber identificado como principal atributo del proceso el tratarse de una relación jurídica autónoma que nace y se

<sup>49</sup> CASARINO (2011) p. 25. En el mismo sentido, ANABALÓN (2015) pp. 114-115.

<sup>50</sup> MÁLAGA (1999) p. 112.

desarrolla con independencia de la relación de derecho material y que además se trata de una relación perteneciente al Derecho público<sup>51</sup>. Como lo destaca Alcalá-Zamora y Castillo, nadie podrá discutirle a la tesis de von Bülow dos triunfos decisivos: a) haberle buscado una explicación publicista a la naturaleza del proceso, y b) haber provocado un movimiento científico procesal de magnitud tal que supuso renovar la disciplina en el mundo<sup>52</sup>.

Pero no se puede obviar que se trata de una doctrina muy enlazada a las tesis contractualistas del proceso, en la que se propuso que la relación procesal se perfeccionaba por la *litiscontestatio*, concebida como un contrato de Derecho público<sup>53</sup>, concepción que en la actualidad sería insostenible.

Con lo dicho no se está negando que en el proceso existan un conjunto de vínculos jurídicos que podrían responder a la idea de *relación jurídica* como eje de la tesis de von Bülow, pero eso es muy distinto a sostener que el proceso *es* una relación jurídica<sup>54</sup>.

Se trata, en definitiva, de uno de varios intentos de encontrar una explicación a la naturaleza del proceso y de ubicar la institución dentro de una categoría jurídica general reconocida por el derecho. Por cierto, fue la concepción que terminó imperando en Europa a fines del siglo XIX y a comienzos del siglo XX y que sirvió de base al fenómeno de la constitucionalización del Derecho Procesal<sup>55</sup>. Sin embargo, no es ni la última ni la más completa de esas teorías<sup>56</sup>. Además, tampoco dentro de los partidarios de la teoría de la relación jurídica parece haber consenso acerca de la forma de entender la *relación* ni el modo en que dicha *relación* se constituye<sup>57</sup> pues mientras para unos esta relación se produce entre las partes (KOHLER), para otros la relación jurídica procesal no operaría entre actor y demandado sino que, por un lado, entre actor y juez y, por otro, entre juez y demandado (HELLWIG). Por fin, predomina la idea de que la relación sería triangular, esto es, entre las dos partes y entre estas y el juez y aún dicha *triangularidad* es concebida por alguno como sencilla en tanto que para otros es doble<sup>58</sup>.

Aparte de no existir consenso entre sus propios patrocinadores sobre algunos aspectos centrales vinculados a la *relación jurídica*, esta tesis fue objeto de numerosos reproches motivados, entre otras razones, por la aplicación al derecho procesal de categorías jurídicas como el “derecho” y la “obligación” propias del derecho material<sup>59</sup>. Sin duda que una de las más resueltas críticas a la concepción del proceso como relación jurídica provino de Goldschmidt. Sin embargo, la obra del Decano berlinés no se limitó a dismantlar la tesis

<sup>51</sup> PALACIO (2003) p. 56.

<sup>52</sup> ALCALÁ-ZAMORA (1992) p. 308.

<sup>53</sup> DE LA OLIVA, DíEZ-PICAZO y VEGAS (2013) p. 198.

<sup>54</sup> GOLDSCHMIDT (1936) p. 23, planteaba que un complejo de actos encaminados a un mismo fin, aun cuando haya varios sujetos, no llega a ser, por eso, una relación jurídica, del mismo modo que un rebaño no constituye una relación jurídica porque sea un complejo jurídico de cosas semovientes.

<sup>55</sup> PRIORI (2015) p. 347.

<sup>56</sup> COUTURE (1958) pp. 124 y ss.; HOYOS (1987) pp. 149-167; MONTERO (1996) p. 145 y ss.; SERRA (2008) pp. 239 y ss.; DE LA OLIVA, DíEZ-PICAZO y VEGAS (2013) p. 195 y ss.

<sup>57</sup> CHIOVENDA (1992) p. 30.

<sup>58</sup> ALCALÁ-ZAMORA (2018) p. 127.

<sup>59</sup> FAIRÉN (1992) p. 40.

de la relación jurídica sino que en la segunda parte de su *proceso como situación jurídica*, publicado en el año 1925, elaboró una tesis que permite explicar la naturaleza del proceso. La propuesta de Goldschmidt apuntó precisamente a superar las categorías *iusmateriales* propuestas por von Bülow e introducir otras de contenido más dinámico, mucho más cercanas a la realidad del fenómeno procesal, situando al proceso como una categoría propia no reductible a otra más general<sup>60</sup>. Buena parte de sus aportaciones no solo mantiene validez hasta el día de hoy, sino que parece que cobra más vigor con el tiempo, bastando como demostración acudir, por ejemplo, al concepto de “carga”, ya adoptado en forma definitiva por la ciencia procesal.

Recogiendo los materiales fundamentales de la construcción procesal propuesta por Goldschmidt, Fairén formuló una definición de proceso señalando que “consiste en una serie de situaciones jurídicas contrapuestas de las partes, integradas por posibilidades, expectativas, perspectivas y cargas (de naturaleza jurídica) concatenadas entre sí de modo ordenado (estructura) y destinada a la consecución de satisfacciones jurídicas (función) bajo la dirección del juez estatal”<sup>61</sup>.

Por otra parte, desde la publicación de la obra de Goldschmidt y con marcado acento en el tiempo, la teoría de la relación jurídica ha sido paulatinamente abandonada por la doctrina<sup>62</sup> y en la actualidad, parece predominar la idea de que el proceso es un concepto en sí mismo, siendo innecesario compararlo con otra noción jurídica para definirlo. Por ello se ha dicho sucintamente y con contundencia, que el proceso no es más que el proceso<sup>63</sup>. Montero nos dice al respecto que “el proceso constituye por sí solo una categoría autónoma, y por ello no importa ya buscar su naturaleza jurídica en sentido clásico, no tiene sentido buscar una categoría más general”<sup>64</sup>, para terminar afirmando que “el proceso no tiene naturaleza jurídica porque no es una especie que se pueda encuadrar en un género; el proceso es por sí mismo un género, no encuadrable en otro superior”<sup>65</sup>.

De hecho, las teorías sobre la naturaleza del proceso ya dejaron de ser expuestas en las obras generales de la disciplina, en tanto que en otras su exposición es bastante concisa<sup>66</sup>. Las que continúan haciendo una exposición más detallada de ellas, lo hacen para terminar concluyendo que el proceso es un concepto jurídico autónomo<sup>67</sup>. Como lo ha sostenido Ramos el problema de la naturaleza jurídica del proceso ha dejado de ser el tema de nuestro tiempo, con el importante añadido de que esta afirmación la formulaba prácticamente hace tres décadas<sup>68</sup>.

Pero, en nuestro medio, el peso de la tradición parece haber sido de tal magnitud que tanto la doctrina como jurisprudencia nacionales siguen aferradas a una concepción

<sup>60</sup> MONTERO (1979) p. 195.

<sup>61</sup> FAIRÉN (1992) p. 42.

<sup>62</sup> SERRA (2008) p. 245.

<sup>63</sup> NIEVA (2014) p. 63.

<sup>64</sup> MONTERO (2015) p. 230.

<sup>65</sup> MONTERO (2015) p. 229.

<sup>66</sup> NIEVA (2014) pp. 63-65.

<sup>67</sup> DE LA OLIVA, DÍEZ-PICAZO y VEGAS (2013) pp. 195-202.

<sup>68</sup> RAMOS (1990) p. 328.

del proceso que en su momento gozó de bastante notoriedad y tuvo muchos adherentes pero que hoy no pasa de ser material para iniciar un estudio histórico-jurídico de la evolución de la disciplina. Y esta parece ser la razón primordial por la que se sigue repitiendo que el proceso es una *relación procesal*, tal como se sigue hablando de una supuesta “ficta contestatio” en nuestro ordenamiento<sup>69</sup> o de una eventual “transformación” del mandamiento de ejecución y embargo, cuando el ejecutado no se opone a la ejecución<sup>70</sup>, aunque ni una ni otra afirmación descansan sobre una base normativa sólida que las sostenga.

Probablemente a estas alturas cabe preguntarse si existe algún nexo entre las teorías que explican la naturaleza del proceso con la cuestión sobre el instante de producción de la litispendencia. Pues bien, para responder esta cuestión hay que partir afirmando que el problema de la naturaleza jurídica del proceso no es exclusivamente teórico, sino que interesa de cara a sus repercusiones prácticas<sup>71</sup>, y he aquí una de ellas. En efecto, habrá que convenir en que la adhesión a la teoría de la relación jurídica implica poner el acento precisamente en los vínculos o nexos que unen a los sujetos procesales, por lo que los actos de comunicación y en particular, las notificaciones, cobran un valor significativo a este efecto.

Si el proceso es pues una relación jurídica no existe como tal mientras el vínculo no se haya perfeccionado a través de una notificación. De este modo, se puede observar claramente que la adhesión consciente o inconsciente a esta tesis condiciona la respuesta sobre el tiempo de la *litispendencia*. En nuestra doctrina, Romero sostiene que conceptualmente debe separarse la existencia del juicio con la existencia de la relación procesal, ya que esta última se podría configurar sin que esté trabado todavía el juicio<sup>72</sup>. Con esto se justificaría la procedencia de declarar el abandono de procedimiento en caso de pluralidad de demandados, aun cuando alguno de ellos no haya sido emplazado. Sin embargo, la separación conceptual entre juicio y relación procesal solo es posible en la medida que previamente se descarte la tesis de la relación procesal como explicación de la realidad del proceso. Como lo plantea Málaga, la concepción doctrinal y jurisprudencial según la cual el juicio y la litispendencia comienzan con el emplazamiento del demandado, tiene su fundamento teórico en la concepción del juicio como una relación jurídica entre actor y demandado, relación que no se perfeccionaría hasta que este último conoce de la existencia del proceso, por lo que antes de la notificación de la demanda no existiría un juicio pendiente<sup>73</sup>.

Para quienes patrocinan la teoría de la relación procesal –doctrina y jurisprudencia nacionales incluidas– el juicio no existe sino hasta que dicha relación se hace efectiva, y no existiendo juicio hasta el emplazamiento, tampoco podría hablarse de litispendencia antes del mismo<sup>74</sup>. Como se puede apreciar, la idea de la relación jurídico-procesal es la que permite a sus sostenedores explicar la unidad del proceso y su estructura. El nacimiento de la relación jurídico-procesal se produce con la presentación de la demanda, y su comunica-

<sup>69</sup> Corte Suprema, 3/10/2017.

<sup>70</sup> Corte Suprema, 29/7/2011.

<sup>71</sup> SERRA (2008) p. 257.

<sup>72</sup> ROMERO (2015) p. 126.

<sup>73</sup> MÁLAGA (1999) p. 112.

<sup>74</sup> MÁLAGA (1999) p. 112.

ción a la otra parte, porque no se puede *estatuir* si no es oída o citada la parte contra quien se ha formulado<sup>75</sup>.

La existencia de un estrecho vínculo entre la llamada *relación jurídica procesal* y la litispendencia es indiscutible, como lo evidencian numerosos pronunciamientos jurisdiccionales que centran la esencia del proceso en dicha relación<sup>76</sup>.

Chioenda, un entusiasta adherente a la teoría de la relación procesal, idea que sustituye la noción de litispendencia, sostuvo que el acto constitutivo de la relación procesal es la demanda judicial y que el momento en que existe una demanda judicial es también el momento en el cual aquella relación tiene vida, pero agregaba luego “la demanda judicial existe en el momento en el cual es comunicada regularmente a la otra parte, y en aquel momento existe la relación procesal”<sup>77</sup>. En otro lugar afirmó que la “relación jurídica procesal y litispendencia son conceptos que coinciden”<sup>78</sup>. Lo propio puede decirse de Gómez Orbaneja, otro partidario de la teoría de la relación procesal, quien planteó que “a los efectos constitutivos del proceso, o *litispendencia*, debe afirmarse resueltamente que es la citación, y no la mera presentación de la demanda, lo que los produce”<sup>79</sup>.

Como se puede observar, no es indiferente, para los efectos de la determinación del momento inicial de la litis, la opción de la tesis sobre la naturaleza jurídica del proceso que se patrocine. Esto significa que si se asume que el proceso tiene el carácter de una *relación jurídica* y la notificación marca el instante en que los sujetos de esa relación quedan vinculados, necesariamente a partir de este momento se producen los efectos derivados de la existencia un proceso pendiente<sup>80</sup>. En cambio, para Goldschmidt, el primer efecto de la demanda era precisamente la pendencia de la litis, es decir, “la situación jurídica de que una pretensión se presenta a la sustanciación y decisión judicial”<sup>81</sup>.

Desde luego, no ha sido el propósito de este apartado reformular o adherir a una determinada tesis sobre la naturaleza del proceso y ni siquiera hacer una sinopsis de las que se han formulado para explicarla, sino sencillamente evidenciar que la tesis predominante que sirve de sustento para la determinación del momento inicial de la litispendencia carece en nuestro ordenamiento de una base normativa sólida y se funda en una concepción doctrinaria del proceso que hoy resulta muy difícil de justificar porque se apoya en la influencia histórica de un pensamiento ya superado y en unas cuantas normas desperdigadas, desprovistas de pretensión generalizadora.

El origen de esta interpretación, además de la concepción del proceso como relación jurídica, descansa en la idea de que la demanda es simplemente un acto de carácter uni-

<sup>75</sup> DEVIS (1966) p. 147.

<sup>76</sup> Corte Suprema, 4/12/2006; Corte Suprema, 27/4/2011; Corte Suprema, 30/11/2011; Corte Suprema, 7/7/2016.

<sup>77</sup> CHIOENDA (1925) pp. 62-3. En otra de sus obras, expresa: “Cuando hablo aquí del momento en que la litispendencia se verifica, hago referencia al momento en el que la demanda judicial es comunicada a la parte contra la cual es propuesta”. CHIOENDA (1949a) p. 33.

<sup>78</sup> CHIOENDA (1949b) p. 164.

<sup>79</sup> GÓMEZ y HERCÉ (1979) p. 257.

<sup>80</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 28/9/2017.

<sup>81</sup> GOLDSCHMIDT (1936) p. 189.

lateral que carece de la eficacia suficiente para dar origen a un genuino orden procesal, lo que se vería ratificado por la circunstancia de que, antes de la notificación, el demandante puede modificarla a su arbitrio e incluso puede retirarla sin trámite alguno, conforme el artículo 148 CPC<sup>82</sup>.

Sin embargo, esta proposición parece olvidar que todas estas actuaciones previas a la notificación de la demanda revisten indudable naturaleza procesal y suponen, por lo mismo, un proceso en curso. De lo contrario, no se observa la razón por la cual el legislador regule actos ajenos al proceso y le atribuya consecuencias jurídico-procesales, como la de considerar la demanda retirada como no presentada.

Pero, además, si el ejercicio del derecho a la tutela judicial es concebido por nuestra justicia constitucional como un “derecho fundamental autónomo, que tiene por finalidad que las personas accedan al proceso como medio ordinario de resolución de los conflictos jurídicos, lo que resulta un presupuesto mínimo de todo Estado de Derecho”<sup>83</sup>, no resulta razonable que su efectividad quede condicionada al acto de un tercero, encargado de practicar la notificación.

En este mismo orden de ideas, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha entendido que forma parte de un derecho a la tutela judicial, entre otros, el derecho de acceso a la justicia, derecho que incluye el de solicitar la apertura y sustanciación de un proceso y a participar, en condiciones de igualdad, en los trámites del mismo<sup>84</sup>. Si se considera que la sola presentación de la demanda y su admisión posterior no son suficientes para la apertura del proceso, solo cabe entender que el derecho de acceder al proceso solo cobraría virtualidad al momento de notificarse la demanda pues, únicamente a partir de este momento habría un genuino proceso y recién entonces dicha garantía podría desplegar toda su intensidad.

## VII. ALGUNOS PROBLEMAS E INCONSISTENCIAS DERIVADOS DE LA ASUNCIÓN DE LA TESIS DE LA RELACIÓN JURÍDICA

Como ha sido explicado, la tesis que sirve para determinar el momento inicial de la litispendencia carece de una base normativa sólida y se funda en una concepción doctrinaria del proceso difícilmente defendible. La cuestión planteada suscita, además, repercusiones prácticas que merecen ser puestas en evidencia.

### 7.1. PROBLEMAS EN EL ÁMBITO SUSTANTIVO: INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

Hasta hace muy poco, una jurisprudencia bastante uniforme se inclinaba por entender que el efecto interruptivo de la demanda judicial se produce en el momento en que esta

<sup>82</sup> Corte Suprema, 9/3/2012.

<sup>83</sup> “...carecería de sentido que la Carta Fundamental se hubiese esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a la defensa jurídica, el derecho a ser juzgado por el juez natural, el derecho a un justo racional procedimiento, si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos los demás y que es presupuesto básico para su vigencia, esto es, el derecho a toda persona a ser juzgada, a presentarse ante el juez, a ocurrir al juez, sin estorbos, gabelas o condiciones que se lo dificulten, retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente” (Tribunal Constitucional, 27/10/2009, c. 9).

<sup>84</sup> Tribunal Constitucional, 29/5/2018, c. 31; BORDALÍ (2011) p. 328.

es notificada, invocándose al efecto la idea de que demanda judicial y su notificación legal son consustanciales a la interrupción civil de la prescripción y como la actividad del acreedor para cobrar su crédito es de carácter complejo (demanda y notificación) la constitución de la relación procesal se instituye con la realización de ambas actuaciones<sup>85</sup>.

Por la misma razón, se había resuelto que la circunstancia que haya intervenido requerimiento judicial válido en contra del contribuyente implica que la prescripción se interrumpe de manera definitiva, por cuanto ha nacido una relación procesal válida entre el Fisco y el contribuyente<sup>86</sup>.

También se sostuvo que la única forma en que una demanda constituye o da origen a un proceso es por medio del conocimiento cierto de ella por el demandado, por lo que no resulta posible fijar ninguna vinculación para este último con anterioridad, salvo que el legislador expresamente autorice a proceder sin su conocimiento en casos graves y urgentes, actuaciones que una vez realizadas inmediatamente se le ponen en conocimiento<sup>87</sup>.

Con todo, la jurisprudencia más reciente del máximo tribunal ha entendido que “la correcta doctrina es que la mera presentación de la demanda interrumpe la prescripción, siendo la notificación de la misma una condición para alegarla, debiendo circunscribir su efecto al ámbito procesal, pero no como un elemento constitutivo de la interrupción de la prescripción”<sup>88</sup>.

Aunque no se trata de una doctrina jurisprudencial que se pueda calificar como consolidada, subsistiendo pronunciamientos que recogen la tesis tradicional, evidencia que la pregunta sobre el momento inicial del juicio no es una cuestión que merezca una respuesta uniforme en la jurisprudencia nacional.

El problema, en mi concepto, no tiene su origen en la confusión entre efectos procesales y sustantivos de la demanda<sup>89</sup>, sino en que si la ley sustantiva emplea como supuesto de hecho la verificación de un determinado acto procesal, en este caso “todo recurso judicial”, la interpretación de este último elemento debe realizarse a la luz de las normas procesales, aun cuando sus efectos se proyecten fuera del proceso. Una interpretación sistemática debiera conducir a estimar que, frente al silencio del legislador, no puede considerarse que existe juicio para determinados efectos y negar su existencia para otros.

En definitiva, no existe una litispendencia procesal y otra sustantiva, sino que la litispendencia también está llamada a producir efectos extraprocesales, particularmente cuando la norma sustantiva contiene como supuesto una situación de naturaleza procesal, en este caso, la existencia de un litigio pendiente, cuyo *dies a quo* debe ser el mismo, cualquiera sea el ámbito en el que se despliegan sus consecuencias jurídicas.

<sup>85</sup> Corte Suprema, 16/3/2011.

<sup>86</sup> Corte Suprema, 20/9/2016.

<sup>87</sup> Corte Suprema, 19/5/2011.

<sup>88</sup> Corte Suprema, 31/5/2016; Corte Suprema, 7/7/2017; Corte Suprema, 25/7/2018; Corte Suprema, 3/8/2021. DOMÍNGUEZ (2020) pp. 292 y ss.

<sup>89</sup> PEÑAILILLO (2006) p. 415; DOMÍNGUEZ (2020) p. 300.

## 7.2. PROBLEMAS EN EL ÁMBITO PROCESAL

### 7.2.1. *Abandono del procedimiento y litisconsorcio*

La existencia de una pluralidad de partes, en particular, de varios demandados, plantea algunos problemas que la teoría de la relación procesal no logra solucionar con solvencia.

El problema específico se plantea cuando existe una pluralidad de demandados y solo es emplazado alguno o algunos de ellos y se paraliza el procedimiento por un lapso superior al requerido para que opere el abandono del procedimiento, según el artículo 152 CPC. La jurisprudencia de modo prácticamente invariable viene sosteniendo que “la relación procesal se entiende trabada, en el caso de pluralidad de demandados, desde la fecha en que se notifique legalmente la demanda a todos ellos, porque antes que esto ocurra, no existe juicio”<sup>90</sup>, desestimándose la declaración de abandono de procedimiento cuando solo alguna o algunas de ellas han sido emplazadas<sup>91</sup>.

El problema que ocasiona esta interpretación es que permite una prolongación indefinida del proceso y mantiene permanentemente encadenado al litigio a un codemandado que ya fue emplazado y que prácticamente carece de los medios para lograr el efectivo avance del proceso, sujeto entonces a la voluntad del actor, todo lo cual conspira contra la debida estabilidad de las relaciones jurídicas y que puede llegar a comprometer el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

No me parece que la justificación estribe en que, entenderlo de otro modo favorece la mala fe, bastando con que algunos demandados se oculten o dificulten la práctica de la notificación, para que la parte emplazada pueda pedir el abandono, lo que podría acarrear la prescripción de un derecho<sup>92</sup>.

En lugar de conjeturar sin más la mala fe del demandado, resulta preferible inclinarse por hacer efectivo el deber del actor de propender a la prosecución del juicio, particularmente cuando el propio máximo tribunal ha insistido en que la sanción del abandono del procedimiento se basa en la pasividad de las partes y pretende otorgar certeza jurídica procesal, es decir, evitar la vigencia en el tiempo de un litigio, desconociéndose indefinidamente su resolución, con el consecuente desgaste para el Estado y los litigantes, especialmente para el sujeto contra quien se dirige la acción<sup>93</sup>.

Los perjudiciales efectos de esta concepción ha llevado a que en algunos fallos se defiendan la idea de que frente a la pluralidad de partes se produce una verdadera atomización de las relaciones jurídico-procesales, afirmándose que en tal caso “que en el supuesto que haya pluralidad de partes actores o demandados, hay tantos juicios como sean las relaciones procesales válidas que se originen”<sup>94</sup>, admitiéndose en tal caso el abandono. Aunque la solución sea defendible, lo cierto es que el argumento no es exacto porque no siempre la

<sup>90</sup> Corte Suprema, 4/1/1994; Corte Suprema, 4/8/1999; Corte de Apelaciones de Concepción, 9/3/2009.

<sup>91</sup> Corte Suprema, 19/4/2005; en el mismo sentido, Corte Suprema, 4/12/2006; Corte Suprema, 26/3/2007; Corte Suprema, 16/5/2007; Corte de Apelaciones de Concepción, 7/12/2007; Corte Suprema, 29/4/2014; Corte Suprema, 18/5/2016.

<sup>92</sup> Corte Suprema, 23/3/2016.

<sup>93</sup> Corte Suprema, 25/9/2012.

<sup>94</sup> Corte Suprema, 6/10/1970.

pluralidad de partes supone el ejercicio de una pluralidad de pretensiones dado que puede suceder que estemos frente a una única pretensión (y un único juicio, por consiguiente) si dos o más personas se constituyen en proceso como actor y/o como demandado, estando legitimadas para interponer u oponerse a una pretensión (originadora de un único proceso), de modo tal que el juez ha de dictar una única sentencia, en la que se contendrá un único pronunciamiento, el cual afectará a todas las partes<sup>95</sup>.

En este sentido, se comparte la tesis de que la existencia de pluralidad de demandados no impide la declaración del abandono de procedimiento, atendiendo a la finalidad de la sanción procesal, esto es, evitar la dilación innecesaria y la incertidumbre procesal que genera la pasividad negligente del actor, añadiendo que resulta contradictorio pretender que una relación procesal reviste la característica de perfecta solo en el evento que se haya emplazado a todos los llamados a litigar, en perjuicio de quienes ya han sido notificados<sup>96</sup>.

Ahora bien, lo que se sostiene respecto del abandono del procedimiento es aplicable a toda otra clase de incidencias que pretendan articular el o los demandados emplazados en juicio, tales como incidencias de nulidad, acumulación de procesos, suspensión del procedimiento de común acuerdo, todas las cuales suponen la existencia de un proceso pendiente, dado que como los incidentes acceden al proceso principal, solo son concebibles en el lapso en que la litispendencia se encuentra vigente que, para la teoría de la relación procesal, va desde la notificación de la demanda hasta la conclusión del pleito<sup>97</sup>.

En suma, la asunción de la tesis de la relación procesal conduce a concluir que los codemandados, pese a haber sido ya emplazados, están desprovistos del derecho a actuar eficazmente en el proceso mientras no hayan sido notificados los restantes litisconsortes.

### *7.2.2. Abandono del procedimiento y nulidad de la notificación de la demanda*

Si la petición de abandono del procedimiento solo puede formularse existiendo un juicio pendiente y si este solo es tal cuando ha sido notificada la demanda, declarada la nulidad procesal de la notificación de la demanda, hay que entender que para la doctrina predominante no existiría relación procesal ni juicio y por ende el abandono del procedimiento debe ser desestimado. Así se ha resuelto<sup>98</sup>.

### *7.2.3. Pluralidad de demandados y contestación de la demanda u otras presentaciones previas al emplazamiento*

Como es sabido, si los demandados son varios, sea que obren separada o conjuntamente, el plazo para contestar la demanda corre para todos a la vez, y se cuenta hasta que expire el último término parcial que corresponda a los notificados, conforme el artículo 260 CPC. La doctrina ha entendido que, en este caso, se trata de un término individual en cuanto a su inicio y común para su vencimiento<sup>99</sup>, por lo que no debe sorprender que se

<sup>95</sup> MONTERO (1981) pp. 215-256.

<sup>96</sup> Corte Suprema, 14/8/2012.

<sup>97</sup> SALAS (1990) p. 18.

<sup>98</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 27/7/2012.

<sup>99</sup> CASARINO (2011) p. 25.

tenga resuelto que mientras no se haya notificado a todos los demandados no se ha trabado íntegramente la relación procesal y, por lo tanto, no existe juicio<sup>100</sup>, considerándose extemporánea la contestación presentada por alguno de los demandados antes de notificarse a todos ellos<sup>101</sup>.

Sin embargo, lo cierto es que cualquiera de los demandados está facultado para contestar la demanda desde su respectiva notificación, aunque el plazo aun no haya vencido por falta de notificación a los demás. Por este motivo, se tiene resuelto que “la norma legal citada establece únicamente un plazo extintivo al señalar que se contará ‘hasta’ que expire el último término parcial, sin que de ello se pueda desprender que resulta extemporánea la contestación que se presente por alguno de los demandados antes de notificarse a todos ellos”<sup>102</sup>. Existiendo una pluralidad de demandados, el hecho de que no se haya notificado a todos, no impide que en el tiempo intermedio se formulen presentaciones como las excepciones dilatorias<sup>103</sup>.

De lo expuesto, se concluye que para la tesis prevalente el juicio, en el caso de la pluralidad de sujetos pasivos, solo se iniciaría cuando se ha notificado al último de los demandados, lo que no impide que en el tiempo intermedio se formulen cuestiones incidentales. Lo cierto es que esta interpretación, que acepta la promoción de incidentes, como las excepciones dilatorias sin la existencia de un juicio, resulta bastante difícil de conciliar con la noción misma de acto procesal que siempre está referida a actos jurídicos que producen sus efectos principales, de modo directo e inmediato, en el proceso. Sin proceso no puede haber acto procesal alguno, salvo el acto iniciador del mismo, es decir, la demanda.

La doctrina de la relación procesal no ofrece una respuesta satisfactoria para todas estas actuaciones procesales permitidas antes de la notificación de todos los litisconsortes, pese a no existir juicio ni proceso conforme lo postula esta orientación doctrinaria.

#### *7.2.4. Intervención de demandados aún no emplazados*

A tal punto llega la asunción de la tesis predominante sobre el momento inicial del proceso que el mismo argumento antes señalado ha servido –aunque suene insólito– para justificar la prohibición de entrada al pleito de las propias partes, esto es, de quienes figuran como tal en el propio acto procesal de la demanda. En efecto, nuestros tribunales han negado la posibilidad de promover incidente de nulidad procesal al demandado que aún no ha sido notificado de la demanda<sup>104</sup>.

#### *7.2.5. Intervención de terceros al proceso*

La noción misma de intervención supone la pendency de una causa, de forma tal que el tercero podrá intervenir “durante la secuela del juicio”, según el artículo 22 CPC. Una vez más, la exigencia de litispendencia obliga a determinar el momento inicial y final

<sup>100</sup> Corte Suprema, 4/12/2006.

<sup>101</sup> Corte de Apelaciones de Antofagasta, 11/7/2011.

<sup>102</sup> Corte Suprema, 19/8/2011.

<sup>103</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 29/11/2009.

<sup>104</sup> Corte Suprema, 20/5/1971, en Fallos del Mes N° 150, p. 75; en similar sentido: Corte Suprema, 8/6/2010; Corte Suprema, 19/5/2014.

del proceso, cuestión que enlaza con el tema relativo al tiempo de la intervención<sup>105</sup>, lo que supone que mientras la demanda no sea notificada al demandado, no puede haber intervención de terceros<sup>106</sup>.

### 7.2.6. Nulidad procesal por falta de emplazamiento

Para la tesis de la relación procesal, la falta de notificación válida al demandado hace imposible el perfeccionamiento de la relación procesal y, por consiguiente, su ausencia comporta la inexistencia del juicio. Sin embargo, la ley permite la alegación de la falta de emplazamiento para la obtención de la declaración de rescisión de todo lo obrado dentro de un plazo fatal contado desde que aparezca o se acredite que la parte tuvo conocimiento personal del juicio, produciéndose en caso contrario, la convalidación.

Lo que no alcanza a explicar la tesis de la relación procesal es, por un lado, la admisibilidad de incidentes, esto es, de cuestiones accesorias planteadas respecto de un proceso que no tendría existencia<sup>107</sup> y, por otro, cómo se justifica la convalidación tácita que transforma aquello que no existía en un proceso perfecto, con todas sus consecuencias<sup>108</sup>.

### 7.2.7. Requisitos de la excepción de litispendencia

Una de las consecuencias de la existencia de un litigio pendiente consiste en la exclusión de procesos futuros sobre la misma cuestión litigiosa, lo que se obtiene a través de la excepción de litispendencia. Para que prospere esta excepción es necesario que el proceso en el que se haga valer la litispendencia haya comenzado con posterioridad al que la origina. Este requisito se explica, en palabras de Serra, porque el proceso que “nace muerto”, es el segundo y, por consiguiente, es este el que debe ser excluido<sup>109</sup>. Además, desde un punto de vista práctico, de admitirse que no importa cuál de los dos procesos haya comenzado primero y que cualquiera de los dos puede quedar excluido por la litispendencia, se estarían abriendo infinitas posibilidades al fraude y a la mala fe procesal<sup>110</sup>.

Aclarado que la excepción de litispendencia excluye el segundo proceso, el problema práctico que puede suscitarse es el de determinar en el proceso concreto en el que se invoca, si el otro proceso pendiente comenzó o no con anterioridad y para dar respuesta a esta cuestión es preciso precisar el *dies a quo* de la litispendencia. Para la tesis dominante, el proceso se entiende iniciado con la notificación de la demanda y por eso se tiene resuelto que para que prospere la excepción en estudio resulta indispensable que exista otro juicio pendiente, lo cual se configura, si por un lado está trabada la relación jurídico procesal

<sup>105</sup> “Que, en general, la figura de la tercería importa la existencia de un juicio pendiente –ordinario o especial– seguido entre personas directamente interesadas en su secuela por tener un derecho comprometido en el mismo, en el que interviene un tercero invocando un interés actual en sus results” (Corte Suprema, 30/3/2016).

<sup>106</sup> Corte Suprema, 13/3/1953.

<sup>107</sup> Corte de Apelaciones de Valdivia, 16/1/2017.

<sup>108</sup> SALAS (1994) p. 100.

<sup>109</sup> SERRA (1969) p. 672.

<sup>110</sup> VEGAS (2002) p. 188.

–notificación de la demanda– y por otro lado que no se haya terminado el juicio por sentencia definitiva o por algún equivalente jurisdiccional<sup>111</sup>.

Es más, para quienes defienden esta tesis, en realidad, mientras no se haya notificado la demanda no hay problema relativo a la litispendencia, porque en su concepto no existe un proceso pendiente. Esta comprensión abre las puertas al fraude procesal porque frente a la noticia de la presentación de una demanda la parte demandada en el primer proceso podría presentar una segunda demanda y obtener su pronta notificación, y lograr con ello excluir el primer proceso, mediante la oportuna promoción de la excepción que se comenta<sup>112</sup>. Con ello se desnaturalizaría el requisito de que el proceso en el que se haga valer la litispendencia haya comenzado con posterioridad al que la origina.

### 7.2.8. *Recursos contra la resolución que inadmite una demanda*

En el ámbito del proceso civil, la procedencia de algunos recursos está sujeta al efecto que producen ciertas resoluciones. Así, el recurso de casación en la forma se concede, entre otras, contra las sentencias definitivas e interlocutorias cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, de acuerdo al artículo 766 CPC; lo propio sucede con el recurso de casación en el fondo, según el artículo 767 CPC y con el recurso de queja, conforme el artículo 545 COT.

La interpretación literal de los señalados preceptos conduciría a que la resolución que inadmite una demanda no sería impugnabile por dichas vías recursivas porque lógicamente ninguna resolución puede poner término a algo que ni siquiera ha comenzado. Esto obliga a quienes patrocinan la tesis que se cuestiona, a reinterpretar su tesis, entendiendo que puede existir juicio sin la existencia de relación procesal o bien, considerar que cuando la ley se refiere al *juicio* lo hace para referirse al procedimiento, como explícitamente lo menciona el art. 67 N° 2 de la Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia, que hace referencia a las resoluciones que ponen término al procedimiento o hacen imposible su continuación o el artículo 26 de la Ley 20.600, sobre Tribunales Ambientales, que alude a las resoluciones que ponen término al proceso.

### 7.2.9. *Acceso a la justicia constitucional*

La cuestión del momento inicial de la litispendencia presenta repercusiones en la justicia constitucional desde que, con arreglo a lo previsto en el artículo 93 N° 6 CPR la inaplicabilidad de un precepto legal puede ser planteada ante el Tribunal Constitucional por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto “siempre que se verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial”. La *gestión pendiente* podría ser relacionada con la existencia de un juicio pendiente, lo que ocurriría con la mentada notificación de la demanda. El Tribunal Constitucional, no obstante aludir con

<sup>111</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, 25/03/2015; Corte de Apelaciones de San Miguel, 31/03/2015. “Que, la notificación válida de una demanda permite establecer la relación jurídica procesal entre partes y da inicio a los efectos jurídicos que devienen de un proceso legalmente tramitado” (Corte de Apelaciones de Santiago, 28/09/2017).

<sup>112</sup> MÁLAGA (1999) p. 125.

frecuencia a la tesis de la *relación procesal*<sup>113</sup>, ha entendido que existiría gestión pendiente con la sola presentación de la demanda, aun cuando no haya sido notificada, al sostener que la gestión reclamada por el requerido como inexistente, se encuentra actualmente pendiente ante ese tribunal pues, habiéndose presentado la demanda, el tribunal competente no le ha puesto término por resolución con efecto de cosa juzgada<sup>114</sup>.

Sin embargo, más recientemente el Tribunal Constitucional ha resuelto que si la causa invocada como gestión pendiente se encuentra a la espera de ser notificada, en el estado procesal de la causa no existe actualmente una gestión judicial pendiente en tramitación, en los términos que perentoriamente lo exigen el artículo 93 N° 6° y el inciso undécimo de la misma disposición constitucional<sup>115</sup>.

En buenas cuentas, al litigante a quien se le deniega acceso al proceso en razón de no existir juicio pendiente por no estar emplazada la parte demandada, por idéntica razón se le impide, además, el acceso a la justicia constitucional, produciéndose una suerte de doble obstaculización que termina sofocando su derecho a la tutela judicial efectiva.

Piénsese, por ejemplo, en aquellas normas que establecen ciertos efectos derivados de la sola presentación de la demanda, como el ya mencionado artículo 141 inc. 3° CC en cuya virtud la sola interposición de la demanda transforma provisoriamente en familiar el bien de que se trate. Si un tercero resultara afectado con esa medida, por un lado, no tendrá oportunidad para intervenir en el proceso civil mientras la parte demandada no estuviese notificada (“pues antes no hay juicio”), lo cual ya entraña, por sí sola, una afectación al derecho a la apertura del proceso y a promover la actividad jurisdiccional. Pero, además, la falta de notificación a la parte demandada le impedirá el acceso a la justicia constitucional, toda vez que no podrá justificar la existencia actual de una gestión judicial pendiente. Si ni el legislador puede imponer obstáculos al derecho de acceder al proceso que no respeten su contenido esencial, es comprensible que, con mayor razón, no resulta lícito que estas limitaciones provengan de otro órgano, distinto del legislativo<sup>116</sup>.

## VIII. EL PROCESO COMIENZA CON LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA

En mi opinión, la concepción más acorde con el derecho a la tutela judicial es la que patrocina que el momento inicial de la litispendencia es aquél en que se requiere formalmente el ejercicio de la potestad jurisdiccional mediante la interposición de la demanda<sup>117</sup>. Es probable que el camino recorrido para llegar a concluir que el proceso comienza por la demanda resulte demasiado extenso, especialmente si el trayecto nos conduce al punto de partida, es decir, al artículo 253 CPC: “Todo juicio ordinario comenzará por demanda del actor”.

<sup>113</sup> Tribunal Constitucional, 18/05/2010, c. 8°; Tribunal Constitucional, 14/03/2017, c. 12°; Tribunal Constitucional, 24/01/2013, c. 36°; Tribunal Constitucional, 10/06/1998, c. 11°.

<sup>114</sup> Tribunal Constitucional, 1/7/2008, c. 12°.

<sup>115</sup> Tribunal Constitucional, 23/12/2014, c. 5°.

<sup>116</sup> PICÓ I JUNOY (1997) pp. 42-43.

<sup>117</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES (1969) p. 638.

En efecto, el fundamento normativo es claro, lo que ofrece un argumento de derecho positivo que coincide con la concepción moderna del proceso y el derecho a la tutela judicial<sup>118</sup>. La disposición del artículo 253 CPC obliga a quienes adhieren a la tesis mayoritaria a elaborar una serie de argumentos que no son más que un esfuerzo por adaptar la norma a una determinada concepción sobre la naturaleza del proceso<sup>119</sup> y un vano intento para demostrar que el juicio no comienza por demanda, como lo enseña el precepto, sino que se trataría de un acto complejo, integrado por un acto de parte más otro de la administración de justicia.

Como es conocido, la presentación de la demanda constituye un acto procesal independiente de su admisión y su notificación, y tanto es así que ella produce dentro de nuestro ordenamiento procesal efectos propios como lo demuestran, entre otros, los artículos 280 CPC y 148 CPC<sup>120</sup>, de modo que imponer un acto adicional que no está exigido de modo general por la ley y que no depende enteramente de la voluntad del actor aparece desprovista de justificación.

Es cierto, presentada la demanda y antes de su notificación, el actor puede modificarla libremente e incluso retirarla, considerándosela en tal caso como no presentada, conforme el artículo 148 CPC, pero todas estas actividades suponen un proceso en marcha y, por lo mismo, la litispendencia, sin que exista motivo para postergar el momento constitutivo del proceso al instante del emplazamiento.

Ahora bien, solo una demanda que cumpla con los requisitos formales y que, por ende, resulte admitida tiene el mérito de determinar la litispendencia, de donde surge la inquietud en torno a si el momento inicial de la misma se produce en el instante en que la demanda es interpuesta, siempre que esta sea después admitida, o bien que dicho efecto se produce al momento de admisión de la demanda, pero con efectos retroactivos al de la presentación. El artículo 253 CPC permite orientarse por la primera comprensión, aunque debe advertirse sobre la relativa irrelevancia de optar por una u otra tesis<sup>121</sup>.

La circunstancia de estimar que el momento inicial del proceso se produce con la presentación de la demanda, no inhibe al legislador de establecer momentos diferentes para la producción de determinados efectos procesales. En este sentido, hay que coincidir con De La Oliva cuando plantea que si la litispendencia no es sino un conjunto de efectos, lo que en realidad habría que plantearse es en qué momento se produce cada uno de ellos sin que se adivine a qué puede deberse el empeño en que todos esos efectos se desplieguen a la vez<sup>122</sup>.

Sin embargo, el hecho de que el retiro de la demanda o su modificación solo sean admisibles hasta antes de que sea notificada –según el artículo 147 CPC– no revela un criterio general sobre el momento de producción de la litispendencia, como tampoco podría afirmarse que, por el hecho de permitirse ampliaciones o modificaciones a la demanda has-

<sup>118</sup> SERRA (1969) p. 659.

<sup>119</sup> MÁLAGA (1999) p. 124.

<sup>120</sup> Corte Suprema, 24/11/1994.

<sup>121</sup> MONTERO (2001) p. 194.

<sup>122</sup> DE LA OLIVA, DÍEZ-PICAZO y VEGAS (2014) p. 64.

ta antes de su contestación –conforme el artículo 261 CPC–, el momento inicial del juicio coincida con esta última.

Contrariamente a lo que plantea De la Oliva el verdadero problema no se vincula con las normas que fijan para materias específicas el momento inicial de la litispendencia, sino precisamente respecto de todas aquellas situaciones en que la ley guarda silencio. Y en este punto, la respuesta no puede ser otra que la litispendencia comienza con la presentación de la demanda y desde ese momento despliega toda su eficacia, a menos que la ley establezca que, para la producción de ciertos efectos, deba considerarse un instante diferente.

Con esta interpretación no se pone el riesgo la adecuada defensa del demandado que hasta su notificación desconoce la existencia del proceso, puesto que una adecuada ponderación de los intereses concurrentes impide dejar desprovista de toda protección la pretensión del actor durante el tiempo que media entre la interposición de la demanda y su notificación<sup>123</sup>, máxime si la práctica de esta última no depende enteramente de su voluntad, pues como lo tiene resuelto la Corte Suprema “...la notificación no constituye un acto dentro de la esfera única del demandante, pues su realización queda supeditada a los vaivenes del acto procesal del receptor y la no siempre fácil ubicación del demandado”<sup>124</sup>. El demandado, por su parte, mantiene intactas sus posibilidades defensivas.

En fin, no se advierte qué interés podría tener el demandante en ocultar la demanda, que no pudiera ser reprimido por el juez en cumplimiento del deber que le impone la ley para prevenir, corregir y sancionar toda acción u omisión que importe un fraude o abuso procesal, contravención de actos propios o cualquiera otra conducta que pudiera calificarse de ilícita, dilatoria o de cualquier otro modo contraria a la buena fe, de acuerdo con el artículo 2 letra de la Ley 20.886. Antes bien, el único riesgo que se advierte es que, si se comparte la tesis predominante, el demandante podría ocultar la demanda en forma indefinida sin verse expuesto a la sanción procesal del abandono del procedimiento.

## IX. CONCLUSIONES

1.- La expresión litispendencia, más allá de su significado etimológico, se utiliza para designar un conjunto de efectos ligados a un proceso en curso que buscan asegurar la efectividad de la decisión final.

2.- El fundamento de la litispendencia está directamente relacionado con el derecho a la tutela judicial y, por ende, tiene amparo constitucional.

3.- La doctrina que fija el momento de producción de la litispendencia en la notificación de la demanda está desprovista de una base normativa sólida y su fundamento dogmático es controvertible. Al mismo tiempo, su aplicación en casos concretos genera numerosos problemas prácticos y disfuncionalidades procesales.

4.- La única norma de carácter general que establece el momento inicial de la litispendencia es el artículo 253 CPC, sin perjuicio de la existencia de normas particulares que establecen instantes diferentes para determinados casos.

<sup>123</sup> MÁLAGA (1999) p. 125.

<sup>124</sup> Corte Suprema, 3/8/2021.

5.- El momento inicial de la *litispendencia*, en aquellos casos en que la ley no lo fija, no es el del emplazamiento del demandado, sino el de la interposición de la demanda, en la medida que esta reúna todos los requisitos necesarios para su admisión.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, Maite (2017): “La reserva de acciones en el juicio ejecutivo y los requisitos necesarios para la correcta configuración de la excepción de litispendencia”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 28: pp. 387-395.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1992): “Evolución de la doctrina procesal”, en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso* (1945-1972), Tomo II (Ciudad de México, UNAM), pp. 293-330.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (2018): *Proceso, autocomposición y autodefensa* (México, UNAM).
- ANABALÓN SÁNDERSON, Carlos (2015): *Tratado de Derecho procesal civil: Juicio Ordinario de Mayor Cuantía* (Santiago, Editorial El Jurista, reimpresión).
- ARMENTA DEU, Teresa (2013): *Lecciones de Derecho procesal civil. Proceso de declaración, Proceso de Ejecución y Procesos Especiales* (Madrid, Marcial Pons, séptima edición).
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2016): “Informe de la Corte Suprema a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 22 de julio de 2015”, en *Historia de la Ley N° 20.886* (Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional). Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadela-ley/nc/historia-de-la-ley/4681/>, pp. 55-57. Fecha de consulta: 23/8/2021.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2011): “Análisis Crítico de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el Derecho a la Tutela Judicial”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 38, N° 2: pp. 311-337.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo y PALOMO VÉLEZ, Diego (2014): *Proceso civil. El Juicio Ordinario de Mayor Cuantía. Procedimiento sumario y tutela cautelar* (Santiago, Thomson Reuters - La Ley).
- CAROCCA PÉREZ, Alex (2003): *Manual de Derecho Procesal*, Tomo II (Santiago, LexisNexis).
- CASARINO VITERBO, Mario (2011): *Manual de Derecho Procesal*, Tomo IV (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, sexta edición).
- CHIOVENDA, Giuseppe (1925): *Principios de Derecho Procesal Civil*, Tomo II (Madrid, Reus).
- CHIOVENDA, Giuseppe (1949a): “Sobre la ‘*perpetuatio Iurisdictionis*’”, en *Ensayos de derecho procesal civil*, Volumen II (Buenos Aires, EJEA): pp. 3-51.
- CHIOVENDA, Giuseppe (1949b): “Relación jurídica procesal y litispendencia”, en *Ensayos de derecho procesal civil*, Volumen III (Buenos Aires, EJEA): pp. 163-192.
- CHIOVENDA, Giuseppe (1992): *La acción en el sistema de los derechos* (Valparaíso, Edeval).
- CLARO SOLAR, Luis (1992): *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Vol. II, Tomo tercero, “De las personas” (Santiago, Editorial jurídica de Chile).
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (2017): “Contribución al estudio de las medidas cautelares previas a la demanda en el proceso civil chileno”, *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, Vol. 30, N° 1: pp. 235-261.

- COUTURE, Eduardo (1958): *Fundamentos del derecho procesal* (Buenos Aires, Depalma, tercera edición).
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, y VEGAS TORRES, Jaime (2013): *Curso de derecho procesal civil. Parte general* (Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, segunda edición).
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, y VEGAS TORRES, Jaime (2014): *Curso de derecho procesal civil. Parte especial* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, segunda edición).
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de derecho procesal civil* (Madrid, Aguilar).
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2020): *La prescripción extintiva. Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica, segunda edición).
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor (1992): *Teoría general del derecho procesal* (Ciudad de México, Universidad Autónoma de México).
- GARCÍA PINO, Gonzalo, y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo (2013): “El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno”, *Estudios Constitucionales*, Año 11, N° 2: pp. 229-282.
- GOLDSCHMIDT, James (1936): *Teoría general del proceso* (Barcelona, Editorial Labor).
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, y HERCÉ QUEMADA, Vicente (1979): *Derecho procesal civil* (Madrid, Artes Gráficas y Ediciones).
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo (1969): “La litis-pendencia”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, N° 3: pp. 605-652.
- HOYOS HENRECHSON, Francisco (1987): *Temas fundamentales de derecho procesal* (Santiago, Editorial Jurídica).
- HUNTER AMPUERO, Iván (2009): “El poder del juez para rechazar *in limine* la demanda por manifiesta falta de fundamento”, *Revista Ius et Praxis*, año 15, N° 2: pp. 117-163.
- LAZO, Santiago (1918): *Los códigos chilenos anotados. Código de Procedimiento Civil* (Santiago, Poblete Cruzat Hermanos).
- MÁLAGA DIÉGUEZ, Francisco (1999): *La litispendencia* (Barcelona, Bosch).
- MONTERO AROCA, Juan (1979): *Introducción al derecho procesal* (Madrid, Tecnos, segunda edición).
- MONTERO AROCA, Juan (1981): “Acumulación de procesos y proceso único con pluralidad de partes”, en: *Estudios de Derecho Procesal* (Barcelona, Bosch) pp. 215-256.
- MONTERO AROCA, Juan (1996): “El proceso no tiene naturaleza jurídica”, en *Ensayos de Derecho Procesal* (Barcelona, Bosch) pp. 145-166.
- MONTERO AROCA, Juan (2001), *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil* (Valencia, Tirant lo Blanch, décima edición).
- MONTERO AROCA, Juan (2015): *Derecho Jurisdiccional. Parte general* (Valencia, Tirant lo Blanch, 23° edición).
- MONTERO AROCA, Juan (2016): *El proceso civil. Los procesos ordinarios de declaración y ejecución* (Valencia, Tirant Lo Blanch, segunda edición).
- NIEVA FENOLL, Jordi (2014): *Derecho Procesal I. Introducción* (Barcelona, Marcial Pons).
- NIEVA FENOLL, Jordi (2015): *Derecho procesal II. Proceso civil* (Barcelona, Marcial Pons).

- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2003): “La constitucionalización del proceso: El acceso a la jurisdicción, tutela judicial efectiva o debido proceso”, en FERRADA BÓRQUEZ, Juan C. (coord.), *La constitucionalización del Derecho chileno* (Santiago, Editorial Jurídica) pp. 169-170.
- ORTELLS RAMOS, Manuel y otros (2017): *Derecho procesal civil*, Dirección de Ortells Ramos (Navarra, Aranzadi, 16ª edición).
- ORTELLS RAMOS, Manuel (2019): *Introducción al Derecho Procesal* (Pamplona, Aranzadi, sexta edición).
- PALACIO, Lino Enrique (2003): *Manual de derecho procesal civil* (Buenos Aires, LexisNexis, 17ª edición).
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2006): *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*, Santiago, Editorial Jurídica.
- PICÓ I JUNOY, Joan (1997): *Las garantías constitucionales del proceso* (Barcelona, Bosch).
- PRIORI POSADA, Giovanni (2015): “Sobre cuando se inicia un proceso”, *Revista Ius et Veritas*, N° 50: pp. 344-351.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco (1990): *Derecho procesal civil*, Tomo I (Barcelona, Bosch).
- RIED UNDURRAGA, Ignacio (2015): “Tres cuestiones sobre la excepción de litispendencia en el proceso civil chileno”. *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* Vol. 45: pp. 205-241.
- RODRÍGUEZ PAPIĆ, Ignacio (2003): *Procedimiento Civil. Juicio ordinario de mayor cuantía* (Santiago, Editorial Jurídica, sexta edición).
- ROJAS RODRÍGUEZ, MARIO (1965): *Las medidas precautorias* (Santiago de Chile, Librotec).
- ROMERO RODRÍGUEZ, Sophia (2013): “Concurso de normas y concurso de acciones en el Derecho Procesal Civil chileno”, *Revista Ius et Praxis*, Año 19, N° 2: pp. 207-250.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2001): “El proceso como relación procesal y el abandono del procedimiento en el litisconsorcio voluntario”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, N° 1: pp. 143-148.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2002): *La Cosa Juzgada en el proceso civil chileno* (Santiago, Editorial Jurídica).
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2014): *Curso de derecho procesal civil. La acción y la protección de los derechos*, Tomo I (Santiago, Thomson Reuters, segunda edición).
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2015), *Curso de derecho procesal civil. Los presupuestos procesales relativos al procedimiento*, Tomo III (Santiago, Thomson Reuters).
- SALAS VIVALDI, Julio (1990): “Oportunidad en que deben promoverse los incidentes. Situación especial del de nulidad procesal en el juicio civil y penal”, *Revista de Derecho. Universidad de Concepción*, N° 188: pp. 17-30.
- SALAS VIVALDI, Julio (1994): *Los incidentes y en especial el de nulidad procesal en el proceso civil y penal* (Santiago, Editorial Jurídica, séptima edición).
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel (1969): “Litispendencia”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, N° 3: pp. 653-682.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel (2008): *Jurisdicción, Acción y Proceso* (Barcelona, Atelier).
- STOEHRER MAES, Carlos (1993): *De las disposiciones comunes a todo procedimiento y de los incidentes* (Santiago, Editorial Jurídica, quinta edición).

VEGAS TORRES, Jaime (2002): "La Eficacia Excluyente de la litispendencia", *Revista Electrónica del Departamento de Derecho (U. de la Rioja)*: pp. 169-195.

## JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte Suprema, 28 de abril de 1949, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 46, sec. 1ª, p. 285.  
 Corte Suprema, 13 de marzo de 1953, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 50, sec. 1ª, p. 82.  
 Corte Suprema, 6 de octubre de 1970, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 67, sec. 1ª, p. 449.  
 Corte Suprema, 20 de mayo de 1971, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 68, sec. 1ª, p. 142.  
 Corte Suprema, 25 de mayo de 1971, Fallos del Mes, N° 150, p. 75.  
 Corte Suprema, 4 de enero de 1994, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 91, sec. 1ª, p. 1.  
 Corte Suprema, 24 de noviembre de 1994, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 91, sec. 1ª, p. 113.  
 Corte Suprema, 19 de mayo de 1998, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 95, sec. 1ª, pp. 48-51.  
 Corte Suprema, 4 de agosto de 1999, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 96, sec. 1ª, pp. 90-91.  
 Corte Suprema, 31 de mayo de 2000, Rol N° 3575-1999.  
 Corte Suprema, 19 de abril de 2005, Rol N° 4110-2002.  
 Corte Suprema, 4 de diciembre de 2006, Rol N° 1471-2005, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 103, sec. 1ª, pp. 776-779.  
 Corte Suprema, 26 de marzo de 2007, Rol N° 3866-2005.  
 Corte Suprema, 16 de mayo de 2007, Rol N° 5724-2005.  
 Corte Suprema, 1 de octubre de 2008, Rol N° 5689-2007.  
 Corte Suprema, 3 de noviembre de 2008, Rol N° 5827-2007.  
 Corte Suprema, 8 de junio de 2010, Rol N° 1172-2009.  
 Corte Suprema, 16 de marzo de 2011, Rol N° 9224-2009.  
 Corte Suprema, 27 de abril de 2011, Rol N° 8725-2009.  
 Corte Suprema, 19 de mayo de 2011, Rol N° 7579-2009.  
 Corte Suprema, 29 de julio de 2011, Rol N° 2370-2010.  
 Corte Suprema, 19 de agosto de 2011, Rol N° 6642-2011.  
 Corte Suprema, 30 de noviembre de 2011, Rol N° 330-2011.  
 Corte Suprema, de 6 de diciembre de 2011, Rol N° 5148-2009.  
 Corte Suprema, 9 de marzo de 2012, Rol N° 6459-2011.  
 Corte Suprema, 17 de mayo de 2012, Rol N° 9327-2009.  
 Corte Suprema, 14 de agosto de 2012, Rol N° 7832-2010.  
 Corte Suprema, 25 de septiembre de 2012, Rol N° 7832-2010.  
 Corte Suprema, 23 de diciembre de 2013, Rol N° 2220-2013.  
 Corte Suprema, 29 de abril de 2014, Rol N° 4749-2013.  
 Corte Suprema, 19 de mayo de 2014, Rol N° 6775-2013.  
 Corte Suprema, 8 de octubre de 2015, Rol N° 5762-2015.  
 Corte Suprema, 19 de noviembre de 2015, Rol N° 6177-2015.  
 Corte Suprema, 23 de marzo de 2016, Rol N° 17739-2015.

- Corte Suprema, 30 de marzo de 2016, Rol N° 10366-2015.  
Corte Suprema, 18 de mayo de 2016, Rol N° 7405-2015.  
Corte Suprema, 31 de mayo de 2016, Rol N° 6900-2015.  
Corte Suprema, 7 de julio de 2016, Rol N° 18841-2015.  
Corte Suprema, 20 de septiembre de 2016, Rol N° 28371-2016.  
Corte Suprema, 30 de enero de 2017, Rol N° 42435-2016.  
Corte Suprema, 9 de marzo de 2017, Rol N° 95091-2016.  
Corte Suprema, 7 de junio de 2017, Rol N° 7407-2016.  
Corte Suprema, 3 de octubre de 2017, Rol N° 7109-2017.  
Corte Suprema, 25 de julio de 2018, Rol N° 43450-2017.  
Corte Suprema, 21 de diciembre de 2020, Rol N° 27794-2019.  
Corte Suprema, 7 de mayo de 2021, Rol N° 12340-2019.  
Corte Suprema, 3 de agosto de 2021, Rol N° 4310-2021.  
Corte de Apelaciones de Concepción, 9 de diciembre de 1982, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 78, sec. 2ª, p. 184.  
Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 25 de mayo de 1994, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 91, sec. 2ª, p. 53.  
Corte de Apelaciones de Concepción, 17 de abril de 2006, Rol N° 4126-2002.  
Corte de Apelaciones de Temuco, 27 de abril de 2007, Rol N° 178-2005.  
Corte de Apelaciones de Concepción, 5 de octubre de 2007, Rol N° 1391-2007.  
Corte de Apelaciones de Concepción, 7 de diciembre de 2007, Rol N° 1444-2006.  
Corte de Apelaciones de Concepción, 9 de marzo de 2009, Rol N° 1972-2008.  
Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de noviembre de 2009, Rol N° 3847-2009.  
Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de julio de 2010, Rol N° 4691-2006.  
Corte de Apelaciones de Antofagasta, 11 de julio de 2011, Rol N° 316-2011.  
Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de julio de 2012, Rol N° 8569-2011.  
Corte de Apelaciones de Antofagasta, 2 de julio de 2014, Rol N° 113-2014.  
Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de octubre de 2014, Rol N° 5732-2014.  
Corte de Apelaciones de San Miguel, 25 de marzo de 2015, Rol N° 1566-2014.  
Corte de Apelaciones de San Miguel, 31 de marzo de 2015, Rol N° 1665-2014.  
Corte de Apelaciones de La Serena, 18 de abril de 2016, Rol N° 1594-2015.  
Corte de Apelaciones de Coyhaique, 22 de junio de 2016, Rol N° 32-2016.  
Corte de Apelaciones de Valdivia, 6 de enero de 2017, Rol N° 87-2016.  
Corte de Apelaciones de Valdivia, 16 de enero de 2017, Rol N° 88-2016.  
Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de septiembre de 2017, Rol N° 9839-2017.  
Corte de Apelaciones de Concepción, 8 de junio de 2018, Rol N° 474-2018.  
Tribunal Constitucional, 10 de junio de 1998, Rol N° 273.  
Tribunal Constitucional, 1 de julio de 2008, Rol N° 946.  
Tribunal Constitucional, 27 de octubre de 2009, Rol N° 1470.  
Tribunal Constitucional, 18 de mayo de 2010, Rol N° 1368.  
Tribunal Constitucional, 24 de enero de 2013, Rol N° 2166.  
Tribunal Constitucional, 23 de diciembre de 2014, Rol N° 2737.  
Tribunal Constitucional, 14 de marzo de 2017, Rol N° 2986.  
Tribunal Constitucional, 29 de mayo de 2018, Rol N° 3442.