

DERECHO

LA ACCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ART. 133 BIS DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS

*Alejandro Romero Seguel
Profesor Derecho Procesal
Universidad de los Andes*

*José Ignacio Díaz Villalobos
Profesor Derecho Comercial
Universidad de los Andes*

SUMARIO: I. Notas de derecho comparado. 1. Presentación; 2. The Demand Rule; 3. Comité de Investigación y el Comité Zapata. II. Aspectos procesales de la acción derivativa del art. 133 bis LSA. 1. Descripción general; 2. Tipo de legitimación activa; 3. La sustitución procesal; 4. Su diferencia con la representación. El tema de las costas; 5. La legitimación pasiva; 6. El litisconsorcio que genera; 7. Efectos de la sustitución procesal del art. 133 bis LSA; 8. El tribunal competente; 9. El abuso del derecho como límite en el ejercicio de la acción derivativa. III. Conclusiones.

I. NOTAS DE DERECHO COMPARADO

1. PRESENTACIÓN

La ley 19.705, de 29 de diciembre del 2000, introdujo sustanciales cambios en la regulación de las sociedades anónimas, como es el caso del nuevo artículo 133 bis de la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas (en adelante LSA).¹ Dicho precepto

¹ Una exposición general de esta reforma, cfr. FFE-FFER URQUIAGA, Francisco, "Nuevas normas sobre go-

bierno corporativo y mayores responsabilidades para los directores de sociedades anónimas", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, N° 3, 2000, pp. 485-499.

Los ejemplos más recurrentes en los que se utiliza la acción derivativa son aquellos fundamentados en incumplimientos de los deberes del directorio o gerentes; contratos con partes relacionadas; abuso o destrucción de los activos de la sociedad; malversación de propiedad social; acciones destinadas al cumplimiento de obligaciones sociales con terceras partes; mala gestión de los directores por competencia; negligencia; demandas alegando la infracción de la ley, estatutos o reglamentos de la sociedad.

En general, en derecho comparado la acción derivativa es una demanda que puede ser ejercitada contra las autoridades de la sociedad para exigir un derecho de la sociedad que ésta no ha exigido. Este derecho puede ser ejercitado contra las autoridades de la sociedad para exigir un beneficio de la sociedad, cuando el demandante exitoso tiene derecho a los honorarios de la sociedad o a las costas de las sociedades anónimas tratadas como sociedades de responsabilidad limitada que el beneficio de la sociedad es sólo para ciertas acciones, ya que no se considera que algunas acciones puedan ser beneficiadas con el resultado del juicio, como es el caso en que el culpable de la infracción es a cargo personal de la

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

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

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

Este precepto se enmarca dentro del desarrollo legislativo de los instrumentos

procesales que tienden a tutelar los denominados intereses de grupo o colectivos, en este caso, los accionistas de las sociedades anónimas.

Desde el punto de vista del derecho comercial, esta modificación apunta a perfeccionar los mecanismos de protección del derecho de las minorías en las sociedades anónimas. Tal como se explicará, al examinar el alcance de esta acción de responsabilidad civil, la Ley 19.705 ha optado por reforzar el contenido del derecho de propiedad de los accionistas, con prescindencia de quien tenga la mayoría en el directorio.

La fuente remota de esta modificación incorporada a la LSA se encuentra en el derecho societario anglosajón,² específicamente en la denominada acción derivativa ("*derivative action*").

En general, en derecho comparado una acción derivativa es una demanda presentada para exigir un derecho de la sociedad que ésta no ha exigido. Este derecho puede ejercitarse contra las autoridades de la sociedad, sus directores o terceras partes. Si bien la administración de una sociedad anónima corresponde al directorio, la ley faculta a los accionistas, a través de este mecanismo procesal, para hacer frente a situaciones que dañan la sociedad.

A veces resulta difícil distinguir en la práctica cuándo una demanda ha sido presentada en virtud de una acción directa de los accionistas contra la sociedad o directores y cuándo se presenta a favor de la misma sociedad, es decir, como una acción derivativa. En teoría, si el acto ilícito daña al patrimonio social y por tanto a los accionistas indirectamente, es derivativa. Si por el contrario daña directamente a los accionistas es una acción directa.

² En esta parte la reseña de derecho comparado ha sido basada en el capítulo dedicado a la acción derivativa del libro "*Fundamentals of Corporate Governance, A guide for Directors and Corporate Counsel*" de Gregory V. Varallo y Daniel A. Dreisbach, American Bar Association, 1996, y de la Sección C del Capítulo 20 sobre *Shareholder Litigation*, tomado del libro *Corporations Law and Policy* de los autores Lewis D. Solomon, Donald E. Schwartz, Jeffrey D. Bauman y Elliot J. Weiss, American Casebook Series, West Group, 1998 (Traducción de José Ignacio Díaz V.).

Los ejemplos más recurrentes en los que se utiliza la acción derivativa son aquellos fundamentados en incumplimientos de los deberes del directorio o gerentes; contratos con partes relacionadas; abuso o destrucción de los activos de la sociedad; malversación de propiedad social; acciones destinadas al cumplimiento de contratos sociales con terceras partes; acciones contra directores por competencia con la sociedad; demandas alegando que las autoridades de la sociedad han recibido salarios excesivos, etc.

Todo lo que se recupere de la acción derivativa es en beneficio de la sociedad, si bien el demandante exitoso tiene derecho al pago de sus honorarios de la sociedad. En las sociedades anónimas cerradas se ha permitido que el beneficio de la acción derivativa sea sólo para ciertos accionistas y no todos, ya que no se considera justo que algunos accionistas puedan ser beneficiados con el resultado del juicio, como es el caso en que el culpable de la infracción es a su vez accionista de la sociedad.

A fin de regular el ejercicio de la acción derivativa, la jurisprudencia ha creado una serie de reglas procesales, siendo la más importante la Regla del Requerimiento ("*The Demand Rule*").

2. THE DEMAND RULE

Antes del ejercicio de la acción derivativa, el accionista debe requerir formalmente y por escrito que el directorio tome la acción para revertir el daño que el accionista cree que se ha producido o está produciendo a la sociedad. El objetivo de esta regla es darle la oportunidad al directorio para rectificar su proceder.

En dicho requerimiento debe identificar los presuntos culpables, describir los hechos bases de los actos alegados y del daño causado a la sociedad y requerir las acciones que estime procedentes. El directorio que recibe este tipo de requerimiento debe estudiarlo en un plazo prudente y responder.

El directorio puede considerar apropiado el requerimiento y demandar por la sociedad. Puede considerarla inadecuado

y se termina el caso, salvo que el accionista pueda demostrar que fue equivocada dicha respuesta.

También el directorio puede no contestar el requerimiento en un plazo prudente o el accionista puede considerar que este requerimiento es inútil, y proceder al ejercicio de la acción.

Con respecto a la inutilidad del ejercicio del requerimiento previo al directorio, los tribunales del Estado de Delaware han formulado un test a fin de determinar si este requerimiento es inútil. Bajo este test, el juez debe analizar si el demandante alega ciertos hechos justificativos de una razonable duda que la mayoría del directorio sean desinteresados e independientes, o que la transacción no fue el producto del ejercicio válido del juicio de negocio ("*business judgement rule*").³

Por otro lado, según se indicó, si el requerimiento fue rechazado por el directorio, en ese caso el accionista que desea continuar la acción deberá contrarrestar la protección dada por el *business judgement rule* sobre la base de hechos específicos. De esta forma, los jueces en estos casos juzgan la buena fe y razonabilidad del estudio e investigación del requerimiento por parte del directorio.

3. COMITÉ DE INVESTIGACIÓN Y EL COMITÉ ZAPATA⁴

Cuando el accionista requiere al directorio, generalmente un comité de directores independientes (Comité de Investigación) es designado con la tarea de estudiar e investigar las alegaciones y recomendar al directorio las acciones apropiadas a ser tomadas, si son procedentes, en respuesta

³ *Business Judgement Rule* (BJR) es una regla creada por tribunales de los Estados Unidos de América en virtud de la cual el juez se inhibe de proseguir un juicio contra el directorio, si éste tomó la decisión por razones de negocios. En tal evento, el juez se inhibe de calificar tal decisión. Los jueces no juzgan malas decisiones comerciales, sino aquellas decisiones que se apartan de la ley.

⁴ Entre los Estados que han aceptado este tipo de comités se encuentran California, Connecticut, Delaware, Maryland, Massachusetts, Michigan, Nueva York, Carolina del Norte y Virginia.

al requerimiento. La recomendación de este Comité en general incluirá: (1) una relación de la cronología de la investigación efectuada por el comité; (2) los hechos discutidos por el comité; (3) discusión sobre los límites de la investigación; (4) conclusiones y recomendaciones.

Por otra parte, cuando el accionista estima válidamente que no es necesario el requerimiento al directorio y la acción es presentada, el directorio de la sociedad puede designar un comité de directores independientes para determinar si la continuación del juicio es en los mejores intereses de la sociedad (Comité Zapata) y, si es apropiado, buscar el término del litigio o tomar el control de éste. Esta facultad surge del deber del directorio de administrar la sociedad y sus activos. Los tribunales han establecido que esta facultad de retomar el caso o terminar con el proceso sólo puede ser sujeta a revisión judicial, en el evento que la investigación hecha por los directores independientes fue insuficiente o inapropiada (Nueva York).

II. ASPECTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN DERIVATIVA DEL ART. 133 BIS LSA

1. DESCRIPCIÓN GENERAL

El artículo 2º, N° 21 de la ley 19.705, de 20 de diciembre de 2000, agregó el artículo 133 bis a la LSA, incorporando una acción derivativa cuyos rasgos generales son:

a) La acción que se puede ejercer en virtud del artículo 133 bis es una acción de condena, puesto que se encamina exclusivamente a obtener una indemnización de perjuicios. No existe legitimación para deducir por esta vía acciones declarativas ni constitutivas.

b) Para su ejercicio se deben cumplir dos requisitos copulativos: i) Debe existir una pérdida irrogada al patrimonio de la sociedad (generalmente extracciones de riquezas de la sociedad), y ii) Esta pérdida debe ser consecuencia de una infracción a la ley sobre sociedades anónimas, su reglamento, los estatutos sociales o las normas que imparta la Superintendencia

de Valores y Seguros (en adelante la "Superintendencia").

El concepto de pérdida al patrimonio social se refiere tanto al daño emergente como al lucro cesante causado a la sociedad.

c) La acción derivativa incorporada a nuestro sistema jurídico respeta la esencia de la regulación de este instrumento en derecho comparado, al permitir que algunos accionistas o ciertos directores puedan sustraerse del órgano común de administración, intentando por su cuenta el ejercicio de acciones judiciales indemnizatorias en beneficio social. Sin embargo, nuestro legislador no incorporó algunas de las cortapisas que en otros ordenamientos han evitado la proliferación de litigios societarios, a través de la regla de la demanda y los comités, ambos ya explicados.

d) En nuestro sistema legal no es necesario que el accionista haya tenido tal calidad al momento de cometerse el hecho ilícito, para que pueda demandar. En este punto se aprecia otra diferencia con la regulación extranjera, donde se exige para intentar la acción derivativa que el accionista demandante haya poseído la acción en el momento de la infracción para estar habilitado del ejercicio de la acción ("*standing requirement*"), elemento obviado por el legislador nacional.⁵ En el plano positivo, el artículo 133 bis de la LSA no distingue ni establece requisito alguno al respecto. En virtud de lo anterior, debería aplicarse lo estipulado en el artículo 104 del Reglamento de la LSA, el cual establece que "cada vez que sea necesario precisar en general a qué accionistas corresponde un determinado derecho social, se considerarán aquellos que se encuentren inscritos en el Registro de Accionistas con cinco días hábiles de anticipación a aquel desde el cual pueda ejercerse el derecho". Las acciones procesales reguladas por la LSA son derechos de los accionistas, y por tanto, el derecho de la ac-

ción derivativa le debe corresponder a todo accionista inscrito con cinco días hábiles de anticipación y que reúna individualmente o conjuntamente con otros accionistas al menos el 5% de las acciones emitidas.

Concuerda con esta interpretación lo dispuesto en el artículo 22 de la LSA en cuanto a que "la adquisición de acciones de una sociedad implica la aceptación de los estatutos sociales, los acuerdos adoptados en las juntas de accionistas, y pagar las cuotas insolutas en el caso que las acciones adquiridas no estén pagadas en su totalidad". Lo anterior significa que quien adquiere una acción asume a la sociedad como una institución con pasado, presente y futuro, es decir una empresa en marcha, pero con la natural limitación que la adquisición de acciones de la sociedad no convalidan los actos ilícitos cometidos anteriormente.⁶

A igual conclusión se debe llegar respecto del nuevo director. No es necesario que éste hubiere sido un director al momento de producirse el hecho ilícito que causa un perjuicio al patrimonio social.

Podría criticarse esta solución técnica, ya que facilita la existencia de inversionistas que pudieran adquirir los derechos sociales con el propósito de iniciar la acción derivativa. A lo anterior se podría replicar que ello no constituye ningún problema, puesto que el fin del art. 133 bis de la LSA es obtener la protección del interés social, resultando legítimo que no exista ninguna limitación sobre el momento de la tenencia de la calidad de socio para ejercer la acción derivativa. Lo anterior es sin perjuicio de la aplicación del abuso del derecho, como límite en el ejercicio de la acción derivativa, que más adelante desarrollaremos.

⁵ Dado que las acciones derivativas buscan dar cumplimiento a un derecho en nombre de la sociedad, se entiende en el derecho comparado que el demandante debe haber sido un accionista al tiempo de la ilicitud de la demanda y mantenerse en tal posición durante el juicio.

⁶ En tal sentido el art. 41 de la LSA que establece que "La aprobación otorgada por la junta de accionistas a la memoria y el balance presentados por el directorio o a cualquier otra cuenta o información general, no libera a los directores de la responsabilidad que les corresponda por actos o negocios determinados, ni la aprobación específica de éstos los exonera de aquella responsabilidad cuando se hubiere celebrado o ejecutado con culpa leve, grave o dolo".

2. TIPO DE LEGITIMACIÓN ACTIVA

La legitimación es una categoría jurídica que sirve para determinar los sujetos que activa y pasivamente pueden ser justa parte en un determinado litigio, esto es, quien tiene la calidad de legítimo contradictor para discutir sobre el objeto en un determinado proceso.

En esta materia el art. 133 bis de la LSA introdujo un cambio radical para el ejercicio de las acciones de condena. En efecto, en materia de acciones de responsabilidad civil por daños causados en contra del patrimonio de una sociedad anónima, hasta antes de la incorporación del precepto aludido, la legitimación ordinaria (directa o propia) recaía exclusivamente en el órgano de administración de la propia sociedad, su directorio.

Con anterioridad al art. 133 bis de la LSA, la circunstancia que una persona tuviera la calidad de accionista, cualquiera fuera su participación en el capital social, no permitía que pudiera deducir eficazmente una pretensión en nombre de la persona jurídica. La estricta separación jurídica entre la calidad de socio y la sociedad de capital no admitía que se pudiera intentar válidamente tal acto procesal, puesto que, en palabras del Código Civil, "la sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados" (art. 2053 CC).⁷

Que un socio carecía de legitimación para pedir la reparación de perjuicios causados a la sociedad se desprendía del artículo 1º de la Ley 18.046, al señalar que "la sociedad anónima es una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables sólo por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables".

⁷ En la jurisprudencia las fórmulas para desestimar esta acción son variadas, entre otras tenemos: "no son sinónimas tener derecho a parecer en un juicio y obtener pronunciamiento en él, y ser legítimo contradictor" (CS. 13 de enero de 1922, RDJ, t. XXI, sec. 1ª, p. 572); "Las acciones, o sea los derechos ejercitados en juicio, sólo pueden hacerlos valer los poseedores de esos derechos, o sea los que tienen interés" (CS. 20 de abril de 1929, RDJ, t. XXVII, sec. 1ª, p. 262).

En la jurisprudencia, la separación entre la sociedad y el socio se había reconocido a propósito del efecto de cosa juzgada. Así, se había declarado que no existe identidad legal entre el socio y la sociedad, por tratarse de personas jurídicamente distintas, resultando improcedente que el socio invoque una sentencia pronunciada a favor de la sociedad.⁸

Antes de la Ley N° 19.705 tampoco la calidad de director habilitaba para deducir una pretensión indemnizatoria, ya que la representación judicial correspondía al Directorio —como órgano de administración— y no en forma personal a cada director.⁹

Con la nueva regulación, conjuntamente con la legitimación ordinaria, se reconoce una hipótesis de legitimación extraordinaria, para que un accionista o un grupo de los mismos (con una participación a lo menos del 5% de las acciones emitidas)¹⁰ o también un director puedan demandar, en nombre y beneficio de la sociedad, para el solo efecto de pedir una indemnización de perjuicios.

La legitimación admitida por la referida norma es extraordinaria o indirecta, ya que no es el titular del derecho subjetivo o interés el que insta por la protección jurídica indemnizatoria. Efectivamente, con el objeto de garantizar protección a los accionistas minoritarios, se ha estimado del caso ampliar la legitimación.

⁸ CS. 18 de junio de 1971, RDJ, t. 68, sec. 1ª, p. 187.

⁹ La Ley 19.705 modificó la concepción de director en una sociedad anónima. Antes de la vigencia de la citada Ley, la LSA limitaba el actuar del director al directorio, salvo en cuanto el mismo directorio podía delegarle facultades a éste. De tal forma, el artículo 39 de la LSA establece claramente que las funciones de director no son delegables y se ejercen *colectivamente*, en sala legalmente constituida. Sin embargo, tal concepto ha sido modificado por la Ley 19.705 por cuanto ahora existen al menos dos facultades especialmente entregadas a cada director para ejercerlas individualmente, a saber, el ejercicio de la acción derivativa y el informe escrito que los directores de una sociedad objeto de una oferta pública de adquisición de acciones deben emitir individualmente con su opinión fundada acerca de la conveniencia de la oferta para los accionistas (art. 207 de la Ley de Mercado de Valores).

¹⁰ El 5% fue agregado por una indicación sustitutiva del Ejecutivo.

Desde un punto de vista técnico la presente legitimación extraordinaria se explica dentro de la opción efectuada por la Ley 19.705, que abandonó la clásica visión que equiparaba el interés social con el del directorio. La incorporación de esta acción constituye una demostración del reconocimiento que en nuestra normativa no siempre son coincidentes el interés social con los del directorio. Por lo mismo, para proteger el derecho de propiedad de los accionistas que se puedan ver perjudicados con ciertas actuaciones del directorio o de terceros, se les permite demandar, sin quedar supeditados a la discrecionalidad de la administración o de la mayoría que en ella prevalezca.

Como se sabe, en las sociedades anónimas confluyen una serie de intereses entre los distintos socios que la conforman, los que no siempre son convergentes. Explica esta realidad Alcalde Rodríguez, señalando que "por un lado, nos hallamos con aquellos que buscan una inversión de largo plazo y cuyo principal interés consiste en la obtención de una renta periódica, segura y estable. Una segunda clase de accionistas la constituyen individuos animados por un mero afán especulativo, que procuran una ganancia rápida mediante la compra y venta del título, y que son verdaderos transeúntes en la vida de la sociedad. Finalmente, encontramos el grupo que actúa inspirado principalmente por una motivación empresarial, y para el cual lo esencial es dirigir los destinos de la compañía a través de su administración, siendo determinante en este sentido la titularidad y mantención del control".¹¹ Por último debemos agregar el interés mismo de la sociedad, que pudiera en un determinado momento ser distinto a los intereses de los accionistas. Por ello la LSA establece que "los directores elegidos por un grupo o clase de accionistas tienen los mismos deberes para con la sociedad y los demás accionistas que los directores restantes, no pudiendo faltar a

¹¹ ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, "Regulación sobre la venta del control en la ley de opas: ¿un caso de iniquidad o simplemente un error?", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, N° 3, 2001, p. 601.

éstos y a aquélla a pretexto de defender los intereses de quienes lo eligieron".¹²

Esta diversificación de intereses, como se verá, tiene relevancia para delimitar el concepto medular que permite ejercer la acción derivativa, que debe fundarse en la "pérdida irrogada al patrimonio de la sociedad".

3. LA SUSTITUCIÓN PROCESAL

La legitimación extraordinaria que recoge el art. 133 bis de la LSA, a nuestro entender, da cabida a la figura que la doctrina procesal denomina sustitución procesal.¹³

Fue el alemán Kohler el primero en construir la figura de la sustitución, aludiendo a esta situación como "*prozesstandschaft*", que en la traducción de Prieto-Castro significa "facultad otorgada para estar en juicio por otro". Posteriormente los italianos la denominaron *sostituzione processuale*, específicamente Chiovenda, quien además impuso su actual denominación.

En doctrina existen distintos criterios para delimitar la extensión y alcance de esta institución; la diferencia entre ambas posturas radica, en síntesis, en determinar si el sustituto concurre al proceso ejercitando un derecho propio o por el contrario, si actúa por un derecho ajeno.¹⁴

¹² Art. 39 de la LSA. El orden en la redacción de este artículo parece acertado, por cuanto los directores en primer lugar tienen deberes para con la sociedad, y en segundo, para con todos los accionistas sin consideración a quiénes de éstos eligieron para la función de director.

¹³ Cfr. PRIETO-CASTRO, Leonardo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Pamplona: Aranzadi, 2° ed., T., T II, pp. 319 ss. Sobre este tipo de legitimación extraordinaria, y sus manifestaciones, entre otros, cfr. MONTERO AROCA, Juan, *La Legitimación en el Proceso Civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Madrid: Civitas, 1994, pp. 49-73.

¹⁴ Entre otros, cfr. MANDRIOLI, Crisanto, *Corso de diritto processuale civile*, T., I, 8° ed., Torino: Giappichelli, 1991, pp. 49-56; ANDRIOLI, Virgilio, *Diritto Processuale Civile*, Nápoles: Dott, 1979, pp. 570-573; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *La sucesión procesal*, Barcelona: Hispano Europea, 1974, p. 28 not. 88; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Intervención de terceros en el proceso*, en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, Ariel, 1969, p. 231; GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales, colectivos y difusos*, Pamplona: Aranzadi, 1999, especialmente pp. 110-112 y 169 ss.

Cualquiera sea la tesis que se defiende sobre el tipo de derecho que ejerce el sustituto procesal (propio o ajeno), se coincide en atribuir al sustituto procesal la calidad de parte en el proceso. En plena sintonía con lo anterior, el art. 133 bis de la LSA señala que la condena en costas repercute en beneficio o en perjuicio del sustituto, nunca en la sociedad.

En el presente caso, no hay duda que el derecho ejercido por el sustituto es de la sociedad, ya que es ella la que debió sufrir el perjuicio que se busca reparar. El único vínculo que se exige al sustituto para deducir la demanda es tener la calidad de socio o de director de la sociedad a cuyo nombre se busca obtener la reparación.

4. SU DIFERENCIA CON LA REPRESENTACIÓN. EL TEMA DE LAS COSTAS

La hipótesis que contempla el artículo 133 bis de la LSA es de legitimación extraordinaria (por sustitución) y no de representación procesal.

La representación comprende varias manifestaciones, muy diversas entre sí, pero unidas siempre por un factor común, que es la actuación que un tercero realiza en nombre de otro en un proceso. Es sello distintivo de la representación procesal, cualquiera sea su clase (legal, necesaria o voluntaria), que el representante actúe en nombre ajeno y por un derecho igualmente ajeno. Tal forma de actuación en un proceso trae aparejadas varias consecuencias procesales y materiales, siendo la primera de ellas que la calidad de parte en el proceso la tiene el representado y no el representante. En efecto, adquiere la calidad de parte siempre el representado y no el representante.

Que el artículo 133 bis no es una hipótesis de representación se desprende del hecho que "las costas a que hubiere lugar serán pagadas a los demandantes y no podrán, de forma alguna, beneficiar a la sociedad. Por su parte, si los accionistas o el director demandantes fueren condenados en costas, serán exclusivamente responsables de éstas".

Si allí se recogiera técnicamente una representación, la sociedad se vería bene-

ficiada o perjudicada con la condena en costas, por aplicación del artículo 139 del Código de Procedimiento Civil, que hace responsable a la parte perdedora de esta consecuencia económica que puede resultar del ejercicio de las acciones en un proceso. Ahora, como la parte en el ejercicio de la acción derivativa es el sustituto, se explica que asuma directamente la condena en costas o se beneficie de las mismas.

Con relación a este punto se constata una radical diferencia con lo que ocurre en Estados Unidos de América. Allí los costos que se pagan al demandante se calculan de acuerdo a las horas invertidas y un honorario razonable para ellas (método *lodestar*) o de acuerdo a porcentajes que bordean 20-35% de la recuperación si éste es inferior al millón de dólares y entre el 15-20% si es superior, lo cual genera un incentivo difícilmente comparable a la situación chilena. En nuestro caso, en la historia de la ley se dejó constancia que "este mandato legal que asumirían los accionistas se vería incentivado por cuanto el costo envuelto en el proceso judicial y las costas se pagaría a los demandantes".¹⁵ Sin embargo, se debe reconocer que el criterio de cálculo que mayoritariamente prima en nuestra práctica forense no garantizará que las costas puedan resarcir los elevados costos que de suyo conlleva un juicio de esta naturaleza.

5. LA LEGITIMACIÓN PASIVA

Como primera cuestión, para tratar de dilucidar este tema no se puede perder de vista que el hecho en torno al cual se debe realizar el estudio acerca de la legitimación es un ilícito civil, surgido de una infracción a la ley de sociedades anónimas, su reglamento, los estatutos sociales o las normas que imparta la Superintendencia.¹⁶

¹⁵ Cfr. *Informe de Comisión de Hacienda del Senado*, de 1º de marzo de 2000.

¹⁶ Se refiere sólo al incumplimiento de las normas dictadas por la Superintendencia respecto de sociedades anónimas abiertas o fiscalizadas por la Superintendencia, ya que la normativa dictada por dicha institución es sólo exigible a dichas sociedades.

No aclara la ley qué se debe entender como infracciones a las normas de la Superintendencia. En la práctica esto comprende un espectro amplio, ya

Además, de acuerdo al régimen común de responsabilidad civil, no basta con la mera infracción legal y la existencia de un daño, ya que también conforman parte de este régimen de responsabilidad civil el dolo o la culpa.

Respecto a esto, debe tenerse presente que la LSA en algunos casos excepcionales presume la culpa, como ocurre con el artículo 45 de la LSA, a saber: (i) Si la sociedad no llevare sus libros o registros;¹⁷ (ii) Si se repartieren dividendos provisionarios habiendo pérdidas acumuladas, respecto de los directores que concurrieron al acuerdo respectivo;¹⁸ (iii) Si la sociedad ocultare sus bienes, reconociere deudas supuestas o simulare enajenaciones;¹⁹ (iv) Si se benefician en forma indebida, directamente o a través de otra persona natural o jurídica de un negocio social que a su vez irrogue perjuicio a la sociedad.

También se debe tener presente que el director que quiera salvar su responsabilidad por algún acto o acuerdo del directorio, deberá hacer constar en el acta su oposición, debiendo darse cuenta de ello en la próxima junta ordinaria de accionistas por el que presida. El director que estimare que un acta adolece de inexactitudes u omisiones tiene el derecho de estampar, antes de firmarla, las salvedades correspondientes (art. 48 de la LSA).

En general, las posibilidades de ejercicio de la acción derivativa son: (a) de accionistas en contra de la administración (directores o gerentes); (b) de accionistas en contra de auditores externos o inspectores de cuentas; (c) de un director en contra de la administración (directores o gerentes); (d) de un director

que esta entidad regula diversas situaciones. Tampoco se precisa a qué tipo de normas de la Superintendencia, esto es, si a las normas de carácter general, o a los oficios, circulares, etc.

¹⁷ Cfr. N° 9 del artículo 219 de la Ley de Quiebras.

¹⁸ Además habría responsabilidad penal de acuerdo al inciso segundo del art. 232 de la Ley de Quiebras.

¹⁹ También responsabilidad penal en virtud de los arts. 446 del Código Penal y 22 N° 3 de la Ley de Quiebras.

en contra de auditores externos o inspectores de cuentas.

Ahora, como no es posible prever todos los casos o situaciones que puede implicar el ejercicio de la acción derivativa, intentaremos sentar algunas pautas generales que pueden ser las más recurrentes:

1°) *La legitimación pasiva de los directores y gerentes*

Los supuestos de legitimación pasiva de los directores y gerentes pueden ser enumerados en la siguiente forma:

a. Infracciones al deber de cuidado

Los directores y gerentes, estos últimos por cuanto se les aplica, en general, similar marco de responsabilidad de los directores,²⁰ podrán ser objeto de una demanda de la sociedad representada por un director o accionistas que representen el 5% del capital social en aquellos eventos en los cuales un director y gerente infrinja el art. 41 de la LSA. Este artículo establece que los directores deben emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios y responderán solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad y a los accionistas por sus actuaciones dolosas o culpables.

Luego, los perjuicios causados a la sociedad por una actuación de los directores o gerentes que implique una infracción al deber cuidado antes señalado, podría ser objeto de la acción derivativa. En este sentido, la posibilidad que se pueda ejercitar esta acción debería llevar a un mayor estándar de responsabilidad efectiva en la administración de las sociedades anónimas, con el consiguiente beneficio social que esto significa.

b. Infracciones al deber de lealtad

Por su parte, el art. 42 de la LSA establece los casos en que los directores deben observar un *deber de lealtad* respecto de la sociedad. Este artículo establece que los directores no pueden:

- i. Proponer modificaciones de estatutos y acordar emisiones de valores mobiliarios o adoptar políticas o decisiones que no tengan por fin el

²⁰ Art. 50 de la LSA.

interés social, sino sus propios intereses o los de terceros relacionados,

- ii. Impedir u obstaculizar las inversiones destinadas a establecer su propia responsabilidad o la de los ejecutivos en la gestión de la empresa,
- iii. Inducir a los gerentes, ejecutivos y dependientes o a los inspectores de cuentas o auditores, a rendir cuentas irregulares, presentar informaciones falsas y ocultar información,
- iv. Presentar a los accionistas cuentas irregulares, informaciones falsas y ocultarles informaciones esenciales.
- v. Tomar en préstamo dinero o bienes de la sociedad o usar en provecho propio, de sus parientes, representados o por sociedades en las que el director sea dueño de más del 10% directa o indirectamente, los bienes, servicios o créditos de la sociedad, sin previa autorización del directorio otorgada en conformidad a la ley,
- vi. Usar en beneficio propio o de terceros relacionados, con perjuicio para la sociedad, las oportunidades comerciales de que tuvieren conocimiento de su cargo,
- vii. En general, practicar actos ilegales o contrarios a los estatutos o al interés social o usar de su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados en perjuicio del interés social.

Los beneficios percibidos por los infractores de los deberes de los números (v), (vi) y (vii) pertenecerán a la sociedad, la que además deberá ser indemnizada por cualquier otro perjuicio. De tal forma, a través de la acción derivativa, un director o un accionista o grupo de ellos que representen al menos el 5% del capital social, estarían facultados para demandar en nombre de la sociedad tales beneficios y perjuicios.

c. Infracciones cometidas a través de contratos con relacionados

Cuando una sociedad anónima realiza actos o contratos con directores interesados sin cumplir con los requisitos del art. 44 de la LSA, o si la sociedad realiza operaciones con su matriz, coligadas, fi-

liales, o en el caso de ser sociedad anónima abierta, las que efectúa directa o indirectamente con personas relacionadas, todas las anteriores ejecutándose en contravención de las disposiciones del art. 89 de la LSA, un director o un accionista o grupo de ellos que representen al menos el 5% del capital social, podrían a través de la acción derivativa demandar en nombre de la sociedad el reembolso a la sociedad de los beneficios que al director interesado, sus parientes o representados le hubieren reportado dichas negociaciones, como asimismo, demandar a nombre de la sociedad por las pérdidas y perjuicios que los administradores hubieren causado a la sociedad.²¹

d. Infracciones al deber de reserva

De acuerdo al art. 43 de la LSA, los directores están obligados a guardar reserva respecto de los negocios de la sociedad y de la información social a que tengan acceso en razón de su cargo y que no se hayan divulgado oficialmente. Si una infracción a este deber de reserva es cometido por un director o gerente causando daño patrimonial a la sociedad, será posible accionar derivativamente en contra de tal director o gerente.

e. Infracciones al deber de información

Según el artículo 46 de la LSA, el directorio debe proporcionar a los accionistas y al público las informaciones suficientes, fidedignas y oportunas que la ley,²² y en su

²¹ En relación con la regulación de los citados artículos, cfr. LYON PUELMA, Alberto, "Conflicto de Intereses en las Sociedades", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29, N° 1, 2002, p. 47.

²² De acuerdo al artículo 12 de la Ley de Mercado de Valores, los directores, liquidadores, ejecutivos principales, gerente general y gerentes de S.A., en su caso, cualquiera sea el número de acciones que posean, deberán informar a la Superintendencia y a cada una de las bolsas de valores del país en que la sociedad tenga valores registrados para su cotización, de toda adquisición directa o indirecta o enajenación de acciones que efectúen de esa sociedad, dentro de los dos días hábiles bursátiles siguientes al de la transacción o transacciones respectivas.

Esta obligación de información se extiende a los accionistas mayoritarios si las adquisiciones que han realizado obedecen a la intención de adquirir el control de la sociedad o, en su caso, si dicha adquisición sólo tiene el carácter de inversión financiera.

caso la Superintendencia,²³ determinen respecto de la situación legal, económica y financiera de la sociedad. Si la infracción a esta obligación causa perjuicio a la sociedad, a los accionistas o a terceros, los directores infractores serán solidariamente responsables de los perjuicios causados. Respecto de los perjuicios causados a la sociedad, éstos son objeto de la acción derivativa.

Aunque por las 3/4 partes de los directores en ejercicio se puede dar el carácter de reservado a ciertos documentos que se refieran a negociaciones aún pendientes que al conocerse pudieran perjudicar el interés social,²⁴ es posible que los directores que dolosa o culpablemente concurren con su voto favorable a la declaración de reserva, responderán solidariamente de los perjuicios que ocasionen (art. 54 LSA y art. 61 del Reglamento LSA). Igualmente, de los perjuicios causados a la sociedad por dicha infracción pueden ser objeto de una acción derivativa.

2º) *Legitimación pasiva de los auditores o inspectores de cuentas cuando no han realizado actos con culpa leve*

Los Auditores Externos e Inspectores de Cuentas responden de culpa leve por los perjuicios que causen por sus informes, omisiones y actuaciones. Por tanto, si estos informes, omisiones o actuaciones han sido efectuados con culpa o dolo, incumpliendo las normas de la LSA, su Reglamento, o las normas que imparta la Superintendencia, y causaren daño al patrimonio de la sociedad, dichos Auditores Externos e Inspectores de Cuentas podrían ser demandados en virtud de una acción derivativa.

²³ Ver letra g) del art. 4º del DL 3.538.

²⁴ De acuerdo al artículo 10 de la Ley de Mercado de Valores, en las Sociedades Anónimas abiertas o sometidas a su decisión, estas decisiones y acuerdos deberán ser comunicados a la Superintendencia al día siguiente hábil a su adopción. Además, los que dolosa o culpablemente califiquen o concurren con su voto favorable a declarar como reservado un hecho o antecedente, responderán en la forma y términos establecidos en el artículo 55 de dicha Ley.

6. EL LITISCONSORCIO QUE GENERA

En el ejercicio de la acción derivativa puede darse una hipótesis de litisconsorcio, en el cual varias personas instan por la protección de derechos o intereses que les son comunes.

Atendiendo a la posición de los sujetos que actúan en la misma calidad de parte, se puede dar un litisconsorcio activo (pluralidad de personas actuando como parte demandante) o un litisconsorcio pasivo (pluralidad de sujetos en posición de demandados), o bien litisconsorcio mixto (pluralidad de personas en posición de demandantes y demandados).

Sin embargo, esta manifestación litisconsorcial presenta algunos rasgos especiales que pasamos a examinar.

En primer lugar, no estamos frente a una acumulación de acciones, puesto que no existe una pluralidad de acciones en la que cada socio o director sea titular de una pretensión indemnizatoria. Dicho de otra forma, no se trata de un litisconsorcio voluntario, puesto que los socios no afirman una pluralidad de acciones conjuntamente, sino una sola, cuya admisión beneficia exclusivamente a la sociedad.

Tampoco se trata de un litisconsorcio necesario, puesto que el art. 133 bis no impone que todos los socios hayan de demandar conjuntamente. De igual forma, la naturaleza de la pretensión que se ejercita a través de la acción derivativa tampoco impone la necesidad de constituir la relación procesal con todos los accionistas o directores que están en condiciones de solicitar la indemnización por el perjuicio irrogado a la sociedad, ya que se puede acceder a ello sin que sea necesaria la presencia de todos los posibles legitimados para accionar.

En rigor, el litisconsorcio que surge por ejercicio de la acción derivativa se debe analizar considerando otras figuras que la doctrina procesal ha desarrollado para tratar de explicar este tipo de situaciones, en las que no obstante existir una pluralidad de sujetos que actúan en una misma calidad de parte, por la especial

característica de los derechos reclamados no surge ni un litisconsorcio necesario ni uno voluntario.

En concreto, el problema en cuestión es como conciliar la legitimación que tiene el accionista o los accionistas —que reúnan el 5% de las acciones emitidas— o el director de la sociedad, para impetrar su acción sin el concurso de los demás socios o directores, con los efectos de la sentencia que se debe pronunciar, la que podría extender sus efectos incluso contra socios que no han litigado. Las explicaciones más recurrentes para ocuparse de estas cuestiones apuntan en la doctrina al litisconsorcio cuasi-necesario o al litisconsorcio unitario; a través de estas manifestaciones se ha intentado abordar la compleja problemática que resulta del ejercicio de acciones por un sujeto en beneficio de otros.²⁵

En segundo lugar, a este litisconsorcio le resulta inaplicable la facultad que concede el artículo 21 del Código de Procedimiento Civil, cuando dispone que “si una acción ejercitada por alguna persona corresponde también a otra u otras personas determinadas, podrán los demandados pedir que se ponga la demanda en conocimiento de las que no hayan concurrido a entablarla, quienes deberán expresar en el término de emplazamiento si se adhieren a ella”. El tipo de legitimación que se reconoce para intentar la acción derivativa, que permite que algunos puedan actuar por todos los que se sientan lesionados con el perjuicio irrogado a la sociedad, determina que no sea necesario tratar de obtener alguno de los pronunciamientos que contempla el artículo 21 del CPC. La aplicación de dicho precepto a esta singular acción, a nuestro

entender, haría perder todo sentido al mecanismo que caracteriza el ejercicio de la acción derivativa, que sabemos busca la tutela de los intereses colectivos de los accionistas.

En tercer lugar, esta especial manifestación del litisconsorcio no produce las mismas consecuencias que se dan en el voluntario y el necesario, especialmente en lo que dice relación al contenido del objeto del proceso. El problema se proyecta directamente sobre las siguientes cuestiones: a) sobre la eficacia de los actos de disposición del objeto del proceso (desistimiento, allanamiento, transacción); b) el efecto de la sentencia respecto de la sociedad y de otros sujetos legitimados para ejercer la acción derivativa.

7. EFECTOS DE LA SUSTITUCIÓN PROCESAL DEL ART. 133 BIS LSA

El efecto normal de esta acción es la obtención de una restitución patrimonial para la sociedad, si prospera la acción de condena.

Nada indica la ley acerca de uno de los problemas más difíciles que conlleva accionar en nombre de otro por sustitución, relativo al efecto de cosa juzgada.

La dificultad para analizar esta cuestión proviene del hecho que entre nosotros ha sido tradicional explicar los efectos de la cosa juzgada, acudiendo a la regla expresada en el antiguo aforismo, recogido en el Digesto: *res judicata tertio neque nocet neque prodest* (la cosa juzgada, al tercero ni le perjudica ni le aprovecha).²⁶

En el presente caso, no obstante que la sociedad anónima no es parte del juicio en que se deduce la acción derivativa, es ella la que en definitiva termina por beneficiarse de la sentencia, si los demandantes obtienen la indemnización de los

²⁵ Sobre el tema, cfr. MENCHINI, Sergio, *Il processo litisconsortile*, Milán: Giuffrè, 1999, pp. 632-971; CRIVININI, María Giuliana, “Note per uno studio sul litisconsorzio ‘unitario’, con particolare riferimento al giudizio di primo grado”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milán: Giuffrè, 1983, pp. 429-504; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, “Sobre el litisconsorcio en el proceso civil”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid: Editorial de Derecho Privado, 1955, pp. 125-154.

²⁶ La CS. ha resuelto en decenas de sentencias que el efecto de cosa juzgada no puede hacerse extensivo a personas que no tomaron parte en la relación procesal por no haber sido legalmente emplazadas. (CS. 24 de agosto de 1939, RDJ, t. 37, sec. 1ª, p. 229; CS. 29 de mayo de 1951, RDJ, t. 48, sec. 1ª, p. 139; 31 de agosto de 1992, RDJ, t. 89, sec. 1ª, p. 136).

perjuicios. A esta situación, cuando los efectos de una sentencia alcanzan directamente a un tercero, la doctrina procesal los denomina como sentencias *ultra partes*.²⁷ Se trata de una excepción a la regla general, que sabemos limita la eficacia directa de las sentencias a las partes, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del art. 3º del Código Civil.

En el tema que nos ocupa, el problema más difícil que surge de la sentencia *ultra partes*, surge cuando el fallo es desfavorable para el interés social. Si este es el caso, la interrogante es determinar si dicha sentencia puede ser oponible a la sociedad²⁸ o a los otros sujetos legitimados que quieran ejercer una nueva acción derivativa sobre el mismo tema.

Sin el ánimo de abordar en extenso una cuestión que tiene varios matices, sentemos como idea central que una parte considerable de la doctrina ha pretendido solucionar la extensión de las sentencias *ultra partes* sosteniendo que ello se debe dilucidar aplicando la regla del "*secundum eventum litis*". Esto significa que la sentencia sólo se hace extensiva a la sociedad (o a los otros legitimados) si ella es favorable. En cambio, para no perjudicar el contenido esencial del derecho de defensa, la sentencia desfavorable no le es oponible, primando la garantía que impide que alguien pueda ser condenado en juicio sin haber sido oído.

Continuando con los efectos, tampoco soluciona la ley algunos problemas que se pueden presentar si se deduce separadamente más de una acción derivativa, por distintos accionistas o directores. No parece deseable que puedan ventilarse en forma paralela dichas causas, motivo por el cual se debe decretar la acumulación de procesos, conforme a las reglas generales (art. 92 N° 1 del Código de Procedi-

miento Civil). Sin embargo, el problema anterior puede ser de difícil solución, específicamente cuando las causas se ventilen ante tribunales diversos, puesto que según quien sea el demandado la acción podría ser conocida por un árbitro o en su caso por la justicia ordinaria.

Otro problema interesante, sin solución legal, es el de la eficacia de los equivalentes jurisdiccionales de transacción o avenimiento que puedan celebrar los sustitutos demandantes con los demandados. La duda que surge se da en torno a su oponibilidad a los otros socios, ya que podría ocurrir que los que no han concurrido quieran desentenderse de dicho acuerdo, instando por continuar con el juicio de responsabilidad.

En este punto no se puede perder de vista que en nuestro sistema, de conformidad al artículo 2460 del Código Civil, la transacción produce efecto de cosa juzgada. Asimismo, el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil establece que "la sentencia que acepte el desistimiento (...) extinguirá las acciones a que él se refiere, con relación a las partes litigantes y a todas las personas a quienes habría afectado la sentencia del juicio a que se pone fin". A través de la excepción de transacción, y del desistimiento de acciones, se extingue la pretensión, total o parcialmente.

En la doctrina procesal, para determinar el ámbito de aplicación de la cosa juzgada (y por extensión de la transacción) hay acuerdo en torno a que la identidad objetiva no puede obtenerse de una simple comparación literal entre lo fallado con anterioridad y la causa de pedir y el *petitum* de la nueva demanda. Por lo mismo, para proceder a tal operación se han desarrollado una serie de pautas que buscan otorgar un mayor grado de certeza en tan compleja operación. Como criterio de solución, De la Oliva ha propuesto el siguiente: "por imperativo lógico, la cosa juzgada comprende lo que esté implícita pero necesariamente negado por una afirmación contenida en la parte dispositiva de la sentencia y lo que esté implícita pero necesaria e inescindiblemente afirmado por la negación que aquella pueda conte-

²⁷ Una exposición teórica de este tema, cfr. ROSENDE VILLAR, Cecilia, *La eficacia frente a terceros de las sentencias contencioso-administrativas*, Pamplona, Aranzadi, 2002, pp. 19-29.

²⁸ Podría haberse producido un cambio de Directorio que quiera iniciar un nuevo juicio para pedir la indemnización de perjuicios que ya se rechazó por una anterior acción derivativa.

ner".²⁹ Utilizando similares términos, la regla anterior se formula indicando que la cosa juzgada cubre lo deducido y lo deducible. La doctrina italiana formula este principio, sosteniendo que "*il giudicato copre il dedotto e il deducibile*".

Por su parte, en relación a la identidad subjetiva no hay duda que ciertos terceros se benefician del efecto extintivo de la transacción y desistimiento, atendido lo dispuesto en los artículos 177 y 150 del CPC. En dichos preceptos se permite que terceros que no habiendo sido partes de un proceso donde se produjo la cosa juzgada, puedan invocar en su beneficio el efecto de cosa juzgada. Dichos preceptos legales atenuan la máxima que la cosa juzgada "no afecta ni perjudica a terceros", permitiendo que invoquen en su beneficio el efecto de cosa juzgada una esfera más o menos amplia de terceros. Lo anterior obedece a una razón de técnica jurídica, a saber: existen hipótesis en las que por la misma estructura y configuración de la situación jurídica que ha sido discutida, transada o desistida se produce una repercusión sobre el plano sustancial de otras relaciones jurídicas, que se soluciona extendiendo el efecto de cosa juzgada a terceros que lo aleguen oportunamente. En la moderna doctrina procesal, cada vez con mayor vigor, se invita a desechar una aplicación rígida de los límites subjetivos de la cosa juzgada, pues un criterio restringido en esta materia no resulta eficaz para garantizar la economía procesal ni evitar el pronunciamiento de sentencias contradictorias e injustas, sobre todo cuando las relaciones jurídicas tienen un claro grado de conexión o vinculación, como puede ocurrir con el ejercicio de una acción derivativa.³⁰

²⁹ DE LA OLIVA, Andrés, *Sobre la cosa juzgada*. Madrid, Edit. Ramón Areces, p. 56.

³⁰ La propia jurisprudencia ha ido extendiendo el alcance de la expresión identidad legal de personas a sujetos que originariamente no fueron parte, pero que sin embargo están legitimados para invocar en su beneficio la fuerza negativa de la cosa juzgada, como ocurre en ciertos casos con los codeudores o coacreedores de obligaciones solidarias o indivisibles; con ciertos sucesores a título singular; en las relaciones de herederos con legatarios y de deudores principales con fiadores.

Dicho en otros términos, los artículos 177 y 150 del CPC. admiten sin mayor dificultad que un "tercero", por ser titular de una relación jurídico-material, pueda estar junto con una de las partes en algún vínculo que le permita beneficiarse de los efectos excluyentes de una sentencia judicial anterior. Esto explica por qué en ciertos casos se debería conceder a un fallo judicial, a una transacción o a un desistimiento de la acción, una extensión que supere el esquema original de un proceso trabado entre un actor o un demandado.

8. EL TRIBUNAL COMPETENTE

En virtud de lo dispuesto por el número 10 del artículo 4° y 125 de la LSA, el tribunal competente será un juez árbitro en el caso que la acción sea iniciada por los accionistas en contra de la administración, sin perjuicio de que, al producirse un conflicto, los accionistas puedan sustraer el conocimiento de esta acción de la competencia de los árbitros y someterlo a la decisión de la justicia ordinaria.³¹

En el evento que la acción fuere iniciada por un director contra la administración de la Sociedad o sus auditores externos o inspectores de cuentas, o por accionistas en contra de los auditores externos o inspectores de cuentas de la Sociedad, la competencia exclusiva para conocer esta acción será de los tribunales ordinarios de justicia.

9. EL ABUSO DEL DERECHO COMO LIMITE EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DERIVATIVA

Aunque la ley chilena no contempla limitaciones para el ejercicio de la acción derivativa, no se puede desconocer que su ejercicio está limitado por la aplicación de la doctrina del abuso del derecho.

En este punto cabe hacer notar que una de las principales innovaciones de

³¹ Sobre esta facultad de sustraer una causa del conocimiento de los árbitros, cfr. CS. 27 de agosto de 1992, RDJ, t. LXXXIX, sec. 1°, p. 127.

nuestra doctrina y jurisprudencia en el último tiempo es la aceptación plena de la doctrina del abuso del derecho, como criterio de corrección en el ejercicio abusivo o anormal del derecho.³²

Dentro de la recepción de la doctrina del abuso del derecho, la jurisprudencia no ha trepidado en reconocer que este tipo de situaciones también puede surgir a propósito del ejercicio del derecho de acción. Dentro de los casos más relevantes están:

a) En el ámbito del derecho económico, la Comisión Preventiva Central reconoció esta materia en el Dictamen 986/526 de 7 de octubre de 1996, que fue confirmado por Comisión Resolutiva, en sentencia del 12 de noviembre de 1996; allí se estableció que "si bien es cierto que toda persona tiene la posibilidad legalmente reconocida de denunciar ante esta comisión la existencia de actos contrarios a la competencia aun sin tener interés actual en ello, y que tanto esta Comisión como la Fiscalía Nacional Económica tienen el deber de investigar y conocer los hechos denunciados, no es menos cierto que ese derecho de acción puede ser ejercido con la segunda intención de utilizar a tales órganos de defensa de la competencia para intentar lograr que éstos, en el ejercicio de sus funciones, sancionen o limiten el accionar de quienes compitan con el denunciante en el mercado.

De esta manera, un derecho que la ley establece con fines de orden público puede transformarse, por su mal uso o su abuso, en un instrumento para obtener resultados contrarios al interés general, infringiendo así el denunciante las mismas normas cuya aplicación solicita".³³

Es interesante considerar esta doctrina para el evento que la acción derivativa sea deducida por los accionistas que además tienen participación en sociedades competidoras, los que podrían estar actuando movidos por fines que exceden de lo razonable.

b) En la jurisprudencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, otro interesante fallo sobre abuso del derecho en el ejercicio de acciones judiciales, se pronunció en la causa "Inmobiliaria Nacional con Centrobanco", del 9 de noviembre de 1992. Después de sintetizar la doctrina nacional y evolución en este tema, el considerando Cuarto señala: "Que cualquiera sea el ámbito de aplicación de la doctrina sobre el abuso del derecho, dolo, culpa o negligencia, irracionalidad en su ejercicio, falta de interés o necesidad legítimos, intención del agente en perjudicar, o con desvío de los fines de la institución o para los que fuere concebida e incluso, aplicado a procedimientos judiciales, es evidente que, de parte del agente causante del mal, debe existir un ánimo manifiesto de perjudicar o una evidente falta de interés o necesidad de lo que promueva o un actuar motivado por el afán de causar un perjuicio a su contraparte o contratante. Esa intención de perjudicar no solo debe manifestarse, como es lógico, cuando se actúa en la órbita de la irresponsabilidad extracontractual, sino que también para el caso en que el acto se ejecuta excediendo el interés jurídicamente protegido".³⁴

Luego, en el considerando Quinto la sentencia concluye con una declaración que no puede ser más oportuna para el tema que analizamos, al disponer: "Que en nuestro ordenamiento procesal tiene aplicación el principio de probidad o de buena fe, que exige a los contendientes una actuación leal en el uso de pretensiones, defensas o recursos, sancionándose cualquier exceso en el uso de expedientes dilatorios o pretensiones infundadas...".

c) También en el plano del proceso civil otro antecedente de relevancia lo constituye el caso "Aguila Opazo con Almacenes Brautigam S.A., fallado por la E. Corte Suprema el 28 de mayo de 1998, al confirmar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique.³⁵ En este caso es obligatorio transcribir el considerando tercero para el tema que nos ocupa: "Que la

³² Sobre el tema, cfr. RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, reim. 1ª ed., 1999, especialmente pp. 121-340.

³³ RDJ, t. XCIII, sec. 6ª, pp. 181 ss.

³⁴ RDJ, t. LXXXIX, sec. 2ª, pp. 179-180.

³⁵ RDJ, t. XVI, sec. 1ª, p. 57.

doctrina y jurisprudencia han determinado que la responsabilidad cuasidelictual civil no sólo proviene de hechos materiales que cometidos con culpa dañen a otro sino también puede originarse del ejercicio de un derecho cuando éste se realiza en forma abusiva y causa daño. De esta manera el abuso de un derecho, que perjudica a otro, es fuente de responsabilidad cuasidelictual civil y ello porque los derechos, según lo establece un autor, "son facultades que la ley otorga al individuo; pero no para que los utilice a su antojo, sino para realizar determinados fines". "Los derechos, a más de su aspecto individual, tienen una finalidad social que llenar, de la que su titular no puede prescindir. Deben, pues, ejercerse de acuerdo con los fines para que han sido otorgados. Quien prescinde de estos fines y los utiliza en otros diversos de aquellos que legitimaron su existencia, quien los desvía de la misión social a que están destinados, abusan de ellos, y si causa un daño, debe indemnizarlo." Se ha señalado, asimismo, que no admitir el abuso de derecho como fuente de responsabilidad importaría restringir ésta en forma considerable y según Colin y Capitant, "todo acto del hombre que la ley no prohíbe de un modo expreso, constituye el ejercicio de un derecho y es precisamente al utilizar sus facultades cuando aquél suele dañar a otro. Negar entonces la reparación sería reducir la responsabilidad civil a los únicos casos en que el acto esté prohibido por la ley y éstos son los menos."

"Además, como lo señala el profesor Arturo Alessandri Rodríguez, las acciones y los recursos legales deben intentarse seriamente y existirá abuso de derecho cuando su titular lo ejerza culpablemente, sin la diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus actos o negocios propios; el hombre debe hacer un uso prudente de las cosas y si ejecuta una acción sin la prudencia necesaria

ria y con ello causa un daño, incurre en culpa extracontractual, la que no admite gradaciones, puesto que la ley habla de culpa, sin calificativo, incluyendo en ella hasta la leve".

III. CONCLUSIONES

El establecimiento del artículo 133 bis LSA en nuestra legislación sobre sociedades anónimas significa la incorporación de una nueva y útil herramienta para la fiscalización de la administración social por parte de los accionistas minoritarios o un director de la Sociedad.

La posibilidad que se pueda ejercitar esta acción debería llevar a un mayor estándar de responsabilidad en la administración de las sociedades anónimas, con el consiguiente beneficio social que esto significa. Asimismo, la incorporación del artículo 133 bis LSA perfecciona los mecanismos de protección del derecho de las minorías en las sociedades anónimas, reforzando el contenido del derecho de propiedad de los accionistas.

La acción derivativa constituye una novedad en nuestro sistema procesal, ya que incorpora una nueva manifestación de la sustitución procesal, al permitir que personas que no son titulares de un derecho puedan deducirlo en juicio, actuando en calidad de parte. De igual forma, el ejercicio de esta acción puede dar lugar a una manifestación litisconsorcial muy excepcional, cuya problemática no cuenta con un desarrollo legislativo claro, quedando a la doctrina y jurisprudencia dar respuesta a las varias interrogantes que la aplicación práctica de esta figura provocará.

La liberalidad que reconoce nuestra legislación para el ejercicio de la acción derivativa debe reconocer como límite la aplicación de la doctrina del abuso del derecho.