



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Procesal

La Legitimación Procesal Activa y su Recepción en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

Memoria de Prueba para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales

AUTORES:

Senda Villalobos Indo
Benjamín Mordoj Hutter

PROFESOR GUÍA:

Juan Agustín Figueroa Yávar

Santiago, Chile
2007

INDICE	Pág.
INTRODUCCIÓN	3
I.- EN BÚSQUEDA DE UN CONCEPTO ADECUADO DE LEGITIMACIÓN ACTIVA.....	5
II.- TEORÍA DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES Y LA LEGITIMIDAD PARA OBRAR COMO PARTE INTEGRANTE DE ÉSTOS	10
A.- Los Presupuestos Procesales.....	10
a) PP de Existencia:.....	11
b) PP de Validez:.....	11
c) PP para la Eficacia de la Pretensión:.....	11
d) PP de una Sentencia Favorable:	12
1) PP de Forma:.....	13
2) PP de Fondo:.....	13
A.1- El Concepto de Parte.....	14
A.2- La Capacidad de ser Parte.....	16
A.2.1- Capacidad Procesal o Legitimatío ad Processum	18
A.3- La Legitimatío ad Causam, Legitimación Procesal o Legitimidad para Obrar ...	20
A.3.1- Clasificación de la Legitimatío ad Causam	24
A.3.1.1- Legitimación Ordinaria:.....	25
A.3.1.2- Legitimación Extraordinaria:	26
A.3.2- Características de la Legitimatío ad Causam.....	33
A.3.3- Naturaleza Procesal de la Legitimatío ad Causam.....	35
A.4- El Interés para Obrar.....	42
III.- LA RELACIÓN JURÍDICA MATERIAL Y LA LEGITIMACIÓN ACTIVA.....	48
1.- El Derecho Subjetivo:.....	49
2.- El Interés Individual o Interés Primario:.....	50
IV.- LA ACCIÓN Y SU CORRELACIÓN CON UNA TULARIDAD SUSTANTIVA	54
4.1- La Acción como el derecho concreto a obrar.	56
4.2- La Acción como el derecho abstracto a obrar.....	56
4.3- La Acción como derecho potestativo.....	56
4.4- La Acción como un simple hecho.....	57
4.5- La Acción como concepto relativo.	57
4.6- La Acción como concepto unitario.	57
A.- Evolución Histórica del concepto de Acción.....	61
A.1- Las Teorías Monistas de la Acción.....	61
A.2- Las Teorías Dualistas de la Acción.....	62
A.2.1- Las Teorías Concretas de la Acción.....	62
A.2.2- Las Teorías Abstractas de la Acción.....	63

A.2.3- Las Teorías Abstractas Atenuadas.....	64
B.- Características de la Acción Procesal	64
C.- La Falta de Accionabilidad	66
V.- LA PRETENSIÓN.....	70
VI.- LA EXTENSIÓN DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA ANTE LOS TRIBUNALES ARBITRALES PERTENECIENTES AL CIADI.....	74
A.0- Aclaraciones previas del presente capítulo	74
A.0.1.- Reclamación y demanda	74
A.0.2.- Socio y accionista	74
A.0.3.- Corporativo y societario.....	75
A.0.4.- Jurisdicción del Centro y Competencia del tribunal	75
A.0.5.- Ius Standi, Standing y Legitimación Activa	75
A.1- Presentación del problema	76
A.1.1- Generalidades.....	76
A.1.2- Contexto de la Discusión	78
B- Solución de Derecho Internacional	82
C- Solución de Derecho Privado.....	89
C.1- Generalidades.....	89
C.2- La reparación integral	92
VII-CONCLUSIONES	98
BIBLIOGRAFÍA	100

INTRODUCCIÓN

El estudio del Derecho Procesal, conjuntamente con la determinación y análisis de sus conceptos más básicos, permite instaurar soluciones –con base jurídica– a los problemas que se han suscitado, conforme han ido surgiendo nuevas relaciones en el orden legal y económico. Estas inéditas realidades, a su vez, han requerido, por parte de todas las áreas jurídicas, la implementación de diversos mecanismos para lograr su reconocimiento y protección, siendo una alternativa para abordarlas –desde la perspectiva del Derecho Procesal– la de adecuar las técnicas tradicionales de la disciplina, adentrarse en ellas y analizar sus iniciales concepciones.

Surgen, sin embargo, numerosas dificultades en la adaptación y aplicación de los diversos elementos que configuran esta área del Derecho, al recurrirse a ellos como una de las posibles soluciones frente a los problemas que se plantean en el desarrollo de este trabajo. Es por esto que, sólo entendiendo los más esenciales criterios que lo constituyen, podrán darse explicaciones satisfactorias y fundadas, respecto de los recientes escenarios que han venido a presentar interesantes desafíos de naturaleza teórica y práctica.

En específico, la protección de la particular situación de una accionista que asume ser Legitimado Activo para pretender en un proceso ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante indistintamente, el “CIADI” o el “Centro”), presenta singularidades que imposibilitan, en un primer momento, el recurso a las técnicas habituales, que tradicionalmente se utilizan para hacer frente a los postulados que se trata de garantizar.

Esta situación, se ha venido sucediendo en la generalidad de los litigios que se promueven ante el Centro, toda vez que en atención a criterios de nacionalidad de las compañías afectadas –que se encuentran constituidas en el Estado receptor de la

inversión, que es al mismo tiempo el demandado— éstas se ven imposibilitadas de iniciar válidamente una demanda —con una calificada excepción, que será explicada *infra*— al no encontrarse dentro del presupuesto de *extranjera*, necesario dentro de los requisitos que instituye el Convenio de Washington de 1965 sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en adelante, indistintamente, el “Convenio”, el “Convenio CIADI” o el “Convenio de Washington”) para que aquellas puedan ser estimadas como detentadoras de Legitimación Activa.

Lo determinante del asunto a tratar es poder identificar quién(es) tiene la posibilidad de presentar una demanda eficaz, en el sentido de que provoque en el órgano jurisdiccional, la obligatoriedad de un pronunciamiento sobre el fondo. Es decir, el establecimiento del Legitimado Activo para Obrar, puesto que, frente a la posibilidad de que se amplíe en demasía o se restrinja arbitrariamente tal legitimación, se hace necesario presentar argumentos —concluyentes desde un punto de vista jurídico— tendientes a delimitar a quiénes se otorgará la oportunidad de utilizar los mecanismos de solución de controversias que entrega el Convenio.

En base a lo anterior, el presente trabajo contendrá un análisis de la Legitimación Activa, su ubicación en el contexto del Derecho Procesal atendiendo a los Presupuestos Procesales y su correlación con la Titularidad del Derecho Material, a la vez que se presentará un breve recorrido por conceptos cardinales de la materia, entre ellos, la Acción, la Pretensión y el Interés, al ser éstos decisivos en el momento de tomar posición para fundamentar uno u otro enfoque de solución, esto último, según la clasificación que se propone en el capítulo final.

I.- EN BÚSQUEDA DE UN CONCEPTO ADECUADO DE LEGITIMACIÓN

ACTIVA¹

Lo que se pretende al elaborar un concepto de Legitimación Activa (en adelante, indistintamente, la “LTA”), es identificar el real vínculo entre el actor y el titular del derecho invocado, pudiendo así resolverse la cuestión de quién *debe* hacer valer la pretensión. Conseguido lo anterior, se tendrá garantía del efecto de la Cosa Juzgada Sustancial, la cual será estéril en tanto no exista la mencionada correspondencia, toda vez que el verdadero titular del derecho sustancial tendrá la facultad de promover la misma cuestión en un nuevo proceso².

Frente a la posibilidad de iniciarse un nuevo juicio por quién es, efectivamente, el legitimado activo, el desafío está en reconocer que si bien, normalmente, la noción de sujeto del proceso, sujeto de la acción y sujeto de la relación sustancial controvertida, recaerán en la misma persona, en ciertas ocasiones ello no será así. En el mismo sentido,

¹ Sólo la Legitimación Activa es pertinente al tema en estudio, por tanto, cada de vez que se mencione el concepto de Legitimación sin más calificativo debe entenderse también que se usa en este sentido. La Legitimación Pasiva, por su parte –y a la cual se hará referencia sólo en este nota– es aquella cualidad que debe poder encontrarse en el demandado y que se identifica con el hecho de ser la persona que –conforme a la ley sustancial– está legitimada para discutir u oponerse a la pretensión hecha valer por el demandante en su contra. En razón de lo anterior, es que únicamente a él corresponderá contradecir la pretensión y sólo en su contra se podrá declarar la existencia de la relación sustancial objeto de la demanda. Para un mayor entendimiento consultar: Maturana Miquel, Cristián. “*Disposiciones Comunes a todo Procedimiento*”. Apuntes de clases. Santiago. Mayo 2003. pág. 63.

² La Cosa Juzgada Sustancial, como posible efecto de ciertas y determinadas resoluciones emanadas de órganos jurisdiccionales, va a surgir una vez alcanzada la *inimpugnabilidad* de la resolución en el mismo procedimiento (Cosa Juzgada Formal) a lo cual, debe sumarse, su *inmutabilidad*, esto es, la imposibilidad de reformularlo en cualquier otro juicio en que concurra la triple identidad. Dicha aptitud, va a servir para impedir la eficacia de pretensiones tendientes a cambiar el estado de cosas que –por medio de una sentencia– ha sido reconocido conforme a derecho, como asimismo, permitir se verifique la facultad de poder exigir el cumplimiento en favor del que ha obtenido en el juicio el reconocimiento de su pretensión. No obstante, para lograr el efecto mencionado, es necesario identificar los requisitos exigidos para poder alegar la Cosa Juzgada como excepción, cuando se pretende volver a discutir lo ya resuelto. Así, entre la nueva demanda y la antigua deberá existir exactitud en la identidad legal de personas, en la identidad de la cosa pedida y en la identidad de la causa de pedir. El objeto de este examen permitirá determinar si las pretensiones de la demanda son idénticas o no. Para un estudio más acabado ver: Mosquera Ruiz, Mario y Maturana Miquel, Cristian. “*Breves Nociones acerca de la Cosa Juzgada*”. Apuntes de clases. Santiago. Mayo 2005.

Carnelutti distingue entre: (a) Partes en sentido material, en donde reconoce al sujeto del litigio como el titular del interés; y (b) Partes en sentido formal, en donde identifica al sujeto de la acción con el titular de la voluntad [pretensión].

Es por ello que, para poder determinar si existe identidad legal de persona y, eventualmente, saber si concurre la triple identidad –permitiendo alcanzar la Cosa Juzgada Sustancial– se debe entender que la parte es *quien pide* o aquel *en cuyo nombre* se pide la actuación de una específica voluntad de la ley. Y, como es el demandante, quien solicitará la satisfacción de una pretensión dentro de un proceso, se provocará la identidad legal de persona cuando entre el nuevo y el antiguo juicio se ostente la misma calidad³.

En un primer instante –por su parte– el análisis de la LTA exigirá examinar, exclusivamente, si existe un correlato entre el demandante y aquél a quién la ley permite esgrimir la Pretensión⁴, debiendo ser el legitimado quien tenga la potestad para afirmar ser titular del derecho material y exigir su satisfacción, es decir, formular una pretensión que se contendrá en la demanda.

Se entiende, entonces, respecto de lo anterior que no se trata de un requisito exigido para obtener una sentencia favorable, sino simplemente, para el ejercicio eficaz de la pretensión, en cuanto a obtener un fallo sobre el fondo, que determinará si la pretensión corresponde con la realidad jurídica material.

La LTA es entonces, la posición habilitante para formular la pretensión en condiciones tales que pueda ser examinada por el juez, lo cual es regulado por normas de Derecho Procesal⁵. Por ello, debe determinarse en principio, si el actor está o no autorizado por la

³ Cfr. Mosquera Ruiz, Mario y Maturana Miquel, Cristian. Op. Cit. pág. 34-36.

⁴ Vid. *infra* capítulo V.

⁵ Cfr. Montero Aroca, Juan. “*La Legitimación en el Proceso Civil*”. Madrid. Ed. Civitas. 1994. pág. 35.

norma procesal para pretender. Sólo de ser así, corresponde –en un segundo estadio procesal– establecer si la relación jurídico material existe.

En este mismo sentido lo entiende la doctrina, al sostener que la LTA es: La posición habilitante para formular la pretensión que ha de radicarse, necesariamente, en la afirmación de la titularidad del derecho subjetivo material. La legitimación no puede consistir en la existencia del derecho y de la obligación –que es el tema de fondo que se debatirá en el proceso y se resolverá en la sentencia– sino, simplemente, en las afirmaciones que realiza el actor⁶.

Cuando se exige la legitimación como requisito de un acto –en este caso de la demanda– se parte del supuesto que la concreta relación jurídica no pertenece a cualquiera, sino tan sólo a determinada persona; así, si el poder es atribuido a alguien en particular, no puede el acto en que tal poder se revela –la demanda– presentar como defecto su ausencia. Sin embargo, como se demostrará, no debe pensarse que el derecho a demandar en juicio pertenezca exclusivamente al efectivo titular del derecho material⁷. La pertenencia del derecho que se hace valer, no puede ser un requisito para legitimar la demanda; simplemente bastará el poder tener un derecho, toda vez que el fin de la demanda y el desarrollo del proceso es, precisamente, determinar si a tal posibilidad corresponden los hechos probados en juicio. No obstante, sí es un requisito de legitimación la pertenencia al actor de una determinada situación de hecho, que es la afirmación de la pertenencia del derecho, a la cual, la relación jurídica puede o no corresponder.

En razón de lo anterior, cuando la demanda es presentada por quién tiene *Legitimatio ad Causam*⁸ se le otorga el derecho a una sentencia de mérito, pues sólo la legitimación de tal naturaleza y con tal efecto pertenece a la parte de la litis (parte procesal)⁹ la cual

⁶ Cfr. Montero Aroca, Juan. Op. Cit. pág. 38.

⁷ Vid. *infra* capítulo III.

⁸ Vid. *infra* capítulo II, A.3.

⁹ Vid. *infra* capítulo II, A.2.1.

sustentará su calidad en presupuestos distintos de quién sostiene ser la parte material, pero a la cual, sólo esta calidad (ser parte material), le permite de forma eficiente legitimar el ser parte procesal¹⁰.

Desde otra posición, si se reduce la LTA a la determinación de los sujetos facultados para exigir la reparación del perjuicio ocasionado¹¹, según la doctrina tradicional, sólo lo estarán quienes hayan sufrido un menoscabo en su persona o bienes, por lo que la cuestión relevante dirá relación con el objeto tutelado y el titular del derecho. Por lo mismo, el determinar el sujeto activamente legitimado obligará a identificar el objeto jurídico a tutelar.

El estudio del legitimado –según esta postura– no se realizará a partir de la identificación de quién es aquel que cuenta con un presupuesto de carácter procesal abstracto –Legitimatio ad Processum¹²– o quién presenta una más particular calidad referente al caso en específico –Legitimatio ad Causam¹³– sino que atenderá a criterios de política legislativa al fijarse criterios sobre el objeto jurídico a tutelar. Lo anterior, evidentemente, atenderá a inclinaciones tendientes a promover o restringir una actividad determinada, que en el caso particular del accionista son de tipo económica, encontrándose las razones del establecimiento de presupuestos procesales en áreas ajenas.

Con todo, el anterior enfoque no puede ser rechazado por el simple hecho de justificar una normativa procesal –la delimitación de la LTA– con motivaciones provenientes de otras asignaturas, ya que el derecho –como herramienta de conexión eficiente de intereses convergentes y divergentes– debe tener la holgura necesaria para enfrentar las

¹⁰ Cfr. Carnelutti, Francesco. *“Instituciones del Proceso Civil”*. Buenos Aires. Tomo III. Ed. Jurídicas Europa-América S.A. 1956. pág. 467.

¹¹ Cfr. De la Barra Gili, Francisco. *“Responsabilidad extracontractual por daño ambiental: el problema de la Legitimación Activa”*. Revista Chilena de Derecho Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Vol. 29 N° 2. Santiago. 2002. pág. 267-415.

¹² Vid. *infra* capítulo II, A.2.1.

¹³ Vid. *infra* capítulo II, A.3.

necesidades que se presenten; ello, sin desconocer ciertamente cuál es la orientación que con la evolución ha ido sufriendo el orden jurídico y cuál es aquella que se quiere vaya asentándose para el futuro. Sin embargo, en esta necesidad de acomodar un concepto como el de LTA –pretendiendo a su vez conseguir delimitar una estampida de demandas, que lleven por tierra el esfuerzo de hacer más rápidos y técnicos los órganos jurisdiccionales– no se puede ir en contra de su naturaleza, menos aún, desconocer arbitrariamente las calidades de que están compuesto, pues se correría el riesgo de excluir a quién efectivamente favorece. Se debe procurar, en cambio, establecerse fundadamente reglas de LTA que permitan –en el contexto en el que se desarrollen– la superación del problema y no la generación de otro más peligroso, cuestión que se generaría si no se fuera consecuente con las directrices de que están compuestos los múltiples aspectos de las instituciones comprometidas.

II.- TEORÍA DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES Y LA LEGITIMIDAD PARA OBRAR COMO PARTE INTEGRANTE DE ÉSTOS

A.- Los Presupuestos Procesales

Los Presupuestos, para el Derecho, atienden a aquello que debe existir antes del acto, sea en la persona que actúa o en la cosa sobre la cual se actúa, para que el acto sea jurídico. Por su parte, los Presupuestos Procesales (en adelante, los “PP”) son aquellos antecedentes necesarios, que permiten que el juicio tenga –en primer término– existencia jurídica, al ser condiciones mínimas de procesabilidad y –en segundo lugar– que se alcance su validez formal¹⁴.

Para Oskar von Bülow, primer jurista que planteó este concepto, los PP son aquellos antecedentes indispensables para lograr que el procedimiento tenga existencia jurídica y validez formal. Siendo posible distinguir entre éstos a los PP de la acción, de la pretensión, de validez y de una sentencia favorable (ésta última, categoría altamente opinable por la doctrina)¹⁵.

Calamandrei por su parte, sostiene que son los requisitos necesarios para que pueda constituirse un procedimiento válido, pues son las condiciones que deben existir a fin de que pueda obtenerse un pronunciamiento cualquiera –favorable o no– sobre la demanda, a fin de que se concrete el poder–deber del juez de proveer sobre el mérito¹⁶.

Para lograr los fines del cometido propuesto, esto es: identificar un concepto de LTA, identificar su ubicación en el Derecho Procesal, las consecuencias de ello y obtener

¹⁴ Cfr. Couture, Eduardo J. “*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*”. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1997. pág. 102.

¹⁵ Cfr. Romero Seguel, Alejandro. “*El Control de Oficio de los Presupuestos Procesales y la Cosa Juzgada Aparente. La Capacidad Procesal*”. Revista Chilena de Derecho Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Vol. 28 N° 4. Santiago. 2001. pág. 781-789.

¹⁶ Cfr. Calamandrei, Piero. “*Instituciones de Derecho Procesal Civil*”. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. Ed. Jurídica Europa-América. 1962. pág. 350-351.

finalmente un medio que nos permita erigir una solución al problema de su extensión, se hace necesario esclarecer el escenario del que ésta forma parte, para luego analizar detenidamente las materias relevantes al efecto.

Para ello, resulta de gran utilidad analizar la forma en que el Profesor de esta facultad de Derecho, Cristián Maturana¹⁷ agrupa los PP:

a) PP de Existencia:

Sin los cuales el proceso nunca logra constituirse. Lo que pudo existir si estos faltaron jamás llegará a obtener validez ni respaldo jurídico. A su turno, ellos son:

- Un juez con jurisdicción
- Partes¹⁸
- Un conflicto de interés con relevancia jurídica

b) PP de Validez:

Los cuales son indisponibles por la partes; pueden incluso invocarse de oficio, son normalmente vicios de formas que concurren durante el proceso y que conducen a que este sea nulo, quedando el juez relevado de dictar sentencia de mérito. Se componen de:

- Un tribunal competente
- Capacidad de partes¹⁹
- Cumplimiento de formalidades legales

c) PP para la Eficacia de la Pretensión:

- Legitimatío ad Causam o Legitimación Procesal²⁰

¹⁷ Cfr. Maturana Miquel, Cristián. Op. Cit. pág. 117-121.

¹⁸ Vid. *infra* capítulo II, A.2.

¹⁹ Vid. *infra* capítulo II, A.2.1.

²⁰ Vid. *infra* capítulo II, A.3.

Respecto a este apartado, el profesor Maturana entiende que, si por su parte, la Legitimación en la Causa es un presupuesto de eficacia para que en la sentencia exista un pronunciamiento sobre la pretensión hecha valer en la demanda, la correspondencia de la pretensión con la realidad jurídica será el presupuesto necesario para obtener una *Sentencia Favorable*; siendo éste el orden en que deben examinarse los supuestos requeridos, al tiempo de analizar cada concepto.

La efectiva concurrencia de los PP de la Pretensión, no atiende a la efectividad del derecho como tal, sino a la posibilidad de ejercerlo, es decir, de poder afirmar en juicio ser titular del derecho y exigir la tutela judicial. La ausencia de éstos –por su parte– impide tal actuación, como ocurre, por ejemplo, en los casos en que no se agota previamente la vía administrativa o cuando el actor aduce su propia falta.

El estar falto de LTA, permite al juez eximirse de su deber de fallar el fondo pudiendo dictar una sentencia inhibitoria de carácter formal. Como puede verse, la pretensión procesal no prosperará, no por estar falta de requisitos la acción procesal o ser inexistente el derecho sustancial, sino por carecer la pretensión procesal de sus presupuestos²¹.

d) PP de una Sentencia Favorable:^{22 23}

Se entiende bajo este concepto al hecho de contar con un “Buen derecho”, por el cual el tribunal -en un Estado de Derecho donde impere el principio de legalidad- puede privar a un ciudadano de lo que no es suyo o atribuir a otro lo que le pertenece.

Si bien, en la normalidad de los casos –y comprobado que sea en el curso del proceso que la pretensión esgrimida es concordante con la realidad jurídica– se materializa la

²¹ Cfr. Couture, Eduardo J. Op. Cit. pág. 105.

²² Cfr. Couture, Eduardo J. Op. Cit. pág. 108.

²³ Si bien el profesor Cristián Maturana no reconoce en su citado texto esta categoría, por motivos de orden metodológico es pertinente hacernos cargos de ella, en el entendido de que sí es formulada por otros autores como un párrafo adicional.

tutela judicial a través de una sentencia favorable al demandante, no puede desconocerse que en ocasiones –aún contando con un buen derecho, es decir, siendo el real titular de la relación sustancial– la sentencia será de absolución. La anterior situación ocurrirá, por ejemplo, cuando sea invocado incorrectamente la normativa sustancial o no se pueda demostrar por los medios legales los supuestos de hecho de la norma, con lo cual, el presupuesto de ser el efectivo titular de un derecho material no resulta tan concluyente al efecto de obtener una sentencia favorable.

La sentencia es el resultado del desarrollo de una relación jurídica procesal, diferente de la material, que tiene elementos de constitución propios, materializados en cargas y obligaciones procesales, las que de no cumplirse, eventualmente, pueden traer aparejada la desestimación de la pretensión por parte del juez. En consecuencia, una categoría que pretende establecer los PP para obtener una sentencia favorable no es fiel al correcto entendimiento de la separación entre derecho material –cuya concreción verificamos en la relación jurídica sustancial– y el derecho procesal que se representa, a su turno, en la relación jurídica procesal de las parte en el juicio.

Por su parte, otra forma de clasificar los PP es distinguir entre:

1) PP de Forma:

- Competencia del juez
- Capacidad Procesal de las partes²⁴
- Demanda en forma

2) PP de Fondo:

Entendidos como aquellos requisitos de la sentencia, que son necesarios para obtener una resolución que falle sobre la pretensión.

²⁴ Vid. *infra* capítulo II, A.2.1.

No se tratan de exigencias referentes a la validez del proceso, ya que –aún en su ausencia– el procedimiento existe y es válido. Son requisitos para un fallo sobre el fondo, pues –independientemente de que el actor tenga o no razón– será pertinente examinar si es el verdadero titular de la relación jurídica debatida²⁵.

Los PP de fondo, son aquellas condiciones necesarias que permiten emitir una sentencia de mérito, en tanto conducen a que una pretensión procesal –hecha valer a través de la demanda– sea objeto de un pronunciamiento por el juez; en razón de lo anterior es que, en caso de no presentarse, procederá simplemente emitir un fallo inhibitorio²⁶. Éstos son:

- Existencia de un derecho tutelado por ley
- Legitimidad para obrar²⁷
- Interés en obrar²⁸

En el siguiente apartado, se examinarán con detención algunos de los PP mencionados que sean pertinentes al objeto del trabajo, para ir descartando –y a la vez identificando– en dónde se radica la esencia de los problemas que traería aparejada la extensión de la LTA.

A.1- El Concepto de Parte

El conflicto, que se plantea en un juicio, enfrenta los intereses ínter subjetivos de las partes. El concepto de parte, por tanto, se determina sobre la base de la posición que se adopta dentro del mismo, al ser sujeto del conflicto y formar parte de él.

²⁵ Cfr. Montero Aroca, Juan. Op Cit. pág. 33.

²⁶ Cfr. Montero Aroca, Juan. Op Cit. pág. 92.

²⁷ Vid. *infra* capítulo II, A.3.

²⁸ Vid. *infra* capítulo II, A.4.

Tener esta calidad es consecuencia natural del hecho de participar del conflicto jurídicamente relevante planteado en juicio; sin embargo, ésta no se alcanza tan sólo por participar en la litis. La noción de quién es la parte, abarca aspectos del derecho procesal y del derecho material; lo anterior, se explica al entender que al Interés –el cual proviene de estar envuelto previamente en los supuestos normativos que permiten la adquisición de un derecho sustancial– debe sumársele la Pretensión, acto jurídico que supone la afirmación –por medio de la demanda– de ser el efectivo titular del derecho invocado y que tiene por objeto trasladar una voluntad material insatisfecha al proceso a través de su invocación formal²⁹.

Las partes del proceso son por tanto, los sujetos de la relación procesal; concepto que se determina en forma diferente al de partes de la relación sustancial, pero que –como se señaló previamente– supone, a través de la LTA, el ser, o pretender ser, titular del derecho material invocado.

El demandante –parte activa del proceso– sustenta su actuación en una pretensión, sin la cual, el juez no podrá entrar en el conocimiento del asunto. Dicha pretensión, sólo podrá ejercerla el LTA de forma efectiva, es decir, de forma tal que concluya en un fallo que la dirima, pudiéndose alcanzar posteriormente el efecto de Cosa Juzgada Sustancial.

La LTA, en este escenario, adopta el papel de ser un lazo que busca unir a la parte material con la parte procesal. No obstante, se trata –en todos los casos– de un vínculo procesal, lo que significa que es, solamente, una forma de ayudar a constituir el proceso de manera eficiente; por lo mismo, en ocasiones –y aún cumpliendo su objetivo de delimitar el estudio y fallo de todas las demandas presentadas en un juicio– ella no nos conducirá a la parte material.

²⁹ Cfr. Carnelutti, Francesco. Op. Cit. pág. 465-467.

Comprenderlo de esta forma, sin embargo, tendrá directa relación con la concepción previa que se tenga de la forzosa o eventual identidad entre el demandante y el titular del derecho subjetivo, es decir, de la adhesión a las teorías monistas o dualistas de la acción.

Es así como, para las Teorías Monistas de la Acción³⁰, únicamente podrá ser parte procesal en el juicio el titular de un derecho que se reclama, es decir, el sujeto de la relación material, puesto que la acción es el derecho sustancial deducido en juicio.

En razón de lo anterior, tendrá la facultad para invocar un determinado derecho, sólo aquél a quién éste pertenece, teniendo como consecuencia que el demandante nunca podría perder un juicio.

Por su parte, para las Teorías Dualistas de la Acción³¹, será parte procesal aquel sujeto que en nombre propio pretende la actuación de la ley, a fin de que sea satisfecha su pretensión, lo cual se va a relacionar –exclusivamente– con el interés que tiene una persona en el reconocimiento de una situación jurídica y su posterior tutela³².

A.2- La Capacidad de ser Parte

Puede entenderse la capacidad de ser parte, como la facultad de ser sujeto de la relación jurídico sustancial, es decir, de poder participar y crear válidamente una nueva situación jurídica que obtenga un respaldo institucional al momento de exigirse su reconocimiento y respeto, ya sea por parte de alguien en particular o de todos en general.

Obtener esta calidad requiere ostentar determinados requisitos que son establecidos por la ley sustancial, los cuales admitirán el surgimiento de la relación material a debatirse en la litis.

³⁰ Vid. *infra* capítulo IV, A.1.

³¹ Vid. *infra* capítulo IV, A.2.

³² Cfr. Maturana Miquel, Cristián. Op. Cit. pág. 5-10.

En igual sentido Carnelutti expresa “(...) Es la existencia en el agente de las cualidades necesarias para el ejercicio del poder o para el cumplimiento del deber en que el acto se resuelve”³³. En conclusión, se es capaz en tanto se pueda ser sujeto de la relación jurídica en que el acto tenga existencia.

La Capacidad de Obrar por su parte –que se exige para incoar un juicio³⁴– y la Capacidad Jurídica –que se identifica con la capacidad de ser parte– son dos aspectos de la misma realidad; es por ello que, cuando la ley procesal exige un cierto modo de ser subjetivo –determinando una capacidad jurídica– se entiende, inmediatamente, que la capacidad de obrar es un requisito del acto en que la relación jurídica se desarrolla, pues, de nada serviría, poder dar nacimiento y participar de ella si posteriormente –al momento de requerir tutela judicial– no se cuenta con los elementos mínimos para obtener el reconocimiento de su existencia y ser su beneficiario.

En el juicio, se entiende que las partes van desarrollando el proceso a través de actos frente a los cuales se exige ser capaz. Esta calidad, se obtiene al reunir las mismas cualidades que se necesitan para obtener el cumplimiento eficaz del derecho invocado en la pretensión; coinciden, por tanto, la capacidad del derecho material con la capacidad del derecho procesal.

En razón de lo anterior, debe atenderse a la norma sustancial para determinar la capacidad exigida para los actos de la especie a que el acto procesal pertenece, siendo estas las cualidades que deberá tener la persona que realice el acto de parte³⁵.

La doctrina establece –por su parte– que los requisitos necesarios para tener capacidad de ser parte son:

³³ Carnelutti, Francesco. Op. Cit. pág. 458.

³⁴ Vid. *infra* capítulo II, A.2.1.

³⁵ Cfr. Carnelutti, Francesco. Op. Cit. pág. 459-461.

- Ser sujeto de derechos (asimilado a la capacidad de goce)
- No estar afectado por alguna incapacidad de ejercicio; de ser así, se es parte a través de un representante legal (equiparado con la capacidad de ejercicio)³⁶

En concordancia con lo estudiado en los anteriores acápite –y luego de entender qué es lo que envuelve la Capacidad de ser Parte– cabe examinar qué es la Capacidad Procesal y cómo permite ser parte en la litis, en tanto concepto autónomo que –sin embargo, y como se señaló recientemente– subentiende el tener previamente la capacidad de ser parte.

A.2.1- Capacidad Procesal o Legitimatío ad Processum

Se entiende por ella, la facultad para comparecer en juicio y poder realizar actos procesales con efectos jurídicos, es decir, de poder ser parte en un sentido procesal³⁷.

La concurrencia de sus requisitos en un sujeto, le brinda a éste la posibilidad de actuar en *cualquier* proceso; ello, a diferencia de lo que ocurre con la LTA, que es una calidad que se requiere para la litis en *específico*. Por lo mismo, es que los elementos necesarios para obtener la capacidad procesal deben presentarse en toda persona que pretenda, simplemente, poner en marcha el aparato jurisdiccional, sea cual sea su particular pretensión.

Se entiende, a la vez, que éstos deben concurrir incluso antes de presentar la demanda – he aquí una de las razones de su homogeneidad– ya que si bien son de carácter estrictamente procesal, exigen –por una parte– encontrarse previamente en posesión de la capacidad en sentido material, facultad ésta que se obtiene fuera del proceso.

³⁶ Cfr. Maturana Miquel, Cristián. Op. Cit. pág. 61.

³⁷ *Ibíd.*

En síntesis, los requisitos de la Legitimatío ad Processum atienden a presupuestos de validez –por ser exigencias de tipo formal– que no miran al proceso en lo que tiene de individual y subjetivo. Por lo mismo, es que su concurrencia posibilita –exclusivamente– una adecuada constitución del juicio y su válida prosecución. Asimismo, en ningún caso, permiten vislumbrar el posterior éxito de la pretensión invocada en la demanda, como tampoco intentan actuar como elemento restrictivo de demandas que cuenten con un derecho a fallo, como si lo hace la LTA.

Es por ello que –exclusivamente y con el objeto de mantener una estructura lógica en el desarrollo del trabajo– éstos serán mencionados, pero no analizados, al no ser oportuno un estudio más detenido –y considerando además que, en lo pertinente al objeto perseguido, ya han sido abordados.

La Capacidad de Obrar se compone de:

- a- Capacidad para ser parte³⁸
- b- Capacidad para actuar en el proceso (que de no tenerse se suple actuando a través de un representante)
- c- Ius postulandi (capacidad exigida para que la actuación procesal sea correcta y que requiere de constituir patrocinio y poder)³⁹

En conclusión, la Legitimatío ad Processum –por su carácter genérico– no bastará para ejercer eficazmente los derechos o deducir determinada pretensión, siendo necesario

³⁸ Vid. *supra* capítulo II, A.2.

³⁹ Vale señalar nuevamente, que por el carácter indiscriminado de estos requisitos, no es necesario explicarlos en profundidad y en atención a que el objetivo del trabajo es entender qué es la LTA y cómo opera, al ser una exigencia que busca dar paso eficiente, exclusivamente, a determinadas pretensiones y frente a un específico litigio.

reunir una condición más específica –referida al juicio determinado– que proviene de tener Legitimación en la Causa⁴⁰.

A.3- La Legitimatío ad Causam, Legitimación Procesal o Legitimidad para Obrar

“Si la Capacidad es un modo de ser *natural* del actor, la Legitimatío ad Causam es un modo de ser *jurídico*”⁴¹.

La doctrina tradicional se encuentra conteste al definir esta cualidad como un requisito necesario para obtener una sentencia de fondo. Es decir, lo hace atendiendo a las consecuencias que provoca su concurrencia en un sujeto determinado. Así, por ejemplo, Carnelutti entiende que es la legitimación para poder pretender o para obtener una sentencia de fondo⁴²; Chiovenda de forma similar, postula que bajo este concepto se reúnen los elementos que permiten que el juez se pronuncie sobre la demanda, no siendo suficiente que considere existente en abstracto el derecho material que se estima violado, sino que es necesario que considere la identidad de la persona del actor con la persona en cuyo favor está la ley⁴³.

En estas definiciones –como puede apreciarse– se pone énfasis en el hecho de que sólo aquél que cuente con Legitimatío ad Causam, tendrá el derecho a exigirle al juez que dirima sobre la pretensión invocada en la demanda; sin embargo, sobre esta base, no se aclara quién es el que precisamente cuenta con este derecho, es decir, qué elementos o qué circunstancias permiten adjudicárselo.

Enrique Vescovi, por su parte, define el concepto de forma distinta –a través de contrastarlo con otro– entendiendo que, si con el nombre de Legitimatío ad Processum

⁴⁰ Cfr. Maturana Miquel, Cristián. Op. Cit. pág. 63.

⁴¹ Carnelutti, Francesco. Op. Cit. pág. 465.

⁴² Cfr. Echandía, Devis. “*Teoría General del Proceso*”. Tomo I. Ed. Universidad. 1984. pág. 298. En Maturana Miquel, Cristián. Loc. Cit.

⁴³ Cfr. Pallares, Eduardo. “*Diccionario de Derecho Procesal Civil*”. México. 1978. pág. 529-530.

se indica un presupuesto procesal, esto es, la capacidad de presentarse en juicio por sí o por otros, con la LTA se demuestra la posición de un sujeto respecto al objeto litigioso, lo cual le permite obtener una providencia eficaz⁴⁴.

Este autor, entonces, recalca la relación material, al decir que la legitimación se obtiene como resultado de participar –o creer hacerlo en tanto basta la afirmación de titularidad– de la situación, en donde surge o se desarrolla, el derecho.

Si el objeto litigioso se identifica con la necesidad de reconocimiento de existencia de un derecho subjetivo o con la comprobación de violación y posterior obtención de tutela del mismo, sólo a quién le es posible exigirla tendrá la calidad de ser legitimado y, por lo mismo, podrá demandar y pretender tal protección de forma eficiente.

Confirman la anterior postura, por una parte Jaime Guasp, al indicar que la LTA “Se trata de una consideración especial que tiene la ley, dentro de cada proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto en litigio, por la cual, se exige, para que la pretensión procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas, y no otras, las que figuren como partes en el proceso”⁴⁵. Por su lado, Enciso sostiene que la LTA, es la “facultad de disposición procesal” expresión con que grafica la relación en que debe encontrarse una persona con el objeto del litigio para que, siendo parte en el proceso, pueda garantizarse la eficacia de la decisión jurisdiccional que se pretende⁴⁶.

Desde otra vitrina, para el profesor Cristián Maturana, la Legitimidad para Obrar afecta al proceso no en su dimensión común –como se comprueba de enfrentarlo al presupuesto de la Capacidad Procesal– sino que lo hace en lo que tiene de específico e individual;

⁴⁴ Cfr. Vescovi, Enrique. “*Teoría General del Proceso*”. Ed. Temis. 1984. pág. 197. En Maturana Miquel, Cristián. Op. Cit. pág. 64.

⁴⁵ Guasp, Jaime. “*Derecho Procesal Civil*”. Tomo I, cuarta edición. Madrid. Ed. Civitas. 1998. pág. 168. En Maturana Miquel, Cristián. *Ibíd.*

⁴⁶ Cfr. Montero Aroca, Juan. Op. Cit. pág. 30.

así, en los procesos civiles, laborales y contenciosos–administrativos, la *Legitimatío ad Causam* se refiere a la relación sustancial que se pretende existe entre las partes y al interés sustancial en litigio, cuya prevalencia es objeto de la decisión reclamada. De forma tal que, en un procedimiento contencioso, la legitimación en la causa consiste –respecto del demandante– en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial, está legitimado para que, por sentencia de fondo, se resuelva si existe, o no, el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda.

En síntesis, el criterio reconocido por la mayoría de la doctrina –sin perjuicio de disentir en algunos aspectos– es que la Legitimación Procesal sería un elemento exigido en relación al juicio en particular, sin que por ello sea necesario ser titular del derecho material para obtenerla. Se entiende que –exigir esto lo último– equivaldría en la práctica a obtener siempre un fallo favorable; no obstante, sí será indispensable, ser titular del Interés⁴⁷ de que se decida si efectivamente existe, o no, la relación jurídica sustancial.

Se exige, en conclusión y exclusivamente, por medio del PP de LTA, invocar una pretensión alegando una titularidad, en tanto se puede tener legitimación en la causa, sin ser el titular del derecho material pretendido, con lo cual, la única consecuencia será que la sentencia de fondo desestimaré la pretensión absolviendo al demandado.

La *Legitimatío ad Causam*, entonces, puede o no corresponder con una titularidad de derecho subjetivo; precisamente, será perfecta en el caso en que, de existir tal relación, los sujetos del interés en esta declaración sean el demandante y el demandado.

Es por lo anterior, justamente, que –en un primer momento– deben examinarse quiénes son los titulares del interés en el litigio⁴⁸, en el supuesto de que el derecho o la relación

⁴⁷ Vid. *infra* capítulo II, A.4.

⁴⁸ Vid. *infra* capítulo II, A.4.

jurídica sustancial existan. De la misma forma, lo entiende Devis Echandía al sostener que: “(...) Si además de existir legitimación en la causa resulta que el derecho material existe en verdad, el demandante será su titular”⁴⁹, ya que la LTA habrá operado correctamente –como límite efectivo y necesario– frente al amplio espectro que nos entrega la aplicación del concepto de Legitimatío ad Processum.

Para entender, sin embargo, cómo surge la necesidad de establecer este PP, es necesario adentrarnos –más aún– en las bases teóricas del Derecho Procesal y detenernos en aquello que sea de utilidad.

Se sostiene por la doctrina⁵⁰ que, la noción de LTA, surge –en un primer momento– para esclarecer aquellos casos –excepcionales– en que, quién no es el titular de la relación jurídica sustancial, ejerce la pretensión; es decir su génesis se encuentra en el intento de poder explicar de forma racional, cómo a un sujeto que no dispone de un derecho y ni siquiera afirma tenerlo, se le permite demandar y contar con el derecho de exigir una sentencia de mérito, cuestión que resultaba contraria a la asentada creencia de que únicamente el titular del derecho material era capaz de disponer de él, lo cual incluía su defensa en juicio.

Sólo más tarde –en una segunda etapa– el concepto intenta identificar, en términos abstractos y generales, quién debe ejercitar la pretensión, para que el juez pueda dictar una sentencia en la que se resuelva el conflicto de intereses.

Se comprende con el correr de los años que, si bien todo sujeto se encuentra legitimado para accionar, es decir, tiene la facultad de poner en movimiento a los órganos jurisdiccionales –al encontrarse amparado por el derecho constitucional de petición– el

⁴⁹ Echandía, Devis. Op. Cit. pág. 297. En Maturana Miquel, Cristián. *Ibíd.*

⁵⁰ Cfr. Montero Aroca, Juan. Op Cit. pág. 32.

contar con LTA en un caso específico, será exclusiva consecuencia de encontrarse proveído de circunstancias, condiciones y calidades particulares.

La LTA, asimismo, tendrá normalmente su correlato en el hecho de ser –o más cabalmente, afirmar ser– sujeto titular de una específica relación jurídica; no obstante –en determinadas ocasiones– vendrá precisamente a fundamentar la disconformidad de este escenario.

Bajo la aplicación de las Teorías Monistas de la Acción, en que sólo podía ejercitar la acción el titular del derecho material, la pregunta de quién era el legitimado activo carecía de relevancia; el titular de la acción será el *ofendido*, en cuanto titular del derecho violado. En este contexto, resulta imposible concebir que, quién no fuese el titular del derecho material, pudiese demandar su cumplimiento.

Es recién a partir del desarrollo de las Teorías Dualistas de la Acción, cuando resulta procedente hacer un análisis en torno a la interrogativa de quién es el que puede pedir en juicio la aplicación del derecho objetivo en un caso concreto. Lo anterior –por tanto– es un cuestionamiento pertinente sólo cuando se admite que puede hacerlo aún quién no es titular del derecho subjetivo.

Con la separación conceptual producida entre el titular del derecho sustancial y el titular de la acción –conceptos que en la normalidad de los casos coincidirán en el mismo sujeto, pero que en ocasiones se permite no sea así– aparecen situaciones en donde se podrá demandar sin tener que afirmar ser el titular de la relación jurídica sustancial, surgiendo así el concepto de Legitimación Extraordinaria, primer paso en la estructuración de la posterior dilucidación de la noción de Legitimación Ordinaria.

A.3.1- Clasificación de la Legitimatío ad Causam

A.3.1.1- Legitimación Ordinaria:

Puede entenderse como aquella cualidad con que se desenvuelve, en el plano procesal, el actor que afirma la existencia de una pretensión material –que le corresponde sea satisfecha– de acuerdo al derecho sustancial. Para Montero Aroca es “La cualidad de un sujeto jurídico, consistente en hallarse dentro de una situación jurídica determinada, en la posición que fundamenta, según el Derecho, el reconocimiento a su favor de una pretensión que ejercita”⁵¹.

Cuando se pretende obtener en juicio un beneficio jurídico, tendrá sentido el proceso sólo si –quien lo inicia– es precisamente aquél que ha afirmado ser titular activo de la relación jurídico material. Sin embargo, si la anterior es la situación normal, existen escenarios en que no se puede afirmar tal titularidad.

Ocurre, en ocasiones, que el derecho material simplemente no existe de antemano, siéndole igualmente legitimado activo –sin perder el carácter ordinario; la razón es que, en estos casos, será la ley la que determine qué posición o cualidades debe tener una persona para estar legitimada v.gr. quién es el legitimado para solicitar la interdicción de otra persona⁵². Siendo de formulación expresa e interpretación restrictiva, la anterior situación viene a reforzar la creencia de que la LTA es un PP que cumple a su turno una función de esta índole, en tanto opera como límite a la ploriferación de procedimientos infructuosos y desgastadores del sistema judicial.

Es el legislador procesal quien establece –en estos supuestos– cuáles serán las posiciones legitimantes, esto es, qué elementos son los que deben concurrir en un sujeto para que pueda de forma eficaz demandar a otro. Es así como una de estas posiciones legitimantes –que es la de normal ocurrencia– se obtiene simplemente del hecho de

⁵¹ Montero Aroca, Juan. Op. Cit. pág. 32.

⁵² Cfr. Montero Aroca, Juan. Op. Cit. pág. 40.

asumir ser titular del derecho material; sin embargo, en otros contextos, la ley puede llegar a determinar que ni aún en este evento se obtiene la LTA. Ello ocurre, por ejemplo, en los casos de privación de LTA –v.gr. el fallido en la quiebra.

Serán entonces razones de política legislativa las que, finalmente, conduzcan a establecer a qué sujetos de derecho se les entregará legitimación, en concordancia con aquellas posiciones que desee proteger caso a caso y resguardando los principios a los cuales se les entrega una mayor preponderancia⁵³.

A.3.1.2- Legitimación Extraordinaria:

Se considera a ésta, como la condición que se confiere –por medio de una norma procesal– a una persona que no afirma como propia la existencia de un derecho material y que –no obstante– se encuentra en una posición legitimante, reconocida jurídicamente. Se asume en el plano normativo, que quien demanda –en estos casos– esgrime una pretensión fundándose en el derecho subjetivo de otro sujeto, que sí es su titular.

Las razones de por qué es necesaria una regulación de ésta índole son variadas y apuntan hacia diversos objetivos, entre los cuales merecen destacarse:

- Las motivaciones de orden económico, orientadas hacia un mejor desenvolvimiento de los procesos de orden patrimonial, con un menor costo general para la economía, las cuales fundamentan aquellos casos en que la ley priva de la legitimación procesal al titular del derecho subjetivo (ejemplos de lo anterior son el síndico y el albacea).

⁵³ Vid. *infra* capítulo VI, B.

- Las motivaciones abocadas a satisfacer un interés social que fundamentan, por ejemplo, a los sindicatos o que pretenden satisfacer un interés público, como ocurre con la acción popular.
- Por último, razones de orden estrictamente privado cuya representación paradigmática es la acción subrogatoria⁵⁴.

Es imprescindible, en este punto, recalcar que estas realidades siempre se regulan por normas expresas de Derecho Procesal, razón por la cual no debe estarse a su específica ubicación normativa en los cuerpos legales, a objeto de determinar su naturaleza; ello, ya que, si bien, la LTA extraordinaria es una excepción a la regla de que sólo el titular del derecho puede disponer a su arbitrio de él –lo que incluye su defensa en juicio– es, precisamente, la misma ley la que –expresamente– reconoce y entrega respaldo a estas anomalías, ya sea por motivos de orden privado (sustitución procesal), social (intereses difusos) o público (acción popular)⁵⁵.

⁵⁴ Artículo 2466 incisos 1º y 2º: “Sobre las especies identificables que pertenezcan a otras personas por razón de dominio, y existan en poder del deudor insolvente, conservarán sus derechos los respectivos dueños, sin perjuicio de los derechos reales que sobre ellos competan al deudor, como usufructuario o prendario, o del derecho de retención que le concedan las leyes; en todos los cuales podrán subrogarse los acreedores.

Podrán asimismo subrogarse en los derechos del deudor como arrendador o arrendatario, según lo dispuesto en los artículos 1965 y 1968” (Énfasis Agregado).

En especial consideración, para efectos de este trabajo, debe tenerse la hipótesis del artículo 133 bis de la ley 18.046 de sociedades anónimas, al señalar que: “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 fueren condenados en costas, serán exclusivamente responsables de éstas.

Las acciones contempladas en este artículo, **son compatibles con las demás acciones establecidas en la presente ley**” (Énfasis Agregado).

⁵⁵ Cfr. Montero Aroca, Juan. Op. Cit. pág. 49-51.

La legitimación extraordinaria, en síntesis, sustenta aquellos supuestos en los cuales es una específica norma la que reconoce legitimidad a un sujeto de derecho, en tanto ésta permite que demanden –eficazmente– sujetos distintos de los titulares de la relación jurídica controvertida, fundándose en que éstos pertenecen a una determinada categoría de interesados en la protección de ciertas situaciones.

El anterior enfoque, resulta especialmente apropiado para entender los fundamentos presentes en gran parte de los ordenamientos jurídicos, en que por ejemplo, es el Estado –a través de órganos públicos– quien detenta el monopolio de la acción penal para perseguir al culpable del hecho punible, con independencia del titular directamente afectado (víctima); importando, lo anterior, una transferencia de legitimación del individuo –titular del derecho subjetivo– a otro sujeto o entidad, que no lo es.^{56 57}

Con todo, si la LTA permite identificar al sujeto que puede exigir se zanje –por parte de un tribunal– un conflicto de interés con relevancia jurídica, la distinción entre LTA ordinaria y extraordinaria atiende exclusivamente a si tal calidad se obtiene gracias a la afirmación de ser titular de un derecho material o, simplemente, por encontrarse dentro de un supuesto legal de legitimación, respectivamente. Como puede apreciarse –aún con lo anteriormente expuesto– no se logra identificar un criterio autosuficiente que permita establecer, claramente, quiénes serán los sujetos que contarán con el derecho a obtener un fallo, es decir, bajo qué criterio se excluye o se permite que solo ciertas demandas

⁵⁶ Cfr. Calamandrei, Piero. “*Instituciones del Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*”. Buenos Aires. Ed. EJEA. 1962. pág. 267-268. En Cordón Moreno, Faustino. “*Sobre la Legitimación en el Derecho Procesal*”. Revista Chilena de Derecho. Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Vol. 25 N° 2. Santiago. 1998. pág. 357-385.

⁵⁷ En el contexto de la práctica tradicional del Derecho Internacional, esta situación era la de general aplicación, bajo la noción de que existía un derecho a la *protección diplomática* del Estado hacia su nacional afectado. En este sentido, el Estado no actuaba como mandatario de los intereses de la víctima, sino que perseguía la responsabilidad internacional del Estado presuntamente agresor *eo nómine*, al considerarse que cualquier actuación sobre un nacional de éste vulneraba el *propio* Derecho del Estado. Algunos autores vinculan de forma *decisiva* el actual retroceso de esta práctica en beneficio de la LTA directa de las personas como sujetos de Derecho Internacional, con el problema del CIADI. Sin embargo – y pese a que se hará una breve referencia a lo anterior al analizar el ya famoso caso *Barcelona Traction*– esta vinculación no parece aportar una solución *jurídica* al problema, a lo menos no de manera convincente.

tengan el poder de originar un proceso que culmine con una sentencia con efecto de Cosa Juzgada Sustancial.

De la mera enunciación de la regla de que “aquél que afirme la titularidad de un derecho subjetivo será el legitimado” no puede colegirse el efecto limitador que se supone entrega el concepto de LTA, tornándose imprescindible complementarlo con otros elementos –los cuales serán abordados en los siguientes capítulos– que permitan, en su conjunto, obtener la eficiente consecución de un proceso.

Simultáneamente con lo señalado anteriormente, en el presente apartado, es pertinente por último estudiar dos importantes instituciones que surgen como consecuencias del reconocimiento de la LTA extraordinaria. Una de ellas es la llamada Sustitución Procesal, mientras que la otra es la denominada Protección de Intereses Colectivos.

La primera institución susceptible de analizar –en tanto sus fundamentos podrían, eventualmente, ser empleados para entender como un caso de LTA extraordinaria la posición del accionista con la compañía– es la Protección de Intereses Colectivos.

Los intereses colectivos tienen la particularidad de corresponder a un conjunto de personas que se encuentran unidas por un específico vínculo jurídico, existiendo a su respecto una persona jurídica a la que se le atribuye –por ley– la representación institucional para la defensa de sus intereses.

No obstante, cabe tener presente que, cuando la persona jurídica actúa, no lo hace en representación de cada uno de los intereses individualmente considerados, sino que lo realiza en razón de ser quien detenta la representación institucional del conjunto, esto es, del interés colectivo. En estos casos, es necesario precisar, la persona jurídica no deduce una pretensión en nombre propio, afirmando derechos ajenos, sino que, afirma, en nombre propio, derechos propios. Por lo mismo es que, no se trata de un caso de LTA

ordinaria, toda vez que no se defienden intereses individuales, sino que intereses colectivos⁵⁸.

El caso que será objeto de estudio en el capítulo VI de este trabajo, no representa una modalidad de lo anteriormente expuesto. En efecto, precisamente, no es la compañía la que ejerce o reclama un derecho, sino que, por el contrario, es el accionista de ésta la que *eo nomine* decide impetrar una acción ante un tribunal internacional. Los motivos por lo cuales ello sucede, serán analizados en el antedicho capítulo. Sin embargo, cabe adelantar aquí, existen fuertes razones de orden práctico y jurídico para que no sean las compañías las que se estimen como Legitimadas Activas. Baste señalar simplemente, que la casi totalidad de las sociedades en cuestión, se encuentran constituidas en el mismo Estado receptor de la inversión que será demandado. Luego, siendo un requisito que la nacionalidad de la persona –jurídica o natural– sea distinta que la del Estado receptor, exigir que sea individualmente la sociedad la que demande, importaría abolir– en el hecho y con carácter general– este mecanismo de solución de controversias⁵⁹.

Con respecto a la segunda institución –la Sustitución Procesal– se analizarán las consecuencias que su establecimiento trae para el efectivo titular del derecho material y

⁵⁸ Cfr. Montero Aroca, Juan. Op. Cit. pág. 64-65.

⁵⁹ Según la generalidad de la doctrina, la nacionalidad de una compañía se puede determinar en base a tres criterios: (1) El lugar de su constitución (2) El lugar de asiento principal de sus negocios; y (3) La ubicación de su sede social. De éstos, el primero es el criterio más utilizado; sin perjuicio de lo anterior, el Convenio permite estimar como *extranjera* a una sociedad constituida localmente en el Estado receptor de la inversión, en el caso del artículo 25 (2) (b) que señala: "(...) Se entenderá como "nacional de otro Estado Contratante" (...) (b) Toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, **y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero**". (Énfasis Agregado). La extensión y aplicabilidad práctica de esta modalidad es, sin embargo, bastante restringida. Cabe destacar, además, que según un precedente CIADI: La referencia que hace el artículo 25 (2) (b) al "control extranjero" para efectos de nacionalidad: Está precisamente concebido para facilitar acuerdos entre las partes, para así no tener a la personalidad jurídica interfiriendo con la protección de los reales intereses asociados con la inversión (...) El mismo resultado, puede ser alcanzado por medio de las disposiciones de un TBI". *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*. Decision on objection to jurisdiction. ICSID Case No. ARB/01/8. 17 de Julio, 2003. Published in: International legal materials, vol. 42, 2003. § 51.

su posible vinculación, y correspondencia, con la situación del accionista que exige poder detentar LTA en el CIADI.

Cuando se le permite a un tercero pretender de forma eficiente, es decir, se le faculta para obligar al juez a decidir sobre la efectiva existencia del derecho material del que, sin embargo, no se asume titular, pueden darse dos situaciones respecto de quien sí detenta tal titularidad. En efecto, puede ser que éste todavía se encuentre facultado para poder demandar o, por el contrario, puede ocurrir que al efectivo titular se le prive –en favor de este tercero– de su primitiva LTA⁶⁰.

En primer término, los supuestos de privación de legitimación son de escasa ocurrencia –v.gr. situación del fallido frente al síndico– pues se estiman, en tanto recurso de política legislativa, de *última ratio*; es por lo mismo que son utilizados –exclusivamente– en contextos en que los fines perseguidos son proporcionales a la privación a la que se somete el derecho material, con respecto a su titular.

En cualquier caso, no debe entenderse –como sí ocurre respecto de la falta de accionabilidad⁶¹– que la violación o desconocimiento del derecho queda desprovisto de tutela jurídica. Lo que ocurre –en estos contextos– es que la LTA *se traslada*, existiendo por un lado un poseedor del interés –titular del derecho sustancial– y por el otro un legitimado.

En segundo término, la situación en que son legitimados tanto el titular del derecho como un tercero es el evento de ordinaria ocurrencia –v.gr. acción subrogatoria. En ésta, se entiende que al tercero no se le está haciendo titular del derecho material, así como tampoco se le está entregando un derecho sustancial nuevo. Lo que sí sucede, es que el tercero cuenta con un derecho procesal –con el cual puede pretender– no estando, sin

⁶⁰ Cfr. Montero Aroca, Juan. Op. Cit. pág. 50-73.

⁶¹ Vid. *infra*, capítulo IV, C.

embargo, facultado para pedir respecto de sí, sino que, exclusivamente, en favor de su titular y con el objeto de integrar un derecho o bien al patrimonio de éste.

Se puede, entonces, concluir que en los casos de legitimación extraordinaria por sustitución, el sustituto ejercita un derecho procesal propio, aunque un derecho material ajeno, el cual, eventualmente –a su vez– podrá ser ejercitado por su efectivo titular –según carezca éste o no de LTA– cuestión que en definitiva se determinará a través de la normativa procesal correspondiente.

En el contexto del CIADI, no se puede afirmar que el accionista, al demandar a su nombre el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por el Estado receptor de la inversión, está actuando como sustituto procesal de los derechos de la compañía (también) afectada. Lo que, específicamente, exige el accionista, es una reparación de *su propio perjuicio*, no obstante los derechos que puedan, eventualmente, existir respecto de la compañía afectada u otros accionistas mayoritarios o minoritarios –cuestión que, en definitiva sólo se reconduce a un problema de prorrateo del *quantum* de reparación.

Sin perjuicio de lo anterior, existe en el sistema del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, TLCAN –comúnmente conocido por sus siglas en inglés como NAFTA– la posibilidad de actuarse como sustituto procesal de la compañía, no demandándose *eo nomine*, sino que en representación de la sociedad afectada⁶².

⁶² Artículo 1117 TLCAN: “1. El inversionista de una Parte, **en representación de una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto**, podrá someter a arbitraje, de conformidad con esta sección, una reclamación en el sentido de que la otra Parte ha violado una obligación establecida en:

(a) la Sección A o el Artículo 1503(2), "Empresas del Estado"; o

(b) el Artículo 1502(3)(a) "Monopolios y empresas del Estado", cuando el monopolio haya actuado de manera incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con la Sección A, y que la empresa ha sufrido pérdidas o daños en virtud de esa violación o a consecuencia de ella.

2. Un inversionista no podrá presentar una reclamación en representación de la empresa a la que se refiere el párrafo 1, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual la empresa tuvo

Precisamente, en el caso *Mondev*⁶³, se señaló que esta posibilidad viene a superar la difícil situación en que quedó el sistema de solución de controversias tras la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction*; esta última, será objeto de revisión en el capítulo correspondiente.

A.3.2- Características de la Legitimatío ad Causam

En el presente apartado, y con un afán sistematizador, se identifican los atributos que se han podido extraer del análisis preliminar. Ello, de forma tal que se pueda, a través del despeje de conceptos, ir circunscribiendo el problema de la extensión de la LTA –y su posible solución.

A su vez, se pretende dejar establecidas algunas proposiciones –las cuales serán abordadas en profundidad en los siguientes capítulos– de manera de unir los diferentes aspectos que se subsumen en la institución procesal de la Legitimación Activa.

En razón de lo expuesto, podemos señalar que la Legitimación Procesal:

- No se identifica con el derecho sustancial y sólo requiere para constituirse –en el caso de la LTA ordinaria– de la existencia de una

conocimiento por primera vez, o debió tener conocimiento de la presunta violación y de que sufrió pérdidas o daños.

3. Cuando un inversionista presente una reclamación de conformidad con este artículo y de manera paralela el inversionista o un inversionista que no tenga el control de una empresa, presente una reclamación en los términos del Artículo 1116 como consecuencia de los mismos actos que dieron lugar a la presentación de una reclamación de acuerdo con este artículo, y dos o más demandas se sometan a arbitraje en los términos del Artículo 1120, el tribunal establecido conforme al Artículo 1126, examinará conjuntamente dichas demandas, salvo que el tribunal determine que los intereses de una parte contendiente se verían perjudicados.

4. **Una inversión no podrá presentar una reclamación conforme a esta sección.** (Énfasis Agregado).

⁶³ *Mondev International Ltd. v. USA*. Case No. ARB (AF) 99/2. NAFTA. 11 de Octubre, 2002. §78.

situación de hecho, cual es, la afirmación respecto de la titularidad de una situación jurídica material.

- No es una condición para el ejercicio de la acción –en tanto el derecho de acción se sustenta en otros presupuestos⁶⁴– sino que es la cualidad necesaria en un sujeto que le va a permitir obtener un pronunciamiento sobre la pretensión hecha valer.
- Es personal, subjetiva y concreta, pues se debe verificar respecto a un conflicto específico y determinado, en atención a la particular persona del demandante y considerando cuál es el papel que desempeña en el escenario jurídico en que fundamenta su pretensión.
- Debe existir al tiempo de constituirse la relación procesal, ya que se trata de un PP. En razón de lo anterior, es que, asimismo, se hace pertinente y conveniente que su verificación –ya sea por el juez o a iniciativa del demandado– sea realizada *in limine litis*. Lo anterior, cuenta además con el respaldo de ser consecuente con el principio de la economía procesal, el cual llama a evitar dispendios procesales.
- Determina quiénes deben estar presentes en un proceso para que sea posible emitir una sentencia de mérito, esto es, establece las partes procesales, en el entendido de que sólo en este escenario el fallo será apto para zanjar un conflicto de intereses –estableciendo efectos permanentes para el futuro– al impedir que se vuelva a discutir el asunto, no procediendo que otro sujeto se atribuya una calidad previamente establecida.

⁶⁴ Vid. *infra* capítulo IV.

- Su ausencia debe declararse de oficio –cuestión que se explicará en el siguiente apartado– procediendo, en este caso, omitir el fallo de fondo. Lo anterior se fundamenta en que no tendrá sentido dirimir la pretensión, es decir, la existencia del derecho material, si quien se presenta en la litis como parte, no tiene correlativamente participación en la relación jurídico material, ora como titular, ora ostentando otra posición legitimante.

A.3.3- Naturaleza Procesal de la Legitimatío ad Causam

Lo trascendental de establecer si la LTA es o no una cuestión de fondo, escapa de forma patente al plano exclusivamente teórico. La principal consecuencia de esta determinación es su correlato en el establecimiento de la naturaleza del fallo emitido, cuando opera el caso en que se alega su inexistencia. Es así como, en esta materia, existen dos posturas claramente antagónicas en sus postulados, pero no tan distantes en sus consecuencias prácticas.

En primer lugar, existe una postura, sostenida por la doctrina más tradicional⁶⁵, que entiende que la LTA se identifica con la titularidad –paradójicamente a determinarse en el juicio– de la situación jurídica controvertida.

Como puede deducirse, no se pretende simplemente imponer al actor la necesidad de contar con un PP, sino que se le exige –sin más– contar con un presupuesto específicamente encaminado a obtener una sentencia favorable en tanto, su comprobación, conducirá –inexcusablemente– a obtener una protección jurídicamente efectiva. Consecuencia de lo anterior es, asimismo, que se sostiene que la resolución que

⁶⁵ De la Oliva sostiene que “(...) Mientras que los temas de fondo, como es la legitimación, condicionan el concreto contenido de tal tipo de sentencias [sentencias sobre el fondo]” En Montero Aroca, Juan. Op. Cit. pág. 87.

se pronuncia sobre la falta de LTA es una sentencia de mérito, al resolver sobre el fondo, alcanzando la fuerza de Cosa Juzgada.

La anterior postura ha sido respaldada por alguna jurisprudencia al sostener que “(...) No deben confundirse las excepciones de falta de acción [legitimación] con la de personalidad del demandante [capacidad], ya que, mientras con la alegación de la primera se niega el derecho que mediante la acción que de él nace se ejercita en el proceso –planteándose así una *cuestión de fondo*– la segunda tiende sólo a impedir que las cuestiones que al mismo corresponden sean discutidas y en todo caso resueltas sin la previa justificación de que el demandante se haya asistido de la capacidad de obrar personal o representativa, necesaria para actuar como sujeto de la relación jurídico procesal con el carácter con que lo haga”⁶⁶.

En este punto, es posible discurrir sobre el nefasto resultado que se produciría de trasladar esta postura al plano práctico y las caóticas consecuencias que traería aparejado, para la estructura del proceso, su concreción.

En primer lugar si –frente a un fallo que sostuviera la falta de LTA del actor– se asumiera que el derecho sustancial no existe y se le entregará a dicha resolución el efecto de la Cosa Juzgada, se estaría resolviendo un asunto de orden material fundándose en una normativa de carácter procesal. Lo anterior, sin embargo, no ocurre en la práctica, produciéndose, una evidente dicotomía entre el postulado de que la LTA apunta a un tema de fondo y los efectos que se asume tiene la sentencia. Ello, en razón de que, lo que en verdad sucede es, simplemente, que el actor o no ha afirmado la titularidad del derecho material o no ha esgrimido la detentación de otra posición legitimante, cuestiones de hecho –y no de derecho– que finalmente terminan imponiéndose al postulado teórico.

⁶⁶ Sentencia Tribunal Supremo Español de 26/3/1991 RJ 2450. Citada en: Cordón Moreno, Faustino. Op Cit. pág. 373. (Énfasis Agregado)

En segundo lugar, si la norma procesal se concibiera en términos tales que facultase a un sujeto a demandar, basándose exclusivamente en el hecho de que éste debe ser el verdadero titular –pues sólo él podría ser la parte procesal– el proceso se construiría sobre la paradoja de que nadie podría demandar en tanto no probara serlo.

Por último, sostener ésta teoría nos enfrentaría, conjuntamente, a la imposibilidad de dar cabida a aquellas situaciones en que –por proteger otro tipo de intereses, más allá de los puramente individuales– se le permite también a terceros poder dar inicio a un proceso, es decir, no existiría cabida teórica para la LTA extraordinaria.

Debe tenerse presente que las normas sustanciales, por su parte, se construyen estableciendo supuestos en los cuales quien se encuentre en tal situación, incorpore en su patrimonio un nuevo derecho, pero nada dicen respecto de si se puede o no demandar. No hay que olvidar que el proceso es el medio por el cual un sujeto busca comprobar la titularidad de un derecho, para luego exigir tutela judicial. Así, la posibilidad de demandar se podrá obtener *inmediatamente* del hecho de encontrarse en una posición tal que coincide con una norma que señala quiénes pueden validamente demandar⁶⁷ y, solo *mediatamente* –y exclusivamente respecto a la LTA ordinaria⁶⁸– de ser el efectivo titular, situación en la cual la LTA será el resorte natural de la presencia del derecho material dentro del patrimonio.

La segunda postura a analizarse surge en el seno de la doctrina moderna. En ella se sostiene, a su turno, que la determinación de la ausencia de LTA –en tanto PP– es materia de una sentencia meramente procesal⁶⁹; ello, en razón de que ésta se regula por normas de Derecho Procesal, por cuanto, es el mismo legislador quien –asumiendo la existencia de diversas posiciones legitimantes– determina las calidades necesarias que debe detentar un sujeto de derecho para poder, eficazmente, esgrimir una pretensión.

⁶⁷ Vid. *infra* capítulo VI, B.

⁶⁸ Vid. *supra* capítulo II, A.3.1.1.

⁶⁹ Cfr. Montero Aroca, Juan. Op. Cit. pág. 87-111.

De esta forma, la sentencia que dirime la alegación de ausencia de legitimación no se funda en normas sustanciales –que sí son pertinentes a la materia a debatirse durante el proceso– sino que lo hace sobre la base de supuestos procesales. Por lo mismo es que, cuando el juez falla sobre la LTA, en ningún caso se está pronunciando sobre la existencia del derecho material, cuestión que debe reservarse para el fondo del litigio.

En síntesis, cuando el juez emite un fallo señalando que el actor no cuenta con LTA, se inhibe de establecer si el actor es o no titular del derecho material, al no abordar el conflicto de intereses surgido entre las partes⁷⁰.

Del mismo modo, y siguiendo a la doctrina moderna, las únicas dos situaciones que pueden llevar a un pronunciamiento adverso acerca de la LTA de un litigante se darán en contextos en que, o no se afirme la titularidad del derecho objetivo, o no se asuma ninguna otra posición legitimante, ambas verificables *in limine litis*. En virtud de lo anterior, se sostiene, no se justifica emprender el desarrollo de un juicio –con todo el desgaste que ello implica– cuando lo que se busca resolver es, simplemente, si el actor es o no la persona que puede eficazmente demandar, y no determinar si el demandante es o no la persona que cuenta con el específico derecho sustancial que alega.

La confusión que originalmente ha llevado a sostener que la Legitimatío ad Causam es un tema de fondo ha sido aclarada –gracias a las teorías modernas– al entenderse que, cuando se desarrolla un proceso completo y se desestima la pretensión en la sentencia de mérito –por supuestos motivos de ausencia de LTA– lo que se está indicando es que la LTA con la que contó el actor en un primer momento –pues esgrimió una posición legitimante– no tuvo, finalmente, su correlato en la realidad jurídica que se estableció en

⁷⁰ En el contexto del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, ésta parece ser, a todas luces, la doctrina acogida. Así, el artículo 41 (2) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados señala que: "Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírla, se considerará por el Tribunal, **el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión**". (Énfasis Agregado)

la sentencia. Esto es, que si el demandante afirmó tener un derecho material, nunca lo tuvo.

Como puede deducirse, en un fallo de este tipo, lo que está haciendo, justamente, es dirimir sobre la pretensión –desestimándola– por no existir el derecho material.

En la situación expuesta anteriormente el actor, indudablemente, contaba con legitimación, al cumplir con el requisito que le imponía el ordenamiento para obtenerla, cual es, simplemente, asumir una posición legitimante. Ello, asimismo, se comprueba, del hecho que el demandante pudo desarrollar el juicio completo –hasta obtener un fallo– en donde se decidió, finalmente, que lo que él asumía no era concordante con la realidad jurídica.

A su turno, si la LTA ordinaria se basa en la afirmación –por el actor– de la titularidad activa de la relación jurídico material, una vez efectuada ésta, la LTA existirá sin más, siendo todo el resto un asunto de fondo. Por otra parte, si la LTA extraordinaria requiere de (1) Precisar la norma que faculta a demandar y; (2) Afirmar el hecho de encontrarse en sus supuestos, se dará curso al proceso cumplidas que sean las anteriores exigencias, comprobándose más tarde en éste, simplemente, si la realidad jurídica corresponde o no con la pretendida⁷¹.

Al evidenciarse, en razón de lo expuesto, que la LTA es un PP y que, por lo mismo, su ausencia fundamenta fallos meramente inhibitorios, la pregunta de quién es el encargado de controlar su presencia surge naturalmente, como un segundo tema a esclarecer. Para lograr éste cometido, se debe insoslayablemente tener presente lo sustentado por Goldschmidt al respecto, al distinguir entre Presupuestos Procesales e Impedimentos Procesales.

⁷¹ Cfr. Montero Aroca, Juan. Op. Cit. pág. 93.

El mencionado autor, postula que los primeros deben ser examinados de oficio por el juez, en razón de que su ausencia implica la imposibilidad de dictar un fallo sobre el fondo siendo, precisamente, el juez el encargado de evitar el dispendio procesal que provocaría desarrollar un juicio completo para, finalmente, no dirimir sobre la pretensión alegada.

Por su parte, los Impedimentos Procesales –sostiene– deben ser controlados por las mismas partes, ya que su comprobación deriva en su propio beneficio; de esta razón, por lo demás, se hace parte el legislador, cuando les traspassa la carga de alegar su falta⁷².

Ciertamente, el juez no podrá hacer caso omiso del hecho de que: (1) El actor no asuma ser titular, o (2) No afirme encontrarse dentro de otra posición legitimante –únicos dos supuestos de ausencia de LTA– siendo irrelevante, al efecto, que sea el demandado quien alegue tal situación y reforzándose, gracias a ésta teoría, la concepción de que la LTA es un PP.

Otro gran aporte que puede reconocerse, como una secuela de la doctrina impuesta por Goldschmidt, es la conveniencia procesal que se deriva de examinar la concurrencia de la LTA *in límine litis*⁷³.

⁷² Cfr. Montero Aroca, Juan. Op. Cit. pág. 92.

⁷³ Es pertinente precisar, en este punto, que si bien se entiende que la ausencia de LTA provoca la imposibilidad de la dictación de una sentencia de mérito, la doctrina nacional no se encuentra conteste en señalar cuál es la mejor oportunidad procesal para ser interpuesta una defensa que alegue dicha ausencia y, por lo mismo, cuál es su naturaleza. El reconocer que este vicio del proceso puede ser resuelto *in límine litis* y, en consecuencia, darle un tratamiento **de excepción dilatoria**, permite evitar el desgaste infructuoso que implica el desarrollo completo de un proceso para que, en el momento de dictarse un fallo sobre el fondo, se provoque la situación tal de que, quien interpuso la demanda, no sea aquel que efectivamente posea interés en tal declaración. Detener el proceso en su umbral permitirá, conjuntamente y sin más demoras, iniciar un nuevo juicio en donde las partes litigantes sean, efectivamente, quienes legítimamente pueden aducir sus pretensiones y contrapretensiones. Para un estudio más acabado sobre la posibilidad de alegar la ausencia de LTA como excepción dilatoria consultar: Figueroa Yávar, Juan Agustín. *¿En que momento procesal puede alegarse la falta de legitimación activa?* Revista de Derecho Procesal Facultad de Derecho Universidad de Chile. N° 19. Santiago. 1997.

Como puede apreciarse –del análisis expuesto– si ocurre que al final del juicio se dicta un fallo inhibitorio, señalando que se carecía de LTA, el desarrollo del mismo habrá sido en vano y absolutamente evitable, en tanto la comprobación de encontrarse el actor en los supuestos de legitimación podía, y debía realizarse, en los albores del proceso. Por el contrario, si se emite un fallo de mérito y en él se desestima la demanda, no se estará fallando sobre la ausencia de LTA –aunque en la sentencia se recurra a este término– sino que sobre la existencia del derecho material.

Tener claro lo anterior es fundamental para esclarecer la confusión –doctrinaria y jurisprudencial– que condujo a entender que la comprobación de la LTA debía, necesariamente, tener un correlato en la titularidad del derecho material, lo cual a su vez –según ésta tendencia– iba a ser demostrado a través de un fallo de mérito en el cual se establecería la realidad jurídica sustancial existente entre los litigantes.

A modo de síntesis –y, en específico, haciendo referencia a los supuestos de LTA ordinaria en los cuales, como se señaló anteriormente, demanda el supuesto titular del derecho o situación jurídica sustancial tutelada– será suficiente, para acreditar *in limine litis* la LTA, la invocación de que se es titular para lograr se admita provisionalmente su actuación y se proceda a estudiar su efectiva correspondencia con la realidad. Es decir, bastara la aserción de la relación jurídica como propia del actor, para fundar necesaria y suficientemente la LTA.

Con todo, no es baladí precisar que la mayoría de las veces no será necesaria la reafirmación *expresa* de dicha titularidad ya que, se presume en el ámbito procesal, que quién ejercita un derecho o invoca un interés en juicio es su titular. Sin embargo, debe entenderse de que será así tratándose, única y específicamente, de pretensiones declarativas de condena y no respecto de los otros tipos de pretensiones⁷⁴, en donde sí será necesaria tal declaración –como asimismo también será forzosa una afirmación

⁷⁴ Vid. *infra* capítulo II, A.4.

expresa de la detentación de una particular posición legitimante, cuando el actor afirme encontrarse en un supuesto de Legitimación Activa Extraordinaria.

A.4- El Interés para Obrar

Algunos comentaristas, en la necesidad de encontrar un elemento adicional que complemente la afirmación de ser parte de la relación material y que permita identificar quién será legitimado activo, acuden al concepto de Interés para Obrar, a objeto de definir la LTA, sin desconocer, en este acto, de que se trata de un concepto que ha sido tradicionalmente tratado como PP de la Pretensión.

Así, Chiovenda señala que este interés “(...) Consiste en una situación de hecho tal, que el actor –sin la declaración judicial– sufriría un daño, de modo que la resolución judicial se presenta como el medio necesario para evitar ese daño”⁷⁵.

El análisis que cabe hacer al respecto, apunta a la supuesta necesidad de poseer y reclamar una tutela jurídica –en tanto interés específico e independiente– para conseguir legitimar la actuación del actor, es decir, para tener LTA.

A su turno, Ticona Postigo señala que este tipo de interés envuelve la “Necesidad de tutela jurisdiccional” de una persona en concreto y que lo determina a solicitar, por vía única y sin tener otra alternativa eficaz, la intervención del respectivo órgano jurisdiccional con la finalidad de que resuelva el conflicto de intereses en el cual es parte⁷⁶. Asimismo, Juan Monroy postula que existirá Interés en Obrar cuando se han agotado todos los medios para satisfacer la pretensión material y no se tiene otra alternativa que recurrir al órgano judicial⁷⁷.

⁷⁵ Montero Aroca, Juan. Op. Cit. pág. 46.

⁷⁶ Cfr. Ticona Postigo, Victor. *"El debido proceso y la demanda civil"*. Ed. Rodhas. Lima. 1999. pág. 102.

⁷⁷ Cfr. Monroy Galvez, Juan. *"Introducción al Proceso Civil"*. Ed. Temis. Bogotá. 1996. pág. 69.

En principio, es posible inferir de lo anterior, tendrá Interés en Obrar exclusivamente el titular del derecho –este último a ser establecido en la sentencia– ya que, existiendo efectivamente éste último, el interés en su tutela lo detentará justamente su titular, el que a su vez contará con LTA, porque habrá invocado la pretensión correspondiente en la demanda.

Asimismo, si se comprueba que no existe el derecho sustancial, el legitimado sigue identificándose con quien deseaba la tutela que el ordenamiento finalmente no entregará, puesto que siempre detentó este interés secundario fundándolo –aunque erradamente– en un supuesto interés primario del que se creía titular.

El razonamiento a recorrer es identificar, en primer lugar, quien posee un interés primario –el cual proviene de la relación material– para luego, en segundo lugar, contrastarlo con quien requiere de tutela jurídica en el caso específico, es decir, quien posee un interés secundario. En seguida, solo aquel que la necesite, buscará obtenerla ejerciendo una acción; para ello, fundamentará la pretensión esgrimida en la afirmación de ser el titular del derecho sustancial, con lo cual, el juez podrá recién adentrarse en su estudio y comprobación a través de los actos en que se desarrolla el proceso.

Finalmente, el juicio concluirá con una sentencia en la cual se precisará si el derecho subjetivo existe o no, cuestión que permitirá emprender un camino en cuyo final se encontrará la parte material, cumpliéndose así el fin de la litis, esto es, componer –al dar prevalencia a uno de ellos– el conflicto de intereses de relevancia jurídica.

Debe tenerse presente, no obstante, que el Interés en Obrar no es lo mismo que el interés comprometido en la litis –sino que es posterior a éste– pues se trata de un interés en la tutela jurídica del Interés Primario que surge de la relación jurídica sustancial *sobre la cual* el juez debe decidir. Es decir, el Interés en Obrar atiende a la relación jurídica procesal *por la cual* el juez debe decidir. En este sentido Carnelutti señala que “(...) El

interés [en obrar] estará constituido por aquello de que sin el proceso la tutela que el ordenamiento jurídico ofrece al interés [primario] del actuante no sería plenamente eficaz⁷⁸.

El confundir ambos conceptos impide, a su vez, distinguirlos del concepto de LTA, respecto del cual –si bien son independientes– cumplen la tarea de proveerse de recíproco fundamento, cuestión que será aclarada en los siguientes párrafos.

Cuando el actor no es sujeto del interés en la litis –entiéndase interés primario– carece de legitimación; el Interés en Obrar, por su parte, será un interés adicional que debe presentarse independientemente. El interés primario es, entonces, un *presupuesto* de fundamentación de la LTA, mientras que la existencia del Interés en Obrar es un *elemento* del acto procesal y, por lo tanto, posterior. Es así que se entiende que la legitimación es de carácter preliminar al Interés en Obrar, el que sólo puede surgir en quien ya es legitimado⁷⁹.

El contar con un interés primario –en virtud del cual se alegue ser titular de un derecho sustancial– exige poder afirmar los hechos constitutivos concretos de la relación jurídico material, conjuntamente con los supuestos fácticos de la norma sustancial con los cuales deberán coincidir. Esto, con el objeto de fundamentar la imputación al demandado de la violación a tal derecho⁸⁰. No obstante, una cuestión distinta a la anterior es establecer si es o no necesario, asimismo, señalar por el sujeto de forma expresa y adicional que se requiere la tutela judicial, o sea, argüir un interés secundario.

Con todo, es necesario señalar que la respuesta a esta interrogante no será unívoca, ya que dependerá de la naturaleza de la pretensión esgrimida, pudiéndose observar evidentes diferencias argumentativas en tanto se trate de unas u otras.

⁷⁸ Carnelutti, Francesco. Op. Cit. pág. 516.

⁷⁹ Cfr. Carnelutti, Francesco. *Ibíd.*

⁸⁰ Cfr. Montero Aroca, Juan. Op. Cit. pág. 45.

En este sentido, Montero Aroca señala que cuando la pretensión es *Declarativa de Condena*, la necesidad de tutela será evidente y se encontrará implícita en la pretensión, ya que al esgrimirse la titularidad del derecho subjetivo –en el escenario procesal de un litigio de éste tipo– es su pretendida violación la que justifica la interposición de una demanda.

Por su parte, en las pretensiones *Meramente Declarativas*, en las que se sostiene el desconocimiento o amenaza del derecho, el interés en la tutela jurídica cobra real importancia y por lo tanto debe ser especificado y estar dirigido a la obtención de una declaración judicial que evite dicho daño. Así, si la Legitimación pasa por afirmar la titularidad de un derecho subjetivo, el Interés –en este tipo de pretensiones– implica que, sólo a través de la sentencia, se obtendrá el medio adecuado para impedir que llegue a producirse el daño al derecho invocado, lo cual debe ser establecido por el actor de forma manifiesta.

Finalmente, cuando la pretensión es *Constitutiva*, es decir, se pretende un cambio de la situación jurídica actual, se debe distinguir:

- Si las partes pueden voluntariamente cambiar dicha situación, pero ocurre que una de ellas se niega, la Legitimación pasará por afirmar tener el derecho a promover un cambio, derecho que no ha sido reconocido por la contraparte y por su parte, el Interés surgirá de la negativa de la contraparte frente al cual se ejerce la acción.
- Cuando no cabe la autonomía de la voluntad y la intervención judicial es requerida por ley, la Legitimación será determinada normalmente por aquella y el Interés se encontrará implícito en la afirmación de ser uno de los legalmente legitimados⁸¹.

⁸¹ *Ibíd.*

Para mantener la rigurosidad en la exposición, es conveniente precisar, al finalizar el presente apartado, que si la necesidad de tutela jurídica se estima por la doctrina como un PP –entendiéndose que su afirmación expresa y fundamentación variarán según el tipo de pretensión– su *efectiva* concurrencia no es un presupuesto del proceso. Sólo lo será de poder obtener una sentencia favorable, pues como se ha establecido en múltiples ocasiones, el ordenamiento jurídico no puede suponer que únicamente se promoverán litigios fundados. Del mismo modo, es que la correcta invocación del derecho y su posterior prueba son PP de una sentencia favorable y no del tipo sustancial, lo cual tendrá que ver con ser el verdadero titular del derecho que se invoca⁸².

A la postre, la doctrina expuesta anteriormente, relativa a la existencia de un Interés Primario –derivado de la relación jurídico material– y su conexión a través de la LTA con un Interés Secundario –entendido como la necesidad de tutela judicial, el cual, a su vez, deberá ser manifestado en forma independiente a la pretensión según sea ésta, declarativa, de mera certeza, de condena o constitutivas– ha sido recogida por cierta jurisprudencia que ha señalado que: “Para acceder a la justicia, se requiere que el accionante [sic] tenga Interés Jurídico [primario], y que su Pretensión esté fundada en derecho; por tanto, que no se encuentre prohibida por ley, o no sea contraria a Derecho. (...) [Asimismo] no es necesario que existan normas que contemplen expresamente la posibilidad de incoar una acción con la pretensión, que por medio de ella, se ventila, bastando para ello que exista una situación semejante a las prevenidas en la ley para la obtención de sentencias declarativas, de mera certeza, de condena o constitutivas. Este es el resultado de la expansión natural de la juricidad”⁸³.

A continuación –y luego de exponer las diferencias entre el Interés Primario y el Secundario, a la vez que atender a las implicancias más relevantes que surgen de éste

⁸² Cfr. Couture, Eduardo J. Op. Cit. pág. 109.

⁸³ Nogueira Alcalá, Humberto. “*La Legitimación Activa en los procedimientos ante los Tribunales Constitucionales de América del Sur*”. Revista Ius et Praxis. Talca. 2004. Vol.10 N° 2. pág. 207.

último– corresponde analizar la naturaleza del nexo que une el Interés Primario con la LTA y qué consecuencia trae consigo la confirmación de su existencia en el proceso.

III.- LA RELACIÓN JURÍDICA MATERIAL Y LA LEGITIMACIÓN ACTIVA

A diferencia de la Capacidad⁸⁴ –presupuesto genérico común a cualquier tipo de pretensión de tutela jurídica que se ejercite– la Legitimación⁸⁵ hace referencia a una determinada relación del sujeto con la situación jurídica sustancial que se deduce en juicio. El Tribunal Supremo Español a su respecto señala que: “(...) [La legitimación] aparece en función de la pretensión formulada, requiere una aptitud específica determinada, mediante la justificación necesaria para intervenir en una litis especial y concreta, por obra de una relación en que las partes se encuentran respecto a la cosa que es objeto del litigio”⁸⁶.

Normalmente, la relación a que se hace referencia, se concreta en la pretendida detentación de la titularidad de la misma, por parte del actor, aunque a veces –sin dejar de presentarse el supuesto de la LTA– no es efectiva tal correlación. Existen ocasiones en que, por protección a un interés prevalente, se legitima a un sujeto para accionar, en nombre propio, un derecho del que no es titular, disociándose la titularidad de la situación jurídica sustancial con la titularidad del derecho a hacerla valer en el proceso, cuestión que –y en atención a lo precedentemente expuesto en este trabajo– ha sido reconocida y estatuida a través del concepto de Legitimación Activa Extraordinaria⁸⁷.

Con todo, y en atención a que es la situación de común ocurrencia, razón por la cual por lo demás, no requiere de regulación procesal expresa –a diferencia de la LTA extraordinaria– el análisis de la naturaleza ontológica de la LTA ordinaria guardará relación con el examen del derecho sustantivo afectado, en tanto su titularidad se trata de la Posición Legitimante por antonomasia. Sin embargo, cabe recalcar, existen otras Posiciones Legitimantes que sirven de fundamento a la LTA extraordinaria y que son

⁸⁴ Vid. *supra* capítulo II, A.2.

⁸⁵ Vid. *supra* capítulo II, A.3.

⁸⁶ Córdón Moreno, Faustino. Loc. Cit.

⁸⁷ Vid. *supra* capítulo II, A.3.1.2.

establecidas por el legislador en razón de las tendencias prevalentes que se tengan como política legislativa, teniendo entonces por característica ser contingentes.

En relación con lo señalado, para Cerdón Moreno⁸⁸ la manifestación concreta de la LTA se presenta por medio del reconocimiento de Posiciones Legitimantes. Así, al encontrarse el actor en posesión de una de ellas –ya sea del derecho subjetivo, interés individual, interés supraindividual, interés público u otro– se evidenciaría su legitimación para sostener una determinada pretensión en un proceso.

Por razones metodológicas –explicadas al inicio de este capítulo– se hará solo un análisis de las Posiciones Legitimantes más corrientes⁸⁹.

1.- El Derecho Subjetivo:

En la normalidad de los casos, la iniciación de un proceso quedará supeditado al arbitrio del titular del derecho subjetivo violado o desconocido. El titular –a quien se le reconoce su autonomía de la voluntad– es quien decidirá cuándo es oportuno pretender la defensa de su derecho en juicio; por ello, es que una de las posiciones legitimantes más comunes para formular la pretensión, se basará en afirmar tal titularidad⁹⁰.

⁸⁸ Cfr. *Ibíd.*

⁸⁹ El análisis, que sirve de base a este capítulo, es efectuado por Faustino Cerdón Moreno en función de proveer de una explicación satisfactoria a la existencia de la LTA Extraordinaria. Así, quien la posee, puede derivar su legitimación indirectamente –pues directamente lo hará de la ley– a partir de una de estas posiciones legitimantes.

En el contexto del presente trabajo, en que lo determinante es precisar el fundamento de la LTA Ordinaria, explicaremos dos de estas posiciones, al ser ellas las pertinentes, entendiendo, que cumplen la misma función en la LTA Ordinaria como en la Extraordinaria, puesto que, precisamente, el distanciamiento entre estos conceptos se produce al presentarse como posiciones legitimantes –exclusivamente en la LTA Extraordinaria– el hallarse provisto de un interés supraindividual o de un interés público, por ser aquellos los casos en que la persona que esgrime la pretensión, fundamento de la demanda, no afirma como propia la existencia de relación jurídica material alguna, es decir, no asume ninguna titularidad sustancial.

⁹⁰ Cfr. Montero Aroca, Juan. *Op. Cit.* pág. 38.

Esta afirmación –en particular– provee a su turno de fundamento a la Legitimación Ordinaria⁹¹, que es aquella que ostenta quien aduce ser el titular de la situación jurídica sustancial deducida en juicio. Sólo él puede –y busca– obtener una tutela jurídica.

Este escenario se da normalmente en plano de situaciones jurídicas privadas, donde el derecho subjetivo es de titularidad individual. No obstante, dicho esquema soslaya diferentes realidades –consustanciales al ejercicio de ciertas y determinadas acciones– en que no es tanto la relación entre derecho material afectado y la pretensión procesal deducida la que justifica la relación trabada en la litis, sino que es la ley –de forma autónoma– la que, con independencia de los supuestos anteriormente señalados, determina quién tiene legitimación^{92 93}.

2.- El Interés Individual o Interés Primario⁹⁴:

Este, por su parte, es un concepto distinto del de derecho subjetivo privado, en un sentido estricto. El interés individual surge a propósito de la supuesta existencia de una posición jurídica amenazada, razón por la cual, quien se atribuye dicha posición, exige determinada tutela jurisdiccional.

Como no es necesario a ultranza, que la anterior atribución provenga de una relación jurídica sustancial real –cuestión que determinará la sentencia– es que se exige, para obtener LTA que, quién ejerza la acción, haya a lo menos sufrido un perjuicio o dejado

⁹¹ Vid. *supra* capítulo II, A.3.1.1.

⁹² Vid. *supra* capítulo II, A.3.1.2.

⁹³ Como se verá con mayor detenimiento *infra*, este elemento resulta fundamental para entender las relaciones entre los llamados Tratados Bilaterales de Inversión y el artículo 25 del Convenio de Washington de 1965 sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Ello, a partir de un análisis de jurisdicción *ratione materiae*, por contraposición a los tradicionales análisis *ratione personae* con que se justifica la extensión de la LTA al socio o accionista. Así, *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*. ICSID Case No. ARB/00/2. 15 de Marzo, 2002. §26-27.

⁹⁴ Vid. *supra* capítulo II, A.4.

de obtener una ganancia, todo ello, conforme a un derecho del que se supone titular, configurándose así una específica situación jurídica amparada por el ordenamiento.

Sin embargo, cuando la base del sistema esta asentado en la protección de situaciones jurídicas individuales –como es la anterior– se corre el riesgo de que la extensión de la legitimación se vea enfrentada a la amenaza de desvincular el interés individual –proveniente de la situación jurídica protegida– del efectivo titular, persona concreta y determinada que, exclusivamente, puede de forma eficaz fundamentar la LTA.

Al sostenerse que la posesión de un interés –derivado de ostentar una posición jurídica amenazada– es por sí solo un medio eficiente y eficaz de legitimar una actuación como demandante en un proceso determinado, se construye un concepto que, si bien nos libra de la incongruencia argumentativa de identificar al legitimado con el titular del derecho material –lo cual implicaría únicamente fallos favorables– o de identificarlo con quien sólo afirma ser su titular –lo cual pone en jaque la función restrictiva propia de la LTA– nos presenta una nueva cuestión a dilucidar, a saber qué situaciones jurídicas el ordenamiento protege o debe proteger.

La respuesta a esta interrogante conduce, como se señaló al inicio de este trabajo, a buscar las razones –a partir de una normativa de tipo procesal– en áreas diversas, las cuales permitirían coordinar la política legislativa –encaminada coherentemente con el avance actual del Derecho y principalmente con la orientación que se pretende alcance– hacia el fomento o abstención de determinadas actividades⁹⁵.

En este contexto, la LTA se deriva, ante todo, del hecho de encontrarse en una situación jurídica particular, respecto de la cual el ordenamiento jurídico entrega algún tipo de respaldo normativo; así, el Interés Legítimo se percibe como: “Todo interés individual o

⁹⁵ Téngase en especial consideración, para estos efectos, la construcción del sistema de solución de controversias internacionales en materia de inversión extranjera, como una forma de incentivar el ingreso de capitales a países en vías de desarrollo.

socialmente tutelado por el Derecho, indirectamente, con ocasión del interés general, y no configurado como derecho subjetivo (...) y que puede ser impugnado por su titular con independencia de si se le ocasiona de forma efectiva un beneficio o perjuicio [al derecho material]”⁹⁶.

En síntesis, será legítimo contradictor quién haya sufrido un daño sobre un Interés Legítimo, es decir, interés respaldado normativamente. Según lo anterior, primero se deberá determinar quién ha sufrido el daño, luego, éste será el legitimado para ser titular de la acción reparatoria⁹⁷.

Así, la existencia del sujeto víctima del daño es un requisito indispensable para que surja la acción de reparación, pues frente a la máxima *donde no hay interés no hay acción*, la víctima es quien puede perseguir la indemnización, pues ésta es quien se ha visto disminuida –en su persona o bienes– con la actuación de un tercero, siendo por lo mismo acreedora de la obligación de resarcirse el daño por el autor de éste y razón por la cual además, la acción indemnizatoria tiene un carácter independiente y personal.

En este sentido, la acción indemnizatoria exclusivamente podrá ejercerla su titular –nunca ignorándolo o contra su voluntad– pues sólo el perjudicado tendrá derecho a obrar y sólo él podrá accionar en su provecho, al emanar las acciones del daño sufrido por cada uno⁹⁸. No obstante, tal concepción, como se aclaró, no nos provee de una norma de clausura que nos señale qué daño y en qué proporción será suficiente como para poder fundamentar la pretensión.

El no definir un límite, podría provocar la saturación del aparato jurisdiccional y configurar la necesidad de la acumulación de autos para evitar sentencia contradictorias,

⁹⁶ Gómez-Ferrer Morant, Rafael. “*Derecho a la tutela judicial y posición peculiar de los poderes públicos*”. Revista Española de Derecho Administrativo. N° 33. España. 1982. pág. 189.

⁹⁷ Vid. *infra* capítulo VI, C.

⁹⁸ Cfr. De la Barra Gili, Francisco. Loc. Cit.

cuando se de el caso que, por el efecto de una actuación antijurídica, se produzca la afectación en el interés jurídico de una cantidad indeterminada de sujetos⁹⁹.

⁹⁹ Este problema ha traído una ardua discusión en el contexto del CIADI. En efecto, es común que los Estados demandados en esta sede, manifiesten su disconformidad a que todos los accionistas accionen por daños ocasionados a la compañía, aún siendo minoritarios, o, incluso, cuando se trata de sociedades *holdings* en que la matriz es accionista del, a su turno accionista de la sociedad que efectivamente sufre un perjuicio. Acerca del límite o norma de clausura a la cadena de posibles demandas, se hará una referencia en las conclusiones del presente trabajo, teniendo como base: (1) El consentimiento prestado por el Estado receptor en el compromiso o cláusula compromisoria y (2) los mecanismos procesales tradicionales para evitar una disgregación de demandas con la posible existencia de sentencias contradictorias.

IV.- LA ACCIÓN Y SU CORRELACIÓN CON UNA TULARIDAD SUSTANTIVA

La Acción –uno de los conceptos base del Derecho Procesal– es entendida en la actualidad¹⁰⁰, como el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la satisfacción de una pretensión.

Esta facultad compete al sujeto de derecho –en tanto tal y como un atributo de su personalidad– en el entendido que, cuando acciona, tutela asimismo este aspecto. Por lo mismo, se entiende que existe siempre, esto es, se tenga o no el derecho material y se posea o no la pretensión, toda vez que el derecho de acción existirá aún antes del surgimiento de la concreta pretensión e incluso cuando ésta no sea finalmente ejercida.

Con todo, para llegar al entendimiento del precitado concepto de Acción, se han elaborado múltiples conceptos, que han permitido ir despejando, a la vez que identificando, los reales elementos que la conforman; a mayor abundamiento, esta evolución conceptual ha permitido estatuir la como una piedra angular en el despegue del Derecho Procesal, en tanto disciplina jurídica autónoma. Es así como, procesalmente, el término “Acción” ha sido entendido a través del tiempo como:

- Sinónimo de Derecho –consecuente con el período en que se concebían las teorías monistas de la acción. Bajo este supuesto se entendía que si el sujeto no era el verdadero titular del derecho material le era imposible tener acción, al representar la acción el aspecto dinámico del derecho sustancial, en tanto derecho material en movimiento.

¹⁰⁰ Cfr. Couture, Eduardo J. Op. Cit. pág. 57-67.

- Sinónimo de Pretensión¹⁰¹. En este contexto, se utilizan expresiones como “acción fundada”, “acción real o personal, civil o penal”, entre otras; bajo este supuesto, se entiende la acción como aquella pretensión –afirmación de hecho por parte del actor en la demanda– de que se es titular de un derecho, en nombre del cual, se promueve un litigio.
- Como Derecho a Demandar. Si bien la distinción conceptual, en relación con la actual resulta en este caso más sutil, considera a la Acción como un derecho genérico de obrar. Así, lo anterior puede ser entendido, a través de un ejemplo, de la siguiente manera: si el derecho material es la Propiedad y la Acción apropiada para su tutela es la llamada Reivindicatoria, el derecho a demandar será entonces la facultad de interponer la demanda reivindicatoria.

Técnicamente, sin embargo, el derecho a demandar es el ejercicio concreto del derecho de acudir a la jurisdicción, es decir, de un particular y específico derecho de Acción; ello, más aún en el plano civil, en que la acción se hace, normalmente, efectiva mediante una demanda, en sentido formal.

- Como la facultad de provocar la actividad jurisdiccional, facultad que todo individuo posee y que le permite acudir a la justicia en solicitud de amparo a su pretensión.

En este sentido, el que finalmente la pretensión sea o no fundada, no obsta al poder jurídico de accionar, toda vez que podrán promover sus acciones incluso aquellos que erróneamente se consideren titulares de un determinado derecho material, cuestión que se establecerá al final del juicio a través de la sentencia de fondo o mérito.

¹⁰¹ Vid. *infra* capítulo V.

El concebir la acción bajo este prisma es consecuencia de la separación de los conceptos de Acción y derecho (subjetivo), lo que permitió el surgimiento autónomo de la Acción como derecho independiente y, a su turno, la correspondiente disociación entre el Derecho Civil y el Derecho Procesal.

Es, entonces, a partir de este instante en que se desarrollan diferentes teorías para determinar la naturaleza de la Acción, iniciándose un camino que más tarde nos llevará a identificar de forma acertada, los diferentes elementos de que se compone la disciplina procesal, encontrándose, entre ellos, el de la Legitimación Activa.

En concordancia con lo expuesto, se realizará un breve análisis del recorrido hacia el perfeccionamiento del antedicho concepto, colocando el énfasis en los aspectos en que difieren las diversas nociones.

4.1- La Acción como el derecho *concreto* a obrar.

Esta teoría confunde el concepto de acción con el de pretensión, entendiéndose que la acción compete sólo a aquellos que tienen jurídicamente la razón; esto es, la acción no es ya “el derecho”, pero no existe acción sin derecho.

4.2- La Acción como el derecho *abstracto* a obrar.

Esta postura –que es la que hoy en día se estima como correcta– entiende que tendrán acción incluso aquellos que promueven una demanda careciendo de un derecho que tutelar, siendo por ello la Acción una facultad tanto de quienes tengan, como de los que no tengan el efectivo derecho a tutela jurisdiccional.

4.3- La Acción como derecho *potestativo*.

En este caso, se pone el acento en el hecho de que depende enteramente de la voluntad del titular del derecho a la Acción, su concreto ejercicio.

4.4- La Acción como un simple *hecho*.

Según esta idea, precisamente por encontrarse la Acción en el plano de lo fáctico y no de lo jurídico, no debe definirse o explicarse como si tratara de un concepto de Derecho Procesal.

4.5- La Acción como *concepto relativo*.

En tanto se entiende como un concepto contingente, es estructurado según las particulares reacciones sociales, culturales políticas de quién lo interprete.

4.6- La Acción como *concepto unitario*.

Concepción en la cual el énfasis está en identificar los vínculos comunes entre la acción civil y penal, real y personal. En definitiva, en identificar lo que existe entre la acción y el derecho, en cuanto a su realidad común.

Dado que, en la actualidad, la distinción entre Acción y derecho (subjetivo) es un tema superado, pueden esgrimirse como proposiciones ontológicas de Derecho Procesal establecidas (1) La libertad de poder demandar –como poder facultativo– y (2) El libre acceso a un tribunal como facultad perteneciente incluso a aquellos que no tienen la razón para pretender determinada tutela jurídica. Sin perjuicio de lo anterior, la confusión entre Acción y Pretensión no ha sido completamente superada. Por lo mismo, cabe tratar de identificar en este apartado qué es lo que define e individualiza al primero de estos conceptos, para luego en el siguiente capítulo, analizar el segundo de ellos.

En primer lugar, la Acción¹⁰² es un Derecho Subjetivo estrictamente de carácter procesal que implica el obrar en juicio –desplegando la actividad judicial– para obtener tutela jurídica, valiéndose para ello del proceso.

Se comprende, entonces, como el derecho a obtener del juez una sentencia que se encargue de la pretensión invocada, aunque ésta sea infundada. Derecho que para ser efectivamente satisfecho, a su vez, requiere de contar con otros presupuestos procesales, como lo es el de la LTA.

Si por una parte, el sustrato de alegar un derecho material –a determinarse en juicio– es obtener la prevalencia del interés *invocado en la litis*, siendo el sujeto pasivo la contraparte, por la otra el contenido de un derecho procesal –como lo es la Acción– se pone en movimiento en búsqueda de la prevalencia del interés *en la composición de la litis*, siendo el sujeto pasivo en este contexto el juez, en tanto es a éste a quien le corresponde proveer sobre la demanda presentada por una de las partes. En base a lo anterior, “el interés que constituye el elemento material de la acción, no es el interés en el litigio –que constituye el contenido del derecho subjetivo material– sino el interés en la composición de la litis”¹⁰³.

Como puede colegirse, nuevamente, el concepto de LTA opera a modo de un *lazo* que une a estos dos diferentes tipos de interés, los que, por medio de su aplicación, aspirarán a radicarse en el mismo sujeto, o a lo menos, inclinarse a ello. De igual forma, si el interés de obtener una reparación –que compense la violación a un derecho subjetivo– no pudiese correlacionarse con el interés –que por medio de una decisión de autoridad se pretende prevalezca frente a otro– entonces lo que ocurriría es que el sistema judicial dejaría de cumplir su labor de reafirmación del Derecho, toda vez que, si bien el fin primero de la litis es resolver un conflicto de intereses de relevancia jurídica, existe un

¹⁰² Cfr. Carnelutti, Francesco. Op. Cit. pág. 315-318.

¹⁰³ Carnelutti, Francesco. Op. Cit. pág. 316-317.

objetivo mediato relacionado con conocer de las violaciones al Derecho y lograr, por medio de la sanción, la reafirmación del ordenamiento jurídico como mandato de comportamiento.

Únicamente en el caso que, quien desease dar preponderancia a su interés –en la solución del juicio– sea a su turno quien efectivamente cuenta con un interés –derivado de una relación jurídica material– entonces el proceso habrá sido eficaz. No obstante, como lo anterior no puede saberse al inicio del proceso, es que la LTA juega un papel preponderante al impedir el despilfarro de recursos, no consintiendo se forme un proceso como resultado de las actuaciones de quienes no cuentan con ésta especial calidad, a saber, la de ser legitimados.

En segundo lugar, cuando se arguye que la Acción es un derecho se lo hace de forma técnicamente correcta, ya que como todo derecho cuenta, en primer lugar con una sujeción recíproca, que debe ejercerse por parte de los órganos encargados de la función jurisdiccional del Estado, obligados a dar curso a toda demanda presentada que cumpla con los requisitos de forma. A mayor abundamiento, la acción como derecho, se enfrenta a un conflicto de intereses, pues si bien el Estado no posee un interés directo en la composición de la litis en específico, sí lo tiene en un contexto general, al ser el proceso un medio, por el cual, se conocen las infracciones al Derecho y se logra su revalidación. Finalmente, el establecer que la acción es un derecho sirve, a su vez, para distinguirla del concepto de Pretensión, en tanto éste es un hecho jurídico –y más concretamente– un acto jurídico¹⁰⁴.

En tercer lugar, cuando se percibe a la acción como el motor de la actividad jurisdiccional –como lo hace Couture¹⁰⁵ al señalar que la acción es un poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales, para reclamarles la

¹⁰⁴ Vid. *infra* capítulo V.

¹⁰⁵ Cfr. Maturana Miquel, Cristian. Op. Cit. pág. 8.

satisfacción de una pretensión invocada y que constituye una manifestación específica del derecho constitucional de petición– se pone el énfasis en su sentido *formal*. Por ello, es que se atribuye su ejercicio a la parte –por ser ésta quien lo ejercita; sin embargo, todavía queda entender el concepto en su sentido *material*, en el entendido de que la acción compete única y exclusivamente a la parte.

La elaboración del concepto de LTA nace, precisamente, a consecuencia de la distinción entre derecho procesal y derecho sustancial, abandonándose la idea de que la acción no *compete* a nadie más que a la parte –en su sentido material. Con esta nueva concepción, en todo caso, se exigirá poder explicar frente al juez la eficacia de la demanda presentada por quién no es el titular del derecho material. Esta explicación se dará a través del estar premunido de la Legitimatío ad Causam, pues “la acción no compete ya a la parte [material] sino a quien asume ser parte [legitimado], por lo cual, aquello de que depende, es de la apariencia de ser sujeto de la litis o del negocio y, por lo tanto, dicha acción podrá pertenecer a cualquier ciudadano”¹⁰⁶.

A causa de lo anterior, es que –desvinculada la titularidad de la Acción con la titularidad del derecho– la LTA viene a cumplir un rol de condicionante de las demandas, a través de exigir –en quién acciona– una determina cualidad referente al caso específico.

En cuarto término, y como corolario de lo anterior, es preciso destacar que hoy en día se entiende que la Acción es la potestad de requerir al órgano jurisdiccional para la resolución de un determinado conflicto, en razón de lo cual, la actividad del demandante debe estar dirigida a ello dado que, de lo contrario, no se estaría ejerciendo la potestad de accionar. Con esto, se le reconoce, a la vez, una particular configuración, al estimársele compuesta por la *cosa pedida* –que es el beneficio jurídico que se reclama– y por la *causa de pedir* –que es el antecedente jurídico inmediato que se invoca¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Carnelutti, Francesco. Op. Cit. pág. 318.

¹⁰⁷ Cfr. Figueroa Yávar, Juan Agustín. Op. Cit. pág. 71.

Sin perjuicio de lo anterior, esta concepción moderna no siempre gozó de una aplicación irrestricta. Por ello, en vista de que la idea que se tenga de Acción repercute –como se ha advertido– directamente en la necesidad de reconocimiento individual de la LTA y su posterior significado, es que se hace necesario –para graficarlo de una mejor manera– hacer un breve recorrido por la evolución terminológica que ha permitido el desarrollo de este concepto, estableciéndose así una clasificación que conduzca, en la última etapa, a identificar el término Acción con las ideas precedentemente expuestas. Así, finalmente, por medio de la mención de sus características más relevantes, se realzarán aquellos aspectos significativos y demarcadores que permiten configurarlo como uno de los pilares del Derecho Procesal.

A.- Evolución Histórica del concepto de Acción¹⁰⁸

A.1- Las Teorías Monistas de la Acción

Éstas identifican el concepto “Acción” con el de derecho material. La acción es el derecho sustancial deducido en juicio, representando su aspecto dinámico; por ello, aquél que no sea su titular no puede, en ningún caso, demandar de manera eficaz.

Al establecerse una homologación entre la titularidad y la facultad de poder pretender jurídicamente, la necesidad de establecerse doctrinariamente un tercer elemento –como lo es la LTA– se torna irrelevante. Ello, en virtud de que sólo deberán concurrir en el actor, para que éste pueda obtener un pronunciamiento sobre el fondo (1) La detentación del derecho sustancial en su patrimonio; y (2) La capacidad de poder demandar.

En razón de lo anterior, es que estas teorías encuentran sus más fuertes limitaciones al momento de fundamentar ciertas situaciones jurídicas, es decir, cuando se les confronta

¹⁰⁸ El siguiente párrafo, se basa en el estudio efectuado por el profesor Cristian Maturana en sus apuntes de clases. Para una mayor profundización ver: Maturana Miquel, Cristián. Op. Cit. pág. 5-10.

con situaciones excepcionales en que, por ejemplo, existen derechos materiales sin acción –como ocurre con las obligaciones naturales– o acciones sin derecho –como sucede con el caso de las demandas rechazadas– escenarios, en los cuales, la capacidad de fundamentación analítica cede, al no poder configurar una explicación satisfactoria.

A.2- Las Teorías Dualistas de la Acción

Señalan, a su turno, que la acción es un derecho público autónomo –dirigido contra el Estado, el cual es representado por el tribunal– para obtener de él la tutela jurídica, en tanto, es a éste a quien le concierne brindarla.

Sin embargo –y a pesar de la exactitud con que se establece el concepto– dentro de este movimiento puede apreciarse una cierta dicotomía doctrinaria que, con todo, va a ser la que permita establecer una concepción más acabada y esclarecedora de lo que es la Acción, en el sentido que se le da en la actualidad¹⁰⁹.

A.2.1- Las Teorías Concretas de la Acción.

En ellas, se sustenta que la acción es “el derecho a obtener una sentencia de contenido determinado, que sea de carácter *favorable* para su titular, ya que, éste tiene derecho a ello por ser –precisamente– titular de la acción de que disfruta”¹¹⁰. Chiovenda, en este mismo sentido, sostiene que la acción aparece condicionada a la existencia de la violación de la ley –la cual garantiza al actor un bien– surgiendo, por lo mismo, únicamente en la medida que hubiere sido lesionado un interés jurídicamente protegido. Calamandrei, por su parte, señala que la acción es el derecho subjetivo autónomo del derecho subjetivo material –el cual está dirigido a obtener una providencia jurisdiccional *favorable* al actor– lo que conduce a que la permanencia de la acción –en tanto derecho–

¹⁰⁹ Vid. *supra* pie de página N° 105.

¹¹⁰ Guasp, Jaime. Op. Cit. pág. 203. En Maturana Miquel, Cristian. Op. Cit. pág. 6.

se mantenga vigente durante todo el proceso hasta la dictación de la sentencia que resuelva el conflicto.

Bajo este respecto, serán requisitos de la acción:

- 1- La coincidencia entre el hecho específico real y el legal.
- 2- La Legitimación para obrar¹¹¹. Concepto procesal que aparece por primera vez en este momento doctrinario, en virtud del cual, se sostiene, es necesario que las partes del litigio se encuentren –frente al hecho específico real– en una posición determinada que les permita estar sujetas a los resultados del mismo, es decir, en aquella posición en que les empieza el efecto de la Cosa Juzgada Sustancial. Así, en un plano ideal, la LTA conducirá a las partes materiales, toda vez que ellas son las únicas que pueden verse afectadas por el efecto sustancial de la Cosa Juzgada.
- 3- El Interés¹¹².

A.2.2- Las Teorías Abstractas de la Acción.

Elas sostienen que la acción es el poder para reclamar un fallo, sin más calificación, siendo este poder una manifestación de un derecho más amplio, emanado del derecho constitucional de petición¹¹³. En este sentido, Carnelutti expone, que la acción es un derecho autónomo, orientado a encontrar una justa composición al litigio; es decir, la acción es –en su entendido– la expresión de un interés invocado en juicio, derecho cívico y/o derecho a un juicio.

¹¹¹ Vid. *supra* capítulo II, A.3.

¹¹² Vid. *supra* capítulo II, A.4.

¹¹³ Cfr. Guasp, Jaime. Op. Cit. pág. 204-205. En Maturana Miquel, Cristian. Op. Cit. pág. 8.

Se trata, en conclusión, de un derecho inherente a la personalidad, que se posee por el sólo hecho de ser persona y no en razón de ser el titular de un derecho material específico lesionado.

A.2.3- Las Teorías Abstractas Atenuadas.

Postulan éstas que el derecho a acudir a los tribunales no es un derecho de naturaleza procesal, sino que, es un *presupuesto* del proceso, que se encuentra fuera de él y que, por lo mismo, debe buscársele en el terreno civil o político, no siendo idóneo para explicar cuestiones de orden procesal estricto.

Para ejercer el derecho a accionar, no se requiere ser el titular de un derecho subjetivo material; bastará únicamente, afirmar la existencia de un hecho o de determinados requisitos exigidos por el ordenamiento. Al mismo tiempo, será necesario que, a través de él, se formule una pretensión, esto es, el reclamo de un bien frente a otro sujeto distinto del órgano judicial. De esta forma, Guasp sostiene que la Acción es el poder concedido por el Estado de acudir a los tribunales de justicia para formular pretensiones¹¹⁴.

Finalmente es, con esta postura, con la cual se asienta la necesidad de estar legitimado –en tanto elemento independiente– para poder esgrimir validamente una pretensión que tenga la capacidad de contar con el derecho a obtener un pronunciamiento judicial sobre su efectiva correlación con una realidad jurídica afirmada.

B.- Características de la Acción Procesal¹¹⁵

¹¹⁴ *Ibíd.*

¹¹⁵ A modo de compendio, se establecen en este párrafo las cualidades más destacadas del término hasta ahora analizado.

- Es un derecho subjetivo procesal, que otorga la facultad –a un sujeto de derecho– de poder activar la función jurisdiccional que ejercen los tribunales.
- Es un medio indirecto de protección jurídica, por el cual, el juez resuelve un conflicto de intereses con relevancia jurídica.
- El destinatario o sujeto pasivo del ejercicio de la acción es el tribunal, el cual debe, en todo caso –y sin perjuicio de defectos formales– darle curso, pues la acción tiene como único fin la apertura del proceso.
- La Acción es un derecho autónomo y distinto de la Pretensión –la cual, a su turno, busca obtener de la contraparte el cumplimiento de una obligación– y que consiste en la solicitud de fondo que se hace al juez. En virtud de lo anterior, el pronunciamiento a su respecto, se dará luego de tramitado todo el proceso por medio de la dictación de una sentencia de mérito; esto a diferencia de lo que ocurre con la Acción, sobre la cual debe existir un pronunciamiento, por parte del tribunal, en el mismo instante de su ejercicio.
- Su objetivo directo, es entregar a las partes en conflicto un medio idóneo para satisfacer sus pretensiones buscando, indirectamente, permitir al Estado conocer de las infracciones al Derecho, ponerles término y/o evitarlas.
- Es un derecho del sujeto activo, indisolublemente ligado al concepto de parte, puesto que, si no hay parte es por que no ha habido acción, siendo la

acción, por tanto, un requisito del proceso; lo anterior, siempre y cuando no sea pertinente aplicar el principio formativo de la Oficialidad¹¹⁶.

- Por último, su ejercicio implica un pronunciamiento inmediato del tribunal sobre ella, en orden a decidir si abrirá o no proceso.

C.- La Falta de Accionabilidad

Alguna doctrina¹¹⁷ sostiene que se debe tener suma precaución al identificar los PP para no confundirlos con las llamadas “Condicionantes de la Acción”, ya que, al ser la Acción un derecho público subjetivo, encaminado a obtener el pronunciamiento de una sentencia justa –o bien, una sentencia sobre el fondo– observados que sean previamente los PP¹¹⁸, se entiende como imprescindible que –con anterioridad al examen de la Acción, en el cual, se pruebe si se cumplen o no sus Condicionantes– se haya previamente comprobado la concurrencia de los dichos PP.

En este sentido, se dice, que las Condiciones de la Acción para obtener una sentencia son:

- La existencia de una causa de pedir
- La legitimación activa y pasiva
- La facultad de accionabilidad

En concordancia con lo señalado, se entiende que es perfectamente posible obtener un fallo desestimatorio, no obstante concurrir los PP pues –en este caso– lo que habrá

¹¹⁶ Puede entenderse este principio, como aquel en que el tribunal debe dar curso progresivo a los autos, sin tener para ello que esperar la iniciativa de las partes.

¹¹⁷ Cfr. Romero Seguel, Alejandro. Loc. Cit.

¹¹⁸ Cfr. Romero Seguel, Alejandro. Op. Cit. pág. 784.

ocurrido, probablemente, es que la acción habrá carecido de alguna de sus particulares condiciones.

El problema de esta postura, sin embargo, radica en la confusión entre los conceptos de Acción y Pretensión –lo cual se esclarecerá *infra* en el capítulo siguiente– y la errada concepción de lo que el Derecho de Acción es. Por lo mismo, es que se ubica la LTA como una Condicionante de la Acción, en vez de ser un PP de la Pretensión.

Quienes postulan esta teoría, suelen también referirse a estos elementos como las “condiciones para que el actor obtenga una sentencia favorable”, haciendo más patente el error conceptual que asumen al no separar (1) Los elementos requeridos para poder dar curso a un proceso, (2) Los elementos necesarios para que se dicte una sentencia de fondo; y (3) Las condiciones necesarias para obtener una sentencia favorable al demandante. Esta confusión acaece, particularmente, cuando (a) Existe correspondencia entre la pretensión y la realidad jurídica invocada, (b) Se ha invocado correctamente el Derecho; y, por último (c) Se ha podido demostrar –por los medios legales– los supuestos de hecho de la norma¹¹⁹.

Los PP de la Acción son por su parte, según la doctrina contemporánea mayoritaria¹²⁰:

- La capacidad de parte
- La Investidura del juez

Como puede apreciarse, esta postura atiende a los elementos mínimos de procesabilidad, en tanto la ausencia de éstos obsta a que una Acción marche eficazmente y, en consecuencia, a que el proceso nazca, siendo este último el único fin que se pretende alcanzar al ejercitar el Derecho de Acción.

¹¹⁹ Vid. *supra* capítulo II, A-d.

¹²⁰ Cfr. Couture, Eduardo J. Op. Cit. pág. 104.

Con todo –y como corolario de este capítulo– cabe hacer mención a la denominada Condición de Accionabilidad y, más particularmente, a aquellas excepcionales situaciones en que se carece de este derecho, ya que –si bien, de inusual acaecimiento– efectivamente puede verificarse su existencia en nuestro ordenamiento jurídico, razón por la cual, cabe realizar un análisis más detenido.

La carencia del derecho de Acción, debe entenderse, como la privación legal –a un determinado derecho material– de la tutela jurisdiccional, por parte de los órganos pertinentes; situación poco común dentro de la normativa legal, ya que, normalmente no es posible que el juez rechace la demanda *in limine litis*, por razones de fondo, a causa de que la tutela jurídica requerida no se encuentra prevista por ley¹²¹.

Este es el caso de lo que ocurre con las llamadas obligaciones naturales del Derecho Civil. En ellas, si bien se comprueba la existencia de una relación jurídico material entre dos sujetos –en donde uno de ellos tiene un derecho subjetivo al cual corresponde una obligación recíproca por parte del otro– no existe la posibilidad, frente a la negativa de satisfacción espontánea, de poder exigir –a través de una sentencia favorable– se conmine a la parte incumplidora a su cumplimiento de forma coactiva.

Asimismo, existen situaciones en el Derecho Penal denominadas “Prohibiciones de Querellas”¹²² en las cuales se niega el derecho a iniciar una persecución, por parte de determinados sujetos contra otros, cuando éstos cometen el tipo de delitos específicamente señalados por el legislador.

¹²¹ Cfr. Cordón Moreno, Faustino. Loc. Cit.

¹²² Código Procesal Penal, Artículo 116: “Prohibición de querella.

No podrán querellarse entre sí, sea por delitos de acción pública o privada:

a) Los cónyuges, a no ser por delito que uno hubiere cometido contra el otro o contra sus hijos, o por el delito de bigamia, y
b) Los consanguíneos en toda la línea recta, los colaterales y afines hasta el segundo grado, a no ser por delitos cometidos por unos contra los otros, o contra su cónyuge o hijos”.

En todo caso, las razones de política legislativa que conducen a establecer este tipo de privación legal –entiéndase a la tutela judicial– son distintas para el caso del Derecho Civil respecto del Penal; así, en el primero, lo que se busca es desincentivar el surgimiento del tipo de relación material que se desprovee de protección, por considerarse que merma la orientación jurídica que se pretende mantenga el ordenamiento; en cambio, en el Derecho Penal se procura, a su turno, no estimular una animadversión entre sujetos a los cuales unen vínculos de tipo emocional, los cuales, deben por lo mismo tener un tratamiento especial.

Con todo, sean cuales fueren las razones particulares del caso, lo que se pretende a través de la falta de accionabilidad es no incitar una situación o actividad determinada, por medio de la supresión del derecho a accionar, cuestión de extraordinaria ocurrencia, regulación expresa e interpretación restrictiva, toda vez que, de ser ésta una práctica jurisdiccional elevada a regla general, se infringiría el derecho de petición consagrado en innumerables ordenamientos jurídicos, tanto a nivel interno como en tratados internacionales¹²³.

¹²³ Sin embargo, esta reticencia se ve bastante disminuida si se tienen presente dos razones poderosas en el contexto de la práctica jurisdiccional del CIADI; por una parte, al no reconocerse LTA en sede internacional, se deja a salvo la posibilidad de que la persona jurídica directamente afectada ocurra a los tribunales del Estado receptor de la inversión, los que son a la vez los propios tribunales a los que la compañía normalmente recurrirá en su trato con los distintos agentes privados, reconociéndolos como competentes para tal efecto. En segundo término, no existe un derecho de petición positivamente garantido en el contexto del Convenio, sino que, por el contrario, todo interés en ampliar la jurisdicción del Centro choca necesariamente con la configuración orgánica de éste como un tribunal sumamente excepcional establecido para fomentar y dar seguridad a los inversionistas en países con Estados de Derecho sustancialmente aminorados, o en frágil nacimiento.

V.- LA PRETENSIÓN

En el presente capítulo se pretende precisar brevemente el término “Pretensión” –el cual ha sido innumerablemente mencionado a lo largo del presente trabajo– con el fin de identificarlo, en forma independiente, de los otros conceptos estudiados con anterioridad –v.gr. La Acción, el Interés y la LTA. Asimismo, se desea analizar cuál es su vínculo con la LTA, y establecer qué papel cumple dentro de la estructura del proceso.

La Pretensión Procesal –concepto que con la evolución doctrinal logra separarse del concepto de Acción y erguirse de forma independiente– es la auto atribución de un derecho sustancial específico, simultáneamente, con la solicitud de que éste sea tutelado. Es, por tanto, un hecho de la voluntad jurídica –a diferencia de la Acción, que es un Derecho. Asimismo, no se trata de un poder jurídico sino que, simplemente, la afirmación de considerarse asistido de la razón y, por lo mismo, de ser merecedor de tutela judicial, esperando se haga efectiva para el caso concreto¹²⁴.

La Pretensión, suele también ser entendida, como la exigencia de subordinación de un interés ajeno, al interés propio, considerándosele entonces un *acto*, porque es algo que alguien hace; es una manifestación de la voluntad que no es –ni supone– el derecho subjetivo y que puede ser propuesta por quien es, o no, su titular; es decir, puede ser fundada o infundada, ya que, existe independientemente de su conformidad con el ordenamiento jurídico.

La pretensión operará, por lo mismo, en el ámbito jurídico premunida de *razón* –fundamento de derecho– que viene a darle reconocimiento y respaldo y que nace de la coincidencia entre la pretensión y una relación jurídica activa. Así, la pretensión tendrá

¹²⁴ Cfr. Couture, Eduardo J. Op. Cit. pág. 72.

razón –o sea, será fundada– si es el caso que, una sentencia establece la prevalencia del interés contenido en la pretensión, frente a otro, con el cual se encuentra en conflicto¹²⁵.

Para el profesor Cristián Maturana¹²⁶ la confusión entre los términos de Acción y Pretensión se debe, principalmente, a que su titularidad corresponde a una misma persona, esto es, el demandante, a la vez, que se contienen en un mismo acto procesal, la demanda¹²⁷. Sin embargo, y a pesar de compartir algunos aspectos, son dos conceptos diferentes; por su parte, la Acción como derecho se extingue, en el respectivo juicio, con su ejercicio, en cambio la Pretensión, por la suya, se mantiene hasta obtener una sentencia definitiva.

Como el tribunal resuelve acerca de la pretensión al término del proceso, su éxito depende de requisitos distintos de los exigidos para la Acción, cuales son, entre otros, que el fundamento jurídico de fondo sea correcto y se logre su demostración a través de los medios de prueba legales.

Por su parte, la misma Constitución Política de la República distingue ambos conceptos al garantizar –exclusivamente– el éxito de la Acción, en tanto, ordena abrir un proceso con el sólo mérito de cumplir con los requisitos exigidos¹²⁸. No obstante, tal garantía, no se otorga en función de obtener el éxito de la Pretensión invocada en un proceso determinado, ya que se estaría con ello dando la seguridad de que con la sola apertura del proceso se obtendría un respaldo jurídico al interés que se pide prevalezca. En razón de lo anterior, se sostiene que la Acción es eficaz en todo caso, en cambio la Pretensión sólo lo será, si está jurídicamente fundada.

¹²⁵ Cfr. Carnelutti, Francesco. Op. Cit. pág. 315-318.

¹²⁶ Cfr. Maturana Miquel, Cristian. Op. Cit. pág. 13-17.

¹²⁷ Lo señalado será así, siempre y cuando, no haya sido el proceso iniciado a través de medidas prejudiciales, puesto que, en este caso, la pretensión se manifestará con posterioridad al ejercicio de la acción.

¹²⁸ Artículo 76, inciso 2º: “Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aún por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión”.

Una diferencia fundamental –que permite distinguir los conceptos de Acción y Pretensión– puede verse al momento de ser éstas rechazadas por el tribunal. Así, en el caso de desestimarse la Acción, ésta puede nuevamente interponerse, iniciándose de esta forma un nuevo procedimiento; en cambio, si se desestima afirme la Pretensión, esta decisión se mantiene en el tiempo por el efecto de la Cosa Juzgada del fallo.

La Acción, por lo mismo, es eficaz en todos los casos; sobre ella, siempre habrá un pronunciamiento, corresponde a todos los ciudadanos y cumple su fin como motor de la actividad jurisdiccional. La ejerza quién sea –teniendo capacidad para ser parte– obligando al tribunal a señalar si abre o no proceso.

La eficacia de la Pretensión, por otro lado, estará determinada por la existencia de legitimación en el actor. El contar con esta particular calidad, implicará que, quién accione, se encuentre en una determinada relación con el interés que alega y supone violado. Así, si para accionar es necesario que el actor tenga capacidad para ser parte, la Pretensión, por su lado, exige al actor tener –conjuntamente con lo anterior– capacidad procesal, ius postulandi y legitimidad activa para obrar¹²⁹.

Algún sector de la doctrina distingue, a la vez –y dentro del concepto de Pretensión– una de tipo *formal* –que se identifica con la afirmación de ser el titular del derecho material– con otra de naturaleza *material* –a la cual se le da el carácter de ser el acto, por el cual, se exige algo a otro. Entendido de esta forma, cuando la pretensión material no es satisfecha y su titular carece de un medio extrajudicial para obtener su cumplimiento, queda simplemente y como única vía, emprender el camino judicial.

En concordancia con lo expuesto, se señala que el titular –a través de su derecho de Acción– convierte la pretensión material en una de tipo procesal, siendo ésta, una manifestación de voluntad por la cual un sujeto de derecho exige algo a otro, por medio

¹²⁹ Vid. *supra* capítulo II, A.

del Estado, utilizando sus órganos especializados en la solución de conflictos. Sin embargo –como puede apreciarse– tal concepción tiene como defecto el hecho de confundir otros dos términos, cuales son, el de Pretensión y el de Interés.

Es privativamente el Interés en la Litis¹³⁰, el que se dirige a obtener de la contraparte el beneficio jurídico esperado, a partir de la posición activa de que goza su titular en la relación jurídica. Este Interés, por su parte, es llevado –a través de la Pretensión– al proceso, en tanto, aquella se constituye a partir de la afirmación de ser el titular del derecho material con la consecuente exigencia –en razón de la infracción a un derecho– de tutela judicial.

La LTA, a su turno, cumple un rol que permite identificar al actor con quién tiene interés en la litis. Se entiende que, si el demandante no posee un interés primario, no estará legitimado para actuar. Por lo mismo es que, este tipo de interés es un presupuesto de la LTA que permite –a quién posea tal calidad– esgrimir su pretensión de forma eficaz, es decir, obligando al juez a dirimirla a través de una sentencia de mérito.

En definitiva, es por lo señalado precedentemente, que la LTA se ha estimado como un presupuesto para la eficacia de la pretensión.

¹³⁰ Vid. *supra* capítulo II, A.4.

VI.- LA EXTENSIÓN DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA ANTE LOS TRIBUNALES ARBITRALES PERTENECIENTES AL CIADI

A.0- Aclaraciones previas del presente capítulo

A.0.1.- Reclamación y demanda

En el lenguaje utilizado en la práctica forense y jurisprudencial del CIADI, es usual que los distintos intervinientes se refieran a las *reclamaciones*, queriendo significar con ello el ejercicio de una *demanda*, en su sentido procesal más estricto. Ello se debe, fundamentalmente, a que se recoge dicha terminología –algo ajena a nuestra práctica nacional– del inglés *claim*. Para evitar mayores problemas en torno a esta cuestión de naturaleza superficial, se hacen aquí sinónimos ambos términos, no obstante la prevención aquí expuesta.

A.0.2.- Socio y accionista

A lo largo del trabajo, y con mayor énfasis en el presente capítulo, se ha hecho referencia a la situación del *accionista*, en el entendido que éste es quien detenta un porcentaje de participación de una sociedad anónima, a través de las acciones. Como es patente, la circunstancia de ser accionista o socio, dependerá de la estructura societaria que adopte la compañía, siendo por lo tanto una cuestión contingente. Sin perjuicio de lo anterior, tratándose en la generalidad de los casos CIADI de sociedad anónimas constituidas en el Estado receptor de la inversión, y respetando la traducción utilizada en el lenguaje jurisprudencial del Centro que se refiere a los dueños de la sociedad como los *shareholders*, es que se hablará genéricamente de accionistas, entendiendo por ellos cualesquiera socios –personas jurídicas o naturales– que tengan participación en una sociedad.

A.0.3.- Corporativo y societario

En nuestro derecho, es usual que reservemos los términos *corporación* y *corporativo* para aquellas personas jurídicas de derecho público o privado sin fines de lucro, en los términos del artículo 545 del Código Civil¹³¹, por oposición a las compañías o sociedades que sí persiguen fines económicos. Sin perjuicio de lo anterior, cuando se haga referencia al término *corporativo* –v.gr. levantamiento del velo corporativo– se pretende hacerlo en el contexto de sociedades eminentemente destinadas a la obtención de alguna forma de utilidad.

A.0.4.- Jurisdicción del Centro y Competencia del tribunal

En el marco del Derecho Internacional, los términos *jurisdicción* y *competencia* vienen a confundirse, bajo el entendido de que no existe un Estado soberano que ejerza el derecho/deber de aplicar y hacer guardar las leyes pertenecientes a su ordenamiento jurídico doméstico. Sin embargo, debido a la especial configuración orgánica del CIADI, es jurídicamente propio referirse a la *jurisdicción del Centro*, en general y a la *competencia del tribunal arbitral*, en particular.

A.0.5.- Ius Standi, Standing y Legitimación Activa

En el Derecho anglosajón, la forma como se denomina a la LTA –institución que se ha venido analizando a lo largo de estas páginas– es con el latinazgo de *Ius Standi* o su recepción al inglés a través del concepto de *standing*. Cuando se traduzcan dichos términos, se respetará la nomenclatura de Legitimación Activa, sin perjuicio de su correlato en el idioma original.

¹³¹ “Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente. Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública”.

A.1- Presentación del problema

A.1.1- Generalidades

Una vez analizados los elementos que, bajo la dogmática del Derecho Procesal, pretenden responder a las interrogantes acerca de la naturaleza, características y clasificación de la LTA, se quiere, en el presente capítulo, abordar la compleja problemática que se suscita en torno a la creciente extensión de la LTA que los tribunales arbitrales, pertenecientes CIADI, están otorgando a aquellos inversionistas que, con ocasión de un perjuicio a una persona jurídica con personalidad distinta a la suya –sea ésta a su turno natural o jurídica– en la que poseen determinados derechos, proceden a la reclamación de un resarcimiento directo al amparo del Centro.

En este capítulo se tratará, ante todo, de realizar un examen de los requisitos exigidos en el marco del Convenio de Washington para otorgar jurisdicción al Centro, en cuanto al conocimiento y posterior resolución de las controversias respectivas entre inversionista y Estado receptor, a la vez que efectuar una confrontación con los paradigmas doctrinales del Derecho Procesal –previamente estudiados– que permitirán obtener una alternativa de solución a las preguntas y conflictos que surgen desde las nuevas y complejas realidades presentes en el contexto del Derecho Internacional, en general y del marco jurídico de las Inversiones Extranjeras, en particular.

Es así como, la particular posición que se tome, en uno u otro sentido, en relación con los temas en controversia –junto con la ubicación metodológica que se les asigne– forma parte de una discusión vigente, cuyas consecuencias, afectan decisivamente el diseño presente y futuro del sistema global de solución de controversias relativas a inversiones y, en concreto, al CIADI.

Tradicionalmente, uno de los mecanismos típicamente utilizados, para la materialización de una inversión extranjera, consiste en la creación de una compañía al amparo del ordenamiento jurídico del Estado receptor de la inversión o, en su defecto, por medio de la adquisición de ciertos derechos en sociedades ya constituidas en dicho Estado.

Frente al surgimiento de una controversia entre ese Estado y la compañía propiamente tal, que pudiese acarrear un perjuicio al inversionista, en tanto accionista, socio o miembro de dicha sociedad cabe preguntarse ¿Es posible sostener que dicho inversionista tiene un derecho analíticamente diferenciable del derecho de la sociedad directamente afectada, para buscar el resarcimiento de ese daño o, finalmente, su expectativa de resarcimiento depende del actuar procesal de la compañía afectada? ¿Se trata de cuestiones verdaderamente distintas?¹³².

Precisamente, en el contexto de una inversión extranjera, lo anterior no importa un problema procesal de consecuencias menores. En efecto, si, por ejemplo, existe una cláusula compromisoria o un compromiso pactados entre el Estado receptor de la inversión y el inversionista –o entre ese mismo Estado receptor y el Estado del que el inversionista es nacional– los cuales, a su vez, le otorgan jurisdicción al Centro para el conocimiento de las diferencias relativas a dicha(s) inversión(es), asumimos que se trata de dos problemas procesales distintos, estamos de esa misma forma admitiendo que es posible sustraer esa controversia del conocimiento de los tribunales domésticos del Estado receptor de la inversión con las posibles consecuencias económicas y estratégicas que para este último dicha cuestión puede significar.

Pero, lo anterior, no supone, meramente, ir tras una respuesta a la interrogante de cuándo será posible establecer la existencia de la LTA en un sujeto de derecho que desee

¹³² Cfr. Schreuer, Cristoph. “*Shareholders protection under international investment law*”. Mayo 2005. pág. 2. Disponible en www.univie.ac.at/intlaw/pdf/csunpublpaper_2.pdf: “Una cosa es que los socios o accionistas decidan, en las instancias societarias competentes, ejercer la acción procesal correspondiente por vía de la compañía. La pregunta surge acerca de si los accionistas pueden perseguir sus derechos independientemente de la compañía, o si dependen del actuar de ésta” (Traducción Libre por los autores).

eficazmente demandar –en tanto problema de personalidad jurídica– sino que, también, surgen cuestiones relativas a la determinación de la nacionalidad, en el evento casi cierto de que la compañía en cuestión, se encuentre constituida bajo el derecho doméstico del Estado receptor de la inversión. A este respecto, ¿Es posible considerar que se trata de una inversión *extranjera*? ¿No estamos permitiendo acaso, en el hecho, que compañías locales puedan demandar a los Estados de los que dichas sociedades se consideran nacionales? ¿A quién pertenece la LTA en el caso de un conflicto intersubjetivo de intereses, jurídicamente trascendente, cuando el Estado receptor de la inversión exige normativamente la constitución de una persona jurídica local en su territorio?

En base a las consideraciones anteriores, el problema puede ser abordado desde dos ópticas diferentes, a saber:

- Como problema normativo de LTA, bajo el Derecho Internacional *per se*¹³³; y
- Como un problema de resarcimiento, relacionado con la LTA de quien sufre el actuar dañoso, analizado bajo los criterios tradicionales de responsabilidad civil¹³⁴.

A.1.2- Contexto de la Discusión

En la práctica jurisprudencial arbitral del CIADI, el problema relativo a la LTA del accionista se encuentra, en un sentido procesal, fuertemente asociado a un examen acerca de la jurisdicción del Centro para conocer de la controversia. Por ello, no es poco común –en efecto casi la regla única– que el análisis procesal de la aptitud o de la falta de ella, respecto de la acción ejercida, se realice en sede de objeciones a la jurisdicción,

¹³³ Vid. *supra* capítulo II, A.3.1.1 y A.3.3.

¹³⁴ Vid. *supra* capítulo III, 2.

de conformidad con el artículo 41(2)¹³⁵ del Convenio y, con especial énfasis, en los elementos requeridos por el artículo 25 del mismo¹³⁶.

Tradicionalmente, el problema de la LTA en el Derecho Internacional de las Inversiones Extranjeras, se reconduce a un antiguo caso debatido en el seno de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, la “CIJ”) relativo a una compañía denominada *Barcelona Traction* en donde se señaló que Bélgica no podía dar protección diplomática a los accionistas de ésta, de nacionalidad canadiense, toda vez que el daño fue causado a la sociedad, no a los accionistas, careciendo el primer país de LTA, bajo el criterio de jurisdicción *ratione personae*.

Así, la CIJ dijo en su oportunidad que: “(...) En el derecho doméstico, el concepto de *compañía* fue fundado sobre la firme distinción entre derechos de la sociedad y aquellos del accionista. Solo la compañía, la cual estaba investida de personalidad jurídica, podía ejercer acciones en relación con cuestiones que era de naturaleza corporativa. Un daño ocasionado a la compañía, frecuentemente causa perjuicio a sus accionistas, pero esto no implica que ambos se encuentren facultados para reclamar una compensación. Sea cual fuere el interés de los accionistas que haya sido afectado por un acto cometido contra la sociedad, es a esta última a la que habría que mirar para efectos de ejercer la Acción procesal respectiva. Un hecho que infringiere sólo los derechos de la compañía no involucra responsabilidad hacia sus accionistas, aún cuando sus intereses hayan sido afectados. En orden a que la situación sea diferente, el acto reclamado debe haber sido dirigido directamente a los accionistas en tanto tales”¹³⁷.

¹³⁵ Vid. *supra* Pie de Página N° 68.

¹³⁶ El Artículo 25, piedra angular del Convenio en comento, distingue tres requisitos de jurisdicción para que una demanda pueda ser eficazmente proveída en el Centro, a la vez que por un competente tribunal arbitral. Ellos, tradicionalmente, son conocidos como jurisdicción en razón de la materia (*ratione materiae*), en razón de la persona (*ratione personae*) y en razón del tiempo (*ratione temporis*).

¹³⁷ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Second Phase)*. CIJ. 5 de Febrero, 1970. Resumen disponible en <http://www.icjci.org/icjwww/idecisions/isummaries/ibtsummary700205.htm> §32-101. “(...) In municipal law, the concept of the company was founded on a firm distinction between the rights of the company and those of the shareholder. Only the company, which was endowed with legal personality, could take action in respect of matters that were of a corporate character. **A wrong done to**

Este celo de la Corte Internacional de Justicia –demostrado en el presente caso– por mantener una distinción formal entre la personalidad jurídica de la sociedad y la de sus accionistas, al momento de determinar si estos últimos poseían una titularidad jurídica suficiente, que justificara una compensación separada a la que pudiese corresponderle a la compañía directamente afectada por un acto ilegal¹³⁸ del Estado receptor –en el marco de una inversión extranjera– ha servido de base para una profusa discusión dogmática y jurisprudencial¹³⁹.

En la actualidad, sin embargo –es posible sostener– que el precedente de *Barcelona Traction* es argumentativamente criticable, desde un punto de vista normativo.

Jurídicamente, el contexto actual de la protección de las inversiones extranjeras ha cambiado, a lo menos, en dos sentidos diversos. Por una parte, el ejercicio de una Acción procesal que busca el resarcimiento de un Estado, por un perjuicio causado a un nacional de otro Estado, no presupone ya la intervención del Estado del cual el nacional es parte en la controversia. Así, este tradicional esquema, denominado de Protección Diplomática¹⁴⁰ ha pasado a ser el mecanismo residual en el contexto del Derecho Internacional, ora en el entendido de que el Estado es el titular de la Acción, ora porque

the company frequently caused prejudice to its shareholders, but this does not imply that both are entitled to claim compensation. Whenever a shareholder's interests are harmed by an act done to the company, it is to the latter that he has to look to institute appropriate action. **An act infringing only the company's rights does not involve responsibility towards the shareholders,** even if their interests are affected. In order for the situation to be different, the act complained of must be aimed at the direct rights of the shareholder as such" (Énfasis Agregado). (Traducción Libre por los autores).

¹³⁸ Nótese que aquí el término *illegal* está usado en un término amplio; en efecto, normalmente la responsabilidad internacional en el marco del derecho de las relaciones internacionales económicas, surge del incumplimiento de obligaciones derivadas de instrumentos convencionales o derecho consuetudinario, dada la ausencia de un órgano creador de legislación positiva general.

¹³⁹ Ver por todos: Orrego Vicuña, Francisco. "*The Protection of Shareholders Under international Law: Making State responsibility more accessible*". En Ragazzi, Maurizio (editor). "*International Responsibility Today*". Holanda. Kiminklijke Brill NV. 2005. pág. 161-170.

¹⁴⁰ Ver *supra* pie de página N° 68. Debe señalarse, que la protección diplomática no supone un caso de Legitimación Extraordinaria, por cuanto el socio o accionista que demanda al Estado receptor de la inversión no lo hace a nombre de la titularidad afectada de la persona jurídica en la que éste tiene derechos, sino que a nombre propio, en tanto derechos que le han sido afectados a él.

éste actúa en representación del nacional afectado¹⁴¹. *Barcelona Traction*, por lo mismo, debe ser circunscrito, exclusivamente, a dicho contexto y no debe ser extendido más allá del esquema diseñado para la protección diplomática.

Bajo este parámetro, el Convenio de Washington presupone, necesariamente, un compromiso –existiendo consentimiento– para que los particulares puedan reclamar directamente, por hechos dañosos ocasionados por el actuar del Estado receptor de la inversión, pues, de no ser así –y en la medida en que el estándar de *Barcelona Traction* sea exigido– gran parte de las diferencias suscitadas en materia de inversión quedarían automáticamente sustraídas del conocimiento de los tribunales arbitrales formados al amparo del Centro –y eventualmente de todo otro foro internacional.

En concordancia con lo precedentemente expuesto, el profesor Orrego señala:

“(…) Históricamente, los Estados han construido una barrera formidable en contra de las reclamaciones de inversionistas, no sobre la base de reglas concernientes a derechos sustantivos, que han sido aceptadas tanto en el derecho de los tratados como en el consuetudinario, sino que sobre la base de reglas concernientes a la jurisdicción. Si la compañía carecía de la nacionalidad del Estado reclamante, si la compañía no estaba facultada para reclamar a su propio nombre y si los accionistas no podían demandar independientemente de la sociedad constituida localmente, no había simplemente una vía para hacer efectiva la eventual responsabilidad del Estado por actos contrarios a las normas aplicables de Derecho Internacional”¹⁴².

¹⁴¹ Cfr. Orrego Vicuña, Francisco. “*The Globalization of Nationality*”. Statement at the opening session conference on Nationality and Investment Treaty Claims. British Institute of International and Comparative Law. London. Mayo. 2005. pág. 1.

¹⁴² Orrego Vicuña, Francisco. “*The Protection...*” Op. Cit. pág. 161 “(…) Historically, States had built a formidable barrier against claims by investors, not on rules concerning substantive rights, that had been accepted under both customary and treaty law, but on rules concerning jurisdiction. If a company lacked the nationality of the claiming State, if a company was not allowed to claim in its own right and if shareholders could not claim independently of the locally incorporated company, there was simply no way to make effective the eventual State responsibility for actions contrary to the applicable rules of international law” (Traducción Libre por los autores).

B- Solución de Derecho Internacional

En el contexto de la práctica jurisprudencial del Centro se ha ido imponiendo, con relativa fuerza, la noción de que es la fuente normativa aplicable –v.gr. El Tratado Bilateral de Inversión (en adelante, el “TBI”) respectivo, u otro acuerdo más amplio que tenga el carácter de compromiso– aquella que determinará al sujeto Legitimado Activo. Esta cuestión, como se puede observar, se vincula directamente con aquella dogmática procesal que entiende a la LTA como una posición que coincide con una norma que establece a los facultados para iniciar válidamente una demanda¹⁴³.

En primer término, es usual entender como Legitimado Activo directo al accionista, entendiendo que, si la disputa es acerca de una inversión materializada en el Estado receptor de la inversión, el TBI respectivo considera a las acciones o derechos sobre sociedades, como modalidad de aquellas.

Así, en el caso *Enron* el laudo señaló que: “(...) El Tribunal se encuentra persuadido de que, nuevamente, en este caso, los demandantes tienen LTA para reclamar a su propio nombre en cuanto ellos son inversionistas protegidos bajo el Tratado. El derecho del demandante para ejercer una acción, por sí mismo, ha sido concluyentemente establecido en el Tratado y no existen razones para sostener lo contrario en relación con esta controversia. Tampoco es esta situación contraria al Derecho Internacional o a las decisiones y prácticas del CIADI (...) Simplemente, no es sostenible tratar en este momento de separar TGS [la compañía afectada] de aquellas otras compañías e inversionistas y alegar ahora que los demandantes carecen de LTA [debido a que las inversiones fueron canalizadas a través de una estructura de acuerdos societarios]. Esta

¹⁴³ Vid. *supra* capítulo II, A.3.1.1 y A.3.3.

es una de las cuestiones esenciales del Tratado y de la protección que [éste] otorga a los inversionistas extranjeros”¹⁴⁴.

Los problemas asociados a la LTA, más allá de la persona jurídica afectada, no debiesen presentarse, exclusivamente, como cuestiones vinculadas a un problema de nacionalidad o de legitimidad activa –la cual, atiende a la persona del demandante– sino que más bien, deberían permitir no prejuzgar su aceptación sin pasar, simultáneamente, por un *test* de conceptualización normativa, acerca de lo que se entiende por *inversión* en el derecho aplicable al caso particular –v.gr. Entiéndase, la definición en el TBI respectivo de qué es lo que se considera por ésta– es decir, atender al marco analítico delimitado por las reglas jurídicas aplicables para su determinación. Lo anterior, asimismo, presenta argumentativamente una conveniencia práctica, puesto que el Convenio de Washington deliberadamente soslaya una conceptualización del término Inversión, dejándolo a la amplitud negocial de las partes¹⁴⁵.

Así, en un primer acercamiento genérico, un tribunal del Centro debiese –cuando el problema sea procesalmente planteado– realizar un análisis del TBI respectivo para ver qué tipos de inversiones son reconocidas en dicho acuerdo. Si el tratado en cuestión, reconoce como inversiones a las acciones u otras participaciones en compañías, la LTA para el accionista se puede derivar normativamente de éste. Detrás de esto, implícitamente, se encuentra el entendimiento, de que, el dominio sobre acciones es el

¹⁴⁴ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*. Decision on Jurisdiction (Ancillary Claim) ICSID Case No. ARB/01/3 (Ancillary Claim). 2 de Agosto, 2004. § 27-28. “The tribunal is persuaded that, again, in this case, the claimants have *ius standi* to claim in their own right as they are protected investors under the Treaty. The claimant’s right to bring an action on their own has been finally established in the treaty and there are no reasons to hold otherwise in connection to this dispute. Neither is this situation contrary to international law or de ICSID practice and decisions (...) it is simply not tenable to try now to dissociate TGS from those other companies and the investors and argue that the claimants do not have *Ius Standi* [because investments were channeled through this network of corporate arrangements] This is one of the essential features of the Treaty and the protection it extends to foreign investors”. (Traducción Libre por los autores).

¹⁴⁵ Cfr. Schreuer, Cristoph. “*The ICSID Convention: A Commentary*”. Cambridge University Press. Tomos I y II. 2001. pág. 121 y ss.

vehículo apto para canalizar la inversión extranjera real –cual es, la compañía local misma –en el porcentaje que se tenga según su correlato accionario.

Este enfoque, que se denominará *directo de la inversión*, ha comenzado a primar en la jurisprudencia arbitral CIADI y, particularmente, en las demandas en contra del Estado Argentino, con ocasión de la profunda crisis económica sufrida a inicios de este siglo, cuestión que motivó una serie de medidas de política económica que afectaron a compañías con accionistas extranjeros. A su turno, la lógica, detrás de la concepción de la compañía-inversión, provee una importante consecuencia, en el entendido de que, si el TBI respectivo, protege la inversión en acciones de una compañía local –porque finalmente dicha inversión se estima como un medio para canalizar el verdadero fundamento de la transferencia de capital– el Estado demandado no podrá alegar, más tarde, que el instrumento convencional protege, exclusivamente, los derechos económicos o políticos tradicionales que otorga la acción, en tanto título/valor –v.gr. léase derecho a percibir dividendos, a ejercer voto en las instancias corporativas pertinentes y a recibir –eventualmente– los activos residuales producto de la liquidación de ésta.

A modo de ejemplo el modelo de TBI de Estados Unidos señala que:

“(…) Inversión significa: Todo activo de que un inversionista es dueño o controla, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo entre dichas características el compromiso de capital u otros recursos, expectativas de ganancia, utilidades o la adopción de un riesgo. Las formas que una inversión puede tomar incluyen (...) (b) Acciones, capital, y otras formas de participación patrimonial en una empresa”¹⁴⁶.

¹⁴⁶ US Model BIT (Draft), 2004. Artículo 1 (a): “(...) Investment means: every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the

Siguiendo, por su parte, la misma tendencia, la práctica jurisprudencial –en el contexto del Centro– ha reconocido de manera uniforme el enfoque directo de la inversión en varios casos¹⁴⁷, entre los cuales, es posible destacar expresamente *Maffezini* en que el tribunal señaló:

“Estas disposiciones indican que las inversiones de capital están cubiertas por el Acuerdo Bilateral sobre Inversiones (ABI Argentina-España) [artículos I(2) y II(2)]. Además, disponen que las personas que tengan la nacionalidad de una de las Partes Contratantes, que efectúen inversiones en sociedades o entidades jurídicas similares creadas en el territorio de la otra Parte Contratante, tienen, en general, derecho a invocar la protección de este Tratado. Estas disposiciones complementan los requisitos del Artículo 25 del Convenio y son compatibles con ellos (...) En la opinión del Tribunal, el Demandante ha satisfecho esta prueba inicial. Es un inversor argentino en una sociedad española, que ostensiblemente somete el caso para proteger su inversión en esa empresa y por las pérdidas en que ha incurrido como resultado de los actos causantes del daño que le atribuyen al Demandado. Si el Demandante puede probar tales hechos, tendría la capacidad de invocar el ABI en su carácter personal [es decir, considerársele como Legitimado Activo]”¹⁴⁸.

En este sentido, Schreuer señala que se deben tener en cuenta las disposiciones de los Tratados respectivos, para afirmar la existencia de LTA o protección procesal directa a los accionistas –esto es, las acciones como forma de inversión. Esto permite además soslayar los problemas de nacionalidad *ratione personae*, si, como es frecuente, la compañía afectada está constituida en el Estado receptor y por tanto no califica como

assumption of risk. Forms that an investment may take include: (...) (b) Shares, stock, and other forms of equity participation in an enterprise.”

¹⁴⁷ Ver por todos: Schreuer, Cristoph. “Shareholders...”. Op. Cit. pág. 6.

¹⁴⁸ *Emilio Agustín Maffezini c. El Reino de España*. ICSID Case No. ARB/97/7. 25 de Enero, 2000. § 68-69.

inversionista “extranjero”. En este caso la compañía afectada no es tratada como *inversionista*, sino como *inversión*¹⁴⁹.

Lo mismo ocurre, en el evento de que existan contratos celebrados entre el Estado receptor de la inversión y el inversionista extranjero, los cuales contemplan un mecanismo de solución de controversias autónomo. En este caso, se dice, será el Derecho invocado por el actor, el que dirimirá si existe LTA del accionista en sede CIADI. A estos efectos, en el caso *CMS*, el tribunal dispuso que: “(...) CMS [la matriz accionista] no está reclamando por derechos pertenecientes a TGN [la compañía afectada, constituida en el Estado argentino] sino que por los derechos asociados con la inversión en la segunda. Se sigue de ello, que CMS califica como inversionista extranjero bajo el TBI y su participación como accionista *es* una inversión extranjera amparada por el Tratado, teniendo por tanto la facultad de Accionar independientemente de TGN. Este derecho a la Acción, se argumenta, surge directamente de las normas del BIT [TBI] y es independiente de cualquier derecho que TGN pudiera haber tenido bajo el contrato de licencia”¹⁵⁰.

Cabe también, tener presente lo señalado en el caso *Compañía de Aguas de Aconquija* (Vivendi II), relativo a un recurso de nulidad presentado en contra del laudo original. En él se señala que: “(...) En conformidad con otros TBI’s, el artículo 1° del tratado invocado [TBI Argentina-Francia], claramente distingue entre accionistas extranjeros en compañías locales y las sociedades en sí mismas. Mientras que el dominio de acciones por extranjeros es por definición una “inversión” y su dueño un “inversionista”, la compañía local sólo cabe dentro del ámbito del artículo 1° si es “efectivamente

¹⁴⁹ Cfr. Schreuer, Cristoph. “*Shareholders...*”, pág. 20.

¹⁵⁰ *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*. Op. Cit. §40. “(...) CMS is not claiming for rights pertaining to TGN but for the rights associated with its investment in the company. It is further stated that CMS qualifies as a foreign investor under the BIT and its participation as a shareholder is a foreign investment protected under the treaty, thus having a right of action independently from TGN. This right of action, it is argued, arises directly from the BIT provisions and it is independent from any contractual right of action that TGN might have under the license”. (Traducción Libre por los autores)

controlada, directa o indirectamente por nacionales de un Estado contratante o por compañías establecidas bajo sus leyes”¹⁵¹.

Bajo esta óptica, no es posible sostener como parámetro de determinación de la LTA del accionista –requerida para accionar ante el Centro– uno que sea otorgado por la legislación nacional del Estado receptor de la inversión, en tanto, la controversia se trata, fundamentalmente, de un conflicto de Derecho Internacional que incumbe a las fuentes convencionales que la sustentan, es decir, a un TBI –si lo hay– y al propio Convenio de Washington, en lo que sea pertinente.

Precisamente, serán los propios términos de Inversionista e Inversión asignados por el respectivo TBI, los cuales, determinarán si se trata de una inversión amparada en el marco del respectivo instrumento, y por tanto, eventualmente protegida por el alcance del consentimiento para recurrir al Centro¹⁵².

El punto a discutir entonces –en una diferencia surgida en el seno del CIADI– no es tanto el daño mismo a la compañía afectada, sino que, la violación a alguno de los parámetros establecidos por el TBI respectivo, o que por expresa disposición del Convenio, permiten recurrir a este mecanismo de solución de controversias. Se trata así, en lo sustantivo, *de una violación de Tratado*, por lo que una de las consecuencias más determinantes sería que la LTA no se debe descartar, necesariamente, solo porque la compañía está constituida en el Estado receptor de la inversión¹⁵³.

¹⁵¹ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. (CAA) and Vivendi Universal (Formerly Compagnie Générale de Eaux o CGE) v. The Republic of Argentina*. Decision of annulment. ICSID Case No. ARB/97/3. 21 de Noviembre, 2000. § 50.

¹⁵² Cfr. *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*. Disponible en *International Legal materials*, Vol. 42, 2003. págs. 794-810.

¹⁵³ Cfr. *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P v. The Argentine Republic*. Nótese que la categoría de violación de Tratado se usa en un sentido restringido; no nos hacemos cargo, con mayor detenimiento de la distinción entre incumplimiento contractual e incumplimiento de tratado. § 30.

Por último, el estándar de *Barcelona Traction* es –no obstante erradamente– un razonamiento circunscrito a Derecho Internacional consuetudinario; de ahí que, en sí mismo, reconozca valor a los instrumentos convencionales que se aparten de él¹⁵⁴. Así, por ejemplo, en muchos casos, la práctica convencional del Derecho Internacional –al margen de los tradicionales TBI– también ha reconocido el derecho de un accionista a demandar directamente por daños en la compañía en la que se radica su inversión. En concordancia con lo anterior, cabe tener presente lo señalado a propósito del TLCAN, en su artículo 1117¹⁵⁵, en relación con el artículo 1121 del mismo Tratado –y que, como ya se dijo, fue ideado precisamente para soslayar las adversas consecuencias que ocasionaba para el flujo de inversiones el caso *Barcelona Traction*. La última de estas disposiciones, señala como “Condiciones previas al sometimiento de una reclamación al procedimiento arbitral” que:

1. Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el Artículo 1116, sólo si:

(...) b) El inversionista y, cuando la reclamación se refiera a pérdida o daño de una participación en una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto”.

Todo lo anteriormente señalado, lleva a concluir que la llamada solución de Derecho Internacional, con base en el enfoque directo de la inversión, supone enfrentar el problema de la extensión de la LTA al accionista, sobre la base de la interpretación del sustrato normativo aplicable caso a caso.

La fortaleza de esta posición, radica en que no resulta necesario acudir a otras fuentes normativas con una característica más difusa –v.gr el Derecho Internacional

¹⁵⁴ Cfr. Schreuer, Cristoph. “*Shareholders...*”. Op. Cit. pág. 3.

¹⁵⁵ Vid. *supra* capítulo II, A.3.1.2. Como ya se dijo en dicho apartado, esta disposición resulta relevante, asimismo, por permitir la existencia de LTA por sustitución procesal.

Consuetudinario— descansando en la propia voluntad que el Estado receptor de la inversión manifestó en su oportunidad, con ocasión del consentimiento prestado para la celebración del TBI respectivo.

El argumento precedente adquiere mayor fuerza, con ocasión de exigencias regulatorias empleadas por el Estado receptor de la inversión, en el sentido que se obliga a la constitución de una compañía bajo el derecho nacional de éste. En tal sentido, en *CMS* el demandante planteó esta situación al decir que, siendo las acciones una forma de inversiones amparadas por el TBI, ellas gozan de protección independiente de las reclamaciones que la compañía en que se tiene dicha participación, pueda tener. Por lo demás, fue el propio Estado receptor de la inversión el que requirió que los concesionarios de gas fuesen compañías locales. Por consiguiente, de denegarse protección sustantiva a los accionistas, no reconociéndoseles LTA, implicaría dejar a los Tratados que amparan estas inversiones, sin sentido¹⁵⁶.

C- Solución de Derecho Privado

C.1- Generalidades

Resulta un punto relativamente indiscutido, que la existencia de la personalidad jurídica —con los atributos propios de un sujeto de derecho— ocupa hoy un lugar primordial en la estructura económica y legal de la generalidad de los ordenamientos jurídicos, respetándose así la separación formal entre accionista y sociedad, incluso para la impetración de remedios procesales¹⁵⁷. Sin embargo, aún cuando aceptásemos que es, de alguna manera, el Derecho nacional del Estado receptor de la inversión, el que puede

¹⁵⁶ Cfr. *CMS Gas Transmisión Company v. Argentina*. § 60.

¹⁵⁷ Código de Procedimiento Civil, Artículo 8º: "El gerente o administrador de sociedades civiles o comerciales, o el presidente de las corporaciones o fundaciones con personalidad jurídica, se entenderán autorizados para litigar a nombre de ellas con las facultades que expresa el inciso 1º del artículo anterior, no obstante cualquiera limitación establecida en los estatutos o actos constitutivos de la sociedad o corporación".

tener injerencia sobre una controversia de corte eminentemente internacional, la práctica jurisprudencial y legislativa moderna apuntan en una dirección contraria a la establecida en este sentido por *Barcelona Traction*¹⁵⁸. En efecto, la indiscutible importancia económica de la ficción jurídica, que permite separar el patrimonio de una compañía de los diferentes patrimonios de sus dueños, puede también ser problemática cuando es el propio Estado –esto es, quien da origen a dicha separación en el marco del Derecho societario– quien desea perseguir una obligación, que estima trasciende, las fronteras de esta propia distinción.

Lo señalado precedentemente, es lo que tradicionalmente se conoce a nivel dogmático como la Teoría del Levantamiento del Velo Societario o Corporativo (*piercing of the corporate veil o disregard of the legal entity*)¹⁵⁹. Por su parte, la práctica jurisprudencial actual de los tribunales domésticos, ha comenzado a aceptar esta teoría, al estimar que existe un interés –pretendidamente superior– en gravar los patrimonios de quienes se encuentran tras esta persona jurídica distinta, con el fin de darle eficacia a un pasivo –obligación– que se desea radicar.

El punto a determinar, dentro del desarrollo analítico del problema, es la eventual viabilidad de la situación inversa, esto es, cuando se persigue –por parte de ciertos patrimonios diferentes– una acreencia en contra de un Estado determinado que nace de una responsabilidad frente a este patrimonio separado, en el cual, se poseen derechos; situación a la cual se le llamará levantamiento *inverso* del velo corporativo.

Las consecuencias asociadas a una aceptación irrestricta de esta posibilidad inversa no pueden pasar desapercibidas; la tradicional fórmula de separación de patrimonios para la persecución, tanto de los derechos personales, como de las obligaciones que se radican

¹⁵⁸ Vid *supra*, capítulo VI, A.1.2.

¹⁵⁹ La teoría del velo corporativo ha recibido creciente aplicación jurisprudencial en materias tributarias – para efectos de evitar posibles elusiones o evasiones por parte de los contribuyentes– como así también en lo que respecta al Derecho Laboral; en este último punto, cabe destacar la reciente discusión zanjada por el Tribunal Constitucional de Chile, con ocasión del llamado proyecto de subcontratación laboral.

diferenciadamente en ellos, es una condición indispensable en el contexto de las legislaciones comerciales modernas a nivel mundial. Admitir, *prima facie*, que un órgano adjudicador puede, sin más, pasar por alto las reglas formales establecidas para la seguridad de las transacciones modernas, puede en el futuro significar un problema de consecuencias importantes. Es por ello que este trabajo pretende ofrecer un *test* de admisibilidad para que dicho permiso al tribunal, siga siendo una solución que opere en el margen, aún cuando, se encuentre sustentada en el Derecho Internacional¹⁶⁰.

Por de pronto, un Estado determinado no puede argumentar, por una parte, que posee un derecho procesal para soslayar la distinción patrimonial básica, cuando persigue efectos sancionatorios –asegurándose una eficacia mayor en la radicación de ese efecto– y, por otro, negarlo cuando dicha situación puede importarle un efecto perjudicial –como consecuencia de la extensión de la LTA, en favor de los titulares de una Acción en su contra, sustentada en un daño ocasionado por él.

La práctica jurisprudencial de los tribunales internacionales, tampoco se ha mantenido impermeable a este razonamiento. En efecto, en *Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo* el tribunal señaló que: “(...) En general, los tribunales CIADI no aceptan el punto de vista de que su competencia se encuentra limitada por formalidades, y más bien fallan sobre ésta basados en una revisión de las circunstancias que rodean al caso y, en particular, las relaciones actuales entre las compañías involucradas. Esta jurisprudencia revela la voluntad de los tribunales del Centro para abstenerse de decidir sobre su competencia, basados en apariencias formales y a fundar sus decisiones sobre un análisis realístico de las situaciones presentadas ante ellos”¹⁶¹.

¹⁶⁰ Vid. *infra*, capítulo VI, C.2.

¹⁶¹ *Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo*. ICSID Case No. ARB/98/7. 28 de Octubre, 1998. En Wisner, Robert y Gallus, Nick “Nationality requirements in Investor–State arbitration”. pág. 927–945. En *The Journal of World Investment & Trade*. Volume 5, Number 6 December 2004. pág. 937-938. En este mismo sentido, *CMS Gas Transmisión Company v. Argentina*. Op. Cit., según lo expuesto en el pie de página N° 59.

En *CMS*, el tribunal se refirió a la argumentación propuesta por Argentina, en el sentido de que no procedería trasponer, bajo su Derecho nacional, la personalidad jurídica de una compañía constituida y domiciliada en dicho país. El tribunal señaló al respecto que el hecho de que, tanto la legislación argentina, como la generalidad de los ordenamientos jurídicos domésticos distingan la personalidad jurídica de las sociedades de la de sus socios o accionistas, no es determinante para este caso, puesto que: (1) El Derecho aplicable es el Convenio y el TBI y no el Derecho nacional; y (2) Aún en el evento de considerar la legislación argentina, se debe hacer notar que ella igualmente ha contribuido al levantamiento del velo societario, cuando los verdaderos intereses detrás de la personalidad jurídica formal necesitan ser identificados¹⁶².

Desde ya, debe ser aceptado que el levantamiento del velo corporativo tiene, en ciertos casos, un efecto bidireccional. De esta manera –no obstante se reconoce el mantenimiento de la separación de personas jurídicas– se puede ofrecer un *test* de excepción, el cual, debe operar en determinados casos –en el contexto del Convenio de Washington– para el examen de la LTA. Con todo, que dicho *test* pase del margen a ser la práctica jurisprudencial general, es una cuestión que se resuelve en su dimensión práctica y que tampoco excluye su posible aceptación en tanto *lex generalis*, cuestión que dependerá, en definitiva, de la intensidad que le asignemos a cada uno de los elementos integrantes de dicho examen.

C.2- La reparación integral

En conjunto con las razones expuestas precedentemente, debe entenderse que la compensación por un perjuicio causado se fundamenta en la satisfacción íntegra de una

¹⁶² Cfr. *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*. El tribunal se refiere al artículo 54 § 3, de la ley 19.550 enmendada por ley 22.903, que señala que: “La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, y constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes [sic] que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”. Con esto se recoge en *CMS*, además la idea de que los Estados también son responsables bajo la teoría de los actos propios.

expectativa económica dañada, pues sólo entonces –desde un punto de vista estrictamente económico– se cumplirá con aquella curva de indiferencia donde para la víctima, en este caso el inversionista extranjero, le son indiferentes como solución el daño o resarcimiento, quedando en la misma situación en cualesquiera de ambos casos¹⁶³. Con ello, se busca colocar, en el centro de la cuestión, la noción de que es necesario maximizar los beneficios del accionista, en tanto sujeto que decide tomar un riesgo de inversión –muchas veces en países en vías de desarrollo– con los beneficios sociales agregados que ello genera¹⁶⁴.

Por lo demás, la posibilidad de otorgar LTA a sujetos de Derecho Internacional distintos de los Estados –al margen de la protección diplomática y el reconocimiento de la existencia de responsabilidad de los Estados, por hechos dañosos contra particulares– es consistente con la extensión de la LTA a dichos individuos –los verdaderamente afectados– que desean obtener una indemnización compensatoria, como parte de una evolución del Derecho Internacional¹⁶⁵.

A propósito de las relaciones entre protección diplomática y LTA del accionista, el profesor Orrego da un argumento de carácter teleológico. Señala al respecto que: “Si la ficción de intervención del Estado a su propio nombre (derecho) ha sido reducida, de manera similar, la ficción de la personalidad jurídica de la sociedad no debería hacer precluir el derecho de los accionistas individuales a ser protegidos”¹⁶⁶.

¹⁶³ Cfr. Posner, Richard. “*El análisis económico del Derecho*”. traducción de Eduardo L. Suárez. Fondo de Cultura Económica. México. 2000. pág. 183 y ss.

¹⁶⁴ Cfr. Schreuer, Christoph. “*Shareholders...*” Op. Cit. pág. 3, señala que: El daño ocasionado al accionista puede afectar sus derechos en tanto accionista directamente, tal como sucedería en el caso de expropiación de sus acciones, o indirectamente, tal como en el caso de disminución de la utilidad o valor económico de la compañía.

¹⁶⁵ Cfr. Orrego Vicuña, Francisco. “*The Protection...*”. Op. Cit. pág. 164.

¹⁶⁶ Orrego Vicuña, Francisco. “*Changing Approaches to the Nationality of Claims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement*”. En ICSID Review. Investment Law Journal. Volume 15, number 2, 2000. Op. Cit. pág. 359.

De lo anterior se sigue que, en el evento de negarse LTA al accionista, los riesgos asociados a la decisión de invertir conllevarían una traba que operaría como barrera a la decisión de transferencia de capitales, para la generalidad de los casos. Como señala Orrego, existe un error de sobre simplificación al establecer, como problema central, el de la *identificación* entre el derecho de la sociedad y el de los accionistas, puesto que en realidad se trata de establecer si un accionista –con derecho a cierta forma de protección internacional– puede reclamar en su propio nombre por actos dañosos de un Estado que han afectado sus intereses económicos en la compañía¹⁶⁷.

En este punto, cabe tener en especial consideración, la particular situación de los accionistas minoritarios; al respecto, se debe observar que, tal como se señaló, el mecanismo de solución de controversias en comento, busca especialmente proteger la inversión, ya que, de negarse la LTA para buscar el resarcimiento y, por consiguiente, entregarse –hipotéticamente– el monopolio de ella exclusivamente a la compañía directamente afectada, dicho estado de compensación íntegra pudiera no ser alcanzado, o darse el caso que, al hacerlo, signifique un costo que impacte en la reducción de las expectativas del *quantum* de resarcimiento. Bajo el primer supuesto, dichos accionistas deberán esperar a que los demás controladores o mayoritarios de la compañía –en definitiva, quienes tengan una injerencia determinante en la administración de la sociedad– decidan sobre la distribución monetaria de la referida compensación, criterio que por lo demás, ya ha sido recogido por la jurisprudencia del Centro, específicamente en *Impregilo S.p.a v. Islamic Republic of Pakistan*, al establecer –eso sí, *obiter dicta*– que:

“(…) Una vez que el tribunal ha dictado un laudo sobre una reclamación indirecta, incluyendo la porción que pertenece a los accionistas minoritarios, dichos accionistas minoritarios serían dejados sin un recurso independiente, excepto en cuanto a que el derecho societario aplicable pudiese permitirles repetir contra la mayoría. El tribunal no

¹⁶⁷ Cfr. Orrego Vicuña, Francisco. “*The Protection...*”. Op Cit. pág. 162.

tiene medios para compeler a un actor exitoso a distribuir el producto de su reclamación, recibiendo éste el 100%”¹⁶⁸.

En consecuencia, el *test* de excepción que un Tribunal del Centro efectuase, debería considerar –al momento de conocer una demanda de un inversionista extranjero, que es a la vez accionista de una sociedad local afectada por un Estado, respecto del cual, se dirige la demanda– en primer lugar, la necesidad de realizar un análisis respecto de los términos de inversión del TBI respectivo, entendiendo que, al incluirse las acciones dentro de dicha categoría, lo que *verdaderamente* se está protegiendo, son los flujos futuros esperados de dichos títulos-valores, asimismo, como de los activos de la compañía que pudiesen verse afectados¹⁶⁹, los cuales, son representados a través de la entidad jurídica afectada o económicamente disminuida; ello, conjuntamente con, en segundo término, mantener un fuerte apego a una consideración estrictamente vertical del problema, sin –por lo anterior– olvidarse del análisis de la cláusula de consentimiento y del impacto sobre la LTA –en la persona del demandante– para así poder, con ello, finalmente, decidir la controversia, teniendo en consideración el interés económico afectado y el impacto sobre la regla de compensación íntegra¹⁷⁰.

En síntesis, la protección de la inversión extranjera –y particularmente del inversionista extranjero como sujeto de Derecho Internacional– es, en definitiva, la protección de una expectativa legítima de seguridad que nace de la oferta estatal a un privado, para internar

¹⁶⁸ *Impregilo S.p.a v. The Islamic Republic of Pakistan*. Decision on Jurisdiction. ICSID Case No. ARB/03/3. 22 de Abril, 2005. § 152. “(...) Once the Tribunal has rendered an Award on an indirect claim, including the portion owned by the minority shareholders, those minority shareholders would be left without independent recourse, except insofar as the applicable corporate law might permit them to recover against the majority. The tribunal has no means of compelling a successful claimant to distribute the proceeds of its claim, were it to receive 100%”.

¹⁶⁹ Cfr. Schreuer, Cristoph. “*Shareholders...*”. Op. Cit. pág. 20.

¹⁷⁰ Cabe destacar que, la generalidad de la doctrina –con algún respaldo jurisprudencial– le asigna a la cláusula de consentimiento pactada en el Tratado respectivo el valor de ser finalmente la norma de clausura (*cut off point*) que impida una interminable cadena de demandas por parte de todos los accionistas pertenecientes a la estructura corporativa. Se ha preferido aquí, sin embargo, mantener un apego mayor a los principios más tradicionales que informan la responsabilidad por hechos dañosos, por sobre consideraciones interpretativas, necesariamente contingentes. Para un mejor análisis de lo anterior, ver por todos: *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P v. The Argentine Republic*

ciertos bienes, derechos o capitales a un país determinado, bajo fuertes garantías que supongan un posible beneficio esperado, con costos también previsibles –entre los que se incluyen los riesgos normales asociados a una inversión¹⁷¹. El establecerse de esta forma permite, entretanto, que la búsqueda de un resarcimiento efectivo pueda servir como un estándar de concreción que ayude a localizar el real interés económico detrás de la inversión¹⁷².

En todo caso, desde un punto de vista orgánico, es la propia configuración institucional del CIADI –como foro arbitral de resolución de disputas– lo que hará necesario dejar a un lado una ficción jurídica –nacida al amparo de los Derechos nacionales– que, al menos en el Derecho Internacional puede ser problemática, cuando su aplicación se realiza con carácter irrestricto. Por lo anterior, es que, los fundamentos mismos de un aspecto primordial de este Derecho Internacional –en tanto diseño normativo de solución de controversias– deben ser especialmente sensibles a las asimetrías existentes entre las partes objeto de una disputa, cuando ocurre que una de ellas es un sujeto de Derecho Internacional distinto a un Estado.

Si, como se ha sostenido, determinados organismos –entre los que se cuenta el Centro– han sido creados para superar la tradicional –y muchas veces problemática– protección diplomática de un Estado a sus nacionales, como una forma de garantía de justicia¹⁷³, entonces no parece correcto limitar, a su turno, el acceso a dichos mecanismos, o la eficacia de acudir a ellos, basándose en consideraciones formales –muchas veces requeridas por el propio Estado demandado– en virtud de legislaciones internas.

¹⁷¹ La calificación de qué es un riesgo normal, es un problema casuístico cuya problemática determinación no afecta lo sostenido en este trabajo, pero que tiene especial relevancia en el contexto de la llamada *cláusula de trato justo y equitativo*. Para un notable tratamiento de este punto, se recomienda MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile. ICSID Case No. ARB/01/7. 25 de Mayo, 2004.

¹⁷² Cfr. Orrego Vicuña, Francisco. “*The Protection...*”. Op Cit. pág. 162.

¹⁷³ Cfr. Orrego Vicuña, Francisco. “*Changing...*” Op. Cit. pág. 343.

Las cuestiones de índole formal, entonces, deben ser analizadas bajo parámetros menos amplios, que permitan de manera eficaz obstaculizar sólo aquellas reclamaciones temerarias que importen un costo innecesario para el Estado demandado –y para el sistema internacional de solución de controversias– pero que en ningún caso supongan, en el hecho, una denegación de justicia. Lo anterior, debido a que el problema fundamental para el inversionista radica en que, ante la ausencia de un foro internacional de solución jurisdiccional de la controversia, deberá litigar, esta vez en tanto compañía y no como accionista Legitimado Activo, en los tribunales del Estado receptor de la inversión –muchas veces un país en vías de desarrollo– que se suponen muchas veces carentes de la independencia necesaria para garantizar consideraciones de debido proceso, cuando una de las partes no es un nacional de éste.

Ello, sin perjuicio que los anteriores razonamientos no implican que el actor pueda sin más –por el sólo hecho de estimarse con jurisdicción el Centro y competencia el tribunal respectivo– considerar, *prima facie*, como acreditado poseer una reclamación legítima en cuanto a su mérito, por los presuntos perjuicios sufridos en su esfera personal; lo anterior, debido a que este último punto es una cuestión que se reserva para el fallo sobre el fondo de la controversia. En el estadio procedimental de objeciones a la jurisdicción, será suficiente acreditar que, de resultar ciertas, sus argumentaciones le otorgarían la facultad necesaria para someter el caso a título personal, no permitiéndose al tribunal emitir un fallo inhibitorio¹⁷⁴.

¹⁷⁴ Cfr. *Emilio Agustín Maffezini c. El Reino de España*. §69.

VII-CONCLUSIONES

En el presente trabajo, se ha querido estudiar de forma detenida, la Legitimación Activa como concepto de carácter general, propio del Derecho Procesal, y la aplicación que este instituto está teniendo en la práctica forense internacional, a través del mecanismo de solución de controversias internacionales relativas a inversiones extranjeras, denominado CIADI.

En específico, se pretendió establecer los fundamentos jurídicos necesarios subyacentes a las soluciones que se han ido desarrollando en la jurisprudencia del Centro, con ocasión de la interposición de demandas por parte de accionistas –inversionistas extranjeros– en contra de Estados receptores de sus inversiones, por daños ocasionados a las compañías respecto de las cuales aquéllos detentan una participación.

A través de estas páginas, se ha procurado someter a consideración del lector, la idea de que, si bien, el asunto en comento, es uno de aquellos propios del Derecho Procesal y, más concretamente, del Derecho Procesal Internacional, no por ello deben excluirse de su razonamiento, elementos propios de otras ramas de la ciencia jurídica, a saber, el Derecho Internacional y el Derecho Privado.

Como elemento central del análisis realizado, es relevante destacar la eminente dimensión *práctica* de la posición asumida en este trabajo, esto es, que los accionistas sí se encuentran Legitimados Activamente para impetrar válidamente una demanda ante los tribunales arbitrales formados al alero del CIADI. Ello, porque, no se desconoce, existe un interés mediato en salvar a este mecanismo de solución de disputas, de las consecuencias que se derivarían de establecer un concepto más rígido de LTA. Asimismo, debe tenerse en expresa consideración, que aquella postura que los diferentes intervinientes tomen en relación con este punto, impactará decisivamente en la magnitud de los flujos de capital destinados a inversiones a lo largo del orbe.

Lo anterior, sin perjuicio de que, jurídicamente, parece poco apropiado limitar *prima facie* el acceso al Centro, aún en virtud de consideraciones cuantitativas –entiéndase, número de acciones que se detentan– cuando puede argumentarse que el consentimiento para arbitrar se encuentra en el instrumento, con arreglo al cual, se promueve la inversión bajo controversia. Es este diseño institucional –en el marco del Convenio de Washington– y no otro, el que debe ser estructurado, de forma tal que, en definitiva, permita al Tribunal arbitral respectivo del Centro decidir –en base a cuestiones sustantivas y en la sentencia de mérito respectiva– si existe una obligación internacional del Estado demandado para con el inversionista extranjero.

Cabe destacar que, una adecuada regla de costas, un aumento en las listas de árbitros, así como un mecanismo de acumulación de autos –cuando sean accionistas minoritarios y controladores los que demanden al mismo Estado, por un idéntico objeto y causa– junto con un apego a reglas de distribución indemnizatoria a prorrata, pueden contribuir a acrecentar las garantías necesarias que todo inversionista extranjero busca, a la vez que, asegurar el éxito permanente del Centro como foro internacional de resolución de disputas.

Finalmente –y sin perjuicio de lo anteriormente señalado– la Legitimación Activa, en tanto paradigma fundamental en la determinación de la persona del demandante en un procedimiento en particular, no debe ser utilizada como una excusa argumentativa para establecer criterios de política legislativa que obedecen a motivos diferentes de aquellos estrictamente procesales, como resulta del caso de denegar su existencia respecto de los accionistas en el seno del CIADI, con el objeto de sustraerse de las obligaciones que surgen del actuar dañoso de un Estado, por mucho que esto se realice por un fin que se estima como preponderante, existiendo v.gr. una crisis económica generalizada en un país determinado.

BIBLIOGRAFÍA

A.- Fuentes Doctrinales:

A.1- Directas:

1. CARNELUTTI, FRANCESCO. “Instituciones del Proceso Civil”. Quinta edición. Buenos Aires. Ed. Jurídicas Europa-América S.A. Tomo III. 1956.
2. COUTURE, EDUARDO J. “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”. Tercera edición. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1997.
3. DE LA BARRA GILL, FRANCISCO. “Responsabilidad extracontractual por daño ambiental: el problema de la legitimación activa”. Revista Chilena de Derecho Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago. Vol. 29 N°2. 2002.
4. FIGUEROA YÁVAR, JUAN AGUSTÍN. “¿En que momento procesal puede alegarse la falta de legitimación activa?” Revista de Derecho Procesal Facultad de Derecho Universidad de Chile. Santiago. N° 19. 1997.
5. GÓMEZ-FERRER MORANT, RAFAEL. “Derecho a la tutela judicial y posición peculiar de los poderes públicos”. Revista Española de Derecho Administrativo. España. N°33. 1982.
6. MATURANA MIQUEL, CRISTIÁN. “Disposiciones Comunes a todo Procedimiento”. Apuntes de clases. Santiago. Mayo 2003.
7. MONROY GALVEZ, JUAN. "Introducción al Proceso Civil". Bogotá. Ed. Temis. 1996.
8. MONTERO AROCA, JUAN. “La Legitimación en el Proceso Civil”. Madrid. Ed. Civitas. 1994.
9. MOSQUERA RUIZ, MARIO y MATURANA MIQUEL, CRISTIAN. “Breves Nociones acerca de la Cosa Juzgada”. Apuntes de clases. Santiago. Mayo 2005.

10. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. “La legitimación activa en los procedimientos ante los Tribunales Constitucionales de América del Sur”. Revista Ius et Praxis. Talca. Vol.10 N° 2. 2004.
11. ORREGO VICUÑA, FRANCISCO. “Changing Approaches to the Nationality of Claims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement”. ICSID Review. Investment Law Journal, Volume 15, Number 2, 2000
12. ORREGO VICUÑA, FRANCISCO. “The Globalization of Nationality”. Statement at the opening session conference on Nationality and Investment Treaty Claims. British Institute of International and Comparative Law. Londres. Mayo 2005.
13. ORREGO VICUÑA, FRANCISCO. “The Protection of Shareholders Under international Law: Making State responsibility more accessible”. En RAGAZZI, MAURIZIO (editor). ”International Responsibility Today. Kiminklijke Brill NV”. Holanda. 2005.
14. PALLARES, EDUARDO. “Diccionario de Derecho Procesal Civil”. México. 1978.
15. POSNER, RICHARD. “El análisis económico del Derecho”. Traducción de Eduardo L. Suárez. Fondo de Cultura Económica. México. 2000.
16. ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO. “El Control de Oficio de los Presupuestos Procesales y la Cosa Juzgada Aparente. La Capacidad Procesal”. Revista Chilena de Derecho. Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago. Vol. 28 N° 4. 2001.
17. SILGUERO, J. “La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Colectivos a Través de la Legitimación de los Grupos”. Madrid. Ed. Dykinson. S.L. 1995
18. SCHREUER, CRISTOPH. “Shareholders Protection in International Investment Law”. 23 de Mayo 2005. Disponible en:
www.univie.ac.at/intlaw/pdf/csunpublpaper_2.pdf

19. SCHREUER, CRISTOPH. "The ICSID Convention: A Commentary". Cambridge University Press. Tomos I y II. 2001.
20. TICONA POSTIGO, VICTOR. "El debido proceso y la demanda civil". Lima. Ed. Rodhas. 1999.
21. WISNER, ROBERT Y GALLUS, NICK "Nationality requirements in Investor–State arbitration". En The Journal of World Investment & Trade. Volume 5, Number 6. Diciembre 2004.

A.2- Indirectas:

1. CALAMANDREI, PIERO. "Instituciones del Derecho Procesal Civil según el nuevo Código". Buenos Aires. Ed. EJEA. 1962. En CORDÓN MORENO, FAUSTINO. "Sobre la Legitimación en el Derecho Procesal". Revista Chilena de Derecho. Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago. Vol. 25 N°2. 1998.
2. ECHANDÍA, DEVIS. "Teoría General del Proceso". Ed. Universidad. Tomo I. 1984. En MATURANA MIQUEL, CRISTIÁN. "Disposiciones Comunes a todo Procedimiento". Apuntes de clases. Santiago. Mayo 2003.
3. GUASP, JAIME. "Derecho Procesal Civil". Madrid. Ed. Civitas. 1998. En Maturana Miquel, Cristián. "Disposiciones Comunes a todo Procedimiento". Apuntes de clases. Santiago. Mayo 2003.
4. VESCOVI, ENRIQUE. "Teoría General del Proceso". Ed. Temis. 1984. En Maturana Miquel, Cristián. "Disposiciones Comunes a todo Procedimiento". Apuntes de clases. Santiago. Mayo 2003.

B.- Fuentes Jurisprudenciales:

1. Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo. ICSID Case No. ARB/98/7. 28 de Octubre, 1998.
2. Barcelona Traction. Light and Power Company, Limited (Second Phase). Corte Internacional de Justicia. 5 de Febrero de 1970. Resumen disponible en: <http://www.icjci.org/icjwww/idecisions/isummaries/ibtsummary700205.htm>
3. CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic. Decision on Objections to Jurisdiction. 17 de Julio, 2003. Disponible en: International Legal materials. Vol. 42.
4. Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P v. The Argentine Republic. Decision on Jurisdiction (Ancillary Claim). 2 de Agosto, 2004.
5. Impregilo S.p.a v. The Islamic Republic of Pakistan. Decision on Jurisdiction. 22 de Abril, 2005.
6. Emilio Agustín Maffezini c. El Reino de España. ICSID Case No. ARB/97/7. 25 de Enero, 2000.
7. Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka. ICSID Case No. ARB/00/2. 15 de Marzo, 2002.
8. Sentencia del Tribunal Supremo Español. 26 de Marzo, 1991. RJ 2450. En Cordon Moreno, Faustino. Sobre la Legitimación en el Derecho Procesal. Revista Chilena de Derecho. Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago. Vol. 25 N° 2. 1998.

C.- Fuentes Legales:

1. Código Civil
2. Código de Procedimiento Civil
3. Código Procesal Penal.
4. Constitución Política de la República de Chile

5. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados o Convenio de Washington, 1965.
6. Ley 18.046, de sociedades anónimas.
7. Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), capítulo XI.
8. United States Model of Bilateral Investments Treaties (Draft), 2004.