

LA ACCIÓN DERIVATIVA COMO MECANISMO DE CONTROL Y MONITOREO EN PUERTO RICO

ARTICLE

JOSÉ FRANCISCO GIERBOLINI BONILLA *

Introducción	81
I. Gobernanza Corporativa	82
II. Acción Derivativa en Puerto Rico.....	82
A. Legislación	82
1. Legislación sobre Acción Derivativa.....	82
2. Regla del Juicio Comercial	85
B. Jurisprudencia	87
1. Aspectos Generales.....	87
2. Responsabilidad Derivativa	89
3. Requisitos de la Acción Derivativa	90
a. Primer Requisito	90
b. Segundo Requisito.....	90
c. Tercer Requisito.....	91
d. Cuarto Requisito	92
e. Quinto Requisito	93
4. Mecanismo de Control y Monitoreo.....	93
5. Legitimación Activa de la propia Corporación	96
6. Fusión o Consolidación.....	99
III. Conclusión	100

INTRODUCCIÓN

ESTE ESCRITO PRETENDE SER UNA CORTA CONSULTA REFLEXIVA COMO UNA aportación al Derecho Corporativo en Puerto Rico. No pretende ser exhaustiva porque se trata del análisis ejemplar con énfasis en los casos más recientes, sus estatutos, reglas y la jurisprudencia pertinente en Puerto Rico sobre la Acción Derivativa como mecanismo de control y monitoreo de la gestión empresarial. Por el contrario, es una invitación a juristas, profesores y estudiantes para abordar el tema profundamente.

* El autor es Bioquímico, Psicólogo Industrial y Graduado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Puerto Rico.

La Acción Derivativa, (*Derivative Suit*) es una acción contra los directores de una corporación fundamentándose en que los directores no están tomando decisiones para el beneficio de los accionistas. Por lo general, quien decide si demanda a nombre de la corporación es la junta de directores, ya que los accionistas delegaron en ellos esa facultad. Si la junta y los oficiales no utilizan los fondos corporativos para el bienestar de los accionistas, es decir, por ejemplo, malversación de fondos o conflicto de intereses, a modo de excepción los accionistas pueden instar una Acción Derivativa, a nombre de la corporación y en contra de la junta de directores, reclamando los daños que esos funcionarios corporativos ocasionaron. Esta acción se fundamenta en la alegación de que no se están administrando los fondos en el mejor interés de los accionistas. De esta forma la Acción Derivativa se convierte en un mecanismo de control y monitoreo.

I. GOBERNANZA CORPORATIVA

Actualmente existe en el derecho corporativo una clara dicotomía sustancial entre el capital y la gestión, que se exterioriza cuando quienes administran y gestionan la corporación no son quienes soportan el riesgo empresarial o financiero. La disociación entre la tarea gerencial y los accionistas no se presentaba en la era inicial del capitalismo, donde prevalecía la mano invisible del mercado y la competencia, dado que los empresarios eran los dueños de las empresas y los límites se fijaban a través del mercado. Sin embargo, transitamos hacia la gobernanza corporativa, donde el control de los accionistas se cede a los administradores, oficiales y junta de directores.

El mercado se caracteriza por una creciente competitividad, que exige a las empresas mayor agresividad en sus políticas de gestión; lo que implica la asunción de un mayor riesgo empresarial y financiero. En este contexto los nuevos supuestos de responsabilidad civil aumentan cualitativa y cuantitativamente, con lo que aquéllos adquieren mayor relevancia respecto de los administradores, oficiales y directores corporativos. Dentro de este contexto analizamos la Acción Derivativa como un mecanismo eficaz y de reciente utilidad emergente para el control y monitoreo de la gestión empresarial.

II. ACCIÓN DERIVATIVA EN PUERTO RICO

A. Legislación

1. Legislación sobre Acción Derivativa

La Acción Derivativa es un remedio en equidad reconocido por los tribunales para vindicar los derechos de una corporación, cuando las personas llamadas a hacerlo no lo hacen. En algunas situaciones los accionistas, en nombre de la corporación, pueden entablar aquellas acciones legales que resulten en beneficio de la corporación. La Ley de Corporaciones recoge la acción llamada derivativa, la cual permite al accionista o a un grupo de éstos el que, para evitar o remediar

un daño, lesión, incumplimiento o abuso contra la corporación misma, presentaren una acción judicial para beneficio de la corporación, remediando el daño o impidiendo la lesión o requiriendo el cumplimiento. En nuestro ordenamiento legal corporativo dicha acción ha sido incorporada en la Ley General de Corporaciones de 1995.¹ Esta Ley derogó la antigua Ley Núm. 3 del 9 de enero de 1956, según enmendada, conocida también como Ley General de Corporaciones.

El Artículo 12.06 de este estatuto vigente define la acción derivativa en los siguientes términos:

En cualquier pleito entablado por un accionista a beneficio de alguna corporación organizada con arreglo a las leyes del Estado Libre Asociado, deberá alegarse en la demanda que el demandante era accionista de la corporación cuando se efectuó la transacción impugnada, o que las acciones le fueron transferidas luego de la transacción por ministerio de ley.²

Posteriormente la Asamblea Legislativa de Puerto Rico aprobó la Ley Núm. 487 de 23 de septiembre de 2004 para enmendar la Ley Núm. 144 de 10 de agosto de 1995, según enmendada, como dijimos conocida como Ley General de Corporaciones, con el propósito de añadir los nuevos Capítulos XIX, XX, y XXI, que dispondrán sobre la creación y las normas aplicables a las *compañías de responsabilidad limitada*; y otros extremos relacionados.³

Según se refleja en la exposición de motivos de esta ley se pretende con la misma flexibilizar la manera de organizar las empresas y hacer negocios. Al mismo tiempo se amplía el ámbito de la Acción Derivativa como mecanismo de control y monitoreo:

Pertenece a un sistema global económico donde la rigurosa competencia nos obliga a modernizar nuestras leyes de comercio y adoptar aquellas leyes que otorguen a los ciudadanos del Estado Libre Asociado de Puerto Rico (ELA), al igual que a inversionistas extranjeros, la mayor flexibilidad para levantar capital y poder mantenernos competitivos a nivel mundial. La formación de capital local y la atracción del inversionista del exterior es una función de las organizaciones empresariales, como, por ejemplo, la corporación y las sociedades. Sin embargo, la dinámica de la entidad empresarial va cambiando a través de los tiempos. La evolución de las corporaciones y las sociedades, incluyendo la sociedad de responsabilidad limitada, son productos del desarrollo económico y social y de la necesidad de maximizar los recursos. La más reciente de estas entidades es la compañía de responsabilidad limitada. Al adoptar esta ley autorizando la creación de las compañías de responsabilidad limitada, se facilita la creación de

¹ Ley Núm. 144 del 10 de agosto de 1995, según enmendada, 14 LPRA § 2601 *et seq.*, (2008).

² 14 LPRA § 3131 (2008).

³ 14 LPRA § 3426 *et seq.*, (2008).

nuevas entidades y se convierte al ELA en un lugar más atractivo para el establecimiento de negocios, lo que ayuda a promover nuestro desarrollo económico.⁴

En el sub-capítulo VII del mencionado capítulo 19 de la Ley General de Corporaciones, que tiene que ver con las Acciones Derivativas en relación a las compañías de responsabilidad limitada, indica el Artículo 19.48 sobre el Derecho a presentar una Acción Derivativa que:

Un miembro o un cesionario de un interés en una CRL podrá presentar una acción ante el Tribunal de Primera Instancia, para cobrar una sentencia a su favor *si los administradores o miembros con autoridad para hacerlo se han negado a presentar la acción o si un intento de ocasionar que dichos administradores o miembros presenten la acción es improbable que funcione.*⁵

Al incorporar esta legislación a nuestro ordenamiento jurídico corporativo se declara la intención de controlar y monitorear a las empresas, sus administradores, oficiales y directores a través del mecanismo de la Acción Derivativa. Nótese que esta disposición establece el principio o concepto de esfuerzo fútil, es decir cuando no vale la pena acudir con el reclamo a los administradores, oficiales y directores de la junta.⁶ Esto es, en el sentido coloquial, cuando los cabros están velando las lechugas.

Añade el Artículo 19.49 sobre el Demandante:

En una acción derivativa, el demandante tendrá que ser un miembro o un cesionario de un interés en una CRL al momento de presentar la acción y:

1. Al momento de ocurrir la transacción de la cual surge la reclamación del demandante-, o
2. El carácter de miembro o cesionario de un interés en una CRL del demandante ha surgido por operación de ley o conforme a los términos de un CCRL de una persona que era un miembro o un cesionario de un interés en una CRL al momento de la transacción.⁷

Los Artículos 19.50 y 19.51 hablan sobre la Demanda y de los Gastos respectivamente:

En una acción derivativa el demandante deberá detallar las gestiones, si alguna, del demandante para ocasionar el comienzo de la acción por el miembro o administrador, o las razones para no hacer las gestiones.⁸

En caso de que en una acción derivativa se resuelva a favor, en todo o en parte, sea mediante sentencia, acuerdo o transacción, el Tribunal podrá conce-

4 Ley Núm. 487 del 23 de septiembre de 2004, 14 LPRA § 3426, Exposición de Motivos, (2008).

5 14 LPRA §3433 (2008) (énfasis suplido).

6 Véase *id.*

7 14 LPRA § 3433(a) (2008).

8 14 LPRA § 3433(b) (2008).

der al demandante compensación por gastos razonables, incluyendo honorarios legales razonables, de cualquier recobro en dicha acción o de la CRL.⁹

He aquí de nuevo el fortalecimiento de la Acción Derivativa como mecanismo de control y monitoreo al conceder al demandante triunfante compensación por gastos razonables, incluyendo honorarios legales razonables, de cualquier recobro en dicha acción.

De otra parte, el accionista puede entablar una acción directa contra la corporación cuando se le ocasionan daños o en caso de que se lesionen o violen sus derechos como accionistas de la corporación. Esta acción puede tramitarse contra la corporación o contra aquel accionista, oficial, director o agente que directamente le causare daño al accionista. Se diferencia esta acción directa de la derivativa en el sujeto al cual se intenta beneficiar con la acción. En la acción derivativa el sujeto beneficiado será la corporación misma, mientras que en la directa el beneficio es para el accionista como accionista mismo. Cuando el daño alegado sea causado a la persona de modo individual y particular, no a la corporación o al accionista como tal, no existe duda de que se tiene una causa de acción separada y distinta por razón de la relación muy particular que les vincula, la cual no depende de su condición de accionista.¹⁰

2. Regla del Juicio Comercial

Como parte de la legislación hablamos sobre la Regla del Juicio Comercial porque es importante conocerla para poder entender los requisitos de la Acción Derivativa que comentaremos más adelante.¹¹

La Asamblea Legislativa de Puerto Rico incorporó dentro de sus normas en el derecho de corporaciones el principio sobre la Regla del Juicio Comercial. Observamos que en el Artículo 4.03 de nuestra Ley se protege al director u oficial que haya tomado una decisión comercial en forma racional, con la atención y cuidado que desplegaría un director u oficial responsable y competente en dicho puesto, y que haya obrado de buena fe.¹² Sólo habrá de perderse la protección cuando el oficial o director haya incurrido en negligencia crasa en el desempeño de sus obligaciones y deberes.¹³

La regla fue adoptada con el objetivo de ofrecer deferencia hacia el juicio comercial y de alentar la toma de decisiones, considerando la naturaleza riesgosa de los negocios en el comercio y las empresas. La Regla del Juicio Comercial protege al individuo que desempeña la función de director u oficial en casos de decisiones honestas o por errores de juicio cometidos de buena fe y sin ánimo

⁹ 14 LPRA § 3433(c) (2008).

¹⁰ Artículo 12.04, 14 LPRA § 3129 (2008).

¹¹ Sección II.B.3 de este escrito, Requisitos de la Acción Derivativa, *infra*.

¹² 14 LPRA § 2723 (2008).

¹³ *Id.*

personal de lucro o ventaja. Este criterio parte de la premisa de la deferencia hacia el juicio comercial por la necesidad de flexibilidad, discreción y autonomía en la toma de decisiones, que en muchas ocasiones se llevan a cabo de forma rápida y bajo mucha presión.

La regla reconoce que los tribunales deben tener cierta cautela o deferencia en intervenir con el juicio de los directores u oficiales responsables y competentes en las decisiones comerciales. Esto es así, primero, porque el conocimiento o *expertise* del tribunal no es el económico, sino el judicial. En segundo lugar, aun cuando tuviesen el conocimiento o *expertise*, quien se supone que dirige la empresa es la junta de directores y no los jueces. Tercero, el juez representa al estado, no se debe suplantar el juicio privado por el juicio del gobierno.

El principio sobre el juicio comercial tiene como fundamento el deber de diligencia que se les exige a los directores y oficiales para que actúen con responsabilidad, competencia, de buena fe y razonabilidad, para el beneficio y mejores intereses de la corporación. El cumplimiento de este deber habrá de evaluarse, comparando la decisión con la diligencia con que un director u oficial responsable y competente llevaría a cabo sus negociaciones en iguales circunstancias.¹⁴

El Artículo 2.03 de la Ley de Corporaciones¹⁵ nos habla del ejercicio de la gerencia en beneficio de la corporación. La autoridad y los poderes conferidos a toda corporación organizada al amparo de las leyes del ELA, o a los directores u oficiales de la misma, por ley o en el certificado de incorporación o instrumento de igual fuerza y vigor, o en los estatutos corporativos, se disfrutarán y deberán ejercerse por la corporación o por los directores u oficiales, según sea el caso, en (1. Lealtad) beneficio de los accionistas de la corporación y (2. Diligencia) para la gestión prudente de sus negocios y asuntos, (3. Intra Vires) así como para la promoción de sus objetivos y propósitos.¹⁶ Un director o administrador que viola esos deberes está quebrantando la ley y como consecuencia está expuesto a responsabilidad personal.

La Regla sobre el juicio comercial actúa conjuntamente con una presunción de regularidad y corrección; la Regla presume que un director u oficial ha sido responsable y competente. Para rebatir la misma hay que demostrar que el oficial o director tenía un interés personal, no tuvo la información adecuada al decidir o no tomó en cuenta el mejor interés de la corporación.¹⁷

La Asamblea Legislativa de Puerto Rico ha incluido dentro de sus normas en el derecho de corporaciones otras disposiciones complementarias que recogen la regla sobre el juicio comercial como lo son los Artículos 4.01(i) y 4.08(a) de la Ley General de Corporaciones.¹⁸ El primero protege al oficial o director cuando con-

¹⁴ *Id.*

¹⁵ 14 LPRA § 2653 (2008).

¹⁶ *Id.*

¹⁷ Artículo 4.04 de la Ley General de Corporaciones, 14 LPRA § 2724 (2008).

¹⁸ 14 LPRA § 2721(i) y 2778(a) (2008).

fió de buena fe en los récords de la corporación, o en la información que le hayan presentado a la corporación oficiales, empleados, comités de la junta de directores y otras personas peritas en la materia. Un miembro de la junta de directores, o un miembro de cualquier comité designado por la junta de directores, estará, en el desempeño de sus funciones, completamente protegido al confiar de buena fe en los récords de la corporación y en la información, opiniones, informes o ponencias presentados a la corporación por cualquiera de los oficiales o empleados de la corporación, o comités de la junta de directores, o por cualquier otra persona, sobre asuntos que el miembro razonablemente cree están dentro del ámbito de la competencia profesional o experta de dicha persona que fue seleccionada con cuidado razonable por o para la corporación.¹⁹

El otro artículo faculta a la corporación a asumir los costos de la litigación, los honorarios de abogados y la sentencia que un tribunal le imponga a un oficial, director o empleado cuando haya actuado de buena fe, con prudencia y diligentemente, y no tenía causa razonable para creer que su conducta fuera ilícita. Añade el precepto que el hecho de que haya recaído una sentencia en contra del oficial, director o empleado, no crea una presunción de que éstos incumplieran con su deber de diligencia, y que no tuvieran una causa razonable para creer que su decisión fuera antijurídica.²⁰

Por el contrario, si prevalece el oficial o el director, la corporación deberá indemnizarle por los gastos de litigios y los honorarios de abogados en que haya incurrido. En la medida en que un director, oficial, empleado o agente de una corporación haya prevalecido en los méritos o, de otro modo, en la defensa de la acción, pleito o procedimiento o en la defensa de cualquier reclamación, asunto o controversia relativa a los mismos, se le indemnizará por los gastos razonables incurridos, incluso los honorarios de abogados, por razón de dicha acción, pleito o procedimiento.²¹

B. Jurisprudencia

1. Aspectos Generales

Además de la condición de accionista cuando ocurrió el daño y durante el transcurso del procedimiento judicial, se requiere que la corporación se incluya como parte demandada en el pleito aunque ésta sea su beneficiaria ulterior. Por otra parte, en el caso de las corporaciones íntimas o familiares, en las cuales se da una relación interna distinta a la que se desarrolla en las corporaciones tradicionales, los directores y accionistas se consideran más socios y asumen posición de directores o accionistas únicamente en sus negociaciones con terceros. De

¹⁹ Véase 14 LPRC § 2721(i) (2008).

²⁰ Véase 14 LPRC § 2728(a) (2008).

²¹ Artículo 4.08(c), 14 LPRC § 2728(c) (2008).

ordinario en el caso de las corporaciones íntimas, los derechos de los accionistas que controlan la corporación y los derechos de la propia corporación son idénticos e inseparables.²²

Recientemente, en abril de 2009, en el Tribunal Supremo de Puerto Rico se vio un caso donde un accionista minoritario presentó una demanda que dentro de las causas de acción incluía la Acción Derivativa para proteger los mejores intereses de una empresa y evitar la enajenación de su activo principal. Lamentablemente la controversia se trabó por una anotación preventiva en el Registrador de la Propiedad y no tuvimos la oportunidad de que nuestro Tribunal Supremo se expresara sobre el alcance de la Acción Derivativa.²³

Liquilux Gas Corporation v. Berrios,²⁴ un caso muy famoso por la representación legal simultánea de una corporación íntima y sus accionistas, se originó por las discrepancias entre los directores y se alegó defender los intereses de la empresa en una Acción Derivativa. En una opinión suscrita por el Juez Hernández Denton en la cual el Juez Rebollo López no intervino y con la cual el Juez Fuster Berlinger disintió sin opinión escrita, el Tribunal Supremo confirmó una descalificación ordenada por el tribunal de instancia dentro de un pleito derivativo.

Los hechos según relatados en la opinión establecen que *Liquilux Gas Corporation* (*Liquilux*), una corporación íntima compuesta por tres accionistas, a saber, Zaragoza (67%), Newell (25%) y Berrios (8%), demostró interés en adquirir la totalidad de las acciones de *Tropigas de Puerto Rico, Inc.* (*Tropigas*). *Liquilux* autorizó a Newell y Berrios a adquirir, para beneficio de la corporación, dichas acciones. Durante la negociación con *Tropigas*, Newell y Berrios se percataron de que si comparecían a nombre de *Liquilux*, la compraventa podría fracasar debido a que Zaragoza tenía una deuda contributiva considerable. Por lo tanto, y alegadamente para evitar que esto sucediera, optaron por realizar la gestión de compra a nombre propio. Cuando Zaragoza se enteró de que Newell y Berrios estaban tramitando la compra a nombre propio, se suscitó una controversia entre Zaragoza, por un lado, y Newell y Berrios, por el otro, que impidió que éstos pudieran realizar un pago requerido por *Tropigas* para una fecha estipulada, por lo que *Tropigas* dio por resuelto el contrato de opción de compra.

Liquilux contrató los servicios de un bufete de abogados, e instó demanda contra Newell y Berrios. Se alegó que éstos habían violado el deber de fiducia al usurpar una oportunidad corporativa. Poco después, Zaragoza, también representado por el mismo bufete, demandó a Newell y Berrios con prácticamente las mismas alegaciones contenidas en la demanda contra *Liquilux*. Al tiempo, *Liquilux* enmendó la demanda para traer a otra parte como demandada y, por su parte, Newell y Berrios interpusieron demanda de tercero contra Zaragoza en la cual alegaron que éste era el único culpable de que la compraventa de *Tropigas*

²² *Liquilux Gas Corporation v. Berrios*, 138 DPR 850, 862-863 (1995).

²³ *Quiñones Reyes, et al v. Registrador de la Propiedad*, 2009 TSPR 63, en la pág. 4, 176 DPR ____.

²⁴ *Liquilux*, 138 DPR en las págs. 855-856 y 870.

se frustrara. Solicitaron, mediante Acción Derivativa, que Zaragoza resarciera a Liquilux y, mediante acción directa, que también los resarciera a ellos como accionistas minoritarios.

Aun antes de la Ley Núm. 144 de 10 de agosto de 1995 conocida como Ley General de Corporaciones de 1995 el Tribunal Supremo de Puerto Rico tipificó una causa de acción como Acción Derivativa de accionistas minoritarios en protección de intereses corporativos, además de los intereses de los accionistas minoritarios.²⁵ El caso trata sobre un Recurso Gubernativo para revisar una Nota de Carmen J. Rocafort de López, Registro de la Propiedad de San Juan, que deniega una anotación de *lis pendens*. El Tribunal Supremo permite la alegación como una alternativa de derecho a una anotación preventiva sin resolución judicial sobre la premisa de que en la Acción Derivativa en que los accionistas minoritarios representan el interés de la corporación, ésta que es la titular registral de los inmuebles es la verdadera parte demandante.²⁶ En perjuicio de los promovidos anota el Tribunal: “[p]ero resulta que en su reclamación de condominios, los promovidos representan exclusivamente su interés y derecho, y no el de la corporación”.²⁷

2. Responsabilidad Derivativa

En el 1968 el Tribunal Supremo de Puerto Rico hablaba de Responsabilidad Derivativa dentro del derecho corporativo en el contexto de cosa juzgada:

[E]s preciso distinguir entre los dos efectos que produce una sentencia, el positivo, que consiste en su cumplimiento mediante la ejecución, y el negativo, *la imposibilidad de reproducir la contienda*. El primero da lugar a la *actio iudicati*; el segundo, a la *exceptio rei iudicatae*. Esta última ‘impide reproducir la cuestión fallada, *promoviendo un nuevo pleito sobre el mismo asunto* las que sostuvieron el primero.’ A poco que se examine la situación que consideramos vemos que estrictamente no se trata de un nuevo pleito, sino del mismo pleito, sólo que en una etapa posterior, y que, más decisivo aun, no se trata del mismo asunto ya que en la ocasión anterior se incluyó a Fajardo, aunque no se alegó expresamente, para exigirle, junto a la corporación, una responsabilidad directa por los defectos de construcción; ahora, se solicita autorización para incluirle a base de la responsabilidad derivativa aneja a todo accionista que recibe bienes de una corporación disuelta.²⁸

²⁵ Rocafort de López v. Álvarez, 112 DPR 563, 565 (1982).

²⁶ *Id.* citando a 13 William Fletcher, CYCLOPEDIA OF CORPORATIONS, § 5994, en la pág. 500 (1980); William Clark, HANDBOOK OF THE LAW OF PRIVATE CORPORATIONS, §149-151a págs. 503-504 (3ra ed. 1916).

²⁷ Rocafort de López, 112 DPR en la pág. 565, nota 2.

²⁸ Feliciano Ruiz v. Alfonso Dev. Corp., 96 DPR 108, 113-114 (1968) (énfasis en el original).

3. Requisitos de la Acción Derivativa

Como hemos mencionado antes, los tribunales tradicionalmente han exigido el cumplimiento con una serie de requisitos para autorizar la Acción Derivativa. Estos requisitos son: (1) la corporación debe incluirse como parte demandada; (2) la persona que insta la acción debe haber sido accionista al momento en que ocurrió el daño por el que reclama y durante todo el litigio; (3) antes de acudir al tribunal, el accionista debe reclamar a los administradores de la corporación que tiene una acción sobre el particular; (4) por tratarse de una acción en equidad, el accionista está sujeto a las defensas tradicionales de equidad, como son las de manos limpias, impedimento, incuria y renuncia, entre otras; y, (5) el pleito no puede transigirse ni desistirse sin la autorización del tribunal.²⁹

a. Primer Requisito

La corporación debe incluirse como parte demandada. Esto es, la corporación es parte indispensable, y como tal hay que incluirla como parte demandada aunque abstractamente debería ser parte demandante. Esto es así porque como es la junta de directores la que crea el daño, ésta no van a traer el pleito a nombre de la corporación, por lo que hay que demandar a los directores para incluirlos como parte, al mismo tiempo que la corporación.

b. Segundo Requisito

La persona que insta la acción debe haber sido accionista al momento en que ocurrió el daño por el cual reclama y durante todo el litigio. La condición de accionista debe estar presente al momento en que se insta la acción y dicha condición debe mantenerse a través de todo el proceso judicial.³⁰ No pueden instar acciones derivativas aquellos accionistas que han solicitado el derecho de avalúo, tampoco podrán instar este tipo de acción aquellos accionistas que hayan consentido a la acción impropia o que hayan participado de la acción que intentan impugnar. Hay una excepción a este caso y es cuando se adquieren las acciones por ministerio de ley; como por ejemplo en la herencia, que aunque la persona no ha sido todo el tiempo accionista, la persona de quién heredo sí lo era. Otra excepción es cuando hay un esquema continuo de hacerle daño a la corporación, en cuyo caso basta con que en algún momento haya sido accionista para poder llevar la acción.

²⁹ *Oliveras v. Centro Unido de Detallistas*, KLCE 2008-00224 en la pág. 10, citando a Carlos E. Díaz Olivo, *CORPORACIONES*, (1999), págs. 278-279.

³⁰ Las acciones no tienen que permanecer inalteradas durante todo el proceso judicial, ni tienen que estar registradas en los libros. La parte demandante tiene que tener acciones en la corporación porque de lo contrario no tendría legitimación activa. Son los accionistas bona fide los que tienen capacidad en ley o legitimación activa para presentar la Acción Derivativa. No se pueden *adquirir* pleitos derivativos comprando acciones de una corporación particular.

c. Tercer Requisito

Antes de acudir al Tribunal, el accionista debe reclamar a los administradores de la corporación que tomen acción sobre el particular. No debemos perder de vista que la facultad de instar acciones a nombre de la entidad corporativa le fue delegada a la junta de directores. Es por esto último que el accionista que interesa instar una Acción Derivativa viene obligado, so pena de perder su derecho de acudir a los tribunales, a informar a la propia junta de directores acerca de la conducta que le aqueja de los directores corporativos antes de acudir a los tribunales. Si la junta de directores toma cartas en el asunto y resuelve la situación el accionista estará vedado de acudir a los tribunales, puesto que la controversia se habría tornado académica.

En cambio, si la junta de directores opta por no atender el reclamo, el accionista podrá, después de esperar un período de tiempo razonable, acudir a los tribunales a vindicar el derecho de la entidad. Este requisito tiene un propósito similar al de agotar los remedios administrativos que es darle a la junta de directores la oportunidad de atender el problema para mantener la estructura corporativa. Si se lleva el pleito derivativo y luego la junta de directores resuelve el problema, se estarían consumiendo los recursos judiciales y privados innecesariamente. La excepción lo es el esfuerzo fútil, es decir, cuando no vale la pena acudir con el reclamo a los administradores, oficiales y directores de la junta por ser precisamente ellos los responsables de la acción impugnada, pues son los malversadores de fondos o los involucrados en algún conflicto de intereses, entonces se puede obviar este tercer requisito.

¿Qué sucede si se le plantea el problema a la junta de directores y ésta no actúa al respecto? Está el asunto de la Regla del Juicio Comercial,³¹ pero hay que tener presente, que si la junta de directores fue la que causó el daño, el conflicto de interés desactiva la Regla del Juicio Comercial. Por ejemplo: la corporación llegó a un acuerdo con un suplidor para que le suministre un producto y el suplidor incumple el contrato y no envía el suministro. Si la corporación no actúa podría surgir la situación de que se quiera llevar un pleito derivativo por la inacción de la junta de directores en demandar al suplidor. Primero hay que informarle el problema a la junta de directores y esperar que la junta determine si va a actuar o no. Hay que tomar en consideración que en muchas situaciones hay razones para que la empresa que sufre un daño decida no demandar. Esto puede ampararse en la Regla del Juicio Comercial porque la junta de directores puede alegar que no conviene llevar la acción porque los costos de un litigio pueden ser mayores que los beneficios o por mantener la imagen pública de la empresa, entre otras consideraciones.

Otro ejemplo: Se están malversando los fondos de la corporación y se están desviando a una cuenta bancaria en Suiza. Es la misma junta de directores la que está llevando a cabo estos actos ilícitos. ¿Se va a ir a donde la junta de direc-

31 Véase la sección II.A.2 de este escrito, Regla del Juicio Comercial, *supra*.

tores a pedirle que tome medidas contra sí misma para corregir una acción de la cual ellos son responsables? El incumplir con el requisito de que se lleve el planteamiento a la junta de directores antes que al tribunal podría conllevar la desestimación de la demanda. Sin embargo, el demandante podría alegar que esta acción no tiene sentido porque es la junta de directores la responsable del esquema y por lo tanto que este paso sería un esfuerzo fútil. La Asamblea Legislativa de Puerto Rico ha considerado este planteamiento.³²

El problema es bajo qué parámetros el tribunal va a permitir que se omita el requisito de llevar primero la controversia a la junta de directores. El tribunal debe determinar si los directores son o no independientes de la transacción, en otras palabras, que no tengan conflicto de interés. Además, debe determinar si el tipo de acto que se cuestiona es uno de los protegidos bajo la Regla del Juicio Comercial. El tribunal debe examinar si se crea una duda razonable de que: (1) los directores son razonables e independientes y (2) la transacción atacada, es producto del ejercicio básico del juicio comercial.

d. Cuarto Requisito

Por tratarse de una acción en equidad, el accionista está sujeto a las defensas tradicionales. El origen de la acción derivativa como remedio en equidad implica para el accionista que insta el pleito la posibilidad de que se invoque en su contra alguna de las defensas tradicionales de equidad, como manos limpias, impedimento, incuria y renuncia, entre otras. La más compleja de las defensas, en términos corporativos, es la de incuria y con ella el problema de la prescripción. Para la prescripción hay que tener en cuenta que el accionista no está presentando una acción personal, sino una que en realidad le pertenece a la corporación. Esto significa, que la naturaleza de la acción y el término prescriptivo aplicable no deben analizarse desde la perspectiva del accionista. Por el contrario, el plazo prescriptivo pertinente debe ser aquel que aplicaría si la acción hubiera sido presentada por la corporación.

En los pleitos derivativos, los tribunales aplican los plazos prescriptivos de la acción corporativa subyacente. Dependiendo de si la acción es contractual o extracontractual, así también dependerá el plazo prescriptivo. Cuando la acción se inicia contra alguno de los componentes de la estructura corporativa, esto es administradores, directores u oficiales, la acción deberá entablarse dentro de los tres años de adquirirse conocimiento de los hechos que originan la responsabilidad.³³ En este caso el término empieza a transcurrir tan pronto se adquiere el conocimiento de los hechos que dan paso a la responsabilidad.

Esto no es tan sencillo como parece, pues son los mismos directores quienes infligen el daño a la entidad. Se debe enfatizar en el enfoque de mayoría desinte-

³² 14 LPRÁ § 3433 (2008). Véase la sección II.A.1 de este escrito, Legislación sobre Acción Derivativa, *supra*.

³³ Artículo 47 del Código de Enjuiciamiento Civil, 32 LPRÁ § 261 (2004).

resada. Se considera que el término no empieza a transcurrir hasta que en la junta de directores no exista una mayoría de directores inocentes, no involucrados o desinteresados respecto a la transacción que da base a la reclamación.

Como parte del enfoque se establece una presunción de que los funcionarios corporativos demandados están en control de la corporación e impiden que se tome cualquier acción contra las irregularidades o fallas por ellos cometidas. Esta presunción, como cualquier otra es controvertible. La defensa de incuria puede invocarse para cerrar el acceso judicial a una Acción Derivativa, en vista de los factores especiales que rodean la tardanza en la iniciación del pleito, aun cuando la tardanza no excediera el término prescriptivo dispuesto en la ley.

e. Quinto Requisito

Antes de que se transija un pleito tiene que contar con el aval del tribunal. Esto es para asegurarse que la transacción es en el mejor interés de la corporación y los accionistas. La Acción Derivativa no puede desistirse o transigirse sin la aprobación del tribunal y sin efectuar una notificación de esta determinación a los accionistas. En caso de una transacción el tribunal deberá determinar que el acuerdo propuesto es justo y razonable. La razón de ser de esta exigencia es la naturaleza fiduciaria de la Acción Derivativa y su objetivo es proteger de los abusos que podría acarrear los acuerdos privados entre la corporación y el accionista demandante. La determinación de la razonabilidad de la transacción deberá realizarse de conformidad con las exigencias de la regla del juicio comercial que tenga el tribunal.

Los elementos que de ordinario son considerados por el tribunal son los siguientes: (1) la posible validez de la reclamación; (2) las dificultades de hacer valer tales reclamaciones en un tribunal; (3) la posibilidad de cobrar cualquier sentencia; (4) la tardanza, los gastos y los problemas que conllevarían un litigio; (5) el monto de la transacción en comparación con el importe que pudiera obtenerse y cobrarse de la sentencia; y (6) las posiciones a favor y en contra de las partes en el pleito. Los proponentes de la transacción tendrán el peso de probar su razonabilidad. Al transigir el pleito, se supone que el accionista no se lucre a costa o en perjuicio de los restantes accionistas de la corporación; pero, no es impropio que como parte del acuerdo, al demandante se le trate un tanto diferente del resto de los accionistas.

4. Mecanismo de Control y Monitoreo

El 11 de marzo de 2008 el Tribunal de Apelaciones emitió una Resolución donde afirma la Acción Derivativa como mecanismo de control y monitoreo en la gestión y administración de una corporación sin fines de lucro. Como medida de control, monitoreo y corrección de deficiencias en la administración por parte de la junta de directores, un socio presentó una demanda ante el Tribunal de

Primera Instancia contra el Centro Unido de Detallistas (en adelante CUD) donde solicitó que se dictara sentencia declaratoria.³⁴

En síntesis, fundamentó dicha solicitud en que, en su capacidad de socio o miembro *bona fide* del CUD, impugnaba la designación del señor Pedro Malavé como ayudante del Presidente de la organización, con remuneración, por constituir la misma una violación al Reglamento del CUD. Solicitó como remedios que se ordenara el cese y desista del señor Malavé como ayudante del Presidente del CUD; la devolución por éste de cualquier remuneración recibida por ocupar dicho cargo; la anulación de todas las determinaciones de la Junta de Directores del CUD a partir del 1 de noviembre de 2006; la celebración de elecciones para cubrir ciertas vacantes en dicha Junta; y la designación de un Administrador Judicial.³⁵

El CUD planteó que el socio demandante no tenía capacidad o legitimación activa para presentar la demanda instada por no ser socio del CUD, razón por la cual no le era permisible promover una Acción Derivativa por derecho propio contra el CUD. El socio expresó que sin su presencia y sin la oportunidad de ser oído, en una asamblea general ordinaria del CUD celebrada el 10 de septiembre de 2006, se había presentado una moción de expulsión en su contra, sobre la cual hubo objeción por ciertos socios presentes y que, aun así y contrario al reglamento de la organización y a los procedimientos parlamentarios aplicables, se decretó su expulsión.³⁶

El Tribunal de Apelaciones concluyó que el foro primario resolvió correctamente el mantener al socio demandante por derecho propio en la Acción Derivativa, hasta que la cuestión sobre cómo se decretó su expulsión fuera finalmente resuelta, es decir, hasta tanto se demostrara al Tribunal de Primera Instancia el hecho que el socio demandante inició la Acción Derivativa a sabiendas de que no era socio *bona fide* del CUD. En apretada síntesis este caso demuestra la utilización de la Acción Derivativa como mecanismo para controlar y monitorear la gestión empresarial cuando el Tribunal declara que la Acción Derivativa es un remedio en equidad reconocido por los tribunales y dentro de nuestro derecho corporativo para vindicar los derechos de una corporación.³⁷

En *Martínez Ruiz v. Triple-S, Inc.*,³⁸ aun cuando los demandantes no plantearon el caso como una Acción Derivativa fue el Tribunal de Apelaciones quien planteó que para que una de las causas de acción prosperara tenía que ser planteada como una Acción Derivativa.³⁹ El Tribunal de Apelaciones indicó que:

³⁴ *Oliveras v. Centro Unido de Detallistas*, en la pág. 2.

³⁵ *Id.* en las págs. 2-3.

³⁶ *Id.* en las págs. 4-5.

³⁷ *Id.* en las págs. 7, 9 y 16.

³⁸ *Martínez Ruiz v. Triple-S, Inc.*, KLCE 2007-00332; KLCE 2007-00491, en la pág. 5.

³⁹ *Id.* en las págs. 12 y 51.

[e]l único demandante que tiene legitimación activa para hacer ese reclamo en favor de la corporación es el doctor Hau. Pero tiene que acreditar expresamente, que era accionista de la corporación cuando se efectuaron las transacciones impugnadas o que le fueron transferidas después por ministerio de ley. De no hacerlo procederá la desestimación de la acción derivativa. Así lo manda la ley.⁴⁰

El mencionado caso es uno complicado, cuya demanda cuenta con 197 hechos alegados que se entrelazan para sostener ocho causas de acción. La demanda fue incoada por once médicos que alegan haber sido excluidos del listado de proveedores del plan de seguro de salud Triple S. Les acompañan como co-demandantes: otro médico que es proveedor dentro del plan y además accionista de Triple S; tres pacientes que alegan que sus médicos han sido excluidos del listado de proveedores de Triple S; y una persona interesada en la suscripción directa del plan, pero que alega que es muy costoso. Los demandados son Triple S Inc. y otras corporaciones subsidiarias e individuos que se alega están relacionados con las acciones imputadas a Triple S Inc. en la demanda.⁴¹

El planteamiento de Acción Derivativa como mecanismo de control y monitoreo por resarcimiento de daños está en la primera causa de acción, los demandantes piden que se obligue a los demandados a devolverle a Triple S los \$67,000,000 que tuvo que pagar a Hacienda por concepto de contribuciones y la devolución de toda pérdida económica causada o gasto indebido cargado a los activos de la corporación por alegados actos fraudulentos de sus oficiales y administradores. Para que proceda una reclamación de esa naturaleza existe y hay que atenerse a las disposiciones de la Ley de Corporaciones.⁴²

Otro caso donde observamos la reafirmación de la Acción Derivativa en nuestro ordenamiento jurídico como mecanismo de control y monitoreo para evitar o remediar un daño, lesión, incumplimiento o abuso contra la corporación misma lo es el caso de Bahía Hotel.⁴³ Éste fue resuelto mediante Resolución por el Tribunal de Apelaciones y devuelto al Tribunal de Primera Instancia para que continuaran los procedimientos de acuerdo a lo expresado por el Tribunal.

Allí la demandante solicitó una acción directa contra sus hermanos y a su vez, Acción Derivativa a favor de la corporación por el alegado daño que éstos le ocasionaron a Bahía Hotel por el alegado mal uso y administración de fondos corporativos. El Tribunal expresó que:

[s]i el foro recurrido en su día le impone responsabilidad al Dr. Antonio y al Dr. Rafael Gallardo, entonces podría ordenarse una compensación en el carácter personal de éstos a favor de la Dra. María Gallardo y al mismo tiempo pueda or-

⁴⁰ *Id.* en la pág. 21.

⁴¹ *Id.* en las págs. 1-2.

⁴² *Id.* en las págs. 3 y 20.

⁴³ Dra. Gallardo Méndez v. Dr. Gallardo Méndez, KLCE 2001-00038, en la pág. 7.

denar una compensación a favor de la corporación Bahía Hotel como resultado de la acción derivativa instada por la Dra. María Gallardo.⁴⁴

En el caso de Mamacitas Enterprises, Inc., el Tribunal de Apelaciones se refiere a la Acción Derivativa como una de vindicar derechos de la empresa:

[l]a acción derivativa, al ser una reclamación judicial de la corporación iniciada por los accionistas para vindicar los derechos de la corporación, tiene una naturaleza dual. Por un lado, es un pleito iniciado por un accionista . . . y, por el otro lado, es una acción de la propia corporación . . . en un pleito derivativo, el interés de la corporación es el que se quiere vindicar . . .⁴⁵

5. Legitimación Activa de la propia Corporación

Cuando la causa de acción es incoada por la propia corporación haciendo acopio de su propia capacidad o legitimación activa no es necesaria y es hasta improcedente la Acción Derivativa pues la propia empresa está reclamando y vindicando sus derechos. Este particular se discutió hasta la saciedad en el caso de Ponce Rolling Mills of Puerto Rico, Inc.⁴⁶ donde los demandados alegaron que la corporación no tenía capacidad o legitimación activa para accionar ante un tribunal de justicia, facultad que le correspondía a terceros que nunca fueron parte del pleito, refiriéndose a los accionistas.⁴⁷

Allí comparecieron ante el Tribunal de Apelaciones Ponce Rolling Mills of Puerto Rico, Inc., (PRM), Caribbean Refractory Services, Inc. (CRS) y CIGNA Insurance Company, ahora Ace Insurance Company (CIGNA). Apelaron dichas partes de una sentencia dictada el 31 de enero de 2006 ante el Tribunal de Primera Instancia de Puerto Rico, que condenó a CRS a resarcirle a PRM \$2,612,299.00 por los daños resultantes del incumplimiento contractual de CRS, disponiendo que CIGNA, como aseguradora de CRS, viene obligada al pago de hasta \$1,000,000.00 de dicha cantidad, límite dispuesto en la póliza. Luego de dictar sentencia, el foro apelado le impuso a CRS y a CIGNA las costas y el interés legal sobre el monto de la sentencia, desde la fecha de su dictamen hasta su satisfacción, lo que dio lugar a la presentación de dos recursos de *certiorari*, KLCE2006-1380 y KLAN2006-1475.⁴⁸

44 *Id.* en las págs. 11-13.

45 *McCarty v. Hollingsworth; Grant, Mamacitas Enterprises, Inc.*, KLCE 2006-061241, en la pág. 5.

46 *Ponce Rolling Mills of PR, Inc. v. Caribbean Refractory Services, Inc.*, KLAN 2006-00345; KLAN 2006-00339; KLAN 2006-00359; KLAN 2006-01475, consolidados.

47 *Id.* en la pág. 13.

48 *Ponce Rolling Mills*, KLAN 2006-00345, en las págs. 1-2.

Es un principio básico del derecho corporativo que las corporaciones poseen personalidad jurídica separada de sus directores, accionistas y oficiales.⁴⁹ Por lo tanto, PRM tiene personalidad jurídica conforme a derecho, separada de sus accionistas.⁵⁰ El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha expresado que la corporación tiene su propia personalidad jurídica y su propio patrimonio, distinto al de sus accionistas.⁵¹

El caso de Ponce Rolling Mills of Puerto Rico, Inc. trataba de una reclamación por daños económicos sufridos por PRM, respecto a los cuales sus accionistas carecen totalmente de capacidad en ley para reclamarlos y por lo tanto, de legitimación activa para accionar ante un tribunal de justicia. Una corporación tiene su propia personalidad jurídica y su propio patrimonio, distintos a la personalidad y al patrimonio de sus accionistas, sean estas últimas personas naturales o jurídicas.⁵² El Tribunal de Apelaciones estableció que:

[n]o estamos en este caso ante una de las situaciones donde procede una acción derivativa conducida por un accionista frente a un tercero, para beneficio del ente corporativo en primera instancia y en forma derivada en beneficio de su interés particular como accionista. Una acción derivativa consiste de una causa de acción que pertenece a un ente corporativo pero es llevada por sus accionistas, a nombre y para beneficio de la corporación, cuando la corporación ha fallado en reclamar sus derechos.⁵³

La causa de acción de PRM contra CIGNA y CRS le pertenece a PRM, no a sus accionistas. De la prueba presentada se desprende que la mayoría de los accionistas de PRM eran dueños de compañías constructoras que, por la escasez de materiales de construcción, invirtieron para consumir productos hechos localmente y no tener que incurrir en los gastos de importación de dichos materiales. La reclamación por pérdida de inversión se refiere a la pérdida en virtud del contrato mediante el cual PRM se comprometía a entregar el producto de su labor (varillas de construcción) a cambio de adelantos monetarios para sufragar sus gastos. Por lo anterior, el Tribunal de Apelaciones concluyó que PRM tenía legitimación activa para reclamar los daños sufridos al no poder cumplir el contrato con sus inversionistas.⁵⁴

No erró el Tribunal de Primera Instancia al conceder a PRM una compensación de \$2,612,289.00 por concepto de pérdida de inversión, pues dicha partida se circunscribe a los adelantos monetarios que dicha entidad recibió a cambio del

⁴⁹ Véase *Ponce Rolling Mills Of PR, Inc. v. Caribbean Refractory Services, Inc.*, KLAN 2006-00345; KLAN 2006-00339; KLAN 2006-00359; KLAN 2006-01475, consolidados, en la pág. 35, citando a *In re Castillo Herrera*, 159 DPR 276, 279 (2003).

⁵⁰ *Ponce Rolling Mills*, KLAN 2006-00345, en las págs. 35-36.

⁵¹ *Id.* en la pág. 36, citando a *Sucesión Santaella v. Srio. de Hacienda*, 96 DPR 442, 451 (1968).

⁵² Véase *Ponce Rolling Mills* KLAN 2006-00345

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *Id.* en la pág. 37, citando a *Pagán v. Calderón*, 448 F.3d 16 (1st Cir. 2006).

material que habría de producir. Debido al incumplimiento contractual de CRS, PRM se vio obligada a incumplir con New Jersey Steel, quien le proveía materia prima. Así mismo, incumplió los acuerdos con las compañías Metal Processing, Roll Products y Gabriel Fuentes Junior Construction, quienes adelantaron capital a cambio de obtener el producto que PRM se dedicaría a proporcionar. Dichos incumplimientos finalmente extinguieron su vida corporativa.⁵⁵

Otro caso que trató el tema de la causa de acción incoada por la propia corporación haciendo acopio de su propia capacidad o legitimación activa distinguiéndola de la Acción Derivativa fue el de *La Costa Sampedro v. Mitsubishi Motor Sales Of Caribbean Inc.*⁵⁶ Allí realmente se trataba de reclamos por daños económicos alegadamente sufridos por el ente jurídico Charlie Auto Sales, Inc., respecto a los cuales los señalados accionistas de Charlie Auto Sales, Inc. carecían totalmente de capacidad en ley y por tanto de legitimación activa para accionar ante un tribunal de justicia.⁵⁷

Expresó el Tribunal de Apelaciones que nuestro ordenamiento sustantivo y procesal reconoce y le otorga al ente corporativo personalidad jurídica separada, distinta e independiente de la personalidad (jurídica o civil) de sus accionistas.⁵⁸ Por tanto, carece totalmente de capacidad jurídica todo accionista corporativo para obviar el ente jurídico de la corporación con el propósito de accionar ante el foro judicial a favor de una o de varias causas que en el mejor de los casos sólo compete ejercer a la corporación, conforme lo establecen los hechos que informan esta causa.⁵⁹

No estamos aquí ante una de las situaciones en que el ordenamiento permite las llamadas Acciones Derivativas, conducidas por un accionista frente a tercero, para beneficio del ente corporativo en primera instancia y en forma derivada, en beneficio de su interés particular de accionista.⁶⁰ Como se sabe, una Acción derivativa consiste de una causa de acción que pertenece a un ente corporativo pero es llevada por sus accionistas, a nombre y para beneficio de la corporación, cuando la corporación ha fallado en reclamar sus derechos.⁶¹

Se trataba allí de un impedimento insubsanable, de falta de legitimación activa, también señalada como legitimación en causa activa. Los allí demandantes, como accionistas de Charlie Auto Sales, Inc. no contaban con capacidad legal para comparecer ante el foro judicial y en calidad personal civil reclamar para sí compensación por alegados daños sufridos por el ente corporativo, cuando la

55 Véase *Ponce Rolling Mills*, KLAN 2006-00345.

56 *La Costa Sampedro v. Mitsubishi Motor Sales of Caribbean Inc.*, KLCE 2004-00525.

57 *Id.* en la pág. 5.

58 *Id.* citando a *Liquilux* 138 DPR en las págs. 860 y 870 (1995); *Flamingo v. Toa Alta Dev. Corp.*, 96 DPR 240, 243 (1968).

59 Véase *La Costa Sampedro*, KLCE 2004-00525.

60 *Id.* en las págs. 5-6, citando a *Liquilux* 138 DPR en la pág. 856.

61 Véase *La Costa Sampedro*, KLCE 2004-00525.

corporación, alegada titular, de la acción no la ejercita para sí, por la razón que fuere. Se trata de una parte allí demandante no realmente interesada dentro del contexto de la Regla 15.1 de Procedimiento Civil.⁶² De prevalecer en esta causa la parte demandada, los codemandados podrían verse nuevamente confrontados por la misma acción, posteriormente incoada por Charlie Auto Sales, Inc., directamente o por conducto del Síndico de Quiebras de continuar el proceso 2000-14388 (SEK).⁶³

6. Fusión o Consolidación

Un aspecto muy interesante lo es la situación siguiente: cuando las corporaciones desaparecen como consecuencia de una fusión o consolidación pierden su personalidad jurídica independiente, y la identidad que sobrevive se convierte automáticamente en titular de todas las propiedades, los derechos y las obligaciones de la corporación o corporaciones que desaparecen. La Acción Derivativa, por su propia naturaleza, se insta en nombre y a beneficio de la corporación y no del accionista que la presenta; por lo que, al desaparecer la corporación ya sea por fusión o consolidación con otra, el accionista ya no posee capacidad para continuar un pleito derivativo a nombre de la corporación desaparecida. Esta situación se discutió en el caso *Viqueira Mariani v. First Bank*.⁶⁴

En síntesis relatamos lo acontecido con pertinencia a la Acción Derivativa. El apelante, Dr. Jaime Viqueira Mariani solicitó al Tribunal de Apelaciones que revocara la sentencia sumaria y parcial emitida por el Tribunal de Primera Instancia, Sala Superior de Mayagüez, el 18 de octubre de 2004. Mediante dicha sentencia el tribunal declaró Con Lugar la moción de sentencia sumaria presentada por la apelada, Rovica Development Corporation, y desestimó con perjuicio la Acción Derivativa presentada por el apelante.⁶⁵

La sentencia parcial apelada resolvió solamente la controversia relacionada con la Acción Derivativa presentada por el apelante por la cual se intentaba anular la fusión entre Centro Radiológico Clínica Llagues, Inc. y Rovica Development Corporation. Como resultado de dicha fusión sobrevivió El Centro Radiológico Clínica Llagues, Inc. A esta corporación se le enmendó el nombre posteriormente a Clínica Llagues, Inc.⁶⁶

La fusión fue efectiva el 31 de diciembre de 2003. El 6 de febrero de 2004 el apelante notificó su oposición a la fusión. El apelante fue accionista de Rovica Development Corporation que como antes señalamos, fue la corporación que no sobrevivió la fusión. El 5 de agosto de 2004 emite una carta informando su deci-

⁶² 32 LPRa Ap. III, R. 15.1, (2007).

⁶³ *La Costa Sampedro*, KLCE 2004-00525, en la pág. 6.

⁶⁴ *Viqueira Mariani v. First Bank, First Federal Savings Bank, et al*, KLAN 2004-01348.

⁶⁵ *Id.* en la pág. 1.

⁶⁶ *Id.* en la pág. 2.

sión de otorgarle al apelante la liquidación por sus acciones, conforme al valor establecido en la reunión del 26 de diciembre de 2003 en la cual éste participó.⁶⁷

El Tribunal de Apelaciones confirma al tribunal *a quo* cuando dice:

[a]nte estos hechos, que el Tribunal de Primera Instancia catalogó como hechos que no están en controversia, dictamina que el apelante ya no es accionista y por tanto no puede representar a la corporación desaparecida en una acción derivativa. Determina también que las corporaciones que desaparecen como consecuencia de una fusión o consolidación pierden su personalidad jurídica independiente, y la identidad que sobrevive se convierte automáticamente en titular de todas las propiedades, los derechos y las obligaciones de la corporación o corporaciones que desaparecen. Sigue determinando el tribunal que la acción derivativa, por su propia naturaleza, se insta en nombre y a beneficio de la corporación y no del accionista que la presenta; por lo que, al desaparecer la corporación ya sea por fusión o consolidación con otra, el accionista ya no posee capacidad para continuar un pleito a nombre de aquella.⁶⁸

Sin embargo, este caso se resolvió por sentencia sumaria lo que provocó que el Tribunal de Apelaciones revocara la resolución para que se dilucidara la legalidad de la fusión. Se ha controvertido la autoridad de Rovica Development Corp para fusionarse según antes expresado, ya que alegadamente la fusión no se hizo con el voto unánime. De ser esto cierto se podría sostener que la fusión es ilegal. Esta importante controversia se tiene que dilucidar tomando en cuenta que la documentación presentada es conflictiva en cuanto a este aspecto. Conforme a como se resuelva esta controversia podría depender el curso de una de las causas de acción del apelante.⁶⁹

Conforme a lo antes expuesto se revocó la Sentencia Sumaria Parcial apelada y se ordenó al Tribunal apelado permitir la enmienda a la demanda solicitada por el apelante a los fines que se le permitiera presentar una causa de acción impugnando la fusión entre Rovica Development Corp. y Centro Radiológico Clínica Llagues.⁷⁰

III. CONCLUSIÓN

Es necesario concluir que la Acción Derivativa es un mecanismo de control y monitoreo dentro de nuestro ordenamiento jurídico corporativo, demostrado tanto en la rama legislativa como en la rama judicial. Las expresiones de nuestro más Alto Foro sobre la Acción Derivativa han sido parcas, pero existe una amplia discusión sobre el tema en las sentencias del Tribunal de Apelaciones.

67 *Véase id.*

68 *Id.* en las págs. 2-3.

69 *Id.* en la pág. 6.

70 *Véase id.*

Con la reciente legislación de la Ley Núm. 487 de 23 de septiembre de 2004 se pretende flexibilizar la manera de organizar las empresas y hacer negocios. También se amplía el ámbito de la Acción Derivativa como mecanismo de control y monitoreo que permite a las empresas la mayor flexibilidad para levantar capital y mantenerse competitivas a nivel mundial.

Tanto la legislación como la jurisprudencia en Puerto Rico recogen la Acción Derivativa como mecanismo de control y monitoreo, la cual permite al accionista o a un grupo de éstos el que, para evitar o remediar un daño, lesión, incumplimiento o abuso contra la corporación misma, presentaren una acción judicial para beneficio de la corporación, remediando el daño o impidiendo la lesión o requiriendo el cumplimiento.

No podemos afirmar que la Acción Derivativa esté en el olvido sino todo lo contrario. Recomendamos que esta reflexión se convierta en una invitación a juristas, profesores y estudiantes para abordar el tema profundamente.