

Revista Chilena de Derecho Privado

Revista Chilena de Derecho Privado

ISSN: 0718-0233

claudia.bahamondes@udp.cl

Universidad Diego Portales

Chile

Banfi del Río, Cristián  
DAÑO ENTRE COMPETIDORES: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO  
INGLÉS

Revista Chilena de Derecho Privado, núm. 8, 2007, pp. 9-57

Universidad Diego Portales

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370840820001>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## DAÑO ENTRE COMPETIDORES: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO INGLÉS

Cristián Banfi del Río<sup>1</sup>

### RESUMEN

Este artículo pretende aportar a la reflexión en Chile sobre la función que la responsabilidad extracontractual debiese desempeñar respecto del daño patrimonial puro derivado de la competencia comercial, mediante el estudio de los criterios básicos con que el Derecho inglés enfrenta este fenómeno. Este ensayo intenta entender los principios esenciales que gobiernan el moderno Derecho de Daños inglés, para cuyo efecto:

- i) sintetiza la jurisprudencia inglesa más relevante de fines del siglo diecinueve, que instituyó los ilícitos económicos al dirimir conflictos entre competidores en el comercio (empresas) y en el mercado laboral (empleadores *versus* trabajadores, sindicatos o ambos);
- ii) reseña la evolución legislativa atinente y
- iii) revisa doctrina anglosajona pertinente, contemporánea y posterior a esas sentencias.

Estos antecedentes revelan la renuencia de los tribunales ingleses a interferir con la competencia comercial –materia regulada esencialmente por la ley– pues sólo están dispuestos a remediar el daño económico proveniente de conductas extremadamente reprobables. Por el contrario, estas cortes han intervenido en los conflictos laborales mostrando su hostilidad política hacia los sindicatos mediante la creación y extensión de los *economic torts*, desarrollo neutralizado una y otra vez por el legislador. La doctrina ha desplegado importantes esfuerzos para interpretar los ilícitos económicos bajo un principio general basado en la ilicitud de los medios con que se perpetra el daño o en la intención de perjudicar al actor sin justa causa. Hasta ahora, ninguna de estas empresas ha sido exitosa, ni siquiera respecto de los dos ilícitos comprendidos en este artículo. Los *economic torts* reflejan, así, la fragmentación de

---

<sup>1</sup> Profesor asistente de Derecho Civil Universidad de Chile. LL.M. University of Cambridge (2002). Magister en Derecho Privado Universidad de Chile (2000). Pío Nono N° 1, Santiago, Chile, cristian.banfi@gmail.com. Artículo recibido el 4 de abril de 2007 y aceptado para su publicación el 20 de mayo de 2007.

los *torts* en general y el método característico del *Common Law* centrado en la resolución de problemas específicos. No obstante, la discusión acerca de la necesidad de contar con un principio general aún parece ser pertinente. Las dos tesis aludidas ofrecen distintas descripciones de un mismo fenómeno –si la responsabilidad debe ser declarada o desestimada– el cual depende de la ponderación de los intereses en conflicto. Pareciera que una responsabilidad civil compatible con la libertad económica requiere como umbral mínimo un elemento subjetivo más exigente que la culpa.

## ABSTRACT

This paper aims at contributing to the reflection in Chile on the function that civil liability should play vis-à-vis pure economic harm arising from commercial competition, through a study of the basic criteria whereby English law handles this phenomenon. This essay intends to understand the key principles governing the modern English tort law, for which reason:

- i) summarises the leading English case-law of the late nineteenth century instituting the economic torts while resolving conflicts among competitors in trade (enterprises) and in labour market (employers versus workmen and/or trade unions);
- ii) digests the related statutory development and
- iii) reviews pertinent Anglo-American legal literature, contemporaneous and subsequent to those judgments.

This background reveals reluctance on the part of English courts to interfere with commercial competition, which is fundamentally regulated by legislation, for they are prepared to redress economic loss following extreme misbehaviour only. Conversely, these courts have involved themselves in industrial disputes, disclosing their political animosity to trade unions by inventing and enhancing the economic torts. This case-law has continuously been neutralised through statutory immunities. There have been significant doctrinal efforts for interpreting the *economic torts* under a common principle, grounded on the unlawfulness of the means through which harm is inflicted or on the intention to harm the victim without justification. None of these endeavours has been successful as yet, not even in relation to the two economic torts encompassed herein. The economic torts replicate the fragmentation of *torts* generally and the problem-oriented method peculiar to common law. The discussion about the need for a broad canon might still be pertinent nevertheless. The two mentioned positions seem different depictions of a same issue –whether liability must be declared or set aside– which depends on weighing the competing interests. It would seem that a tort law compatible with the economic freedom requires as minimum threshold a mental element more stringent than negligence.

## PREVENCIÓN

En el presente artículo se emplean, indistintamente, diversos términos en idioma inglés o castellano (traducción libre del autor)<sup>2</sup>. Este ensayo trata esencialmente de dos *economic torts*: inducción al incumplimiento contractual y conspiración (sea exclusiva o primordialmente para dañar, sea perpetrada con otra finalidad, pero mediante actos *per se* ilícitos). Los demás ilícitos económicos (*v.gr.* intimidación, engaño, interferencia ilícita en negocio ajeno) y los ilícitos derivados de la infracción a las leyes antimonopolios inglesas y europeas escapan a este estudio, pues no fueron objeto de los fallos que aquí se analizan.

## I. JURISPRUDENCIA FUNDAMENTAL

Los casos ingleses líderes sobre ilícitos económicos, resueltos en la segunda mitad del siglo XIX, fueron los siguientes: *Lumley v. Gye* ("Lumley")<sup>3</sup>; *Bowen v. Hall* ("Bowen")<sup>4</sup>; *Mogul Steamship Company Limited v. McGregor, Gow, & Co.* ("Mogul")<sup>5</sup>; *Temperton v. Russell* ("Temperton")<sup>6</sup>; *Bradford Corporation v. Pickles* ("Pickles")<sup>7</sup>; *Allen v. Flood* ("Allen")<sup>8</sup> y *Quinn v. Leatham* ("Quinn")<sup>9</sup>. Esta jurisprudencia conforma la fuente primaria para comprender la forma en que el *Common Law* afronta actualmente el daño

<sup>2</sup> Entre las palabras o frases más recurrentes, destacan: i) *tort(s)* ("ilícito(s)"); ii) *tort law* ("derecho de daños" o "responsabilidad extracontractual"); iii) *economic torts* ("ilícitos económicos"); iv) *wrongfulness* o *unlawfulness* ("ilícitud", "antijuridicidad"); v) *Common Law* (derecho creado por la jurisprudencia o "tribunales", "cortes" o "jurisprudencia"); vi) *policy* ("política" o "principio"). Con frecuencia se utiliza la expresión "combinación(es)", aludiéndose a un acto colectivo o concertado entre dos o más personas en procura de uno o más fines comunes, lícitos o ilícitos, y que puede configurar el *tort of conspiracy* ("conspiración" o "confabulación") para dañar a un tercero —sin que los medios empleados sean *per se* ilícitos— o mediante vías ilícitas. La "House of Lords" es traducida como "Cámara de los Lores" y la "Court of Appeal" (división civil de la "High Court of Justice") como "Corte de Apelaciones".

<sup>3</sup> (1853) 2 E. & B. 216, 118 E.R. 749. *Lumley* debe estudiarse junto con *Lumley v. Wagner* (1852) 1 De G.M. & G. 604, 42 E.R. 687: el actor (*Lumley*) demandó a la cantante *Johanna Wagner* (sobrina del célebre compositor alemán) por incumplimiento contractual, quien había sido instigada por *Gye*, a su vez, demandado por *Lumley* (originando el juicio principal) por inducirla a incumplir el mismo contrato.

<sup>4</sup> (1880-1881) LR 6 Q.B.D. 333.

<sup>5</sup> (1888) L.R. 21 Q.B.D. 544, (1889) L.R. 23 Q.B.D. 598, [1892] A.C. 25.

<sup>6</sup> [1893] 1 Q.B. 715.

<sup>7</sup> [1895] A.C. 587.

<sup>8</sup> [1895] 2 Q.B. 21 (CA), [1898] A.C. 1. Como *Allen* fue apelante, la carátula de la causa comienza por su apellido y no por el del actor (*Flood*).

<sup>9</sup> [1901] A.C. 495. La observación en n. 8 se extiende, *mutatis mutandi*, a *Quinn*.

inferido entre competidores. Como se anticipó, estos casos cubrieron dos *torts*: inducción al incumplimiento contractual (Lumley, Bowen, Temperton y Allen) y conspiración (Mogul, Temperton y Quinn). El litigio restante (Pickles), aunque trató del ejercicio del dominio, ha influido notablemente en la postura asumida por el *Common Law* en la materia, conduciendo al rechazo de la responsabilidad fundada en el dolo.

### 1. Lumley

El demandado (promotor musical), competidor del actor (empresario de ópera londinense), conociendo que éste había celebrado un contrato con Johanna Wagner que le obligaba por cierto tiempo a cantar exclusivamente para aquél, la persuadió para que rompiera su acuerdo y, en su lugar, prestara sus servicios para el primero.

El actor interpuso demanda por inducción maliciosa al incumplimiento contractual, la que fue acogida por la Corte de Apelaciones a pesar de que no se trataba de un contrato de trabajo, único tipo de convención que —conforme a la legislación vigente— permitía accionar por este *tort*. El fallo de mayoría argumentó que, independientemente de la clase de servicios contratados<sup>10</sup>, el ilícito era idéntico<sup>11</sup>, formulando este principio: “quien maliciosamente daña a otra persona violando el derecho de ésta debe indemnizarla... provenga de un ilícito o del incumplimiento de un contrato”<sup>12</sup>. El voto disidente, en cambio, sostuvo que el incumplimiento contractual había sido un acto exclusivo del contratante infractor<sup>13</sup>.

### 2. Bowen

El demandado indujo a un trabajador que poseía un *know-how* para elaborar un tipo especial de ladrillos a incumplir su contrato de servicios personales para con el actor, quien lo demandó por el mismo ilícito que había sido materia de Lumley.

La Corte de Apelaciones estimó que el demandado era responsable del delito reclamado a pesar de que su conducta, fuera del dolo, era legítima. En efecto: “la persuasión realizada para el propósito indirecto de dañar al actor, o de beneficiarse [el demandado] a expensas de éste, es un acto malicioso e ilícito... *El acto... es... ilícito porque es malicioso*”<sup>14</sup>. La opinión minoritaria, que se impondría en Allen, rechazaba la idea de que un acto

<sup>10</sup> *Vid.* (n. 3), pp. 232 y 755 (Erle J.).

<sup>11</sup> *Op. cit.*, pp. 227 y 753 (Crompton J.).

<sup>12</sup> *Op. cit.*, pp. 233 y 756 (Erle J.).

<sup>13</sup> *Op. cit.*, pp. 246-269 y 760-768 (Coleidge J.).

<sup>14</sup> *Vid.* (n. 4), p. 338 (Brett L.J. quien, promovido a la Corte de Apelaciones, pasó a llamarse *Lord Esher*).

pudiese ser ilícito producto del motivo con que se ejecutaba, lo que, además, sembraba incertidumbre, particularmente en manos del jurado que, en esa época, intervenía en los litigios civiles en Inglaterra<sup>15</sup>.

### 3. *Mogul*

Los demandados, procurando dominar el comercio del té entre puertos chinos y europeos, ofrecieron en forma concertada a los exportadores orientales fletes tan bajos que para el actor era ruinoso competir en ese mercado. Además, se garantizó a esos exportadores un atractivo descuento si negociaban exclusivamente con los demandados. Privado de toda posibilidad de competir, el actor interpuso una demanda por conspiración, sin embargo, fue desestimada en todas las instancias.

En primera instancia se sostuvo que los demandados no habían utilizado medios ilícitos ni intentado dañar al actor, sino promover sus intereses comerciales, conducta quizá egoísta, pero lícita<sup>16</sup>. El fallo de alzada<sup>17</sup> descartó la existencia de dolo<sup>18</sup>. Una opinión señera, que daría cuerpo a la doctrina *Prima Facie Tort* (en adelante, *prima facie tort*), expresaba: "realizar intencionalmente lo que en el curso ordinario de los eventos está calculado para dañar, y que de hecho perjudica a otra persona en su propiedad o comercio, da lugar a responsabilidad si es efectuado sin justa causa o excusa"<sup>19</sup>. Los demandados habían actuado legítimamente<sup>20</sup> y perseguido un objetivo loable<sup>21</sup>. La licitud de los medios o fines era el único límite de lo comercialmente permisible<sup>22</sup>. Los tribunales debían abstenerse de intervenir en el normal desenvolvimiento del mercado y de examinar la competencia desde la moral o las buenas maneras<sup>23</sup>. Asimismo, aunque la ley pudiese en el futuro prohibir los contratos que restringen el comercio<sup>24</sup>,

<sup>15</sup> *Vid.* (n. 4), pp. 343-344 (Coleridge J.).

<sup>16</sup> "En el mano a mano de la guerra comercial... los hombres luchan sin demasiada consideración de los demás, excepto en su deseo de sobresalir o derrotarlos". *Lord Coleridge* (1888) LR 21 Q.B.D. 544, pp. 553-554.

<sup>17</sup> (1889) LR 23 Q.B.D. 598.

<sup>18</sup> En su acepción jurídica, es decir, "acto ilícito ejecutado intencionalmente sin justa causa o excusa". Bromage v. Prosser 4 B. & C. 247, p. 255 (Bayley J.).

<sup>19</sup> *Vid.* (n. 17), pp. 612-613 (Bowen L.J.).

<sup>20</sup> *Op. cit.*, p. 614 (Bowen L.J.).

<sup>21</sup> *Op. cit.*, pp. 624-625 (Fry L.J.).

<sup>22</sup> *Op. cit.*, pp. 615-619 (Bowen L.J.).

<sup>23</sup> "Trazar la línea entre competencia justa e injusta, entre lo que es razonable e irrazonable, excede la facultad del Tribunal... ningún principio jurídico nos habilita para interferir con o regular ese éxito o fracaso en la medida que el mismo derive de competencia pura", *op. cit.*, p. 626 (Fry L.J.).

<sup>24</sup> *Op. cit.*, p. 620 (Bowen L.J.).

éstos sólo eran nulos e inexigibles, pero no ilegales a efectos de desencadenar la responsabilidad civil o criminal. Esta especie de convenciones había sido despenalizada según la política de libre competencia imperante que incentivaba la formación de grandes conglomerados empresariales, aunque pudiesen dañar a los competidores. Las restricciones a la competencia frenaban el progreso económico y la expulsión de rivales de un mercado, consecuencia tangencial a la actividad comercial, que no daba lugar a responsabilidad<sup>25</sup>. Sin embargo, para el voto disidente los demandados habían actuado dolosamente y, por ende, en forma ilícita. Su dolo se desprendía de la rebaja notoria de los fletes, la que tornaba inviable el negocio, incluso, para los propios demandados<sup>26</sup>.

Para la Cámara de los Lores la competencia esencialmente consistía en perseguir metas comerciales lo cual, inexorable, pero incidentalmente, perjudicaba a terceros<sup>27</sup>. Los demandados habían actuado legítimamente<sup>28</sup>, mientras que el *tort* de conspiración suponía medios o fines ilícitos<sup>29</sup>, estos es, la transgresión de un derecho ajeno<sup>30</sup>.

#### 4. *Temperton*

Los demandados, dirigentes sindicales, habían inducido y coaccionado a varias personas para que incumplieran ciertos contratos que las vinculaban con el actor y para que en lo sucesivo se abstuvieran de contratar con él. Los demandados tuvieron éxito.

La Corte de Apelaciones declaró a los demandados responsables por inducción maliciosa e ilícita y por conspiración para perjudicar al actor. El primer ilícito fue ampliado a contratos de todo tipo y a conductas encaminadas a prevenir la contratación<sup>31</sup>. Asimismo, los demandados habían

<sup>25</sup> *Vid.* (n. 17), pp. 626-630 (Fry L.J.).

<sup>26</sup> *Op. cit.*, p. 608-610 (Lord Esher).

<sup>27</sup> [1892] A.C. 25, pp. 36-39 (Lord Halsbury).

<sup>28</sup> *Op. cit.*, pp. 45-47 (Lord Bramwell).

<sup>29</sup> *Op. cit.*, pp. 42-43 (Lord Watson).

<sup>30</sup> *Op. cit.*, pp. 50-51 (Lord Morris).

<sup>31</sup> Por ende, el tercero que incitaba y conseguía que otro se retirara de modo injustificado de las tratativas preliminares, dañando a su contraparte, respondía ante ésta. Aparentemente no existe jurisprudencia chilena publicada sobre este tipo de ilícitos. El problema todavía se circunscribe en nuestro medio a los participantes de esas negociaciones, cuyo retiro abusivo y culpable origina una responsabilidad precontractual (regida por el art. 2.314 y ss. del *Código Civil*). Así, por ejemplo, fallos de la Corte de Apelaciones de Concepción de 5 de junio de 1996 (autos rol civil 374-93, "Forestal Bio-Bío S.A. y otra con Madestal y otra"), comentados por Ramón DOMÍNGUEZ B.; Ramón DOMÍNGUEZ A.; Carmen DOMÍNGUEZ, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, Concepción, año 64, N° 199, enero-junio, 1996, pp. 179-183 y de 30 de junio de 1999 (autos rol civil 1530-96, "Soc. Ruz de la Barra con Comar S.A."), comentado

conspirado para imponer al actor reglas que le eran inoponibles y a no ejercer sus derechos, mediante la comisión del otro ilícito referido<sup>32</sup>.

### 5. Pickles

El actor utilizaba en favor de una ciudad inglesa el agua subterránea de dominio del demandado que se filtraba desde sus terrenos. Para forzar al actor a adquirir sus derechos de agua, el demandado desvió su curso y obstruyó tal uso. El actor requirió al tribunal que prohibiera al demandado perseverar en esa conducta, alegando haber sido coaccionada dolosamente para comprarle tales derechos.

La Cámara de los Lores determinó que el ejercicio de la propiedad es legítimo, salvo que viole un derecho ajeno. El actor carecía de derecho sobre las aguas, mientras que el demandado había ejercido su dominio<sup>33</sup>. El motivo con que éste había actuado, cualquiera fuese su calificación moral<sup>34</sup>, era intrascendente<sup>35</sup>, aun si el demandado no obtenía provecho<sup>36</sup>. Con todo, el intento del demandado por lograr una transacción con el actor era lícito<sup>37</sup>. El siguiente principio aplicable al dominio fue expresado: "Ningún uso de la propiedad, que sería legal si fuese hecho por un motivo correcto, puede devenir en ilegal porque sea estimulado por un motivo impropio o incluso malicioso"<sup>38</sup>. Aún más importante, se proclamó el siguiente criterio clave de responsabilidad civil: "Es el acto, no el motivo con que es realizado, el que debe ser tomado en consideración"<sup>39</sup>.

Cabe distinguir Pickles del célebre caso *Christie v. Davey* ("Christie"). En éste el demandado había utilizado su casa meramente para molestar al vecino, quien lo demandó exitosamente por *nuisance*, pues tenía un derecho que aquél había vulnerado. En Pickles, en cambio, el actor carecía de todo derecho, por lo que el dolo del demandado (aunque hubiese sido acreditado) era completamente intrascendente<sup>40</sup>.

---

por Ramón DOMÍNGUEZ A., *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, año 66, N° 204, Concepción, julio-diciembre, 1998, pp. 187-188.

<sup>32</sup> *Vid.* (n. 6), pp. 725-730 (*Lord Esher*) y p. 734 (*Smith L.J.*).

<sup>33</sup> *Vid.* (n. 7).

<sup>34</sup> *Op. cit.*, p. 599 (*Lord Ashbourne*).

<sup>35</sup> "Si el acto fue lícito, por más inicuo que fuese el motivo, él [demandado] tenía derecho a ejecutarlo. Si el acto fue ilícito, por más noble que fuese el motivo... él no tendría derecho", *op. cit.*, p. 594 (*Lord Halsbury*).

<sup>36</sup> *Op. cit.*, p. 592 (*Lord Halsbury*).

<sup>37</sup> *Op. cit.*, p. 601 (*Lord Macnaghten*).

<sup>38</sup> *Op. cit.*, p. 598 (*Lord Watson*).

<sup>39</sup> *Op. cit.*, p. 601 (*Lord Macnaghten*).

<sup>40</sup> [1893] 1 Ch. 316, pp. 326-327 (*North J.*). La explicación de este contraste en *Hollywood Silver Fox Farm Ltd v. Emmett* [1936] 2 K.B. 468 (por *Macnaghten J.*) y *Arthur GOODHART*,



## 6. Allen

Los actores (Flood y Taylor) eran carpinteros contratados diariamente por una empresa astillera para restaurar la estructura de madera de una nave. Un grupo de herreros sindicalizados, que laboraban bajo idénticas condiciones ejecutando tareas propias de su rubro para dicho empleador en la misma nave, se enteraron que los demandados habían realizado trabajos de herrería en el pasado, práctica vedada por sus reglas sindicales. Los herreros expresaron al empleador su disconformidad con la presencia de los actores en dichas faenas y rehusaron continuar trabajando. Citaron a Allen, delegado sindical, quien informó al gerente que sus trabajadores abandonarían las labores si ésta no despedía inmediatamente a los demandantes sin recontratarlos. El mismo día el gerente puso término a los contratos de los actores, quienes demandaron a Allen por haber inducido dolosamente al empleador a despedirlos y no contratarlos nuevamente.

Allen fue hallado responsable por este ilícito pese a la ausencia de incumplimiento contractual (los contratos eran por día). Conforme a los precedentes, persuadir dolosamente a un tercero a abstenerse de contratar era un acto ilícito<sup>41</sup>, criterio compartido por la Corte de Apelaciones<sup>42</sup>. En una extensa sentencia, pronunciada por seis votos contra tres<sup>43</sup>, la Cámara de los Lores revocó esa resolución. De los argumentos de la mayoría se infieren las siguientes ideas matrices:

- i) El motivo con que se ejecuta un ilícito es irrelevante. La invasión del derecho ajeno es antijurídica con prescindencia del motivo. A diferencia de la persuasión al incumplimiento de un contrato, la inducción a no contratar no lesiona derecho alguno.
- ii) Inducir a otra persona a que ésta haga o deje de hacer algo para perjudicar a un tercero es un móvil ínsito en la competencia, que no atañe al Derecho sino a la moral.

"The Foundations of Tortious Liability", in *Modern Law Review*, vol. 2, London, 1938, p. 12.

<sup>41</sup> [1895] 2 Q.B. 21, pp. 25-36 (Kennedy J.).

<sup>42</sup> *Op. cit.*, pp. 38-42 (Lord Esher).

<sup>43</sup> [1898] A.C. 1. Los jueces disidentes -Lords Halsbury (pp. 67-90), Ashbourne (pp. 109-114) y Morris (pp. 154-160)-, adujeron fundamentalmente que: i) Allen, maliciosa e ilícitamente, amenazó al empleador para que terminara los contratos con los actores y se abstuviera de contratarlos en el futuro; ii) Allen invadió el derecho de los actores a desarrollar su trabajo sin más interferencias que las provenientes de una competencia leal; iii) excepto tratándose del ejercicio de derechos absolutos, los motivos (*v.gr.* castigar un comportamiento anterior) convertían en ilícito un acto de otro modo lícito. Previo a este fallo, Lord Halsbury, en un inusual procedimiento, requirió a ocho jueces de la High Court que opinaran si Allen debía responder. Seis contestaron afirmativamente. Sus argumentos fueron utilizados por los tres lores disidentes.

- iii) La responsabilidad se funda en la existencia de medios o fines ilícitos. *Mogul*, un caso extremo de interferencia con intereses ajenos, también se aplica en la esfera laboral.
- iv) El daño sufrido por los actores (su exoneración) no fue causado por acto ilícito alguno: sus contratos eran por día, pudiendo ser finiquitados en cualquier instante, por cualquiera de las partes. Los herreros tampoco arriesgaban responsabilidad si iban a la huelga. Y Allen había actuado en legítima defensa de sus representados, impidiendo la repetición de lo que estimaban una interferencia intolerable con su especialidad<sup>44</sup>.

### 7. *Quinn*

Leathem (empresario carnicero cuyos trabajadores no estaban sindicalizados) demandó entre otros a Quinn (funcionario sindical) por interferencia ilícita con sus negocios. El sindicato implicado había ordenado a sus miembros ayudarse mutuamente para conseguir trabajos con preferencia a personas ajenas al sindicato. Leathem ofreció pagar todos los conceptos adeudados por sus trabajadores si éstos eran admitidos en el sindicato, pero éste rechazó la propuesta. Uno de los demandados advirtió a Leathem que interrumpiría su relación comercial con Munce (que por años le compraba sus productos) si no despedía a sus empleados. Otro demandado anunció a Munce que el sindicato ordenaría a sus trabajadores (miembros del mismo) abandonar sus labores salvo que Munce se desvinculara de Leathem. Munce al poco tiempo cedió a la amenaza. Por último, el sindicato publicó "listas negras" revelando los nombres de los empresarios que habían negociado con Leathem, uno de los cuales fue inducido a terminar sus contratos con el actor.

Los lores declararon que el acto concertado de los demandados, destinado a perjudicar al actor en sus negocios, por la vía de persuadir a sus clientes y empleados a incumplir sus actuales contratos y abstenerse de contratar en el futuro, constituía conspiración y daba lugar a la indemnización de los daños. Este fallo, al restaurar la importancia de los móviles, contradecía a Allen. Esta inconsistencia fue "salvada" distinguiendo a Allen sobre la base de que había afectado a un acto individual sin representar amenaza, en tanto Quinn concernía a una combinación opresiva e ilícita por la presencia del dolo, cualesquiera fuesen los medios usados o fines

<sup>44</sup> *Vid.* (n. 43), pp. 90-109 (*Lord Watson*); pp. 114-143 (*Lord Herschell*); pp. 143-154 (*Lord Macnaghten*); pp. 160-169 (*Lord Shand*); pp. 169-175 (*Lord Davey*) y pp. 175-181 (*Lord James of Hereford*).

perseguidos<sup>45</sup>. Las confabulaciones pasaban a ser ilícitas cuando eran implementadas exclusiva o principalmente para perjudicar a otro<sup>46</sup>. La legislación vigente prohibía a los sindicatos imponer sus reglas a terceros<sup>47</sup>. Mogul también fue distinguido: los demandados habían buscado satisfacer intereses legítimos sin violar los derechos de sus adversarios<sup>48</sup>. A la inversa, fue aplicada la sentencia recaída en el famoso caso *Vegeahn v. Guntner* (“*Vegeahn*”), de 1896<sup>49</sup>.

Para culminar este acápite, es pertinente transcribir la síntesis de los principios forjados en *Mogul, Allen y Quinn*, efectuada por *Lord Dunedin* en *Sorrell v. Smith* (“*Sorrell*”)<sup>50</sup>:

“cada uno tiene derecho a conducir su negocio según su propio juicio...aunque pueda interferir con el negocio ajeno... un acto *per se* legal no se convierte en ilegal por realizarse con un motivo ilícito... [pero] tú no estás facultado para interferir por medios ilícitos con el modo de ganarse la vida de otro...concuerdo plenamente con la opinión de Atkin... el efecto de... *Allen...* y *Quinn...* es... un acto lícito efectuado por uno no se transforma en ilícito si es ejecutado con el propósito de dañar a otro, mientras que un acto que, de otra forma sería lícito, deviene en ilícito si es efectuado en combinación por dos o más con la intención de dañar a otro... Encuentro muy difícil entender como alguien podría concluir que la conspiración fue sólo un factor secundario [*Quinn*] en vez de constituir, como considero que claramente lo fue, el mismo núcleo y esencia de la sentencia”<sup>51</sup>.

<sup>45</sup> *Vid.* (n. 9), pp. 508-512 (*Lord Macnaghten*).

<sup>46</sup> *Op. cit.*, pp. 512-515 (*Lord Shand*).

<sup>47</sup> *Op. cit.*, pp. 515-531 (*Lord Brampton*), quien se valió de la definición de conspiración, acuñada por Willes J. (en *Mulcahy v. Reg* (1868) 3 H.L. 306, p. 317), a saber: “el acuerdo de dos o más personas para realizar un acto ilícito o para ejecutar un acto lícito por medios ilícitos”.

<sup>48</sup> *Op. cit.*, pp. 532-543 (*Lord Lindley*).

<sup>49</sup> La Corte Suprema de Justicia del Estado de Massachusetts acogió una *injunction* prohibiendo a los demandados continuar formando piquetes con los que, para obtener mejoras salariales, querían evitar que los empleados del actor siguieran trabajando para éste. El tribunal consideró que ese móvil no justificaba su acto. “Una combinación entre personas destinada exclusivamente a regular su conducta se enmarca dentro de la competencia permisible, y es legítima, aun cuando terceros puedan resultar afectados indirectamente. Pero una combinación para cometer actos nocivos expresamente dirigidos hacia otra persona, mediante intimidación o restricción... excede de la competencia permisible y es ilícita” (*Allen J.*). 167 Mass. 92, 44 N.E. 1077, pp. 98-99 y 1.077-1.078.

<sup>50</sup> [1925] A.C. 700. Esta sentencia decidió que una combinación para causar daño a otro en su negocio es ilícita y da derecho a indemnización por el daño causado, pero no lo es si ese acto es perpetrado con la intención de satisfacer intereses comerciales sin emplear medios ilícitos, aunque perjudique a otro.

<sup>51</sup> *Vid.* (n. 50), pp. 718-720 (*Lord Dunedin*).

## II. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA

Las sentencias reseñadas han suscitado un profuso tratamiento en la doctrina anglo-americana. La siguiente es una revisión de algunas consideraciones fundamentales que levanta esta jurisprudencia emblemática. Los autores contemporáneos examinaron los problemas que los tribunales debieron encarar, las opciones que tomaron y la consistencia entre las mismas. A su vez, los comentaristas más recientes han evaluado la implicancia de estos casos en la comprensión de los ilícitos económicos en general<sup>52</sup>.

1. *Inducción al incumplimiento contractual*a) *Ámbito de aplicación*

Este *tort* fue extendido a toda clase de contratos y a la persuasión para impedir su celebración, cubriendo, incluso, las huelgas, hasta que una ley de 1906 eximió a sus organizadores de responsabilidad por este ilícito y el de conspiración<sup>53</sup>. Para contrarrestar la incertidumbre que un ilícito tan amplio representaba, se propuso confinarlo a la figura clásica (Lumley) mediante un elemento subjetivo estricto: el demandado debía intentar apropiarse de la misma cosa que el actor pretendía obtener mediante el contrato. Asimismo, la responsabilidad sólo podía declararse en ausencia de otros intereses en juego de mayor entidad que justificaran la lesión del derecho personal del actor<sup>54</sup>. Una opinión similar, pero reciente, recomienda circunscribir este *tort* a conflictos entre rivales situados en un plano de igualdad que compiten por un mismo contrato. El ideal es aislar este ilícito de actividades desvinculadas de la competencia propiamente dicha, como las acciones sindicales que han politizado la materia urgiendo incesantemente la intervención legislativa para paliar las restricciones jurisprudenciales a los intereses de los trabajadores<sup>55</sup>. Atendida la especial naturaleza de los servicios contratados objeto de Lumley, este ilícito exigiría las siguientes

<sup>52</sup> Es justo destacar que la interferencia en contrato ajeno ha sido explicada con claridad en Chile, desde la perspectiva anglosajona, especialmente por FRANCISCO GONZÁLEZ, *Elementos de la Culpabilidad en la Interferencia Contractual por Terceros*, memoria de prueba dirigida por Enrique Barros, Santiago, Universidad de Chile, 1995, y recientemente, cubriendo dicho ilícito y los derivados de infracciones a la libre y limpia competencia, por ENRIQUE BARROS, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, § 65 b, N° 791 ss., pp. 993-1000, y § 67, N° 829 ss., pp. 1.042-1.055. La jurisprudencia nacional brilla en cambio por su ausencia, un incentivo para explorar el derecho comparado.

<sup>53</sup> TONY WEIR, *A Casebook on Tort Law*, 10<sup>th</sup> ed., London, Sweet & Maxwell, 2004, pp. 591-592.

<sup>54</sup> FRANCIS SAYRE, "Inducing Breach of Contract", in *Harvard Law Review*, vol. 36, Cambridge (Mass.), 1923, pp. 663 y ss.; 702-703.

<sup>55</sup> RODERICK BAGSHAW, "Inducing Breach of Contract", in Jeremy Horder (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence. Fourth Series*, Oxford, OUP, 2000, pp.138-139.

condiciones: que las acciones contractuales no protejan suficientemente el derecho del demandante a obtener el cumplimiento *in natura*; que el demandado resulte enriquecido injustamente a costa del actor; que en la especie convenga limitar la libertad de acción del demandado; y que la ganancia que el actor pretende recibir vía contrato exceda los costos del cumplimiento forzado del mismo logrado a través de este *tort*<sup>56</sup>.

Por un lado, la expansión desmesurada de este *tort*, ilustrada por Lord Macnaghten en Quinn<sup>57</sup>, es absurda: supone admitir una responsabilidad por “mera interferencia en contrato ajeno”, conducta intrínseca a la competencia<sup>58</sup>. Por eso, para impedir que los contratos produzcan efectos excesivos respecto de terceros, se acentúa la necesidad de medios ilícitos, a saber, el incumplimiento contractual en la versión ortodoxa del *tort* (Lumley) u otras conductas *per se* ilícitas en el ilícito general (“causar daño intencionalmente por medios ilegítimos”)<sup>59</sup>. Se insiste en que el incumplimiento contractual (hecho ilícito del contratante incumplidor) inducido por el demandado (cuya responsabilidad es dependiente de la del anterior) son ingredientes esenciales en Lumley. Por tanto, este ilícito no comprendería las conductas que previenen la celebración de un contrato o que, aunque materialmente obstan a su cumplimiento, no contienen persuasión alguna, a pesar de que pudiesen constituir –acompañadas de medios ilícitos– el *tort* genérico referido<sup>60</sup>. La inducción al incumplimiento contractual y los aludidos “comportamientos preventivos” serían ilícitos autónomos con distintos fundamentos. En Lumley el demandado tiene la intención de provocar el incumplimiento contractual, mientras que en las conductas preventivas quiere dañar al actor<sup>61</sup>. Esta escisión, sin embargo, olvida que los actos “preventivos” eliminan toda posibilidad de elección a los

<sup>56</sup> WADDAMS, Stephen, “Johanna Wagner and the Rival Opera Houses”, in *Law Quarterly Review*, vol. 117, London, 2001, pp. 431-458.

<sup>57</sup> *Vid.* (n. 9), pp. 510-511: “la violación de un derecho... cometida con conocimiento da lugar a responsabilidad... constituye una violación... interferir con las relaciones contractuales reconocidas por el derecho en ausencia de justificación suficiente”.

<sup>58</sup> HAZEL CARTY, *An Analysis of the Economic Torts*, Oxford, OUP, 2001, pp. 42 y ss., 52 y 85.

<sup>59</sup> TONY WEIR, *Tort Law*, Oxford, OUP, 2002, p. 180.

<sup>60</sup> WEIR, Tony, *Economic Torts*, Oxford, OUP, 1997, pp. 2-3, 32 y ss.; WEIR (n. 59), p. 180; WEIR (n. 53), pp. 591-592; CARTY (n. 58), pp. 68-72. Sin embargo, siguiendo a Lord Macnaghten, n. 57, se falló que Lumley comprendía conductas destinadas a prevenir el cumplimiento sin mediar inducción y sin necesidad de medios ilícitos (*Torquay Hotel Co. Ltd. v. Cousins*, [1969] 2 Ch. 106, Lord Denning, p. 138; y *Merkur Island Shipping Corp. v. Laughton*, [1983] 2 A.C. 570, Lord Diplock, pp. 608-609). Estos dictámenes han sido severamente criticados pues expanden la responsabilidad hasta límites insospechados. WEIR (n. 60), pp. 6-7, 36 y ss.; (n. 53), pp. 611-612.

<sup>61</sup> ANDREW SIMESTER & WAI-TO CHAN, “Inducing Breach of Contract: One Tort or Two?”, in *Cambridge Law Journal*, vol. 63, Cambridge (England), 2004, pp. 132-133 y 165.

contratantes actuales o quienes están en vías de serlo, es decir, son tanto o más graves que inducir el incumplimiento contractual<sup>62</sup>. Estas críticas son sensatas dada la inconveniencia de extender la responsabilidad en forma tal que socave la libertad de competir y la interferencia en negocios ajenos que le es consustancial. La diferencia entre estos enfoques atañe al método para afrontar este riesgo: mediante un ilícito que englobe las conductas “preventivas” o un ilícito acotado (Lumley) y un *tort* genérico.

Por otro lado, la teoría del “incumplimiento eficiente” niega la responsabilidad por interferencia en contrato ajeno e, incluso, la inducción al incumplimiento contractual, aduciendo que estos ilícitos obstruirían la emisión de mejores ofertas por terceros y el logro del resultado más eficiente<sup>63</sup>. A lo sumo, se añade, podría echarse mano a ese *tort* en defecto de los mecanismos indemnizatorios contractuales<sup>64</sup>. No obstante, esta doctrina podría confundir la función del ilícito de inducción al incumplimiento con el cumplimiento forzado de los contratos, en circunstancias que aquél simplemente está diseñado para resguardar el contrato contra actos deliberados de terceros orientados a provocar su transgresión. El “incumplimiento eficiente” desafiaría al contrato *per se*<sup>65</sup>, estimulando la comisión de actos de inducción al incumplimiento<sup>66</sup>. Esta doctrina, como se observa en la formulación clásica de Oliver W. Holmes en uno de sus famosos ensayos<sup>67</sup> y en su tratado<sup>68</sup>, se centra en los daños a las expectativas creadas por el contrato<sup>69</sup>, pareciendo ignorar que existen otras acciones, como las *injuncti-*

21

<sup>62</sup> BAGSHAW, Roderik, “Can the Economic Torts be Unified?”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 18, Oxford, 1998, pp. 729-739.

<sup>63</sup> HARVEY PERLMAN, “Interference with Contract and other Economic Expectancies: A Clash of Tort and Contract Doctrine”, in *University of Chicago Law Review*, vol. 49, Chicago, 1982, pp. 61-62, 78 y ss. y 128-129.

<sup>64</sup> CARTY (n. 58), p. 67; FOWLER HARPER, “Interference with Contractual Relations”, in *Northwestern Law Review*, vol. 47, Chicago, 1953, pp. 873-893.

<sup>65</sup> SEMESTER & CHAN (n. 61), p. 139 y ss.

<sup>66</sup> CARTY (n. 58), pp. 66-68.

<sup>67</sup> “El deber de respetar un contrato en el common law significa una predicción de que debes compensar los perjuicios si no lo respetas y nada más”, OLIVER W. HOLMES, “The Path of the Law”, in *Harvard Law Review*, vol. 10, Cambridge (Mass.), 1897, p. 462.

<sup>68</sup> OLIVER W. HOLMES, *The Common Law*, Boston, Little Brown, 1881, p. 301. *Vid.* también VERNON PALMER, “A Comparative Study (from a Common Law Perspective) of the French Action for Wrongful Interference with Contract”, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 40, Berkeley (California), 1992, pp. 297-298.

<sup>69</sup> Los *expectation losses* tienen por finalidad compensar al contratante diligente de tal manera que alcance una posición análoga a aquélla en que se encontraría si el contrato hubiese sido cumplido por el contratante negligente. STEPHEN SMITH, *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, 6<sup>th</sup> ed., Oxford, OUP, 2006, p. 399.

celebridades artísticas o deportivas, etc. Adicionalmente, los costos de litigar o transigir derivados de la opción “cumple o paga” pueden superar los que irroga una negociación entre todos los involucrados para evitar el litigio a que este *tort* daría lugar, máxime si se ha prohibido judicialmente al contratante incumplidor prestar sus servicios al inductor sin compensar adecuadamente al actor<sup>70</sup>. Sin embargo, el “incumplimiento eficiente” ofrece argumentos válidos. Uno de ellos indica que incrementar el grado de certeza acerca del cumplimiento contractual tiene un precio que puede exceder sus supuestos beneficios. Otro sostiene que la convicción de que un acuerdo ineficiente o ruinoso tendrá que ser cumplido, es un resultado insatisfactorio. Es decir, insistir en el cumplimiento ante estas circunstancias, a pesar de que las partes probablemente no habrían contratado si las hubiesen podido ponderar a la época en que quedaron mutuamente atadas, descubre una inmoralidad<sup>71</sup>. Quizá no menor, pudiese agregarse, a la que entraña vulnerar la palabra empeñada.

#### b) Fundamento

Desde un comienzo este *tort* fue sustentado en razones de conveniencia y política: los terceros debían abstenerse de inducir intencionalmente el incumplimiento de los contratos de su conocimiento<sup>72</sup>. Este ilícito representaba un abuso del poder económico percibido como una amenaza al interés público puesto en la estabilidad contractual. Su origen se remonta a la *actio per quod servitium amisit* que el *Common Law* reconocía desde la época medieval, en cuya virtud el señor, marido o padre demandaba al tercero que había inducido al siervo, esposa o hija de aquél a abandonarlo, pues éste era privado de los servicios que esas personas le habrían podido proporcionar. Su fundamento, como Blackstone señaló, era el dominio del señor sobre el trabajo de su siervo. El hecho que Johanna Wagner fuese un contratante independiente convirtió el caso Lumley en una figura anómala dentro de la evolución de esta acción medieval, la que sólo fue abolida en 1970 junto con la despenalización del adulterio<sup>73</sup>.

En la actualidad, se enfatiza que el demandado tiene en la mira al actor y le infiere perjuicio mediante la inducción deliberada del incumplimiento

<sup>70</sup> Richard EPSTEIN, “Inducement of Breach of Contract as a Problem of Ostensible Ownership”, in *Journal of Legal Studies*, vol. 16, Chicago, 1987, pp. 1-3, 30 y ss.

<sup>71</sup> David HOWARTH, “Against Lumley v. Gye”, in *Modern Law Review*, vol. 68, London, 2005, pp. 195, 206 y ss., 231-232.

<sup>72</sup> SCHOFIELD, William, “The Principle of Lumley v. Gye, and its Application”, in *Harvard Law Review*, vol. 2, Cambridge (Mass.), 1888, p. 20 y ss; TERRY, Henry, “Malicious Torts”, in *Law Quarterly Review*, vol. 20, London, 1904, p. 10 y ss.

<sup>73</sup> John BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 4<sup>th</sup> ed., London, Butterworths, 2002, p. 454 y ss.

contractual sin otros medios ilícitos<sup>74</sup>. Este criterio es objetado desde diferentes ángulos. Si el incumplimiento contractual es el único medio ilícito requerido, el incumplimiento contractual provocado por medios lícitos también debería engendrar responsabilidad bajo este *tort*. Enseguida, el incumplimiento contractual no es un acto del demandado sino una conducta voluntaria e independiente del contratante que no lo honra. Luego, el incumplimiento contractual no justifica por sí solo responsabilizar a terceros<sup>75</sup>. Asimismo, los contratos son opcionales: atribuir a terceros determinados deberes emanados del incumplimiento de aquéllos necesita una explicación autosuficiente. En fin, desde el mismo instante que se celebra un contrato, las partes asumen el riesgo de su incumplimiento y éste debiese ser controlado mediante acciones contractuales antes que responsabilizar a extraños: los contratantes debiesen asumir la responsabilidad por su vulnerabilidad ante interferencias externas<sup>76</sup>.

Otras interpretaciones modernas basan este *tort* en la naturaleza similar al dominio del derecho personal<sup>77</sup> o, al menos, se valen de los mismos argumentos para proteger la propiedad privada de interferencias ajenas<sup>78</sup>. La posibilidad de contratar es un hecho valioso que permite ejercer la libertad e intercambiar bienes escasos conduciendo a su reasignación eficiente. Este *tort* aumentaría el nivel de certeza sobre el cumplimiento contractual y recompensaría la inversión respectiva. Por eso, este *tort* debiese alcanzar las conductas que previenen (sin inducir) el cumplimiento, pues vulneran la voluntad o la capacidad del contratante infractor para honrar sus obligaciones<sup>79</sup>. Esta tesis tropieza, sin embargo, con escollos no menores. El actor no tiene un derecho *erga omnes* sobre un elemento etéreo (la "disposición" de su contraparte a cumplir). Además, justificar este ilícito en la violación de derechos contractuales parece redundante: significa admitir que el tercero responde porque transgredió una norma jurídica (aquella que reconoce tales derechos)<sup>80</sup>. Asimismo, el derecho de dominio ya brinda acciones para frenar o sancionar la interferencia externa, tornando dudosa la utilidad de la responsabilidad civil para forzar el cumplimiento contractual. Enseguida, las hipótesis naturalmente comprendidas en *Lumley* conciernen servicios personales de confianza, no mercancías. En fin, ni siquiera el interés público en prevenir la destrucción de la propiedad sustentaría este

<sup>74</sup> WEIR (n. 60), pp. 2-3; WEIR (n. 59), p. 180; WEIR (n. 53), pp. 591-592; CARTY (n. 58), p. 62 y ss.

<sup>75</sup> SEMESTER & CHAN (n. 61), pp. 146-147.

<sup>76</sup> HOWARTH (n. 71), pp. 195, 206-207, 221 y ss., 231-232.

<sup>77</sup> EPSTEIN (n. 70).

<sup>78</sup> BAGSHAW (n. 55).

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> SEMESTER & CHAN (n. 61), pp. 143 y 148-149.



*tort*: no es imaginable que un dueño quiera destruir sus bienes, ante lo cual el Estado, en principio, no debiera entrometerse; salvo que se afecten intereses ajenos o públicos<sup>81</sup>.

Recientemente se ha indicado que este ilícito ataca directamente la “relación especial” que los contratos implican, *per se* valiosa<sup>82</sup>, que vincula a las partes simplemente porque así lo prometieron<sup>83</sup>. En contra, se insiste que los contratos no pueden imponerse a extraños<sup>84</sup>. El debate parece interminable.

### c) Dolo e ilicitud

Una influyente opinión judicial de la época sostuvo que la ilicitud de este *tort* residía en la intención de dañar al demandante sin justa causa<sup>85</sup>. Este criterio fue desestimado en Allen: la responsabilidad dependía de la violación de un derecho, cualquiera fuese el motivo latente<sup>86</sup>. Para una interpretación clásica, el demandado no era responsable si no había competido contra el actor por un mismo contrato o si el derecho de éste era superado por intereses de mayor jerarquía que justificaban la interferencia<sup>87</sup>.

En cambio, Olivier Holmes postaló que el demandado, más que intentar dañar al demandante, tenía que haber previsto y procurado el incumplimiento contractual. Probados estos elementos, ni siquiera la prueba de la buena fe excluía la responsabilidad del inductor<sup>88</sup>. Esta tesis es avalada por la doctrina<sup>89</sup> y la jurisprudencia actuales: el demandado debe conocer

<sup>81</sup> HOWARTH (n. 71), pp. 205-206.

<sup>82</sup> SIMESTER & CHAN (n. 61), p. 150 y ss. La idea de “especial relación” en Joseph RAZ, “Promises and Obligations”, in Peter Hacker & Joseph Raz, *Law, Morality and Society*, Oxford, OUP, 1977 y Joseph RAZ, “Promises in Morality and Law”, in *Harvard Law Review*, vol. 95, Cambridge (Mass.), 1982, pp. 916-938.

<sup>83</sup> Resulta tentador contrastar esta idea con nuestro derecho, pues posiblemente no sea la autonomía de la voluntad el fundamento del art. 1.545 del *Código Civil* chileno. Un contundente análisis de las fuentes históricas demuestra, contra lo sostenido por la mayoría de los autores nacionales (excepción hecha a Luis Claro Solar), que tal regla es neutra. Carlos PIZARRO, “Notas Críticas sobre el Fundamento de la Fuerza Obligatoria del Contrato. Fuentes e Interpretación del Artículo 1545 del Código Civil Chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, N° 31, Santiago, 2004, pp. 225-237.

<sup>84</sup> HOWARTH (n. 71), pp. 202-204.

<sup>85</sup> BRETT (n. 14).

<sup>86</sup> SAYRE (n. 54), p. 673. Allen restableció la relevancia de la ilicitud que había sido relegada mediante la expansión de Lumley a la inducción a no contratar (*Lord Esher, Temperton*). Frederick POLLOCK, comentando ese fallo, en *Law Quarterly Review*, vol. 9, London, 1893, p. 202.

<sup>87</sup> SAYRE (n. 54), p.663 y ss.

<sup>88</sup> Oliver W. HOLMES, “Privilege, Malice, and Intent”, in *Harvard Law Review*, vol. 8, Cambridge (Mass.), 1894, pp. 2 y 10-13.

<sup>89</sup> *Vid.* (n. 74). La opinión de Lord Macnaghten (n. 57) no permitiría sustentar un *tort* de mera interferencia en contrato ajeno, pues él desconoció que Lumley suponía un incum-

el contrato<sup>90</sup> y provocar deliberadamente su incumplimiento<sup>91</sup>. De hecho, recientemente la Cámara de los Lores ha aclarado que el ilícito en Lumley exige que el demandado actúe con intención de causar el incumplimiento, constituya esto un fin en sí o un medio para lograr otro objetivo (incluso legítimo), descartando por insuficiente el dolo eventual o la mera indiferencia respecto de ese efecto<sup>92</sup>. En efecto, un elemento subjetivo fuerte (dolo directo) protege la libre competencia, actividad cuyos participantes a menudo contemplan la posibilidad de interferir los contratos ajenos. Este enlace entre lo ilícito y lo intencional, que reconoce en Immanuel Kant su origen, conduce a rechazar una responsabilidad por consecuencias no queridas<sup>93</sup>. Asimismo, si este dolo directo suscitaba la duda sobre si este *tort* es realmente una especie del ilícito genérico (“causar intencionalmente daño por medios ilícitos”) y develaba desconfianza en la ilicitud como frontera de la responsabilidad<sup>94</sup>, tras el reciente fallo en Douglas parece claro que ambos son *torts* independientes: el “*tort* genérico” se basa en la responsabilidad primaria del demandado quien debe actuar con la intención de dañar al demandante (como un fin *per se* o un medio para alcanzar otro fin, pero sin que baste el dolo eventual), mientras que el *tort* en Lumley se estructura a partir de la responsabilidad secundaria del demandado (pues depende del incumplimiento contractual en que incurre el sujeto persuadido) y la intención está dirigida no a perjudicar al actor, sino a provocar el incumplimiento contractual.

25

---

plimiento contractual provocado por la instigación del tercero. Hazel CARTY, “The Need for Clarity in the Economic Torts”, in *King's College Law Journal*, vol. 16, London, 2005, pp. 165-173.

<sup>90</sup> *Vgr.* *Rookes v. Barnard* (“Rookes”) [1964] A.C. 1129. Los lores declararon que resultaba ilícita la amenaza efectuada por el demandado de incumplir contratos de trabajo con su empleador a menos que éste despidiera (licitamente) al demandante (otro trabajador). Esta conducta constituía el *tort* de intimidación. Es decir, mientras Rookes impone el deber de respetar el propio contrato de uno, Lumley obliga a respetar los contratos de terceros. WEIR (n. 53), p. 607.

<sup>91</sup> *Vgr.* *Thomson v. Deakin* [1952] Ch 646. En *Millar v. Bassey*, [1994] EMLR 44, el incumplimiento contractual causado deliberadamente sin que el demandado haya contemplado al demandante no da lugar a responsabilidad. CARTY (n. 58), pp. 49-53.

<sup>92</sup> *Douglas v. Hello! Ltd* [2007] UKHL 21 (“Douglas”). De este modo, los lores confirmaron el fallo de alzada (*Douglas v. Hello! Ltd* [Nº 6] [2005] EWCA Civ 595) y dejaron sin efecto la sentencia de la Corte de Apelaciones en *Millar v. Bassey* ([1994] EMLR 44), que había aceptado que el *tort* cubierto por Lumley procedía, incluso, si la demandada sólo había previsto o sido indiferente al hecho de que el incumplimiento contractual incurrido por ella, a su vez, causaría el incumplimiento del contrato celebrado entre su contraparte y los actores. Tony WEIR, *An introduction to tort law*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford, OUP, 2006, p. 199 y ss.

<sup>93</sup> SIMESTER & CHAN (n. 61), p. 154 y ss.

<sup>94</sup> BAGSHAW (n. 62); BAGSHAW (n. 55), p. 140 y ss.

El acento en este aspecto intencional convirtió a este ilícito en una importante instancia del *prima facie tort* adoptado por la jurisprudencia norteamericana, que funda la responsabilidad en el daño económico causado intencionalmente y que sólo puede ser descartada si concurre una justificación sustentada en consideraciones de principio, por ejemplo, si el demandado actuó para satisfacer un interés legítimo y el daño fue un efecto meramente accesorio de su conducta<sup>95</sup>.

#### d) Observaciones

Las concepciones precedentes manifiestan desavenencias prácticamente en todos los aspectos del *tort* examinado. Un problema fundamental es si los contratos deben ser resguardados mediante la responsabilidad extracontractual (por qué los terceros deben responder por convenios ajenos). Existen diversos argumentos que en general responden este interrogante afirmativamente y que, es comprensible, son parasitarios de otras ramas jurídicas y de la moral. A pesar de que las acciones contractuales constituyen la primera línea para proteger el contrato, el ilícito en Lumley puede reforzar el mensaje implícito en el *pacta sunt servanda*<sup>96</sup>. Esto con dos prevenciones: el cumplimiento contractual no siempre es un objetivo valioso o conveniente y responsabilizar a los terceros por interferir en contratos ajenos requiere de una especial justificación. Este *tort* requiere dos elementos: la ilicitud y un factor de imputación subjetiva. La ilicitud está representada por el incumplimiento contractual, esencial para proteger la libre competencia (que no es sino una forma legítima de intervenir con los rivales en el mercado)<sup>97</sup>. En efecto, un *tort* de mera interferencia con futuros o actuales contratos parece un despropósito. Además, tras la reciente sentencia definitiva en Douglas, parece evidente que el *tort* en Lumley requiere de la intención de producir el incumplimiento contractual a diferencia del *tort* consistente en causar daño intencional por medios ilícitos, el cual presupone de la intención de dañar al actor, aunque ambos *torts* no se configuran con mero dolo eventual como elemento subjetivo. Una discusión vigente afecta la clase de contratos que deben quedar excluidos de este *tort*, pues plantean problemas de particular complejidad, sobre todo política, como

26

<sup>95</sup> Charles CARPENTER, "Interference with Contractual Relations", in *Harvard Law Review*, vol. 41, Cambridge (Mass.), 1928, pp. 728-768; HARPER (n. 64), pp. 884 y ss.

<sup>96</sup> Aunque de acuerdo con el estudio de PIZARRO (n. 83) el art. 1.545 del *Código Civil* chileno no expresa por qué las partes están obligadas a cumplir lo pactado —ni concretamente toma partido por la libertad contractual—, sino lisa y llanamente se limita a indicar que deben hacerlo, es difícil ignorar la raíz ética de ese principio jurídico. En efecto, el deber moral de honrar la palabra empeñada se aprecia en la obra de Jean Domat, antecedente directo del art. 1.134 del *Code*, a su turno fuente inmediata del precepto nacional citado.

<sup>97</sup> Bruce WYMAN, "Competition and the Law", in *Harvard Law Review*, vol. 15, Cambridge (Mass.), 1902, p. 436.

los que afectan a los organizadores de huelgas que, por esta vía, inducen el incumplimiento de los contratos de trabajo.

## 2. El daño causado entre competidores en el comercio

### a) Significado de Mogul

Este caso es el epítome de la postura asumida por el *Common Law* frente al perjuicio proveniente de la competencia entre empresas. Frederick Pollock elogió esta decisión, pues protegía la libertad económica mediante un principio que era razonable desde las perspectivas jurídica, política y de conveniencia general. Esto es, la frontera del "egoísmo legítimo" con que opera el competidor es la antijuridicidad, con independencia de las disyuntivas éticas que esto pudiese suscitar. Asimismo, la regulación de la competencia excedía la función jurisdiccional. Esta filosofía se reflejaba técnicamente, por una parte, en que el *tort* de conspiración suponía el empleo de medios *per se* ilícitos y, por otra parte, en que los acuerdos que restringen el comercio eran nulos como contratos pero no desembocaban en responsabilidad civil<sup>98</sup>. Como una ley de 1875 había despenalizado estas convenciones, pero sin declararlas directamente lícitas, resultaba pertinente preguntarse si los demandados podían promover sus propios intereses comerciales pese a dañar a sus rivales. Mogul respondió esta inquietud positivamente.

Para Olivier Holmes este caso ilustraba que la responsabilidad por el daño económico causado intencionalmente se sustentaba en argumentos de política, vale decir, si el hecho bajo escrutinio era lícito y el daño debía ser tolerado eran cuestiones que sólo podían ser descifradas contrapesando los costos y beneficios involucrados. El resguardo de la libre competencia o el ejercicio de derechos absolutos podían justificar el daño entre competidores. A la inversa, en principio debía declararse la responsabilidad si el interés del actor era más valioso que el deseo del demandado de inferirlo. En suma, Mogul invitaba a evaluar si acaso la meta perseguida por los demandados era meritoria o reprochable<sup>99</sup>. Esta concepción, que supeditaba la justificación o rechazo del daño a los motivos con que había sido perpetrado por el hechor, se aplicaba igualmente en el caso Allen<sup>100</sup>. Olivier Holmes profundizó este análisis en su célebre voto disidente en *Vegelahn*:

<sup>98</sup> Sir Frederick POLLOCK, comentarios del caso Mogul, en *Law Quarterly Review*, vol. 5, London, 1889, pp. 104 y 447; *Law Quarterly Review*, vol. 6, London, 1890, p. 113 y *Law Quarterly Review*, vol. 8, London, 1892, p. 101.

<sup>99</sup> HOLMES (n. 88), p. 3 y ss.

<sup>100</sup> "En relación a [Allen]... cuán poca importancia le asigno a las discusiones... sobre materias que conciernen teoría general... La cuestión es... de principio dependiente de las circunstancias particulares... en qué medida un acto determinado que se sabe acarrea efectos

“Los fundamentos reales de una sentencia son consideraciones de principio y de ventaja social, y es vano suponer que las soluciones pueden ser alcanzadas meramente mediante lógica y proposiciones jurídicas generales que nadie controvierte... la política que permite la libre competencia justifica infligir daño temporal intencionalmente... cuando el perjuicio es inferido no meramente por causarlo sino como un instrumento para lograr... la victoria en la batalla del comercio... el único argumento discutible es la naturaleza de los medios por los cuales ese daño puede ser cometido... éste no puede ser causado por fuerza o amenazas... [el hecho que] una combinación de personas para realizar lo que cualquiera de ellas podría hacer por sí sola lícitamente convierta en ilícita esa conducta que, de otra forma, sería lícita... es claramente falso... Existió una combinación del tipo más flagrante y dominante [Mogul]... [esa] combinación fue esencial para el éxito... libre competencia significa combinación... Si es beneficiosa en general, como considero que lo es, o perjudicial, ello es inevitable, a menos que los axiomas fundamentales de la sociedad, e incluso las condiciones de vida elementales, deban cambiar. Uno de los incesantes conflictos a partir de los cuales la vida emerge es aquel entre el esfuerzo de cada hombre por recibir lo que más pueda por sus servicios, y aquél de la sociedad, disfrazado bajo el nombre de capital, por obtener los servicios del primero al menor costo posible. Por un lado, combinación es manifiesta y poderosa. Por el otro, combinación es la contrapartida necesaria y deseable, si la batalla va a tener lugar en forma leal y equitativa”<sup>101</sup>.

Este voto minoritario produjo otras importantes consecuencias. En primer lugar, descartaba toda discriminación entre empresarios y trabajadores: repudiaba a la justicia responsabilizar por conspiración a los segundos sin exigir medios ilícitos (sentencia de alzada en Allen) al tiempo que éstos eran exigidos respecto de los primeros (Mogul)<sup>102</sup>. Enseguida, Olivier Holmes nos recordaba que las convicciones económicas de los jueces pueden ser y a menudo son

---

perjudiciales debe ser privilegiado... el motivo, verdadera malevolencia... buscar el interés propio a través del daño al vecino... puede... marcar el límite del privilegio” (carta 21 de octubre de 1895). Mark Howe (ed.), *The Pollock-Holmes Letters. Correspondence of Sir Frederick Pollock and Mr. Justice Holmes 1874-1932*, Cambridge, CUP, 1942, vol. 1, p. 65.

<sup>101</sup> Vid. (n. 49), pp. 1.080-1.082.

<sup>102</sup> Vegelahn fue resuelto (1896) cuando sólo existía el fallo de apelación en Allen (1895). Olivier Holmes no pudo anticipar el resultado de este caso (en 1898). Su voto disidente, por lejos el mejor fundado en Vegelahn, criticaba el trato judicial discriminatorio de los trabajadores respecto del brindado a los empresarios a ambos lados del Atlántico. Cfr. comentario anónimo, en *Harvard Law Review*, vol. 10, Cambridge (Mass.), 1896, p. 301.

*decisorio litis*<sup>103</sup>. Finalmente, puede señalarse que su opinión es afín con el criterio de ilicitud fraguado en Allen: atribuyó suma relevancia a la clase de medios con que se causa el daño e indicó que la mera combinación de personas no podía constituir el *tort* de conspiración a falta de actos *per se* ilícitos.

En definitiva, la competencia no es sino interferencia justificada por políticas públicas cuando los beneficios exceden los costos<sup>104</sup>. Para la doctrina moderna, Mogul retrata el ajuste entre los intereses en pugna del que depende si el daño intencional es ilícito o injustificado, raciocinio intrínseco al *prima facie tort*<sup>105</sup>. De hecho, este último se apoya en la opinión de Lord Bowen en Mogul<sup>106</sup>, el cual, paradójicamente, también ha sido interpretado como uno de los cimientos de la escuela opuesta, basada en la ilicitud<sup>107</sup> o, al menos, como una postura aislada en el Derecho inglés, que siguió el derrotero señalado por Allen<sup>108</sup>. Por ende, la competencia sólo puede ser desleal si es ilícita y no viceversa. La ilicitud, se alega, es un estándar más preciso que otros criterios, como el *prima facie tort*, o aquéllos enfocados en lo "razonable" o en las "buenas costumbres"<sup>109</sup>.

#### b) Regulación legislativa

Hacia 1890 para el Derecho inglés los contratos que restringían la libertad comercial eran anulables e inexigibles<sup>110</sup>, pero no constituían medios ilícitos a efectos de demandar la responsabilidad civil o penal<sup>111</sup>. Mientras en Estados Unidos la concentración del poder económico en conglomerados corporativos se había traducido en una severa legislación *antitrust*<sup>112</sup>, el peligro real en

<sup>103</sup> HOLMES (n. 88), p. 8. Su tesis económica sobre las relaciones laborales, compatible con el creciente poder sindical de la época, recalca la íntima relación entre los actos en combinación y la competencia. Edward WHITE, *Justice Oliver Wendell Holmes. Law and The Inner Self*, New York, OUP, 1993, p. 287 y ss.

<sup>104</sup> WYMAN (n. 97), p. 445.

<sup>105</sup> MORRIS FORKOSCH, "An Analysis of the 'Prima Facie Tort' Cause of Action", in *Cornell Law Review*, vol. 42, Ithaca (New York), 1957, pp. 465-482.

<sup>106</sup> *Vid.* (n. 17). Lord Bowen emitió opciones similares, además, en *Ratcliffe v. Evans* [1892] 2 QB 524, p. 527 y en *Skinner & Co. v. Shew & Co.* [1893] 1 Ch. 413, p. 422.

<sup>107</sup> Kurt LIPSTEIN, "Protected Interests in the Law of Torts", in *Cambridge Law Journal*, vol. 22, Cambridge (England), 1963, pp. 87-88.

<sup>108</sup> Gerald FRIDMAN, "Malice in the Law of Torts", in *Modern Law Review*, vol. 21, London, 1958, p. 496.

<sup>109</sup> WEIR (n. 53), pp. 597-598, confrontando la opción inglesa con los criterios estadounidense, francés y alemán.

<sup>110</sup> Desde *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt* ("Nordenfelt", [1894] AC 535) dichos acuerdos, contrarios al orden público, son evaluados a la luz de los intereses (i) de las partes y (ii) del público en general.

<sup>111</sup> John HEYDON, *The restraint of Trade Doctrine*, London, Butterworths, 1971, pp. 28 y 277-278.

<sup>112</sup> Frederick POLLOCK, "The Merger Case and Restraint of Trade", in *Harvard Law Review*, vol. 17, Cambridge (Mass.), 1904, pp. 151-152. La Sherman Act -"la Carta Magna

Inglaterra era el exceso de competencia. Las combinaciones de comerciantes operaban libremente sin que los tribunales intentasen reemplazar la falta de regulación<sup>113</sup>. El legislador recién intervino a partir de 1948, pues el ambiente económico, social y político del período decimonónico había alimentado una actitud judicial abstencionista hacia la competencia<sup>114</sup>.

La indiferencia del *Common Law* hacia los monopolios y combinaciones entre empresas tiene, además, una explicación circunstancial: Mogul precedió al caso Nordenfelt, en el cual se fijó la forma de discernir la razonabilidad de los contratos que restringen la libertad comercial<sup>115</sup>. La paradoja de que la competencia eficiente puede (o suele) depender de la existencia de grandes conglomerados fue resuelta mediante una filosofía impregnada de *laissez-faire*<sup>116</sup>. Mogul, Allen y Quinn develan esta postura políticamente conservadora, porque el *tort* de conspiración fue interpretado restrictivamente respecto de los empresarios y latamente respecto de los trabajadores<sup>117</sup>.

Esta evolución ha reducido la influencia del *Common Law* a la doctrina de los contratos que restringen el comercio, los *economic torts* y los ilícitos derivados de la infracción de la legislación antimonopolios, comunitaria e inglesa<sup>118</sup>. Esta última prohíbe los acuerdos que restringen el comercio y el abuso de posición dominante<sup>119</sup>. Es decir, actualmente estos convenios son medios ilícitos y, si además causan daño, configuran un delito civil.

---

de la empresa libre" (United States v. Topco 405 U.S. 596, 610 1972)—reaccionó ante la amenaza que las tendencias monopolísticas representaban para la economía. Douglas BRODER, *A Guide to US Antitrust Law*, London, Sweet & Maxwell, 2005, pp. 28 y 32.

<sup>113</sup> William CORNISH & Geoffrey CLARK, *Law and Society in England 1750-1950*, London, Sweet & Maxwell, 1989, pp. 267-271. Una ley de 1772 despenalizó los monopolios que constituían un delito desde el Estatuto de Eduardo VI (1552). Las restricciones del comercio eran inicuas para el crecimiento económico y podían producir un alza de la inflación. Lord WILBERFORCE, Alan CAMPBELL, & Neil ELLES, *The Law of Restrictive Practices and Monopolies*, London, Sweet & Maxwell, 1966, pp. 32-33.

<sup>114</sup> Alex HUNTER, *Competition and The Law*, London, George Allen & Unwin Ltd., 1966, pp. 68-79. Esto evoca la adaptabilidad del common law al cambiante escenario económico. Frederick POLLOCK, *The Genius of the Common Law*, New York, Columbia University Press, 1912, p. 98.

<sup>115</sup> William LETWIN, "The English Common Law Concerning Monopolies", in *University of Chicago Law Review*, vol. 21, Chicago, 1954, pp. 355-356 y 381-382.

<sup>116</sup> Peter STEIN & John SHAND, *Legal Values in Western Society*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1974, pp. 248-250.

<sup>117</sup> Robert STEVENS, *Law and Politics: The House of Lords as a Judicial Body, 1800-1976*, London, Weidenfeld & Nicolson, 1979, pp. 158-159.

<sup>118</sup> Puede demandarse la indemnización de los perjuicios resultantes de la infracción de los arts. 81 y 82 del tratado de Roma y de la ley de competencia inglesa de 1998, ambas ante los tribunales ordinarios ingleses (*Courage v. Crehan* [2002] Q.B. 507). Además, los daños derivados de la infracción de esta última también pueden reclamarse ante el Competition Appeal Tribunal, contemplándose reglas que evitan una doble reparación. WEIR (n. 53), pp. 597-598; WEIR (n. 92), p. 99.

<sup>119</sup> WEIR (n. 59), p. 179.

## c) Observaciones

Mogul compendia la postura del *Common Law* hacia la competencia. Ésta es una actividad egoísta, dañina incluso, pero socialmente valiosa y que toca al legislador regular. Los tribunales solamente remedian el daño económico derivado de comportamientos ilícitos e injustificados, esto es, que lesionan derechos ajenos sin satisfacer exclusiva o predominantemente un interés legítimo. En efecto, parámetros tales como lo que es "justo" o "razonable" pueden perjudicar la competencia y llevar a prohibir conductas sin considerar sus externalidades positivas. Asimismo, Mogul estableció que los acuerdos que restringen el comercio eran nulos, pero no ilícitos, aunque los sentenciadores previeron como su ulterior prohibición legal, lo que se hizo realidad con la actual legislación antimonopolios comunitaria y anglosajona. Otro aspecto excepcional de este caso fue la opinión de *Lord Bowen*<sup>120</sup>, pues ha servido de soporte para dos criterios antagónicos: el *test* de ilicitud y el *prima facie tort*. El primero sería consolidado en *Pickles y Allen*, renunciando el Derecho inglés a un principio general de responsabilidad por daño intencional y adhiriendo en vez a una política que, enderezada hacia la certeza jurídica, se centra en los actos (las conductas exteriormente analizadas) y desestima los motivos<sup>121</sup>.

3. Esfuerzos por construir  
un *tort* intencional genérico

31

## a) Los precursores

Frederick Pollock<sup>122</sup>, *Lord Bowen*<sup>123</sup> y *Olivier Holmes*<sup>124</sup> sostuvieron que una persona es *prima facie* responsable si causa daño económico a otra intencional e injustificadamente<sup>125</sup>.

<sup>120</sup> *Vid.* (n. 17).

<sup>121</sup> W.E. ORMSBY, "Malice in the Law of Torts", in *Law Quarterly Review*, vol. 8, London, 1892, p. 148.

<sup>122</sup> Frederick POLLOCK, *The Law of Torts: A Treatise on the Principles of Obligations Arising from Civil Wrongs in the Common Law*, London, Stevens & Sons, 1887.

<sup>123</sup> *Vid.* (n. 19).

<sup>124</sup> Como académico: HOLMES (n. 88). Como juez: "prima facie, puede accionarse por los daños temporales infligidos intencionalmente... como asunto de derecho sustantivo... requiere de una justificación para eximir al demandado" (*Aikens v. Wisconsin* -"Aikens"- 1904) 195 U.S. 194, p. 204, Holmes J.).

<sup>125</sup> Este *tort* intencional genérico fue reconocido por primera vez en *Walker v. Cronin*, 107 Mass. 555 (1871). Esta teoría fue bautizada como *prima facie tort* varias décadas después, en *Advance Music Corp v. American Tobacco Co.* 70 N.E.2d 401, 403 (New York, 1946). Kenneth VANDELDE, "The Modern Prima Facie Tort", en *Kentucky Law Journal*, vol. 79, Lexington (Kentucky), 1991, pp. 523-524.



Frederick Pollock, inspirándose en la sistematización de los *torts* efectuada por Blackstone y en la clasificación tripartita de la responsabilidad de Olivier Holmes<sup>126</sup>, propugnó un ilícito intencional general que contrapesara a la culpa. Esta idea fue recogida por Lord Bowen y profundizada por Olivier Holmes<sup>127</sup>. Quien concibió el *tort law* como un sistema de deberes impuestos por razones de política pública. Inicialmente definió el motivo con que actuaba el demandado como un estándar externo de probabilidad del daño<sup>128</sup>, contrapuesto a la culpabilidad moral<sup>129</sup>. Distinguió tres categorías: responsabilidad estricta (deber absoluto de abstenerse de causar daños); responsabilidad por culpa (regla general que obliga a evitar el daño previsible) y responsabilidad por dolo (que prohíbe infligir el daño altamente probable)<sup>130</sup>. Sin embargo, influenciado por Frederick Pollock y Lord Bowen, pasó a concebir los motivos como elementos subjetivos que podían justificar el daño intencional<sup>131</sup>. Este cambio de opinión, que nunca fue aclarado por el autor<sup>132</sup>, podría deberse a la experiencia judicial que ganó entre la publicación de su tratado (1881)<sup>133</sup> y la de su clásico artículo sobre el dolo (1894)<sup>134</sup>. Olivier Holmes sostuvo que ambas dimensiones del motivo que anima un hecho eran compatibles entre sí<sup>135</sup>. En definitiva, mientras

<sup>126</sup> Neil DUXBURY, *Frederick Pollock and the English Juristic Tradition*, Oxford, OUP, 2004, pp. 9-12.

<sup>127</sup> Philip LANDON, *Pollock's Law of Torts. A Treatise on the Principles of Obligations Arising from Civil Wrongs in the Common Law*, 15<sup>th</sup> ed., London, Stevens & Sons Limited, 1951, p. 16 y ss.; Kenneth VANDEVELDE, "A History of Prima Facie Tort: The Origins of a General Theory of Intentional Tort", en *Hofstra Law Review*, vol. 19, Hempstead (New York), 1990, p. 471; Michael TAGGART, *Private Property and Abuse of Rights in Victorian England: The Story of Edward Pickles and The Bradford Water Supply*, Oxford, OUP, 2002, pp. 167-171; DUXBURY (n. 126), pp. 272-273.

<sup>128</sup> HOLMES (n. 68), p. 16 y ss.

<sup>129</sup> Olivier Holmes rechazó la idea de Austin, de que la culpabilidad era esencial en la responsabilidad civil, pues reconoció la responsabilidad estricta y los parámetros objetivos de culpa. No obstante, se fundó en el concepto de acto de Austin ("movimientos corporales que emanan inmediatamente de nuestros deseos") pues le servía de base lógica para establecer esos estándares objetivos. Mark HOWE, *Justice Oliver Wendell Holmes. The Proving Years. 1870-1882*, Cambridge (Mass.), HUP, 1963, vol. II, pp. 184-200.

<sup>130</sup> HOLMES (n. 68), pp. 77-129 y 161-163.

<sup>131</sup> HOLMES (n. 88).

<sup>132</sup> VANDEVELDE (n. 127), p. 475; VANDEVELDE (n. 125), p. 519 y ss.

<sup>133</sup> HOLMES (n. 68).

<sup>134</sup> HOLMES (n. 88). Olivier Holmes, además, posiblemente se percató de que un estándar objetivo podía privar de justificación el daño causado en casos similares a *Mogul*. WHITE (n. 103), p. 215 y ss.

<sup>135</sup> "las justificaciones pueden variar en extensión... algunas... absolutas [Pickles]... otras pueden depender de la finalidad con que el acto se ejecuta. No es respuesta suficiente [sostener] que los motivos no son objeto de responsabilidad y que los estándares jurídicos son externos. Esto es efectivo para determinar lo que un hombre está obligado a prever, pero no necesariamente para determinar en qué medida él puede justificar un daño que ha

Frederick Pollock procuró la coherencia interna del *tort law* (el justo balance entre intención y negligencia), Olivier Holmes trató de describir el proceso judicial con referencia a la violación del deber de no dañar, a la producción del daño y a su posible justificación<sup>136</sup>.

Con todo, el *prima facie tort* contradecía la jurisprudencia inglesa (Pickles, Allen, Sorrell y Crofter v. Veich)<sup>137</sup>. Frederick Pollock así lo reconoció<sup>138</sup>, pero sin abdicar a su tesis la acomodó a esos precedentes<sup>139</sup>. Así, Allen podía ser leído como un caso en que se había permitido el daño económico inferido intencionalmente, sin que ello significara un rechazo del *prima facie tort*. Frederick Pollock jamás explicó este argumento<sup>140</sup>, limitándose a alabar las consecuencias prácticas de Allen. En efecto, el *test* de ilicitud prevenía una avalancha de litigación especulativa sin necesidad de ulteriores cortapisas legislativas o jurisprudenciales. Este criterio, además, balanceaba razonablemente el derecho del demandado a persuadir a terceros para hacer algo legítimo (poner fin a contratos de trabajo terminables en cualquier momento) contra el derecho del actor a trabajar libre de interferencias, relegando la utilidad del dolo a situaciones muy excepcionales<sup>141</sup>. Frederick Pollock criticó ácidamente la sentencia de alzada en Allen, pues restringía la competencia, mientras que aplaudió el dictamen de la Cámara de los Lores (especialmente Lord Macnaghten) y, de paso, el voto disidente de

33

---

previsto" (AIKENS, n. 124, p. 204, Holmes J.); "Mi artículo [HOLMES (n. 88)] complementa la noción del estándar externo que he venido trabajando gradualmente" (carta 26 de junio de 1894). HOWE (n. 100), vol. 1, p. 54.

<sup>136</sup> VANDELDE (n. 125), p. 547 y ss.

<sup>137</sup> [1942] A.C. 435 (Crofter). En este caso la Cámara de los Lores declaró que el acto concertado de un grupo de representantes sindicales, orientado principalmente a satisfacer sus intereses legítimos (mejorar las condiciones laborales y las bases para la negociación colectiva), sin valerse de medios ilícitos, no daba lugar a responsabilidad. En la práctica, Crofter extendió el efecto de Mogul a la competencia laboral. JOHN HEYDON, *Economic Torts*, 2<sup>nd</sup> ed., London, Sweet & Maxwell, 1978, p. 18 y ss.

<sup>138</sup> Frederick POLLOCK, *The Law of Torts: A Treatise on the Principles of Obligations Arising from Civil Wrongs in the Common Law*, 6<sup>th</sup> ed., London, Stevens & Sons, 1901, p. 316; H.L. WILGUS, "The Authority of Allen v. Flood", in *Michigan Law Review*, vol. 1, Ann Arbor, 1902, pp. 28-29; DUXBURY (n. 126), p. 272. Lord Bowen aplicó las ideas de Frederick Pollock sólo en tres casos (n. 106). GOODHART (n. 40), p. 1 y ss.

<sup>139</sup> Aunque la opinión de Lord Bowen en Mogul (n. 19) fue en definitiva desestimada en Pickles, Frederick Pollock "continuó reproduciendo, como si fuesen autoridades, doctrinas... rechazadas una y otra vez". Lord Dunedin (en Sorrell) había "demolido completamente el propósito que Pollock persiguió durante toda su vida... que un daño cometido intencionalmente es *prima facie* un *tort*". LANDON (n. 127), pp. 40 y 237, respectivamente.

<sup>140</sup> James AMES, "How far an Act may be a Tort because of the Wrongful Motive of the Actor", in *Harvard Law Review*, vol. 18, Cambridge (Mass.), 1905, p. 422; DUXBURY (n. 126), p. 275 y ss.

<sup>141</sup> Frederick POLLOCK, "Allen v Flood", in *Law Quarterly Review*, vol. 14, London, 1898, pp. 129-132.

Olivier Holmes en *Vegeahn*<sup>142</sup>. Este último interpretaba la preferencia de Frederick Pollock por un poder judicial respetuoso de la competencia<sup>143</sup>. A pesar de la cercanía entre el *prima facie tort* y el planteamiento de *Lord Esher* (fallo de segunda instancia en *Allen*), Frederick Pollock reprobó el resultado concreto a que éste conducía, pues, en su concepto, el daño estaba justificado.

Para Olivier Holmes argumentos de principio y los motivos concretos con que el demandado había actuado permitían justificar el daño. Allen ejemplificaba este razonamiento<sup>144</sup>: ningún conflicto de intereses podía ser resuelto mediante pura lógica. Específicamente, la colisión entre el derecho a competir y el derecho de propiedad (o a desarrollar una actividad económica libre de interferencias dolosas) debía dirimirse ponderando razones de principio y los motivos<sup>145</sup>. En resumen, ambos juristas desaprobaban la estructura de la sentencia definitiva en *Allen*, pero valoraron su resultado práctico, aunque por caminos diversos: Frederick Pollock apreció la sensatez de prescindir de los motivos<sup>146</sup>, mientras que Olivier Holmes insinuó que los motivos habían servido de argumento para justificar el daño en las circunstancias<sup>147</sup>.

Este acápite no puede culminar sin mencionar a James Ames, un distinguido jurista de la época, también partidario del *prima facie tort*, quien sostuvo que la ilicitud de la conducta del demandado generalmente

<sup>142</sup> "Estoy convencido de que sus razones [*Lord Esher*] harían la vida imposible" (carta 29 de diciembre de 1896); "*Vegeahn*... ese juicio disidente tuyo es ahora considerado, aquí al menos, como una autoridad correcta" (carta 2 de julio de 1928). HOWE (n. 100), vol. I, p. 72 y vol. II, p. 224. Cfr. también FREDERICK POLLOCK, comentario de *Vegeahn*, in *Law Quarterly Review*, vol. 37, London, 1921, pp. 395 y 398.

<sup>143</sup> DUXBURY (n. 126), p. 274.

<sup>144</sup> "es probable que en *Allen*... el jurado fue instruido... de un modo tal que su veredicto acerca de malicia no significó más que el demandado había actuado previendo el daño que infligiría, como un medio encaminado a un fin" (ARKENS (n. 124), p. 204).

<sup>145</sup> WHITE (n. 103), pp. 222-223.

<sup>146</sup> En carta de 30 de marzo de 1898 Frederick Pollock señalaba: "esa decisión [*Allen*]... es la única segura para un mundo en el cual la mayoría de la gente se desconcierta con distinciones sutiles y las considera injustas siempre que no las comprenden". HOWE (n. 100), vol. I, pp. 84-85.

<sup>147</sup> "Siento una falta de teoría articulada y análisis fundamental... No tengo claro si bajo sus direcciones [*Lord Esher*] el veredicto del jurado acerca del dolo significó necesariamente que el motivo final fue malevolencia o... como en *Temperton*... daño intencional... dejando abierta la posible justificación de la guerra comercial... Si este último es el significado del veredicto, el ámbito de la decisión es diferente del que sería si el fallo significa malevolencia... Estoy contento con la decisión" (carta 17 de marzo de 1898); "en algunos casos que debieran ser examinados desde el punto de vista de privilegio -el daño temporal siendo previsible y aun querido- el tipo de motivo puede hacer toda la diferencia, y el hecho de que el motivo no tenga relevancia en materia de propiedad, no tiene incidencia alguna tratándose de la destrucción del negocio de otra persona" (carta 28 de diciembre de 1902). HOWE (n. 100), vol. I, pp. 82-85 y 110.

dependía del propósito final que éste perseguía. Los Derechos francés y alemán admitían la responsabilidad por el daño causado como castigo de un comportamiento anterior (similar a los hechos en Allen) o derivado del ejercicio del dominio únicamente para perjudicar al vecino. La responsabilidad emanada del daño inferido intencionalmente sólo podía ser descartada ante consideraciones políticas superiores o el ejercicio de un derecho absoluto<sup>148</sup>.

b) Algunos seguidores modernos

Glanville Williams propuso una teoría de responsabilidad flexible situada entre un principio general y las corrientes que interpretaban el *tort law* como una colección de reglas prohibitivas de actividades dañinas específicas. Con excepción del ejercicio del dominio, ese autor reconoció un derecho general a no ser dañado intencionalmente, que Allen no desmentía pues el dolo no había sido probado<sup>149</sup>.

Por su parte, Gerald Fridman defendió un *tort* intencional que imitaba en generalidad a la negligencia y que se fundaba en el "motivo impropio". Este elemento podía asistir al juez a determinar si el demandado había actuado ilícitamente o abusando de sus derechos, es decir, tal como habían actuado los demandados en Lumley, Quinn y Crofter<sup>150</sup>.

Para H. Dawson, Allen impedía un desarrollo coherente de los *economic torts*. En efecto, el criterio de ilicitud que ese caso había establecido en la práctica era ignorado (*v.gr.* Quinn) o expandido (*v.gr.* Rookes: la sola amenaza de incumplir un contrato fue estimada un acto ilícito). De hecho, esta jurisprudencia podía interpretarse como reconociendo el *prima facie tort*<sup>151</sup>, los tribunales sopesaban los intereses en conflicto y concluían que el daño causado con ocasión de la promoción de un legítimo interés debía ser tolerado<sup>152</sup>.

A su turno, John Heydon sostiene que *los economic torts* conforman una zona compleja debido a las reiteradas modificaciones legislativas y a la utilización de fórmulas abstractas (*v.gr.* "ilicitud", "motivo", "justificación") que desvían la atención de los problemas esenciales. Sin embargo, la

<sup>148</sup> AMES (n. 140), p. 412 y ss.

<sup>149</sup> Glanville WILLIAMS, "The Foundation of Tortious Liability", en *Cambridge Law Journal*, 7, Cambridge (England), 1939, pp. 111, 117 y 122 y ss.

<sup>150</sup> FRIDMAN (n. 108), p. 496 y ss.

<sup>151</sup> Lord Devlin (en ROOKES, n. 90) señaló que Allen era discutible. Esta idea fue respaldada por Leonard HOFFMANN, "Rookes v. Barnard", in *Law Quarterly Review*, vol. 81, London, 1965, pp. 140-141 y criticada por Kenneth WEDDERBURN, "Intimidation and the Right to Strike", in *Modern Law Review*, vol. 27, London, 1964, pp. 277-278.

<sup>152</sup> H. DAWSON, "Is There or Should There be a Prima Facie Tort in New Zealand?", en *Auckland University Law Review*, vol. 2, Auckland, 1972, pp. 1-18.

búsqueda de un principio general no ha permitido clarificar la amalgama de *torts* tradicionales y emergentes. Además, persisten las dudas sobre la capacidad judicial –cotejada con la legislativa– para evaluar nuevas conductas sin afectar la competencia. Pese a ello, para Heydon el *prima facie tort* permitiría perfeccionar el sistema jurídico sin necesidad de mayores reformas, tratando los actos anticompetitivos y abusivos desde los aspectos sustanciales. No obstante, él reconoce serios obstáculos para su implementación en Inglaterra, a saber: el *test* de ilicitud, que refleja el prejuicio popular contra los ilícitos intencionales<sup>153</sup> y el peligro que se percibe de que una responsabilidad por dolo podría paralizar la iniciativa económica. Insiste en que el *prima facie tort* tiene la virtud de adaptarse a nuevas conductas reprobables y ofrece racionalidad y predicción, dado su enfoque en la justificación (o no) del daño causado intencionalmente<sup>154</sup>.

### c) La recepción estadounidense

El destino del *prima facie tort* no podía ser más diverso entre Inglaterra y Estados Unidos. Frederick Pollock no fue un profeta en su tierra, pero sus ideas y las de Olivier Holmes fueron bienvenidas por la jurisprudencia estadounidense. Estas contrastantes reacciones pueden obedecer, en parte, a que Olivier Holmes “el juez”, a diferencia de Frederick Pollock, pudo y concretamente aplicó esta doctrina en casos trascendentales<sup>155</sup>. Es posible también que los jueces estadounidenses de la época hayan estado más vinculados a la doctrina que sus pares ingleses<sup>156</sup>, pese al prestigio que Frederick Pollock gozaba entre éstos y a su claridad expositiva, faceta en la que quizá superaba a Olivier Holmes<sup>157</sup>.

Desde el legendario caso *Tuttle v. Buck* (“*Tuttle*”)<sup>158</sup>, fallado en 1909, el *prima facie tort* ha sido aplicado ampliamente en Estados Unidos, aunque con

<sup>153</sup> *Vid.* (n. 146).

<sup>154</sup> HEYDON (n. 137), pp. 9-10, 28 y 123 y ss.

<sup>155</sup> Olivier Holmes se esforzó por aplicar esa doctrina, especialmente después de su notable artículo (HOLMES (n. 83), incluso legitimando (en *Vegelahn*) –contra sus preferencias políticas– la causa de los trabajadores. VANDEVELDE (n. 127), p. 473 y ss.

<sup>156</sup> Durante el siglo XX jueces y juristas ingleses desempeñaron papeles interdependientes, mientras que en las centurias precedentes el Derecho fue obra de los tribunales. Robert Goff, “The Search for Principle”, en *Proceedings of the British Academy*, vol. 61, London, 1983, pp. 169-187.

<sup>157</sup> El rechazo del *prima facie tort* en Inglaterra no se condecía con la fama de Frederick Pollock, cuyas obras eran habitualmente citadas por abogados y jueces, pese a la convención de la época que prohibía invocar escritos de juristas vivos. La supuesta ambigüedad de la obra de Holmes habría estimulado mayor debate judicial. DUXBURY (n. 126), pp. 3-6 y 283.

<sup>158</sup> 107 Minn. 145, 119 N.W. 946. *Tuttle* –citado entre nosotros por GONZÁLEZ (n. 52), p. 53– es una famosa ilustración de la responsabilidad derivada del perjuicio patrimonial causado por actos individuales malintencionados. Un banquero millonario fue declarado

una marcada restricción en el estado de Nueva York (donde su aplicación presupone que la conducta del demandado esté motivada exclusivamente por el dolo sin que pueda accionarse bajo otro *tort*). Sin embargo, la extravagancia de los actos como el ventilado en Tuttle y la compleja prueba del dolo, reducen esta teoría a hipótesis de abuso del derecho a competir; y éste suele ser un efecto accesorio a la búsqueda de un interés legítimo<sup>159</sup>.

El *prima facie tort* fue consagrado tímidamente en el "Restatement (First) of Torts" (1934)<sup>160</sup> y más fielmente a la tesis original en el "Restatement (Second) of Torts" (1979), pues éste considera los motivos (*u.gr.* el dolo) como uno entre varios factores que pueden justificar el daño<sup>161</sup>. El juicio de responsabilidad está centrado en determinar si el acto dañoso es socialmente conveniente o no<sup>162</sup>. De ahí que se alegue que esta doctrina proporciona una estructura de análisis más flexible que un catálogo de ilícitos específicos (*connatural al tort law*) que permite al juez evaluar los intereses privados y públicos en pugna<sup>163</sup>.

Se sostiene, además, que mientras la responsabilidad por culpa escudaba a las empresas frente a acciones indemnizatorias por los daños a la integridad física que a través de sus actividades propias inferían a terceros, el *prima facie tort* servía de válvula para ampliar o restringir, conforme a las inclinaciones políticas de los jueces, la responsabilidad por el daño económico resultante de los conflictos laborales. Así, el *prima facie tort* manifestaba un instrumentalismo positivista que describía el razonamiento judicial como un proceso argumentativo sobre principios más que derechos

37

---

responsable por instalar una barbería y utilizar su ascendencia personal para desviar hacia sí la clientela del demandante, quien se dedicaba a ese rubro hacía un tiempo, con el solo propósito de arruinar el negocio de éste. Elliot J. declaró: "Desviar hacia uno los clientes de un competidor mediante la oferta de menores precios es en general una forma legítima de servir el interés personal, y justificada como competencia leal. Pero cuando un hombre comienza a competir, no con el objeto de obtener una ganancia para sí, sino con indiferencia de sufrir una pérdida, y por el mero propósito de sacar a su competidor fuera del negocio, y con la intención de retirarse él mismo una vez logrado dicha finalidad malévolamente, él es culpable de un ilícito injustificado que es un *tort* que puede demandarse... Calificar esa conducta de competencia es una perversión del término".

<sup>159</sup> HEYDON (n. 137), p. 28; WEIR (n. 60), p. 73; CARTY (n. 58), pp. 6, 28, 109 y 123.

<sup>160</sup> § 870, p. 405: "[Una] persona que comete un *tort* con el propósito de causar daño a otra o a sus bienes o intereses pecuniarios es responsable frente a ésta si ese daño se produce efectivamente, a menos que el daño resulte de una fuerza externa cuyo riesgo no fue incrementado por el acto del demandado".

<sup>161</sup> § 870, p. 279: "Quien intencionalmente causa daño a otro está sujeto a responsabilidad por el mismo, si su conducta es generalmente culpable y no está justificada en las circunstancias. Esta responsabilidad puede ser impuesta aunque la conducta del agente no se encuadre dentro de una categoría tradicional de responsabilidad extracontractual".

<sup>162</sup> VANDEVELDE (n. 127), pp. 447-450 y 492-494.

<sup>163</sup> JACK BROWN, "The Rise and Threatened Demise of the *Prima Facie Tort Principle*", in *Northwestern University Law Review*, vol. 54, Chicago, 1959, pp. 565-566.

abstractos. Su gran difusión en Estados Unidos sería una prueba adicional del colapso del formalismo jurídico en ese país<sup>164</sup>.

#### d) Observaciones

Más allá de sus convicciones políticas, Frederick Pollock y Olivier Holmes elogiaron el resultado práctico de Allen, a pesar de criticar su raciocinio. Lo interpretaron conforme al *prima facie tort*, sólo que en la especie el daño sufrido por los actores estaba justificado. Esta doctrina no tuvo éxito en Inglaterra por múltiples causas que se indican en la sección siguiente, aunque, puede adelantarse, dos de ellas son discutibles, a saber: la naturaleza inductiva del *Common Law*, pues contrasta con la popularidad alcanzada por el *prima facie tort* entre la jurisprudencia estadounidense, y el supuesto rechazo judicial del empleo de argumentos políticos en el pronunciamiento de las sentencias, ya que se opone al análisis político implícito en casos de la relevancia de Mogul, Allen y Quinn.

Sin embargo, no es evidente qué podría haber ganado el Derecho inglés con el *prima facie tort*. Es cierto que un principio general como el que esta doctrina encapsula puede brindar consistencia y coherencia<sup>165</sup>, pero esto no es garantía de justicia ni está exento de dificultades. Así parece demostrarlo la experiencia judicial estadounidense, porque ha aplicado dos versiones radicalmente diferentes del *prima facie tort*.

#### 4. El rechazo de un ilícito intencional genérico por el Derecho inglés

##### a) Consecuencias de Pickles y Allen

Estos dos casos implicaron un claro rechazo del abuso del Derecho y del *prima facie tort*, teorías fuertemente vinculadas entre sí como se despren-

<sup>164</sup> VANDEVELDE (n. 127), pp. 482-484 y 495-497; WHITE (n. 103), pp. 287-292. En contra de la postura tradicional (v.gr. Howe, White, Calabresi, Posner), David Rosenberg postula que Olivier Holmes no consideró la negligencia como la regla general que escudaba a las empresas, sino que aplicó de hecho la responsabilidad estricta. David ROSENBERG, *The Hidden Holmes: His Theory of Torts in History*, Cambridge (Mass.), HUP, 1995. Esta tesis es criticada, pues evidenciaría un formalismo legal contrario a las ideas de Holmes (i.e. que el Derecho es experiencia y no lógica) y al consenso existente de que para este jurista la responsabilidad estricta era excepcional. James THOMSON, recensión a David Rosenberg en *Tort Law Review*, vol. 6, Pyrmont (Australia), 1998, pp. 173-175.

<sup>165</sup> "Consistencia" y "coherencia" entendidas como "lo que hace sentido en el sistema": el primer concepto se refiere a normas (v.gr. resoluciones judiciales) no contradictorias con las precedentes; el segundo, a normas inteligibles bajo principios, valores o políticas generales aplicables en situaciones semejantes. Neil MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, OUP, 1978, p. 101 y ss.

de de las tempranas referencias a los sistemas estadounidense, francés y alemán.<sup>166</sup>

Por un lado, Pickles determinó que el ejercicio del dominio es legítimo cualquiera sea la intención subyacente, desestimando la doctrina romano-escolesa a virtud de la cual debía responderse por los daños causados intencionalmente entre vecinos<sup>167</sup>. Por otro lado, ese caso y Allen asentaron un principio general: “una persona no puede demandar en tort si no prueba que un tort ha sido cometido”<sup>168</sup>. La responsabilidad emana de la infracción de un derecho ajeno con prescindencia del motivo latente; resultado éticamente decepcionante<sup>169</sup>, pero coherente con el individualismo entonces predominante que segregaba el derecho de la moral<sup>170</sup>. Ambos casos reflejan un espíritu de irrestricto egoísmo, confinando el abuso del derecho a hipótesis extremas, como cuando se causaba daño por rencor a la víctima<sup>171</sup>.

Los *torts*, habiendo emergido luego de prolongada evolución de acciones específicas, constituirían una materia de suyo inapropiada para el escrutinio moral. Esto es, la responsabilidad consiste esencialmente en determinar qué acciones pueden ser concedidas ante ciertas circunstancias y dados ciertos precedentes<sup>172</sup>. Autores pertenecientes a distintas generaciones han comparado el rechazo inglés de un ilícito intencional genérico y su preferencia por una propiedad absoluta, con parámetros foráneos provistos de un sustento moral (*v.gr.* §226-§826 *BGB*, artículo 1.382 *Code*)<sup>173</sup>.

No se crea, sin embargo, que el Derecho inglés soslaye completamente los motivos. En primer lugar, si para el abuso del Derecho los motivos

<sup>166</sup> Frederick WALTON, “Motive as an Element in Torts in the Common and in the Civil Law”, in *Harvard Law Review*, vol. 22, Cambridge (Mass.), 1908, pp. 501-519; Carleton ALLEN, “Legal Morality and the *Ius Abutendi*”, in *Law Quarterly Review*, vol. 40, London, 1924, pp. 165 y 178. No es curioso que la hipótesis del arquetipo del *prima facie tort* -Tuttle (n. 158)- haya sido el *abuso del derecho* a competir.

<sup>167</sup> Frederick POLLOCK, comentando Pickles, en *Law Quarterly Review*, vol. 11, London, 1895, p. 202. En todo caso, el *dojo* no fue acreditado pues los lores determinaron que el demandado había procurado legítimamente alcanzar una transacción con el actor. TAGGART (n. 127), p. 73.

<sup>168</sup> LONDON (n. 127), p. 40.

<sup>169</sup> “En la vida práctica nadie es más detestado o detestable que una persona que está siempre apegado a sus derechos... Su estructura mental... es la de Shylock... todos los hombres prudentes la reprueban”. ALLEN (n. 166), p. 165.

<sup>170</sup> Edward JENKS, “On Negligence and Deceit in the Law of Torts”, in *Law Quarterly Review*, vol. 26, London, 1910, pp. 165-166.

<sup>171</sup> Una aplicación generalizada de esa doctrina podía restringir la libertad de acción y crear desorden en el ya extenso *tort de nuisance*. Harold GUTTERIDGE, “Abuse of Rights”, in *Cambridge Law Journal*, vol. 5, Cambridge (England), 1933, pp. 522-545.

<sup>172</sup> ALLEN (n. 166), pp. 174-175.

<sup>173</sup> James AMES, “Law and Morals”, en *Harvard Law Review*, vol. 22, Cambridge (Mass.), 1908, pp. 97-113; LIPSTEIN (n. 107), pp. 85 y 98-101.



subyacentes son un aspecto medular en la resolución de un conflicto entre derechos equivalentes en una relación de vecindad, el *Common Law* enfrenta este problema mediante el *tort* de *nuisance*, en el cual los motivos representan un papel importante: el uso y goce irrazonable de la propiedad (*v.gr.* doloso) compromete la responsabilidad del dueño (Christie). En cambio, Pickles afectó el derecho del demandado a detener la filtración de agua sobre la cual el actor *carecía* de todo derecho. Por eso era irrelevante el motivo con que el demandado había actuado<sup>174</sup>. Enseguida, el *tort* de *negligence*<sup>175</sup> (y también quizá el art. 1.382 del *Code*) implica una atribución moral de responsabilidad por los efectos evitables de conductas deliberadas, precisamente, por ejemplo, por los medios que un competidor escoge para participar en un mercado<sup>176</sup>.

b) La ilicitud: una solución jurídica ante una disyuntiva política

Autores contemporáneos a Allen coincidieron en que éste había zanjado que la intención no determinaba la antijuridicidad del hecho dañoso. Más aún, el voto de minoría se había sustentado en ciertos precedentes (Lumley, Bowen y Temperton) que a decir verdad concernían violaciones flagrantes de derechos y, por ende, el dolo no había tenido incidencia alguna<sup>177</sup>. Es más, ni siquiera la prueba de éste habría alterado el resultado de Allen: los demandantes carecían de derecho (sus contratos eran por día) y el demandado, lejos de causar el daño reclamado, simplemente había ejercido su derecho a competir<sup>178</sup>. Autores contemporáneos plantean ideas análogas. Allen enseña que la libertad de dañar, que por siglos han disfrutado los competidores, debe ejercerse lícitamente, pero con abstracción a cualesquier *prima facie tort*<sup>179</sup>. El daño patrimonial puro cometido sin medios ilícitos debe ser tolerado<sup>180</sup>.

Además, Allen camufló una controversia política bajo un razonamiento formal. La Cámara de los Lores pudo evaluar el poder de los sindicatos

<sup>174</sup> Chasemore *v.* Richards (1859) 7 H.L.C. 349; Accord, Hunter *v.* Canary Wharf Ltd [1997] AC 665, p. 685 (Lord Goff); FRIDMAN (n. 108), pp. 491-493; TAGGART (n. 127), pp. 188-193.

<sup>175</sup> "Un sentimiento público general de incorrección moral por el cual el ofensor debe responder" (por Lord Atkin, en Donoghue *v.* Stevenson [1932] A.C. 562).

<sup>176</sup> André TUNC, "Tort law and the Moral Law", in *Cambridge Law Journal*, vol. 30, Cambridge (England), 1972, pp. 247-259.

<sup>177</sup> Ernst FREUND, "Malice and Unlawful Interference", in *Harvard Law Review*, vol. 11, Cambridge (Mass.), 1897, pp. 451-455.

<sup>178</sup> WILGUS (n. 138).

<sup>179</sup> HOFFMANN (n. 151), p. 118.

<sup>180</sup> Tony WEIR, "Chaos or Cosmos? Rookes, Stratford and the Economic Torts", in *Cambridge Law Journal*, Cambridge (England), 1964, p. 226.

para interferir con las relaciones laborales, pero decidió el caso valiéndose de razones técnicas incomprensibles para el público. Como los actores no pudieron probar la conspiración, sólo quedó en pie el argumento del dolo, sin embargo, en el fondo, encerraba un dilema de principios: si los actores tenían derecho a trabajar libres de intromisiones y si éstas podían justificarse en el ejercicio de un derecho de jerarquía equivalente<sup>181</sup>. Se concluyó que el demandado estaba amparado en el ejercicio de su derecho a competir. Este epílogo podía interpretarse como una afirmación del criterio de ilicitud o como una excepción del *prima facie tort*<sup>182</sup>. Una opinión autorizada posterior sostuvo que Allen resolvió un problema político más allá de su lenguaje técnico:

“[es] una decisión política en la que la necesidad de justicia individual, fuera de la esfera de las disputas laborales, fue sacrificada a favor de las necesidades sindicales. En 1897, cuando los sindicatos eran políticamente débiles, ésta pudo haber sido una actitud apropiada de la cámara de los lores. En esa época parecía haber pocas posibilidades de que el Parlamento interviniese en ayuda de los sindicatos y el perjuicio que éstos probablemente iban a sufrir con un fallo adverso era mayor que los intereses del individuo ocasional que podía no ser indemnizado por el daño que se le había causado por un motivo reprochable”<sup>183</sup>.

41

Con todo, el impacto concreto de Allen fue menor: persuadir a los trabajadores a incumplir sus contratos ya era ilícito (Lumley) y en 1906 el legislador intervino eximiendo de responsabilidad a los que perpetraban ese ilícito en un conflicto laboral<sup>184</sup>.

### c) Explicaciones de la reacción del *Common Law*

Una pregunta básica es si el daño causado con motivo u ocasión del ejercicio de un derecho puede engendrar responsabilidad. La tendencia individualista decimonónica, plasmada en el *Code*, fue sustituida por el reconocimiento de una responsabilidad derivada del ejercicio anormal, culpable o desinteresado del Derecho, o contrariando su finalidad económica o social. El *Common Law* descartó tal posibilidad.

Una influyente tesis interpreta esta respuesta como consecuencia de que el sistema inglés reconoce los derechos en forma limitada, lo que tor-

<sup>181</sup> FREUND (n. 177), pp. 449 y 456-465.

<sup>182</sup> TERRY (n. 72), pp. 10 y 19 y ss.

<sup>183</sup> HOFFMANN (n. 151), p. 139.

<sup>184</sup> WEIR (n. 59), p. 177; WEIR (n. 53), p. 604.

na inoficiosa su posterior atenuación. Este derecho, además, enfatiza los actos por sobre los motivos. Asimismo, un Derecho Consuetudinario tan fragmentado y disperso como ese (en múltiples *torts*) dificulta sobremanera la identificación de los fines sociales o económicos de los derechos<sup>185</sup>. El *Common Law* ha resistido los notables esfuerzos intelectuales por sistematizarlo y ha conservado su carácter casuístico o concentrado en categorías, ilícitos y acciones particulares<sup>186</sup>. Esto bien puede menoscabar la coherencia jurídica, pero no necesariamente arroja peores resultados prácticos que aquéllos que un ordenamiento basado en principios y reglas generales pudiera producir<sup>187</sup>.

Varios otros factores explican el curso tomado por el Derecho inglés. El positivismo y el utilitarismo predominantes en la época y la compleja prueba del dolo<sup>188</sup> condujeron a preferir los actos sobre los motivos, acentuando la trascendencia de la ilicitud de los medios con que se consuman. Los jueces desconfiaban también del jurado como institución eficaz para la certeza jurídica, especialmente si se le confiaba el control de un criterio tan maleable como el motivo<sup>189</sup>. Además, la concepción individualista de los derechos repelía restricciones fundadas en su finalidad social e influyó en jueces comprometidos políticamente. Asimismo, el formalismo prevaleciente en el siglo pasado en Inglaterra propendió a un razonamiento judicial sustentado en principios y precedentes, lo que explica que *Pickles* resistiera los embates de la fuerte tendencia colectivista que se dejó sentir durante esa centuria. En fin, la libertad individual no aceptaba limitaciones como aquellas que resultaban del abuso del derecho y el *prima facie tort*<sup>190</sup>.

#### d) Relevancia de la ilicitud en el derecho inglés actual.

Para ilustres autores ingleses las sentencias recaídas en *Mogul*, *Pickles* y *Allen* aseguraron a la antijuridicidad un sitio como frontera común de la

<sup>185</sup> PIERRE CATALA & TONY WEIR, "Delict and Torts: A Study in Parallel. Part II", in *Tulane Law Review*, vol. 38, New Orleans, 1964, pp. 221-235 y 237-239 y "Delict and Torts: A Study in Parallel. Part IV", in *Tulane Law Review*, vol. 39, New Orleans, 1965, pp. 780-781. Con todo, los derechos sobre las aguas (precisamente el objeto de *Pickles*), no han sido claramente definidos en el sistema inglés. TAGGART (n. 127), p. 163.

<sup>186</sup> *Tort law* es un conjunto de "casilleros" o *torts* nominados. FERDINAND STONE, "Touchstones of Tort Liability", in *Stanford Law Review*, vol. 2, Palo Alto (California), 1950, p. 272.

<sup>187</sup> BERNARD RUDDEN, "Torticles", in *Tulane Civil Law Forum*, vol. 6, New Orleans, 1991, pp. 120-129.

<sup>188</sup> "El pensamiento de un hombre no puede ser examinado, pues ni el mismo demonio lo conoce" (Brian C.J., Y.B.17 Edw.IV1).

<sup>189</sup> Los estándares objetivos de responsabilidad propuestos por Holmes obedecían a su convicción de que el Derecho es un asunto de predicción y que el jurado genera inseguridad. HOWE (n. 129), pp. 184-200.

<sup>190</sup> TAGGART (n. 127), pp. 155-166.

responsabilidad por el daño patrimonial puro emanado de la competencia. Tony Weir sostuvo desde temprano que esta responsabilidad presupone el empleo de medios ilícitos<sup>191</sup>. Este límite preservaría la competencia comercial (al consumidor) y laboral (al trabajador) en forma más efectiva que el *prima facie tort* y que cánones que dirigen su atención a lo “razonable” y lo “moral”. Es decir, para Tony Weir la moralidad del acto injurioso se infiere desde el Derecho<sup>192</sup>. La ilicitud ofrecería así mayor predicción sin restringir indebidamente la libertad económica<sup>193</sup>. Ahora bien, su preocupación por una posible expansión de esta especie de responsabilidad que resultaría de la anulación de Allen podría ser exagerada<sup>194</sup>. Además, se critica que el *test* de ilicitud es simplemente un intento por describir con mayor precisión que otros criterios un mismo problema: conductas competitivas que resultan intolerables<sup>195</sup>.

A su turno, Hazel Carty advierte que desde fines del siglo XIX el *Common Law* exhibe dos políticas judiciales opuestas que han convertido los *economic torts* en un caos. Por un lado, las cortes han sido remisas a controlar la competencia salvo en situaciones coyunturales, mediante el canon de ilicitud. Por otro lado, su aversión hacia los sindicatos se ha reflejado en la directa intervención en las disputas laborales, inventando y extendiendo responsabilidades, como sucede con la conspiración (Mogul y Quinn), la intimidación (Rookes) y la interferencia ilícita en negocio ajeno (una extensión de Lumley), sólo interrumpida ocasionalmente por el legislador. Hazel Carty está convencida de que los tribunales están para prevenir y reparar las conductas extremas, mientras el legislador debe encargarse de la regulación gruesa de la competencia. Esta dialéctica evitaría que la responsabilidad se expanda en una forma que lesione la libertad económica<sup>196</sup>. Uno de los méritos de su tesis es que destaca la función residual de la responsabilidad civil<sup>197</sup>, pero omite remarcar el peligro de una jurisprudencia que continúa expandiendo los *economic torts* y aleja cada vez más la posibilidad de coherencia jurídica<sup>198</sup>.

<sup>191</sup> Este principio, descubierto también en Rookes (n. 90), aportaría consistencia a los *economic torts*. WEIR (n. 180).

<sup>192</sup> WEIR (n. 60); WEIR (n. 59), p. 173.

<sup>193</sup> John HEYDON, recensión de WEIR (n. 60), en *Tort Law Review*, vol. 7, Pyrmont (Australia), 1999, pp. 268-271.

<sup>194</sup> El *tort* de “mera interferencia con contrato ajeno” (propuesto por Lord Denning en TORQUAY (n. 60) no ha sido respaldado por la jurisprudencia posterior. Ken OLIPHANT, recensión de WEIR (n. 60), in *Modern Law Review*, vol. 62, London, 1999, pp. 320-323.

<sup>195</sup> BAGSHAW (n. 62).

<sup>196</sup> CARTY (n. 58), pp. 1-15 y 261 y ss.

<sup>197</sup> Tony WEIR, recensión de CARTY (n. 58), en *Law Quarterly Review*, vol. 118, London, 2002, pp. 164-167.

<sup>198</sup> Bob SIMPSON, recensión de CARTY (n. 58), en *Modern Law Review*, vol. 65, London, 2002, pp. 482-486.

Por su parte, el trabajo de Daniel Stultz y Philip Sales sugiere la fusión del criterio de ilicitud con el *prima facie tort*. Estos autores proponen un *tort* general consistente en dañar a otro intencionalmente por medios ilícitos que contrapesaría al *tort* de *negligence* y cuyo núcleo es el dolo directo<sup>199</sup>. Peter Cane, en fin, plantea que la ilicitud y el dolo (incluso eventual, por oposición a la culpa) son indispensables para afirmar la responsabilidad por el daño infligido entre competidores. La responsabilidad civil, a diferencia de la moral y el Derecho Penal, no se preocupa del ilícito del demandado, sino que de los intereses de las víctimas y de la sociedad, lo que se traduce en que el dolo generalmente es irrelevante. En efecto, cuando el Derecho privilegia los intereses individuales la responsabilidad se basa en la culpa o, incluso, sin ella. El dolo sólo deviene en supuesto esencial cuando está en juego el bien común, como acaece con la competencia, en que la sociedad exige que esta actividad no se detenga a pesar de que pueda dañar y con frecuencia cause daño a terceros. Es decir, el interés social en la autonomía individual y en la libertad económica es protegido mediante un estándar más exigente que la culpa y la ilicitud<sup>200</sup>.

#### e) Observaciones

A partir de Pickles el Derecho inglés reconoce en la ilicitud el límite de la competencia permisible. Esto obedece a diversas causas, con una raíz filosófica común orientada hacia la certeza jurídica e independiente de la moral<sup>201</sup>.

El abuso del Derecho y el *prima facie tort* simbolizan instrumentos de generalización que pueden ser valiosos para la coherencia del sistema, pero que parecen vanos en una estructura que reconoce los derechos inductivamente. Con todo, aún es vigente la pregunta sobre si un competidor debe responder cuando daña a sus rivales única o exclusivamente para satisfacer un interés legítimo o, en cambio, para perjudicarlos. Asimismo, el sistema estadounidense, no menos casuístico que el inglés, ha acogido en forma amplia un principio tan general como el *prima facie tort*. En efecto, mientras los tribunales ingleses se aferraron a una concepción individualista, proclive

<sup>199</sup> Daniel STULTZ & Philip SALES, "Intentional Infliction of Harm by Unlawful Means", in *Law Quarterly Review*, vol. 115, London, 1999, pp. 411-437.

<sup>200</sup> Peter CANE, "Mens Rea in Tort Law", in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, Oxford, 2000, pp. 533-556. En nuestro medio, la trascendencia del dolo y de las formas abusivas en que se manifiesta es destacada por BARROS (n. 52), pp. 161-163.

<sup>201</sup> Posiblemente Bentham, Austin y Kant, que distinguieron las reglas jurídicas (que prescriben comportamientos externos e imponen derechos y deberes) de las morales (que afectan los motivos y la apreciación ética de esos derechos y deberes jurídicos). Michael FREEMAN, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 7<sup>th</sup> ed., London, Sweet & Maxwell Ltd, 2001, p. 49; ALLEN (n. 166), p. 180.

a una concepción absoluta del dominio y de competencia irrestricta, a partir de 1890 la jurisprudencia estadounidense fue acogiendo paulatinamente el llamado a limitar los derechos según las necesidades sociales, cuyo epítome es el emblemático Tuttle<sup>202</sup>. Ello obliga a considerar otras explicaciones al tiempo de evaluar la opción de la judicatura inglesa. Una idea persuasiva en este sentido es que el criterio de ilicitud traducía con mayor nitidez el prejuicio público contra los ilícitos intencionales que Frederick Pollock destacó<sup>203</sup>, en tanto el mensaje moral del *prima facie tort* contradecía la misma actividad competitiva, pues predicaba que, en principio, todo daño inferido intencionalmente debía ser reparado.<sup>204</sup> Esta tesis era, además, antagónica al *laissez-faire* judicial que sólo reprimía conductas monopólicas extremas sin indagar los motivos que son incontrolables, sobre todo por el jurado<sup>205</sup>.

Allen no fue resuelto con argumentos puramente formales. Los lores sopesaron los derechos en conflicto y el impacto de su decisión en la comunidad, adelantándose al legislador. De hecho, hasta la segunda década del siglo XX, la Cámara de los Lores actuó como un órgano político y asumió un papel legislativo e intervencionista en las disputas laborales, pero siempre vinculados al precedente<sup>206</sup>. El resultado práctico de Allen fue similar al que Olivier Holmes procuró en *Vegeahn*: los trabajadores, al igual que los empresarios, podían actuar concertadamente para asegurar sus intereses, aun, si de paso dañaban a los empleadores. El resultado en Allen fue anómalo. Los magistrados conservadores, en minoría, fundaron la responsabilidad en el dolo, pese a que habían resuelto lo contrario en *Pickles* y a que el dolo no fue acreditado. Los seis lores restantes, liberales, de quienes se habría esperado una solución original, quizá basada en el dolo, prescindieron, sin embargo, de este elemento y rechazaron la demanda. Varias décadas después, *Rookes* concitó un problema análogo, pero decidido a favor del interés individual<sup>207</sup>. Ambos casos son ejemplos del peso que el contexto social y político puede tener, y con frecuencia tiene, sobre los jueces y sus decisiones<sup>208</sup>. Esta jurisprudencia evidencia un razonamiento político supeditado al poder coetáneo de los sindicatos, oculto

<sup>202</sup> Gordon STONER, "The Influence of Social and Economic Ideals on the Law of Malicious Torts", in *Michigan Law Review*, vol. 8, Ann Arbor, 1910, pp. 468-481.

<sup>203</sup> *Ibid.* (n. 146).

<sup>204</sup> CARTY (n. 58), p. 264.

<sup>205</sup> FRIDMAN (n. 108), pp. 490 y 496; Christian WITTING, "Of Principle and Prima Facie Tort", in *Monash University Law Review*, vol. 25, Clayton (Australia), 1999, pp. 297-300.

<sup>206</sup> STEIN & SHAND (n. 116), p. 250; STEVENS (n. 117), pp. 77 y ss. y 114; Robert STEVENS & Basil YAMEY, *The Restrictive Practices Court. A Study of The Judicial Process and Economic Policy*, London, Weidenfeld & Nicolson, 1965, pp. 23 y ss. y 148 y ss.

<sup>207</sup> HOFFMANN (n. 151), pp. 137-139; WEDDERBURN (n. 151), p. 260.

<sup>208</sup> Charles HAMSON, "A further note on *Rookes v. Barnard*", in *Cambridge Law Journal*, Cambridge (England), 1964, p. 174.

detrás de un lenguaje jurídico formal. Por eso, aun si los lores hubiesen adoptado el *prima facie tort*, el epílogo de Allen posiblemente no hubiese variado. Es más, quizá esa teoría fue aplicada, inconscientemente, sólo que con distintos resultados dependiendo de lo que cada juez quería conseguir: tres lores estimaron que el daño era injustificado, mientras los restantes seis estimaron lo contrario. El dilema era si el daño podía ser tolerado cuestión que era eminentemente política y no técnica<sup>209</sup>.

De lo anterior puede colegirse que la ilicitud y el *prima facie tort* son límites razonables de la responsabilidad civil, aunque probablemente ninguno de los dos por separado sea completamente correcto. Una responsabilidad por daño patrimonial causado entre competidores conciliable con la libertad económica parece exigir un elemento subjetivo –que revele cierto grado de deliberación ausente en la culpa– y la concurrencia de medios ilícitos que operen como restricción objetiva de esa responsabilidad.

### 5. El daño derivado de los conflictos laborales

#### a) Las secuelas de Quinn

Los autores contemporáneos a este caso discutieron su esencia. Frederick Pollock fue uno de los primeros en sustentarlo en la amenaza de daño más que en la conspiración *per se*<sup>210</sup>. Para John Charlesworth, en cambio, el núcleo de Quinn era la confabulación tramada por los demandados para perjudicar al actor, a diferencia del *tort* de conspiración por medios ilícitos aplicado en Mogul y de la responsabilidad por actos individuales, que también suponía de la ilicitud y excluía toda intención (Pickles y Allen)<sup>211</sup>. Chalmers-Hunt mantuvo que Quinn sancionaba el daño perpetrado no como efecto colateral a la persecución de intereses legítimos, sino para castigar a personas ansiosas por incorporarse a un sindicato<sup>212</sup>. Posteriormente se postuló que Allen y Quinn representaban posturas judiciales antagónicas: un liberalismo abstencionista y un conservadurismo intervencionista, res-

<sup>209</sup> Allen podría haber sido resuelto en contra de los intereses sindicales si Lord Halsbury, entonces a la cabeza de la Cámara de los Lores, no hubiese intentado tan ostensiblemente confirmar la sentencia de alzada mediante el inusitado procedimiento de requerir a ocho jueces de la High Court que emitieran su opinión. Esta táctica habría causado honda molestia entre los lores que formaron la mayoría. STEVENS (n. 117), p. 90 y ss.

<sup>210</sup> Frederick POLLOCK, comentario de Quinn, en *Law Quarterly Review*, vol. 18, London, 1901, pp. 344-345.

<sup>211</sup> John CHARLESWORTH, "Conspiracy as a ground of Liability in Tort", in *Law Quarterly Review*, vol. 36, London, 1920, pp. 38-52.

<sup>212</sup> D.R., CHALMERS-HUNT, "Labour Competition and the Law. Part I" y "Labour Competition and the Law. Part II", in *Law Quarterly Review*, vol. 19, London 1903, pp. 37-54 y pp. 182-202, respectivamente.

pectivamente<sup>213</sup>. Una tesis diferente destaca la diversa clase de problemas que estos casos involucraron. Mientras un acto individual lícito que interfiere con las expectativas ajenas no genera responsabilidad, lo contrario acaece con un acto concertado y encaminado a dañar a otro<sup>214</sup>.

En la actualidad se admite la contradicción entre ambos casos: Quinn soslayó el criterio de ilicitud<sup>215</sup>. Esta inconsistencia, aún sin disipar, cuestiona la supuesta objetividad del mismo parámetro<sup>216</sup>. Ahora bien, aunque el sostener que Quinn hace excepción a Allen no resuelve este dilema<sup>217</sup>, sí implica reconocer la naturaleza fragmentada del *Common Law*, que, por cierto, alcanza a los *economic torts*. Por eso tal vez es imposible agregar algo a lo dicho por Lord Dunedin en el caso Sorrell<sup>218</sup>.

Este debate, particularmente después de Crofter, parece ser inútil: los acuerdos entre varias personas para causar daño a un tercero sin procurar simultáneamente un fin legítimo son una rareza<sup>219</sup>. Sin desconocer la importancia histórica de Quinn y su posible validez futura<sup>220</sup>, quizá este ilícito anómalo deba ser interpretado restrictivamente a diferencia del *tort* de conspiración por medios ilícitos<sup>221</sup>.

#### b) Regulación legislativa

El *Common Law* nunca ha simpatizado con la organización colectiva de los trabajadores, como lo demuestra la tendencia jurisprudencial de inventar *torts* o ampliar los ya existentes, interrumpida esporádicamente por el legislador. Hasta 1870 el organizar e implementar huelgas era un delito penal. Leyes

47

<sup>213</sup> Kenneth WEDDERBURN, "The Right to Threaten Strikes", in *Modern Law Review*, vol. 24, London, 1961, pp. 572-591; WEDDERBURN (n. 151), pp. 257-258.

<sup>214</sup> Robert HEUSTON, "Judicial Prosopography", in *Law Quarterly Review*, vol. 102, London, 1986, pp. 90-113.

<sup>215</sup> CARTY (n. 58), pp. 16, 26 y ss.

<sup>216</sup> HEYDON (n. 193).

<sup>217</sup> Lord Halsbury señaló en Quinn que el Derecho a veces no es en absoluto lógico, intentando justificar un principio claramente inconsistente con Allen. MACCORMICK (n. 165), p. 40.

<sup>218</sup> Vid. (n. 51). Frederick Pollock no claudicó a su negativa a radicar el *tort* de conspiración en la misma combinación: "La problemática cuestión de si existe alguna magia en la 'pluralidad' no será aclarada hasta que alguna corporación poderosa... realice algunas de las cosas que... una persona puede hacer sin impunidad pero que dos o más no pueden". Frederick POLLOCK, comentando Sorrell, en *Law Quarterly Review*, vol. 41, London, 1925, p. 369.

<sup>219</sup> CARTY (n. 58), pp. 37-41. Simon DEAKIN; Angus JOHNSTON & Basil MARKESINIS, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, 5<sup>th</sup> ed., Oxford, OUP, 2003, pp. 525-526. Asimismo, es improbable que los competidores accionen de conspiración ahora que pueden demandar daños derivados de la infracción a la ley antimonopolios inglesa de 1998. Mark FURSE, *Competition Law of The EC and UK*, 5<sup>th</sup> ed., Oxford, OUP, 2006, pp. 405 y ss.

<sup>220</sup> WITTING (n. 205), pp. 312-315.

<sup>221</sup> Philip SALES, "The Tort of Conspiracy and Civil Secondary Liability", in *Cambridge Law Journal*, vol. 49, Cambridge (England), 1990, pp. 491-514.



promulgadas en 1871 y 1875 despenalizaron todas las formas de acción laboral, salvo aquéllas que recurrían a medios violentos, y autorizaron los actos concertados de trabajadores que operaban en los conflictos laborales. Hacia 1905 los conflictos industriales aumentaron y los tribunales restauraron la situación anterior a esa legislación. Los que incitaban al incumplimiento de los contratos laborales incurrían en responsabilidad (Lumley) y los empleadores podían obtener una resolución judicial prohibiendo el inicio o la continuación de las huelgas. Los trabajadores y sindicatos que concertadamente causaban daño a los empleadores perpetraban el *tort* de conspiración simple (Quinn), sin necesidad de que los medios de que se valían fuesen *per se* ilícitos. Esto contrastaba claramente con la responsabilidad en que podían incurrir los comerciantes o empresarios (Mogul). El punto de mayor inflexión de este movimiento fue *Taff Vale Railway v. ASRS*<sup>222</sup>, caso que permitió demandar perjuicios contra los sindicatos, a pesar de que éstos carecían de personalidad jurídica, y en que el intervencionismo judicial se expresó técnicamente en esa responsabilidad por daño causado concertada y dolosamente, prescindiéndose de toda ilicitud<sup>223</sup>. Una ley promulgada en 1906 revirtió esta jurisprudencia: los que organizaban huelgas en el contexto de un conflicto industrial estaban exentos de responsabilidad por los ilícitos subsumidos en Lumley y Quinn. Así, tal como los empresarios, los trabajadores también podían ahora justificar el daño causado a terceros en la búsqueda de sus legítimos intereses. Esta igualdad fue reconocida abiertamente en el caso Crofter. Sin embargo, en Rookes los tribunales interpretarían restrictivamente aquel estatuto, extendiendo el *tort* de intimidación a la amenaza de incumplimiento de un contrato laboral. Una ley de 1965 restablecería la inmunidad referida, pero al poco tiempo nuevamente sería contrarrestada por la jurisprudencia<sup>224</sup>. Ha existido, entonces, una incesante interacción entre el *Common Law* -creando y ampliando responsabilidades en forma impredecible- y el legislador, que intenta neutralizarlas. La sinergia de ambas fuerzas ha confundido los *economic torts*<sup>225</sup>. De ahí que se plantee un cambio radical, tal vez el reconocimiento directo del derecho a la huelga y su rango superior respecto de otros intereses<sup>226</sup>.

<sup>222</sup> [1901] A.C. 426.

<sup>223</sup> En ambos casos *Lord Halsbury* logró formar el panel que quiso para utilizar el *tort* de conspiración en contra de los sindicatos. Estas decisiones, aunque fueron dejadas sin efecto por la legislación, dañaron el prestigio de los lores. STEVENS (n. 117), p. 90 y ss.

<sup>224</sup> CORNISH & CLARK (n. 113), pp. 323-336 y 355; SIMON DEAKIN & Gillian MORRIS, *Labour Law*, 4<sup>th</sup> ed., London, Hart, 2005, pp. 5-11.

<sup>225</sup> WEDDERBURN (n. 213), p. 590; WEDDERBURN (n. 151), pp. 280-281.

<sup>226</sup> Patrick ELLAS, & Keith EWING, "Economic Torts and Labour Law: Old Principles and New Liabilities", in *Cambridge Law Journal*, vol. 41, Cambridge (England), 1982, pp. 321 y 356 y ss.

## c) Observaciones

La desestimación del criterio de ilicitud sembró incoherencia en los *economic torts*. Mientras un acto individual dañoso no genera responsabilidad sin medios ilícitos (Allen), ese mismo acto da lugar a indemnización por el mero hecho de ser ejecutado entre varios (Quinn). La combinación sería, entonces, intrínsecamente opresiva, lo que implica reconocer un reducto al *prima facie tort* y al abuso del derecho<sup>227</sup>. Este resultado no es incomprensible a la luz del carácter plural de los *torts*, valga la redundancia. Sin embargo, no deja de extrañar esta "inmunidad" de que gozan los actos individuales en el Derecho anglosajón, en circunstancias que la conducta de una sola gran corporación puede más abusiva y perjudicial que la actuación conjunta de varias empresas medianas o pequeñas. Este criterio cuantitativo no parece confiable.

## III. CONCLUSIONES

El análisis precedente plantea inquietudes sobre la función de la responsabilidad civil en la competencia y tiene implicancias respecto de principios, consistencia y coherencia jurídicas.

Los tribunales ingleses, atávicamente, se han negado a interferir con la competencia, pues el daño le es consustancial. En este ámbito, la jurisprudencia se nutre de la lógica, los precedentes y las políticas plasmadas en la legislación. Su aproximación es sensata: la competencia debe funcionar libremente y los jueces resolver desavenencias concretas, conforme su mérito, sin tomar decisiones políticas. Por el contrario, en momentos excepcionales, esos mismos tribunales han intervenido en las disputas laborales, creando y extendiendo responsabilidades por ilícitos con repercusión en ese contexto. Si Lumley y Pickles parecen casos políticamente asépticos que asentaron como factor desencadenante de la responsabilidad la violación del derecho ajeno, el resto de las sentencias examinadas descubren, debajo de su revestimiento solemne, la vulnerabilidad judicial a las presiones políticas. De ahí que los tribunales discriminaran en contra los trabajadores (Quinn) y a favor del segmento empresarial (Mogul) al evaluar sus correspondientes actividades y objetivos. Allen, cuyo epílogo fue circunstancial, interrumpió sólo temporalmente esta tendencia: en Quinn la Cámara de los Lores distinguió el primer caso, tratando de presentar una jurisprudencia coherente y respetuosa del precedente<sup>228</sup>. Allen, además, ilustra cómo los

49

<sup>227</sup> DEAKIN, JOHNSTON & MARKESINIS (n. 219), pp. 508 y 526.

<sup>228</sup> ELIAS & EWING (n. 226), p. 322 y ss. A partir de la "Practice Statement (Judicial Precedent)" [1966] 1 W.L.R. 1234, la Cámara de los Lores puede contradecir sus propios

conceptos, reglas y principios jurídicos pueden convertirse en instrumentos para comunicar, a través de un lenguaje formal, decisiones judiciales con una alta dosis política. Por eso, este caso puede ser relatado desde teorías opuestas: afirmando el test de ilicitud (tesis tradicional) o respaldando el *prima facie tort* (postura de Frederick Pollock y Olivier Holmes).

Probablemente ambas orientaciones jurisprudenciales del *tort law* continúen. A saber, un papel residual frente al daño entre competidores comerciales y un papel protagónico hacia el perjuicio proveniente de los conflictos laborales<sup>229</sup>. Esto justifica segregar, para fines de investigación, los ilícitos de los negocios (esfera en la que imperan la convicción en la libertad económica, el respeto del precedente y el criterio de ilicitud) de los ilícitos tocantes a la competencia laboral, área políticamente compleja. La jurisprudencia parece avalar esta metodología, porque ella suele identificar más fácilmente las actividades comerciales con la persecución de intereses legítimos, al tiempo que asocia la lucha laboral más directamente con la intención de dañar al adversario, que es el empleador. Los tribunales son más susceptibles al perjuicio que se infligen los rivales en el mercado laboral respecto del daño causado entre empresarios<sup>230</sup>. Agrupar conductas similares bajo patrones y áreas comunes es, además, compatible con el procedimiento propio del *tort law*, esto es, si la víctima debe soportar el daño o el demandado repararlo<sup>231</sup> es un interrogante que sólo puede ser contestado casuísticamente.

Diversas razones ayudan a comprender porqué el Derecho inglés rechazó una responsabilidad por daño patrimonial puro basada en el dolo. La existencia de una pluralidad de ilícitos específicos obviamente repele cualquier amago de generalización. Pero también existen causas idiosincrásicas y simbólicas, como el perjuicio del público hacia los ilícitos intencionales ya que éstos contradicen algo tan inherente a la competencia como es dañar el negocio del rival. Esta reacción, además, obedeció al ambiente histórico, político y económico coetáneo a la jurisprudencia revisada. En fin, el *Common Law* siguió la ruta aparentemente más segura y objetiva de atender a los actos antes que a los motivos que los inspiran.

Los tribunales ingleses están entrenados para resolver problemas específicos, no para teorizar. Vale decir, no aceptan la clase de síntesis indispensable en un razonamiento construido sobre principios generales<sup>232</sup>.

---

precedentes, facultad que, sin embargo, ejercen ocasionalmente. John BELL, "Sources of Law", in Peter Birks (ed.), *English Private Law*, Oxford, OUP, 2000, vol. 1, p. 38.

<sup>229</sup> Así parece confirmarlo el reciente fallo en DOUGLAS (n. 92).

<sup>230</sup> DEAKIN, JOHNSTON & MARKESINIS (n. 219), p. 530. Un análisis similar en BARROS (n. 52), p. 162.

<sup>231</sup> HOLMES (n. 68), p. 96.

<sup>232</sup> DEAKIN, JOHNSTON & MARKESINIS (n. 219), p. 509.

De hecho, los dos únicos *economic torts*, objeto de este trabajo, ya crean una incoherencia técnica difícil de superar y revelan vacilación sobre cual de los parámetros en constante tensión –la intención o la ilicitud– debe erigirse como el único o principal factor para atribuir responsabilidad por daño económico puro entre competidores, o si, en cambio, ambos deben compartir una función preeminente. En efecto, el *tort* de conspiración para dañar fue fundado en el dolo –haciendo del mismo un estandarte del *prima facie tort* o del abuso del derecho– y no en la ilicitud, requisito supuestamente transversal en los ilícitos económicos.

La discusión está lejos de concluir y también suscita dudas en nuestro Derecho. Hasta ahora no se ha definido el grado de incidencia de estos dos factores. Pero todo indica que ambos constituyen límites prudentes de la responsabilidad en un esquema de libre mercado. La libertad económica podría ser severamente coartada si la responsabilidad dependiera de la culpa. El dolo directo –y quizá también el eventual– es una exigencia casi obvia, pues el ejercicio de ese derecho normal y previsiblemente daña a los contendores. Mas esto, por ostensible que sea, confirma que los motivos subyacentes al ejercicio de esa libertad –esto es, perseguir un interés legítimo *versus* no hacerlo– realmente importan. A su turno, la ilicitud es una valla objetiva de la responsabilidad, que en Inglaterra configura un elemento autónomo y que en Chile está subsumida en la culpa<sup>233</sup>. La anti-juridicidad es notoria en la responsabilidad que deriva de la transgresión de la legislación antimonopolios inglesa, tal como sucede en nuestro país con la violación del DL 211 y de la flamante ley N° 20.169, que reprime los actos de competencia desleal. Como se sabe, la vulneración de deberes de cuidado establecidos en la ley (“culpa infraccional”) acredita por sí misma la negligencia. Sin embargo, la sola infracción legal no parece ser suficiente para dar por establecido el dolo (no existe un “dolo infraccional”), el que debiese ser acreditado en forma independiente, normalmente vía presunciones<sup>234</sup>. Es decir, el dolo parece indispensable para desencadenar

<sup>233</sup> BARROS (n. 52), p. 77 y ss., especialmente p. 97. Contra: Pablo RODRÍGUEZ, *Responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 129; Hernán CORRAL, *Lecciones de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 118.

<sup>234</sup> Esto levanta dudas adicionales que escapan al propósito del presente ensayo. Aquí sólo se insinúan dos ejemplos. En primer lugar, una cosa es que el dolo esté implícito, *v.gr.*, en el tipo universal descrito en el art. 3° D.L. 211 (“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos”), y otra distinta es que deba ser probado (art. 1.459 CC). Ahora bien, ¿será suficiente para este último efecto acreditar la perpetración de la conducta prevista en la ley? Una opinión autorizada sostiene que el dolo se deduce del mismo comportamiento enderezado a constreñir la competencia. BARROS (n. 52), p. 1.043 y ss. Otro interrogante es si el juez civil quedará inhibido de pronunciarse

la responsabilidad por daño entre competidores. Desentenderse de la intención puede acarrear costos onerosos. La responsabilidad civil está centrada en las expectativas sociales depositadas en la competencia como un valor *per se*, no sólo en las del particular competidor lesionado. De ahí la necesidad de sustituir la culpa por un elemento subjetivo fuerte, incluso, si se acciona conforme a las reglas generales del *Código Civil* en hipótesis imaginables que escapen a las regulaciones especiales que salvaguardan la libre y limpia competencia.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALLEN, Carleton, "Legal Morality and the Ius Abutendi", in *Law Quarterly Review*, vol. 40, London, 1924.
- AMES, James, "How far an Act may be a Tort because of the Wrongful Motive of the Actor", in *Harvard Law Review*, vol. 18, Cambridge (Mass.), 1905.
- AMES, James, "Law and Morals", en *Harvard Law Review*, vol. 22, Cambridge (Mass.), 1908.
- BAGSHAW, Roderick, "Inducing Breach of Contract", in Jeremy Horder (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence. Fourth Series*, Oxford, OUP, 2000.
- BAGSHAW, Roderik, "Can the Economic Torts be Unified?", in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 18, Oxford, 1998.
- BAKER, John, *An Introduction to English Legal History*, 4<sup>th</sup> ed., London, Butterworths, 2002.
- BARROS, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- BELL, John, "Sources of Law", in Peter Birks (ed.), *English Private Law*, Oxford, OUP, 2000.

sobre el factor de atribución tras la sentencia y calificación jurídica del TDLC. El tenor del art. 30 DL 211 y BARROS (n. 52), p. 1.045) lo confirman. Contra: Domingo VALDÉS, *Libre competencia y monopolio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 281., dando a entender (pero reconociendo lo preceptuado por la última disposición legal citada y enfatizando el carácter sumario del procedimiento civil indemnizatorio que sigue al fallo del TDLC, Id. p. 309) la conveniencia de que la jurisdicción civil pueda efectuar un nuevo examen a la luz de la responsabilidad civil pura, que se rige por principios y reglas diferentes de la responsabilidad infraccional. Cierta jurisprudencia recaída en el art. 178 CPC, análogo al precepto especial citado, prohíbe al juez civil discutir la verdad de los hechos establecidos en el proceso penal (la existencia del delito y la culpabilidad), pero sin obstar la investigación ulterior de la responsabilidad civil concomitante. Vgr. Corte Suprema, 26 de noviembre de 1998, en *Gaceta Jurídica*, N° 221, Santiago, 1998, p. 69. Habrá que esperar cuál es el sentido y alcance que la jurisprudencia ordinaria confiere al art. 30 DL 211 y el margen de acción que, en un procedimiento concentrado (¿sustituible por uno de lato conocimiento? En principio ello no parece posible ex arts. 680.2 N° 1 y 681.1 CPC), le otorga al juez civil.

- BRODER, Douglas, *A Guide to US Antitrust Law*, London, Sweet & Maxwell, 2005.
- BROWN, Jack, "The Rise and Threatened Demise of the Prima Facie Tort Principle", in *Northwestern University Law Review*, vol. 54, Chicago, 1959.
- CANE, Peter, "Mens Rea in Tort Law", in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, Oxford, 2000.
- CARPENTER, Charles, "Interference with Contractual Relations", in *Harvard Law Review*, vol. 41, Cambridge (Mass.), 1928.
- CARTY, Hazel, *An Analysis of the Economic Torts*, Oxford, OUP, 2001.
- CARTY, Hazel, "The Need for Clarity in the Economic Torts", in *King's College Law Journal*, vol. 16, London, 2005.
- CATALÀ, Pierre & Tony WEIR, "Delict and Torts: A Study in Parallel. Part II", in *Tulane Law Review*, vol. 38, New Orleans, 1964.
- CATALÀ, Pierre & Tony WEIR, "Delict and Torts: A Study in Parallel. Part IV", in *Tulane Law Review*, vol. 39, New Orleans, 1965.
- CORNISH, William & Geoffrey CLARK, *Law and Society in England 1750-1950*, London, Sweet & Maxwell, 1989.
- CHALMERS-HUNT, D., "Labour Competition and the Law. Part I", in *Law Quarterly Review*, vol. 19, London 1903.
- CHALMERS-HUNT, D., "Labour Competition and the Law. Part II", in *Law Quarterly Review*, vol. 19, London 1903.
- CHARLESWORTH, John, "Conspiracy as a ground of Liability in Tort", in *Law Quarterly Review*, vol. 36, London, 1920.
- DAWSON, H., "Is There or Should There be a Prima Facie Tort in New Zealand?", in *Auckland University Law Review*, vol. 2, Auckland, 1972.
- DEAKIN, Simon; Angus JOHNSTON & Basil MARKESINIS, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, 5<sup>th</sup> ed., Oxford, OUP, 2003.
- DEAKIN, Simon & Gillian MORRIS, *Labour Law*, 4<sup>th</sup> ed., London, Hart, 2005.
- DOMÍNGUEZ A., Ramón, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, año 66, N° 204, Concepción, julio-diciembre, 1998.
- DOMÍNGUEZ B., Ramón; Ramón DOMÍNGUEZ A.; Carmen DOMÍNGUEZ, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, Concepción, año 64, N° 199, enero-junio, 1996.
- DUXBURY, Neil, *Frederick Pollock and the English Juristic Tradition*, Oxford, OUP, 2004.
- ELIAS, Patrick & Keith EWING, "Economic Torts and Labour Law: Old Principles and New Liabilities", in *Cambridge Law Journal*, vol. 41, Cambridge (England), 1982.
- EPSTEIN, Richard, "Inducement of Breach of Contract as a Problem of Ostensible Ownership", in *Journal of Legal Studies*, vol. 16, Chicago, 1987.
- FORKOSCH, Morris, "An Analysis of the "Prima Facie Tort" Cause of Action", in *Cornell Law Review*, vol. 42, Ithaca (New York), 1957.

- FREEMAN, Michael, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 7<sup>th</sup> ed., London, Sweet & Maxwell Ltd, 2001.
- FREUND, Ernst, "Malice and Unlawful Interference", in *Harvard Law Review*, vol. 11, Cambridge (Mass.), 1897.
- FRIDMAN, Gerald, "Malice in the Law of Torts", in *Modern Law Review*, vol. 21, London, 1958.
- FURSE, Mark, *Competition Law of The EC and UK*, 5<sup>th</sup> ed., Oxford, OUP, 2006.
- GOFF, Robert, "The Search for Principle", en *Proceedings of the British Academy*, vol. 61, London, 1983.
- GONZÁLEZ, Francisco, *Elementos de la Culpabilidad en la Interferencia Contractual por Terceros*, memoria de prueba dirigida por Enrique Barros, Santiago, Universidad de Chile, 1995.
- GOODHART, Arthur, "The Foundations of Tortious Liability", in *Modern Law Review*, vol. 2, London, 1938.
- GUTTERIDGE, Harold, "Abuse of Rights", in *Cambridge Law Journal*, vol. 5, Cambridge (England), 1933.
- HAMSON, Charles, "A further note on *Rookes v. Barnard*", in *Cambridge Law Journal*, Cambridge (England), 1964.
- HARPER, Fowler, "Interference with Contractual Relations", in *Northwestern Law Review*, vol. 47, Chicago, 1953.
- HEUSTON, Robert, "Judicial Prosopography", in *Law Quarterly Review*, vol. 102, London, 1986.
- HEYDON, John, *The restraint of Trade Doctrine*, London, Butterworths, 1971.
- HEYDON, John, *Economic Torts*, 2<sup>nd</sup> ed., London, Sweet & Maxwell, 1978.
- HEYDON, John, *Tort Law Review*, vol. 7, Pyrmont (Australia), 1999.
- HOFFMANN, Leonard, "*Rookes v. Barnard*", in *Law Quarterly Review*, vol. 81, London, 1965.
- HOLMES, Oliver W., "The Path of the Law", in *Harvard Law Review*, vol. 10, Cambridge (Mass.), 1897.
- HOLMES, Oliver W., *The Common Law*, Boston, Little Brown, 1881.
- HOLMES, Oliver W., "Privilege, Malice, and Intent", in *Harvard Law Review*, vol. 8, Cambridge (Mass.), 1894.
- HOWARTH, David, "Against *Lumley v. Gye*", in *Modern Law Review*, vol. 68, London, 2005.
- HOWE, Mark (ed.), *The Pollock-Holmes Letters. Correspondence of Sir Frederick Pollock and Mr. Justice Holmes 1874-1932*, Cambridge, CUP, 1942.
- HOWE, Mark, *Justice Oliver Wendell Holmes. The Proving Years. 1870-1882*, Cambridge (Mass.), HUP, 1963.
- HUNTER, Alex, *Competition and The Law*, London, George Allen & Unwin Ltd., 1966.

- JENKS, Edward, "On Negligence and Deceit in the Law of Torts", in *Law Quarterly Review*, vol. 26, London, 1910.
- LANDON, Philip, *Pollock's Law of Torts. A Treatise on the Principles of Obligations Arising from Civil Wrongs in the Common Law*, 15<sup>th</sup> ed., London, Stevens & Sons Limited, 1951.
- LETWIN, William, "The English Common Law Concerning Monopolies", in *University of Chicago Law Review*, vol. 21, Chicago, 1954.
- LIPSTEIN, Kurt, "Protected Interests in the Law of Torts", in *Cambridge Law Journal*, vol. 22, Cambridge (England), 1963.
- MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, OUP, 1978.
- OLIPHANT, Ken, *Modern Law Review*, vol. 62, London, 1999.
- ORMSBY, W.E., "Malice in the Law of Torts", in *Law Quarterly Review*, vol. 8, London, 1892.
- PALMER, Vernon, "A Comparative Study (from a Common Law Perspective) of the French Action for Wrongful Interference with Contract", in *American Journal of Comparative Law*, vol. 40, Berkeley (California), 1992.
- PERLMAN, Harvey, "Interference with Contract and other Economic Expectancies: A Clash of Tort and Contract Doctrine", in *University of Chicago Law Review*, vol. 49, Chicago, 1982.
- PIZARRO, Carlos, "Notas Críticas sobre el Fundamento de la Fuerza Obligatoria del Contrato. Fuentes e Interpretación del Artículo 1545 del Código Civil Chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, N° 31, Santiago, 2004.
- POLLOCK, Frederick, *Law Quarterly Review*, vol. 9, London, 1893.
- POLLOCK, Sir Frederick, *Law Quarterly Review*, vol. 5, London, 1889.
- POLLOCK, Sir Frederick, *Law Quarterly Review*, vol. 6, London, 1890.
- POLLOCK, Sir Frederick, *Law Quarterly Review*, vol. 8, London, 1892.
- POLLOCK, Frederick, "The Merger Case and Restraint of Trade", in *Harvard Law Review*, vol. 17, Cambridge (Mass.), 1904.
- POLLOCK, Frederick, *The Genius of the Common Law*, New York, Columbia University Press, 1912.
- POLLOCK, Frederick, *The Law of Torts: A Treatise on the Principles of Obligations Arising from Civil Wrongs in the Common Law*, London, Stevens & Sons, 1887.
- POLLOCK, Frederick, *The Law of Torts: A Treatise on the Principles of Obligations Arising from Civil Wrongs in the Common Law*, 6<sup>th</sup> ed., London, Stevens & Sons, 1901.
- POLLOCK, Frederick, "Allen v Flood", in *Law Quarterly Review*, vol. 14, London, 1898.
- POLLOCK, Frederick, *Law Quarterly Review*, vol. 37, London, 1921.
- POLLOCK, Frederick, *Law Quarterly Review*, vol. 11, London, 1895.
- POLLOCK, Frederick, *Law Quarterly Review*, vol. 18, London, 1901.
- POLLOCK, Frederick, *Law Quarterly Review*, vol. 41, London, 1925.



- RAZ, Joseph, "Promises and Obligations", in Peter Hacker & Joseph Raz, *Law, Morality and Society*, Oxford, OUP, 1977.
- RAZ, Joseph, "Promises in Morality and Law", in *Harvard Law Review*, vol. 95, Cambridge (Mass.), 1982.
- RODRIGUEZ, Pablo, *Responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- ROSENBERG, David, *The Hidden Holmes: His Theory of Torts in History*, Cambridge (Mass.), HUP, 1995.
- RUDDEN, Bernard, "Torticles", in *Tulane Civil Law Forum*, vol. 6, New Orleans, 1991.
- SALES, Philip, "The Tort of Conspiracy and Civil Secondary Liability", in *Cambridge Law Journal*, vol. 49, Cambridge (England), 1990.
- SAVRE, Francis, "Inducing Breach of Contract", in *Harvard Law Review*, vol. 36, Cambridge (Mass.), 1923.
- SCHOFIELD, William, "The Principle of Lumley v. Gye, and its Application", in *Harvard Law Review*, vol. 2, Cambridge (Mass.), 1888.
- SMITH, Stephen, *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, 6<sup>th</sup> ed., Oxford, OUP, 2006.
- SIMESTER, Andrew & Wai-Lo CHAN, "Inducing Breach of Contract: One Tort or Two?", in *Cambridge Law Journal*, vol. 63, Cambridge (England), 2004.
- SIMPSON, Bob, *Modern Law Review*, vol. 65, London, 2002.
- STEIN, Peter & John SHAND, *Legal Values in Western Society*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1974.
- STEVENS, Robert, *Law and Politics: The House of Lords as a Judicial Body, 1800-1976*, London, Weidenfeld & Nicolson, 1979.
- STEVENS, Robert & Basil YAMEY, *The Restrictive Practices Court. A Study of The Judicial Process and Economic Policy*, London, Weidenfeld & Nicolson, 1965.
- STILITZ, Daniel & Philip SALES, "Intentional Infliction of Harm by Unlawful Means", in *Law Quarterly Review*, vol. 115, London, 1999.
- STONE, Ferdinand, "Touchstones of Tort Liability", in *Stanford Law Review*, vol. 2, Palo Alto (California), 1950.
- STONER, Gordon, "The Influence of Social and Economic Ideals on the Law of Malicious Torts", in *Michigan Law Review*, vol. 8, Ann Arbor, 1910.
- TAGGART, Michael, *Private Property and Abuse of Rights in Victorian England: The Story of Edward Pickles and The Bradford Water Supply*, Oxford, OUP, 2002.
- TERRY, Henry, "Malicious Torts", in *Law Quarterly Review*, vol. 20, London, 1904.
- THOMSON, James, *Tort Law Review*, vol. 6, Pyrmont (Australia), 1998
- TUNC, André, "Tort law and the Moral Law", in *Cambridge Law Journal*, vol. 30, Cambridge (England), 1972.

- VALDÉS, Domingo, *Libre competencia y monopolio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- VANDEVELDE, Kenneth, "The Modern Prima Facie Tort", in *Kentucky Law Journal*, vol. 79, Lexington (Kentucky), 1991.
- VANDEVELDE, Kenneth, "A History of Prima Facie Tort: The Origins of a General Theory of Intentional Tort", in *Hofstra Law Review*, vol. 19, Hempstead (New York), 1990.
- WADDAMS, Stephen, "Johanna Wagner and the Rival Opera Houses", in *Law Quarterly Review*, vol. 117, London, 2001.
- WALTON, Frederick, "Motive as an Element in Torts in the Common and in the Civil Law", in *Harvard Law Review*, vol. 22, Cambridge (Mass.), 1908.
- WEDDERBURN, Kenneth, "Intimidation and the Right to Strike", in *Modern Law Review*, vol. 27, London, 1964.
- WEDDERBURN, Kenneth, "The Right to Threaten Strikes", in *Modern Law Review*, vol. 24, London, 1961.
- WEIR, Tony, *A Casebook on Tort Law*, 10<sup>th</sup> ed., London, Sweet & Maxwell, 2004.
- WEIR, Tony, *Tort Law*, Oxford, OUP, 2002.
- WEIR, Tony, *Economic Torts*, Oxford, OUP, 1997.
- WEIR, Tony, *An introduction to tort law*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford, OUP, 2006.
- WEIR, Tony, "Chaos or Cosmos? Rookes, Stratford and the Economic Torts", in *Cambridge Law Journal*, Cambridge (England), 1964.
- WEIR, Tony, *Law Quarterly Review*, vol. 118, London, 2002.
- WHITE, Edward, *Justice Oliver Wendell Holmes. Law and The Inner Self*, New York, OUP, 1993.
- WILBERFORCE, Lord, Alan CAMPBELL, & Neil ELLES, *The Law of Restrictive Practices and Monopolies*, London, Sweet & Maxwell, 1966.
- WILGUS, H.L., "The Authority of *Allen v. Flood*", en *Michigan Law Review*, vol. 1, Ann Arbor, 1902.
- WILLIAMS, Glanville, "The Foundation of Tortious Liability", en *Cambridge Law Journal*, 7, Cambridge (England), 1939.
- WITTING, Christian, "Of Principle and Prima Facie Tort", in *Monash University Law Review*, vol. 25, Clayton (Australia), 1999.
- WYMAN, Bruce, "Competition and the Law", in *Harvard Law Review*, vol. 15, Cambridge (Mass.), 1902.