

INFORME EN DERECHO SOBRE CONTRATO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL*

Jorge López Santa-María

Profesor titular de Derecho Civil

Universidad Adolfo Ibáñez y Universidad de Chile

El plan del presente informe se compone de seis partes. A saber:

- I. Los contratos de *joint venture* en general.
- II. Los contratos conexos o interrelacionados.
- III. El contrato concreto de *joint venture* entre SOCOROMA y CARTER HOLT HARVEY, y otras convenciones consecuenciales celebradas por estas personas.
- IV. La potenciación del estándar de la buena fe contractual en los *joint ventures*.
- V. Infracción del contrato de *joint venture* al abusar CHH del derecho a las vías procesales.
- VI. Resolución del contrato celebrado de *joint venture corporation*, y exclusión de CHH de la sociedad anónima Los Andes, en virtud de los incumplimientos de CHH al contrato.

I. LOS CONTRATOS DE *JOINT VENTURE* EN GENERAL

1. El contrato de colaboración empresarial denominado *joint venture*, en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos, cual es el caso chileno, es un acto atípico, carente de regulación legislativa. Por motivos derivados del dinamismo de los intercambios económicos, cada vez son más frecuentes y variados los contratos atípicos, importante expresión del principio fundamental de la libertad negocial.

Si bien en ciertos ámbitos de la contratación contemporánea, particularmente en virtud de normas legales imperativas como las que regulan contratos dirigidos o prescriben contratos forzosos, por razones heterogéneas (que no es del caso analizar aquí), a veces la libertad contractual ha experimentado serios menoscabos, de modo que las convenciones no siempre son genuino resultado de la autonomía negocial, eso no acontece en materia de *joint ventures*, ni en general en el campo de los convenios empresariales. En esta área, el Poder Legislativo no precisa inmiscuirse en la regulación por las partes de sus derechos y obligaciones, ni en la previsión y organización de sus relaciones e intercambios económico-jurídicos. No

* Con leves retoques, el presente informe se publica tal cual fue escrito en 1997. El pleito concluyó con el laudo pronunciado por el juez árbitro arbitrador don Juan Colombo Campbell. El laudo ejecutoriado está fechado el 9 de abril de 1998 y consta de 304 carillas.

precisa hacerlo ya que habitualmente las partes se encuentran al contratar en situación de igualdad, sin que una imponga de hecho las cláusulas del convenio a la otra u otras.

Por lo anterior he sostenido en mi libro *Los contratos*, Parte General¹, que no comparto la idea de algunos especialistas partidarios de formular una teoría general de los contratos. Esta teoría carece de destino, pues paradójicamente comprobamos: “El simultáneo auge y deterioro del voluntarismo. Todo depende de la relación contractual específica que se analice”.

Los contratos de *joint venture*, entre otros, siguen rigiéndose por la más amplia libertad contractual, y no tienen más cortapisas que las clásicas del respeto al orden público y a las buenas costumbres. A lo que cabe añadir el debido respeto a las reglas de la libre competencia, es decir, la no vulneración de las leyes antimonopolio o anti *trust*².

Los orígenes del *joint venture* no son tan recientes, habiendo el contrato proliferado y provocado numerosas resoluciones judiciales en los Estados Unidos de Norteamérica desde la pasada centuria (por ejemplo, casos “Hourguebie *v/s* Girard” y “Lyles *v/s* Stylers” del año 1808). Pero la especie contractual en comentario habría nacido en la Edad Media, posiblemente en Escocia, según la excelente memoria de prueba de Ligia Parisi Bagolini³.

¹ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986, 465 pp.

² Decreto ley 211, en Chile.

³ PARISI BAGOLINI, Ligia, *El contrato de Joint Venture y su aplicación en Chile*, Universidad Adolfo Ibáñez, 1996, capítulo primero.

A propósito de los rasgos distintivos de los contratos de *joint venture*, en el informe del profesor Carlos Oliver a la memoria recién mencionada, se lee:

“Esta figura contractual ha adquirido en la actualidad particular importancia como mecanismo de colaboración empresaria, por las claras ventajas que ofrece para la consecución de emprendimientos comunes. Pueden mencionarse, entre otras características, su ductilidad; su fácil adaptación a las necesidades del negocio o actividad común; la libertad de regulación de sus relaciones recíprocas que poseen los partícipes; el carácter circunscrito y delimitado de la asociación, que, por una parte permite a los partícipes continuar desarrollando sus propias actividades separadamente y, por otra, los mantiene ligados sólo en lo relativo al negocio común y mientras éste dure. Su utilización en materia de inversiones extranjeras y de penetración de nuevos mercados, posibilita aminorar los riesgos que podrían derivar de una asociación definitiva con las empresas locales, o los inherentes a la falta de experiencia del aportante en los negocios del país o mercado receptor”.

La bibliografía sobre el contrato de *joint venture* es abundante⁴.

⁴ Por ejemplo, entre alrededor de cien escritos, tuve en especial a la vista: ASTOLFI, An-

2. El *joint venture* (contrato de aventura conjunta, en una traducción literal) ha sido definido por la Comisión de la Unión Europea como una empresa entre dos o más contratantes que son económicamente independientes el uno del otro⁵. Estos autores definen ellos mismos el *joint venture*, como aquellas empresas conjuntas

“que se forman como resultado de un compromiso entre dos o más sociedades y cuya finalidad es realizar una operación de negocio distinta, y generalmente complementaria, de las que des-

empeñan las empresas constituyentes”.

Fernando Fueyo Laneri escribió respecto al contrato de *joint venture*:

“En su formulación más simple, se traduce en la asociación de dos o más entes jurídicos que se unen para llevar a cabo operaciones comerciales, y aún civiles, de gran envergadura económico-financiera, con objetivos limitados, dividiéndose la labor según aptitudes y posibilidades, y soportándose los riesgos correspondientes según convenios que se establecen entre ellas y que, por consiguiente, pueden ser de contenido variable. Su justificación proviene de exigencias de orden técnico, de experiencia en las tareas de que se trata, de contactos fundamentales en lo operacional, de credibilidad hacia el exterior, de cooperación económica en el financiamiento y en la conveniencia de compartir los riesgos, generalmente de envergadura”⁶.

En verdad, la amplísima gama de posibilidades que la cooperación en los negocios abre a las partes contratantes, quienes, a veces, sí establecen una sociedad instrumental para llevar a cabo el *joint venture*, y a veces no lo hacen, dificulta considerablemente la formulación

drea, “El contrato internacional de joint-venture”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, 1981, pp. 643-728, artículo muy significativo y documentado de este académico italiano; CABANELLAS, Guillermo y KELLY, Julio Alberto, *Contratos de colaboración empresarial*, Buenos Aires, Heliasta S.R.L., 1987, cuyo extenso capítulo III se titula “Joint ventures”; LE PERA, Sergio, *Joint venture y sociedad*, segunda reimpression, Buenos Aires, Astrea, 1992; FARINA, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, Buenos Aires, Astrea, 1993, cuyo capítulo XI trata sobre el *joint venture*; CHULIÁ VICENT, E. y BELTRÁN ALANDETE, T., *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1994, el capítulo III del tomo I se intitula “El joint venture o la empresa conjunta”; “Joint Ventures. Régimen legal de las empresas conjuntas en Estados Unidos y en América Latina”, opúsculo de Francisco VILLAGRÁN KRAMER, miembro de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, Guatemala, 1993; VELÁSQUEZ CABELLO, Francisco Javier, *El contrato de Joint Venture*, Santiago, ConoSur, 1997. Añadiré menciones a otros trabajos en el curso del presente informe.

⁵ Cfr. CHULIÁ VICENT y BELTRÁN ALANDETE (n. 4), p. 74.

⁶ FUEYO LANERI, Fernando, *Los contratos de colaboración empresarial*, Santiago, Jurídica, colección Cartillas, 1991, p. 25.

de un concepto preciso y, a la vez, omnímodo de este contrato. Por eso algunos autores se niegan a definir el *joint venture*.

No obstante, su plena conciencia de lo anterior, Juan M. Farina se atreve a definir genéricamente la figura en comentario

“como un acuerdo que se celebra entre dos o más empresas que mantienen sus respectivas autonomías jurídicas con el fin de realizar un objetivo común mediante la aportación de recursos y la administración compartida de ellos”,

110

añadiendo sobre esto último, que la administración de los bienes y recursos (humanos, tecnológicos, financieros, etc.) para el logro de la finalidad perseguida será materia de determinaciones o acuerdos entre las partes⁷.

La asociación, en el amplio sentido jurídico de esta expresión, es de la esencia del contrato de *joint venture*. De modo que esta convención es un corolario de las garantías contempladas en el artículo 19, N° 15 inciso primero y N° 21 inciso primero, de la actual Constitución Política de la República de Chile. En efecto, la Constitución asegura a todos el derecho de asociarse sin permiso previo; y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional.

3. Los principales rasgos del contrato de *joint venture* quedaron sintetiza-

⁷ FARINA (n. 4), N° 583, p. 750.

dos en la cita que efectué del informe del profesor Oliver. Debo agregar, como elemento característico de todos los *joint venture* (elemento que analizaré con detalles más abajo) la potenciación de la buena fe: las partes deben cumplir el contrato, quedando obligadas no sólo a lo que exprese la convención sino que a más que eso, acorde a la naturaleza de las prestaciones que se deban, a la ley, a la costumbre y a la equidad.

Al tema de las características se sobrepone, en algunas ocasiones con cierto grado de autonomía, el de las motivaciones que impulsan a celebrar estos contratos⁸.

Los autores españoles Chuliá Vicent y Beltrán Alandete, en su reciente libro ya citado⁹, esquematizan los múltiples motivos que conducen a las personas a unirse a través de contratos de *joint venture*, en el siguiente tríptico:

- a) Razones internas, destinadas a reducir incertidumbres y debilidades, y a unir capacidades específicas. (*V. gr.*, compartir riesgos de costos; conseguir economías de escala, compartiendo recursos físicos y tecnológicos; compartir líneas de productos o, bien, canales de distribución, o personal experto; compartir abastecimientos; compartir liquidez de caja o potencial financiero).
- b) Razones competitivas. (*V. gr.*, expansión de negocios en marcha; racio-

⁸ Puede verse, sobre el particular, en la bibliografía chilena: FUEYO LANERI (n. 6), p. 20 y s. y PARISI BAGOLINI (n. 3), pp. 32 a 43. En la bibliografía italiana, ASTOLFI (n. 4), particularmente N° 4 y N° 5.

⁹ tomo 1, p. 77 y s.

nalización de industrias maduras; adelantarse a cubrir una demanda; integración de procesos con sinergia; ganar una posición de mercado; repartirse el mercado; evitar duplicidad de proyectos; salvar empresas en crisis.

- c) Razones estratégicas. (*V.gr.*, creación y explotación de nuevos negocios, transferencia de tecnología; diversificación de productos o cooperación horizontal; integración de procesos; penetración en nuevos mercados; aprendizaje o incremento de experiencias; racionalización por desinversión y fraccionamiento de unidades operativas).

4. Todo contrato de *joint venture* es expresión de una asociación de las partes. Es un contrato asociativo (y a veces un contrato plurilateral), en el cual los intereses de las partes son convergentes. La mayoría de los contratos de la vida real son no asociativos o de cambio y en ellos los intereses de las dos únicas partes resultan antagónicos: antitéticos y divergentes. Cuando en el negocio jurídico asociativo hay más de dos partes, emerge la figura denominada contrato plurilateral. Si el *joint venture* lo celebran tres o más empresarios o centros de intereses tendrá el carácter de contrato multilateral o plurilateral. Si sólo lo celebran dos empresarios, será simplemente un contrato asociativo. En una u otra hipótesis, siempre el *joint venture* es un contrato de colaboración y nunca un contrato de cambio¹⁰.

¹⁰ Para mayores detalles sobre la clasificación que distingue entre contratos de cambio y contratos asociativos, puede consultarse MES-

El contrato asociativo de *joint venture*, que en Chile es un contrato consensual, durante su desarrollo o desenvolvimiento (pues nunca es contrato de ejecución instantánea), puede dar origen a una sociedad. Esta sociedad, acorde a las decisiones de las partes, puede ser una sociedad de personas o una sociedad de capitales.

A los *joint venture* no societarios los autores les llaman contractuales, aunque es evidente que todo *joint venture* merecería esta calificación. Los societarios, con bastante frecuencia son *joint ventures corporation*. Es decir, que los coaventureros concurren, para fines operacionales, a la creación de una sociedad anónima.

Con la expresión *joint venture corporation* se indica una sociedad anónima, para la “ejecución de un subyacente contrato de joint venture”, en el cual se han precisado los aportes, las actividades que se emprenderán, etcétera.

“El esquema de la sociedad por acciones asume, pues, una función instrumental frente al preliminar y subyacente contrato de joint venture, en el cual encuentra su fuente y al cual se adapta en relación a la composición de intereses en él delineados”¹¹.

En la página siguiente, este egregio autor italiano, analizando lo ocurrido en USA, dice:

SINEO, Francesco, *Il Contratto in Genere*, Milán, Giuffrè, 1968, capítulo XI del tomo 1, libro que corresponde al volumen XXI del *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, de CICU y de MESSINEO.

¹¹ ASTOLFI (n. 4), p. 677.

“Para obviar la frecuente sub-sunción del contrato de joint venture en el esquema legal de la partnership y de la consiguiente aplicación de la disciplina jurídica de ésta, fueron constituidas sociedades por acciones, denominadas justamente joint ventures corporations, en las cuales al mantenimiento, en el interior, de una relación personal y fiduciaria entre los accionistas (modelada sobre el esquema del joint venture), se contraponía, hacia el exterior, la organización de las relaciones de forma societaria con el fin de garantizar a los co-venturers las limitaciones de la responsabilidad personal”.

112 Para concluir este apartado I, cabe indicar que fuera de la dicotomía entre *joint venture* contractuales y societarios, existen varias otras clasificaciones de los contratos de *joint venture*, por ejemplo, las que distinguen entre operativos e instrumentales; entre horizontales, verticales y aglomerados; entre participativos y dominados. Esta última es una subclasificación de los *joint venture* societarios, pues como bien dice doña Ligia Parisi, sólo en los *joint venture* no societarios es *sine qua non* una colaboración y participación directa de todas las partes en el negocio. En cambio, en los *joint venture* dominados:

“Uno de los participantes domina la empresa conjunta, ya sea por razones de ubicación, o bien por tener mayoría de las acciones o bien por ser la parte más

capacitada para dirigirla. Los otros participantes desempeñan papeles pasivos en la relación, limitándose a recibir los frutos de la gestión. Esto ocurre generalmente cuando el socio dominante se encuentra asentado en el territorio o país donde se desarrollan las operaciones de la empresa conjunta y el otro socio es extranjero en ese lugar. También sucede cuando uno de los socios es el que conoce la tecnología o el tipo de negocio que la empresa conjunta va a operar, y el otro es más bien un inversionista”¹².

En igual sentido se pronuncian los autores españoles E. Chuliá Vicent y T. Beltrán Alandete¹³.

II. LOS CONTRATOS CONEXOS O INTERRELACIONADOS

5. El prototipo del contrato en los *Códigos*, en las leyes, en las sentencias de los tribunales e, incluso, en los libros especializados, ha sido durante siglos el del contrato aislado, que no hace juego con otros contratos. Sin embargo, en época reciente, la doctrina y la jurisprudencia, y a veces también el legislador, comienzan a percatarse, desde el punto de vista jurídico, del importante fenómeno sociológico del florecimiento de las cadenas de contratos relacionados. Determina-

¹² PARISI BAGOLINI (n. 3), p. 99.

¹³ CHULIÁ VICENT y BELTRÁN ALANDETE (n. 4), tomo 1, p. 75.

das operaciones económicas, a menudo requieren para la finalización del correspondiente proyecto empresarial, que sean celebrados varios contratos sucesivos, imbricados o, bien, estrechamente vinculados, de los cuales por lo general hay uno que es el contrato eje y otros que son contratos subordinados o dependientes.

Sin pretender aquí profundizar en la tipología de los conjuntos de contratos, ni entrar en los detalles de cada uno de ellos, sino que apenas con la intención de señalar la amplitud de esta cuestión, puedo mencionar varias situaciones en las cuales existe pluralidad de contratos en interrelación.

a) A veces los grupos de convenciones se celebran entre una serie de distintos contratantes o, bien, entre un contratante común y otros que entre ellos no tienen contacto. En este último aspecto, la figura más conocida es la del subcontrato: nuevo contrato derivado y dependiente de otro previo de igual naturaleza. Se encuentra considerado en el *Código Civil* de Bello, a propósito de la locación, del mandato y de la fianza, en la regulación del subarrendamiento (arts. 1.946, 1.963, 1.973 y art. 5 de la ley 18.101), de la delegación del mandato (arts. 2.135, 2.136, 2.138) y de la subfianza (arts. 2.335-2, 2.360, 2.366 y 2.380). Además, se halla implícito el subcontrato, relativamente a la construcción por suma alzada, en el artículo 2.003 N° 5, y respecto a la sociedad, en el art. 2.088, todos del *Código Civil*. En el *Código de Comercio*, expresamente se admite el subcontrato en el transpor-

te (art. 168) y en el mandato (arts. 261 al 267, 322 y 330). Pero también cabe la subcontratación, y es frecuente, en casos no legalmente regulados¹⁴.

Íntimamente vinculado a los subcontratos surge el tema de las acciones directas, que permiten demandar en sede contractual a una persona con la cual nunca celebró el actor un contrato. Esta situación, empero, no es exclusiva de los subcontratos (arts. 1.973, 2.003 regla 5A, y 2.138 del *Código Civil*), ya que, por ejemplo, en materia de seguro obligatorio contra riesgos personales derivados de la circulación de vehículos motorizados, el art. 10 de la ley 18.490 (*Diario Oficial* del 4 de enero de 1986) permite a la víctima de un accidente del tránsito, a título personal, demandar al asegurador invocando el contrato ajeno entre éste y el asegurado.

En el Derecho Comparado existe un reciente desarrollo significativo de las acciones directas, por ejemplo, de los consumidores compradores contra los fabricantes o contra los importadores, prescindiendo del distribuidor o comerciante vendedor. De esto hay huellas en la reciente normativa chilena de protección de los derechos de los consumidores (art. 21 inciso segundo de la ley 19.496). Lo notable es que se reconozca por los tribunales extranjeros el derecho a entablar

¹⁴ En la literatura castellana sobre el subcontrato destaca el libro del mismo nombre, del profesor LÓPEZ VILAS, Ramón, Madrid, Tecnos, 1973.

una acción directa, en sede contractual, en ausencia de texto legal expreso.

La secuencia contrato de mandato y celebración por el mandatario del contrato encomendado ilustra, igualmente, el fenómeno de las cadenas de contratos conexos entre personas diferentes, lo cual implica, si hay mandato con representación acoger la doctrina de la modalidad y no la de la ficción. En el evento que el mandatario actúe a nombre propio o sin representación, al grupo de contratos se incorpora una tercera convención, por la cual ése traspassa a su mandante los efectos del acto jurídico que sin revelar su personería concluyó con el tercero.

El financiamiento de una operación mediante *leasing*, las más de las veces provoca el grupo de contratos de compraventa, arrendamiento, opción, mandato y uno o más contratos de garantía.

Los créditos al consumo dan nacimiento a contratos conexos. De la interdependencia entre ellos se ha preocupado la Unión Europea en la Directiva 87-102 CEE, del 22 de diciembre de 1986, posteriormente reformada y actualizada, y también la legislación interna de algunas naciones del Mercado Común, *v.gr.*, la de Francia (ley 78-22, del 10 de enero de 1978). Hay no pocas modalidades de créditos al consumo, una de las cuales son los contratos con utilización de tarjeta de crédito: al contrato entre la entidad que emite la tarjeta y el establecimiento comercial, se une el con-

trato entre esa misma entidad y el consumidor, y luego la compraventa entre el comerciante y el consumidor.

En el campo de los inmuebles, la conexión de los contratos de compraventa, de mutuo o préstamo de dinero, y de hipoteca, es tan ostensible, que se celebran cotidianamente, en una misma escritura pública. A esta cadena suele unirse un contrato de mandato del comprador al banco mutuante para que venda o liquide las correspondientes letras hipotecarias.

b) En otros casos, en cambio, los grupos de contratos sucesivos se celebran entre los mismos contratantes.

Eso es lo que ocurre comúnmente con los contratos accesorios, definidos por el artículo 1.442, en relación con el artículo 46 del *Código Civil*. Cauciones como la hipoteca, la prenda, la cláusula penal, la solidaridad pasiva, el pacto de indivisibilidad de pago, la anticresis, generan garantías contractuales del cumplimiento de obligaciones principales entre las mismas partes (lo que no impide que un tercero pueda ser el deudor garante del contrato principal).

También entre las mismas partes se produce la cadena del contrato preparatorio (*v.gr.*, contrato de promesa; contrato de opción) con el contrato definitivo.

En los casos de convenciones arbitrales (cláusulas compromisorias o compromisos), las mismas partes han celebrado el contrato rector, por ejemplo de construcción, de

franchising, de licencia, etc., al cual se apareja el contrato arbitral.

La tácita reconducción del contrato de arrendamiento a plazo fijo da lugar a otra cadena contractual, pues se entiende que existe un nuevo arrendamiento como resultado de la renovación (art. 1.956 *C. Civil*). Por lo demás, todo contrato a plazo fijo es susceptible de tácita reconducción¹⁵.

En los casos en que el legislador mantiene vigente una relación contractual expirada, por ejemplo, al conceder plazos de gracia a los locatarios para que prosigan unos meses en el inmueble, antes de su restitución, hay conexión entre el contrato primitivo de arrendamiento y el contrato forzoso heterodoxo sobreviniente.

El contrato de *joint venture corporation* es otra manifestación clara de las cadenas de contratos conexos entre las mismas partes. Al *joint venture*, que constituye el acuerdo empresarial central, suceden el contrato de constitución de la sociedad anónima instrumental y posiblemente uno o más pactos entre accionistas, fuera de contratos de ejecución particulares, todos los cuales están subordinados y son dependientes del *joint venture*.

6. Las principales publicaciones sobre los contratos imbricados, entre una vasta bibliografía en ellas citada, son: En Italia, la obra previamente mencionada de Francesco Messineo, precur-

sora en el tema¹⁶. En Francia, el libro clásico de Bernard Teyssie¹⁷. En España, el libro de Ana López Frías¹⁸.

En tales escritos se establecen muchas otras situaciones concretas de contratos interrelacionados, y múltiples clasificaciones de los mismos.

Pero lo que aquí interesa son las consecuencias jurídicas que produce la conexión contractual. Me limitaré a dos, que me parecen especialmente importantes, la segunda de las cuales es directamente pertinente al litigio que opone a SOCOROMA con CARTER HOLT HARVEY.

a) La doctrina y la jurisprudencia comparadas admiten, cada vez con menos reservas, que cuando existe un grupo de contratos caben acciones indemnizatorias, en sede contractual, dirigidas por un demandante contra un demandado que, entre ellos, no celebraron contrato alguno. Esto significa un tremendo deterioro para el principio o el dogma del efecto relativo de los contratos. Es que, en verdad, al lado del efecto relativo (*res inter alios acta*), existe el efecto absoluto o expansivo de los contratos.

En Chile no hay una norma legal que directa y perentoriamente consagre el principio del efecto relativo de los contratos. En el *Código Civil* de Francia, en cambio, el artículo 1.165 prescribe:

¹⁶ MESSINEO (n. 10), capítulo XIV: "Il Collegamento fra Contratti", pp. 719-744.

¹⁷ TEYSSIE (n. 15).

¹⁸ LÓPEZ FRÍAS, Ana, *Los contratos conexos*, Barcelona, Bosch, 1994.

¹⁵ Cfr. TEYSSIE, Bernard, *Les Groupes de Contrats*, Paris, L.G.D.J., 1975, N° 103, p. 58.

“Les conventions n’ont d’effet qu’entre les parties contractantes; elle ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l’article 1121”. (El 1.121 se refiere a la estipulación por otro, excepción al efecto relativo hoy indiscutida).

A pesar de esta norma legal tan categórica, la Corte de Casación de Francia ha acogido la acción en garantía de los vicios ocultos o redhibitorios entablada por un subadquirente de la cosa viciada en contra del primer vendedor¹⁹.

Como expresa en su libro la profesora de la Universidad de Lyon, Joanna Schmidt²⁰: La admisión de semejante acción contractual se veía complicada tratándose de cadenas heterogéneas de contratos, es decir, cuando a una venta no sucede otra venta, sino que una convención diversa, por ejemplo, un contrato de construcción. Se produjo un conflicto entre la Primera y la Tercera Salas de la Corte, a propósito de la acción directa del subcontratista en contra del proveedor de materiales defectuosos vendidos al constructor principal, pues una la calificó de acción contractual y la otra de acción aquiliana. El Pleno de la Corte de Casación zanjó la discrepancia, el 7 de febrero de 1986, reconociendo

al subconstructor (*maître de l’ouvrage*) acción contractual directa, sin texto legal expreso, en contra del vendedor de los materiales defectuosos. El caso concernía a la corrosión de unas canaletas para el aislamiento térmico, compradas por la sociedad inmobiliaria “Résidence Brigitte”. Otros fallos recientes del Tribunal Supremo, en igual sentido, son analizados por la autora, en el mismo N° 439.

El 21 de junio de 1988, la Primera Sala Civil, en el caso de SODE-REP, resolvió:

“En un grupo de contratos, la responsabilidad contractual necesariamente rige la demanda indemnizatoria de todos aquellos que sufren daños por haber tenido una relación con el contrato inicial... En efecto, en este caso, como el deudor habría debido prever las consecuencias de su incumplimiento según las reglas contractuales, la víctima tiene contra él una acción contractual, a pesar de la ausencia de contrato entre ellos”.

El profesor francés Christian Larroumet, en el volumen II, N° 753, de su obra *Teoría general del contrato*²¹, corrobora ampliamente lo recién expuesto. Bajo el epígrafe la noción de grupo o conjunto contractual y la extensión del campo de la responsabilidad contractual, dice:

¹⁹ Primera Sala Civil, 4 febrero 1963. Cfr. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1963, p. 564, con observaciones del profesor Cornu.

²⁰ SCHMIDT, Joanna, *Droit des Contrats*, Paris, Ed. Litec, 1989, N° 439.

²¹ LARROUMET, Christian, *Teoría general del contrato*, Bogotá, Themis, 1993.

“En efecto, en virtud del vínculo que existe entre dos o varios contratos, como la víctima del daño es parte en uno de estos contratos, pero no en aquél que originó la obligación a cargo del deudor que no cumplió o cumplió mal, se debe admitir que el deudor no puede estar obligado para con la víctima de una manera diferente de aquella con la cual está obligado para su contratante inmediato”.

“Igualmente cuando el inmueble que su propietario hizo construir es arrendado, la responsabilidad del constructor para con el arrendatario debe ser su responsabilidad contractual que se deriva del contrato de obra y no ya su responsabilidad extracontractual. De una manera general, se puede estimar que siempre que el contrato concluido entre A y B ha hecho necesario y ha permitido la conclusión de un contrato entre B y C, el perjuicio sufrido por C a causa del incumplimiento de la obligación contraída por A con respecto a B deberá ser reparada en favor de C, que intenta para este fin una acción contra A, basándose en las reglas que rigen la responsabilidad contractual de A y no sobre las reglas que regulan la responsabilidad extracontractual... En realidad, en un grupo o conjunto de contratos, lo que supone que por lo menos dos contratos están vinculados para realizar una

operación económica global, cada una de las partes comprendidas en el conjunto no es un tercero en relación con otro contrato del mismo conjunto. Conviene, pues, proceder a una nueva interpretación del artículo 1165 del Código Civil, a la luz de la noción de grupo contractual”.

- b) La doctrina y la jurisprudencia comparadas admiten, por otra parte, que, existiendo contratos conexos, la ineficacia de uno se propaga a los demás, es decir, que cabe perfectamente, hoy por hoy, referirse a la nulidad, a la resolución y a otras vicisitudes ambulatorias de los actos jurídicos.

El gran iusprivatista italiano Messineo, hombre dogmático y algo conservador en la elaboración de su monumental obra publicada, al tratar de la interrelación o *collegamento* de los contratos conexos, hace más de treinta años llegaba a la conclusión de que la ineficacia, nulidad, rescisión, resolución del contrato principal acarrea similar sanción para el contrato dependiente, lo que en el caso de las interrelaciones por él llamadas bilaterales, es consecuencia de la fórmula “simul stabunt, simul cadent”²².

Ana López Frías²³, estudiando a fondo la ineficacia ambulatoria en Italia, nos informa que la tesis doctrinal rotunda, consistente en que

²² MESSINEO (n. 10), pp. 729 y 730.

²³ LÓPEZ FRÍAS (n. 18), pp. 293-297.

la nulidad, anulabilidad, resolución, etc. de un contrato supone la misma forma de ineficacia del contrato coligado (aunque no se fundamente mayormente tal designio), ha sido acogida en un elevado número de sentencias de la Corte di Cassazione. La autora española identifica con precisión seis fallos del máximo tribunal romano, pronunciados en este sentido entre 1960 y 1990, y acota:

“Parecen entender tales decisiones que ese aspecto está implícito en la noción misma de collegamento negoziale, al que sería de aplicación el aforismo simul stabunt simul cadent”. (Simultáneamente de pie y vigentes, o simultáneamente en el suelo e ineficaces).

El más alto tribunal de España en varias ocasiones ha extendido la ineficacia de un contrato a otro distinto. Es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1951, cuyos hechos fueron los siguientes: El mismo día A y B celebraron dos contratos; por el primero A vendía a B una serie de máquinas para fabricar elementos de la construcción, y, por el segundo, aquél cedía a éste los derechos de exclusiva para el uso de determinadas patentes y de una marca registrada. El vendedor instaló las máquinas y el comprador pagó el primer plazo de su precio, pero posteriormente se advirtieron deficiencias en el funcionamiento de la maquinaria.

B demandó entonces a A, solicitando la resolución de los dos contratos concluidos, el de compraventa, debido al defectuoso funcionamiento del objeto vendido, y el de concesión de patentes, por tratarse de un contrato subordinado al anterior. Tanto las instancias inferiores como el Tribunal Supremo acogieron las pretensiones del demandante, declarando resueltos ambos contratos.

En otra sentencia el Tribunal Supremo se pronuncia, según sus propias palabras,

“en punto al interesante problema de determinar cuándo la nulidad de un acto, deba trascender a otro posterior que, con él, se relacione o que, en el mismo se apoye”.

Afirmando que

“si bien por la delicada índole de la materia no cabe sentar reglas generales y ha de quedar la decisión, en cada caso, encomendada al razonable criterio del Juzgador, no cabe duda de que, éste, debe pronunciarse en sentido afirmativo, entre otros casos... no sólo cuando exista precepto específico que imponga la nulidad del acto posterior”,

sino también cuando

“presidiendo a ambos actos, una unidad intencional, sea el anterior causa eficiente del posterior, que aquí se ofrece como la conse-

cuencia o culminación del propósito perseguido”. (Sentencia de 10 de noviembre de 1964).

La doctora Ana López estima que la propagación de la ineficacia debe resolverse de diversa manera en función de la naturaleza del vínculo que une a los contratos celebrados por las partes. Si la dependencia es completa, como en los contratos accesorios, la ineficacia del principal acarrea automáticamente la del accesorio. Si el grado de dependencia no es completo,

“se extenderá la ineficacia de un contrato a otro coligado si tras la desaparición del primero, el segundo pierde su razón de ser y se hace inalcanzable el propósito que vinculaba a ambos convenios... Cuando uno de los contratos conexos es ineficaz y el otro ha sido válidamente celebrado y está pendiente de ejecución, podrá entenderse que éste también deviene ineficaz si la finalidad objetiva del mismo resulta inalcanzable, si el propósito esencial perseguido por una de las partes y admitido por la otra es ya de imposible ejecución, o si se destruye la relación de equivalencia entre las prestaciones”²⁴.

La jurisprudencia francesa ha acogido igualmente la ineficacia am-

bulatoria. Joanna Schmidt²⁵ expresa que cuando una operación económica se realiza gracias a un conjunto de contratos, la anulación de uno de ellos a veces acarrea la de los otros. La ineficacia del conjunto tiene como fundamento la indivisibilidad que une a los diversos componentes. Transcribe esta destacada autora, la sentencia de la sala comercial de la Corte de Casación, del 17 de diciembre de 1985. La sociedad Farsy, mediante sendas convenciones, celebradas en marzo de 1976, se obligó a abastecerse exclusivamente con la empresa TOTAL, tanto de combustibles como de lubricantes. Se rechazó el recurso de casación contra la sentencia de alzada que decretó que la nulidad de un contrato determinaba también la nulidad del otro.

En el ámbito de la resolución, pasa lo mismo.

“La resolución de un acuerdo perteneciente a un conjunto contractual puede provocar la de los otros contratos del conjunto, a los cuales les servía de causa”.

En este sentido, ella transcribe la sentencia de la primera sala civil de la Corte de Casación, del 3 de marzo de 1982: la resolución del contrato de venta en virtud de los vicios ocultos de la máquina electrónica comprada produce por efecto reflejo la terminación del contrato de *leasing*

²⁴ LÓPEZ FRÍAS (n. 18), pp. 299 y 300.

²⁵ SCHMIDT (n. 20), N° 217 y N° 522.

para el financiamiento de la operación, puesto que éste ha quedado privado de causa.

Pero no siempre los tribunales superiores franceses se apoyan en la causa de las obligaciones y de los contratos para extender la ineficacia de un contrato a otro del mismo grupo. Es lo que explica el profesor Larroumet²⁶.

Las incertidumbres de los planteamientos sobre la causa y sus complejidades estarían dándole la razón al maestro Jacques Ghestin, quien concluye su análisis de la causa, con esta frase:

“Parece inútil hacer intervenir la noción de causa para explicar el vínculo establecido entre varios contratos, que concurren a la realización de un mismo fin. La referencia directa a este fin u objetivo será quizás menos sabia, pero ciertamente será más clara”²⁷.

En Chile, acorde a mi información, se han referido a los contratos ligados o conexos, admitiendo que la ineficacia de uno se propague a otro del grupo, María del Pilar Baeza Campos y el profesor Leslie Tomasello Hart²⁸. Ambos citan la sen-

tencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 17 de octubre de 1908, publicada en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 7, sec. 1, p. 222, según la cual, dicen ellos, si no produce efecto la compraventa de un establecimiento de comercio, tampoco puede producirlo, aisladamente, la cesión del arrendamiento y la promesa de venta del local en que aquél funciona, dado que debe entenderse subordinadas a la existencia de la compraventa.

A mi juicio, la ineficacia ambulatoria, que se traspasa de un contrato a otro u otros del grupo, no siempre va a significar idénticas sanciones. En el apartado VI del presente informe se retomará este tópico, anticipándose, aquí, que la resolución o terminación del contrato de *joint venture* por incumplimiento de las obligaciones es susceptible de reflejarse en la sociedad anónima instrumental no en su disolución, sino que en otra sanción más justa: la exclusión del socio incumplidor.

III. EL *JOINT VENTURE* CONCRETO ENTRE SOCOROMA Y CARTER HOLT HARVEY Y DEMÁS CONTRATOS CONEXOS

7. Acorde a las presentaciones de la parte demandante, el señor Richard H. A. Carter y las sociedades por él controladas Carter Holt Harvey Limited y Carter Holt Harvey International Limited habían hecho otros negocios con don Anacleto Angelini Fabbri y con las empresas de su grupo, desde antes que surgiese la asociación en el

²⁶ LARROUMET (n. 21), vol. 1, N° 476, *in fine*.

²⁷ GHESTIN, Jacques, *Droit civil. La formation du contrat*, 3ª ed., Paris, LGDJ, 1993, N° 921 *in fine*, p. 949.

²⁸ BAEZA CAMPOS, María del Pilar, *La subcontratación*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1981, N°s 10 al 16 y TOMASELLO HART, Leslie, *La Contratación*, Valparaíso, Edeval, 1984, N° 3.2., pp. 133 a 136.

contrato de *joint venture corporation* de diciembre de 1986, y la consecucional formación de Los Andes S.A.

La sociedad anónima cerrada Manufacturera de Fibropaneles Chile S.A. se formalizó ante el notario de Santiago don Andrés Rubio Flores, por escritura pública del 13 de noviembre de 1986, entre Carter Holt Harvey International Limited - Chile y Maderas Prensadas Cholguán S.A., sociedad esta última, como es sabido, controlada por el grupo Angelini desde hace muchos años.

Los estatutos de Fibropaneles Chile S.A., que rolan en los autos arbitrales, sirvieron de modelo a los estatutos de la sociedad Inversiones y Desarrollo Los Andes S.A., constituida dos meses más tarde, por escritura pública del 12 de enero de 1987.

Desde el inicio del año 1986 hubo conversaciones personales, entre don Anacleto Angelini Fabbri y don Richard H.A. Carter y sus respectivos asesores, relacionadas con las buenas perspectivas del crecimiento cualitativo y cuantitativo, que era dable esperar del sector forestal en la economía chilena, en especial en los cultivos y explotación del pino radiata. El señor Angelini, controlador de COPEC (a través de la sociedad SOCOROMA) propuso fortalecer COPEC, y consecucionalmente la filial de COPEC: Celulosa Arauco y Constitución S.A. Ello, mediante un importante aumento de capital en COPEC. En todo momento se discurió sobre la base de que el grupo CARTER HOLT HARVEY sería un inversionista extranjero en Chile. Para todo esto se celebraría un contrato de *joint venture* por veinte años,

creándose una sociedad anónima instrumental: Los Andes S.A., cuyas acciones, luego de una primera reforma de estatutos, serían la mitad de cada uno de los coaventureros.

El señor Richard H.A. Carter tomó la decisión de que sus sociedades controladas, Carter Holt Harvey Limited de Nueva Zelanda y Carter Holt Harvey International Limited de las Islas Cook (agencia en Chile) hicieran la inversión que don Anacleto Angelini proponía, ascendente a muchos millones de dólares, pues su dinero iba a lucirle espectacularmente:

- a) Llegaría a Chile vía Acuerdo del Banco Central (capítulo XIX), previa compra en Estados Unidos de pagarés de la deuda externa chilena, los que al liquidarse en nuestro país producían un fuerte incremento de la inversión.
- b) Al pagar Los Andes S.A., con los dineros aportados por CHH a cambio de la mitad de esa empresa holding, el 41% del valor de las nuevas acciones emitidas por COPEC, se inyectaba a esta sociedad anónima abierta, conjunto con los demás accionistas (59%), la liquidez para extinguir por completo sus deudas con la banca extranjera, quedando así COPEC saneada enteramente y con excelentes perspectivas a futuro, en especial en el área de la celulosa a través de Arauco.

En todo esto existía otra situación muy favorable, que producía todavía más brillo a la inversión de CHH en Chile: Merced al régimen entonces imperante de “seguro de cambio”, COPEC iba a adquirir las divisas para satisfacer a sus

acreedores, a un precio sumamente conveniente. Estos dos propósitos que, entre otros, animaron la decisión de CHH de celebrar el contrato de *joint venture* con SOCOROMA, pronto se tradujeron en plena realidad.

Don Anacleto Angelini Fabbri había ingresado como accionista de COPEC en la época difícil de esta empresa (crisis del Grupo Cruzat Larraín), inicialmente adquiriendo las acciones de ENAP, que licitó públicamente CORFO, con un proyecto corporativo personal de gran trascendencia para él, para la economía nacional y para los miles de accionistas chilenos de COPEC. Se le explicó en detalles a Mr. Richard Carter este proyecto, desarrollado técnicamente durante unos tres años, cuya paternidad y propiedad pertenecían por entero al señor Angelini, ofreciéndosele compartir indirectamente las acciones de COPEC S.A., a través de la nueva sociedad cerrada que iba de inmediato a crearse, LOS ANDES S.A., la que sería instrumental del *joint venture* entre ellos.

En la última y decisiva fase de los tratos preliminares al *joint venture*, al igual que en los contratos conexos posteriores, las partes concordaron o estuvieron de acuerdo en que Carter Holt Harvey sólo sería un capitalista, aportante de dinero en búsqueda de altos dividendos y de la plusvalía de las correspondientes acciones, pero con limitadas atribuciones en la administración de la sociedad anónima LOS ANDES S.A. y de sus filiales y coligadas.

Se tuvo en cuenta el esquema de MANUFACTURERA DE FIBROPANELES CHILE S.A. que, sin problemas, se estaba practicando por los mismos grupos ANGELINI

y CARTER, por ejemplo, en materia de presidencia de la sociedad, composición del directorio, decisión de posibles empates en el seno de este último, cláusula de tanteo o regulación del derecho preferente de compra de las acciones de un grupo, si el otro decidía venderlas, etcétera.

Los coaventureros SOCOROMA y CARTER HOLT HARVEY decidieron, pues, con plena conciencia y sin vicio alguno del consentimiento, celebrar un contrato de *joint venture corporation* dominado, el cual funcionó sin conflicto alguno durante más de seis años, con plena satisfacción de las partes.

A propósito de los *joint ventures corporation* dominados, el especialista argentino Guillermo Cabanellas, ha expresado textualmente:

“En el contexto de constituir un subtipo de sociedad cerrada, una empresa conjunta es aquella a la cual dos o más empresas independientes realizan aportes sin perder su individualidad y en forma de dar un carácter intuitu personae a sus relaciones en el marco de la sociedad formada a efectos de instrumentar su colaboración. Las sociedades con un socio dominante –por contar con los instrumentos jurídicos necesarios para formar la voluntad social por medio de los correspondientes órganos– presentan una estructura de relaciones entre los socios que las apartan en buena medida de los modelos teóricos en que se fundan las normas básicas de los distintos

tipos societarios y especialmente de las sociedades anónimas”²⁹.

8. Las conversaciones preliminares a la celebración del *joint venture* de diciembre de 1986, como se dijo, duraron varios meses, dejándose, en ciertas oportunidades, constancia escrita del estado de avance en los análisis que estaban efectuando los personeros de SOCOROMA y de CARTER HOLT HARVEY.

Prácticamente, y en uso de la libertad contractual, se llega a acuerdo con la firma del memorándum, fechado en Santiago de Chile el 7 de diciembre de 1986. Lo suscriben don Richard H.A. Carter por el Grupo CHH, y don Anacleto Angelini Fabbri por el Grupo Angelini. Este instrumento es muy ilustrativo del *joint venture* dominado.

Así, la sociedad anónima Los Andes próxima a crearse, nacerá con el cien por ciento de las acciones suscritas por el Grupo Angelini. Sólo poco después, mediante reforma de estatutos que aumentará el capital de Los Andes S.A., ingresará el Grupo Carter Holt Harvey a la empresa instrumental. ¿Por qué CHH no fue accionista paritario de la sociedad anónima desde su inicio (el 12 de enero de 1987), sino que sólo desde quince días más tarde, luego de la reforma de estatutos? ¿No era más cómodo, rápido y barato, prescindir de la reforma? La explicación reside en el carácter dominado del *joint venture*. Aquí quién crea y quién manda (con el asen-

timiento de Mr. Carter) es el Sr. Angelini. Su legítimo orgullo de notable empresario, ahora inventor y paciente elaborador del proyecto para el desarrollo de SOCOROMA, Los Andes, COPEC, Arauco, y fundamentalmente de la industria de la celulosa chilena, le exige que Los Andes S.A. surja con su impronta personal, aunque a los pocos días después haya que compartir las acciones, por iguales partes, con el inversionista extranjero.

Así, se pacta que el directorio de Los Andes S.A. lo compondrán cuatro miembros, dos por cada grupo, estableciéndose un sistema para dirimir empates a través del llamado sucesivo a destacados juristas nacionales o, en subsidio, a la persona que designe el presidente de la Sociedad de Fomento Fabril.

Así, se estipula que la administración ordinaria de los negocios queda radicada en el Grupo Angelini, debiendo otorgarse un poder amplio por Los Andes a quienes el Grupo Angelini designe.

Así, se deja constancia que juntamente con el ingreso del grupo Carter Holt Harvey a Los Andes, se suscribirá un convenio o pacto de accionistas en el cual se formalizarán los acuerdos del memorándum, que se hubiesen omitido en los estatutos de Los Andes. Este primer pacto de accionistas, que se firmó el 27 de enero de 1987, vendrá a recoger el contrato de *joint venture* del mes anterior.

Carter Holt Harvey, por escrito, ha reconocido la existencia del contrato de *joint venture* con SOCOROMA (confesión extrajudicial). Además, al Sr. Richard H. A. Carter y a los apoderados

²⁹ CABANELLAS Guillermo, “Función económica del Derecho Societario”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, N° 129-130, Buenos Aires, Ed. Depalma, agosto 1989, p. 348.

de CHH, a comienzos de 1986 les era muy familiar la figura contractual del *joint venture*.

En la memoria del ejercicio 1992 de Carter Holt Harvey Limited, que tengo a la vista, en la página 24, sobre el subtítulo CHILE y una foto de las instalaciones de Arauco con la leyenda “600 kilómetros al Sur de Santiago”, aparece destacado el título JOINT VENTURES. Por otro lado, ante la SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION de los Estados Unidos de Norteamérica, también Carter Holt Harvey Limited reconoció el contrato de *joint venture* con SOCOROMA, según se aprecia, sin ambigüedad, en el prospecto y en el formulario 20-F, presentados oficialmente por CHH en el año 1995, los cuales tengo también a la vista en fotocopias.

En el Informe de D.A. Neilson y Asociados, para Carter Holt Harvey, evacuado en Rotorua, Nueva Zelanda, el 17 de marzo de 1997, se explica con detención la celebración por CHH de muchos contratos de *joint venture*, en especial en los años setenta y ochenta, destacándose, entre otros, el *joint venture* entre CHH y OJI PAPER COMPANY del Japón; el *joint venture* entre CHH y NZ Forest Products Limited, relativo a un aserradero (contrato celebrado ya en los inicios de la década de los cincuenta); el *joint venture* para el aserradero de Minginui; y el *joint venture* con la compañía japonesa ITOCHU, para la exportación de astillas de madera. En todos los casos, el mencionado Informe, que estoy examinando en fotocopia, reiteradamente emplea la expresión acuerdos de *joint venture*, bajo el epígrafe “6. Experiencia en el manejo

de acuerdos empresariales exitosos en *joint venture*” (exitosos para CHH, se entiende).

9. Al contrato de *joint venture corporation* de diciembre de 1986 sucede un grupo de contratos conexos. Desde luego, el 12 de enero de 1987 se constituye la sociedad anónima cerrada Inversiones y Desarrollo Los Andes S.A., mediante escritura pública otorgada ante el notario de Santiago don Félix Jara Cadot. Los únicos dos socios fundadores fueron SOCOROMA y don Anacleto Angelini Fabbri.

El 22 de enero de 1987, la Junta General Extraordinaria de LOS ANDES decidió, entre otras reformas, aumentar el capital al doble, o sea, a \$ 32.474.000.000, lo que iba a permitir la suscripción íntegra por CHH del nuevo millón de acciones que se emitirían, luego de la renuncia que formularon, en la misma Junta, tanto SOCOROMA como el señor Anacleto Angelini a sus derechos preferentes para suscribir la nueva emisión de acciones.

En la sesión del directorio de Los Andes, del 26 de enero de 1987, consta la proposición de Carter Holt Harvey International Limited (Chile), de suscribir el total de las nuevas acciones a emitir en virtud del aumento de capital acordado, la cual es aceptada por el directorio.

El contrato de suscripción de acciones es firmado de inmediato, el 27 de enero de 1987, quedando LOS ANDES S.A. con el nuevo capital ya mencionado, expresado en dos millones de acciones, la mitad de SOCOROMA y la mitad de CARTER HOLT HARVEY. O sea, que LOS ANDES no sólo es una so-

iedad anónima cerrada sino que, además, son exclusivamente dos los accionistas paritarios.

El 27 de enero de 1987, tiene lugar una nueva sesión de directorio de LOS ANDES, con asistencia del ahora director titular Mr. Richard H. A. Carter, en virtud de cuya proposición se nombra presidente de la sociedad a don Anacleto Angelini Fabbri. Se confiere poder a ocho personas vinculadas todas a SOCOROMA, para que dos cualquiera de ellas representen a LOS ANDES S.A.

Junto con la suscripción de acciones de Los Andes, el mismo 27 de enero de 1987 se celebra entre SOCOROMA S.A. por una parte, y Carter Holt Harvey International Limited (Chile) más Carter Holt Harvey Limited como garante, por la otra parte, el Primer Pacto de Accionistas de LOS ANDES S.A. El grupo Angelini y el grupo Carter, dueños cada uno de la mitad de las acciones de LOS ANDES, deciden regular el *joint venture corporation* que los une en este instrumento, en el cual se contiene fundamentalmente tal contrato de *joint venture*. Este pacto de accionistas ya había quedado anunciado y su importancia subrayada, en el numeral décimo del memorándum suscrito por ambos grupos el 7 de diciembre de 1986.

En el pacto de accionistas, las partes destacan: “Que el PACTO constituye su máxima expresión de voluntad”. Luego se establecen las particularidades ya conocidas del *joint venture corporation* dominado, convenidas libre y soberanamente por los contratantes: la administración del giro ordinario de Los Andes y de sus inversiones, en especial en filiales y coligadas, quedaba

radicada en los representantes de SOCOROMA, para lo cual el directorio de Los Andes dará amplio mandato o poder durante toda la duración del pacto a las personas que SOCOROMA determine; sistema de opción preferente para la adquisición de las acciones por un grupo si el otro decidiera enajenarlas; etcétera.

Los nuevos estatutos reformados de LOS ANDES S.A., que cierran las particularidades primigenias del *joint venture* dominado, constan en la escritura pública del 26 de febrero de 1990, ante don Andrés Rubio Flores. Al día siguiente se reunió el directorio de Los Andes modificando la nómina de los mandatarios, todos afines al grupo Angelini (SOCOROMA), con motivo del sensible fallecimiento de don Aquiles Portaluppi Sánchez.

Merece también destacarse en el grupo de contratos interrelacionados con el *joint venture*, el segundo pacto de accionistas, del 27 de febrero de 1990. Concurren los mismos comparecientes, que treinta y siete meses antes habían concluido el primer pacto de accionistas.

Se reitera en el segundo pacto entre los dos únicos accionistas de Los Andes S.A., “que el PACTO constituye su máxima expresión de voluntad”.

En la cláusula tercera se declara que, considerando la experiencia que han tenido durante los tres años de vigencia tanto de la sociedad Los Andes como del primer pacto de accionistas, SOCOROMA y CARTER HOLT HARVEY, a fin de

“otorgar una mayor autonomía y facultades a los representantes

de SOCOROMA para la plena y libre administración ordinaria de la sociedad, así como para la plena y libre administración ordinaria y extraordinaria de sus filiales y coligadas, vienen de común acuerdo en modificar el mencionado convenio y PACTO de fecha 27 de enero de 1987, y en sustituirlo en su totalidad”

por el nuevo o segundo pacto de accionistas. Fuera de ampliarse los poderes de la sociedad LOS ANDES a los directores y personeros de SOCOROMA, lo que se concreta en sesión de directorio de Los Andes el mismo día 27 de febrero de 1990, hay otras modificaciones al primer pacto, *v.gr.*, en lo concerniente a la identidad y orden de las distintas personas llamadas a dirimir, como árbitro arbitrador, los desacuerdos que se produjeran entre las partes con motivo del segundo pacto (cláusula decimotercera).

10. La validez de los pactos de accionistas me parece inconcusa. Los reconoce la ley 18.046 sobre sociedades anónimas en el artículo 14, inciso segundo, en lo tocante a restricciones que se convengan a la libre transmisibilidad de las acciones. Del mismo modo están regulados en los artículos 98 y 99 de la ley N° 18.045 (ley de Mercado de Valores), respecto a los acuerdos de actuación conjunta entre diversos partícipes en la propiedad de una sociedad. En el Derecho Comparado, es también un principio general el de la validez de estos pactos. Como dice el profesor y abogado Yves Reinhard: “Los pactos de accionistas suscitan muchas preguntas a

los juristas: la de su validez está completamente contestada”³⁰. En España, Girón Tena ha aseverado que los pactos y contratos parasociales

“desde el punto de vista de la licitud, aparecen amparados por la regla de autonomía contractual, de no suceder que se propongan un fin que atente a preceptos ius cogens o desnaturalicen exigencias sustanciales de la configuración de las sociedades”³¹.

El orden público moderno, expresión de la voluntad estatal de dirigir la economía (orden público de dirección) o de proteger a los débiles (orden público social o de protección), es llevado a la práctica por la jurisprudencia, caso a caso, ora anulando un acto jurídico aunque no haya ley expresa al respecto, ora desestimando pretensiones de nulidad aunque exista desconocimiento o rebeldía frente a un texto legal que se consideraba imperativo³².

En las sociedades anónimas abiertas se comprende que la regulación legal sea de orden público e imperativa (*ius cogens*), pues están habilitadas para hacer oferta pública de sus acciones y

³⁰ REINHARD, Yves en *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique*, Paris, Sirey, vol. 1992, p. 642; con remisión, *ade-más*, a la misma revista, vol. 1990, p. 413.

³¹ TENA, Girón, *Derecho de Sociedades*, Madrid, 1976, tomo 1, p. 54, citado por SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Carlos, “Los convenios y sindicatos de voto. Su instrumentación jurídica en la sociedad anónima”, en *Estudios sobre la Sociedad Anónima*, Madrid, Civitas, 1991, p. 91.

³² Cfr. SCHMIDT (n. 20), N° 196.

de títulos-valores en general, y, por otra parte, pues el legislador es el llamado a proteger a los accionistas minoritarios.

El proteccionismo contractual, expresado en normas imperativas que limitan la libertad de las partes, se justifica especialmente frente a situaciones en que no hay real igualdad entre éstas. Ante el riesgo de abusos de la posición dominante del más fuerte, al momento en que las partes fijan el texto o contenido de la convención (contrato de adhesión), es legítimo que las normas legales que regulan tal convención dejen de ser supletivas o supletorias de la voluntad y adquieran carácter imperativo o de orden público (contrato dirigido).

Nada de esto último ocurre en las relaciones jurídicas entre SOCOROMA y CARTER HOLT HARVEY: dos poderosos grupos económicos que han negociado una convención y celebrado, en igualdad y libertad, el contrato válido de *joint venture*. La sociedad anónima instrumental también es válida. Los pactos de accionistas, de 1987 y de 1990, fueron bien estipulados. Opinar lo contrario, a fuerza de constituir una exageración al carácter imperativo de la regulación legal de la sociedad anónima, conduciría al estrangulamiento de las sociedades anónimas cerradas, generándose grave daño a la economía nacional.

He hecho examinar en la biblioteca del H. Congreso Nacional, la Colección E. JUNTA DE GOBIERNO, tomo 19, folios 1 al 295, que contiene las transcripciones y antecedentes de la ley 18.046. El proyecto de esta ley fue enviado por el señor ministro de Hacienda don Sergio de Castro Spikula, por

oficio ordinario N° 1537, el 1 de diciembre de 1980.

En el informe al proyecto de ley de Sociedades Anónimas, dirigido por el señor Ministro de Hacienda a S.E. el Presidente de la República, se lee (folios 90 y 91):

“Por otra parte, el tiempo ha demostrado que la concepción jurídica original de la sociedad anónima ha sido sobrepasada por los hechos. No sólo es la especie social propia a la gran empresa, a la multiplicidad de inversionistas, sino que es también un instrumento útil para la sociedad cerrada... siempre que se la libere de exigencias y controles que carecen en tal caso de sentido y justificación. Urge, en consecuencia, adecuar la ley a esta nueva realidad eliminando todo innecesario entorpecimiento a la acción de este importante grupo de empresas”.

En el informe técnico rolante en los folios 266 a 295, analizándose las diferencias entre las sociedades anónimas abiertas y cerradas, textualmente se señala (letra c, folio 268): “Sólo a las abiertas se aplican las disposiciones de este decreto ley, salvo mención expresa en contrario”.

11. Los contratos de colaboración empresaria conexos al *joint venture corporation*, de diciembre de 1986, se vieron coronados por un éxito sobresaliente durante siete años. SOCOROMA y CARTER HOLT HARVEY no tuvieron discrepancias. Jamás hubo un desacuerdo

en el Directorio de cuatro miembros de LOS ANDES S.A., que siquiera una vez provocase la aplicación del régimen convenido para dirimir los empates. Celulosa Arauco y Constitución S.A. se transformaron, en ese lapso, en la primera empresa de celulosa en Chile. COPEC tuvo insospechadas utilidades, repartiendo dividendos a LOS ANDES, que ni el más optimista hubiese previsto. Lo que redundó en que CARTER HOLT HARVEY ya haya recuperado, sólo vía dividendos, el desembolso neto que efectuó para la inversión que hizo en LOS ANDES S.A. a comienzos de 1987.

Al parecer, por problemas en el extranjero, CHH tuvo dificultades con sus acreedores, debiendo finalmente la compañía neozelandesa transformarse en mera filial de INTERNATIONAL PAPER, una de las empresas transnacionales más grandes del mundo, líder de los negocios forestales y madereros internacionales y duro competidor de Celulosa Arauco.

A partir de octubre de 1993 surgen las controversias entre SOCOROMA y CHH (cuando International Paper ya ejercía el control de la administración de CHH). El *joint venture corporation* entra en crisis. CHH inicia una intensa actividad judicial contra SOCOROMA, contra LOS ANDES S.A., y contra los mandatarios o administradores de esta última, mediante diversos procesos ante la justicia ordinaria.

SOCOROMA S.A., ante los graves y reiterados incumplimientos del contratante CARTER HOLT HARVEY a sus obligaciones emanadas del contrato de *joint venture*, demanda ante el Tribunal Arbitral establecido en el pacto de accionis-

tas, pacto en el cual se recogió el *joint venture corporation*, solicitando que se declare que ha terminado el *joint venture* y que, consecuentemente, CARTER HOLT HARVEY sea excluido como socio de LOS ANDES S.A., pagándosele a la parte demandada el valor de sus acciones en tal empresa, de la manera que el S.J.A. decida. Además, en el juicio arbitral, la actora demanda indemnización de perjuicios. CARTER HOLT HARVEY, reconvinendo, ha pedido al S.J.A. que ordene a los directores de LOS ANDES S.A. revocar los poderes vigentes conferidos a los directores y personeros de SOCOROMA con fecha 27 de febrero de 1990.

IV. EL ESTÁNDAR DE LA BUENA FE CONTRACTUAL Y SU POTENCIACIÓN EN LOS *JOINT VENTURES*

12. El *joint venture corporation* celebrado a fines de 1986, entre SOCOROMA y CARTER HOLT HARVEY, cual ocurre en todos los contratos asociativos, obliga a las partes a comportarse de buena fe, lo que las inhabilita para realizar actos contrarios al interés común.

A continuación, se efectúan unas reflexiones sobre el principio de la buena fe en general, para luego explicar la potenciación del estándar de la buena fe en contratos asociativos, como el *joint venture*.

El principio de la buena fe, y sus variadas y heterogéneas proyecciones en el Derecho, es un tema centenario.

En el Derecho Civil Comparado, la buena fe viene adquiriendo enorme importancia desde que las escuelas exegéticas han comenzado a batirse en retira-

da. Especialmente en Europa, sobre todo en Alemania e Italia, aunque también en Francia y en España, la doctrina ha consagrado, en los últimos lustros, no pocos desvelos al estudio de esta materia.

En nuestro continente, la preocupación doctrinaria en torno a la buena fe provocó en la República Argentina la muy importante ley 17.711, de 1968, que introdujo numerosas y significativas reformas al *Código Civil* de Vélez Sarsfield. Según palabras del catedrático argentino Jorge Mosset Iturraspe: “la buena fe es el eje sobre el cual se mueve la reforma de la Ley N° 17.711 en la temática de las relaciones patrimoniales”³³.

Los textos legales de este siglo que han consagrado con amplitud el pleno vigor del principio de la buena fe en materia contractual, son abundantes. También se advierte en la jurisprudencia comparada el pronunciamiento de importantes fallos que extraen consecuencias jurídicas de la buena fe, incluso, a falta de texto legal expreso que les sirva de apoyo inmediato.

Mencionar la buena fe es evocar la idea de rectitud, de corrección, de lealtad. En sede no jurídica, la expresión “buena fe” designa una persuasión subjetiva interna (de carácter ético) de estar actuando o haber actuado correctamente. Representa un estado de ánimo. Proyectada al terreno del Derecho, la buena fe asume dos direcciones. La primera, la buena fe subjetiva, conserva aquella fisonomía psicológica (por ejem-

plo, en los artículos 122-1 y 706-1 del *Código Civil*). La segunda, la buena fe objetiva, que es la que mayormente interesa en materia de contratos, la pierde. Cabe puntualizar que la buena fe es un principio general del Derecho. Así lo ha establecido el *Código Civil* suizo, al declararlo en su artículo 2º, ubicado entre los principios legislativos fundamentales, aplicables a todas las relaciones jurídicas:

“Cada uno obrará según la buena fe en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones. El abuso manifiesto de un derecho carece de protección”.

Un precepto similar se halla hoy en el artículo 7º del *Código Civil* español, luego de la reforma de 1974, que sancionó el nuevo título preliminar de ese *Código*. Prescribe el artículo 7º, apartado 1: “Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”.

Trátase de un principio general del Derecho heredado de los romanos, como tantos otros, que se proyecta en las más variadas disciplinas jurídicas. Así, por ejemplo, sirve de asidero al principio de la probidad procesal; coarta, en el campo de los negocios, la competencia desleal; sustenta la inadmisibilidad de la pretensión incoherente con el hecho o conducta anterior, *venire contra factum proprium non valet* e, incluso, se manifiesta en el artículo 26 del *Código Tributario*.

Como muy bien ha dicho, a propósito de la buena fe objetiva, la I. Corte de Apelaciones Pedro Aguirre Cerda,

³³ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Teoría general del contrato*, Rosario, 1970, p. 322.

en sentencia del 4 de marzo de 1988, extractada en el suplemento tercero del *Repertorio del Código Civil*, bajo el artículo 1546 (Editorial Jurídica de Chile, 1992):

“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, sin apego a la letra rigurosa de ellos ni a un Derecho estricto. No deben las partes asilarse en la literalidad inflexible para dar menos ni para exigir más, arbitrariamente, al influjo de un interés propio y mezquino; antes bien, ha de dejarse expresar al contrato ampliamente su contenido. Tampoco debe dejarse de atender a factores extraliterales que pudieran fundarse en la naturaleza del pacto, en la costumbre o en la ley” (sic).

Durante la fase precontractual, que a veces antecede al instante de la conclusión de los contratos, la buena fe exige que cada uno de los negociadores presente las cosas conforme a la realidad. La actitud exigida es la de hablar claro, absteniéndose de afirmaciones inexactas o falsas, como igualmente de un silencio o reticencia que pueda conducir a una equivocada representación de los elementos subjetivos del contrato que se vislumbra. Durante la fase de las “tratativas”, cada negociador procura representarse de manera exacta al sujeto con quien se va a vincular y a las prestaciones que el contrato proyectado hará nacer. Los actos e informaciones encaminados a ilustrar al interlocutor deben enmarcarse en una línea de corrección y lealtad.

El mandato del artículo 1.546 de nuestro *Código Civil* se proyecta de mil maneras en los tratos preliminares, en el instante de la conclusión del contrato, durante su cumplimiento o su infracción, al momento de su terminación o extinción, e, incluso, en una fase poscontractual.

Enfaticemos, aquí, los deberes que el estándar normativo de la buena fe (artículo 1.546) impone en los momentos del cumplimiento o incumplimiento de los contratos. Acorde a la palabra del ilustre jurista italiano Emilio Betti:

“La buena fe se podrá caracterizar como un criterio de conducta que se funda sobre la fidelidad al vínculo contractual y sobre el compromiso de satisfacer la legítima expectativa de la otra parte: un compromiso en poner todos los recursos propios al servicio del interés de la otra parte, en la medida exigida por el tipo de relación obligatoria de que se trate”.

En la fase patológica del incumplimiento de las obligaciones contractuales,

“el acreedor aun cuando queden insatisfechas sus expectativas, no puede considerarse en estado de guerra con el deudor y comportarse de tal modo que aumente el daño del incumplimiento, desinteresándose de las consecuencias perjudiciales que su indiferencia produce en la esfera de los intereses de la otra parte. Hay aquí una exigencia de corrección

que le impone, incluso en esta fase, buscar el modo de limitar los daños derivados del incumplimiento”³⁴.

Jorge Mosset Iturraspe dedica sesenta importantes páginas a la buena fe contractual³⁵. De allí extractamos este párrafo:

“Desde el punto de vista positivo, los contratantes deben realizar todos los comportamientos que sean necesarios y conducentes al logro del resultado buscado, aun cuando ellos no fueren expresamente previstos y en la medida, claro está, en que no sean francamente extraños al objeto contractual o que agraven la obligación del deudor de manera exagerada. Y desde un ángulo negativo, evitar toda conducta que ponga en peligro el objetivo o que lo impida o dificulte. Queda comprendido el deber de evitar todo daño a la persona o bienes del cocontratante” (p. 212).

El acaso máximo especialista español en el tema de la buena fe en los contratos, el catedrático José Luis De Los Mozos, ha escrito la voz “BUENA FE”³⁶.

³⁴ BETTI, Emilio, *Teoría general de las Obligaciones*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969, tomo 1, pp. 114 y 117.

³⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Interpretación económica de los contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994, pp. 175 a 234.

³⁶ DE LOS MOZOS, José Luis, *Enciclopedia de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, tomo I, p. 789 y s.

Se trata de un breve ensayo, sumamente erudito, cuya consulta será indispensable para quien busque profundizar realmente en la *bona fides*. Refiriéndose al tema de la buena fe en la esfera de la ejecución de las obligaciones contractuales, cita a Luis Díez-Picazo:

“El ordenamiento jurídico exige este comportamiento de buena fe, no sólo en lo que tiene de limitación y de veto a una conducta deshonesta (*v.gr.*, no engañar, no defraudar, etc.), sino también en lo que tiene de exigencia positiva prestando al prójimo todo aquello que exige una fraterna convivencia (*v.gr.*, deberes de diligencia, de esmero, de cooperación, etc.)”.

El estándar o regla de la buena fe impone en los contratos cumplir fielmente no sólo con las obligaciones que constan en el texto de la concreta convención sino que, además, con otras obligaciones virtuales o implícitas. Lo que no es una deducción doctrinal, pues está dicho, sin ambages, por el propio legislador: “Los contratos obligan no sólo a lo que en ellos se expresa”. Esta fórmula, muy exigente para los contratantes, contemplada en el artículo 1.546 del *Código Civil* de Bello, arranca de los artículos 1.134-3 y 1.135 del *Código Napoleón*: las convenciones deben ser ejecutadas de buena fe; obligan no sólo a lo que está en ellas expresado, pero, además, a todas las consecuencias que la equidad, los usos o la ley confieren a la obligación, acorde a su naturaleza.

“Por esto la jurisprudencia ha podido hacer nacer a cargo del deudor obligaciones en las cuales sin duda ni siquiera había soñado. El contenido de un contrato depende tanto de la voluntad del legislador o de los jueces como de la voluntad de las partes. El deudor sería de mala fe si pensara sustraerse a la ejecución de estas obligaciones incorporadas por la autoridad en el contrato... Aunque el 1134-3 no siempre se contempla expresamente en las decisiones judiciales, es este artículo el que ha permitido a los jueces completar el contenido del contrato, incluyendo imperativamente obligaciones que están de acuerdo con su estructura. Los ejemplos son numerosos”³⁷.

13. Si el deber de cumplir de buena fe se aplica, por cierto, a los pactos o contratos de cambio (doy para que des, doy para que hagas, hago para que des, hago para que hagas), con mucha mayor razón es rasgo *sine qua non* de los contratos asociativos, entre los cuales destaca el *joint venture*. Puede afirmarse que uno de los más importantes signos distintivos de este contrato es la potenciación del estándar de la buena fe.

Al tratar el contrato de *joint venture*, Fernando Fueyo Laneri encuentra

“la exigencia de la más estricta lealtad entre los copartícipes del

contrato en ejecución. Lealtad propia de empresarios de alto nivel moral y que obran bien siempre, no dejando de hacerlo en caso alguno. Si cayeran, eventualmente, en una conducta desleal, generalmente perturbadora y dañosa, tendrían oportunidad de perder algo que tiene valor superlativo en la empresa: el buen nombre y el prestigio comerciales”.

Añade, luego, refiriéndose a las características de los contratos entre productores y exportadores de fruta fresca chilena:

“El deber de recíproca lealtad que se deben todos los copartícipes, en forma estricta y rigurosa. Las conductas, pues, deben ser con arreglo al principio de la buena fe, principio que gobierna el todo y cada una de las partes de la unión, que, a mi juicio, no ha sido realizado suficientemente por los autores en esta materia”³⁸.

Sobre la notable potenciación de la buena fe en los contratos de *joint venture*, Ligia Parisi Bagolini, en su obra citada escribe:

“Una de las notas distintivas de los joint ventures es que el vínculo entre las partes es de aquellos que se denominan relaciones fiduciarias, es decir las partes están obligadas al cumplimiento de

³⁷ LARROUMET (n. 21), vol. II, p. 7, quien añade numerosos fallos franceses.

³⁸ FUEYO LANERI (n. 6), pp. 28, 29 y 83.

sus deberes basadas en la buena fe, la confianza, la fidelidad y la integridad”.

Agrega ella que la extensión de los deberes fiduciarios en el caso de los *joint ventures*, ha sido elocuentemente señalada por el juez Cardozo:

“Los coaventureros se deben unos a otros, mientras dure el negocio, el deber the finest loyalty (sublime lealtad). Muchas formas de conductas permitidas en una relación negocial (corriente), están prohibidas para aquellos que se encuentran ligados por una relación fiduciaria. Sus deberes son más estrictos que la moral del mercado. No sólo honestidad, sino una conducta de suma meticulosidad, sumo honor, es el standard del comportamiento...”. “Se ha señalado que una de las notas distintivas de los *joint ventures* tanto contractuales como societarios, es la existencia de una confianza recíproca entre los coaventureros: in *joint ventures* the arrangement between the parties is one of utmost good faith (las relaciones entre las partes son las de suma buena fe)”³⁹.

Justice Cardozo (Juez de la Corte Suprema Federal en Washington D.C.), textualmente empleó las siguientes palabras, citadas a menudo:

“Joint adventures, like copartners, owe to one another, while the enterprise continues, the duty of the finest loyalty. Many forms of conduct permissible in a workaday world for those acting at arm’s length, are forbidden to those bound by fiduciary ties. A trustee is held to something stricter than the morals of the market place. Not honesty alone, but the punctilio of and honor the most sensitive, is then the standard of behavior”⁴⁰.

14. Acorde a los principales escritos de la actora INVERSIONES SOCOROMA S.A., esto es, a su demanda, presentada el 24 de octubre de 1994 (más la ampliación); y a su réplica, de 28 de noviembre de 1995, la parte demandada ha incurrido en numerosos incumplimientos al contrato de *joint venture corporation*, los cuales implican conculcación por ella del deber de comportarse de buena fe con su cocontratante.

Los incumplimientos de CHH, denunciados por la actora, son los siguientes:

- a) La decisión unilateral de acceder directamente y en forma anticipada tanto al 30,05% de las acciones de COPEC, como a su administración y a la de sus filiales, en abierta infracción a lo pactado;
- b) Reiteradamente haber cometido el ilícito del abuso del derecho, al plan-

³⁹ PARISI BAGOLINI (n. 3), pp. 116, 117, 119.

⁴⁰ Justice Cardozo en el libro de los profesores SMITH, Len Young, MANN, Richard A. y ROBERTS, Barry S., *Business Law and the Regulation of Business*, 4 ed., USA, West Publishing Company, 1993, p. 686.

- tear diversas demandas judiciales infundadas, con la finalidad declarada de no cumplir lo convenido;
- c) No haber ofrecido a SOCOROMA la venta de sus acciones en Los Andes, de la manera estipulada, habiendo tratado de enajenarlas en infracción a lo convenido;
 - d) Realización por CHH de actos desleales, incompatibles con lo pactado, por haber tenido un gran crecimiento en los negocios del giro de la principal actividad del consorcio, esto es, la actividad forestal realizada por Arauco;
 - e) Haber permitido el ingreso de International Paper al interior de CHH y, aun, a su control, empresa que es la principal competidora mundial en el ramo forestal de Arauco;
 - f) Haber entorpecido la marcha y desarrollo de “Los Andes S.A.”, con los hechos puntuales que señala el libelo;
 - g) Haber iniciado una difamatoria campaña de prensa en contra de su consorcio;
 - h) Incumplir el pacto de accionistas, en lo relativo a su cláusula arbitral, al rebelarse en contra de ella por haber iniciado diversos procesos ante la justicia ordinaria;
 - i) Intentar introducir a sus principales personeros en las subsidiarias de “Los Andes”, en contravención a lo estipulado en el pacto de accionistas, que le otorga a SOCOROMA la facultad de administrar;
 - j) Mediante mociones de directores de Los Andes designados con su voto y que revisten el carácter de personeros de importancia dentro de su organización, haber instado a la adopción de acuerdos del directorio de dicha sociedad directamente violatorios a lo convenido en el pacto de accionistas, como lo son la moción sobre revocación de los poderes otorgados en virtud de dicho pacto;
 - k) La adquisición de acciones de COPEC y de Arauco, en contravención a la asociación convenida y contenida en el pacto de accionistas;
 - l) En cuanto a International Paper Co., accionista importante y controlador de CHH Nueva Zelanda, que a su vez es matriz de CHH Islas Cook, se señaló en la ampliación de la demanda que en el período corrido desde la presentación de la demanda hasta su ampliación, dicha sociedad estadounidense adquirió más del 50% de CHH Nueva Zelanda, transformándola en una filial suya. De esta manera, se agravó la situación denunciada en el libelo sobre actuaciones desleales, al introducir como socio de CHH al principal competidor de Arauco;
 - m) Por último, en la ampliación de la demanda se señala que en el tiempo se ha agravado también la situación de CHH de Nueva Zelanda, como fuerte competidor de Arauco, por su decisión de expandirse en el sector forestal de Chile y de América Latina.

V. INFRACCIÓN POR CHH
DEL CONTRATO DE *JOINT VENTURE*,
AL ABUSAR DEL DERECHO
A LAS VÍAS PROCESALES

15. La doctrina del abuso del derecho tiene sus raíces en los grandes juriconsultos romanos, aunque las principales respuestas o textos suyos, recopilados en el *Corpus Iuris Civilis*, sean contradictorios. Frente a “nullum videtur dolo facere qui suo jure utitur” (se considera que no causa ningún daño, quien su derecho usa) o a “neminem laedit, nemo danum facit, qui suo jure utitur” (quien usa de su derecho, a nadie ofende y ningún daño causa), destacan, por ejemplo: “Summum jus, summa injuria” (estricto derecho, suma injusticia) y “male enim nostro jure uti non debemus” (no debemos usar mal nuestro derecho).

Desde la Edad Media, a menudo, en Francia, los jueces reprimieron el ejercicio abusivo de los derechos. A pesar de la ausencia de una norma general sobre la materia en el *Code Civil* de 1804 (al igual que en el nuestro), no son pocos los fallos franceses pronunciados en el siglo XIX, en favor de tal doctrina. Célebre es la sentencia de la Corte de Colmar, del 2 de mayo de 1855, que condenó al propietario que levantó una falsa chimenea sobre el tejado de su casa, con el único objeto de privar de luz a la casa del vecino:

“Considerando que, si es de principio que el derecho de propiedad es un derecho en cierto modo absoluto, que autoriza al propietario a usar y abusar de la cosa,

sin embargo el ejercicio de ese derecho, como el de cualquier otro, debe tener por límite la satisfacción de un interés serio y legítimo; que los principios de la moral y de la equidad se oponen a que la justicia sancione una acción inspirada por la malevolencia, cumplida bajo el imperio de una mala pasión, que no se justifica por ninguna utilidad personal y que infringe un grave perjuicio a otro”⁴¹.

La formulación doctrinaria coherente y acabada de la teoría del abuso del derecho correspondió, fundamentalmente, a Louis Josserand, en dos libros que fueron publicados en 1905 y en 1927, y que desataron, hasta hace poco, gran polémica en Francia, y a su turno muchas nuevas publicaciones. La hostilidad hacia la teoría del abuso del derecho fue fruto del individualismo exacerbado, que provocó la revolución y la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, destacando Planiol entre los civilistas y Duguit entre los publicistas contrarios a la tesis de que las personas puedan ser de algún modo sancionadas, por abusar de sus derechos subjetivos. Frente a éstos, la mayoría de los autores siguieron la senda abierta por Josserand.

Durante tan interesante polémica, la jurisprudencia francesa del siglo XX prosiguió admitiendo demandas por abuso del derecho, incitando al legislador a pronunciarse en ciertas mate-

⁴¹ Publicado en Dalloz, 1856, 2.9.

rias, como la del abuso del derecho a ponerle fin al contrato de trabajo⁴².

Hoy por hoy, todos los civilistas franceses aceptan que de un derecho real o de un derecho personal o que de los derechos procesales pueda hacerse un empleo indebido: Si al ejercer abusivamente un derecho se causa daño, la víctima puede exigir la correspondiente indemnización de perjuicios.

En el presente siglo, a diferencia de Francia y de Chile, en múltiples naciones se ha formulado, en textos legales directos, la prohibición general del abuso del derecho. Por lo demás,

“puede decirse que el principio del abuso del derecho ha sido consagrado por todos los códigos del mundo, sea de forma expresa, sea de manera implícita”⁴³.

En los *Códigos* se proscriben generalmente el abuso del derecho, relacionándolo con el principio de la buena fe. Veamos algunos ejemplos. El artículo 2 del *Código Civil* suizo, que, como es sabido, ha sido copiado en Turquía, dice: “Cada uno está obligado a ejercer sus derechos y ejecutar sus obligaciones según las reglas de la buena fe. El abuso manifiesto de un derecho no es protegido por la ley”. El *Código* griego, en su artículo 281 establece:

⁴² Cfr. FLOUR, Jacques y AUBERT, Jean-Luc, *Droit Civil. Les Obligations*, París, Colin, 1981, volumen 2, N° 633.

⁴³ ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto, VOZ ABUSO DEL DERECHO, en *Enciclopedia de la Responsabilidad Civil*, Abeledo - Perrot, 1996, citando a Martín Bernal.

“El ejercicio de un derecho está prohibido si excede manifiestamente los límites impuestos por la buena fe, por la propia conducta o por el fin social o económico del derecho en cuestión”.

Artículo 334 del *Código Civil* del Portugal, promulgado en 1967:

“Es ilegítimo el ejercicio de un derecho, cuando el titular exceda manifiestamente los límites impuestos por la buena fe, por las buenas costumbres y por el fin social o económico de ese derecho”.

Luego de la reforma de 1974, el artículo 7 del *Código Civil* de España dispone:

“Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por la circunstancia en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

Después de la reforma del año 1978, el nuevo artículo 1.071-2 del *Código Civil* argentino prescribe:

“La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

El abuso del derecho a las vías procesales ha sido ampliamente aceptado, en Chile y en el extranjero.

Arturo Alessandri Rodríguez dice que

“todos los derechos, cualquiera que sea su fuente, reales o personales, patrimoniales o de familia, y aún las garantías constitucionales, son susceptibles de un ejercicio abusivo”.

Sobre el abuso de acciones judiciales y de recursos legales abunda, en varias páginas. Para que exista abuso es preciso que el litigante,

“al ocurrir a la justicia, al persistir en defenderse, al promover incidentes dilatorios, al retardar la marcha y fallo del litigio ... haya procedido con negligencia o imprudencia o con el deliberado propósito de dañar a su contraparte, sea por puro espíritu tinterillesco, por venganza, por rencor o para arrancarle una transacción que de otro modo no se obtendría”.

Analiza, a continuación, numerosas sentencias, algunas que han desestima-

do el abuso a las vías procesales para no coartar el derecho a la defensa y a la justicia, en situaciones en que no se ha probado el dolo o la culpa del demandado, y otras que, en cambio, ordenan pagar perjuicios al litigante de mala fe⁴⁴.

En la memoria de prueba de José Luis Diez Schwerter, calificada con nota máxima por el profesor Ramón Domínguez Águila, se analiza el abuso del derecho en el ámbito del Derecho Procesal⁴⁵. El autor indica que la jurisprudencia chilena ha formulado un principio general, que debe imperar en esta materia:

“Las normas de procedimiento que se contienen en los Códigos no son sino garantías para las partes y en ningún modo es aceptable convertirlas en armas para frustrar los legítimos derechos de los litigantes”.

Luego examina diversos fallos, en los cuales se manifestaría tal principio⁴⁶.

En Francia ha habido muchas sentencias en la materia (*le droit d'ester en justice*), al punto que el nuevo *Código de Procedimiento Civil* dispone que el justiciable que acciona o se defiende indebidamente, amén de la condena al pago de las costas de la causa, puede ser sancionado con una pena de multa y con la

⁴⁴ Cfr. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1943, en especial N^{os} 177, 180 y 184 y s.

⁴⁵ DIEZ SCHWERTER, José Luis, *El daño extracontractual ante la jurisprudencia*, Concepción, Universidad de Concepción, 1995.

⁴⁶ *Op. cit.*, pp. 28 a 32.

indemnización de los daños que cause (artículos 32-1, 581 y 628). Después de titubeos, a la sazón la jurisprudencia dominante consiste en que basta una falta o culpa, sin que sea indispensable el dolo o intención de dañar de parte del litigante cuyas osadías perjudican a la parte contraria, para obligarlo a indemnizar⁴⁷.

El uso indebido de las vías legales ha dado lugar también a abundante jurisprudencia en el Uruguay, la que a veces ha decretado la existencia de abuso del derecho y, consecuentemente, la obligación del litigante culpable de reparar los daños⁴⁸.

16. Numerosos autores, como Alessandri Rodríguez entre nosotros⁴⁹, con excesiva inflexibilidad señalan que el abuso del derecho siempre tiene como consecuencia jurídica la obligación de indemnizar los perjuicios, en sede de responsabilidad aquiliana o extracontractual. Con frecuencia es así, pero no siempre: En nuestro país, las Cortes han acogido varios recursos de protección, poniendo coto a abusos del derecho. Por otra parte, el abuso del derecho se puede producir al infringirse un contrato y, entonces, el incumplimiento de la obligación contractual conduce a la resolución del contrato bilateral (artículo 1.489 del *Código Civil*) y si se

decreta una indemnización, ésta será una reparación en sede contractual.

16.1. En materia de impactos del abuso del derecho fuera del ámbito de la responsabilidad aquiliana, comenzaré por referirme a dos interesantes recursos o acciones de protección.

La I. Corte Pedro Aguirre Cerda, por sentencia ejecutoriada del 23 de enero de 1985⁵⁰, acogió el recurso de protección que dedujo el dueño del predio llamado “Fundo El Raco”, en contra del Club Árabe de Tiro al Vuelo, corporación cuyos socios practicaban el tiro con armas de fuego, haciendo llegar balas, cartuchos y perdigones al predio del recurrente, con las consiguientes molestias y riesgos. La Corte, al acoger el recurso citó los artículos del *Código Civil* 941 y 945 (56 del *Código de Aguas*), ya que:

“Estas disposiciones se fundan en el principio inconcuso del abuso del derecho, en virtud del cual una actuación de suyo legítima se transforma en ilegítima si altera o afecta en forma grave el derecho legítimo de un tercero... Que todas estas consideraciones llevan a concluir que la actividad de tiro al vuelo o de tiro en general del Club Árabe, de suyo y en principio legítima, se transforma en ilegítima, arbitraria e ilegal desde que afecta el legítimo ejercicio de uno de los atributos del dominio del recurrente, cual es gozar pacíficamente de su predio, Fundo El Raco”.

⁴⁷ Así lo señalan los libros franceses, *v.gr.* FLOUR y AUBERT (n. 40), N° 629); MAZEAUD y TUNC, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, tomo 1, volumen III, N° 591.

⁴⁸ PEIRANO FACIO, Jorge, *Responsabilidad Extracontractual*, 3ª ed., Bogotá, Temis, 1981, N° 165.

⁴⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ (n. 44), N° 179.

⁵⁰ R.D.J. tomo 82, sec. 5, p. 67; *Gaceta Jurídica*, N° 55, p. 73.

El nombrado Club

“no podrá autorizar los ejercicio de tiro de sus socios y las competencias en su sede social ubicada en Camino El Volcán N° 06579, utilizando las instalaciones existentes en la forma y ubicación actuales”⁵¹.

El 22 de septiembre de 1995, la I. Corte de Apelaciones de Santiago acogió el recurso de protección rol N° 1356/95, del Banco Central de Chile en contra del Banco de Chile (directorio, presidente, junta de accionistas, accionistas serie B en general, y en particular contra los veinte principales accionistas individuales de la serie B), fundado en el ejercicio abusivo del derecho a capitalizar los excedentes (contemplado en el artículo 10 inciso 4 de la ley N° 18.401), en lugar de percibirlos como dividendos de las acciones de la serie B, pues tal capitalización ocasiona una pérdida al Banco Central, al disminuirse para el futuro el porcentaje que le corresponde de los excedentes anuales, por concepto de servicio de la llamada deuda subordinada, del 72,88% al 67,64%. En la sentencia se afirma:

“21°. Que, en consecuencia, si bien los recurridos formalmente han tratado de adecuar su conducta al marco literal de la ley y han pretendido ejercer una facultad que creen ésta les reconoce,

lo han hecho con una finalidad o propósito que desvía dicho ejercicio de la esfera de las finalidades de la norma, en un sentido no previsto por el legislador, y, además, contradictorio con sus designios fundamentales al punto de comprometer, precisamente, el interés jurídico protegido, esto es, el cumplimiento de la obligación de recompra de cartera vencida al Banco Central, hoy deuda subordinada. Y por lo mismo, no cabe duda de que estamos en la especie frente a lo que el conocimiento y la doctrina jurídica denomina genéricamente como abuso del derecho”.

En el extenso considerando 22°, la sentencia cita a diversos autores chilenos y extranjeros que se han ocupado del tópico del abuso del derecho 25°

“Que establecido que los recurridos al proponer y acordar una capitalización desviándose del sentido y espíritu tenido en cuenta por el legislador en las situaciones excepcionales en que se dictaron las leyes 18.401 y 18.801, ya que dicho acuerdo (el de la Junta de Accionistas celebrada el 28 de abril de 1995) se adoptó para el solo objeto de procurar una situación de especulación favorable a los intereses económicos de unos pocos accionistas y en contra de los del propio Banco Central de Chile, corresponde determinar si el abuso del derecho advertido precedentemente

⁵¹ Sentencia extractada, entre otras chilenas sobre abuso del derecho y recurso de protección, por DIEZ S. (n. 45), pp. 24 a 28.

importa además una ilegalidad o arbitrariedad en los términos señalados en el art. 20 de la Constitución Política y que sirva para la procedencia del recurso de protección”.

La I. Corte llega en este último aspecto, a una conclusión también afirmativa, por lo cual acoge al recurso, disponiendo que

“la Junta Ordinaria de Accionistas del Banco de Chile, del 28 de abril pasado, no pudo disponer la capitalización automática de dividendos de las acciones preferentes, ya que dicha decisión amenaza y perturba seriamente el legítimo ejercicio del derecho de dominio del Banco Central de Chile”.

16.2. El incumplimiento de obligaciones contractuales puede producirse en virtud de que el acreedor abuse de sus prerrogativas. El Derecho Comparado es rico en manifestaciones de lo anterior, vinculadas con el ejercicio abusivo del derecho a ponerle fin a un contrato estable, de larga o indefinida duración, a tal extremo que es permitido mencionar como un principio que el término de la relación contractual, por voluntad unilateral, siempre debe estar comandado por la buena fe.

En los contratos de plazo indeterminado, la terminación unilateral no puede ser abusiva ni injustificada. Lo contrario acarreará las correspondientes indemnizaciones por los perjuicios originados.

Los autores argentinos admiten que en su Derecho

“es un efecto de la autonomía de la voluntad el hecho de que las partes puedan rescindir sin causa y en cualquier tiempo. Sin embargo, dada la falta de legislación específica, creemos que en esta materia se debe ser cauteloso y hacer jugar el principio de buena fe”.

Frente a la no renovación del contrato, se ha escrito lo siguiente:

“Puede surgir el problema del franquiciante que se niega a renovar el contrato al vencimiento del plazo inicial de duración, sin tener una razón para ello. En los Estados Unidos, en general, se ha entendido que el franquiciante debe renovar su contrato al vencimiento de su plazo inicial, a menos que demuestre tener razones valederas para no hacerlo. Se interpreta que son causas graves, tales como que el franquiciado haya dejado de cumplir con una o alguna de las disposiciones o cláusulas esenciales del contrato...”⁵².

Siguiendo la misma línea de pensamiento, se ha sostenido que

“en estos contratos normalmente hay dependencia económica

⁵² MARZORATI, Osvaldo, *Sistemas de distribución comercial*, Buenos Aires, Astrea, 1990, N° 55, pp. 221-222.

y técnica por parte del concesionario, lo que significa que está en manos del concedente la decisión sobre las condiciones en que se lleve a cabo la concesión. Pero esto no alcanza para que el concedente pueda rescindir el contrato sin justa causa... El concedente no está legitimado para romper con la relación contractual por su propia voluntad si se estipuló una cierta duración del contrato. En caso de hacerlo, debe existir una causa grave; de lo contrario, deberá responder por los daños y perjuicios que le ocasione al concesionario... Con respecto a la no renovación del contrato de concesión, hay que tener en cuenta si esa facultad del concedente es abusiva o arbitraria. No es abusiva ni arbitraria la negativa de renovación de la concedente, si no se produjo perjuicio a la concesionaria, siempre y cuando haya sido preavisada con suficiente antelación... Toda resolución debe ser hecha de buena fe y no ejercida de manera abusiva, ni intempestiva, ni arbitraria”⁵³.

En Estados Unidos

“en junio de 1978, el Congreso sancionó la Petroleum Marketing Practices Act, cuyo título I está destinado a proteger a los

vendedores (distribuidores) de combustible contra la terminación arbitraria o discriminatoria de sus franquicias, tratando de equilibrar la relación de poder económico entre las partes del contrato a través de la limitación del uso de la sanción más extrema que posee el franquiciante, que es la terminación o no renovación de la franquicia. En consecuencia, se requiere que exista una justa causa (good cause o just cause o adequate grounds), para dar por terminada la relación comercial. Son justas causas: el incumplimiento por parte del franquiciado de una provisión contractual, que sea de razonable y significativa importancia para la relación de franquicia, o de los esfuerzos de buena fe que debe hacer para cumplir las provisiones de la franquicia, o el acaecimiento de un hecho relevante para la relación de franquicia como resultado de la cual la terminación o no renovación sea razonable, o un acuerdo mutuo entre franquiciante y franquiciado para terminar la franquicia o no renovarla”⁵⁴.

Aunque el contrato fuese de duración indefinida, también existe la posibilidad de demandar indemnización por la terminación unilateral. En el extranjero se ha alcanzado un alto desarrollo de esta materia, reconociéndose que es-

⁵³ ETCHEBERRY, Raúl Aníbal, *Derecho Comercial y Económico. Contratos Parte Especial*, Astrea, 1991, tomo 2, N° 307, pp. 94 a 96.

⁵⁴ MARZORATI (n. 52), N° 69, p. 276.

tos contratos no pueden durar perpetuamente, pero al mismo tiempo estableciendo de una manera enfática que toda terminación debe regirse por la buena fe. Se necesita preaviso y justa causa. En verdad, estos últimos operarían sea que el contrato se hubiese celebrado a plazo fijo o por tiempo indefinido.

En Argentina la jurisprudencia ha afirmado en 1989, que

“en el contrato de concesión, careciendo de plazo cierto el vínculo existente entre las partes, por no haber pactado término a dicha relación, ha de entenderse que las mismas han querido hacer durar el contrato hasta que les convenga, como si lo hubiesen supeditado a una condición resolutoria potestativa... Cuando el contrato de concesión es de plazo indefinido existe siempre implícitamente el derecho de denuncia por cualquiera de las partes, una vez transcurrido un plazo razonable, lo que no implica que dicho derecho pueda ser ejercido de mala fe o abusivamente por ninguna de ellas”⁵⁵.

Sobre el punto se ha precisado que

“la ruptura intempestiva o de mala fe da derecho al empresario de la comercialización a exigir las indemnizaciones pertinentes, en cuyo concepto se deben incluir las inversiones efectuadas en el local para adaptarlo a las

exigencias del productor o a las características propias de la comercialización de esos productos (compra de equipos para dicho fin, instalaciones y vehículos, etc.), que con motivo del contrato realizó el distribuidor y que no hayan sido amortizadas o no sean aprovechadas para otros objetos; indemnizaciones a que tuvieren derecho los empleados o trabajadores cuyo despido obedeciera a la resolución del contrato de distribución; gastos de publicidad realizados por el distribuidor, en la medida en que se tornaron inútiles; así como las sumas necesarias para eliminar el nombre, enseña o emblemas del concedente de los vehículos, muebles y establecimiento del concesionario”⁵⁶.

La doctrina de la Corte Suprema Federal de Justicia de la República Argentina estableció ciertos principios en esta materia:

“a) las partes son libre de pactar la denuncia unilateral de un convenio de duración indefinida; b) el ejercicio de la facultad de rescisión unilateral estableci-

⁵⁵ ETCHEVERRY (n. 53), tomo 2, N° 307, p. 96.

⁵⁶ FARINA (n. 4), N° 263, p. 385). En igual sentido, TURRIN, Daniel Mariano, “Contrato de Distribución”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, 1989, pp.196-204. Este autor transandino analiza numerosas sentencias, luego de aseverar que es la extinción del contrato lo que genera la mayor cantidad de conflictos ante los Tribunales.

da por las partes debe ser conforme a las reglas de la buena fe; c) los jueces pueden aplicar la teoría del abuso del derecho para privar de efectos a las convenciones de las partes, pero tal aplicación debe hacerse siempre en forma restrictiva”⁵⁷.

La jurisprudencia de las Cortes de Alzada de Argentina ha seguido los mismos pasos antes esbozados. La Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Rosario, sentenció el 10 de julio de 1987 que el contrato de distribución es un contrato de duración:

“Careciendo de fijeza en el tiempo, puede ser resuelto unilateralmente; dicha facultad no puede ser ejercida desconsideradamente ni en forma arbitraria; debiéndose cumplir requisitos como el otorgamiento de preaviso, justa causa y ejercicio regular de un derecho”⁵⁸.

También puede invocarse, sin vacilaciones, el caso de “Navum viuda de Álvarez, Dora Amelia y Otras c. Embotelladora Argentina S.A.I.C.”, fallado el 30 de diciembre de 1988 por la Cámara Nacional de Apelaciones en

lo Comercial, publicado en la misma revista antes citada, pp. 185-187; así como la sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, el 3 de marzo de 1995, en los autos “Puerta de Cuyo S.A. c. Grafa Grandes Fábricas Argentinas S.A.”⁵⁹.

Algunos destacados especialistas en la responsabilidad civil, como Alessandri Rodríguez en Chile, según se mencionó, opinan que los abusos del derecho vinculados con contratos en curso, incluido el ejercicio indebido del derecho a terminar unilateralmente el contrato por tiempo indefinido, dan lugar a indemnizaciones de los perjuicios, de carácter extracontractual⁶⁰. Me inclino a pensar, en cambio, con Jacques Flour y Jean Luc Aubert⁶¹, que en los casos de ruptura abusiva de contratos, los daños deberían repararse conforme a las reglas de la responsabilidad contractual.

17. Dada la potenciación de la buena fe que caracteriza a los contratos de *joint venture* (*supra* N° 13), en ellos es más grave y merece mayor juicio de reproche el ejercicio abusivo de derechos.

Si se abusa de los derechos procesales, entablándose por una de las partes contratantes acciones ante la justicia ordinaria de nulidad civil, manifiestamente sin fundamento, el actor viola el contrato de *joint venture*, infringiendo la obligación superlativa que tiene de comportarse de buena fe, actuando siempre con lealtad. Como el *joint venture* es un

⁵⁷ Caso “Automóviles Saavedra SACIF c/ FIAT Argentina SACIF”, sentencia del 4 de agosto de 1988, extractada por MARZORATI (n. 52), N° 68, p. 270, n. 73.

⁵⁸ Doctrina del fallo dictado en el caso “Dici S.R.L. c. Massalin Particulares S.A.”, publicado en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, 1989, p. 180-185.

⁵⁹ Publicada en la *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, 1995-B, pp. 431-434.

⁶⁰ También MAZEAUD Y TUNC (n. 47), N° 559.

⁶¹ FLOUR Y AUBERT (n. 40), N° 631 y s.

contrato bilateral, en él va envuelta la condición resolutoria tácita de no cumplirse lo pactado. De modo que la contraparte puede demandar la resolución del *joint venture*, si se transgrede la obligación de actuar de buena fe, la cual, aunque no se hubiese estipulado directamente, el legislador agrega a la convención, pues los contratos obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza del mismo.

El párrafo que antecede corresponde a lo acontecido en las relaciones de SOCOROMA con CARTER HOLT HARVEY, según la parte demandante.

CHH habría abusado de su derecho a entablar demandas contra SOCOROMA, desconociendo la existencia del contrato de *joint venture* ante los tribunales ordinarios, no obstante, que reiteradamente CHH admitió estar vinculado con SOCOROMA precisamente por un *joint venture*.

Al soslayar CHH el contrato de *joint venture*, en sus demandas ante la justicia ordinaria, lo habría infringido, pues tal contrato es ley para las partes. Lo mismo en el juicio arbitral, en el cual la parte demandada y reconviniendo niega la existencia del *joint venture*.

No me corresponde referirme a los procesos ordinarios iniciados por CHH.

VI. LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE *JOINT VENTURE* ENTRE CHH SOCOROMA Y LA EXCLUSIÓN DE CHH DE LOS ANDES S.A.

18. Muchos operadores jurídicos estiman que las sanciones civiles, como

las penales, requieren para ser decretadas un texto legal expreso, o sea, que el juez no podría declarar la inexistencia, anular, rescindir, resolver, revocar, etc. un acto jurídico sino en la medida en que la ley lo faculte de modo directo para hacerlo. Tal sentimiento, profundamente equivocado en el área del Derecho Privado, suele ser apoyado en el brocardo *pas de nullité sans texte*.

Ahora bien, los civilistas contemporáneos han demostrado que tal brocardo es falso. Así, por ejemplo, entre muchos otros autores, Flour y Aubert, bajo el epígrafe “Ausencia de enumeración limitativa de las causas de nulidad”, expresan: “La Ley no proporciona una enumeración limitativa de las causas de nulidad”. Si hay una norma que se refiere a la nulidad, ésta es expresa o textual. Si la nulidad la decreta el juez sin texto, se dice que ella es una nulidad virtual⁶². Igualmente Ghestin clasifica las nulidades en textuales y en virtuales o tácitas.

“Es indiscutible que un contrato puede ser anulado por el solo hecho de no estar conforme con el Derecho. La nulidad debe ser pronunciada, en el silencio de la ley, cuando el interés protegido es lo suficientemente importante para justificar esta sanción...” “Es muy difícil saber de antemano si el interés general protegido por tal o cual regla imperativa es de una naturaleza que justifique la anulación del contrato.

⁶² FLOUR Y AUBERT (n. 40), volumen 1, N° 321.

Es caso por caso que la Corte de Casación, a falta de precisión por el legislador, escoge la sanción que le parece la más adecuada⁶³.

En nuestro medio, Pablo Rodríguez Grez ha dicho que la inexistencia es la nada o el vacío, por lo cual no es objeto de reglamentación normativa. “Carece de todo sentido su reglamentación, porque lo que no existe en la naturaleza no puede ser regulado normativamente”⁶⁴.

Después de analizar los casos que, según él, acarrearán en Chile la inexistencia, expone el autor mencionado su teoría bímembre de la nulidad, distinguiendo entre nulidades originarias o declaradas por la ley y nulidades virtuales.

“Las nulidades virtuales son indirectas o tácitas... Ellas se desprenden o deducen de varias disposiciones legales por la vía interpretativa, la que se consigna en la respectiva sentencia judicial”⁶⁵.

Si prescindimos de la inexistencia, que hasta la fecha ha tenido muy escasa recepción en la jurisprudencia chilena (pobre en esta materia, según el mismo Pablo Rodríguez, p. 99), resulta que en nuestro país hay causales de nulidad absoluta de tal envergadura como la ausencia de voluntad o la falta

de objeto o la falta de causa del acto jurídico, sin texto legal expreso y directo que las establezca.

En su ensayo titulado “Eficacia e ineficacia del negocio jurídico”, Luis Díez-Picazo y Ponce de León⁶⁶, primera figura de la civilística española, formuló una teoría general de la ineficacia de los actos jurídicos. Se inspiró, según resulta en especial de las notas 1 y 30 de su trabajo monográfico, en una copiosa bibliografía italiana, alemana, francesa e hispanoamericana. Expone que la ineficacia es, ante todo, una sanción, una

“reacción de orden jurídico frente a una infracción”. “Una irregularidad negocial, una infracción negocial, puede ser sancionada de modos muy diversos por el ordenamiento jurídico. Hay así: irregularidades que el Derecho considera irrelevantes, como el temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto...; irregularidades negociales relevantes, cuya sanción es sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se ocasionen, como acontece en el dolo incidental...; irregularidades negociales sancionadas con una privación de derecho o con una pena pecuniaria o de privación de libertad; irregularidades negociales sancionadas impidien-

⁶³ GHESTIN (n. 27), N° 728.

⁶⁴ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Inexistencia y nulidad en el Código Civil chileno*, Santiago, Jurídica, 1995, pp. 31 y 32.

⁶⁵ *Op. cit.*, p. 329, conclusión 23.

⁶⁶ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “Eficacia e ineficacia del negocio jurídico”, en *Anuario de Derecho Civil*, España, 1961, pp. 809 a 833.

do la plena eficacia del negocio irregular” (pp. 821 y 822).

“¿Para que la ineficacia aparezca es menester que el Derecho positivo la decrete expresamente en atención a un tipo concreto de irregularidad o, al contrario toda irregularidad que no haya sido eximida expresamente por el ordenamiento jurídico comporta la ineficacia?” (p. 823).

El mencionado autor acepta las sanciones sin texto legal expreso, y evocando las explicaciones magistrales del profesor de Castro deduce que para que aparezca la sanción de ineficacia no es indispensable que una norma positiva la decrete.

146 Treinta y cinco años más tarde, el mismo Luis Díez-Picazo y Ponce de León, escribe:

“Para que la ineficacia aparezca como sanción específica no es necesario o imprescindible que la norma la decrete expresamente. El problema me parece que es ante todo un problema de interpretación que sólo puede ser resuelto esclareciendo el significado y la finalidad de la norma que ha quedado infringida y, en definitiva, el sentido y el significado de la ratio iuris que inspira tal norma. De esta suerte cabe que exista: a) Una ineficacia expresamente decretada por la ley; b) Una ineficacia deducida por vía de interpretación de la ley; y c) una ineficacia que, en defecto de ley, es reclamada o impuesta por el

juego de los principios generales del derecho”⁶⁷.

Confirma tan crucial planteamiento, la palabra autorizadísima de José Puig Brutau, excelente jurista catalán, posiblemente el primer comparatista mundial de habla española:

“En todo caso, incluso excluyendo del concepto de ineficacia la que es resultado de algo previsto y regulado por los contratantes, se trata de un concepto sumamente amplio. La ineficacia existirá siempre que los efectos normales del contrato no puedan producirse por una circunstancia extrínseca a él y normalmente sobrevenida. Como en alguna ocasión se ha dicho, es prácticamente imposible ordenar todas las clases o tipos de ineficacia”.

Puig Brutau pasa revista a la inexistencia, nulidad de pleno derecho, anulación, rescisión, resolución; y luego concluye:

“Quedan otras situaciones que se presentan como anomalías atípicas o no tipificadas en la regulación legal. En ciertos casos la intervención judicial ha de poner remedio a consecuencias injustas no previstas por la ley”⁶⁸.

⁶⁷ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 5ª ed. Madrid, Civitas, 1996, tomo I, capítulo XVII, p. 454.

⁶⁸ PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, 3ª ed. Barcelona, Bosch, 1988, tomo II, volumen 1, pp. 280-282.

Si puede haber nulidad civil sin norma directa, si el sentenciador está autorizado para sancionar una irregularidad o incumplimiento con otra sanción de menor entidad que la nulidad, aunque no exista norma legal expresa, parece indiscutible que un juez árbitro, y con mayor razón siendo arbitrador, puede decidir acoger la demanda en que se haya solicitado como sanción o consecuencia de graves infracciones a un contrato de *joint venture*, la exclusión del socio infractor de la sociedad anónima instrumental.

19. En relación con el *joint venture corporation*, celebrado en diciembre de 1986, entre los grupos económicos de don Richard H. A. Carter y de don Anacleto Angelini Fabbri, en la sección II de este informe se estudió el fenómeno jurídico de los contratos conexos o interrelacionados, concluyéndose, en el número 6 letra b), que la ineficacia del contrato eje acarrea la ineficacia de la sociedad anónima instrumental: *simul stabunt, simul cadent*.

Pero la ineficacia refleja no tiene porqué ser idéntica. Las sanciones aplicables a uno y a otro de los contratos del grupo pueden ser heterogéneas. Es el juez quien decidirá, acorde a las pretensiones de los litigantes, a las circunstancias de la especie y al mérito de autos.

En el caso que motiva este informe, si el S.J.A. decreta la resolución-terminación del contrato de *joint venture* en razón de los incumplimientos de CHH (o se limita a comprobarlos) y él aplicare, hipotéticamente, la sanción homogénea a la sociedad instrumental, o sea, a Los Andes S.A., ésta quedaría disuel-

ta, lo que no sólo no ha sido pedido por la demandante SOCOROMA, sino que sería profundamente injusto. La disolución de Los Andes S.A. sería un premio, en lugar de una sanción para CHH, pues habría que iniciar de inmediato el proceso de liquidación de la sociedad anónima, realizando los activos de Los Andes S.A., es decir, las acciones de COPEC, para repartir el producido entre los dos únicos accionistas actuales. De este modo, la demandada e infractora de sus obligaciones contractuales CHH accedería muy anticipadamente (sin tener que esperar hasta el año 2007 como fue estipulado), al producto de las acciones de COPEC. Además, por carambola, se dañaría grave e injustificadamente a COPEC, dados los efectos adversos que provoca en una sociedad anónima abierta la venta de las acciones de control. Por último, la disolución implicaría la pérdida de un derecho muy importante para SOCOROMA, ya que en la cláusula 12^o del pacto de accionistas se convino que al 31 de diciembre del año 2007 Los Andes S.A. se debe prorrogar por otros veinte años, a menos que uno de los socios dé aviso de su intención de no prorrogar. En tal caso, debe ofrecerle al otro socio opción preferente de compra de sus acciones de Los Andes S.A. Es evidente que si CHH ha pretendido poner término anticipado a la sociedad, menos querría prorrogarla el año 2007 por otros veinte años, razón por la cual SOCOROMA tendrá el derecho de opción de comprarle sus acciones el 31 de diciembre del año 2007. Sin embargo, este importante derecho lo perdería SOCOROMA si el S.J.A. ordenara la

disolución anticipada de Los Andes. Esto significaría un premio al incumplidor y una nueva sanción al contratante diligente.

Teniendo en cuenta lo que antecede, en la demanda se recabó al Tribunal la exclusión del socio CHH de INVERSIONES Y DESARROLLO LOS ANDES S.A.

La sanción de exclusión de un socio es conocida en nuestro ordenamiento jurídico, al igual que en el Derecho Comparado. Así, por ejemplo, el artículo 2.072-2 del *Código Civil* contempla la remoción del socio administrador en la sociedad colectiva, por causa grave que le haga indigno de confianza o incapaz de administrar útilmente. Comprobada la causa grave y excluido tal socio, continúa vigente la sociedad si los restantes socios convienen en ello (art. 2.073).

El artículo 2.087 *in fine* del *Código Civil* formula otra situación de exclusión, contemplada expresamente por el legislador. Lo mismo ocurre en los casos de los artículos 379 y 404 N° 2, inciso final, del *Código de Comercio*. Y, en cierto modo, en el artículo 17 de la ley 18.046.

E. Beltrán Sánchez ha escrito que el vínculo social puede destruirse respecto de un socio, subsistiendo la sociedad con los demás⁶⁹. El *Código de Comercio* de España

“regula con generosidad la figura de la exclusión del socio, bajo el nombre de rescisión parcial

(arts. 218 a 220). La exclusión se concibe como una resolución del contrato respecto de uno o más socios por incumplimiento grave de sus obligaciones. En efecto el *Código de Comercio* establece como causa general de rescisión parcial del contrato de sociedad faltar de cualquier modo uno o varios socios al cumplimiento de las obligaciones. El incumplimiento debe referirse a una obligación principal desde el punto de vista del fin social... La enumeración que previamente establece (el precepto) no tiene carácter exhaustivo”.

El conocido tratadista español Joaquín Garrigués señala:

“La exclusión y separación de un socio son casos de disolución parcial, es decir de separación del vínculo de sociedad respecto de uno o varios socios solamente. La doctrina de la exclusión es común a todas las sociedades. La exclusión se diferencia de la separación en que ésta es voluntaria del socio, mientras que la primera tiene efecto sin o contra la voluntad del socio. La exclusión de la sociedad, que subsiste sin el socio excluido, tiene en nuestro derecho carácter de sanción al incumplimiento de obligaciones sociales importantes”⁷⁰.

⁶⁹ BELTRÁN SÁNCHEZ E., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, voz “Disolución parcial”, pp. 2.538 a 2.541.

⁷⁰ GARRIGUÉS, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Bogotá, Themis, 1987, tomo 2.

Podría abundarse en citas doctrinales para acreditar el amplio reconocimiento de la sanción denominada exclusión de un socio de la sociedad. Si bien es cierto que los autores habitualmente desarrollan el tema a propósito de las sociedades de personas, y que a veces las legislaciones sólo contemplan la sanción, en las anónimas, a propósito del no pago oportuno de las acciones suscritas, ello no impide que el órgano jurisdiccional pueda extender la solución. Ya se ha visto que puede haber nulidad sin texto legal expreso y directo. Con mucho mayor razón puede haber exclusión, en la especie exclusión de CHH de Los Andes S.A., aunque falte en Chile el texto legal preciso que contemple esta situación.

20. En favor de la mantención de Los Andes S.A., restringiéndose la sanción a la simple exclusión de CHH de la sociedad anónima (con pago del valor de las acciones del excluido, a los valores que el S.J.A. fijará), milita el principio de la conservación de los actos jurídicos, según el cual el ordenamiento procura al máximo la mantención o vigencia de los actos y contratos. Es lo que se expresa en el conocido apotema jurídico *utile per inutile non vitiatur*⁷¹.

El principio de la conservación de los actos jurídicos tiene numerosas ramificaciones. Ha servido para justificar la institución de la convalidación, confirmación o ratificación de los negocios

viciados de nulidad relativa (arts. 1.693 al 1.697 *Código Civil*). Ciertamente es el sostén de la nulidad parcial, que permite evitar el aniquilamiento completo del acto, reduciendo la ineficacia sólo a una cláusula o a un segmento del negocio jurídico (*v.gr.* en nuestro *Código Civil*, artículos 966, 1.056, 1.058, 1.061, 1.066, 1.071, 1.074, 1.075, 1.093, 1.105, 1.107, 1.126, 1.132, 1.192, 1.401, 1.409, 1.465, 1.480, 1.721 inc. f., 1.892, 2.030, 2.031, 2.344, 2.415, etc.). Es también la viga maestra sobre la cual reposa el instituto de la conversión de los actos nulos en actos válidos (arts. 1.138, 1.404, 1.433, 1.701, 2.122 del *Código Civil*; arts. 515 y 794 del *Código de Comercio*, entre otros). El profesor Fabián Elorriaga De Bonis opina que en Chile es, incluso, procedente la conversión del acto ineficaz, a falta de texto legal expreso que la disponga, posición que defiende con el apoyo de varias sentencias nacionales. Concluye su valioso trabajo, diciendo:

“No pueden ser otros que los jueces –conociendo el contenido del negocio, sus defectos, las consecuencias de la nulidad y el fin práctico buscado por las partes– quienes determinen que un acto nulo pueda convertirse en otro válido y diferente”⁷².

Igualmente, explican este principio de la conservación de los actos jurídicos, artículos tan peculiares del *Código*

⁷¹ Sobre los orígenes de este principio, recogido en el *Digesto* 45,1,1,5, cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, reimpresión, Madrid, Civitas, 1991, p. 492.

⁷² ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, “La conversión de los actos nulos”, en *Instituciones modernas de Derecho Civil*, Santiago, ConoSur, 1996, pp. 395 a 413.

Civil, como son el 1.350 y el 1.890. Ambos permiten mantener la validez de una partición o de una compraventa inmobiliaria, no obstante, el vicio de lesión enorme que debería conducir a la rescisión. Incluso, en el caso del artículo 1.890, el litigante perdedor en el juicio de nulidad, puede pasar por encima de la cosa juzgada y mantener o conservar vigente la compraventa.

La conveniencia de la exclusión de un socio, como la sanción jurídica más prudente y justa, fundada en el principio de la conservación de los actos jurídicos, ha sido puesta de manifiesto por el profesor Raúl Varela Varela:

“La disolución por incumplimiento de la obligación de un socio resulta una solución demasiado onerosa, ya que el contrato va a desaparecer, y los otros socios, que querían continuar su

actividad, hasta realizar el fin para el cual se habían asociado, se verán obligados, por la conducta de un socio, a renunciar a sus proyectos y forzados a constituir una nueva sociedad con todos los gastos consiguientes. Parece mucho más conveniente y más de acuerdo con las necesidades y exigencias de los negocios, que en vez de disolverse la sociedad con respecto de todos los socios, sólo se disuelva respecto de aquél o aquéllos que no cumplieron, y cuya sanción es la exclusión de la empresa. Esta noción de la conservación de la empresa que defienden con entusiasmo los mercantilistas modernos, aparece reconocida por nuestro viejo Código de Comercio (art. 379)”⁷³.

⁷³ VARELA VARELA, Raúl, *Derecho Comercial*, Santiago, Universitaria, 1961, tomo 1, pp. 221 y 222.