

CAPÍTULO CUARTO

LAS INSTITUCIONES QUE APOYAN EL MERCADO EN LOS ESTADOS UNIDOS

Finalmente, debemos analizar las instituciones de derecho privado que hacen posible el mercado. La obviedad de que una economía de mercado puede, en general, existir sólo dentro de un marco de leyes relativas a la propiedad, los contratos y los tuertos, en un marco institucional de orden público y bajo los supuestos del Estado de derecho,⁴⁶⁷ pasa por alto una gran parte del sistema de derecho privado. El funcionamiento de la economía requiere que los participantes del mercado superen los problemas derivados de la asimetría de información y la compatibilidad de incentivos. Con este fin, además de la propiedad, los contratos y los tuertos —en el derecho común—, los estudiosos del análisis económico del derecho aún tienen que investigar en detalle la dinámica de cómo —en la equidad— los deberes a las personas que surgen de las relaciones (las llamadas en este libro “obligaciones relacionales”) apuntalan la economía de mercado.

I. LAS GARANTÍAS IMPLÍCITAS Y CONSTRUCTIVAS CONFORME AL DERECHO COMERCIAL

La literatura sobre análisis económico del derecho explica cómo las garantías implícitas y constructivas, que imponen responsabilidad por defecto a los participantes del mercado con información privada —diferente e imperfecta—, crea incentivos para que la

⁴⁶⁷ Mahoney, Paul, “The Common Law and Economic Growth: Hayek Might Be Right”, *The Journal of Legal Studies*, núm. 30, 2001, pp. 504 y 505.

revelen cuando evitan la asignación de responsabilidad de las reglas previamente establecidas.⁴⁶⁸ Las garantías implícitas y constructivas respaldan al mercado donde cualquiera puede realizar transacciones privadas, superando así las dificultades derivadas de la información asimétrica entre los participantes de éste.

Si bien las garantías expresas para los compromisos en cuanto a la calidad de los bienes vendidos se remontan en Inglaterra al siglo XV,⁴⁶⁹ Jenny Bourne Wahl revela que, en los Estados Unidos durante el periodo anterior a la Guerra de Secesión, las cancillerías sureñas dejaron de manera estricta la doctrina del *caveat emptor* del derecho común, al momento de adjudicar casos de compraventa de esclavos, desarrollando una jurisprudencia propia, que a su vez reflejaba el *ius honorarium* del derecho romano clásico. A la aplicación de esa doctrina se agregaron las garantías implícitas y constructivas de comerciabilidad, título y deberes para revelar defectos latentes en las mercancías.⁴⁷⁰ “La ley de esclavos, de muchas maneras, ayudó a abrir el camino en la ley [anglo]americana en general a las instituciones de derecho mercantil”.⁴⁷¹ Wahl explica que, “en comparación con otros mercados de productos básicos, el mercado de esclavos implicaba mayores brechas de información entre compradores y vendedores”.⁴⁷² Como resultado, “cualquier esclavo vendido a precio completo se suponía sano. Si el comprador no pudo observar o no se le informó de un defecto, habiendo pagado el precio de un esclavo sano y probando que el

⁴⁶⁸ Ayres, Ian y Gertner, Robert, “Filling Gaps in Incomplete Contracts: an Economic Theory of Default Rules”, *Yale Law Journal*, núm. 99, 1989, p. 127.

⁴⁶⁹ Milsom, S. F. C., “Sale of Goods in the Fifteenth Century”, *The Law Quarterly Review*, núm. 77, 1961, pp. 278-282.

⁴⁷⁰ Fede, Andrew, “Legal Protection for Slave Buyers in the U.S South: a Caveat Concerning Emptor”, *The American Journal of Legal History*, núm. 31, 1987, p. 322.

⁴⁷¹ Wahl, Jenny, “American Slavery and the Path of the Law”, *Social Science History*, núm. 20, 1996, p. 281.

⁴⁷² Wahl, Jenny, “The Jurisprudence of American Slave Sales”, *Journal of Economic History*, núm. 56, p. 144.

defecto existía en el momento de la venta, entonces el comprador tenía derecho a una indemnización”.⁴⁷³

En ese sentido, el desarrollo dogmático de las garantías implícitas y constructivas es, como ya se ha indicado, similar a la garantía de los vicios redhibitorios en el derecho romano clásico. En ambos casos, el contrato de compraventa de esclavos sirvió de cabeza de playa para introducir modificaciones en el derecho comercial tendentes a proteger a la parte que contaba con menos información a la hora de celebrar un contrato.

Pese a lo anterior, los norteños en gran medida pasaron por alto la doctrina de “precio completo” —*sound price doctrine*, en inglés— desarrollada en la ley angloamericana de esclavitud. El juez norteño, integrante de la Corte Suprema de Nueva York, Kent, por ejemplo, suscribió la noción generalizada durante la primera mitad del siglo XIX de que la advertencia *caveat emptor* —en latín, “deje que el comprador tenga cuidado”— se había aplicado estrictamente al derecho común.⁴⁷⁴ En *Seixas vs. Woods*, Kent afirmó: “Si en una venta no hay garantía expresa ni engaño, el comprador compra bajo su responsabilidad. Éste parece haber sido el idioma antiguo y uniforme de la ley inglesa”.⁴⁷⁵ En su tratado, al repasar esta materia, Kent rechazó la doctrina de que “un precio sólido garantiza un bien sólido”, que afirma estar “en un estado de fluctuación” en el sur.⁴⁷⁶ En ediciones posteriores de este mismo tratado, Kent se mostró más inflexible aun: “En una venta general de mercancía por un precio sólido, no hay garantía implícita de que el artículo sea apto para fines comerciales o de fabricación”,⁴⁷⁷ agregando que “una garantía no se eleva únicamente por un precio sólido, excepto en circunstancias espe-

⁴⁷³ Wahl, Jenny, *The Bondsman's Burden: An Economic Analysis of the Common Law of Southern Slavery*, p. 35.

⁴⁷⁴ Walton Hamilton revela que en el siglo XIX las cortes inglesas aplicaron la figura del *caveat emptor*. Véase Hamilton, Walton, “The Ancient Maxim *Caveat Emptor*”, *Yale Law Journal*, núm. 40, 1931, pp. 1176-1182.

⁴⁷⁵ *Caines' Reports*, vol. 2, Nueva York, 1804, p. 54.

⁴⁷⁶ Kent, James, *Commentaries on the...*, cit., p. 375.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, pp. 477 y 478.

ciales, como cuando hay una descripción escrita en cuanto al tipo o la calidad, o cuando se contratan bienes de una determinada descripción, o tal vez en algún otro caso peculiar”.⁴⁷⁸

Sin embargo, a principios del siglo XX, Williston incorporó las garantías implícitas y constructivas como parte de la ley de compraventas, a través de su interpretación autorizada de la Ley de Ventas Uniformes de 1906. Importante es tener presente que estas últimas garantías, las constructivas, son reglas previamente establecidas de los contratos, incorporadas por el solo ministerio de la ley, sin que sea necesario el consentimiento. Acorde con esa idea, y diferenciándose de otros nortños, Williston aceptó que una “negociación para vender bienes por el precio sólido de los bienes implica una representación de que son sólidos”⁴⁷⁹ y de que las garantías implícitas y constructivas estaban “vigentes desde una fecha temprana” en el sur.⁴⁸⁰ Citando el libro pionero sobre la legislación inglesa de compraventas del abogado sureño y estadista confederado Judah Philip Benjamin,⁴⁸¹ argumentó que un propósito particular —en la garantía implícita de idoneidad— es un propósito “no necesariamente distinto de un propósito general”.⁴⁸² La interpretación de Williston incorpora efectivamente la garantía implícita de la comerciabilidad del producto dentro del alcance de la garantía implícita de idoneidad para un propósito particular reconocido por la ley.⁴⁸³ Además, su interpretación de la ley amplió la aplicabilidad de estas garantías implícitas y constructivas de los fabricantes a los distribuidores “en productos de esa descripción”.⁴⁸⁴ Posteriormente, a mediados

⁴⁷⁸ *Idem.*

⁴⁷⁹ Williston, Samuel, *The Law Governing Sales of Goods at Common Law and Under the Uniform Sales*, 1909, Act 334-335.

⁴⁸⁰ *Ibidem*, p. 335.

⁴⁸¹ Benjamin, Judah Phillip, *A Treatise on the Law of Sale of Personal Property: with References to the American Decisions and the French Code and Civil Law*, 15a. ed., 1906.

⁴⁸² Williston, Samuel, *The Law Governing Sales of Goods...*, *cit.*, Act 336.

⁴⁸³ *Ibidem*, Act of 1906, section 15.

⁴⁸⁴ Williston, Samuel, *The Law Governing Sales of Goods...*, *cit.*, p. 269.

del siglo XX, Llewellyn codificó estas mismas garantías en los artículos 2o. y 2A del Código Uniforme de Comercio.

Los especialistas en derecho de los Estados Unidos aún no pueden explicar la naturaleza jurídica exacta de las garantías implícitas y constructivas que se desarrollaron a este lado del Atlántico. Durante la primera mitad del siglo XX, Llewellyn utiliza la metáfora del “bastardo” —nacido tanto del contrato como del tuerto— para describirlas.⁴⁸⁵ Incluso sugiere que comprender las garantías implícitas y constructivas a partir de los principios generales de la contratación puede equivaler a una “dominación excesiva por parte de uno de sus progenitores ilegítimos”.⁴⁸⁶ Durante la segunda mitad del siglo XX, Prosser continúa utilizando esta metáfora, aunque trata de emplearla en su sentido original. De ese modo, Prosser señala que las garantías implícitas y constructivas son un “híbrido extraño nacido del encuentro ilícito del tuerto y el contrato”.⁴⁸⁷ Al menos a principios del siglo XX, Williston fundamentó su opinión de que las garantías implícitas y constructivas “son válidas tanto en el tuerto como en el contrato”, recordando su origen en el tuerto inglés de *trespass on case*, al tiempo que admite que “hoy la mayoría de las personas piensan instintivamente en una garantía como un contrato o una promesa”.⁴⁸⁸ Lo interesante es que los juristas estadounidenses no consideren que las garantías implícitas y constructivas —que se encuentran entre los contratos y los tuertos— surjan de las relaciones que se forman entre los participantes del mercado, al igual que los deberes fiduciarios, denominados aquí “obligaciones relacionales”.⁴⁸⁹

⁴⁸⁵ Llewellyn, Karl, “On Warranty of Quality and Society II”, *Columbia Law Review*, núm. 37, 1937, p. 354.

⁴⁸⁶ *Idem*.

⁴⁸⁷ Prosser, William, *The Fall of the Citadel*, p. 800.

⁴⁸⁸ Williston, Samuel, *The Law Governing Sales of Goods...*, *cit.*, p. 246.

⁴⁸⁹ El término “obligaciones relacionales” se acerca a la expresión “contratos relacionales” a la que se refieren los sociólogos jurídicos en la literatura jurídica y social.

Pero antes de seguir, es necesario que formulemos una breve aclaración terminológica para evitar confusiones posteriores. Las obligaciones relacionales no nacen de los vínculos contractuales.⁴⁹⁰ Con este concepto nos referimos a las obligaciones extracontractuales que surgen de las relaciones preexistentes o recién creadas, entre personas integradas en el mercado, independientemente de si las partes las consienten o no. Estas relaciones pueden establecerse voluntariamente, pero también pueden ser incidentales o accidentales, es decir, no consensuales. El hecho de hacernos cargo de este concepto nos distancia del sistema de fuentes formulado por los juristas romanos, sistematizado en el *ius commune* y recepcionado en diversos códigos civiles, entre otros los de Andrés Bello o Augusto Teixeira de Freitas.

Tal distanciamiento tampoco significa que validemos la teoría del “estatus” de sir Henry Sumner Maine. Este autor observó que el progreso del derecho de las sociedades premodernas a las modernas fue en esencia un “movimiento del estatus al contrato”.⁴⁹¹ Como indica la iusfilósofa Katharina Isabel Schmidt, los estudiosos modernos se han sentido tentados a hablar de un “movimiento inverso del contrato al estatus”.⁴⁹² Por lo tanto, los estudiosos revisionistas del análisis económico del derecho podrían inclinarse a interpretar las definiciones de “consumidores”⁴⁹³ y “comerciantes”⁴⁹⁴ del Código Uniforme de Comercio como un retorno al estatus en el derecho comercial. Sin embargo, como Schmidt deja en claro,⁴⁹⁵ Maine se refirió al “estatus” en un contexto de distinciones so-

⁴⁹⁰ Macneil, Ian, “The Many Futures of Contract”, *Southern California Law Review*, núm. 47, 1974, p. 691, y *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations*, 1980.

⁴⁹¹ Maine, Henry, *Ancient Law, its Connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas*, 1917, p. 99.

⁴⁹² Schmidt, Katharina Isabel, “Henry Maine’s Modern Law: From Status to Contract and Back?”, *American Journal of Comparative Law*, núm. 65, 2017, p. 151.

⁴⁹³ *Uniform Commercial Code section 1-201* define el concepto de consumidor.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, 2-104.

⁴⁹⁵ Schmidt, Katharina Isabel, “Henry Maine’s Modern Law...”, *cit.*, p. 147.

ciales estáticas más adecuadas a la vida premoderna, en lugar de la dinámica asociativa propia de la vida moderna, donde las personas se reúnen, se dispersan y vuelven a reunirse, a través de las operaciones económicas del mercado. En cambio, analicemos cómo los deberes a las personas en el derecho anglosajón surgen de relaciones preexistentes o recién creadas entre los participantes del mercado (a través de este análisis, podemos explicar por qué la sección 2-314(1) del Código Uniforme de Comercio establece la garantía implícita de comerciabilidad entre un comerciante y un consumidor).

II. LOS DEBERES FIDUCIARIOS EN LA EQUIDAD

Hasta el día de hoy, los estudiosos del derecho de los Estados Unidos tampoco pueden describir la naturaleza jurídica exacta de los “deberes fiduciarios” de la equidad. Dado que estos deberes representan un componente tan básico del ordenamiento inglés y angloamericano de derecho privado, este nivel de incompreensión en la tercera década del siglo XXI es tan inexplicable como imperdonable. Como dice un comentarista, la obligación fiduciaria es “uno de los conceptos más esquivos del derecho [anglo]americano”.⁴⁹⁶ Usando una categoría propia del derecho civil romano-germánico, los deberes fiduciarios representan una “teoría general de la responsabilidad cuasicontractual”. Los deberes fiduciarios no surgen del consentimiento de las partes, como en el contrato,⁴⁹⁷ sino de las relaciones preexistentes o recién creadas que se forman entre personas que deben confiar —la confianza no en un senti-

⁴⁹⁶ DeMott, Deborah, “Beyond Metaphor: an Analysis of Fiduciary Obligation”, *Duke Law Journal*, núm. 37, 1988, p. 879.

⁴⁹⁷ Easterbrook y Fischer consideran erróneamente que los deberes fiduciarios están implícitos en los términos de un contrato. Véase “Contract and Fiduciary Duty”, *Journal of Law and Economics*, núm. 36, 1993, p. 427. De la opinión contraria es Tamar Frankel que circunscribe esta figura a la responsabilidad extracontractual, “Fiduciary Duties and Judicial Strategies”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 21, 1992, p. 271.

do técnico— entre sí en el mercado. Son dichos deberes uno de los pilares fundamentales del derecho privado estadounidense, y una de las instituciones en las que existe mayor distancia con la familia jurídica del derecho civil romano-germánico. En torno a esos deberes fiduciarios se estructuran una serie de instituciones de naturaleza cuasi contractual.

Por el contrario, el derecho romano implementó un sistema cerrado de “cuasi contratos típicos nominados”, entre los que destacan la *negotiorum gestio*, la *tutela uel curæ gestio*, la *communio incidens* y el *indebitum solutum*. Todos ellos —al igual que en el caso de los deberes fiduciarios de la equidad—, surgen de las relaciones emergentes entre personas insertas en el entramado del orden social descentralizado. Cualquiera que sea la forma que adopten estas obligaciones cuasi contractuales (o relacionales) —que se encuentran entre los contratos y los delitos—, el diseño de *mecanismo* es el mismo.

Desde una perspectiva económica, D. Gordon Smith explica la necesidad de confianza dentro de estas relaciones —en su sentido no técnico— enfatizando que el ejercicio por parte de los fiduciarios de la “discreción sobre un recurso crítico perteneciente a otro”.⁴⁹⁸ Dado el carácter de este tipo de relaciones, y las figuras jurídicas subyacentes, principalmente el *trust*, la confianza es un elemento esencial de esta figura. Sin agregar nada a las ideas de Smith, el iuseconomista Paul B. Miller prefiere el lenguaje del “poder discrecional sobre los importantes intereses prácticos de otro”.⁴⁹⁹ Smith y Jordan C. Lee añaden que este ejercicio debe ocurrir “frente a contratos incompletos”.⁵⁰⁰ Hace casi treinta años, Hart recordó a los estudiosos del análisis económico del derecho que “sólo es posible dar sentido al deber fiduciario en

⁴⁹⁸ Smith, Gordon, “The Critical Resource Theory of Fiduciary Duty”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 55, 2002, p. 1402.

⁴⁹⁹ Miller, Paul B., “A Theory of Fiduciary Liability”, *McGill Law Journal*, núm. 56, 2011, p. 262.

⁵⁰⁰ Smith, Gordon y Lee, Jordan, “Fiduciary Discretion”, *Ohio Law Journal*, núm. 75, 2014, p. 616.

un mundo en el que el contrato inicial está incompleto por alguna razón”.⁵⁰¹ En efecto, los deberes fiduciarios son una solución de elaboración propia que la equidad inglesa y angloamericana planteó frente al problema de completar las estipulaciones contractuales incompletas —algo similar a lo que se hizo en el derecho romano clásico desarrollando el concepto de “buena fe”—. Sin embargo, los deberes fiduciarios van más allá de la obligación de actuar de buena fe —*good faith and fair dealing*— trasplantado a la ley de los Estados Unidos, en la doble restricción impuesta a un fiduciario de abstenerse de competir con el beneficiario y de actuar en el único interés del beneficiario.⁵⁰²

Los deberes estandarizados de las personas que surgen de estas relaciones generalmente incluyen, en la equidad inglesa y angloamericana, tanto un “deber de lealtad” como un “deber de cuidado”, aunque los tribunales ocasionalmente han creado otros. Como afirma DeMott, el deber de cuidado “no es claramente fiduciario”.⁵⁰³ Es el mismo deber que uno tiene en el derecho común, en materia de responsabilidad extracontractual de actuar como una “persona razonable”. Impone el mismo estándar de cuidado que el abogado del mundo del derecho civil romano-germánico espera que lleve un “buen padre de familia” —el *pater familias* o propietario— en la administración de sus propios asuntos.

Lo que ha hecho de los deberes fiduciarios algo único en el derecho privado, si no excepcional, es la forma en que las cancillerías inglesas y angloamericanas ejercen sus facultades de la equidad, cuando sancionan un incumplimiento del deber de lealtad. El deber de lealtad, que sí es claramente fiduciario, prohíbe el trato propio —*self-dealing*, en inglés—. Como afirma el juez Cardozo “en las relaciones fiduciarias se debe renunciar a velar

⁵⁰¹ Hart, Oliver D., “An Economist’s View of Fiduciary Duty”, *University of Toronto Law Journal*, núm. 43, 1993, p. 301.

⁵⁰² Pargendler, Mariana, “Modes of Gap Filling: Good Faith and Fiduciary Duties Reconsidered”, *Tulane Law Review*, núm. 82, 2008, p. 1324.

⁵⁰³ DeMott, Deborah, *Beyond Metaphor: An Analysis of Fiduciary Obligation*, p. 915.

por uno mismo, por más duro que sea prescindir de los propios intereses”.⁵⁰⁴ Cuando los demandantes proporcionan evidencia de *self-dealing* en la Corte, la carga de la prueba se traslada al fiduciario para establecer la equidad de la transacción.⁵⁰⁵ Este cambio en la carga de la prueba en la equidad brinda protección efectiva al beneficiario. De otra forma, la única reparación del beneficiario sería por el incumplimiento de un contrato, del que no es parte. En cambio, la responsabilidad recae directamente sobre el demandado, quien debe demostrar que actuó de manera intachable, acorde al estándar de conducta que imponen los deberes fiduciarios. El demandado debe demostrar que actuó no sólo con honestidad, sino con un “prurito de un honor de lo más sensible”, en la conocida formulación del juez Cardozo.⁵⁰⁶ Como señala la iuseconomista Melanie B. Leslie, los deberes fiduciarios se vuelven más efectivos en la equidad “cuando funcionan como normas jurídicas y normas sociales”⁵⁰⁷ en los Estados Unidos.

La equidad angloamericana reconoce los deberes fiduciarios en un *numerus clausus* o un sistema cerrado de relaciones estandarizadas, que incluyen aquellas entre un albacea/heredero, tutor/pupilo, agente/principal, *trustee*/beneficiario, director/accionista, gerente/accionista, socio general/socio general, socio general/socio limitado, abogado/cliente, médico/paciente, psiquiatra/paciente, psicoterapeuta/paciente, clérigo/feligrés, asesor de inversiones/cliente, copropietario/copropietario, acreedor hipotecario o prendario/deudor hipotecario o prendario, donde se impone la confianza —en su sentido no técnico— a una persona en beneficio de otra. Por el contrario, las relaciones entre un amigo/amigo, un dependiente laboral/patrón y un corredor

⁵⁰⁴ *Meinhard vs. Salmon*, en *North Eastern Reporter*, vol. 164, 1928, p. 548.

⁵⁰⁵ Freedman, Bradley, “The Fiduciary Relationship: its Economic Character and Legal Consequences”, *New York University Law Review*, núm. 66, 1991, p. 1048.

⁵⁰⁶ *Meinhard v. Salmon*, p. 546.

⁵⁰⁷ Leslie, Melanie B., “Trusting Trustees: Fiduciary Duties and the Limits of Default Rules”, *Georgetown Law Journal*, núm. 94, 2005, p. 70.

de bolsa/cliente no parecen constituir relaciones en las que los tribunales o las legislaturas de los Estados Unidos hayan estado dispuestos a imponer deberes fiduciarios.

Además, los tribunales de los Estados Unidos han determinado que surgen obligaciones fiduciarias entre un accionista mayoritario/accionista minoritario en las sociedades anónimas. En este sentido, la flexibilidad de la equidad inglesa y angloamericana ofrece una ventaja decidida sobre el derecho civil de origen romano-germánico en materia de protección de los socios o accionistas minoritarios en las empresas mercantiles. Esta ventaja explica los diferentes niveles de eficacia de las instituciones jurídicas privadas que tienen sus orígenes en la tradición del derecho anglosajón frente a las que se originan en el derecho romano-germánico.⁵⁰⁸

Las obligaciones relacionales, además de las contractuales, son la base de los derechos de agencia y de sociedad, y son la base de la sociedad anónima en Inglaterra y los Estados Unidos. Una empresa es más que un nexo de contratos, como afirmaron los iuseconomistas Michael C. Jensen y William H. Meckling.⁵⁰⁹ Comprende un nexo de contratos y relaciones estandarizadas y los deberes a las personas que surgen de ambos.

III. EL ESTOPPEL EQUITATIVO

Otra institución de la equidad que apoya el mercado descentralizado es el *estoppel*.⁵¹⁰ La doctrina equitativa del *estoppel* sigue de cerca

⁵⁰⁸ López de Silanes, Florencio, "The Economic Consequences of Legal Origins", *Journal of Economic Literature*, num. 46, 2008, p. 285. Del mismo autor, "The Quality of Government", *The Journal of Law, Economics & Organization*, núm. 15, 1999, p. 222 y "Law and Finance", *The Journal of Political Economy*, núm. 106, 1998, p. 1113.

⁵⁰⁹ Jensen, Michael C. y Meckling, William H., "Theory of the Firm: Material Behavior, Agency Costs and Ownership Structure", *Journal of Financial Economics*, núm. 3, 1976, p. 310.

⁵¹⁰ Rastell, John, *Les Termes...*, cit., pp. 206 y 207.

la *exceptio doli* del derecho romano clásico. Esta excepción procesal estaba disponible cuando la parte contraria en un litigio había actuado con *dolus malus*.⁵¹¹ Los pretores romanos la introdujeron, bajo el *ius honorarium*, para que nadie pudiera beneficiarse de su propio fraude mediante el derecho civil contra las premisas de la equidad natural, *ne cui dolus suus percasionem iuris ciuilis contra naturalem æquitatem prosit*.⁵¹² En la equidad inglesa y angloamericana, de la misma manera, los tribunales pueden impedir que un malhechor alegue o niegue un hecho, o que afirme un derecho o defensa del derecho común, que contradiga una posición anterior que la parte haya adoptado en un alegato, testimonio, en una declaración extrajudicial o *in pais*⁵¹³ —francés jurídico para “en el campo”, es decir, fuera del proceso—. Esta defensa afirmativa equitativa se deriva del diseño del mecanismo de que a nadie se le permitirá beneficiarse de su propia falta en un tribunal de justicia.⁵¹⁴ El *estoppel* es un recurso efectivo para respaldar al mercado debido a la amplia discreción que tienen las cancillerías inglesas y angloamericanas para implementarlo bajo las facultades de la equidad. Los tribunales toman determinaciones basadas en hechos concretos sobre si aplicar el *estoppel* a un litigante basándose en las equidades de las partes. En otras palabras, vaya por delante nuestra convicción de que la *exceptio doli* ha sobrevivido como una institución de la equidad en Inglaterra y Estados Unidos, donde las jurisdicciones civiles propias han perdido esta salvaguarda procesal efectiva del derecho romano clásico.

IV. EL *TRUST* DE LA EQUIDAD

Probablemente, el *trust* de la equidad inglesa y angloamericana, atendida la multiplicidad de instituciones jurídicas que en sí reúne

⁵¹¹ Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations...*, cit., pp. 668 y 669.

⁵¹² *Digesto 44.4.1.1*(Paulus, *Ad edictum*, 71).

⁵¹³ Stimson, Henry, *A Concise Law Dictionary of Words, Phrases and Maxims*, p. 175.

⁵¹⁴ *Riggs v. Palmer*, *New York Reports*, vol. 115, 1889, p. 511.

y por el rol que juega la confianza en su configuración, sea una figura difícil de entender a cabalidad por el abogado formado en el derecho civil romano-germánico.⁵¹⁵ A diferencia de lo que han entendido muchos autores y consiguientemente recepcionado innumerables jurisdicciones de la familia jurídica romano-germánica, los *trusts* de la equidad inglesa y angloamericana son mucho más que meros contratos.⁵¹⁶ Ellos comprenden bienes muebles e inmuebles conferidos a personas sobre la confianza de que cumplirán promesas particulares en beneficio de un tercero. Cuando un *trustee* recibe la tenencia legal de un patrimonio del *settlor*, ciertamente celebra un contrato para usarla de acuerdo con las instrucciones que se le dan en el derecho común. Sin embargo, en la equidad se crean relaciones fiduciarias con los *cestuis que trustent* —francés jurídico para “los que confían”—, por lo que adicionalmente adquieren un estado de dueño o *ownership* en la equidad del patrimonio. En consecuencia, el *trust* inglés y angloamericano es una institución más variada de lo que las apariencias sugieren. Está dotado de peculiares características: nacido de un contrato, es una tenencia legal y *ownership* equitativo segregados e incluye deberes fiduciarios, todos aunados bajo la égida de una sola institución jurídica. Es decir, el *trust* abarca obligaciones contractuales y relacionales —los deberes fiduciarios—, implica una tenencia de carácter legal y al mismo tiempo otro *ownership* desdoblado regido por la equidad. El *trust* nace de un contrato, en el que se estipulan derechos y obligaciones; pero además se rige, como ya se dijo, por los deberes fiduciarios, por lo que no todo en el *trust* depende del consentimiento de las partes, e implica la tenencia tanto del *trustee* como el *ownership* del *cestui que trust*. Tal multiplicidad de figuras jurídicas que concurren en una sola institución hacen también del *trust* algo complejo de entender en términos procesales, ya que

⁵¹⁵ Batiffol, Henry, “The Trust Problem as Seen by a French Lawyer”, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, núm. 33, 1951, p. 19.

⁵¹⁶ Story, Joseph, *Commentaries on Equity Jurisprudence: as Administered in England and America*, vol. 1, 1836, p. 28.

cada interviniente dispone de acciones y cargas de prueba propias y distintas de las que disponen los otros.

Sin embargo, la confusión de los *trust* con meros contratos no es únicamente el error privativo de los juristas del derecho civil romano-germánico. El mismo Maitland —nada menos que el mayor historiador del derecho anglosajón— creía que, si el derecho contractual hubiera tomado su forma moderna en el siglo XIV, el *trust* ya estaría asimilado a esa área del derecho. Enfrentados con el *trust*, los tribunales del derecho común se habrían visto “obligados a decir: «Sí, aquí hay un acuerdo; por lo tanto, es un contrato legalmente ejecutable»”.⁵¹⁷ Otro iushistoriador más moderno, John H. Langbein de la Universidad de Yale, explica el razonamiento de Maitland con las siguientes palabras: “E[n el] derecho común los contratos eran demasiado primitivos [en el siglo XIV] para hacer ese trabajo”.⁵¹⁸

A pesar de la insistencia de Langbein en lo contrario, la relación tripartita de *settlor*, *trustee* y *cestui que trust* sólo puede explicarse con dificultad en términos modernos como un contrato del derecho común en beneficio de un tercero. El *trust* inglés y angloamericano es más que un “tipo de contrato estandarizado”⁵¹⁹ como creen Maitland y Langbein. Para matizar este punto de vista, los iuseconomistas Henry Hansmann y Ugo Mattei reclaman los aspectos “similares a la propiedad” del *trust*, que, según ellos, sirve para dividir los activos que se pignorarán por separado entre los acreedores como garantía.⁵²⁰ Como perciben Smith

⁵¹⁷ Maitland, Frederic, *Equity: a Course of Lectures*, 1909, p. 28.

⁵¹⁸ Langbein, John H., “The Contractarian Basis of the Law of Trusts”, *Yale Law Journal*, núm. 105, 1995, p. 634.

⁵¹⁹ *Ibidem*, p. 630.

⁵²⁰ Importante es tener presente que algunos códigos civiles como el de Bello, consagran la figura del fideicomiso y la propiedad fiduciaria dentro de los derechos reales. Tales figuras no se corresponden con el *trust*. Asimismo, es importante tener presente que dentro de los derechos civiles de la familia jurídica romano-germánica hay distintos sistemas de traspaso del dominio. Algunos consagran el efecto personal del contrato o sistema del título y el modo, mien-

y Merrill, la ley de *trusts* combina los beneficios reales de los derechos de propiedad con la flexibilidad personal de los contratos.⁵²¹ A esta caracterización, debemos agregar el mecanismo típico de las obligaciones relacionales: los deberes fiduciarios. El mercado descentralizado donde cualquiera puede realizar transacciones privadas requiere más que el debido respeto por los derechos de propiedad y el fiel cumplimiento de los contratos bajo los supuestos del Estado de derecho. También debe respetarse un *numerus clausus* de obligaciones relacionales.

V. LA EQUIDAD EN DELAWARE

Delaware es el segundo estado más pequeño en extensión y el séptimo de menor población de la unión angloamericana. Según el especialista en derecho bursátil William Lucius Cary, es un “pigmeo entre los 50 estados”.⁵²² Sin embargo, un número desproporcionado de empresas estadounidenses se incorpora o reincorpora al mundo jurídico allí. Según la doctrina de elección de la ley de “asuntos internos”, la ley de la jurisdicción de incorporación (ley societaria de Delaware) se aplica al gobierno de innumerables empresas mercantiles de los Estados Unidos, dondequiera que se encuentren sus oficinas centrales o tengan lugar sus operaciones societarias. Como resultado, el derecho societario de Delaware ejerce una enorme influencia en el derecho angloamericano de empresas mercantiles.

Las causas del predominio del derecho societario de Delaware en los Estados Unidos son motivo de un interminable debate. Este debate enfrenta a estudiosos de punta, que creen que las legislaturas estatales favorecen los intereses de los gerentes

tras otros consagran el efecto real del contrato. Para efectos de este manual, hemos preferido no entrar en esas distinciones.

⁵²¹ Merrill, Thomas y Smith, Henry, *The Property/Contract Interface*, pp. 843-849.

⁵²² Cary, William, “Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware”, *Yale Law Journal*, núm. 83, 1974, p. 701.

responsables de las decisiones de incorporación,⁵²³ frente a otros estudiosos también de primera fila, que creen que las legislaturas estatales buscan adoptar reglas para el gobierno societario, que maximicen el valor de las empresas para los accionistas. Otros comentaristas son más escépticos acerca de la competencia de tipo Tiebout que estos teóricos alegan que ocurre entre las jurisdicciones estatales por los ingresos derivados de los impuestos a las franquicias societarias.⁵²⁴

En este debate destacan las afirmaciones empíricas de algunos iuseconomistas. A principios del nuevo siglo, Robert M. Daines descubrió que la incorporación en Delaware agregaba aproximadamente un 5% al valor de las empresas mercantiles estadounidenses. En un estudio empírico posterior, Guhan Subramanian ajustó las cifras de Daines al 3% en 1991-1993 y al 2% en 1994-1996, desapareciendo el denominado “efecto Delaware” después de esos periodos.⁵²⁵

En una nota diferente, Carney y George B. Shepherd creen que Delaware conserva su dominio a pesar de que su ley societaria dista de ser la mejor de todas.⁵²⁶ Su evaluación cualitativa (no cuantitativa) de lo que constituye una ley societaria superior desde una perspectiva de costos de transacción se basa en la obviedad convencional de los derechos de propiedad bien especificados.⁵²⁷ Hacen caso omiso de los objetivos de proteger a los accionistas minoritarios o superar los costos de agencia. Argumentan que “todas las leyes societarias modernas [anglo-]americanas” logran estos objetivos “mediante el escrutinio judicial de las transacciones con intereses en conflicto de los gerentes, del poderamiento

⁵²³ *Ibidem*, p. 666.

⁵²⁴ Bebchuk, Lucian A., “Does the Evidence Favor State Competition in Corporate Law?”, *California Law Review*, núm. 90, 2002, p. 1778.

⁵²⁵ Subramanien, Guhan, “The Disappearing Delaware Effect”, *The Journal of Law, Economics & Organization*, núm. 20, 2004, pp. 41-43.

⁵²⁶ Carney, William y Shepherd, George, “Mystery of Delaware Law’s Continuing Success”, *University of Illinois Law Review*, 2009, p. 1.

⁵²⁷ *Ibidem*, pp. 8 y 9.

ilícito de oportunidades comerciales y de los derechos de tasación para fusiones congeladas”. El derecho societario de Delaware es superado por otras jurisdicciones angloamericanas modernas.

Entre las jurisdicciones angloamericanas modernas, el derecho societario de Delaware es único en su clase. ¿Por qué? La “vanguardia del capitalismo corporativo y financiero: los mercados de futuros en Illinois y de incorporación general en Nueva Jersey” se originó en el siglo XIX precisamente en aquellos estados que “mantuvieron cancillerías separadas y dejaron los procedimientos del derecho común relativamente inalterados hasta mediados del siglo XX”. A principios del siglo XXI, Delaware persiste en mantener “la operación distinta de la equidad, con instituciones, personal y principios separados, todos conscientemente extraordinarios”. Lo que explica el predominio del derecho societario de Delaware es el carácter distintivo de sus instituciones de la equidad.

La afirmación de que las instituciones equitativas de Delaware son distintas no sugiere que los cancilleres de Delaware hacen todo bien. Pero en realidad ellos son tan propensos a cometer errores como todos los demás profesionistas en el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos. No hay sistema judicial infalible ni exento de cometer errores. Como argumentamos en este libro, a principios del siglo XXI los profesionales del derecho generalmente pasan por alto los contornos exactos de las instituciones jurídicas angloamericanas. Su miopía es evidente en la adopción, por parte de la corte suprema de Delaware, entre 1993 y 2006, de un deber de buena fe, junto con el deber de lealtad y el deber de diligencia, para formar una nueva “tríada” de deberes fiduciarios. Esta ruptura con el pasado une la solución intrínsecamente clásica de los juristas romanos al antiguo problema de completar contratos incompletos, con la respuesta autóctona de los cancilleres ingleses y angloamericanos al mismo problema: su comprensión bifurcada de los deberes fiduciarios. El *duty of good faith and fair dealing*, un concepto legal trasplantado y ajeno a la tradición jurídica anglosajona, viene ya subsumido

bajo el concepto propio de la tradición inglesa y angloamericana del deber de lealtad. Si un director actúa con mala fe hacia la sociedad anónima, que actuó de manera desleal es una obviedad. En 2003, el tribunal de Cancillería de Delaware anunció: “No sirve a la claridad de nuestra ley continuar separando el deber de lealtad de su propia esencia; ni el reconocimiento de que la buena fe es esencial para la lealtad degrada o subordina ese requisito esencial”.⁵²⁸

⁵²⁸ *Guttman vs. Jen-Hsun Huang, Atlantic Reporter Second Series*, vol. 823, p. 506, nota 34.