

CICERÓN Y EL ACCIONISTA CONTROLANTE

SERGIO LE PERA *

I. INTRODUCCIÓN

Temprano en la mañana intentaba en el cuarto de hotel reunir mis pensamientos. Después de años de litigio, dentro de pocas horas llegaría el momento de alegar in voce en el arbitraje.

No era un alegato fácil. Por un "acuerdo de accionistas", una empresa del *civil law* y una empresa del *common law* habían sujetado sus relaciones a la ley de Nueva York. Estaban en juego deberes fiduciarios y de lealtad, las nociones de *joint venture*, de sociedad, de *close corporation*, de relaciones entre accionistas controlante y minoritario, el conflicto de una de las partes entre servir el interés de su controlante o el interés de su controlada. Por sobre todo, a mi juicio, estaban en cuestión los procedimientos y circunstancias en que una de las partes había ofrecido a la otra celebrar la asociación.

Mi caso era bueno y según mi apreciación, imbatible bajo el derecho de Nueva York. Pero no todos los árbitros habían sido formados en jurisdicciones del *common law*. Para peor, el caso que debía presentar no se apoyaba en ninguna frase del legislador sino en la exaltación de una espiritualidad o ambiente cultural, en un mundo de ideas y valoraciones del que se participa o del que no se participa. Si no se participa, ningún inspirado alegato in voce podía zanjar la diferencia.

* Profesor Titular de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

Ya había visto las dificultades al preparar el memorial. El arbitraje era bilingüe —español e inglés— y aunque creía saber qué es una *misrepresentation* en inglés, no encontraba una palabra en español que diera siquiera la pista de lo que simplemente es una *representation*. ¿Quién tomaría seriamente mis afirmaciones de que una de las partes debía ser condenada a pagar sumas millonarias porque había decepcionado a la otra?

Había discutido el tema con colegas del ambiente cultural al que pertenecían algunos de los árbitros y percibido su incredulidad. Si una de las partes, por su particular posición en el mercado, sus dimensiones, prestigio u otras circunstancias había conseguido hacer un buen negocio, bien hecho estaba. En todo caso se trataba de una negociación astuta y todos tienen derecho a recoger los frutos de su habilidad en los negocios y la carga de tomar las prevenciones adecuadas contra la astucia de los otros.

En el memorial había escrito la palabra "fraude", pero temía que pronunciarla en el alegato sería *shocking*. En el ambiente cultural a que me referí, "fraude" era, en los hechos, una palabra de la jerga policial que designa algunas tretas entre personas de menor cuantía. Si la treta es ingeniosa o ejecutada con arte, se la aprecia como divertida demostración de "picardía".

En realidad, reflexioné, ya había expuesto el derecho en el memorial; mi tarea esa mañana era lograr que ese derecho no pareciera tan extraño o tan lejano que no pudiera ser percibido como posible y real. Mientras me esforzaba por encontrar alguna manera de hacerlo, del modo más imprevisible se me presentó el recuerdo de unas lecturas casi juveniles de Cicerón. Ni siquiera recordaba de qué escrito de Cicerón se trataba, pero sí que el tema era la honestidad en los negocios y que uno de sus relatos tenía que ver con alguien que había comprado una casa frente al mar porque creía que en la zona había muchos peces y gran pesca, cuando en realidad no había peces, pesca ni pescadores.

Hubiera deseado encontrar alguna muestra más cercana pero no la encontré. Con sólo ese recuerdo, partí para mi exposición. Cuando llegó el momento apropiado hice el salto a Cicerón temiendo que en segundos la comunicación invisible que por conductos ignorados se establece con el auditorio me indicara que quienes me escuchaban —que normalmente se considerarían los herederos y portadores más directos de la cultura clásica— sentían a Cicerón mucho

más distante que al *common law*; que uno y otro eran ex-céntricos, poco sinceros e irreales, pero que mientras el derecho de Nueva York ofrecía el interés de una curiosidad técnica, Cicerón no tenía ni éste. Mostrar cuánto su lectura había influido en ese derecho estaba mucho más allá de lo que en esos momentos podía hacer. Lo que percibi fue alguna sorpresa, pero no una clara reacción adversa. De todos modos, y por precaución, con una frase apropiada abandoné esa línea y comencé a andar por otras que me parecieron más seguras.

En cuanto regresé a Buenos Aires corrí a mis libros y volví a Cicerón. Vi entonces mucho más claro el hilo que a través de tantos años iba de él hasta los repertorios de jurisprudencia que había estado hurgando mientras preparaba el memorial. Comprendí mejor la evolución que llevaba hacia cosas sobre las que yo había escrito: los deberes fiduciarios, la sociedad, la responsabilidad del accionista controlante. Constaté también que aunque por el uso, pareciera haberse olvidado sentidos que el diccionario conserva, una *representation* es una "representación" en español, si por "representar" se entiende "informar, declarar o referir". Y una "decepción" no es sólo el pejar causado por salir de un engaño o perder una ilusión, sino también el usar palabras, gestos o actos que inducen a otro a creer y tener por cierto lo que no lo es, o a formarse una ilusión, es decir, una imagen o representación sin verdadera realidad o a alentar esperanzas sin sustento.

Era claro para mí que, producida la codificación del derecho privado hacia fines del siglo pasado, habíamos sustituido el derecho canónico, asociado con la fe, por textos laicos a los cuales aplicábamos los mismos métodos que habían servido para aquél. Esta actitud viene de antiguo, probablemente desde el momento en que hacia el siglo XII o XIII reaparecieron los estudios de los textos entonces redescubiertos de Justiniano que comenzaron a adquirir autoridad que algunos consideran similar a la que se atribuía a las Sagradas Escrituras. Sancionados entre nosotros los Códigos, tuvieron inicialmente muy poco prestigio; la generación siguiente, sin embargo, comenzó a tratarlos de la misma manera en que sus propios maestros habían tratado al derecho canónico, con la leve modernización que resultaba de aplicar el método exegético de los comentaristas del Código Civil francés.

No ayuda esto a la creación jurídica: "Las personas que valoran especialmente las estructuras, la autoridad y el

orden, se ven con frecuencia atraídas por las escuelas de derecho. La idea de normas en los libros y de principios dictados por sabios profesores cautiva a estos candidatos a abogados. Pero los estudios de derecho no ofrecen la certeza que estos estudiantes buscan. Es muy difícil que los profesores de derecho conozcan la respuesta y es aún más raro que, si la conocen, la den a sus alumnos. De allí que en un comienzo los estudiantes puedan sentirse inseguros y defraudados. Ellos quieren algo que los profesores no pueden darles: no hay soluciones simples para cuestiones jurídicas complejas. La mayor parte de los nuevos estudiantes esperan aprender el derecho con "D" mayúscula. Desgraciadamente, las escuelas de derecho no pueden enseñar el derecho. No es el objetivo de su enseñanza la memorización y el recitado de normas legales. Ellas enseñan conceptos y la manera de acercarse a cuestiones jurídicas y resolverlas, para que los futuros abogados puedan tratar problemas que hoy no podemos siquiera imaginar¹.

Si el conjunto de los abogados influye de manera decisiva sobre la sociedad en que actúa, es porque el método del discurso jurídico y del debate judicial se expande a todas las relaciones de la vida social, incluyendo las grandes decisiones colectivas. En tiempos clásicos, ese método era llamado "retórica". Por una mutación de significado posterior, esta palabra fue usada para indicar el arte de persuadir. Una deformación final la convirtió en el nombre del discurso florido e inflado.

Es cierto que en la exposición de un punto de vista se busca el persuadir. Pero si los asuntos judiciales o de política general se sujetan a debate es para que, de la colisión de opiniones y puntos de vista distintos o antagónicos, todos adquieran una mayor comprensión de la situación y de las consecuencias de las acciones disponibles. Es posible que quienes en el Senado romano abogaron por hacerle o no la guerra a Cartago tuvieran el propósito de persuadir a los demás. Pero se trataba de una decisión de la que dependía la vida de todos, y la de sus hijos. Lo que todos o la

¹ Guía oficial para las escuelas de derecho en los USA, publicación del "Consejo de Admisión a las Escuelas de Derecho/Servicio de Admisión a las Escuelas de Derecho", en cooperación con la American Bar Association y la "Asociación de Escuelas de Derecho estadounidenses". Cita de la edición 1986-1987.

gran mayoría quería era comprender mejor qué debía hacerse. Lo que esperaban de los expositivos era que ayudaran a ver, comprender y decidir.

Muchas controversias se producen entre intereses antagónicos, tanto si se trata de decisiones de política general como de conflictos individuales. En estos casos todas las exposiciones son parciales e interesadas pero también ayudan a comprender y decidir. No hay un método mejor.

Este método no llegó directamente hasta nosotros. Con la disgregación del Imperio Romano se perdió, por de pronto, el proceso judicial. La primera respuesta institucional que los pueblos bárbaros pudieron elaborar en sustitución de la venganza fueron los juramentos compurgatorios, en los que cada parte debía llevar un número de personas que juraran que la parte a la que adherían tenía razón. No es que se los interrogaran para conocer los fundamentos de su juramento; el hecho de que juraran era suficiente y lo único que importaba.

Si ambas partes conseguían igual número de compurgadores, el sistema entraba en crisis y no se sabía bien qué hacer. Una solución fue el duelo. Otra, la *ordalía*, ceremonia en la cual los contendientes debían someterse a alguna prueba tal como introducir el brazo en un caldero de agua hirviendo o llevar con la mano un hierro caliente. La creencia era que quien tenía razón no sufriría heridas o que éstas curarían rápidamente, feliz desenlace que no podía esperar su contrario. Es posible que este razonamiento fuera eficaz en la medida en que ambas partes creyeran en la magia del procedimiento, porque era de esperar que quien mentía evitaría la prueba. Algunas interpretaciones recientes sugieren que en muchos casos ciudadanos descreídos pudieron enfrentarla exitosamente después de asegurarse que la persona encargada de administrar el rito haría, por ejemplo, que el agua del caldero en el que habrían de sumergir su brazo no estuviera tan caliente como la de su contrario. Después de todo, por razones institucionales y para que no declinara la confianza general, era necesario que de tanto en tanto alguien saliera sin heridas.

En los negocios públicos la concentración del poder real eliminó el debate abierto y lo sustituyó por el susurro discreto de ministros, consejeros y favoritos. Sólo lentamente algunos países primero, otros después y otros aún no, fueron estableciendo un sistema parlamentario que a veces funciona como un foro para debatir, comprender y decidir.

Las colonias españolas, terminada la conquista, tuvieron un marco muy limitado dentro del que podían discutir y decidir sus propios asuntos. La paz del rey se imponía en silencio e imponía el silencio. En algún lugar, a veces tan alejado como Sevilla o Madrid, un funcionario veía cuál era el problema y amorosamente daría paternal y justa solución. La Inquisición, el instrumento principal de la Contrarreforma, también exigía procedimientos discretos y silenciosos.

La insuficiencia de los métodos de que se disponía obligaba a recurrir a la tortura para intentar obtener la verdad o algo que hiciera las veces de ésta. Cuando la tortura debió ser abandonada, nada hubo que ocupara su lugar.

Para comenzar, el examen y reexamen oral de los testigos por las partes nunca fue admitido, porque se sabe que las partes están interesadas y que si es necesario tratarán de confundir a los testigos y a quien debe decidir. En tiempo oportuno, ellas podrán exponer su punto de vista. Mientras tanto, si alguna pregunta debe hacerse, que la haga quien debe decidir. Persona experimentada e imparcial, sabrá si hay alguna pregunta que hacer y cómo hacerla. Tratados como purgadores, lo importante es que los testigos presten juramento y digan quién tiene razón. Nada muy distinto ocurre con los expertos o peritos. Como es de prever que, aunque no se entienda bien por qué, habrán de concluir que sus partes respectivas tienen razón, será necesario nombrar otro perito, persona también imparcial, que dirá quién realmente tiene razón. Mientras esto último quede claro, no importa mucho el porqué. Se trata, después de todo, de cuestiones "técnicas" y no es de esperar que el no iniciado pueda hacer algo más que escuchar las conclusiones.

Si la abolición de la tortura dejó a ese primitivo sistema descuajaringado en cuestiones penales, la importación del principio de que la negativa a declarar no causará presunción en contra lo terminó de inhabilitar por ausencia de métodos eficaces para determinar los hechos. Además, fácilmente condujo a la conclusión de que si no dañaba negarse a declarar, menos dañaba decir que se elegía declarar y después mentir, pese a que el derecho constitucional a no hablar no implica un derecho constitucional a mentir. Muchos siglos de sujeción a sistemas políticos y legales en los que la declaración formal y a veces sincera de adherir a él se consideraba totalmente compatible con su total desobediencia, hacen de la mendacidad una falta venial, una sensata transacción ante regulaciones tontas, hipócritas o irrealistas.

Por la incapacidad para elaborar procedimientos más apropiados, cuando la ineficacia general del sistema se torna intolerable se añora la tortura como procedimiento de investigación y disuasión.

Como el debate de los asuntos públicos desde su comienzo estuvo sofocado, la disputa o puja entre distintos sectores de intereses tiende a librarse silenciosamente como tironeo a los funcionarios, muchos de los cuales encuentran motivos para regocijarse de ello. El gobernante, por su parte, lamenta que haya sectores de interés y establece como condición de éxito de su gestión el "consenso" de estos sectores y que "todos tiren para el mismo lado". En los hechos, esto significa que nada puede hacerse, porque esperar que "todos tiren para el mismo lado" es una ilusión en toda sociedad medianamente compleja, en la que el único consenso a que puede aspirarse es a que las divergencias se debatan en profundidad y organizadamente. Sólo queda entonces el recurso a un gobernante autoritario que hará que todos "tiren para el mismo lado" y prefieran "los intereses generales a sus intereses sectoriales". Él dirá, además, para qué lado todos deben tirar.

La situación de impotencia real del gobernante contribuye quizás a explicar la afanosa búsqueda compensatoria de "poder". Baste ver cómo los representantes de los partidos más democráticos usan esta expresión. Así, ganar una elección se considera "alcanzar el poder", lenguaje que sería escandaloso en muchos países, en los que nadie puede sugerir que ganar una elección dé otra cosa que las responsabilidades de gobierno. Paradójicamente, los gobernantes que alcanzan el "poder" tienen, salvo el de cometer arbitrariedades y satisfacer la vanagloria personal, menos "poder" real que los que sólo asumen las "responsabilidades del gobierno". En cuanto perciben la dificultad consideran que la solución consiste en alcanzar aún más "poder", pese a que la experiencia demuestra que ni la "suma del poder" alcanzó a los gobernantes que la tuvieron.

Si la sociedad de que se trata no tiene la cultura del debate, los campeones de cada posición sólo ofrecen polémicas superficiales, efectistas e insinceras, un diálogo trabado, voces fuertes y palabras gruesas. El público, a quien se ha educado para que tome griterío por debate, sin mayor orientación ni esperanza de obtenerla queda librado a su intuición. Los grupos dirigentes quedan con una visión tan parcial como la que tenían antes.

Que el modelo de controversia judicial diseña la manera de tratar y resolver los negocios públicos era bien comprendido en tiempos clásicos y de allí la importancia de la formación retórica. Cuando se considera una muestra de cinismo que en esos tiempos se hiciera a los estudiantes de derecho a defender alternativamente las partes contrarias de una causa y alegar el mismo caso, primero por las palabras y después por el espíritu de la ley, no se comprende que toda cuestión admite más de un enfoque y que hay razones de un lado y del otro. No era ésa una escuela de cinismo sino de tolerancia. Era y sigue siendo el mejor procedimiento para llegar a una decisión: "El rol del egresado de una escuela de derecho, en tanto abogado, es poder presentar un determinado punto de vista de manera tan vigorosa como sea posible. Nuestro sistema judicial y de formación de las decisiones políticas presume que de la colisión de intereses contrapuestos resultarán decisiones equilibradas. El éxito de este sistema de confrontación depende del talento y de la educación de quienes se desempeñen como abogados dentro de él"².

Estamos queriendo hoy modernizar nuestro derecho. Es necesario comprender que la tarea no consiste sólo en tocar los Códigos de fondo. No hay modernización final sin cambios importantes en nuestros procedimientos.

En primer lugar, ningún derecho en creación se expresa en normas precisas de carácter general, salvo que se trate de normas tan generales que sirvan sólo como guía u orientación para que el derecho de cada caso sea después especificado por los litigantes y los jueces.

En segundo lugar, un procedimiento en el que todos los documentos deban acompañarse con demanda y contestación, con testigos y peritos en posición próxima a la de comparecutores y no sujetos a la severidad de un examen y reexamen directo por las partes pudo servir en economías primitivas, pero no alcanza para un derecho que requiere la identificación y valoración de elementos tales como estados de la mente, intención, motivaciones y propósitos. El impuesto de sellos y la tasa de justicia, para seguir, son supervivencias feudales con las cuales ciertamente no puede aspirarse a entrar en un mundo moderno.

² Guía Oficial para las Escuelas de Derecho en los USA, p. 9.

Educados en el espíritu que aprecia la "paz del rey", muchos abogados son los primeros en considerar al litigio una desgracia social, un mal que debe ser evitado. Reproducen, sin advertirlo, el fundamento por el que el Cabildo de Buenos Aires negó autorización a los primeros abogados que quisieron radicarse en la ciudad. Para ese espíritu, no hay mejor argumento para oponerse a una propuesta que declarar que "aumentaría la litigiosidad". Después de lo cual quienes lo lanzan se dirigen entusiasmados a dictar o escuchar alguna conferencia sobre alguna nueva doctrina o teoría que apenas si reparan es pura creación judicial que resultó de los esfuerzos de los abogados para defender la causa de sus clientes. En particular de abogados que, como con intención sarcástica se dice, "saben hacer llorar a los jurados". Tampoco repararán que casi todo el derecho original de los últimos cien años tiene ese origen. Claro está que a partir de procesos distintos del inquisitorial. Generalmente, a partir de juicios con jurados que, en varias disposiciones a las que se considera que no debe prestarse mayor atención, nuestra Constitución prevé.

Debido en parte a la insinceridad de las fundamentaciones a que con frecuencia obliga el método exegético, muchos colegas desconfían de los jueces y exigen reglas exactas que no les dejen libertad alguna para decidir. Estiman que aunque esta libertad se les niegue, con recursos heurísticos que ocultan tras un tecnicismo aséptico las reales motivaciones y rehuyendo todo lo posible comprometerse abiertamente con cuestiones de política jurídica, los jueces casi siempre hacen lo que en realidad quieren hacer sin que la ley parezca causarles mayor impedimento; fácil es imaginar cuánta arbitrariedad y cuánta inseguridad habría si la ley le dijera que debe resolver según su criterio e intuiciones de justicia. Sin embargo, nunca se ata más a un juez que cuando se le dice que debe resolver según su criterio, porque es mucho más fácil esconder la arbitrariedad bajo la fachada de aplicar una ley dictada por otro que teniendo que presentar como "justo" lo que todos se dan cuenta que es "injusto".

Como en algún punto debo cortar el hilo de reflexiones que arrancó de Cicerón y un alegato, lo hago aquí. Introduje la invitación a desarrollar algunas de ellas en el programa de "Nuevas formas de contratación" del CPO. Lo mejor es que estas reflexiones sean publicadas por "Lecciones y Ensayos", porque los estudiantes son sus destinatarios finales.

II. UN CÓDIGO PRÁCTICO DE CONDUCTA "DEL DEBER". FRAGMENTOS. MARCO TULLIO CICERÓN

I. APOSTILLA

El año 44 a.C. los acontecimientos políticos de Roma después de la muerte de Julio César obligaron a Cicerón a recluirse en su casa sobre la bahía de Nápoles. Alejado de sus actividades corrientes, de sus amigos y de su hijo Marcos, que se encontraba estudiando en Atenas, su producción pasó por un período de fecundidad de los que la historia puede mostrar pocos. Entre muchas otras cosas escribió sobre tópicos o el modo de arribar a conclusiones en cuestiones argumentativas, una obra permanente del método jurídico.

Como no podía llegar hasta su hijo le escribió un ensayo, que sólo fue publicado después de la muerte de Cicerón, al que se conoce bajo el título de *Un código práctico de conducta*. Se trata en él de lo que es bueno y lo que es conveniente. La tesis es que lo conveniente o ventajoso siempre es bueno y que lo bueno siempre es conveniente y ventajoso. Ello exige, naturalmente, distinguir entre lo que es aparentemente ventajoso y lo que es realmente ventajoso, porque sólo este último coincide con lo bueno.

La inteligencia permite determinar lo bueno y lo verdaderamente conveniente y ventajoso. La picardía o viveza, el gran azote de la humanidad, contraponen lo ventajoso a lo bueno y elige a lo primero. Pero las ventajas que de este modo se obtienen son efímeras y, en consecuencia, aparentes. Los pueblos que las cultivan terminan por perder la adhesión de sus aliados y el respeto de sus enemigos y los padecimientos que entonces sufrirán serán el precio inicialmente poco visible de su picardía. Los que, por el contrario, cultiven la fortaleza, la temperanza, la sabiduría y la justicia emergerán de entre los otros.

Es bueno decir la verdad y toda la verdad y cumplir las promesas; las pérdidas iniciales se verán después compensadas. No es bueno aumentar los tributos imprudentemente, preocupándose en exceso por las finanzas públicas: los funcionarios que lo hacen causan un daño social mayor que los beneficios efímeros que de este modo dicen aportar.

Ni siquiera en la guerra, procedimientos rápidos y oblicuos son permitidos. Muchos años atrás, en vísperas de una difícil batalla contra Pirro, alguien de las filas de éste se cruzó hasta el campo romano y ofreció envenenar al rey enemigo. El general romano declinó la invitación, que le aseguraba la victoria sin riesgo y sin bajas. Ganó la batalla con dificultad y sufrimiento, pero con las armas y no con veneno. El honor y el reconocimiento de todos los pueblos que de ese modo logró el ejército romano valió mucho más que el menosprecio y desconfianza que hubieran seguido a la pícaro elección del camino fácil.

Lo que es cierto para los pueblos es también cierto para los individuos. Marco Atilio Regulo, que durante su segundo consulado mediante una estratagemata había sido capturado en África por un general de Amílcar, fue enviado a Roma para que solicitara al Senado la liberación de ciertos prisioneros cartagineses bajo juramento de regresar a Cartago si no tenía éxito en su apelación. Ante el Senado, Marco Atilio hizo saber sus instrucciones, luego recomendó no entregar los prisioneros y después de ello regresó a Cartago para cumplir su juramento. Allí fue muerto de manera cruel. Ciertamente lo que parecía conveniente para él era no regresar a Cartago, evitar el suplicio y conservar la vida para disfrutar de sus hijos y sus nietos. ¡Pero qué placer puede encontrar un hombre de honor al mostrarse frente a sus hijos y sus nietos como alguien que salvó su vida incumpliendo un juramento?

Como ése hay muchos otros actos de fortaleza o heroísmo. Por ellos la nación es respetada y los enemigos muestran timidez, porque consideran que contra un pueblo de ese temple no es conveniente luchar.

Después de terminar este ensayo, Cicerón regresó a Roma, volvió a la vida pública y fue condenado a muerte. No había logrado volver a ver a su hijo Marcos, pero lo que para él escribió fue el manual de enseñanza y la moral aceptada de más de un imperio.

Las generaciones posteriores romanas admiraron los escritos de Cicerón y el Cristianismo lo encontró compatible con la religión, salvo momentos en que consideró que su lectura y popularidad distraía atención de las Sagradas Escrituras.

Su libro de retórica *La invención* está asociado con la reaparición de los estudios jurídicos en el siglo XI. A partir del Renacimiento italiano su prestigio y difusión crece y se

expande. Es incorporado por los movimientos protestantes. Los maestros de Isabel I de Inglaterra eran expertos en su obra y la misma Isabel I había estudiado casi todas ellas. También la habían estudiado quienes escribieron la Constitución de los Estados Unidos.

Su estilo influyó de manera poderosa en el modelo discursivo inglés y estadounidense y también en la manera de dirigirse a los jurados.

Es posible afirmar que durante los dos mil años que van desde su muerte hasta fines del siglo pasado ninguna lectura no religiosa había sobrepasado durante períodos prolongados a la de Cicerón ni contribuido más que ésta a establecer modelos de razonamiento discursivo o argumentativo en cuestiones políticas, morales y jurídicas, y de los modos de expresarlos.

Los pasajes de Cicerón que reproduzco son de aquella carta que escribió a su hijo, que hasta este siglo constituyó el libro de enseñanza de ética (una materia que se consideraba importante) en Inglaterra y Estados Unidos.

Estos pasajes se refieren al deber de decir la verdad en cuestiones comerciales. Son enseñanzas de valor permanente y de interés específico, porque dieron fundamento a decisiones judiciales que fijaron criterios para la celebración de los negocios que, partiendo de situaciones relativamente simples, se extendieron luego hasta constituir la base técnico-legal de situaciones tan modernas como el establecimiento de deberes para los accionistas controlantes de las sociedades anónimas.

La lectura de estas páginas de Cicerón no debería conducir a proponerse el ideal de una población de héroes o a desesperarse si no todos lo somos, pero sí a generalizar la aceptación social de ciertos valores y el repudio de su negación; a mostrar reverencia y dar estímulo a los primeros en lugar de admirar los segundos.

La experiencia del *common law* indica cómo la acción de jueces que habían pertenecido a la clase de los jóvenes a los que se hizo estudiar a Cicerón, y la imposición de elevados criterios de comportamiento a que tienden los jurados, pueden constituir elementos importantes para irradiar en una sociedad reglas de conducta de las que, según creía Cicerón, depende su éxito como nación.

Hubiera querido traducir los pasajes que siguen directamente del latín, pero el mío es muy pobre. Entre las traducciones que conozco utilicé más que otras la muy difun-

dada de Michael Grant⁴, de cuya introducción tomo también algunas de las referencias que dejo señaladas.

Terminé el trabajo en la noche del 4 de junio de 1989. Un incidente de la madrugada siguiente me impidió revisarlo hasta ahora. Mientras me recuperaba del episodio, no podía alejar de mi pensamiento el contraste entre lo que había querido transmitir con las páginas que vendá de seleccionar y traducir, y aquello con lo que me encontré esa madrugada. Recordaba el comienzo de la introducción de Cicerón, su referencia a la violencia armada y criminal, y me confortaba el saber que tenía con él por lo menos ese punto de contacto.

* * *

Plucio Cornelio Escipión, el primero de la familia que se dio en llamar Africana, acostumbraba decir que nunca estaba más ocupado que cuando no tenía nada que hacer y nunca se hallaba menos solo que cuando nadie había con él... Hoy, que la violencia armada y criminal me impide tanto la política como el ejercicio de mi profesión legal, yo tampoco tengo nada para hacer. Es por ello que dejé Roma, voy de un lugar a otro, y con frecuencia me encuentro solo.

Hijo. Todas las partes de la filosofía son útiles y fructíferas, ninguna es infecunda o desolada. Pero la más fértil es la que se ocupa de nuestros deberes morales, porque si los entendemos claramente habremos dominado las reglas para tener una vida buena y coherente. No dudo que estás atendiendo y entendiendo las enseñanzas que sobre esto te imparte mi amigo Cratipo, el mejor de los filósofos contemporáneos. Pero quiero que de todos lados llegue a tus oídos esta moral. Si fuese posible, desearía que no escucharan otra cosa.

Para todo el que se proponga una buena carrera la filosofía moral es necesaria, y creo que ello te es particularmente aplicable porque sobre tus hombros pesa una responsabilidad especial. Muchos esperan que tú seas tan laborioso como lo he sido yo, que tengas una carrera como la mía y quizá que tengas una reputación parecida a la mía. Atenas y Cratipo aumentan tus responsabilidades. Fuiste allí para traer un cargamento de enseñanza y dañará tu prestigio si

⁴ Cicero, *Selected works*, London Penguin Books, 1971.

vienes sin ella, porque no habrás honrado ni a la ciudad en la que te encuentras ni a tu profesor. Haz, entonces, todos tus esfuerzos. Trabaja tanto como te sea posible (si es que estudiar debe ser considerado trabajo y no placer) y da lo mejor de ti. Te he brindado cuanto precisabas: no permitas que se diga que tú has fracasado.

Pero basta ya de esto. Te he hecho iguales exhortaciones muchas veces. Vayamos a lo que queremos tratar, y a sus subdivisiones...

2. CASOS DE NEGOCIOS

Supongamos que hay escasez de alimentos y hambre en Rodas y que el precio de los granos es, por consiguiente, muy alto. Un comerciante, que llega a Rodas desde Alejandría con un cargamento de granos, durante el viaje vio a otros buques que están también por llegar con cargamentos importantes. ¿Debe decirle a los habitantes de Rodas que hay otras naves en camino, o puede callar y vender su carga al mejor precio que consiga? Presumamos que se trata de una persona honesta e inteligente que no permitiría que los habitantes de Rodas siguieran en su ignorancia si creyera que es deshonesto hacerlo. Lo que se pregunta es si realmente sería deshonesto.

En casos de este tipo el eminente y respetado estoico Diógenes de Babilonia por lo común toma un punto de vista y su inteligente discípulo Antipater (de Tarso) el opuesto. Hagamos sostener a Antipater que deben hacerse conocer todos los hechos y que el comprador debe estar tan informado como el vendedor. Diógenes, por su parte, dirá que el vendedor debe declarar los defectos de su mercancía como lo requiera la ley, pero mientras no afirme una falsedad tiene el derecho de vender sus bienes al mejor precio que pueda conseguir.

"Yo traje el cargamento. Vendo siempre al mismo precio que los demás y cuando debo desprenderme de excedentes vendo más barato que los demás. A nadie engañó —dice Diógenes—.

Claro que lo haces —contesta Antipater—. Te debes a tus semejantes y a servir los intereses de todos. Así naciste y esos son los principios que debes obedecer, porque tus intereses son los de la comunidad, y los de ésta son los tuyos. ¿Cómo puedes ocultar que otros cargamentos importantes llegarán dentro de poco?

Ocultar es una cosa, pero no hacer saber es otra —responde Diógenes—. Si yo no te dijera qué es lo bueno, ni la naturaleza del bien supremo, no te estaría ocultando una información que seguramente es más valiosa que saber el precio del trigo. No estoy obligado a decirte todo lo que sería útil para ti conocer.

Lo estás —contestaría Antipater—, porque la naturaleza hizo que la humanidad se uniera en una comunidad.

Lo sé, pero en esta comunidad existe la propiedad privada. De lo contrario nada podría venderse y todo debería entregarse”.

Observarán que en este debate ninguna de las partes propone una acción, aunque sea mala, por resultar ventajosa. Una dice que la acción es ventajosa sin ser mala, y la otra que la acción es mala y, por lo tanto, no debe ser hecha.

* * *

Supongamos ahora que una persona honesta quiere vender una casa que tiene defectos que sólo ella conoce. Todos piensan que el edificio es sano, pero no lo es y su dueño sabe que no lo es. O el edificio fue mal construido y amenaza ruina. Sólo su dueño lo sabe, pero no revela estos hechos al comprador y vende la casa por más de lo que el mismo esperaba que le pagaran. ¿Ha actuado de modo injusto y deshonesto?

“Sí, por supuesto —dice Antipater—. En Atenas, no decir a quien lo había perdido cuál era su camino era castigado con repudio general. ¿Acaso no es lo mismo permitir que el comprador se equivoque y se arruine? Esto es peor que no indicar el camino, porque deliberadamente se induce a error.

Pero no te forzó a comprar. En realidad, ni siquiera te pidió que compraras —contestaría Diógenes—. Ofreció en venta algo que no querías y tú compraste algo que querías. Si no se reprocha anunciar que una casa mala y defectuosamente construida es buena y bien construida, no puede censurarse a quien simplemente se abstiene de alabarla. ¿Qué reproche puede hacerse al dueño mientras el comprador pueda utilizar su propio juicio? Si no estás obligado a garantizar todo lo que dices, ¿cómo puedes ser responsable por lo que no dices? Sería tonto que un vendedor enumerara los defectos de lo que vende, y es la suprema estupidez que en una subasta se proclame a pedido del dueño: “Se vende una casa insalubre””.

* * *

Son éstos algunos de los casos dudosos en los que alguien toma una posición moral y otro sostiene que no sólo es bueno hacer lo que conviene, sino que es errado no ha-

erlo. Estos conflictos entre lo que es bueno y el conseguir una ventaja aparente son frecuentes. Diré mi opinión. Creo que el comerciante de granos no debería callar los hechos y que el vendedor de la casa no debería silenciar sus defectos al comprador. Callar no siempre es ocultar, pero lo es cuando se calla en provecho propio para que otros permanezcan en la ignorancia de cosas que uno sabe y que sería útil para ellos conocer. Cualquiera advierte qué tipo de ocultamiento es éste y qué tipo de persona lo practica. Es lo opuesto a una persona abierta, directa, recta y honesta. Es una persona con dobleces, artera, inconfiable, mala, hipócrita, un pícaro vulgar. No hay ninguna ventaja real en merecer esos calificativos y otros más.

* * *

Si callar la verdad merece censura, mucha mayor censura merece el que miente. Gayo Canio, un culto e inteligente romano que cierta vez fue a Siracusa en viaje de placer nos cuenta la siguiente historia.

Muchas veces había indicado su deseo de comprar una pequeña propiedad en la que tuviera tranquilidad para descansar e invitar a sus amigos. Pitio, un banquero de Siracusa, le dijo que era dueño de una propiedad que se ajustaba a sus deseos; no tenía intención de venderla, pero Canio podría utilizarla como propia. Invitó a Canio a almorzar en ella el día siguiente y Canio aceptó: Pitio era banquero, por lo que mucha gente de todas las clases estaba dispuesta a complacerlo. Pitio llamó a varios pescadores, les pidió que el día siguiente pescaran frente a su propiedad y les dio otras instrucciones. Canio llegó puntualmente y la reunión fue muy placentera. Frente a ellos había muchos botes de pescadores que venían y depositaban su captura a los pies de Pitio.

—¿Qué son estos botes y estos peces, Pitio? —preguntó Canio—. Oh, nada especial —contestó Pitio—. Todos los peces de Siracusa están en este lugar y estos hombres dependen de mí”.

Canio se entusiasmó y pidió a Pitio que le vendiera la propiedad. Pitio en un comienzo pareció resistirse pero finalmente aceptó. Canio era rico, quería la propiedad, pagó lo que Pitio le pedía y compró también todo su mobiliario. Pitio cerró el negocio y lo registró en sus libros. El día siguiente Canio llegó temprano a la casa e invitó a sus amigos. Pero de los botes, ni un remo se veía. Preguntó en-

tonces a su vecino si ese día se celebraba alguna festividad por la que los pescadores no habían salido al mar.

"No sé de ninguna festividad —dijo el vecino—. Ni tampoco sé por qué había pescadores ayer. Aquí nunca viene ninguno".

Canso se enfureció pero nada podía hacer, porque en aquel entonces mi amigo y colega Gayo Aquilio Gallo no había aún establecido las formas de acciones penales para el fraude. Cuando se le preguntó a Aquilio qué era fraude contestó:

"Aparentar una cosa y hacer otra".

Una buena respuesta de un jurista de mucha experiencia en formular definiciones. Píto, y todos aquellos cuyas acciones contradicen sus palabras, son malintencionados, inconfiables y deshonestos. Nada ventajoso puede resultar de ello.

3. LA PICARDÍA Y EL DEBERO

Si la definición de Aquilio es correcta, debemos excluir totalmente las falsas afirmaciones y el callar hechos. Ello significa que ninguna persona decente inventa hechos o los oculta para su propio beneficio cuando compra o cuando vende. Aun antes de Aquilio había penas para fraudes de este tipo. Las había en las Doce Tablas para la tutela y en la ley Pleatoria para protección de los menores. En casos de equidad el mismo resultado se obtiene con la fórmula *bueno fe*. Otras causas civiles dan importancia a expresiones tales como *lo más justo es lo mejor* (tratándose de los bienes de la esposa) o *negociación honesta entre personas honestas* (en relaciones fiduciarias). ¿Qué lugar hay para la deshonestidad bajo la fórmula de que *lo más justo es lo mejor*? La regla de negociación honesta entre personas honestas no deja huecos para las acciones inescrupulosas o fraudulentas. Como bien dice Aquilio, la falsa afirmación es un fraude criminal y el engaño debe ser suprimido totalmente de los negocios. Así, por ejemplo, un vendedor no debe utilizar un falso comprador para aumentar el precio ni el comprador servirse de un agente para disminuirlo. Cuando llega el momento de decir el precio, el uno y el otro deben dar su precio final.

Cierta vez Quinto Mucio Scevola, hijo de Plubio, quería comprar una finca y le pidió al vendedor que le indicara su

precio final. Cuando éste lo hizo, Scévola le dijo que la finca valía más y le pagó cien mil sestericios por sobre la cantidad pedida. Probó la rectitud de su carácter, pero su acción fue criticada por poco juiciosa y comparada con el caso en que él quisiera vender un bien y se contentara con menos de lo que se le ofrecía. Es ésta una dañosa teoría, que niega que ser un hombre recto y ser un hombre juicioso es lo mismo. Como bien dice Ennio, si un hombre sabio no puede extraer beneficio de su sabiduría, ésta es inútil. Muy cierto. Siempre que Ennio y yo entendamos lo mismo por "extraer beneficio".

En otra ocasión los augures querían hacer observaciones del cielo, pero una parte elevada de una construcción obstruía la visión. Instruyeron por lo tanto a Tiberio Claudio Centumalo, su propietario, que debía demerlarla. En lugar de ello Claudio ofreció la propiedad en venta y Publio Calpurnio Lanario la compró. Cuando éste recibió las mismas instrucciones de los augures, demolió la parte elevada. Al saber que Claudio sólo había ofrecido la venta después de conocer la necesidad de esa demolición lo llevó ante los árbitros para que decidieran qué indemnización éste estaba obligado, de buena fe, a pagar. El veredicto fue pronunciado por Marco Porcio Catón, padre de nuestro amigo Catón (otros hombres toman sus nombres de sus padres, pero éste parece tomarlo de su glorioso hijo) quién decidió que:

"Dado que el vendedor sabía el hecho pero no lo divulgó, debía pagar la pérdida del comprador".

Es así que Catón estableció el principio de que la buena fe requiere que el vendedor haga saber al comprador todo defecto que conozca. Si esta decisión es correcta, el mercader de granos y el vendedor de la casa insalubre actuaron mal si callaron los hechos. Nuestras leyes civiles no pueden ocuparse del ocultamiento de los hechos en todas las formas que este ocultamiento puede tomar. Pero tratan con severidad a aquellos casos que caen bajo su alcance.

Mi pariente Marco Mario Gratidiano revendió a Gayo Sergio Orata una casa que había adquirido de él años atrás, pero no dijo en la venta que existía sobre ella un gravamen que se trasladaba a sus sucesivos propietarios. Sobrevino una disputa y la cuestión llegó a juicio. Lucio Licino Craso representó a Orata y Marco Antonio a Gratidiano. Craso sostuvo que la ley mandaba reparar los defectos conocidos pero no revelados. Antonio apeló a la equidad y alegó que Orata conocía el defecto (que ya existía cuando él había vendido

la casa a Gradiano) y que no había sido, por lo tanto, víctima de ningún engaño.

* * *

Cuento estas historias para mostrar que nuestros antepasados no toleraban la picardía. La ley y la filosofía tienen distintas maneras de combatirla. La ley lo hace a través de la coerción y la filosofía mediante el razonamiento, que excluye todo engaño, ilusión o artimaña. Tender trampas para animales es engañar, aunque uno no se proponga cazar o conducir a la presa hacia ellas, porque aun en esos casos los animales caen con frecuencia. Anunciar que una casa está en venta no debe ser una trampa para víctimas inadvertidas. Los criterios no son hoy tan altos como en otros tiempos y encuentro que acciones de este tipo no son vistas como malas o penalizadas por la ley o el derecho. Pero las prohíbe la moral. Repito que existe un lazo de comunidad que vincula a los hombres del mundo. Aunque este vínculo es universal, es particularmente fuerte entre personas de la misma raza y es aún más fuerte entre compatriotas. Este vínculo de comunidad entre todos los individuos explica por qué nuestros antepasados hicieron una distinción entre el derecho de la ciudad y el derecho universal. El primero es parte del segundo, pero éste es más amplio.

No es que tengamos imágenes totalmente claras de la verdadera y auténtica justicia y derecho. Apenas si podemos percibir sus contornos, que nunca son totalmente satisfactorios. Pero por lo menos podemos partir de sus modelos mejores. Piensa en la nobleza de esta fórmula:

"Que no sea engañado y defraudado por causa tuya y porque confío en ti".

Y en esta otra frase de oro:

"Entre personas honestas debe haber un trato honesto y ningún engaño".

Elas dejan algunas preguntas sin resolver: quiénes son personas honestas y qué es un trato honesto.

El sacerdote máximo Quinto Mucio Scevola daba mucha importancia a todos los casos de arbitraje que tenían que ver con la expresión *bueno fe*, que aplicaba a las tutelas,

las asociaciones, los fideicomisos, las comisiones, la venta, la locación y, de hecho, a todas las relaciones de la vida cotidiana. Para él, determinar las obligaciones que resultan de la buena fe requiere un juez de grandes virtudes. Pero en ningún caso hay lugar para la picardía. También queda excluida toda triquiñuela disfrazada de inteligencia, dos cosas muy distintas y muy distantes la una de la otra. La función de la inteligencia es distinguir lo bueno de lo malo. La picardía se coloca entre ambos y por lo común se inclina por lo que es malo e incorrecto.

Los bienes inmuebles no son los únicos casos en los que nuestro derecho civil, siguiendo a la naturaleza, castiga a la picardía y al engaño.

En la venta de esclavos, por ejemplo, todo engaño del vendedor está prohibido. Los ediles han establecido que si una persona sabe que un esclavo es enfermo, tiende a escaparse o es ladrón, debe decirlo, a menos que lo haya recibido como herencia.

La conclusión es la siguiente. La picardía vestida de inteligencia es el gran azote de la humanidad y la causa de innumerables conflictos aparentes entre lo que es correcto y lo que es ventajoso, porque no son tantos los que se abstienen de una mala acción si tienen la seguridad de que no serán descubiertos y castigados.

Éste es, hijo, el presente que tu padre tiene para ti. Creo que es importante.

Todo dependerá de lo que hagas con él. Quisiera que sus tres partes fuesen tres huéspedes bienvenidos entre tus apuntes con las enseñanzas de Cratipo.

Habría ido a Atenas si mi país no me hubiera requerido cuando me encontraba en camino. Si hubiera llegado, sé que alguna vez me habrías escuchado. Debo en cambio hacer que mi voz llegue a ti en la forma de estos tres volúmenes.

Dale tanto tiempo como puedas, lo que en realidad significa que le des todo el tiempo que quieras darle. Cuando sepa que te encuentras disfrutando el estudio de estas materias desearé que podamos discutirlos juntos. Pero ahora estamos separados, y debemos comunicarnos a través de la distancia.

Adiós, hijo mío. Como sabes, mi afecto por ti es muy grande, y será aún mayor si recibes bien los consejos e instrucciones que te he dado.

III. EL ENGAÑO. EL NO HACER SABER Y LOS DEBERES FIDUCIARIOS. FRAGMENTOS DE UN ALEGATO

1. LA AFIRMACIÓN ERRADA ("MISREPRESENTATION") Y LA OMISIÓN DE HACER SABER ("NONDISCLOSURE") EN EL "COMMON LAW"

Comenzaré diciendo lo que no son. Por de pronto no son parte del derecho de los contratos sino de los ilícitos civiles (torts) del que constituyen uno de sus capítulos más importantes. Aunque se relacionan con las palabras *fraude* y *engaño*, tienen poco que ver con los requerimientos de fraude o mentira, tal como se los entiende en muchos países del civil law. Es cierto que alguna vez en la historia, muchos siglos atrás, el *common law* los exigía, pero ya no es así.

Hay ahora responsabilidad, aun por error de buena fe, si hubo negligencia en informarse, y en muchos casos se considera que existe responsabilidad objetiva (strict liability) para aquel sobre quien pesa esta obligación aunque actuando con toda diligencia nada más haya podido hacer para informarse mejor y encontrarse así en condiciones de hacer saber a la otra parte.

No se trata de un deber de abstenerse de montar un escenario, una maquinación, un ardid o hasta de una simple mentira; lo que hay en muchos casos es un deber activo de hacer saber. No es que sea irrelevante si una de las partes a sabiendas mintió, montó cuidadosamente su escenografía o aprovechó deslealmente las convicciones o hasta las debilidades de la otra; todo ello tiene importancia para resolver, por ejemplo, si se deben o no daños punitivos o ejemplificadores, pero no para la mínima obligación de restituir lo recibido o indemnizar la pérdida sufrida por la otra.

No se trata tampoco de un derecho de avanzada o de nobles teorías de los profesores (aunque así pueda aparecer a muchos ojos de juristas del derecho continental) sino del derecho vivo de los delitos y cuasidelitos civiles, el que se enseña a los estudiantes en las escuelas de derecho y el que aplican sus jueces, incluidos los jueces de Nueva York. Cualquier tentativa de reducir este derecho a ciertas nociones corrientes en el derecho continental, defecto en percibir su evolución y tendencias predominantes y la conexión delibe-

rada que jueces y profesores establecen entre la continua re-creación de este derecho y la imposición de pautas cada vez más elevadas de ética de los negocios y consideraciones de política jurídica no sería aplicación del derecho de Nueva York ni, de manera más general, de ningún derecho del *common law* del que hoy se hable.

2. PANORAMA

"El último medio siglo ha visto un cambio marcado en las actitudes de los tribunales respecto de la cuestión de 'confianza justificada'. Viejos fallos, bajo influencia de la entonces predominante doctrina del *caveat emptor*, ponían un acento importante en el deber del actor de protegerse a sí mismo y desconfiar de su antagonista, y le negaban el derecho a creer hasta en las afirmaciones de aquel con quien estaba negociando. Se presumía que cualquiera, si podía, sacaría ventajas en la negociación y que sólo un tonto podía esperar común honestidad. El actor, en consecuencia, debía hacer una investigación razonable y formarse su propio juicio. La aceptación de un nuevo nivel de ética de negocios, que exige que la afirmación de un hecho sea por lo menos honesta y no negligente, y que en muchos casos deba considerársela garantizada como verdadera, ha conducido a un cambio casi total de ese punto de vista".⁴

Expondré el derecho sobre la "representación (manifestación) errada" o "engañosa" (en el sentido que conduce a error) y el "no hacer saber" conforme al Tratado más difundido en esta materia, que viene siendo usado desde hace muchas décadas en todas las buenas escuelas de derecho de los Estados Unidos, ha sido muchas veces citado en decisiones judiciales y del cual extraje el fragmento precedente. Usaré su capítulo denominado, justamente, *Misrepresentation and nondisclosure* de la edición abreviada antes citada. Dice, en síntesis, lo que sigue.

a) La "manifestación engañosa" y el "no hacer saber" en el derecho de los "torts"

El formular una manifestación falsa o errada o simplemente el no informar son conductas tortuosas a las que por su desarrollo histórico o motivos de conveniencia se trata generalmente como una categoría separada. Muchas de las

⁴ Prosser - Keeton, *Torts*, West Publishing Co., 1985.

más comunes y familiares formas de conducta negligente no son en definitiva más que una "manifestación engañosa", como la señal equívoca que hace el conductor de un auto-móvil que se dispone a girar, asegurar que no hay peligro, hacer una aseveración falsa acerca de un bien mueble que se vende o no revelar los defectos latentes de una cosa.

b) "Manifestación engañosa", "no hacer saber" y "error"

Al cerrar una negociación ambas partes pueden estar erradas sobre algún aspecto del acuerdo sin que ninguna de ellas sea responsable por el error de la otra: éste es un caso de error recíproco.

Puede ocurrir que sólo una de las partes esté errada. Su error pudo o no haber sido inducido por la otra parte o un tercero.

A su vez, la manifestación que lo condujo a error pudo haber sido:

- deshonesta;
- honesto pero negligente;
- honesto y no negligente.

Aunque el error de una de las partes no haya sido inducido por la otra parte o un tercero, es posible que esta otra parte supiera el error en que la primera se encontraba. En estos casos el problema principal ha sido determinar en qué medida tenía la obligación de hacer saber ese error.

c) La "acción por engaño" ("action of deceit")

Este nombre es usado a veces para designar todos los tipos de acciones que hoy existen para cualquier caso de "manifestación engañosa" o de "no hacer saber". Otras, en cambio, se la usa en un sentido más restringido para referirse a un remedio del derecho de torts anterior a los desarrollos modernos. La razón por la cual esta acción ha tenido una evolución separada es que en la mayor parte de los casos juzgados las "manifestaciones engañosas" ocurrieron durante la negociación de un contrato entre las partes; otras doctrinas se ocuparon de las restantes situaciones. Es por esto que la "acción por engaño" refleja la cambiante concepción de la ética de los negocios. Pero el derecho de las "manifestaciones engañosas" y del "no hacer saber" es mucho más amplio que el alcance de la "acción por engaño". La responsabilidad que resulta de las primeras se ubica se-

gún los casos en alguna de las tres divisiones familiares de responsabilidad por tortis:

intención,
negligencia, o
responsabilidad objetiva.

d) La "acción por engaño". Evolución

Conocida ya en el siglo XII, en un comienzo comprendió reclamos que hoy se consideran contractuales, tales como falsas garantías en la venta de cosas muebles corporales. La separación entre engaño y garantía quedó establecida en "Pauley vs. Freeman" (1789). El elemento subjetivo o psicológico (denominado *scienter*) era generalmente definido como el conocimiento de que la manifestación era falsa o (lo que se consideró que era lo mismo) el conocimiento de que no se contaba con suficiente información para estar seguro de que era verdadera.

Ante las limitaciones originarias de esta acción los tribunales de equidad (en aquel entonces separados de los del *common law*) comenzaron a atender reclamos por error y "manifestación engañosa". Los remedios más frecuentes fueron la anulación (rescisión) o la reformulación del contrato, con lo que se evitaba el enriquecimiento injusto de quien se había beneficiado con el error del otro. El propósito era regresar las cosas al *status quo anterior*. Tal era la solución que se aplicaba al error recíproco.

Otras vías fueron abiertas por los jueces. Una de ellas fue el *estoppel in pais*, por el cual

"una persona se ve impedida de invocar o negar un hecho por razón de sus previos actos, alegaciones o negativas contrarias".

En consecuencia, el autor de una manifestación falsa o errada no puede después negar su exactitud. Los jueces hicieron importantes aplicaciones de esta idea.

e) Cómo se induce una impresión errada

La manifestación que da lugar a la "acción por engaño" generalmente consiste en palabras, sean habladas o escritas, pero cualquier conducta que conduzca a una impresión errada es una "manifestación engañosa". Simplemente por el hecho de realizar un negocio se puede concluir que ciertas manifestaciones han sido hechas. Así, el banco que re-

cibe un depósito representa ser solvente. En estos casos "las acciones valen más que las palabras".

También es "manifestación engañosa" un ocultamiento activo de la verdad, cualquier palabra o acción que produzca una impresión que haga desistir a otro de investigar la verdad; no hay diferencia entre esto —se consideró— y afirmar una falsedad.

f) El deber de "hacer saber"

Como se dijo en palabras citadas en más de una sentencia:

"Un problema mucho más difícil es si el mero silencio o la simple omisión de hacer saber ciertos hechos que el demandado conoce puede ser base de la 'acción por engaño'. Ha sido afirmado con frecuencia, particularmente en viejos fallos, que no hay acción contra quien se abstuvo de hacer saber. Esta regla reflejaba, por supuesto, la dudosa ética de negocios de los primeros tiempos de la acción por engaño, y tenía algo de la vieja noción del derecho de tortas de que no hay responsabilidad por no hacer.

Esta regla es aplicable en casos en los que el hecho es manifiesto, o cuando el actor tuvo las mismas oportunidades de obtener información y era de esperar que las usara, o cuando el demandado no tuvo motivos para pensar que la otra parte estaba actuando con error o desconocimiento.

Hay ocasionalmente algunos casos modernos que sostienen que en tanto uno de los adversarios no conduzca activamente a error al otro tiene todo el derecho de aprovecharse de su desconocimiento, no importa cuán injusto ello sea; que el dueño de una vivienda que está atacada por termitas puede pasársela impunemente a un comprador que lo ignora y alejarse regocijándose de la operación. Son éstos, en verdad, casos particularmente desagradables.

A esa regla general (si es que ella es tal) los tribunales han abierto una cantidad de excepciones todavía no bien definidas y de fronteras no totalmente determinadas.

La más obvia es que si el demandado habla, sus palabras no deben inducir a error... y si quien hizo la afirmación después adquiere nueva información que hace que su manifestación anterior resulte ahora falsa o engañosa, debe hacer saber esa nueva información a quien continúa actuando sobre la base de la información originaria; es el caso, por ejemplo, de una significativa declinación en las utilidades de un negocio mientras su venta está pendiente.

Otra excepción se encuentra cuando las partes están vinculadas por una relación *confidencial* o *fiduciaria*, como en la situación... de accionista mayoritario y minoritario... o muchas otras que requieren especial confianza.

Además, muchos contratos, tales como los de... sociedad y joint venture, crean una suerte de relación confidencial, y de allí que requieran absoluta buena fe y plena y clara exposición de todos los hechos relevantes.

Además de esto, existe una amorfa tendencia en años recientes en la mayor parte de los tribunales en encontrar un deber de hacer saber cuando las circunstancias son tales que el omitirlo violaría la obligación de ajustarse a lo que una persona de moralidad corriente hubiera hecho.

Cuando el actor busca un remedio de naturaleza equitativa, por ejemplo, si quiere rescindir la operación y recuperar lo que ha entregado, generalmente se aplica una regla más liberal. Un error recíproco sobre un hecho importante es por lo común base suficiente para la anulación (rescisión); cuando el actor actúa sobre la base de ese error la posición del demandado empeora si tuvo conocimiento de ese error, dejó de advertir a la otra parte o se aprovechó de la situación.

También, como se dijo, hay una clase de estoppel in pais que se basa en no haber hecho saber la verdad cuando un hombre razonable lo hubiera hecho.

La mayor liberalidad para conceder la rescisión se debe probablemente a que ésta se dirige a impedir que el demandado obtenga una ventaja injusta, mientras que la 'acción por engaño' requiere compensar al actor las pérdidas que sufrió¹.

g) Intención, negligencia y responsabilidad objetiva

Un fallo de la Cámara de los Lores de 1889 ("Derry vs. Peck") limitó la "acción por engaño" a los casos de manifestación engañosa intencional y dejó a otros recursos del common law las manifestaciones engañosas por negligencia o por responsabilidad objetiva. Aunque ciertos tribunales de los Estados Unidos dicen seguir ese criterio, en los hechos no lo hacen.

1) En primer lugar, incluyen como manifestación engañosa intencional los casos en que quien hizo la manifestación simplemente sabía que no tenía bases suficientes para hacerla.

2) Además, incluyen los casos en que el demandado debió haber sabido que no tenía información suficiente.

3) En otros, directamente incluyen situaciones que claramente son de negligencia.

¹ Prosser - Keeton, *Torts*, p. 737-740.

h) Negligencia

Una manifestación puede ser hecha con honesta convicción de que es verdadera pero ser negligente, sea por la manera en que su autor determinó los hechos o por la manera en que la expresó o por su falta de aptitud o competencia para formular esas afirmaciones.

No se distingue ésta de otras formas de negligencia, aunque hay ciertas limitaciones en cuanto a aquellos respecto de quienes se tiene responsabilidad, lo que parece reflejar el hecho de que antiguamente la moralidad que se esperaba en las negociaciones era menor y también lo era la honestidad que se exigía que los comerciantes pusieran en su elocuencia.

1) Algunos tribunales han extendido las consecuencias de las manifestaciones negligentes no sólo a aquel a quien fue dirigida sino a cualquier persona del público. Aunque no todas coinciden, en los hechos la diferencia entre sus soluciones no es significativa. Todas hoy reconocen o reconocerían que hay situaciones en que la actividad de quien realiza la manifestación, una relación preexistente entre las partes o ambos factores, establecen un deber particular de poner un razonable cuidado en ciertas manifestaciones.

2) En un importante número de casos los tribunales han establecido la obligación de reparar aun sin que hubiera culpa o negligencia de quien hizo la manifestación.

i) Creencia justificada

Un elemento es que el actor debe haber creído en la manifestación y que esa creencia (relacione) haya sido justificada. Los casos más difíciles son aquellos en que hubo negligencia del actor en investigar los hechos por su cuenta, negligencia que la mejor línea de fallos no considera una defensa eficaz para el demandado, por lo menos en los casos en que sabía o debía saber que sus manifestaciones no eran exactas o no tenía suficiente información para saber si lo eran o no.

Se ha decidido así que afirmaciones de hecho, como las que se refieren al estado financiero de una compañía, deben merecer confianza sin necesidad de una investigación propia, y ello no sólo en los casos en que esa investigación es onerosa o difícil sino aunque pueda ser hecha con pequeño esfuerzo y con elementos al alcance de la mano.

La manifestación debe haber recaído sobre algún aspecto importante del negocio. Aunque para determinar qué es importante debe aplicarse en principio un criterio objetivo,

puede bastar que haya recaído sobre algún aspecto que era considerado importante por uno de las partes por motivos propios, si eran conocidos por la otra.

j) *La mera opinión*

Una opinión es una afirmación que se formula señalando quien la emite que duda si ella es cierta o no o que contiene una simple apreciación, como decir: "Este cuadro es muy bonito".

Una opinión pretende reflejar un estado psíquico del que habla y como tal puede ser verdadera o falsa según que ese estado exista o no. Ese estado psíquico no es siempre relevante, pero puede serlo según las circunstancias. Si lo es, queda sujeta a la "acción por engaño".

Un caso especial es el de la elocuencia del vendedor que dice: "Este auto es un balazo" o (en el Río de la Plata): "Esta oferta es la pichincha del año".

Tradicionalmente, se permitió a los vendedores decir cuantos disparates quisieran (mientras no afirmaran nada específico), porque se consideraba que nadie les prestaba atención. Pero aun con ellos la tendencia actual es de mayor severidad.

En muchas situaciones los tribunales han atribuido responsabilidad por la expresión de simples opiniones; ellas pueden quizá resumirse diciendo que se trataba de casos en los que era probable que el actor aceptaría esa opinión, lo que ocurre frecuentemente cuando existe una relación de confianza como sucede entre familiares, socios o amigos.

Emitir una opinión, por otra parte, importa afirmar que no se conoce ningún hecho que la contrarie y que sí se conocen hechos que le dan fundamento.

Existe coincidencia generalizada en que la opinión de quien dice ser (o a quien se considera) experto en una materia significa para quienes no lo son una afirmación en la que su autor sintetiza su conocimiento, aunque se trate de la parte contraria en una negociación.

Finalmente se encuentran los casos en que quien emitió su opinión recurrió a algún procedimiento para que la otra parte no profundizara su investigación.

k) *Pronosticar el futuro*

Un caso de opinión es el pronóstico o predicción del futuro, que da lugar a responsabilidad si quien la emite cono-

ce algún hecho que impide la realización de esa predicción o si, por el superior conocimiento que se le atribuye de la materia sobre la que está hablando, se justifica que el otro confíe en su opinión.

l) Afirmar una intención

La intención es un estado de ánimo: afirmar una intención es, simplemente, afirmar un hecho. La mera suscripción de un contrato implica representar la intención de cumplirlo; los remedios por "manifestación engañosa" estarán disponibles si de la conducta posterior resulta que esa intención no existió.

m) Rescisión (anulación) y restitución

El remedio (en equidad) de anulación (rescisión) y restitución permite recuperar los daños en la medida del enriquecimiento de la otra parte.

n) Los daños

1) **Daños generales o directos.** La acción por "manifestación engañosa" o por "no hacer saber" permite, en primer lugar, recuperar los daños llamados generales o directos.

2) **Daños especiales, indirectos o "consequential".** Además de los daños generales o directos el actor tiene derecho a recuperar los daños especiales, indirectos o consequential que sean próximos.

3) **Daños punitivos o ejemplificadores.** Si la conducta del demandado fue intencional o moral o socialmente reprochable, puede condenarse al demandado a pagar, además de los daños compensatorios (denominación que comprende tanto a los generales o directos como a los especiales o indirectos) daños punitivos o ejemplificadores, que son aquellos que se imponen:

"como castigo del demandado por el daño que ha hecho, para protección del público en casos similares, para disuadir al demandado a repetir su acción y para que sirvan de advertencia a otros.

El grado de mal comportamiento necesario para que sean aplicados y confirmados los daños punitivos ha sido definido de distintas maneras, pero todas esas definiciones importan la comisión de un acto intencional, malicioso, querido o una omisión tan perversa y obstinada en cumplir los propios deberes

que permita presumir la total indiferencia por los derechos de otros, lo que equivale a un mal comportamiento intencional”⁴.

3. EL DERECHO DE NUEVA YORK

a) Introducción

Este ambiente y desarrollo del *common law* son parte del derecho de Nueva York. Este hizo mucho más que reflejar lo que venía siendo elaborado en otras jurisdicciones; dio un impulso importante a esa evolución. Muchos de sus fallos constituyen momentos significativos que hoy se hacen leer y releer a los estudiantes de derecho. Estos podrán olvidar algunos casos o no haber leído otros, pero difícilmente pasen por una escuela de derecho sin que queden en ellos fijados para siempre ciertos párrafos del *justice* Cardozo en “*Meinhard vs. Salmon*”.

b) Utilización del derecho de Nueva York en los negocios

El saber que el derecho de Nueva York no tiene vocación para enredarse en supuestos tecnicismos cuando se discuten cuestiones significativas de ética de los negocios es uno de sus principales atractivos, y lo que hace que ese derecho sea más usado hoy que probablemente cualquier otro por empresas de distintos ambientes y culturas como ley de sus contratos y de sus relaciones. En reconocimiento de esa circunstancia es que en el curso de esta década la legislatura de Nueva York removió antiguas restricciones y resolvió que la elección del derecho de Nueva York como ley de un negocio es eficaz, de acuerdo con el derecho de Nueva York, aun cuando el negocio o las partes no tengan ninguna relación con Nueva York. Pocos son los tribunales de Nueva York que, cuando sienten la menor ocasión de hacerlo, dejan de ratificar el espíritu que constituye su tradición. Lo hizo también el juez Lang cuando dijo:

“Si la inclusión de un reclamo sobre daños fue quizás un error táctico del actor al que se aferró después la demandada para negarle su derecho al arbitraje, una Corte no sirve a la justicia si se atiene a errores tácticos para resolver cuestiones importantes”.

⁴ 36 NY Jurisprudence 2^{da}, p. 290 y 295 y fallos allí citados.

Pero no fue un error táctico del actor el haber colocado bajo el derecho de Nueva York un contrato hecho sobre la base de la confianza. "Fraude", "confianza" y "decepción" (deceit) son palabras sobre las que se construyó el derecho de Nueva York, tanto el de los torts como el de los contratos.

4. LAS FUENTES DEL DERECHO DE NUEVA YORK

Esto, como se sabe, consiste en un derecho de formación judicial y otro legislado. El de formación judicial tuvo dos fuentes: el common law y la equidad, administradas en un principio por tribunales distintos. La distinción hoy se ha suprimido y sus vestigios también tienden a borrarse. El derecho legislado es promulgado por su legislación, pero se considera también parte del derecho de Nueva York (cierta legislación del Congreso de los Estados Unidos (legislación federal). El derecho de Nueva York es normalmente aplicado, por supuesto, por los tribunales del Estado, pero hay ocasiones en que los tribunales federales también deben hacerlo.

5. EL DERECHO JUDICIAL DE NUEVA YORK

Los casos relevantes del derecho judicial de Nueva York en materia de "manifestación engañosa" y "no hacer saber" son más de los que uno puede proponerse contar: la simple referencia a los que se consideran más significativos ocupan centenares de páginas en cualquier volumen que trate de ellos. Existen algunas publicaciones que reflejan la doctrina y las reglas que resultan de ese derecho judicial. La más utilizada es *New York Jurisprudence 2nd*, una colección que en forma de prosa y con la organización de una Enciclopedia expone en cada oración una doctrina o regla vigente formulada o confirmada por uno o más fallos de los tribunales de Nueva York. El volumen 60 de *New York Jurisprudence 2nd* destina más de cuatrocientas páginas a fraude y decepción. En las partes que más interesan para este caso, a las que anoto algunos fallos que considero ilustrativos, dice así:

a) Caracterización y clases

El fraude ha sido definido de muchas maneras pero con frecuencia se niega la conveniencia de una exacta defini-

ción legal, porque el ingenio humano puede vestir al fraude de tantas maneras que es difícil dar una definición de fraude que el fraude no encuentre modos de evadir. Cualquier artificio empleado por una persona para decepcionar a otra ha sido definido como fraude. Fraude y decepción tienen más de un significado, dependiendo de las circunstancias y de las relaciones entre las partes. De una manera general el fraude es sinónimo de "pasar a otro" (*ouerraechting*), es decir, tomar una ventaja indebida. El fraude puede ser definido como la ganancia o ventaja obtenida en perjuicio de otro de modo decepcionante o *unfair*, una conducta incompatible con un *fair dealing* y una *good conscience*. El fraude y la falsedad son mala *in se* y constituyen uno de los capítulos más amplios del derecho.

En cuanto a sus clases, la distinción más general es entre fraude real y fraude presunto.

1) *Fraude real (fraude positivo)*. Es aquel en el que hay intención de conducir a error o decepción. Incluye los casos de empleo intencional y exitoso de cualquier ingeniosidad, astucia, ilusión o artificio para circunvenir, engañar o decepcionar a otro.

2) *Fraude legal y fraude presunto*. Son los comportamientos tratados como un fraude por los tribunales por sus efectos dañosos para el interés público o la confianza pública o privada.

Se ha dicho que el fraude presunto es la violación de un deber que, independientemente de culpa o intención, es considerado fraudulento por su aptitud para engañar, vulnerar la confianza o dañar intereses públicos o privados merecedores de especial protección. Un caso de *fraude presunto* es la violación de un deber impuesto por una relación fiduciaria o contractual que exija particular buena fe.

En 1938 la Corte de Apelaciones declaró:

"Una afirmación... de la que se certifica que es verdadera cuando no se sabe si lo es, una afirmación hecha con negligencia o una opinión basada en fundamentos tan débiles que hacen pensar que no había una genuina convicción de su verdad, son suficientes para generar responsabilidad... En otras palabras: una desaprensión por las consecuencias puede tomar el lugar de una acción deliberada" ("State Street Trust Co. vs. Ernst", 278 NY 112, 1938).

Se usa la expresión *fraude legal* para designar una "manifestación engañosa" hecha sin conocimiento de su falsedad.

b) Error, engaño, negligencia y deber de hacer saber

Si una manifestación engañosa es hecha con inocencia y convicción en su verdad, el caso puede ser tratado como error recíproco. Si la manifestación engañosa fue querida, el caso se gobierna por las reglas del fraude.

Aunque fraude y negligencia indican estados psíquicos distintos, hay circunstancias en las que quien con negligencia afirmó un hecho es responsable por los daños causados a quien actuó sobre la base de su manifestación y sufrió por ello una pérdida.

"Quien tiene suficientes razones para sospechar [la verdad de sus propias creencias] o para investigar mejor si ellas son o no verdaderas, debe sospechar o averiguar, porque la ley pone a su cargo el conocimiento que una investigación apropiada hubiera arrojado" ("Low vs. State", 112 NY 2^{da}, 397, 1962).

Las manifestaciones engañosas hechas con negligencia, sin saber o sin preocuparse de si son verdaderas o no o sin convicción real de que son verdaderas, son suficientes para una "acción por engaño". Éste es equivalente al acienter llamado indiferencia negligente.

Ya en 1897, en un fallo muchas veces citado, la Corte de Apelaciones dijo:

"Si una parte dice tener conocimiento de un hecho relevante cuando no sabe si es verdadero o falso, es culpable de falsedad aunque crea que es verdadero.

Si la afirmación es hecha con la intención de inducir a otro a actuar y éste actúa y se perjudica, el resultado es un fraude (si-guen citas). Sabiendo que no sabía lo que dijo saber y queriendo hacer creer que sí sabía, se hizo responsable de que su afirmación fuera verdad. La honestidad de su creencia de que lo que dijo saber era verdad no puede excusarlo de la imputación de falsedad y fraude.

Como dijo el juez Peckham en 'Rothschild vs. Mack':

'El sabía o no sabía cuál era el estado financiero del librador. Si lo sabía, sabía entonces que el pagará carecía de valor respecto del librador y los endosantes. Si no sabía cuál era ese estado (pero habló como si supiera), se hizo responsable por la verdad de su afirmación'.

Las palabras del juez Andrews en 'Keuntze vs. Kennedy' son también aplicables:

'Quien falsamente afirma un hecho relevante susceptible de conocimiento y dice que ese hecho es cierto según su conocimiento e induce a otro a actuar y perjudicarse, comete un fraude sujeto a una -acción por engaño-. Esto no es una excep-

ción sino que confirma la regla que esa acción se basa en el fraude. El propósito de quien pretende tener conocimiento es inducir la creencia de que lo tiene, y si no lo tiene y el hecho es de aquellos que pueden ser conocidos, resulta naturalmente la presunción de una intención fraudulenta'.

La regla es la misma en otros Estados de la Unión y en Inglaterra" ("Haddock vs. Osmer", 153 NY 604, 1897).

Hay ocasiones en las que existe el deber jurídico de hablar, entendiéndose por tal el de comunicar espontáneamente información aunque no sea pedida, y en las que no hacerlo equivale a un ocultamiento fraudulento.

Las bases fueron establecidas en 1894 por la Corte de Apelaciones, que dijo:

"Hay, por supuesto, ocasiones en que una persona tiene el deber legal de dar a otra información que ésta pidió y en las que no manifestar un hecho equivale a un ocultamiento fraudulento que anula el contrato igual que una falsedad afirmativa.

La cuestión es si en una determinada situación era el deber de una persona hablar bajo pena de ser culpable de fraude por razón de su silencio. Los tribunales han establecido ciertas reglas cuyo alcance varía según las distintas circunstancias... La gran máxima *causet emptor*... es la regla para aquellos que negocian como adversarios si no hay una condición de especial confianza o una relación fiduciaria... pero no se aplica en toda su extensión a la venta de valores, tales como debentures o pagarés y otras obligaciones para el pago de dinero.

Así, en 'Brown vs. Montgomery' (20 NY 287) se sostuvo que había habido un silencio fraudulento que impedía la venta de un pagaré porque el vendedor de ese pagaré no había informado a su comprador que un cheque del librador había sido protestado, y ello aunque quien informó al vendedor el protesto de ese cheque le había también dicho que, en su opinión, el librador del pagaré era solvente.

Esta decisión se apoya en el principio que el vendedor garantiza... que no tiene conocimiento de ningún hecho que pruebe que el papel sea sin valor...

De la misma naturaleza es la decisión en 'Bruce vs. Ruler'... porque es muy deseable, en tanto sea posible, hacer que la gente sea honesta...

Bajo la ley de este Estado, el hecho silenciado puede ser importante pero su supresión no ser fraudulenta. Si hay una obligación legal de hablar, como en el caso de fiduciarios, de relaciones de confianza, de superior conocimiento o de superiores medios para obtenerlo, el caso es distinto" ("Rothmüller vs. Stein", 143 NY 581, 1894).

La misma idea aparece desde entonces en otros fallos:

"El fraude que justifica la rescisión puede ser hecho no sólo con sugestio fidei sino también mediante supresio verbi. En otras palabras. Que puede ser perpetrado no sólo con la sugerencia de una falsedad sino también por el callar u ocultar la verdad. La ley sobre este punto fue bien expuesta por Kerr en *Fraud and mistake*, 5ª ed., p. 62 y siguientes.

Para ser fraudulenta, no es necesario que una manifestación sea hecha en términos que afirmen la existencia de un estado de cosas que no existe. Si una afirmación es hecha en términos que naturalmente conducen a aquel a quien se le dirige a suponer la existencia de un cierto estado de cosas y esto es hecho de manera intencional y fraudulenta, es una «manifestación engañosa» tan fraudulenta como la afirmación de un hecho falso en términos expresos.

Quien realiza una manifestación no sólo es responsable por lo que en su mente quiso decir sino también por lo que cualquiera pueda razonablemente suponer era el significado de las palabras que usó.

Una afirmación puede ser falsa no sólo por falsas afirmaciones positivas sino mediante omisiones intencionales por las que la información que proporciona toma un falso color o da lugar a una falsa impresión, que conduce necesariamente (o casi necesariamente) a una errada conclusión.

Hay «manifestación engañosa» si la afirmación es hecha de manera que la agudeza o la actividad de la persona a quien se hace se adormezca y ésta es llevada a creer lo contrario de lo que es el estado real de cosas.

En el mismo sentido y apoyando estas afirmaciones de derecho, véase *Indianápolis, P. & C. R. Co. vs. Tyng*; *Lomerson vs. Johnston*; *Ottinger vs. Bennet* ("Costello vs. Costello", 279 NYS 302).

Hay circunstancias en las que una de las partes tiene el deber de hablar, para que la otra parte se encuentre en pie de igualdad con ella. En tales casos, el no hablar significa la supresión de un hecho que debió haber sido comunicado y ello es considerado un fraude igual a la afirmación de una falsedad:

"Era el deber del banco hablar y corregir la falsa impresión que el actor tenía y que el banco sabía que el actor tenía. Si el demandado pudiera ahora beneficiarse con su silencio y exigir un contrato suscrito sin conocimiento de los verdaderos hechos, se premiaría el silenciar la verdad y la falta de franqueza, si es que no a un verdadero engaño.

El contrato de fianza es un contrato uberrimo fidei [siguen citas]. Ello es particularmente cierto cuando se trata de contratos totalmente voluntarios, como la fianza.

El fiador es un deudor favorecido. Sus derechos son celosamente protegidos es derecho como en equidad. La más pequeña forma de fraude por el acreedor que toque el contrato lo anula [siguen citas]. La fianza es un contrato por el cual el fiador tiene derecho a la más completa exposición de cualquier punto que podría afectar su disposición a celebrarlo.

La ley coloca sobre el acreedor el deber de tratar la fianza con total buena fe en todo momento en que se otorga.

La honestidad y el fair dealing exigen que el banco hablara y corrigiera la errada impresión de la otra parte, de la que el banco, además, era en buena medida si es que no totalmente responsable.

Si en muchos casos el mero silencio no puede ser constituido en la base de un fraude, hay circunstancias de tal naturaleza que imponen el deber de hablar; si uno deliberadamente no lo hace, su omisión será considerada una supresión voluntaria de la verdad y ello equivale a fraude presunto si es que no a fraude real [siguen citas] ("First Citizens & T. Co. vs. Sherman's Estate", 284 NYS 131, 1937).

El constituir una negociación honesta en un deber legal aparece en otros fallos:

"El silencio puede, sin embargo, constituir fraude y engaño cuando el vendedor advierte que el comprador está actuando con una creencia equivocada respecto de un hecho relevante. Depende de las circunstancias del caso determinar si el no hacer saber es compatible con una negociación honesta. Si el no hacer saber un hecho relevante es calculado para inducir una falsa creencia, la diferencia entre el 'no hacer saber' y una 'manifestación engañosa' afirmativa es tenue. Ambas son fraudulentas" ("Donovan vs. Aeslian Co.", 270 NY 267, 1901).

En otros, la expresión es buena fe:

"Cuando las partes de un contrato ocultan hechos relevantes que de buena fe deberían revelar, ese silencio puede constituir una manifestación engañosa que da lugar a responsabilidad" ("Tahini Investments Ltd. vs. Bobrowsky", 470 NYS 2nd 431).

En síntesis:

"Una manifestación engañosa descuidada o indiferente puede constituir fraude. Negligencia o ceguera ante lo obvio puede dar fundamento a una acción de fraude. El no hacer saber hechos que la honestidad manda revelar tiene los mismos efectos y significado que una 'manifestación engañosa' activa" ("Low vs. State", 112 NYS 52nd 297, 1952).

c) De los varios procedimientos para engañar

El elemento esencial del engaño es la producción de una falsa impresión en la mente de otro, lo que puede lograrse

por el ocultamiento de un hecho importante, por falsas apariencias (pretextos) o por cualquier otro medio, esquemas o astucia, aunque no se formulen afirmaciones falsas. Pueden usarse palabras, pero puede bastar la mera conducta.

"Tan fácil es defraudar con actos como con palabras; aquellos son generalmente más eficaces que éstos. La ley no es tan ciega o absurda que juzgue a una acción por los modos en que se ejecuta y no preste atención a los motivos" ("Castello vs. Costello", 278 NYS 307, 1934).

En 1980 una persona compró un vehículo, parte de cuyo precio debía pagar a la entrega. Cuando fue a retirarlo omitió decir que, si bien lo había comprado, se había comprometido a pagar el saldo de su precio contra la entrega. Los empleados simplemente presumieron que tenía el derecho de retirar el auto y sin preguntas se lo entregaron. La Corte dijo:

"[La acción del comprador] implica una 'manifestación engañosa'... Esta es la única manera en que puede ser entendida [siguen citas]... [Su silencio] constituyó la deliberada represión de hechos necesarios para que su afirmación ambigua o parcial... condujera a error [siguen citas].

Hay casos que consideran fraudulento el silencio de quienes no están ligados por una relación fiduciaria y poco o nada han hecho para inducir a error [siguen citas]. Estos casos establecen el deber de revelar hechos básicos del negocio si la otra parte se encuentra en un error. Ellos se niegan a adherir a 'la dudosa ética de las negociaciones en las que el 'engaño' fue en un comienzo desarrollado' (ver *Prosser on torts*, 4ª ed., p. 696). Cuando, como en este caso 'la ventaja sobre la ignorancia se obtiene mediante el silencio', la política no debe ser de menor severidad (ver *Restatement torts*, 2º, § 551, com. 1).

Ya no es aceptable, si es que alguna vez lo fue, concluir en silencio un negocio que daña a quien está errado y podía razonablemente esperar que se le hiciera saber (*Restatement torts*, 2º, § 551 (2) (e)) ("Gaines Service Leasing Corp. vs. Carmel Plastic", 432 NY 2º 760, 1989).

d) Casos especiales

1) La mera opinión. Es a veces difícil precisar si una determinada afirmación lo es de un hecho o de una opinión. El asunto de que se trata, la forma en que se realiza la afirmación y la información que las partes tengan son relevantes para su caracterización.

"Las afirmaciones erradas, las omisiones y las circunstancias circundantes deben ser consideradas en conjunto, porque he-

chos de poca importancia cuando se los considera por separado pueden dar una clara prueba de fraude si se los considera en relación el uno con el otro.

Si la expresión en la primera carta... puede haber sido dada sólo como una opinión, puede también haber tenido el propósito de distraer la atención y evitar una investigación. Lo mismo ocurre con una expresión similar en la segunda carta...

Si por una regla general nadie es responsable por expresar una opinión, ello es cierto sólo si se trata de una opinión aislada, porque puede haber sido expresada de modo que deje obligado a quien la hace a que lo dicho sea verdadero, haya tomado o no la forma de una opinión (*Hickey vs. Morrell*, 102 NY 454, 463).

La opinión, que evidentemente quería inducir una acción por parte del actor, no está aislada en este caso porque debe ser considerada junto con el silencio sobre los hechos arriba mencionados" (*Gray vs. Richmond Bicycle Co.*, 167 NY 348, 1901).

Entre los varios casos en que la expresión de una simple opinión errada puede importar un fraude sobresalen aquellos en los que existe una relación fiduciaria o de confianza entre las partes. Pero no es necesario que se trate de una relación de confianza o fiduciaria en sentido técnico-legal sino que es suficiente la confianza que resulta del hecho de que quien emite la opinión tiene un mayor conocimiento o permite que se crea que lo tiene y haya sabido que la otra parte confiaba en su conocimiento y se guiaba por su opinión. En 1983 la Corte Suprema dijo:

"Si una de las partes tiene mayor conocimiento o dispone de medios para procurárselo que no están disponibles para la otra, se encuentra bajo la obligación legal de hablar y su silencio constituye un fraude" (*People vs. The Federated Radio Corp.*, 1928; *Rothmiller vs. Stein*, 1894; *Master of Lefkowitz vs. Bull Investment Group Inc.*, 1974; *State vs. Middletown Beef Co.*, 1981; *Noved Realty Corp. vs. AAP Co.*, 1937; *Matter of State vs. ITM, Inc.*, 1966; *Matter of State vs. Bevis Industries, Inc.*, 1970) (*State by Abrams vs. General Motors Corp.*, 466 NYS 2^{da}, 124, 1983).

Una expresión que por su forma es una mera opinión o que sólo dice exponer las conclusiones del que habla puede significar la afirmación de que éste conoce hechos que apoyaban su conclusión y que no sabía de hechos que podrían arrojar dudas sobre ella. Y de esas afirmaciones puede resultar responsabilidad.

2) La elocuencia de los vendedores. Los meros elogios generales de la mercadería que se quiere vender, general-

mente llamados *dealer's talk*, *sales talk* o *puffing*, no dan lugar a acción mientras las partes estén negociando como adversarios, tengan los mismos medios de información y estén igualmente calificadas para estimar el valor del bien. Hasta aquí, se aplica la máxima *caveat emptor*. Pero los límites de la protección que ella ofrece se alcanzan fácilmente. En 1937 *justice Untermyer* dijo:

"Estamos de acuerdo con el demandado que la relación entre las partes era la de comprador y vendedor no vinculados por ninguna relación fiduciaria. Aceptado esto, hay límites en el ocultamiento de hechos importantes que no se pueden traspasar. Creemos que esos límites han sido alcanzados y pasados. En cualquier caso, hubo una falsa impresión creada por la afirmación de una verdad parcial y el silencio de hechos que podrían condicionarlo de manera importante.

La regla a este respecto fue bien expuesta en "Stewart vs. Wyoming Cattle Ranch Co.", 128 US 383:

"En una «acción por engaño», es cierto que el silencio no es necesariamente equivalente a una «manifestación engañosa». Pero el mero silencio es distinto del ocultamiento. *Aliud est tacere, aliud celare*. Silenciar la verdad puede ser igual a sugerir una falsedad. Y si con intención de conducir a error el vendedor oculta o silencia un hecho importante que de buena fe debería revelar, ello equivale a una falsa manifestación porque el ocultamiento o supresión es una representación de que lo que dijo era toda la verdad. La esencia de la acción es producir fraudulentamente una falsa impresión en la mente de otro. Si este resultado se obtiene, no tiene importancia si los medios para ello son palabras o actos del demandado" ("Hoved Realty Corp. vs. AAP Co.", 293 NYS 336, 1937; en igual sentido, "Castelli vs. Abrams", 178 NYS 525, 1956).

3) Pronosticar el futuro. La regla general es que el fraude no resulta de afirmaciones acerca de lo que puede ocurrir en el futuro. Pero si quien hace la afirmación tiene intención de conducir a error, puede ser considerada fraudulenta.

4) Afirmar una intención. Las intenciones (como las opiniones y las creencias acerca del futuro) de una persona constituyen un hecho psicológico; de allí que afirmar que se tiene una intención de hacer algo cuando en realidad no se la tiene es la falsa afirmación de un hecho. Afirmar, con el propósito de inducir a suscribir un contrato, una intención que no existe puede constituir la base para una "acción por engaño".

"Quien en una negociación comercial representa fraudulentamente... una intención... para inducir a otro a actuar o a no ac-

taer confiando en ella, es responsable por el daño que le cause (3 Restatement torts, § 525, p. 29).

La intención de una persona, el estado de su mente, ha sido aceptado desde hace tiempo que puede ser determinado. La afirmación de una intención presente es la afirmación de un hecho importante, suficiente para sostener una acción de fraude.

En este caso, como en 'Sabo vs. Delman', 3 NYS, p. 140-144 y en 'Ritawoller vs. Lurie', 325 NY 488, las alegaciones describen un caso en el que el demandado de manera fraudulenta y con conocimiento afirmó que algo sería hecho cuando todo el tiempo sabía que no sería hecho y que sus afirmaciones eran falsas. No se trata de la profecía y predicción de algo que simplemente se tiene la esperanza o se espera que ocurra en el futuro⁷.

5) Las promesas. Cuando alguien promete una acción futura con el propósito de inducir a otra a suscribir un contrato y no cumple esa promesa, quien creyó en ella tiene derecho a indemnización si puede probar que al tiempo en que la promesa fue hecha el demandado no tenía intención de realizarla. Aunque quien formula la promesa advierte que podrá realizarla o no, si sabe que en realidad no la cumplirá está sujeto a una acción de fraude aunque no tenga obligación legal de cumplir su promesa.

6) Medias verdades. Decir media verdad, se ha declarado, equivale a ocultar la otra mitad. Aunque alguien no se encuentre obligado a hablar, si habla (sea espontáneamente o respondiendo a preguntas) está obligado no sólo a decir la verdad sino también a no suprimir u ocultar ningún hecho que pueda afectar de manera importante lo que ha dicho. Si dice algo, debe hacer una exposición total y completa.

7) Cambio de las circunstancias. Si durante la negociación de un contrato una de las partes ha representado a la otra hechos importantes y después ocurre un cambio en las circunstancias que la otra no conoce, debe hacer conocer este cambio a la otra parte.

⁷ "Chenel Mast. Corp. vs. Aluminium Ltd. Sales", 178 NYS 259, 1958. La opinión disidente sostuvo que el hecho de que se trataba de la provisión futura de cierta cantidad de aluminio estaba sujeto a tantas contingencias (problemas imprevisibles de la logística del suministro y demanda, climáticas, laborales, requerimientos de clientes y gobierno) que constituía un pronóstico vinculado a un tiempo futuro desconocido, incierto e indefinido.

e) Las relaciones fiduciarias

El fraude con facilidad se presume si existe una relación fiduciaria o de confianza entre las partes. Ello comprende tanto relaciones que son fiduciarias desde el punto de vista técnico-legal como relaciones informales por las que una persona confía o se apoya en otra. En 1897 la Corte de Apelaciones estableció que un contrato de partnership que había sido inducido por fraude era anulable ab initio aunque no hubiera habido daño. Dijo:

"La relación entre los partners implica el más elevado nivel de recíproca confianza. Como bien ha sido dicho, si el contrato de partnership fue iniciado con fraude debe ser anulado. Quien fue inducido fraudulentamente a celebrarlo tiene derecho a una sentencia que lo anule ab initio, sin perjuicio de su acción por engaño" ("Harlow vs. La Brum", 151 NY 278).

Un siglo más tarde (1983) esta relación fiduciaria o de confianza fue extendida a la que se establece entre un agente de seguros y su cliente, lo que coloca los deberes pertinentes sobre el primero ("Estate of Wheaton vs. Metropolitan Life Ins. Co.", 463 NYS 2^{da}).

"Cuando, por razón de la relación de confianza o fiduciaria de las partes, éstas no se encuentran en igual posición y una de ellas justificadamente cree en la promesa de cumplimiento futuro o en la profecía de resultados futuros hecha por otra que tiene mejor posición para saberlo, puede sostenerse una acción por fraude presunto (independientemente de cualquier intención de defraudar del demandado) si la promesa o la profecía no se cumplen" ("Brown vs. Lockwood", 422 NYS 2^{da} 188).

f) Efectos del fraude

El fraude vicia todo lo que toca y destruye aquello para lo que fue ingeniado: se ha dicho muchas veces que el derecho no contemporiza con astucias o duplicidades. El principio es frecuentemente formulado diciendo que el fraude destruye la validez de todo lo que penetra, incluyendo los contratos más solemnes, los documentos, los matrimonios y hasta las sentencias judiciales.

1) La existencia de acciones penales no excluye las acciones civiles.

2) Acumulación de remedios. Tres son los principales:

a) Anular (rescindir) el negocio o contrato y recuperar lo que entregó. Es el remedio de equidad más común.

La errada afirmación de hechos importantes puede servir de base para la rescisión aunque haya sido hecha con inocencia:

"El resultado es el mismo sea que el silencio del vendedor... fue inocente o tuvo intención de conducir a error. Una errada afirmación, aun inocente, da lugar a la rescisión del contrato" ("Junius Construction Corp. vs. Cohen", 257 NY 383, 1931).

b) Interponer una acción de equidad para anular (rescindir) el negocio y en esa acción peticionar todos los remedios disponibles.

c) Retener lo que se recibió e interponer una acción legal para recuperar los daños sufridos.

3) Confirmación del contrato. Ella no significa, por sí misma, renuncia a recuperar los daños causados por el fraude.

4) Remedios del comprador. Los tres remedios principales están disponibles para quien ha sido inducido por manifestaciones fraudulentas a adquirir algún bien. El hecho de que se tengan disponibles los remedios del Código de Comercio Uniforme no impide al comprador accionar en tort por fraude.

6. FRAUDE, CONFIANZA Y DECEPCIÓN EN EL DERECHO LEGISLADO DE NUEVA YORK

Además de common law (y equidad) hay en Nueva York derecho legislado.

a) El Código de Comercio Uniforme

Una pieza importante de ese derecho legislado es el Código de Comercio Uniforme. Pese a su denominación de "Código", no es éste un Código al estilo de los Códigos Civiles de los países de derecho continental. No se encuentran en él "principios generales del derecho" que se espera que sean aplicados a cualquier caso o situación sino la yuxtaposición de ciertas leyes uniformes especiales que [salvo el artículo (Capítulo) IX sobre "garantías"] se encontraban ya vigentes con anterioridad en buena parte de los Estados de la Unión. Ellas son precedidas por un artículo introductorio (el art. I) que contiene ciertas definiciones y reglas comunes

pero cuyo alcance no va más lejos que las específicas materias de que se ocupa ese Código. Una de esas materias es la venta de cosas muebles corporales, cuyas disposiciones se limitan a éstas y no comprenden la venta de acciones o de participación en empresas ni *partnerships* (sujetas a una ley uniforme distinta) o *joint ventures*.

Además, las disposiciones del Código de Comercio Uniforme solamente conciernen a las acciones resultantes del contrato de compraventa de una cosa mueble corporal (Sección 2.106).

b) La ley general mercantil

Además del Código de Comercio Uniforme, Nueva York ha promulgado la ley general mercantil (*Martin Act*) que convierte en ilícito penal:

"Inducir o promover la emisión... venta, negociación o compra... dentro o fuera de este Estado de todo tipo de títulos valores (por medio del cualquier manifestación o afirmación inexacta, cuando la persona que la hizo: 1) sabía la verdad; o 2) pudo haberla sabido haciendo un esfuerzo razonable; o 3) no hizo un esfuerzo razonable para determinar su exactitud; o 4) carecía de conocimientos respecto de dicha manifestación o afirmación" (Sección 352-C).

c) Legislación federal

Además, son parte del derecho de Nueva York distintas leyes federales que, tratándose de la venta de acciones u otros títulos, declaran la ilicitud de:

"Cualquier manifestación inexacta de un hecho significativo o el callar un hecho significativo que era necesario para que la manifestación no indujera a error dentro de las circunstancias en que fue hecha" (*Securities Exchange Act* de 1934, Regla 10 b-3).

d) Acumulación de los remedios

Los remedios legales que establecen el derecho legislado y el derecho federal no lo son "en sustitución" de los aplicables por el *common law* sino en adición a ellos. Es decir, que la promulgación legislativa de un derecho no excluye los más amplios que puedan existir según el *common law*: simplemente da certeza a un área mínima de derechos que se considera consolidada.

7. LAS DEFENSAS DE LA DEMANDADA

a) Prueba indiciaria

Es muy claro y hay suficientes fallos en Nueva York que establecen que cuanto puede esperarse en una acción por fraude es prueba indiciaria y de presunciones:

"La ley no es tan irrazonable como para requerir lo imposible; no requiere que la prueba sea positiva o directa sino que [el fraude] puede ser establecido por prueba circunstancial.

Hablando de la carga de la prueba sobre quien acciones por engaño fundado en "manifestaciones engañosas" que lo habían inducido a actuar en su perjuicio, el juez Charles Andrews, en "Taylor vs. Guest", 58 NY 262, p. 266, dijo:

"No hace falta una gran prueba para establecerlo. En la mayoría de los casos se puede inferir de las circunstancias de la operación" ("First Citizens Bank & T. Co. vs. Sherman's Estate", 294 NYS 131, 1937).

El fraude es uno de los campos más amplios del derecho, porque es muy raro que pueda ser probado mediante evidencia directa sino que lo es por circunstancias que separadamente pueden ser consideradas insignificantes pero que combinadas no sólo son importantes sino que tienen gran fuerza persuasiva" ("Low vs. State", 112 NY 2nd 297, 1942).

Esta línea de fallos, que viene por lo menos desde principios de siglo, sigue afirmada hoy:

"Los demandados [alegan] que el actor no cumplió su carga de probar el fraude de manera clara y con pruebas convincentes... y que no hay evidencia de fraude. Prueba clara y convincente no es, sin embargo, lo que se requiere... Cuando la acción es por engaño, preponderancia es suficiente ("Chemical Corn Exchange Bank vs. Wassung", 7 NY 2nd 337, 1960; "Young vs. Hutchinson", 218 NY 2nd 113, 2nd Dept., 1961; ver "Richardson on evidence", 10th ed., § 177) ("Gaines Service Leasing Corp. vs. Carmel Plastic", 432 NY 2nd 761, 1980).

b) El caso que cita la demandada

Para mostrar el derecho, en su Memorandum of Law, la demandada muestra con fanfarria un caso que quiere hacer creer que es muy importante y del que dice que contiene prácticamente las mismas alegaciones de hechos que se invocan en este arbitraje, las que habrían sido rechazadas por la Corte Federal de Apelaciones del Segundo Circuito ("Decker vs. Massey-Ferguson Ltd.", 681 F 2nd 111, 1982). Afirma que ese caso "dice mucho".

Se trata de un caso que nunca llegó a ser tramitado por defectos procesales de la demanda y en el que ningún reclamo se fundaba en el derecho judicial de Nueva York. Vale la pena detenerse en él, no para entender el caso, que carece de importancia porque nunca llegó a sentencia, sino para comprender la actitud de la demandada.

1) El litigio federal en los Estados Unidos es serio. Los hechos se investigan y los argumentos se escuchan y debaten hasta que queden agotados. Es un litigio caro, no por la tasa de justicia sino por el esfuerzo que demanda. Importa derecho a *discovery*, que exige poner a disposición del adversario prácticamente toda la documentación de que se dispone (incluyendo la documentación interna) y los funcionarios, empleados, clientes, proveedores y otros testigos (ciertos o potenciales) para que sean examinados, revisados y vueltos a examinar por el contrario. El estar sujeto a un *discovery* de este tipo es, en sí, un daño.

2) Los juicios y su trámite son públicos e interesan al público y, por lo tanto, a los medios de difusión.

3) Para evitar el proceso de *discovery*, su costo, y a veces por razones de reputación, la promoción de una acción puede ser utilizada como instrumento para obtener, bajo la denominación de transacción, pagos indebidos. De allí que las leyes procesales permitan a los jueces no dar curso a ciertas demandas.

4) En el caso que cita la demandada, una persona que había comprado doscientas acciones de Massey-Ferguson se presentó planteando contra ésta una *class action* por fraude "en representación" de todos quienes pudieran haber comprado acciones de Massey-Ferguson entre el 1º de febrero de 1976 y el 14 de febrero de 1978, presumiblemente muchos millares de personas por muchos cientos de millones de dólares. El juez observó deficiencias en la demanda y dio la oportunidad de reformularla. El titular de esas doscientas acciones aparentemente no pudo hacerlo de manera convincente y el juez no le dio curso. La Corte de Apelaciones confirmó esa resolución y dejó claro de qué tipo de demanda a su juicio se trataba. Si se le daba curso, ello:

"Daría a los abogados de la actora corte blanca en el área de las liberales reglas federales de *discovery*. Dado que el efecto in terrorem de tal irrestringido *discovery* sería, en el mejor de los casos, sustancial, es necesario desbrozar el trigo de la paja en la demanda... En su conjunto, la demanda es un paradig-

ma del tipo de demanda que... condujo a la promulgación de la Regla 9(b). Los demandados no están obligados a traer sus testigos de todo el mundo para defender una demanda a menos que el juez y los demandados perciban suficiente base fáctica en el reclamo para permitir que continúe la acción [siguen citas].

5) Que el señor con doscientas acciones que quería representar a buena parte del resto del mundo pero no tenía "suficiente base fáctica" ni para que le corrieran traslado de la demanda hubiera invocado deficiencias tecnológicas de Massey-Ferguson y que sus activos eran obsoletos, no puede ser utilizado en este caso sino con intención de sorprender. Mas debiera la demandada haber prestado atención a que en este arbitraje ella se opuso exitosamente a todo *discovery*, a que los procedimientos son confidenciales y a que hasta ahora es el actor quien lleva la carga del costo del arbitraje.

6. EL INGENIO PARA DECEPCIONAR (LA "VITRELA")

a) "No hay ni una sola frase falsa"

La demandada muestra mucha confianza en el prospecto por el que ofreció la venta de sus acciones, al que considera un documento "modelo" respecto del cual no hay ni un asomo de prueba de falsas afirmaciones. Con triunfo dice:

"El actor de hecho no puede transcribir una sola oración en todo su capítulo sobre fraude (que se extiende por treinta y seis páginas) de la que puede sostener que es fundamentalmente falsa, basado en lo que la demandada conoció en 1978".

Me permite recordar esto un fallo de la Corte de Apelaciones de Nueva York. No es uno de sus muchos casos. Es el más citado por *New York Jurisprudence 2nd* en sus más de cuatrocientas páginas de citas de casos sobre fraude.

b) "Downey vs. Finucane"

Es un fallo si se quiere antiguo. Es de 1912, la época en que varias compañías se disputaban el entonces joven negocio telefónico de Nueva York. "The United States Independent Telephone Company" era una compañía holding organizada para adquirir el control de varias otras empresas que tenían determinadas franquicias o permisos telefónicos y así establecer un negocio de teléfonos en Nueva York y otras partes del país. Para obtener capital, con interven-

ción de un banco se preparó y utilizó un prospecto que "The United States Independent Telephone Company" no suscribió. Alguien que había recibido el prospecto y suscripto acciones demandó por fraude. La demandada alegó que el actor no podía probar que ni una sola de las afirmaciones del prospecto fuera falsa. La Corte de Apelaciones de Nueva York dijo:

"Habiendo de un equívoco prospecto que fue condenado por fraudulento por la Cámara de los Lores en 'Aaron's Reef vs. Twiss' (L.R., App. Cas. 1886, 273, 285) Lord Halsbury llama a ese lenguaje 'ambidiestro'. Esa expresión caracteriza bien a este caso.

En aquél se alegaba, como se sugiere aquí, que no se podía identificar ningún hecho específico que fuera falso.

El Lord Chancellor negó que ése fuera el verdadero test y declaró que la cuestión era saber si, tomando la cuestión en su totalidad, había una falsa representación:

"No me preocupa por qué medios se transmitió o con qué astucias, procedimientos o ambigüedad de lenguaje: todos ellos son recursos con que las personas fraudulentas parecen creer que pueden eludir la real sustancia de la operación. Si mediante una cantidad de afirmaciones se da una falsa impresión y se induce a otros a que actúen por ella, no es menor la falsedad porque tomando cada afirmación por separado pueda haber dificultad en probar que alguna de sus individuales afirmaciones no es verdadera" (Corte Apel NY, "Downey vs. Finucane", 205 NY 264, 1912).

Es éste, para regresar a la expresión de la demandada, un caso que "dice mucho". Dijo mucho a los jueces que siguieron y dijo mucho al público acerca del habilidoso manejo de la ambigüedad del lenguaje. El derecho de Nueva York sabe cómo tratar con personas fraudulentas.

9. "JOINT VENTURE", "PARTNERSHIP", "CLOSE CORPORATION" Y EL ELEMENTO FIDUCIARIO

a) "Joint venture"

El acuerdo celebrado entre actor y demandado puede ser caracterizado como un *joint venture* en el sentido específico que esta expresión tiene en el derecho de Nueva York, es decir, como un acuerdo para compartir los esfuerzos y resultados de una empresa o proyecto determinados.

Es frecuente que para la ejecución de un joint venture las partes elijan utilizar una sociedad por acciones. Se habla en estos casos de un incorporated joint venture.

b) "Joint venture" y "partnership"

Si bien se considera que la expresión joint venture (o joint adventure) tiene un sentido jurídico distintivo en el derecho de Nueva York, el caso es que para la mayor parte de los fines se le aplican las reglas de las partnerships. De allí que sea frecuente referirse a los joint ventures como una partnership para un único proyecto o aventura.

c) "Close corporation" y "joint venture corporation"

El derecho de Nueva York es sensible a esta relación entre joint ventures, partnerships y corporations. Aparece así la noción de joint venture corporation paralela a la de close corporation.

1) Por lo común se refiere la primera a la sociedad por acciones constituida por dos o más (pero un número limitado) empresas para la ejecución de cierto proyecto, negocio o línea de negocios específicos y determinados.

2) La segunda considera a aquellas corporations con número limitado de socios o accionistas que se encuentran vinculados por relaciones familiares o de amistad; predomina en ellas el elemento "personal", por lo que se las considera de manera muy similar a una partnership.

3) Los elementos distintivos de ambas son coincidentes: reducido número de socios, limitaciones a la cesión de la participación e incorporación de nuevos socios, predominio del elemento personal y acentuada presencia del factor "confianza" y de los consiguientes deberes fiduciarios.

d) La relación entre las partes,
tal como era vista por ellas

La combinación de estas nociones se percibe en la correspondencia entre las partes, que en ocasiones describen su relación como un joint venture, en otras se llaman recíprocamente partners y en los documentos legales accionista controlante y accionista minoritario. La demandada prefirió en este arbitraje usar esta última denominación, probablemente porque considera que ella permite atenuar el elemento fiduciario (que ciertamente no la beneficia) y diluir la

controversia en legalismos y enredos menores del derecho de las corporations. Pero no parece necesario detenerse en estas cuestiones de calificaciones o denominaciones jurídicas, porque los deberes fiduciarios que pesan sobre un accionista controlante (aunque no se hubiera tratado de una joint venture corporation o de una clase corporation) son más que suficientes para el caso.

10. EL ELEMENTO FIDUCIARIO

Desde comienzos de este siglo el derecho de Nueva York y sus tribunales han hecho una aplicación importante del elemento fiduciario en las relaciones societarias. De finales de la década del 20 son los primeros ensayos neoyorquinos que estudian la utilización de la forma corporativa como "instrumentalidad" y se dirigen a establecer las responsabilidades del accionista controlante, tanto respecto de los acreedores como de los socios minoritarios. Ellos condujeron a las nociones del *disregard of legal entity* y al establecimiento, para el accionista controlante, de deberes fiduciarios que concluyeron siendo no menores a los que tradicionalmente eran colocados sobre los partners y que, con elocuencia que recorrió todos los derechos, Justice Cardozo, entonces todavía juez de Nueva York, confirmó en 1928 que pesaba también sobre los joint venturers:

"Los joint adventurers, al igual que los partners, se deben uno al otro, mientras la empresa continúa, el deber de la más delicada lealtad.

Muchas formas de conducta permisibles en el mundo cotidiano para aquellos que actúan sin ninguna especial vinculación entre sí están prohibidas para aquellos atados por lazos fiduciarios.

No solamente honestidad sino el puntillo del honor más delicado es aquí una pauta de conducta.

A este respecto se ha desarrollado una tradición que es continua e inveterada. Una rigidez sin compromiso ha sido la actitud de los Tribunales de Equidad cuando se le ha pedido que debilitaran la regla de lealtad total mediante la erosión desintegradora de excepciones particulares.

Sólo así las pautas de conducta para los fiduciarios se han mantenido en un nivel más elevado que aquel por el que circulan las multitudes. Y ese nivel no será disminuido por ninguna decisión consciente de esta Corte.

[El demandado] había dado a la empresa tiempo y trabajo, tanto como dinero. Él había hecho que la empresa fuera un éxito. [El actor], que había dado a la empresa dinero pero no su tiempo ni su trabajo, se había visto ricamente pagado. Podría parecer que hay algo de codicia en su querer todavía más. Estas recriminaciones no son inusuales cuando los co-odenturers se separan. Ellas tendrían alguna fuerza si su conducta fuera juzgada como la de competidores. Pero ello no quiere decir que sean pertinentes aquí.

El demandado se había colocado en una posición en la que cualquier pensamiento en sí mismo debía ser renunciado, no importa cuán dura pudiera ser esa abnegación. Él era mucho más que un co-odenturer. Era un *managing co-adventurer* ("Clegg vs. Edmondson", 8 DM & G, 767, 807).

Para él y para todos los demás como él, la regla de total lealtad es suprema y sin misericordia" ("Meinhard vs. Salmon", 249 NY 458, p. 463, 464 y 468; 164 NE 545).

11. LOS DEBERES FIDUCIARIOS DEL ACCIONISTA CONTROLANTE

Menos de treinta años después de haber sido escritas, las palabras del juez Cardozo se habían irradiado de tal manera que sirvieron para fundar definitivamente en el derecho de Nueva York la responsabilidad del accionista controlante respecto de los minoritarios. Ello ocurrió en otro caso que recorrió la literatura jurídica universal. Me refiero, por supuesto, a "Perlmán vs. Feldmann", decidido en 1955 por la Corte Federal de Apelaciones de Nueva York siguiendo la línea abierta respecto de la responsabilidad del accionista controlante en 1939 por justice Douglas en "Pepper vs. Litton" (308 US 295).

Feldmann controlaba, juntamente con familiares y amigos, el 37 % de las acciones de una antigua planta laminadora y esa tenencia era suficiente para controlar la sociedad. En una época de escasez de acero, Feldmann vendió sus acciones a un cliente de la empresa, que probablemente las adquirió para asegurarse los suministros que recibía de ella. Al resolver favorablemente la acción iniciada por los otros socios que no habían participado en la operación la Corte dijo:

"No tenemos en este caso fraude, ni abuso de información confidencial, ni vaciamiento de una sociedad indefensa. Pero por el otro lado tampoco encontramos cumplimiento de las elevadas pautas que nosotros... y otras Cortes esperamos y exigimos de quienes se encuentran en relación fiduciaria con



una sociedad. En las frecuentemente citadas palabras del juez Cardozo:

Muchas formas de conducta permisibles en la vida cotidiana están prohibidas para quienes se encuentran ligados por vínculos fiduciarios" ("Perleman vs. Feldmann", 219 F2^o 173, 3^{er} Circuit).

12. LEY APLICABLE

Queriendo zafar de la aplicación de la ley de Nueva York, la demandada argumenta que no es ésta la ley aplicable a sus relaciones con el actor.

El caso es que contractualmente ambas acordaron que sus relaciones serían resueltas por el derecho de Nueva York y nada hay en ese derecho que se oponga a tal elección.

Además, el art. 13.3 de las Reglas de Conciliación y Arbitraje de la International Chamber of Commerce dispone que:

"Las partes podrán determinar con libertad la ley que será aplicada por los árbitros para el fondo del asunto. Si no hubiera ninguna indicación de las partes sobre la ley aplicable, el árbitro aplicará la ley que resulte aplicable según las reglas de conflicto de leyes que estime apropiadas".

13. LA RESPONSABILIDAD DE LA DEMANDADA (ASUMIENDO SÓLO INEPTITUD)

El caso más favorable para la demandada es que las desgracias de su subsidiaria sólo hayan sido debidas a su ineptitud. El caso peor es que de manera permanente la demandada haya servido a los intereses y objetivos de su propia controlante antes que a los de su subsidiaria.

a) La responsabilidad del director en el derecho de Nueva York

La demandada desea que su conducta sea juzgada (dejando de lado el supuesto de deslealtad o mala fe por preferir intereses propios a la de su controlada) conforme una regla contenida en el art. 717 de la New York Business Corporation Act dirigida a directores y funcionarios. Según ella, estas personas deben actuar

"con el grado de cuidado que una prudente persona común podría usar en igual posición en circunstancias similares".

Por supuesto que la demandada no era director ni funcionario sino el accionista controlante y no era un individuo, ni menos aún un individuo común, sino una de las empresas y organizaciones de mayor experiencia y (según ella decía) conocimiento en el mundo en el negocio a que se refería la asociación. Entre los muchos standards que más o menos arbitrariamente la demandada pudo proponer difícilmente pudo elegir alguno que colocara menos responsabilidades sobre sus hombros: la pauta que es aplicable, por ejemplo, a los directores de la cafetería "Grace's", en la intersección del County Road 111 y la L.I. Expressway.

Sin aceptar que este criterio sea aplicable, el caso es que la demandada tampoco lo satisfizo.

b) La responsabilidad de la demandada

Pero nada tienen que ver con este caso la responsabilidad de los directores bajo la ley de Nueva York. La demandada había suscripto con el actor el acuerdo de accionistas y por él había retenido la administración y gestión del proyecto común. Sus responsabilidades eran, según la demandada prefiere:

1) Las de un *managing adventurer*, para los que el juez Cardozo declaró que la regla de total lealtad es suprema y sin misericordia.

2) Las de *managing partner* sujeto a las mismas reglas que los *managing adventurers*.

3) Las del accionista controlante, sujeto bajo el derecho de Nueva York (pero también bajo muchos derechos del *civil law*) a las mismas reglas.

c) La teoría del "prudente hombre común"

A la hora de ser juzgada la demandada quiere ser simplemente un prudente hombre común. Pero no es en esa calidad que le ofreció al actor la asociación, sino que se acercó a él invocando su condición de una de las más grandes y experimentadas multinacionales del mundo justamente en el negocio en que propuso al actor que participara. Esto marca el nivel de pericia que contractualmente estaba obligado a colocar en la operación.

En realidad, no es necesario detenerse a considerar el standard aplicable al demandado porque excluyendo (pero

sólo para fines de análisis) que su accionar haya sido desleal, su comportamiento no fue ni siquiera el de un prudente hombre común.

14. CONCLUSIONES

No es que el actor, al aceptar la asociación, haya elegido un mal negocio. La demandada hizo que lo fuera porque no lo planeó sino para su propia conveniencia y sólo lo ejecutó para satisfacerla, al precio que fuera y sin detenerse ante ningún obstáculo.

Habrà quien piense que se trata de una gran maniobra de brillantes hombres de negocios. Eso no es lo que cree el derecho de Nueva York, tal como lo declaran e interpretan sus jueces. "Tonto", según la definición del derecho y los jueces de Nueva York, no es el que confía en otro. Toda persona tiene el derecho de hacerlo y por razones éticas y de política jurídica los jueces estimulan a que lo hagan. Para ello, en fallos ejemplares, aplican sin misericordia la regla de lealtad total y cuantifican los daños de modo que ningún avisado pueda creer que ha sacado provecho de su astucia. Tampoco es "tonto", según el derecho de Nueva York, quien espera que otro cumpla sus obligaciones legales. Sin esa confianza, el mundo moderno no es posible.

Un derecho de este tipo no es sólo, hoy en día, el de Nueva York, sino el de la cultura jurídica del mundo contemporáneo y de quien quiera participar de él. Es en esa cultura y ese espíritu que, en definitiva, se basa esta acción.