

Facultad de Derecho Universidad de Chile
Departamento de Derecho Privado

Taller de Memoria - I Semestre 2008
Diego G. Pardow L.

MATERIALES DE LECTURA SEMANA N°2

Primera Sesión: Patrimonios de afectación

(a) Lecturas obligatorias

- ZANNONI, Carlos (1978): "Patrimonio de afectación", Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Vol. 11, pp. 1495-1512.

- FIGUEROA, Gonzalo (1997): El Patrimonio (Santiago, Editorial Jurídica), pp. 95-115.

(b) Lecturas sugeridas

- SITKOFF, Robert (2004): "An Agency Costs Theory of Trust Law", Cornell Law Review, N°69, pp. 621-648.

Segunda Sesión: El velo corporativo

(a) Lecturas obligatorias

- VIDAL, Álvaro (2004): "La responsabilidad civil y la protección de acreedores en la empresa individual de responsabilidad limitada", Cuadernos de extensión jurídica, N°8, pp. 79-110.

- HANSMANN, Henry y KRAAKMANN, Reiner (2005): "El complicado caso de limitar la responsabilidad de los accionistas por los daños causados por sociedades", en ROSENKRATZ, Carlos (ed.), La responsabilidad extracontractual (Barcelona, Gedisa), pp. 283-300.

(b) Lecturas sugeridas

- GOWER, LCB (1992): Principles of modern Company Law (Londres, S&M), pp. 165-198.

PATRIMONIO DE AFECTACIÓN

por CARLOS ROBERTO ZANNONI*

I. *Nuestros propósitos.*

Traemos en esta oportunidad nuevamente a consideración una figura jurídica a la cual, a nuestro juicio, deberá dársele en un próximo futuro plena cabida en el derecho positivo por constituir un medio que cubre necesidades evidentes en el desenvolvimiento económico de la era actual.

Por supuesto, no sin riesgo, pero con un cabal sentido de oportunidad, intervenimos en una antigua controversia jurídica que dividió, y aún divide, a nuestros juristas.

Pero no traemos a cuento argumentos nuevos o no con destino a reforzar una u otra de las posiciones adoptadas por autores que sostienen opuestos puntos de vista. Pretendemos apartarnos totalmente no sólo de las bases de discusión, sino también de las conclusiones a que la doctrina arribó. Creemos que es, nuestra actividad, un aporte con puntos de vista propios que permita, si la fortuna nos acompaña, esclarecer los verdaderos lineamientos que corresponden a este nuevo instituto jurídico que proponemos.

Pero en tal camino consideramos que excede a las posibilidades de esta exposición el agotar un tema que se presenta tan complejo, al sustraerlo de una construcción jurídica ya hecha y de una discusión doctrinal que no se ajustó, a nuestro juicio, a una verdadera disciplina jurídico-económica.

Sin creernos poseedores de la verdad, concientes de nuestras limitaciones, procedemos a proponer nuestras conclusiones.

II. *Determinación del tema.*

El problema nació cuando los juristas, a fines del siglo pasado, pretendieron obtener la creación de una empresa individual de responsabilidad limitada. La evolución del propósito nos llega por los

* Presidente honorario del Instituto de Derecho Comercial, Filial Mendoza.

trabajos del Dr. J. A. Cuttat¹, quien la atribuye al comercialista suizo Karl Wieland, en 1895, y a la elaboración de los principios que éste expuso, posteriormente por el profesor austriaco Ángel Pisko en 1910.

El primero de ellos propuso que con la denominación de "Ley de Responsabilidad Individual Limitada" se facilitara la constitución de empresas unipersonales de responsabilidad limitada, y juntamente con el segundo, inspiraron las disposiciones de la única ley que se conoce relativa a tal empresa de limitación patrimonial, que rige en el Principado de Liechtenstein.

Apenas como otro antecedente legislativo cita al Código Civil suizo, que permite al comerciante constituir fundaciones que tengan por objeto la afectación de bienes con un fin especial, texto legal, éste, que si bien autoriza la existencia de la empresa individual, con limitación de su responsabilidad, no constituye un estatuto particular destinado a regir exclusivamente a esta clase de empresas².

La idea entusiasmó a los juristas franceses. Su expositor, George Drouest³, estudia los proyectos de limitación de responsabilidad para el comerciante aislado, y admite, así, que "se autorizaría la constitución, dentro de la gran masa del patrimonio, de una masa pequeña de bienes; de un segundo patrimonio, afectado de manera especial a una empresa, constituyendo ese segundo patrimonio la prenda única de los acreedores de tal empresa".

Apoya la idea indicando que no tiene, a su juicio, nada de desatinada y que debe propenderse a su mejoramiento y concreción.

En cambio, en Inglaterra, por lo mismo que estaba muy extendida la práctica de la constitución de entidades en las cuales, bajo la apariencia de sociedades, un solo sujeto afecta un patrimonio a una empresa ("*One man company*"), que si bien en un comienzo fueron declaradas nulas por los propios ingleses, luego la Corte Suprema las convalidó, y su número se extendió considerablemente, tornando inocuo e innecesario recurrir a la idea de la empresa unipersonal. En los Estados Unidos se practicó del mismo modo el sistema, por lo cual lo dicho también se aplica a este país.

En Alemania se emplea idéntica práctica. Pero allí es legalmente posible porque la ley de sociedades de responsabilidad limitada, si bien exige la concurrencia de dos o más personas para su creación, permite su posterior funcionamiento, sin disponer su disolución, en

¹ "Revista del Colegio de Abogados de Bs. As.", año XVII, t. 16, n.º 4, p. 301.

² FRANCISCO ORIONE, "Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales", t. 12 (segunda parte), año 1941, p. 307.

³ *La compagnie privée et la société à responsabilité limitée*, Paris, 1922.

caso de que un asociado adquiriera todos los derechos de sus consocios, extendiendo así la figura de la "*Einmangesellschaft*".

Santoro Passarelli y también Mossa aceptan que pueda constituirse en Italia un patrimonio particular afectado a un fin determinado, con ajuste a ese fin, pero al desarrollar la figura irradian a la persona del empresario los créditos que resulten insolutos, aunque continúe siendo pasivo de la empresa, porque es el empresario el jefe de la explotación y a quien incumbe su soberanía.

En España, Felipe de Solá Cañizares acepta la idea, como común a los autores jurídicos, afirmando que el patrimonio que constituye el conjunto llamado "hacienda" ha de ser considerado como un bien inmaterial, sean cuales fueren los bienes que forman el conjunto⁴.

Pero el autor desarrolla la hipótesis como destinada naturalmente a una empresa mercantil y a una responsabilidad que eventualmente alcanzará a su fundador.

En la Argentina anotamos las conclusiones del Primer Congreso de Derecho Comercial de Buenos Aires —abril de 1940— y de la Quinta Conferencia Nacional de Abogados de Santa Fe —setiembre de 1940—, que trataron y debatieron el mismo tema.

Luego de arduos debates protagonizados por nuestros más esclarecidos maestros del derecho, que demuestran el derroche de argumentos en pro y en contra, el Congreso consagró con su voto favorable una declaración propiciando la institucionalización de la empresa individual de responsabilidad limitada. La Quinta Conferencia, por su parte, también declaró que es conveniente instituir en nuestra legislación la empresa unipersonal de responsabilidad limitada. Ambos organismos resolvieron por mayoría de votos.

La profundidad, versación y atinadas observaciones, con sólidos fundamentos, expuestos por la minoría, en ambos casos, nos impresionaron profundamente. Posiblemente, de haber tenido la fortuna de concurrir a esas reuniones, nos habiéramos enrolado con los profesores Orgaz y Yadarola. En su oportunidad, la lectura de los debates nos llevó a la convicción personal de que el tema, en ambos casos, no fue planteado con el enfoque que le corresponde ni se atendió a la función que el nuevo instituto debe satisfacer.

Con el debido respeto hacia la ajena, es nuestra opinión que el esfuerzo para crear la figura de empresas comerciales limitando la responsabilidad a una parte del patrimonio del titular, aparece inocuo e inoperante frente a la realidad jurídica de nuestro país.

⁴ *Tratado de derecho comercial comparado*, t. 2, p. 222.

Ya los comerciantes e industriales argentinos han logrado de antiguo limitar su responsabilidad personal frente a un eventual fracaso de su empresa, recurriendo a la ficción jurídica. Sabemos que ocurre a diario la comprobación de la existencia de sociedades anónimas cuyas acciones están virtualmente en manos de una sola persona, o sociedades de responsabilidad limitada cuyo capital y poder de decisión corresponde a una sola persona. Es más, y como lo comprueba Mossa en Italia, hasta la figura de la enajenación o arrendamiento de una sociedad debidamente inscrita pero sin giro comercial ni patrimonio, sirve de escudo a comerciantes e industriales que pretenden eludir totalmente su responsabilidad patrimonial frente al quebranto de la empresa⁵.

Esta situación no nos alarma. Pensamos que mientras no se produzcan fraudes o hechos ilícitos, los eventuales acreedores sabían al contratar cuál era la responsabilidad de la empresa deudora. No advertimos ilegalidad alguna, y los problemas que pueden plantearse son más aparentes que reales.

Puesto que nos apartamos totalmente de procedimiento y fines para crear el llamado "patrimonio de afectación", creemos inoficioso transcribir en el presente ensayo los argumentos, observaciones, réplicas y proyectos producidos a su respecto. Remitimos la atención del lector al trabajo de compilación publicado por el profesor Dr. Francisco Orione, que prácticamente agota el tema⁶.

En tal camino estimamos que el instituto a crearse no debe, ni en principio, estar destinado a superponer legalmente soluciones que ya existen. El solo hecho de que ni la ciencia jurídica ni comerciantes e industriales lo reclamen, lo demuestra.

En cambio, creemos advertir una ausencia de remedio legal en otros casos muy frecuentes donde una persona, no necesariamente comercial o industrial, puede legítimamente pretender la creación de un fondo tendiente a lograr el objeto que se propone sin arriesgar la totalidad de su patrimonio.

Y tal constituye un freno a la actividad privada que impide a nuestra economía la obtención de logros que quedan definitivamente postergados por tal razón.

Con tal fundamento pretendemos apartarnos totalmente de las bases propuestas hasta ahora y también de los alcances que deban atribuírse al instituto enunciado.

⁵ *L'impresa nel sistema del diritto civile*, en "Rivista Diritto Commerciale", 1942, t. 1, ps. 376 y ss.; Mossa, *Trattato di diritto commerciale*, p. 344.

⁶ Obra y tema citados, ps. 307 a 440.

III. Nuestras observaciones y fundamentos.

Bajo diversos nombres se ha conocido una firme voluntad de lograr la limitación de la responsabilidad patrimonial de los comerciantes frente a una eventual falencia de la empresa. El remedio se lo ha titulado sucesivamente: "Ley de responsabilidad limitada del comerciante individual" (Karl Wieland); "Empresa de responsabilidad limitada" (Principado de Liechtenstein); "Proyecto de limitación de responsabilidad para el comerciante aislado" (George Drouest); "Empresa individual con responsabilidad limitada" (Primer Congreso de Derecho Comercial de Buenos Aires —abril 1940—); "Responsabilidad individual limitada" (Quinta Conferencia Nacional de Abogados —Santa Fe, setiembre de 1940—); "Limitación de la responsabilidad para las empresas unipersonales" (Mario A. Rivarola y Carlos C. Malagarriga), todos citados en la obra de Francisco Orione.

Hasta en la denominación inglesa, norteamericana y alemana, en su plena divulgación, se remiten a la "compañía de un solo hombre", o bien "sociedad consigo mismo".

Y así comprobamos que invariablemente se hace ostensible el propósito de destinar los beneficios del nuevo sistema a los comerciantes o industriales que giran individualmente, o a las empresas comerciales o industriales con voluntad de limitar su responsabilidad patrimonial respecto de un fondo de comercio o de la actividad privada de una sola persona.

En nuestros trabajos de investigación no hemos encontrado un solo caso en que se contemple, aunque fuera incidentalmente, la necesidad de suplir las necesidades de personas o entidades no comerciantes o industriales para recurrir a ese procedimiento.

Allí finca la primera razón de la discrepancia entre los juristas. Se ha observado, y con razón, que los comerciantes e industriales han encontrado la solución bajo figuras jurídicas aparentes. Y como así la necesidad aparece satisfecha, no se ha advertido en el campo del derecho mercantil la necesidad de crear un sistema que sólo resultaría, en suma, una simple elaboración de gabinete sin respuesta alguna en la realidad económica.

La mayoría ha replicado que lo que se trata es de impulsar la iniciativa en las actividades económicas comerciales o industriales para evitar que el fracaso de la empresa apareje la ruina de su titular. Y que en ese camino debe tratar de concluirse con el sistema de la simulación y apariencia societaria, restablecer el imperio de la verdad y del derecho suprimiendo el engaño, siempre repudiable. En fin, que

la limitación de la responsabilidad no supone más que la división del patrimonio de las personas, las cuales serán titulares del dominio de ambas porciones, y que tal construcción no es imposible en nuestro derecho.

Y no hay acuerdo. Opinamos que su falta se debe a que el instituto, en efecto, no es necesario para el giro de la industria, el ejercicio del comercio o la empresa comercial individual.

En cambio, su nítida necesidad, su oportunidad y sus extraordinarias ventajas aparecen cuando trasladamos la solución a la actividad de los *no comerciantes*. Creemos que en un futuro próximo se logrará la creación de ese instituto.

De su necesidad damos algunos ejemplos.

—Supongamos el dueño de un inmueble muy céntrico, con antigua edificación. Desea encarar la construcción de un moderno edificio afectado a propiedad horizontal. Su profesión —médico, abogado, rentista, etc.— no tiene vinculación alguna con un giro comercial o empresa industrial por él manejada.

Los estudios preliminares le demuestran que la realización de la obra podrá ser por él financiada en las condiciones económicas en ese momento dadas, con el valor del inmueble y con los aportes de los futuros compradores en propiedad horizontal. Y que podrá lograr, luego de concluida la construcción y la recepción total del precio pagado por los adquirentes, un trueque entre el valor del inmueble por un número determinado de departamentos u oficinas. Las compañías constructoras consultadas le acompañan en ese optimismo.

Pero es advertido que una modificación en las condiciones de financiación de la obra, un alza del precio de los materiales, un aumento en la mano de obra, pueden provocar su paralización. O que la compañía constructora contratada pueda caer en insolvencia por cualquier motivo, dejando un importante saldo insoluto.

Y entonces la configuración de un riesgo que debe soportar frente a los acreedores, por materiales de construcción utilizados —art. 3933 del C. Civil— y con los adquirentes en consorcio de propiedad horizontal —arts. 1197 y 1204, C. Civil—, le arredra, comprendiendo entonces que debe arriesgar la totalidad de su patrimonio, o abstenerse de emprender la obra.

El ejemplo no es antojadizo. Acontecimientos recientes en nuestra inmediata historia económica demuestran la intensidad del riesgo.

Con su consideración enfrenta una alternativa difícil: o vende el inmueble, lo que por razones familiares, de oportunidad u otras no desea, o el edificio no se construye.

Si un medio como el propuesto le permitiera afectar el inmueble y su valor, con el agregado o no de una suma de dinero, dejando así determinado el patrimonio único que arriesga, se tornaría posible la construcción, con el evidente beneficio para sí y para la comunidad.

Y si advertimos que ese ejemplo teórico es, en la realidad, más común de lo que se supone, atisbamos parte de las ventajas que en la práctica el sistema produciría. Se impulsaría grandemente la iniciativa privada.

—Supongamos ahora una sociedad de médicos propietaria de un sanatorio particular. Y que con el esfuerzo común, durante largos años, de todos los participantes, han logrado dotarlo de su edificio, elementos e instrumental completos.

En cierto momento aparece la factibilidad de realizar una investigación de aliento, tendiente a obtener un nuevo método curativo, un nuevo fármaco u otro importante adelanto médico.

Pero que los gastos que insumirá esa investigación aparecen tan importantes, por la compra de instrumentos de alta especialización, la adquisición de elementos, la contratación de científicos, etc., que la asociación duda en comprometer la totalidad de su patrimonio y eventualmente el particular de sus asociados en tal logro.

La afectación de un patrimonio traería la solución al problema. De no circunscribirse las eventuales pérdidas al límite posible, con afectación a un patrimonio determinado, o la investigación no se realiza con el control y apoyo de quienes concibieron la idea, o ésta debe cederse a terceros, con la consiguiente injusticia, desmedro para el adelanto científico o el beneficio social.

—Hay hombres que no se avienen, por su carácter o temperamento, a unir sus esfuerzos y capitales a los de los demás y prefieren conservar su independencia de acción. Si bien éstos, siendo comerciantes o industriales, se inclinan por la tendencia hacia la simulación del "*one man company*", hecho, éste, plenamente comprobado en todos los países.

Pero si su actividad es exclusivamente de carácter no comercial, se ve privada ante la necesidad de comprometer todo el patrimonio familiar en el logro concebido.

Adviértase que actualmente existen personas con grandes ingresos que podrían desgravar sus ganancias frente a la imposición de impuestos. Pero para hacerlo deben recurrir a la forestación, o a otra actividad análoga, que le obliga a dedicar parte de su tiempo a tareas rurales y al riesgo que suponga la fluctuación de los valores a obtener.

Y como él es el titular de todo el patrimonio, aparece comprometido frente a un eventual quebranto.

Si pudiera constituir una afectación con el importe de las ganancias de su profesión o actividad, sería más real la posibilidad de obtener, no sólo un particular interés en la forestación, sino también en la construcción de viviendas y otras que la ley impositiva permitiera comprender en este régimen de desgravación.

Ante tal comprobación nos inclinamos a buscar la forma legal para evitar a los particulares recurrir a la ficción societaria para lograr lo que en definitiva otorgan otras leyes sin inconveniente alguno. Creemos que por razones de indudable interés general debe propenderse a favorecer el desenvolvimiento de toda clase de objetos lícitos, cubriendo los riesgos del iniciador, es decir, determinando un patrimonio respecto del objeto propuesto, para hacer posible toda realización beneficiosa a la sociedad.

Y en ese camino proponemos la creación jurídica de una entidad independiente y distinta de la persona, de su fundador, con un patrimonio propio y ajeno al de éste, con destino a un fin determinado, del cual no podrá legalmente apartarse, preestablecido y conocido por todos los terceros que contraten con él.

Dentro de nuestra concepción, el único derecho que conserva el creador del ente es el de obtener la devolución del patrimonio con que dotó a su proyecto, una vez logrado totalmente el objeto propuesto y cuando no exista cargo o acreedor alguno.

IV. *Carácter jurídico del instituto.*

En todos los casos en que el proyecto ha sido tratado, tanto por juristas actuando individualmente, como por congresos o conferencias de científicos, el tema parece haber sido circunscrito invariablemente a obtener legalmente como fin del instituto, el limitar la responsabilidad patrimonial de las personas frente a un eventual quebranto del ente creado.

Para ser más concreto: siempre se ha discutido la posibilidad jurídica y legal de lograr la división del patrimonio de una persona, parcializándolo y afectando una sola de las porciones a la responsabilidad respecto de la totalidad de los acreedores del ente.

Y el aspecto más negativo de tal concepción aparece en la controversia, cuando se dibuja al hombre pudiente que no obstante poseer un patrimonio suficiente, deja de pagar sus acreedores, o a parte de ellos, enriqueciéndose en su perjuicio. Y ello porque ha limitado su

responsabilidad patrimonial al aporte afectado, aunque sigue siendo titular del todo.

También jurídicamente se objeta al instituto expresando que ante la partición del patrimonio —sin traslado de su dominio— y la limitación de responsabilidad proyectada, aparecería lícito que las personas contrataran consigo mismas en virtud de la figura de la afectación, posibilitando así una vía desenfrenada hacia la evasión impositiva, el dolo y la mala fe hacia terceros. Nosotros desechamos de plano tales observaciones.

Si nuestro concepto y proyecto es acertado, no cabe referirse, en su logro jurídico, ni tener por finalidad práctica esa limitación de una responsabilidad patrimonial. Nuestro desarrollo doctrinal, lejos de referirse a la "limitación de la responsabilidad individual" dentro de un mismo patrimonio frente al derecho de terceros, tiende especial y concretamente a crear un ente sujeto de derechos totalmente distinto del de su creador.

Y si ello se obtiene, el nuevo sujeto jurídico será aquel que comprometa la totalidad de su patrimonio afectado y responderá frente a sus acreedores con todas sus acreencias. Pero no habrá causal ni camino respecto de aquel que afectó el patrimonio para responsabilizarlo de saldos insolutos, por lo mismo que se trata de personas y patrimonios distintos.

Por eso hemos elegido como designación del instituto "patrimonio de afectación", denominación, ésta, de la doctrina francesa, que denomina así a la hacienda de un patrimonio autónomo formado por un conjunto de bienes con destino común. Para esta doctrina se trataría de una parte del patrimonio del titular, pero una parte que constituye un complejo patrimonial distinto del patrimonio del titular. Es verdad que esa doctrina ha sostenido que si bien el patrimonio es distinto, continúa dependiendo del derecho y obligaciones del titular por todo aquello que ésta no pudiese cumplir⁷.

Como discrepamos con la última de las concepciones expuestas, aceptamos *ab initio* que al enajenar el patrimonio destinado a la afectación, el titular no hace más que transferirlo del mismo modo que lo pudiera realizar por venta u otro título análogo.

El nombre elegido: "patrimonio de afectación", a estar a la opinión del Dr. Mauricio Yadarola, no representa más que "una teoría desacreditada"⁸.

⁷ F. SOLÁ CAÑIZARES, *Derecho comercial comparado*, t. 2, p. 208.

⁸ ORJONE, *ob. cit.*, p. 413.

Seguramente el inolvidable maestro cordobés, al así calificarlo, estaba en la creencia de que la única salida para obtener la configuración de una porción patrimonial afectada, debía consistir en atribuirle un fin exclusivamente comercial y atender que su único objeto era el de limitar la responsabilidad patrimonial de las personas, permitiendo la división de su patrimonio en porciones independientes, pero sujetas recíprocamente a una responsabilidad eventual en caso de insolvencia.

Como en nuestro caso discrepamos con el destino y el objeto hasta ahora propuesto, creemos que la denominación es acertada y se compeadece naturalmente con los fines propuestos. Si ello es así, carece de toda virtualidad que nos hagamos cargo en este ensayo de los argumentos esgrimidos contra la limitación de la responsabilidad individual del particular, del comerciante o del empresario, tratando de refutarlos. Volvemos a remitir la atención del lector, a este respecto, a los debates del Primer Congreso de Derecho Comercial y a los expuestos en la Quinta Conferencia de Abogados ya citada.

Nosotros advertimos —y creemos ser los primeros en la propuesta— que debe establecerse claramente que al “afectar” parte de sus bienes con objeto de la realización de un logro determinado, tanto si se trata de una persona, como de una sociedad, al efectuarlo, no conserva titularidad alguna respecto de los bienes o valores afectados. Sencillamente tales bienes y valores han salido totalmente del patrimonio del afectado.

Los ha enajenado al transferirlos legalmente al instituto, el cual, a partir de ese momento, es el único titular de su dominio y responde con la totalidad de tales bienes afectados y los que pudiera haber incorporado, en forma universal, a las obligaciones por el ente contratadas. Su falencia alcanzará a la afectación, del mismo modo que a las personas de existencia visibles o ideales en la universalidad de su patrimonio. El iniciador o afectante es absolutamente tercero a la evolución económica del ente.

Y con tal concepción sí aparece una observación de fondo que nos es preciso superar en la labor que nos hemos propuesto.

Sostuvo el profesor Yadarola, en la Quinta Conferencia de Abogados de Santa Fe⁹: “El patrimonio de afectación supone un conjunto de bienes sin sujeto. Cuando se quiere explicar su naturaleza, a ese patrimonio al cual se debe atribuir personalidad jurídica, se le llama «patrimonio de afectación»; pero, como lo he dicho antes, no puede concebirse la existencia de un derecho sin sujeto a quien referirse; no puede haber patrimonio sin sujeto”.

⁹ ORIONE, ob. cit., p. 413.

Contestamos tal afirmación recordando un instituto jurídico que, al merituar la posición del Dr. Yadarola, acude con insistencia a nuestra mente: el título cambiario. Si bien antes de su creación con su configuración actual, también estimaban y afirmaban los juristas que no podía concebirse un derecho sin sujeto. Y la máxima conquista jurídica del derecho cambiario fue, precisamente, concebirlo.

La incorporación del derecho en título, con prescindencia total de un sujeto —ya que el primer tomador puede ser incapaz o imaginado—, no afecta, frente a terceros, la existencia legal del título. Ello nos demuestra, por lo menos en principio, que sí se puede concebir la existencia legal de un derecho sin un sujeto a quien referirse.

Y es más, dentro del derecho cambiario, hasta la culpa o el dolo en la circulación, sólo limita la responsabilidad del tenedor hasta el valor enunciado en el documento.

Para lograr en su plenitud esta concepción legal no fue preciso dividir un patrimonio conservando ambas porciones bajo el dominio del librador, o limitar su responsabilidad para crear, no sólo un derecho incorporado —“cartular”, según la clásica denominación— al papel, sino también a establecer sabiamente que el deudor paga al título, y no a quien lo presenta.

Nos parece entonces viable que así como hemos incorporado un derecho al título cambiario, fácilmente podremos otorgar al patrimonio afectado determinada capacidad jurídica que le permita la obtención de sus fines establecidos. En el registro, que deberá ser público, se inscribirá en todos los casos la exacta determinación jurídica de la capacidad que se atribuye a la afectación —al igual que a las sociedades de interés— y la precisa determinación del objeto al cual el patrimonio está afectado, con prescindencia total del iniciador o afectante.

De aceptarse la tesis podrá lograrse jurídicamente la obtención de: a) dos sujetos de derecho totalmente distintos; b) titulares de dos patrimonios separados; c) los acreedores del patrimonio afectado, como los contratos que dan origen a las deudas, se contrataron con un patrimonio distinto al del afectante; no tienen, por tanto, acción contra los bienes de la otra porción del patrimonio que conserva el iniciador. Jamás han sido sus acreedores. d) ambos titulares de los patrimonios pueden contratar entre sí, ajustándose, desde luego, a su respectiva capacidad legal, a los fines establecidos al patrimonio de afectación, con idénticas limitaciones que asisten actualmente a los contratos entre socios y sus sociedades; e) ambos pueden exigirse recíprocamente, por vía legal, el cumplimiento de sus compromisos sin que ocurra lo temido en los ejemplos dados.

Se ha objetado que en caso de que el representante, apoderado, gerente, o como se denomine, del patrimonio de afectación, fuera la misma persona que lo creó, se daría la vehemente posibilidad de fraude o de dolo, en caso que hubiera de atribuirse a uno u otro de los patrimonios un quebranto.

Contestamos que tal hipótesis se da igualmente en el caso que el principal socio de una sociedad de responsabilidad limitada, o el tenedor de una anónima con abrumadora mayoría de votos en la asamblea, sea su gerente. Pero la realidad nos demuestra que no existe en nuestra actividad económica y comercial un procedimiento así generalizado. Y destacamos que la idea de la posibilidad de sancionar el fraude, el dolo o inconducta no atañe a nuestro estudio ni a nuestra materia.

En caso de considerarse hechos así configurativos, el derecho común acudiría a su remedio y obtendría seguramente restablecer el equilibrio jurídico y económico lícito entre las partes afectadas.

Se insiste que por mucha que sea la independencia aparente y aun teórica entre ambos patrimonios, si se admitiesen totalmente los presupuestos que enunciamos, el instituto se convertiría en un expediente cómodo para evadir leyes y defraudar a terceros.

Damos por buena la observación. Pero aducimos que con impedir legalmente que el titular del patrimonio enajenante pueda administrar o contratar con el patrimonio afectado, la reserva quedará salvada. Es más, lo creemos conveniente, y así lo proyectamos. Si apareciera en este aspecto la simulación, encargando la administración del ente —tal como ocurre con la figura del “hombre de paja” en las sociedades simuladas—, el planteo sería idéntico a la administración y representación por un testaferro en las sociedades simuladas.

Es que no debemos extremar las precauciones en defensa de los intereses de terceros, eventuales contratantes. Si la institución es buena, dejemos las excepciones al derecho común.

Sólo se trata de reglamentar el medio por el cual el patrimonio de afectación será representado y administrado. Y creemos viable que se apliquen las mismas reglas del mandato, con las garantías y seguridades que éste ofrece y las limitaciones que se considere pertinentes.

No debe perderse de vista que nuestra propuesta, al apartarse totalmente de las bases y fines antes propuestos, tiende más a la obtención de un objeto —construcción de un edificio por compañía ajena al afectante; a la realización de un plan de investigación científico o económico determinado; a la aclimatación de especies vegetales o animales extrañas a nuestro medio; a la obtención de medios de producción uti-

lizando desgravación impositiva, etc.— que a la creación de un nuevo giro comercial o industrial.

Por tanto, no afectará al instituto una severa reglamentación legal que anule o limite al máximo las posibilidades de actuaciones con culpa, dolo, fraude o perjuicios provocados ilícitamente a terceros.

Para el comercio y la industria las soluciones ya han sido encontradas. Pero los no comerciantes que no gozan de esa alternativa se beneficiarán directamente con el instituto propuesto, y lo que es más, beneficiarán a la economía del país con logros que ahora no se intentan por el riesgo que puede importar la incidencia de acontecimientos no previsibles.

Se dotará así a la iniciativa privada de un instrumento legal que además de su beneficio, también tienda a evitar que el eventual fracaso, en el logro del objeto propuesto, apareje la ruina de su propietario.

No vemos fundamento serio alguno en conceder el derecho de constituir un patrimonio distinto del propio, con un régimen legal también distinto, a dos personas que fundan una sociedad de responsabilidad limitada, y negarlo a la iniciativa de una sola, en idénticas condiciones.

Por último, en este capítulo de nuestros fundamentos y discrepancias no podemos ignorar la terminante y absoluta posición contraria expresada rotundamente por el eminente profesor español don Agustín Vicente y Goya¹⁰.

Afirma el maestro: “Pues bien, salvado nuestro respeto a quienes dicha tesis —la factibilidad legal del patrimonio de afectación— propugnan, estimamos que la responsabilidad limitada en la empresa individual: 1) no tiene ningún fundamento jurídico; 2) no está justificada por necesidad económica alguna; 3) sería imposible de organizarla con registro mercantil o sin él; 4) carecería de toda ventaja práctica; 5) es probable que sólo sirviera para defraudar a algunos contratantes de buena fe”.

Con idéntico respeto, nuestra respuesta, en general, es que como ha quedado ya explicitado, el tema no ha sido bien comprendido. No se trata de crear la figura jurídica de una empresa mercantil o industrial unipersonal, ni tampoco limitar la responsabilidad individual, parcializándola respecto de una porción del patrimonio de su propietario. Nos remitimos a lo ya expuesto.

¹⁰ La responsabilidad limitada en la empresa individual, “Revista de Derecho Mercantil”, nos. 47/48, setiembre a diciembre de 1953.

Y en particular afirmamos: 1) El instituto tiene el mismo fundamento jurídico que la limitación de la responsabilidad en el caso de aportes hechos a la sociedad de responsabilidad limitada, en comandita o anónima. Frente a esa figura jurídica compete a los terceros adoptar las precauciones que corresponda. 2) La justificación de su conveniencia, tanto económica o social, finca en la posibilidad de hacer posibles logros que actualmente se abandonan por el riesgo que su procura pueda suponer. 3) El registro, no sólo es posible, sino que sólo se trata de reglamentarlo adecuadamente sobre la base de los presupuestos legales que enunciamos. 4) El riesgo de fraude a los contratantes de buena fe no es mayor que el que corre actualmente quien contrata con persona determinada o con sociedad.

V. Presupuesto básico.

Proponemos a la crítica y discusión, de la cual saldrán seguramente mejorados, los presupuestos a que debe sujetarse el instituto del patrimonio de afectación.

a) Su destino no servirá para disciplinar realizaciones comerciales, empresas o industrias; deberá configurarse para reglamentar y controlar objetivos generalmente no comerciales y, en lo posible, carentes de fines inmediatos de lucro. Debe tender primordialmente a facilitar la realización de un objeto perfectamente determinado.

La afectación y transferencia del patrimonio obliga no sólo al afectante o propiciador, sino a sus sucesores a título universal o singular.

b) Deberá dotársele de un nombre distintivo que enuncie claramente el objeto a lograr. "Afectación edificio propiedad horizontal", con su dirección y característica; "Afectación minera para cateo de mineral de uranio", indicando lugar y concesión; "Afectación investigadora para la implantación médica de órganos en seres humanos"; etc.

De este modo, todos los terceros que contraten con el ente jurídico sabrán que lo hacen con el patrimonio afectado, y no con su propiciador o fundador.

Se nos podrá observar que idéntico logro y seguridades se lograrían recurriendo actualmente —si lo que se desea es que el titular no soporte las pérdidas eventuales que pudieran ocurrir— a la figura societaria simulada. Pero contestamos que además de ajustarse a la realidad, la afectación está destinada a ser creada por la voluntad de una sola persona física o ideal que no desea contratar para la realización de su objeto con otros. Lo que se pretende es lograr un procedimiento legal, singular o individual.

c) El aporte patrimonial se describirá exactamente. Y en el acto constitutivo deberá determinarse técnicamente su suficiencia para el fin propuesto. No deberá exceder a un porcentaje a determinarse del patrimonio del afectante y en ningún caso a provocar su insolvencia.

d) Por el procedimiento normal se transferirá el dominio y la posesión de los bienes que se afecten, a la afectación creada, debiendo apartarse de todo derecho a su respecto el propiciador o fundador. Deberá ser tasado técnicamente y con el control del Estado. Su monto deberá consignarse a continuación del nombre.

e) El juez de registro, o la persona que él designe, recibirá, ya sea por escritura pública o por el procedimiento que corresponda, la transferencia del dominio y recibirá la posesión del patrimonio afectado.

f) Deberá concretarse precisamente el objeto propuesto y acompañarse, al acto constitutivo, certificados técnicos de factibilidad.

De ese objeto no podrá apartarse la gestión de la afectación en su accionar.

g) Quedará afectado exclusivamente el patrimonio del iniciador o afectante cuando se compruebe negociación, contrato o actividad ajena al fin determinado. Y la insolvencia sobreviniente del iniciador no obligará al fondo afectado, en tal caso.

h) El instrumento constitutivo, en todos los casos, contendrá la enunciación de la capacidad legal con que se dota a la afectación. La enumeración de actos jurídicos autorizados será taxativa y de interpretación restrictiva.

i) El acto constitutivo, con sus instrumentos habilitantes, deberá publicarse íntegramente e inscribirse en el pertinente registro.

j) Se designará, en el acto constitutivo, el representante legal de la afectación, con precisas facultades. No podrá ser removido del cargo sino por el juez de registro, y sólo en caso de incapacidad sobreviniente, falencia o inconducta. Ante el simple pedido de tercero que acredite, en principio, su interés legítimo y afiance suficientemente el procedimiento, el juez de registro deberá, en todos los casos, disponer la suspensión del representante y designará inmediatamente un reemplazante entretanto dure el proceso de trámite sumario.

k) En caso de comprobarse o invocarse la existencia de intereses opuestos entre la afectación y su fundador o administrador, o en la hipótesis de contienda judicial entre ellos, el juez de registro deberá designar inmediatamente representante *ad litem* de la afectación, sin cuyo requisito el proceso, convenio o transacción no tendrán validez. En ningún caso y por motivo alguno el fondo de afectación podrá ser

representado, frente al iniciador, por el administrador designado en el acto constitutivo.

l) Deberán presentarse y publicarse balances periódicos, con anotación en el registro, y el ente deberá obtener libros rubricados para llevar su contabilidad.

ll) Logrado totalmente el objeto propuesto, demostrado que no existen obligaciones pendientes y previas las pertinentes publicaciones, informadas en dictámenes técnicos, el juez de registro cancelará la afectación y transferirá el patrimonio íntegro actual de ella a su propiciador o a sus sucesores a título universal o singular.

Con los presupuestos que enunciamos no pretendemos haber agotado la nómina de recaudos, garantías y seguridades con que debe ser dotada legalmente la figura del patrimonio de afectación. Su perfeccionamiento queda a cargo de la doctrina a formarse alrededor del instituto, en caso de concedérsele fundamento suficiente a nuestra idea.

VI. El proyecto.

1) Créase el Registro Público de Afectación Limitada de Patrimonio, dependiente de los juzgados de registro de cada jurisdicción judicial.

2) Toda persona física o ideal que desee afectar parte de su patrimonio para la obtención de un objeto determinado o actividad jurídica especial —excluidas las empresas o actividades de giro continuado con fines de lucro—, deberá tramitar la inscripción de la afectación patrimonial ante el juez de registro, con ajuste a las disposiciones de la presente ley.

3) La entidad creada de conformidad con el art. 2 deberá designarse con el nombre de "Afectación", seguido de la individualización clara del objeto o fin propuesto y el valor de su patrimonio. Deberá fijarse el domicilio legal de la nueva entidad.

4) El juez de registro dispondrá la inscripción sólo en el caso de que se acredite:

a) la transferencia del dominio de los bienes que componen la afectación, por escritura pública o privada, según proceda, y la entrega efectiva de la posesión de ellos o el depósito en banco oficial del dinero y otros valores que lo compongan;

b) certificados o informes técnicos que acrediten la factibilidad del proyecto conforme a las posibilidades legales, económicas y físicas apreciadas en el momento de constituirse la afectación;

c) inventario circunstanciado de los bienes que constituyen la afectación,

tación, con un proyecto del modo y tiempo que serán empleados en la obtención del objeto propuesto;

d) la demostración contable de que la transferencia de los bienes afectados no provoca ni la insolvencia ni quebranto serio del patrimonio del afectante;

e) la publicación en el "Boletín Oficial" de cada circunscripción judicial donde corresponda, del acta constitutiva, testimonio, certificados y demás documentos habilitantes;

f) la designación del representante apoderado de la afectación y la enumeración taxativa de las facultades que se le confieren;

g) la capacidad legal, con expresa determinación de los actos que pueda realizar el ente.

5) Será prohibido cambiar o sustituir el objeto propuesto en el acta constitutiva, ampliar o modificar la capacidad legal de la afectación o las facultades conferidas al representante apoderado.

6) Deberá presentarse anualmente, o en los períodos determinados en el acta constitutiva, un balance completo para ser agregado por el juez de registro al legajo de inscripción. El juez podrá ordenar la publicación del balance en caso de que advierta anomalías o dificultades en el desarrollo del proyecto.

7) No podrán retirarse importes con imputación a beneficios obtenidos o en expectativa, ni enajenar los bienes constitutivos del patrimonio de afectación con destino u objeto distinto del propuesto en el acta de constitución.

8) En caso en que existan intereses opuestos entre el afectante o iniciador y la afectación, el juez designará, ante un simple pedido, un curador o representante *ad litem*, o un técnico que actuará como árbitro en los casos que así proceda.

9) En caso de denuncia por terceros de actos no autorizados, presunto dolo, o comisión de hechos ilícitos, el juez de registro, previa la constitución de la pertinente contracautela, procederá a remover, suspendiéndolo en sus funciones, al representante apoderado, suspensión que durará mientras se tramite el procedimiento sumario.

10) El patrimonio de afectación, en caso de cesación de pagos, o para prevenirla, podrá recurrir al procedimiento del concurso de acreedores. En el caso de que el apoderado representante o el iniciador o afectante no se presentara pidiendo el concurso en término legal, se apartare del objeto propuesto, o cometiere actos tachables de dolo o culpa, responderán frente a los acreedores de la afectación con la universalidad de sus bienes, sin perjuicio de las acciones que por el derecho común corresponda.

11) Solamente en caso de que se demuestre al juez de registro la conclusión completa del proyecto, o el fin jurídico propuesto, y previa publicación de edictos que contengan la petición, siempre que no quede deuda alguna, o que de existir créditos, se garanticen perfectamente, se desafectará el patrimonio resultante y se transferirá al afectante o iniciador o a sus sucesores a título singular o universal.

12) Comuníquese al Poder Ejecutivo.

\$300

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

GONZALO FIGUEROA YANEZ

*Profesor de Derecho Civil
de la Universidad de Chile
y de la Universidad Diego Portales*

EL PATRIMONIO

© GONZALO FIGUEROA YANEZ
© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Av. Ricardo Lyon 946, Santiago de Chile

Inscripción N° 77.936

Se terminó de imprimir esta primera edición
de 800 ejemplares en el mes de junio de 1991

IMPRESORES: Salesianos, Bulnes 19, Santiago

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-0908-K

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE



nalización de la obligación, permiten adelantar una posición diferente de los postulados de la doctrina clásica del patrimonio, los cuales, sin embargo, son aceptados plenamente en otras disposiciones. Acogen los postulados clásicos, de relación interpersonal entre acreedor y deudor, entre otros, los arts. 578, 1572, 1553, 1470, 1437, 2284, 2465 y 2469. Pero en otros artículos, el Código parece abrir la puerta a una concepción más objetiva de la obligación, a una relación entre el patrimonio acreedor y el patrimonio deudor. Tales son las disposiciones que se refieren a la *representación* (que acogen la teoría de la modalidad del acto jurídico), a la *autocontratación* y a la *asunción de deudas* (que aparece necesaria frente al art. 2151). La admisión de la asunción de deudas lleva naturalmente a la institución de la *cesión de contrato*, que no repugna, a nuestro entender, al Código chileno.

Las conclusiones recién señaladas, y especialmente la concepción del patrimonio como continente más contenido, tienen importantes repercusiones en el problema de la cesión del derecho real de herencia. En efecto, ha existido en nuestro país una célebre controversia entre don Leopoldo Urrutia, y don José Ramón Gutiérrez, acerca de la forma como debe realizarse la cesión del derecho real de herencia cuando existen inmuebles dentro de los bienes hereditarios. La doctrina y jurisprudencia mayoritarias parecen haberse uniformado en los últimos años en torno a la tesis sostenida por el primero, y han concluido que *dicha cesión del derecho real de herencia no requiere inscripción en el Conservador de Bienes Raíces, aunque la herencia contenga inmuebles*. El fundamento de tal conclusión es la concepción que don Leopoldo Urrutia tuvo del "patrimonio" (en este caso, del patrimonio que fue del causante, que es precisamente el objeto de la cesión del derecho de herencia), al entender por tal *el continente abstracto*, la universalidad teórica, *con prescindencia de su contenido* de bienes, derechos, obligaciones y deudas.

Si se acoge, en cambio, la concepción de "patrimonio" que hemos sostenido en el presente capítulo, *debe llegarse a la conclusión contraria*, que es la que sostuvo don José Ramón Gutiérrez. En efecto, si ha de entenderse por "patrimonio", antes que nada, *una colección de bienes y deudas*, reunidos en una sola unidad (o universalidad) por disposición de la ley, de la cual *no es posible eliminar el contenido, para quedarse con el solo continente abstracto*, debe concluirse que *la tradición o cesión de la universalidad hereditaria no puede realizarse con prescindencia de la forma como deben tradirse los bienes que constituyen el contenido*, y que, en consecuencia, *si la herencia contiene bienes raíces, es indispensable la inscripción conservatoria*, para perfeccionar la cesión del continente hereditario.

La conclusión que sostenemos es materia de nuestro estudio en la Tercera Parte, Capítulo XXII, que hemos denominado "El derecho real de herencia y su cesión".

LAS CARACTERISTICAS DEL PATRIMONIO EN QUE AMBAS DOCTRINAS DIFIEREN

Párrafo 1

VINCULACION ENTRE PERSONA Y PATRIMONIO

1.1. PARA LA DOCTRINA CLÁSICA, EL PATRIMONIO ES UN ATRIBUTO DE LA PERSONALIDAD

52. NO HAY PERSONA SIN PATRIMONIO NI PATRIMONIO SIN PERSONA. CONSECUENCIAS

El patrimonio entendido como continente es inseparable de la persona; existe una vinculación estrechísima entre persona y patrimonio; el concepto de patrimonio sirve para definir la personalidad, puesto que es un atributo de la misma. No puede concebirse una persona sin patrimonio, así como tampoco es posible entender un patrimonio separado de la persona. El patrimonio es una emanación de la personalidad. Precisamente por esta característica, la doctrina clásica se ha llamado también "subjetiva".

"Las personas físicas o morales pueden solas tener un patrimonio. Toda persona tiene necesariamente un patrimonio, aun cuando ella no posea actualmente ningún bien. La misma persona no puede tener más que un solo patrimonio, en el sentido propio de la palabra."¹⁴³

Por esta razón, para los partidarios de esta doctrina, los derechos eventuales del que está por nacer *estarán suspensos* hasta que se produzca el nacimiento (art. 77). Antes del nacimiento,

¹⁴³ AUBRY ET RAU, ob. cit., pág. 231.

esto es, de la separación completa de la criatura de su madre, siempre que sobreviva a dicha separación un momento siquiera (art. 74), la criatura concebida *no es persona*, puesto que no ha principiado todavía su existencia legal, y si no es persona, es inconcebible que exista en torno suyo patrimonio alguno.

Por la misma razón, el Código Civil señala que para ser capaz de suceder es necesario existir al momento de abrirse la sucesión (art. 962), y a continuación declara incapaces de herencia o legado a "las cofradías, gremios, o establecimientos cualesquiera que no sean personas jurídicas" (art. 963 inc. 1º). Pero si la asignación tuviere por objeto la fundación de una nueva corporación o establecimiento, podrá solicitarse la aprobación legal, y obtenida ésta, valdrá la asignación (art. 963 inc. 2º).

Tanto en el caso de la criatura cuyo nacimiento se espera, como en las asignaciones a personas que no existan, la doctrina clásica es consecuente consigo misma, al negar un patrimonio a quien aún no ha llegado a ser persona natural o jurídica. La solución que adopta en ambos casos, de mantener el patrimonio *en suspenso*, mientras se espera que el nacimiento constituya un principio de existencia, o se obtiene la aprobación legal para que la persona jurídica llegue a existir, significa que *el patrimonio se mantiene temporalmente sin titular*. Este es uno de los puntos que más críticas ha suscitado a los autores que sostienen la doctrina clásica.

Pueden consignarse las siguientes consecuencias del principio recién referido:

- a) *Sólo las personas pueden tener patrimonio; las cosas no.* La concepción clásica del derecho subjetivo exige que exista una persona como titular de ese derecho, que pueda exigir de otra persona que dé, haga o no haga algo. La suma de todos los derechos y obligaciones constituye el patrimonio, cuyo titular, por consiguiente, no puede ser sino una persona.

Los esclavos no tienen patrimonio porque no son personas: son objetos y no sujetos de derechos; son cosas y no personas.

En el caso que el ordenamiento jurídico autorice la existencia de bienes y deudas estrechamente vinculados entre sí (como universalidad jurídica), destinados a una cierta finalidad, esos bienes y deudas "necesitan" de un titular. Cuando ese titular no exista en la realidad objetiva, deberá recurrirse a la "ficción" de la personalidad jurídica. En el Capítulo XVII destinamos algunos números a profundizar acerca de la noción de personalidad jurídica.

- b) *Toda persona tiene necesariamente un patrimonio.* Aunque la persona no tenga bienes de ninguna especie, o esté recargada de deudas, necesariamente tendrá un patrimonio, pues éste es concebido tanto como la capacidad para adquirir bie-

nes en el futuro, así como el conjunto de bienes actualmente de propiedad de su titular; el continente y el contenido, como ya hemos visto. El patrimonio es un elemento de la definición de "persona", un atributo de la personalidad.

- c) *El patrimonio es inseparable de la persona.* Mientras una persona exista, no puede desprenderse de su patrimonio, entendido como continente, sin perjuicio de que pueda desprenderse uno a uno de los diversos bienes que lo integran. Esta regla de inalienabilidad del patrimonio es válida tan sólo en lo que dice relación con el denominado "patrimonio originario" y no con los patrimonios derivados, según se verá más adelante.

Estas ideas han sido recogidas por nuestro Código en sus arts. 1407, 1811 y 2056, que impiden toda donación, toda compraventa y todo aporte en sociedad a título universal, ya que esos artículos exigen en cada caso que los bienes que se donen, vendan o aporten se individualicen debidamente, lo que impide su disposición como universalidades.

- d) *No hay personas sin patrimonio.* Desde que la persona se define por el patrimonio, entre otros atributos de la personalidad.
- e) *No hay patrimonio sin persona.* Si el patrimonio es una emanación de la personalidad, no se concibe un patrimonio independiente de la persona.
- f) *El patrimonio es uno e indivisible.* Esta característica es consecuencia de la unidad e indivisibilidad de la persona, de la cual el patrimonio emana.

Si la persona es una sola, no puede tener más de un patrimonio; el patrimonio no es susceptible de división o fraccionamiento en varias masas distintas, en que cada activo garantice sólo el pasivo de la respectiva masa. Explicando esta característica del patrimonio para la doctrina clásica, Ferrara ha expresado: "Y puesto que la personalidad del hombre es única, indivisible e inalienable, así el patrimonio concebido como la realización tangible de aquélla, fue considerado en forma análoga".¹⁴⁴ El patrimonio es una universalidad de derecho sometida a un mismo régimen y a un mismo titular.

¹⁴⁴ FERRARA, *Trattato de Diritto Civile italiano*, Roma, 1921; tomo I, ob. cit., pág. 361.

1.2. PARA LA DOCTRINA OBJETIVA, EL PATRIMONIO ES INDEPENDIENTE DE LA PERSONA

53. EL PATRIMONIO PUEDE SEPARARSE DE LA PERSONA. CONSECUENCIAS

Ya se dijo que todas las personas son sujetos de derechos; pero los autores objetivos sostienen la existencia de sujetos de derechos que pueden no ser personas, y que corresponden a los centros de intereses que la ley resuelve proteger. Para estos autores, existe patrimonio desde que una masa de bienes y deudas encuentra su coherencia en una destinación común.

En consecuencia, los términos "persona" y "patrimonio" pueden separarse perfectamente, puesto que son términos independientes entre sí. Si en un momento dado una persona carece de bienes y de deudas, carecerá de patrimonio, sin perjuicio de que pueda adquirir bienes y deudas en el futuro. Sostener lo contrario, dicen los finalistas, es confundir el patrimonio con la capacidad de goce.

De lo expresado se derivan las siguientes consecuencias:

- Hay patrimonios sin personas.* Todos los centros de interés jurídicamente protegidos, que tengan bienes o deudas en un momento dado, tendrán patrimonio, aunque no sean personas. Tales serán, por ejemplo, las fundaciones de beneficencia.
- Hay personas sin patrimonio.* Si una persona carece de bienes y de deudas en un momento dado, carecerá de patrimonio, como acaba de verse: patrimonio y persona son independientes.

"No se puede decir seriamente que tenga patrimonio un pobre que no tenga más que los andrajos que tiene encima y algunas calderillas recogidas por limosna."¹⁴⁵

El "continente sin contenido" no tiene razón de ser para los finalistas, puesto que para cumplir su función existe la capacidad de goce. No tiene sentido aquel "patrimonio en potencia", sinónimo de capacidad de goce. El patrimonio para los finalistas es siempre "en acto", en un momento determinado.

- El patrimonio deja de ser un atributo de la personalidad.* Si no todas las personas tienen patrimonio, y en cambio existen centros de intereses, sujetos de derechos, con patrimonio, la conclusión resulta obvia: el patrimonio no constituye un elemento de la definición de la persona; el patrimonio deja de ser un atributo de la personalidad. "Es necesario distin-

¹⁴⁵ COVIELLO, ob. cit., pág. 273.

guir netamente entre capacidad de tener un patrimonio y el patrimonio. Es solamente de la primera que se puede decir todo lo que se suele decir del segundo."¹⁴⁶

El patrimonio puede extinguirse si se extinguen los bienes y deudas que lo conforman en un momento determinado. En cambio, la "capacidad de tener un patrimonio" de que hablan Fadda y Bensa, no se extingue, pues ésta y no aquélla es el verdadero atributo de la personalidad.

- El patrimonio no tiene por qué ser uno e indivisible.* Destruído el presupuesto que los clásicos tuvieron presente para sostener la unidad e indivisibilidad del patrimonio, debe entenderse destruida también la conclusión.

No existen inconvenientes para los finalistas en que existan dos o más masas de bienes con sus correspondientes deudas, independientes entre sí, y que pertenezcan a un mismo sujeto de derecho. Así sucede, por ejemplo, en el caso de aceptación de la herencia con beneficio de inventario (art. 1247), o en el caso del beneficio de separación (art. 1378), o en los diversos "patrimonios" de la sociedad conyugal (el del marido, el de la mujer, el de la sociedad conyugal misma, y el llamado patrimonio reservado de la mujer casada), etc.

Los casos más interesantes de patrimonios separados e independientes entre sí, que pueden pertenecer a un mismo titular; así como los casos de patrimonios que en cierto momento carecen de titular, serán estudiados en la Segunda Parte. En todos ellos se verá que existen masas de bienes y deudas relacionadas entre sí, que están sometidas a un régimen jurídico propio y especial establecido por la ley.

Párrafo 2

COMERCIABILIDAD O INCOMERCIABILIDAD DEL PATRIMONIO

- 2.1. PARA LA DOCTRINA CLÁSICA, EL PATRIMONIO ES INCOMERCIABLE
54. EL PATRIMONIO ES INCOMERCIABLE POR SER UN ATRIBUTO DE LA PERSONALIDAD

Para los autores clásicos, la in comerciabilidad del patrimonio es la conclusión evidente de constituir el mismo un atributo de

¹⁴⁶ FADDA Y BENSA, Notas a la traducción italiana del *Diritto delle Pandette*, de Windscheid, ob. cit., tomo I, pág. 195.

la personalidad. El patrimonio está fuera del comercio humano, como el nombre, el domicilio o el estado civil. De ello deriva que el patrimonio sea inalienable, imprescriptible e inembargable. Dedicaremos a estas características algunos de los párrafos que siguen.

Lo señalado se refiere, como es lógico, al "continente", y no se extiende hasta los bienes, derechos, etc., que constituyen el "contenido", los cuales son perfectamente comerciables.

La incomerciability del patrimonio se refiere, además, *tan sólo al continente originario*, que constituye propiamente el atributo de la personalidad, y *no se extiende a algunos patrimonios "derivados"*, conjuntos de bienes y deudas que una persona recibe durante su vida como complemento o adición a su patrimonio originario. Tales patrimonios derivados pueden transferirse y prescribirse en ciertos casos, como veremos en los próximos párrafos. Entre dichos patrimonios derivados se encuentran las herencias que se transmiten al causahabiente durante su vida, los gananciales que puedan corresponder a la mujer al disolverse la sociedad conyugal, etc.

2.2. PARA LA DOCTRINA OBJETIVA, EL PATRIMONIO ES COMERCIABLE

55. CONSECUENCIA DE LA CONCEPCION DEL PATRIMONIO

La comerciabilidad del patrimonio fluye de la concepción que los finalistas tienen del mismo: conjunto de bienes, derechos, relaciones jurídicas, deudas y obligaciones, vinculados entre sí, que un sujeto de derecho tiene en un momento determinado. Nada impide a dicho sujeto de derecho desprenderse de todos esos bienes y deudas que constituyen su patrimonio, pues podrá adquirir más tarde otros bienes y otras deudas. Para los finalistas, el patrimonio es comerciable.

Como consecuencia de la comerciabilidad del patrimonio se derivan su transferibilidad, su prescriptibilidad y su embargabilidad, características que se verán en los próximos párrafos.

Párrafo 3

ALIENABILIDAD O INALIENABILIDAD DEL PATRIMONIO

3.1. PARA LA DOCTRINA CLÁSICA, EL PATRIMONIO ES INALIENABLE

56. EL PATRIMONIO NO PUEDE SER TRANSFERIDO POR SU ESTRECHA RELACION CON SU TITULAR, PERO ES POSIBLE, EN CAMBIO, LA ENAJENACION DE TODOS LOS BIENES SINGULARES QUE LO COMPONEN

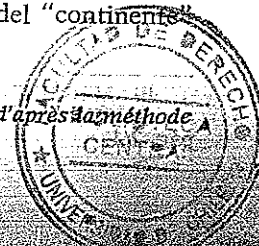
Para la doctrina clásica, el patrimonio como continente no puede ser transferido, por su estrechísima vinculación con la persona de su titular, por ser una "emanación" de la persona, un atributo de la personalidad. El patrimonio como continente, para los clásicos, es tan sólo susceptible de transmisión, y ello sucederá únicamente cuando su titular haya fallecido y no pueda subsistir, por consiguiente, la vinculación que existió durante su vida. En Chile se admite la traslación a título universal cuando el heredero adquiere la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones transmisibles del causante, o una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto (arts. 951 y 1097). No es posible, en cambio, la transferencia del continente originario del patrimonio por acto entre vivos, sin perjuicio de que sea perfectamente posible la transferencia de los bienes que conforman su contenido, si ellos se transfieren en forma singular.

En nuestra legislación civil, esta inalienabilidad del patrimonio originario se manifiesta en las reglas que prohíben los pactos sobre sucesión futura, que son, en realidad, convenciones sobre el patrimonio del futuro causante (art. 1463); en las disposiciones que prohíben las donaciones a título universal (arts. 1407 y 1409), o la compraventa de una universalidad (art. 1811), y en la prohibición de toda sociedad a título universal, sea de bienes presentes y venideros, o de unos u otros (art. 2056).

"El patrimonio es inalienable. La idea de la enajenación del patrimonio presenta un verdadero contrasentido, porque, no teniendo éste una existencia propia e independiente, no podría ser comprendido desligado de la persona a la cual pertenece"¹⁴⁷

El hecho de que el patrimonio continente originario sea inalienable como tal no impide, sin embargo, la enajenación de todos los bienes singulares que lo componen en un momento determinado, pues ello no implica la enajenación del "continente" patrimonio, sino meramente de su "contenido".

¹⁴⁷ AUBRY ET RAU, *Cours de Droit Civil Français d'après la méthode de Zachariae*, ob. cit., tomo VI, pág. 229.



"Por los caracteres antes indicados, el patrimonio como tal no constituye materia de enajenación; se pueden enajenar aun todos los elementos que, en acto, entran (en un determinado momento) en el patrimonio; pero con ello no se ha enajenado en absoluto el patrimonio como tal, que, en este ulterior sentido, es la aptitud del sujeto para adquirir en el futuro otros elementos patrimoniales, o sea, que es la capacidad (patrimonial) de hacer adquisiciones: capacidad que, como tal, es inalienable".¹⁴⁸

57. CASOS EN LA LEGISLACION CIVIL CHILENA

La legislación civil chilena distingue, en lo que se refiere a la enajenación del patrimonio, entre el patrimonio originario y el patrimonio derivado, y dentro del primero se puede subdistinguir entre su enajenación por acto entre vivos y su transmisión por causa de muerte.

El patrimonio originario, entendido como continente, no puede ser enajenado por acto entre vivos. Si una persona dispone de su patrimonio por acto entre vivos, existirá pacto sobre sucesión futura (art. 1463), objeto ilícito y, por tanto, nulidad absoluta (art. 1682).

Ya se señaló que en Chile no es posible celebrar un contrato de compraventa a título universal, en que se vendan todos los bienes presentes o futuros, o unos y otros, ya se venda el total o una cuota. En cambio, será válida la venta de todas las especies, géneros y cantidades que se designen; pero las cosas no comprendidas en esta designación se entenderá que no lo son en la venta. Toda estipulación en contrario es nula (art. 1811).

Tampoco es posible hacer un aporte en sociedad a título universal, sea de bienes presentes o venideros, o de unos u otros. Se prohíbe, asimismo, toda sociedad de ganancias a título universal, excepto entre cónyuges. Sin embargo, pueden ponerse en sociedad cuantos bienes se quiera, especificándolos (art. 2056).

No es posible igualmente hacer una donación a título universal, sea de la totalidad o de una cuota de los bienes, puesto que es requisito de tal tipo de donación un inventario solemne de los bienes, so pena de nulidad. Se entiende que el donante se reserva los bienes omitidos del inventario, y el donatario no tiene derecho alguno a reclamarlos. Tampoco se extienden las donaciones a título universal a los bienes futuros del donante, aun que éste disponga lo contrario (arts. 1407 y 1409).

No existe en Chile, sin embargo, una disposición que prohíba de manera general la enajenación del patrimonio originario

¹⁴⁸ MESSINEO, FRANCESCO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, tomo II, traducción de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1954, pág. 261.

entre vivos. Esta regla se ha desprendido de los preceptos legales recién referidos, y parece razonable.

La regla de inalienabilidad del patrimonio originario se manifiesta también en la disposición que impide al testador liberar, en relación con los acreedores, a alguno de sus herederos del pago de las deudas del patrimonio que le corresponderá heredar, cargando ese pago a otro heredero. Los acreedores no están obligados a respetar las disposiciones del testador, pues no han asentido a los pactos celebrados entre el testador y los herederos. Si una persona es heredero y como tal recibe el patrimonio del causante, debe pagar las deudas de dicho patrimonio (arts. 1358, 1359 y 1526 N° 4°).

La regla que prohíbe la enajenación del patrimonio originario se manifiesta igualmente en el derecho de los acreedores de dirigirse contra el primitivo deudor, en el caso que éste haya donado todos sus bienes o una cuota de ellos (art. 1419).

Sólo en un caso es posible en Chile celebrar un acto jurídico de disposición del patrimonio originario: en el caso del testamento. Antes del fallecimiento, el titular puede disponer por testamento de su patrimonio. Este acto de disposición está condicionado, no obstante, al requisito de que no valdrá sino "después de sus días", puesto que el testamento surte efecto sólo en virtud de la muerte del testador. Además, éste conserva la facultad de revocar las disposiciones contenidas en el testamento, mientras viva (arts. 999, 1000 y 1001). Por estas consideraciones, el caso del testamento no constituye una excepción a la regla de inalienabilidad del patrimonio originario entre vivos.

La regla es diferente cuando acaece el fallecimiento. En este evento, el patrimonio cambia necesariamente de titular, y resulta perfectamente aceptable la transmisión a título universal. Fallecida una persona, desaparece su personalidad, y en lógica estricta, debería desaparecer también todo aquello que emanaba de esa personalidad, como el patrimonio. Pero como esta conclusión traería graves consecuencias en la vida económica, se hace al heredero el continuador de la persona del causante, se entiende que "representa" la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles: la sucesión es a título universal (arts. 951 y 1097).

Debe reconocerse que, en este punto, la doctrina clásica contiene una grave contradicción consigo misma, si se piensa que *ningún atributo de la personalidad es transmisible a los herederos del titular*. El nombre, el estado civil, la nacionalidad, la capacidad de goce, el domicilio, desaparecen junto con el fallecimiento del titular. *El patrimonio es el único atributo de la personalidad que subsiste, para ser transmitido a los herederos*. En verdad, si el patrimonio fuera un atributo de la personalidad, debería desaparecer junto con los demás, al momento del fallecimiento del causante.

58. SI SE PERMITIERA AL TITULAR DESPRENDERSE DE SU PATRIMONIO ORIGINARIO, SE ESTARIA DESPRENDIENDO DE SU CAPACIDAD DE GOCE

Los autores clásicos no admiten la enajenación del patrimonio originario entre vivos, pues ello equivaldría al desprendimiento por parte del titular de su capacidad de goce. Podría pensarse que la persona que enajenó su patrimonio (capacidad de goce) se encuentra en una de estas dos posibilidades, cualquiera de las cuales es absurda:

- a) Que la persona de que se trata perdió su capacidad de goce al enajenar su patrimonio, lo que significaría que dejó de ser sujeto de derecho, y
- b) Que mantuvo su capacidad de goce a pesar de haber transferido el patrimonio. En este caso, los bienes que adquiriera en lo sucesivo ingresarán al patrimonio enajenado, esto es, al patrimonio del adquirente. Los clásicos no conciben la posibilidad de que esos bienes adquiridos con posterioridad, puedan integrar un nuevo patrimonio del antiguo titular.

59. LA REGLA DE INALIENABILIDAD DEL PATRIMONIO SE REFIERE SOLO AL PATRIMONIO ORIGINARIO: ALGUNOS PATRIMONIOS DERIVADOS PUEDEN ENAJENARSE

Ya se ha adelantado que debe distinguirse entre el patrimonio originario y los patrimonios derivados, al tratar el tema de la enajenabilidad de la universalidad patrimonial. El patrimonio originario es el patrimonio personal que sirve de asiento a los derechos y obligaciones del titular primitivo, aquel con el cual éste llegó al mundo, el que constituye un atributo de su personalidad. Los patrimonios derivados corresponden a patrimonios adquiridos más tarde; por ejemplo, si sus primitivos titulares han desaparecido, y al dejar de estar adscritos a ellos, se han traspasado a sus nuevos dueños. En estos patrimonios derivados, no originarios, la regla de la inalienabilidad puede no existir.

Los patrimonios derivados constituyen universalidades jurídicas separadas, con un régimen jurídico propio, con un activo y un pasivo ligados entre sí, independientes del activo y del pasivo que el nuevo titular tenía originariamente. Los bienes que se adquieran con el producto de la enajenación de bienes pertenecientes a estos patrimonios derivados, ingresan al mismo patrimonio derivado, por efecto de la subrogación real que tiene lugar dentro de él. Y los frutos que produzcan los bienes que integran el patrimonio derivado ingresan al mismo por accesión.

El trato jurídico de los patrimonios derivados puede no ser único. A veces éstos pueden diferenciarse del patrimonio originario porque el titular tiene, al respecto, diferentes facultades

de administración; otras veces se caracterizarán por el destino especial de sus bienes, o por su origen, o por la distinta prelación de diversos acreedores al respecto, o por la separación de responsabilidades. Cualquiera que sea su tratamiento jurídico, estos patrimonios derivados se caracterizan por su independencia con relación al patrimonio principal originario, y por su capacidad de responder con sus bienes propios a sus propias deudas.

Veremos a continuación algunos casos de enajenación de patrimonios derivados.

3.1.1. Las herencias

60. LAS HERENCIAS SON PATRIMONIOS DERIVADOS QUE PUEDEN ENAJENARSE

El titular primitivo ha muerto y su patrimonio, manteniendo su identidad de tal, ha pasado al heredero, que ya tenía su propio patrimonio originario.

El patrimonio del causante mantiene por un lapso su identidad de tal. Así se comprueba si se estudian el beneficio de inventario (arts. 1247 y siguientes, y especialmente el art. 1259) y el beneficio de separación (arts. 1378 y siguientes). Durante dicho lapso, el patrimonio del causante conserva su contenido originario de bienes y deudas.

Este patrimonio está representado en cuanto universalidad, en cuanto continente de bienes, por el derecho real de herencia (art. 577); es adquirido por el heredero mediante el modo de adquirir sucesión por causa de muerte (art. 588); el heredero adquiere a su respecto primeramente la posesión legal y luego la posesión real y la posesión efectiva (art. 688), y esta posesión efectiva es justo título para prescribir (art. 704 inc. final y art. 1269). La posesión de la herencia comienza en el heredero, a menos que quiera añadir la posesión del causante a la suya (art. 717). El heredero sucede al causante a título universal, esto es, en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, o en una cuota de ellos (arts. 951 y 954), y esto sucede desde el momento de la delación de la herencia, o sea, desde el fallecimiento del causante, si el heredero no es llamado condicionalmente, o desde el momento de cumplirse la condición, en caso contrario (art. 956). Los herederos representan la persona del causante para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, así como en las obligaciones testamentarias (art. 1097). El que cree tener derecho a la herencia es amparado por la acción de petición de herencia (art. 1264), y el derecho real de herencia puede prescribirse adquisitivamente por el poseedor que no es dueño (art. 2512).

El patrimonio derivado herencia puede ser enajenado por el heredero, pues al hacerlo no compromete su patrimonio originario. Lo hará al ceder dicho derecho real de herencia (art. 1909). La venta deberá efectuarse por escritura pública (art. 1801), y si el heredero cedente se hubiere aprovechado de los frutos, o hubiere percibido créditos o vendido efectos hereditarios, será obligado a reembolsar su valor al cesionario. El cesionario, por su parte, será obligado a indemnizar al heredero cedente de los costos necesarios o prudenciales que haya hecho el último en razón de la herencia (art. 1910). Y al cederse una cuota hereditaria se entenderá cederse al mismo tiempo las cuotas hereditarias que sobrevengan a ella por el derecho de acrecer, salvo estipulación en contrario (mismo art. 1910).

El heredero puede también repudiar el patrimonio derivado herencia (art. 1225), y al proceder la hará pasar a otro titular, diferente del originariamente llamado. Ello le es permitido, pues al hacerlo no compromete su patrimonio originario.

3.1.2. Los gananciales

61. LOS GANANCIALES TAMBIEN SON PATRIMONIOS DERIVADOS QUE EN CIERTOS CASOS PUEDEN RENUNCIARSE

Al momento de celebrarse matrimonio, se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges (arts. 135 y 1718), salvo que se pacte separación total de bienes (arts. 152 y 1715 inc. 2º). En el caso de existir sociedad conyugal, el marido toma la administración de los bienes de ésta y de los bienes propios de su mujer (arts. 135 y 1749), y conserva, además, la administración de sus propios bienes. La mujer, por su parte, administra sus bienes reservados (art. 150) y separados (arts. 166 y 167).

Mientras subsiste la sociedad conyugal, los bienes sociales se confunden con los bienes del marido, "como si formasen un solo patrimonio", de manera que los acreedores pueden perseguir indistintamente unos y otros (art. 1750).

Pero al disolverse la sociedad conyugal, es necesario devolver a los cónyuges sus bienes propios y liquidar el patrimonio social. Para ello, se acumulará imaginariamente al haber social todo lo que los cónyuges adeuden a la sociedad en razón de recompensas o indemnizaciones (art. 1769), y cada uno de los cónyuges retirará sus bienes propios y se pagará de los precios, saldos y recompensas que la sociedad les adeuda (art. 1770). La mujer tiene derecho para hacer estos retiros y deducciones antes que el marido, y si los bienes sociales no fueren suficientes, podrá hacer las deducciones incluso sobre los bienes propios del marido (art. 1773).

Retirados los bienes propios de los cónyuges y efectuadas las deducciones referidas, los bienes que restan constituyen los gananciales de la sociedad conyugal, los que deben dividirse por mitad entre los dos cónyuges (art. 1774).

Los gananciales son una universalidad jurídica de bienes y deudas. En efecto, los bienes que constituyen su activo se encuentran vinculados a las deudas que forman el pasivo, y los acreedores de la sociedad conyugal podrán perseguir sus créditos sobre los bienes que integraban dicha sociedad conyugal y sobre los bienes propios del marido, en la misma forma en que podían hacerlo antes de su disolución. La mujer responderá de las deudas de la sociedad sólo hasta concurrencia de su mitad de gananciales (art. 1777), pero el marido lo hará con todos sus bienes, sean propios o gananciales, salvo su acción contra la mujer para el reintegro de la mitad de lo que haya pagado, con el límite máximo de los gananciales que hayan correspondido a ésta (art. 1778). Y aquel cónyuge que pague una deuda de la sociedad tendrá acción contra el otro cónyuge para el reintegro de la mitad de lo que hubiere pagado. Si pagare, en cambio, una deuda propia del otro cónyuge, podrá solicitar el reintegro de la totalidad de lo pagado (art. 1779). Los acreedores no tienen por qué verse perjudicados por la disolución de la universalidad jurídica sobre la cual podían dirigir sus acciones. Los gananciales provenientes de la disolución de la sociedad conyugal constituyen también una universalidad jurídica en la cual los bienes que la componen están vinculados a las deudas correlativas.

Mientras los gananciales no se dividen por mitad entre los cónyuges, constituyen una comunidad sobre una cosa universal, lo que permite el art. 2304. Esa comunidad no tiene su origen ni en un contrato de sociedad ni en otra convención celebrada entre los cónyuges, por lo cual constituye un cuasicontrato (art. 2304), en que cada uno de los comuneros es obligado a las deudas de la universalidad, como los herederos a las deudas hereditarias (art. 2306).

Esta universalidad "gananciales" constituye para la mujer un patrimonio derivado, que viene a agregarse a su patrimonio originario. Este último está compuesto por sus bienes propios, que fueron administrados por el marido mientras existió la sociedad conyugal; por sus bienes separados, que fueron administrados por la mujer (arts. 166 y 167); por los precios, saldos y recompensas que le debía y le pagó la sociedad conyugal antes de determinarse los gananciales (art. 1770), más los frutos de sus bienes propios pendientes al tiempo de la restitución, y los percibidos por ella desde la disolución de la sociedad conyugal (art. 1772). *La mujer no puede desprenderse de su patrimonio originario transfiriéndolo a un tercero como universalidad*, según se vio más atrás: se oponen a ello los arts. 1811, 2056, 1407 y 1409; sin perjuicio de que pueda transferir todos los bienes singulares

que lo componen. La mujer tampoco puede renunciar a su patrimonio originario. En caso de aceptarse este acto unilateral y abdicativo de su patrimonio, la universalidad jurídica se convertiría en *res derelicta*, en un patrimonio que no pertenecería a nadie, en un patrimonio sin titular, lo que es inaceptable para la doctrina clásica. El patrimonio originario renunciado por la mujer en ningún caso accedería al marido, pues éste no ha tenido jamás dominio sobre tales bienes; el marido tuvo tan sólo un usufructo legal (art. 1725 N° 2°), que realmente no es sino un derecho legal de goce de la propia sociedad conyugal, y no del marido. La mujer no puede jamás desprenderse de su patrimonio originario.

Los gananciales, en cambio, constituyen para la mujer un patrimonio derivado, pues se formaron dentro del patrimonio del marido, que se ha confundido con el patrimonio de la sociedad conyugal, mientras ésta existió (arts. 1750, 1751, 1752 y 1783), lo que permite a la mujer aceptar o renunciar libremente a este patrimonio derivado, conforme lo autorizan los arts. 1781 y siguientes. Ello es perfectamente posible, pues la aceptación o renuncia de los gananciales no afecta el patrimonio originario de la mujer. Al renunciar los gananciales de la sociedad conyugal, la mujer ejecuta un acto jurídico que va a afectar en definitiva a dos patrimonios diferentes: al patrimonio social renunciado, y que por esta razón pasará a la titularidad del marido, y al patrimonio reservado de la propia mujer casada, que por efecto de dicho acto jurídico se radicará definitivamente bajo la titularidad de la mujer (art. 150). La renuncia de los gananciales hecha por la mujer no es jurídicamente un acto traslativo de dominio, puesto que el patrimonio renunciado nunca fue de su propiedad. Se trata de un acto abdicativo, por medio del cual la mujer se desprende de su derecho de aceptar el patrimonio gananciales. Este acto jurídico unilateral y abdicativo de renuncia a los gananciales se permite también a sus herederos mayores (y a los menores con aprobación judicial) (art. 1781), y ello mientras no se haya confundido el patrimonio originario con dichos gananciales (art. 1782). Este acto de renuncia hará que los derechos de la sociedad conyugal se confundan e identifiquen con los derechos del marido (art. 1783); pero no implicará la renuncia de la mujer a su patrimonio propio (art. 1784), el cual se verá incrementado con los bienes reservados de la mujer, que pasarán a pertenecerle en forma definitiva (art. 150).

El marido, en cambio, no puede renunciar a los gananciales, porque son parte de su patrimonio personal originario, con el cual esos gananciales se encuentran confundidos, "como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio" (arts. 1750 y 1751). Los acreedores del marido y de la sociedad conyugal, indistintamente, tienen el derecho de prenda general sobre ambos patrimonios confundidos, sin que pueda hacerse distinción entre ellos (arts. 1750 y 1778).

3.1.3. Las naves

62. LAS NAVES CONSTITUYEN PATRIMONIOS QUE PUEDEN ENAJENARSE

Conforme a lo que establecía el art. 823 del Código de Comercio en su redacción originaria, la palabra "nave" comprende el casco y quilla, los aparejos y accesorios de toda embarcación principal, sea cual fuere su denominación y magnitud, y sea de vela, remo o vapor. Y según lo que disponía el art. 824 del mismo Código, el nombre colectivo "aparejos" designa los palos, botes, anclas, cables, jarcias, velamen, mástiles, vergas y todos los demás objetos fijos o sueltos que, sin formar parte del cuerpo de la nave, son indispensables para su servicio, maniobras y navegación; pero no designa ni comprende el armamento, vituallas, flete devengado y salarios anticipados a la tripulación. En la clasificación de los bienes que hicimos atendiendo a su cohesión interna en el número 31, incluimos las naves dentro de aquellos bienes formados por una pluralidad de objetos no cohesionados físicamente entre sí; pero unidos por una destinación común, la que tiene lugar en torno a una cosa principal, la cual, en este caso, es el casco y quilla. Las modificaciones introducidas a los arts. aquí mencionados por la Ley N° 18.680, de 1988, no alteran el ejemplo que se ofrece en el presente acápite.

La nave, sus aparejos y sus fletes no devengados constituyen un patrimonio separado o especial, de afectación, destinado a realizar los actos de comercio marítimo que demande la actividad naviera. Se ha llamado a este patrimonio marítimo "fortuna de mar", para distinguirlo del patrimonio o fortuna "de tierra" del naviero, el cual está formado por el resto de sus bienes. El naviero tiene, así, dos patrimonios o "fortunas" separadas: la de tierra y la de mar, constituidas por bienes y deudas diferentes entre sí. Dentro de las deudas que reconoce la fortuna de mar, la ley distingue las deudas comunes y privilegiadas y establece un orden de prelación de estas últimas, para el caso de concurso o de quiebra. En el caso que el naviero quiera limitar su responsabilidad a su patrimonio marítimo, y liberar de responsabilidad el resto de sus bienes, puede hacer uso de la institución del "abandono" de la nave y de los fletes percibidos y por percibir, a los acreedores de su fortuna de mar. Por el abandono hecho a favor de uno de los acreedores quedan completamente extinguidas las acciones de los demás contra el naviero.

La fortuna de mar permite al propietario o armador limitar su responsabilidad por los riesgos del transporte marítimo. En efecto, la responsabilidad por las averías comunes queda limitada a la nave, el flete y las mercaderías que existan en ella al tiempo de correrse el riesgo, y son pagadas por contribución de los propietarios de los objetos enunciados.

El patrimonio marítimo o "fortuna de mar" puede ser enajenado separadamente del resto del patrimonio del titular, porque constituye a su respecto un patrimonio derivado distinto de su patrimonio originario. La compraventa de naves está cuidadosamente reglamentada por el Código de Comercio. Conforme a ese cuerpo legal, la enajenación de la nave se entiende ejecutada con todas las responsabilidades que la afectan y salvos los privilegios que establece la ley.

3.1.4. *El patrimonio de una sociedad de personas*

63. LA CESIÓN DE LOS DERECHOS DE UN SOCIO DE UNA SOCIEDAD DE PERSONAS A UN TERCERO QUE SE INCORPORA A LA SOCIEDAD, ES UNA TRANSFERENCIA DE UNA PARTE ALICUOTA DEL PATRIMONIO DE DICHA SOCIEDAD

La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados (art. 2053). El patrimonio de esta persona jurídica está constituido originariamente por los bienes que cada uno de los socios puso en común, ya consistan en dinero o efectos, ya en una industria, servicio o trabajo apreciable en dinero (art. 2055), a los cuales se agregarán los bienes que ingresen al patrimonio social en el futuro y las deudas que la sociedad contraiga en su actividad. Los aportes consistentes en dinero o efectos salieron del patrimonio de los socios para constituir el patrimonio social, por lo cual este aporte en sociedad es un título traslativo de dominio, y el modo de adquirir por la sociedad es la tradición.

El socio de una sociedad de personas puede ceder o traspasar sus derechos en ella a un tercero que se incorpore a la sociedad en su reemplazo, para lo cual deberán concurrir aceptando todos los otros socios. Esta es la regla para todas las sociedades de personas, incluso para las sociedades colectivas, en las cuales la vinculación entre el patrimonio social y los patrimonios de los socios es más estrecha que en otros tipos de sociedades.

La cesión, traspaso o transferencia de los derechos de un socio a un tercero que se incorporará a la sociedad en su reemplazo tiene por objeto una parte alícuota del patrimonio social, y, por consiguiente, constituye una transferencia de patrimonio, de una universalidad jurídica. El derecho que el socio transfiere al tercero es un derecho de crédito contra la sociedad; pero no por una cosa singular o por una determinada suma de dinero, sino que consiste en un crédito sobre todos los bienes que constituyen el activo de la sociedad, en proporción a sus derechos como socio, en un porcentaje sobre el activo, el cual responde en el mismo porcentaje de las deudas que constituyen el pasivo. La cesión o

transferencia de derechos del socio anterior al nuevo socio configura también una subrogación personal, parecida a aquella que tiene lugar en el pago con subrogación (arts. 1608 a 1613). Pero en el pago con subrogación el cambio de titular se hace respecto de un crédito específico, en tanto que en la sociedad de personas la subrogación de titular se refiere a una parte alícuota del patrimonio de la sociedad, traspaso que es perfectamente lícito. Esta licitud proviene de que no se trata del traspaso del patrimonio originario del socio cedente, sino de un patrimonio de afectación, destinado al cumplimiento de los fines para los cuales la sociedad se constituyó, patrimonio que puede ser considerado como patrimonio derivado para dicho socio cedente.

En el caso que concurren todos los socios de una sociedad de personas a ceder simultáneamente sus derechos en ella a otras personas que los reemplacen, se estaría enajenando el patrimonio completo de la persona jurídica sociedad, bajo la apariencia de diversas subrogaciones personales simultáneas.

Las mismas consideraciones recién formuladas en relación con la cesión o transferencia de derechos sociales en una sociedad de personas pueden ser válidas respecto de las sociedades anónimas, con la diferencia de que en estas últimas el derecho o crédito cedido está representado por acciones de esa sociedad, cuya transferencia ha sido reglamentada por la ley.

3.1.5. *El patrimonio de un establecimiento comercial*

64. PARA ALGUNOS, EL ESTABLECIMIENTO COMERCIAL ES UN VERDADERO PATRIMONIO QUE PUEDE TRANSFERIRSE

El establecimiento de comercio, llamado también hacienda mercantil o fondo de comercio, es el conjunto de elementos corporales e incorporeales que un comerciante destina al ejercicio de su profesión. Está compuesto por cosas corporales muebles, como las instalaciones y la mercadería; por cosas incorporeales, como derechos reales y personales relacionados con la actividad comercial; por producciones del talento o del ingenio, llamadas también derechos intelectuales; por intangibles, como la clientela o la organización administrativa y contable, a todos los cuales algunos autores agregan los servicios personales derivados de contratos de trabajo, las cosas corporales inmuebles de propiedad del mismo titular, e, incluso, las deudas del establecimiento, que constituyen su pasivo. Remitimos al lector al Capítulo XX para un estudio más acabado del establecimiento de comercio. Debe tenerse presente, además, que el tratamiento que se da a estos establecimientos de comercio, como verdaderas universalidades, puede extenderse también a otros "establecimientos" que

no sean "comerciales", como los establecimientos profesionales, agrícolas, industriales o mineros, pues el "establecimiento" es el género y el "establecimiento de comercio" es la especie. Así se sostendrá en el Capítulo XX referido.

Hay autores que estiman que el establecimiento de comercio es tan sólo una universalidad de hecho, compuesta por cosas heterogéneas entre sí, en tanto otros sostienen que se trata de una verdadera universalidad jurídica, compuesta por un activo y un pasivo estrechamente vinculados entre sí. Ambas tendencias se exponen en el señalado Capítulo XX. Para los autores de la última posición, la enajenación de un establecimiento de comercio es una verdadera enajenación de un patrimonio.

Cuando los autores que estiman que el establecimiento de comercio es una universalidad de derecho pertenecen, además, a la teoría clásica,¹⁴⁹ explican esta transferencia de patrimonio como una enajenación de un patrimonio derivado, que en nada afecta al principio básico que prohíbe la enajenación del patrimonio originario. En efecto, el establecimiento de comercio es un verdadero patrimonio que su titular obtuvo por medio del ejercicio de la actividad del comercio, cuyos bienes y deudas se han ido adquiriendo y contrayendo con motivo de dicha actividad, y que se han agregado a los bienes y deudas que constituían el patrimonio originario.¹⁵⁰ El principio de la inalienabilidad del patrimonio se refiere tan sólo al patrimonio continente originario, por ser éste y no aquél el atributo de la personalidad. La enajenación del patrimonio derivado establecimiento de comercio no priva al enajenante del resto de su patrimonio originario. Lo que se dice de la enajenación es aplicable a la constitución de gravámenes reales sobre el establecimiento de comercio.¹⁵¹

3.2. PARA LA DOCTRINA OBJETIVA, EL PATRIMONIO ES ENAJENABLE

65. NADA IMPIDE LA ENAJENACION DEL PATRIMONIO POR ACTO ENTRE VIVOS

Entendido el patrimonio como el conjunto de bienes y derechos comerciables y sus deudas correlativas, que un individuo o un centro de intereses tiene en un momento determinado, y distinguiéndose claramente este concepto de la capacidad de goce, la

¹⁴⁹ Entre nosotros, PINTO ROGERS, HUMBERTO, ob. cit., y STITCHKIN BRANOVER, DAVID, *Teoría general del patrimonio*, ob. cit.

¹⁵⁰ STITCHKIN BRANOVER, DAVID, *Teoría general del patrimonio*, ob. cit., págs. 20 a 24.

¹⁵¹ Respecto de los actos jurídicos que es posible realizar sobre los establecimientos de comercio, véase el número 273 del Capítulo XX.

cual le permitirá adquirir más tarde otros bienes y otras deudas, nada se opone a la enajenación del patrimonio por acto entre vivos. Así lo autoriza expresamente, por ejemplo, el art. 419 del Código Civil alemán.¹⁵²

Es justo, dicen los finalistas, que si existe un conjunto en que están estrechamente unidos activo y pasivo, y un tercero se hace cargo del activo, ese tercero deba cargar también con el pasivo correlativo, esto es, que se le pueda transferir el patrimonio tal como está constituido en un momento determinado. Así se hace comúnmente en nuestro propio país, cuando se adquieren por convención el activo y pasivo de una sociedad, por ejemplo.

66. LA LEY PUEDE PROHIBIR LA ENAJENACION DE PATRIMONIO EN CIERTOS CASOS

Lo que se ha dicho sobre enajenabilidad del patrimonio puede no ser efectivo si la ley prohíbe esta enajenación en ciertos casos. Así, al permitir la adscripción de algunos bienes a un centro de intereses digno de protección jurídica, la ley puede prohibir al mismo tiempo al administrador de ese patrimonio su enajenación, para lograr que tales bienes sigan adscritos al centro de intereses de que se trata, y no pasen a otros centros de intereses para los cuales no estaban destinados. Es la ley la que en cada caso limitará o prohibirá la enajenación de patrimonios, según la protección que desee brindar al respectivo centro de intereses.

67. LOS CENTROS DE INTERESES PUEDEN CLASIFICARSE SEGUN SU PROTECCION LEGAL, EN EL CASO QUE LA LEY PERMITA, LIMITE O PROHIBA LA ENAJENACION DE SUS PATRIMONIOS

Conforme a lo expresado en los números anteriores, es admisible la clasificación de los centros de intereses según la protección que la ley les confiera en lo que se refiere a la posibilidad de enajenar sus patrimonios, sea que ésta permita la enajenación libre de los bienes y deudas que lo constituyen, sea que limite su enajenación para casos y circunstancias especialmente considerados, sea que prohíba absolutamente esa enajenación.

En general, serán los centros dependientes, subordinados, de menor interés jurídico, los menos protegidos por la ley en cuanto a la posibilidad de enajenar los bienes y deudas que forman su patrimonio. En Chile, resulta posible enajenar el activo y pasivo de una sociedad de personas,¹⁵³ y según algunos auto-

¹⁵² Véase LOEWEN WARTER, *Derecho Civil alemán*, Santiago, 1935, tomo I, pág. 212.

¹⁵³ Véase número 63.

res, también un establecimiento comercial;¹⁵⁴ pero están prohibidas las donaciones universales (art. 1407), la compraventa de todos los bienes presentes o futuros (art. 1811), y las sociedades a título universal (art. 2056), en atención a la protección del centro de intereses constituido por la persona viva, que la ley ampara en mayor grado.

En todo caso, el principio de la inalienabilidad del patrimonio no puede ser levantado, según los finalistas, a un principio de orden general.

Párrafo 4

DIVISIBILIDAD O INDIVISIBILIDAD DEL PATRIMONIO

4.1. PARA LA DOCTRINA CLÁSICA, EL PATRIMONIO ES UNO E INDIVISIBLE

68. ASI COMO LA PERSONA ES UNA E INDIVISIBLE, LO ES EL PATRIMONIO, QUE ES UNA EMANACION DE ELLA

La persona misma no puede dividirse sin dejar de ser persona. Si el patrimonio es una emanación de la personalidad, tampoco puede dividirse. La idea de que la persona pueda tener más de un patrimonio es inconciliable con la idea de que el patrimonio emana de la personalidad.

"Siendo el patrimonio una emanación de la personalidad, y la expresión del poder jurídico del que una persona se encuentre investida como tal, resulta:

"Que sólo las personas físicas o morales pueden tener un patrimonio;

"Que toda persona tiene necesariamente un patrimonio, aun cuando no posea actualmente ningún bien;

"Que la misma persona no puede tener sino un solo patrimonio en el sentido propio de la palabra".¹⁵⁵

Todos los bienes de una persona están sometidos al mismo poder jurídico y tienen una finalidad común: el servicio del titular. Y ello aunque el destino de los bienes sea diferente, aunque el poder del titular se ejerza en forma diferente sobre distintas secciones del patrimonio: todos los bienes forman una misma universalidad jurídica.

¹⁵⁴ Véase número 64.

¹⁵⁵ AUBRY ET RAU, ob. cit., tomo IX, págs. 335 y 336.

Para la Escuela Clásica, existe una estrecha relación entre persona o sujeto de derecho, capacidad de goce y patrimonio, como ya se vio.¹⁵⁶ De todos los atributos de la personalidad, el único que define realmente lo que es persona desde el punto de vista jurídico es la capacidad de goce, aptitud jurídica para ser titular de derechos y obligaciones, esto es, para adquirir derechos, que ingresan al patrimonio, y para contraer obligaciones, que se hacen efectivas en el patrimonio. Una persona que no tenga bienes, tiene sin embargo patrimonio, aunque sea en potencia, pues tiene capacidad de goce.¹⁵⁷ De la unidad e indivisibilidad de la persona fluyen la unidad e indivisibilidad de su patrimonio.

Lo dicho no se opone a que ciertos bienes del patrimonio puedan estar sometidos a estatutos jurídicos especiales o a regímenes de administración diferentes, como sucede con los peculios del menor o con los bienes reservados de la mujer casada.

En Chile, el principio de la indivisibilidad del patrimonio, sustentado por la doctrina clásica, ha sido derogado o superado por muchas instituciones y por innumerables disposiciones, que se estudian a lo largo de esta obra.

4.2. PARA LA DOCTRINA OBJETIVA, EL PATRIMONIO ES DIVISIBLE

69. LA UNIDAD E INDIVISIBILIDAD DEL PATRIMONIO RESULTAN INCOMPREENSIBLES PARA LA DOCTRINA OBJETIVA O FINALISTA

La unidad e indivisibilidad del patrimonio no tienen sentido para los finalistas, cuya concepción se basa en la idea de afectación, que sirve de vínculo, de unión, a los bienes y deudas que constituyen una universalidad jurídica. La idea de afectación sirve para explicar no solamente la interdependencia de bienes y deudas en el patrimonio (que es una universalidad de gran extensión), sino también en las universalidades de menor extensión, como los patrimonios especiales o especializados.

Premunidos de este concepto de "patrimonio de afectación", los finalistas no ven ningún inconveniente en que un mismo titular pueda tener una universalidad jurídica distinta de su patrimonio general, afectada a cierta finalidad específica, y se separen, así, los bienes y deudas de que es titular en dos o más patrimonios independientes entre sí, y sujetos a regímenes jurídicos distintos.

¹⁵⁶ Véase el Párrafo 2 del Capítulo I ("El derecho subjetivo, el sujeto de derecho y la obligación para la doctrina clásica. Concepto de patrimonio"), especialmente los números 11, 12, 13, 14 y 15.

¹⁵⁷ Véase número 5.

Ya se ha visto que la existencia de estos patrimonios o sub-patrimonios diferentes, dependientes del mismo titular, constituyó una de las primeras críticas que se formularon a la doctrina clásica.¹⁵⁸

Para los finalistas, el patrimonio no es una abstracción, sino una reunión concreta de bienes y deudas estrechamente vinculados entre sí, y existirán tantos patrimonios como conjuntos así constituidos, aunque dependan del mismo titular. Cada acreedor podrá perseguir tan sólo los bienes a los que su crédito se encuentre ligado, sin que le sea permitido perseguir bienes que integren otros patrimonios, aunque dependan del mismo titular.

Párrafo 5

PRESCRIPTIBILIDAD O IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL PATRIMONIO

5.1. PARA LA DOCTRINA CLÁSICA, EL PATRIMONIO ES IMPRESCRIPTIBLE

70. EL PATRIMONIO ESTA FUERA DEL COMERCIO HUMANO, Y, POR CONSIGUIENTE, ES IMPRESCRIPTIBLE

Como atributo de la personalidad, el patrimonio como tal, el continente abstracto, está fuera del comercio humano. Conforme a lo dispuesto por los arts. 2498 inc. 1º y 2510 inc. 1º, pueden adquirirse por prescripción sólo las cosas comerciables. Y como el patrimonio mismo es incomerciable,¹⁵⁹ no puede ganarse por prescripción adquisitiva.

Para poder concebir la prescriptibilidad del continente patrimonio, debe suponerse primeramente que el patrimonio es una "cosa", exterior a la persona, susceptible de que se ejerza al respecto el derecho de dominio u otro derecho semejante. Se vio anteriormente que para los autores clásicos, el patrimonio en tanto continente es una cosa diferente de los bienes y deudas que lo componen e integran,¹⁶⁰ y que la relación que existe entre el con-

¹⁵⁸ Críticas formuladas especialmente en relación con la aceptación de la herencia con beneficio de inventario (arts. 1247 y siguientes), con el beneficio de separación (arts. 1378 y siguientes), y con los "patrimonios", "peculios" o "haber" de la sociedad conyugal y de los cónyuges, y del hijo de familia, así como con los casos de la fortuna de mar y otros, que la doctrina clásica no explicó debidamente. Véase número 9.

¹⁵⁹ Véase Párrafo 2, letra A de este Capítulo V, número 54.

¹⁶⁰ Véase número 40.

tinente patrimonio y la persona de su titular es una relación de derecho absoluto, *erga omnes*, de derecho real, como el derecho de dominio. Existe, sin embargo, una relación tan íntima entre persona y continente patrimonio, que la primera no puede desprenderse de la cosa objeto de su derecho, por lo cual el patrimonio como abstracción, como continente, queda fuera del comercio humano, y no puede ganarse o perderse por prescripción adquisitiva.

71. PUEDEN PRESCRIBIRSE, EN CAMBIO, LAS COSAS SINGULARES QUE INTEGRAN EL PATRIMONIO

Si bien el patrimonio, como continente, como abstracción, se encuentra fuera del comercio humano, y por tanto es imprescriptible, no sucede lo mismo con las cosas singulares que lo integran y componen, las que son comerciables y, por consiguiente, perfectamente prescriptibles. La prescripción adquisitiva de las cosas que componen el patrimonio no privará a su titular del patrimonio mismo, que puede equipararse a su capacidad de goce. Esta última es la que no es posible prescribir.

72. LA REGLA DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL PATRIMONIO SE REFIERE SOLO AL PATRIMONIO ORIGINARIO: ALGUNOS PATRIMONIOS DERIVADOS PUEDEN PRESCRIBIRSE

Se expresó anteriormente¹⁶¹ que la incomerciability del patrimonio se refiere tan sólo al patrimonio originario, que constituye propiamente el atributo de la personalidad, y no se extiende a algunos patrimonios derivados, que una persona recibe durante su vida como complemento o adición a su patrimonio originario, cuando sus primitivos titulares han desaparecido. En estos patrimonios derivados, la regla de la inalienabilidad puede no existir,¹⁶² y, por ende, puede no existir también la regla de la imprescriptibilidad.

Estos patrimonios derivados tienen un régimen jurídico propio, con un activo y un pasivo ligados entre sí, pero independientes del activo y del pasivo que conforman el patrimonio originario, y el fenómeno de la subrogación real que tiene lugar en el interior del patrimonio derivado es independiente del mismo fenómeno de la subrogación real que acontece en el seno del patrimonio originario. Igualmente, los frutos que produzcan los bienes de uno o de otro patrimonio ingresan por accesión al patrimonio al cual pertenecen los bienes que los produjeron. Los patrimonios derivados son, por consiguiente, independientes del

¹⁶¹ Véase número 54.

¹⁶² Véanse los números 59, 60, 61, 62, 63 y 64.

AN AGENCY COSTS THEORY OF TRUST LAW

Robert H. Sitkoff†

This Article develops an agency costs theory of the law of private trusts, focusing chiefly on donative trusts. The agency costs approach offers fresh insights into recurring problems in trust law including, among others, modification and termination, settlor standing, fiduciary litigation, trust-investment law and the duty of impartiality, trustee removal, the role of so-called trust protectors, and spendthrift trusts. The normative claim is that the law should minimize the agency costs inherent in locating managerial authority with the trustee and the residual claim with the beneficiaries, but only to the extent that doing so is consistent with the ex ante instructions of the settlor. Accordingly, the use of the private trust triggers a temporal agency problem (whether the trustee will remain loyal to the settlor's original wishes) in addition to the usual agency problem that arises when risk-bearing and management are separated (whether the trustee/manager will act in the best interests of the beneficiaries/residual claimants). The positive claim is that, at least with respect to traditional doctrines, the law conforms to the suggested normative approach. This Article draws on the economics of the principal-agent problem and the theory of the firm, and it engages the ongoing debate about whether trust law is closer to property law or contract law. Although the analysis focuses on donative trusts, it should be amenable to extension in future work to commercial and charitable trusts.

† Associate Professor of Law, Northwestern University. For helpful comments on earlier drafts, the author thanks Gregory Alexander, Jennifer Arlen, John Armour, Mark Ascher, Ronen Avraham, Lisa Bernstein, Richard Brooks, Brian Cheffins, Ronald Chester, Albert Choi, Barry Cushman, Kevin Davis, Simon Deakin, Deborah DeMott, Joel Dobris, Frank Easterbrook, David English, Lee Fennell, Mark Filip, Daniel Fischel, Tamar Frankel, Nicholas Georgakopoulos, Joshua Getzler, David Haddock, Philip Hamburger, Henry Hansmann, David Hayton, R.H. Helmholz, Adam Hirsch, Marcel Kahan, Louis Kaplow, Andrew Kopans, Reinier Kraakman, John Langbein, Melanie Leslie, James Lindgren, Paul Mahoney, Fred McChesney, John McGinnis, Thomas Merrill, Roger Myerson, Jeffrey Pen-nell, James Penner, Eric Posner, Richard Posner, Claire Priest, Eric Rasmusen, Larry Rib-stein, Roberta Romano, Jeffrey Schoenblum, Steven Schwarcz, Steven Shavell, Helene Shapo, Samuel Sitkoff, Tamara Sitkoff, Stewart Sterk, George Triantis, Thomas Ulen, Law-rence Waggoner, Sarah Worthington, Albert Yoon, and workshop participants at Cam-bridge, Chicago, Harvard, Indiana, London (London School of Economics and King's College), Michigan, Northwestern, Oxford, Virginia, and the Annual Meetings of the American (2003), Midwest (2002), and Canadian (2002) Law and Economics Associations. Richard Nolan fielded numerous questions about English law. The author also thanks Litsa Georgantopoulos, Kathryn Hensiak, Jeremy Polk, and Jeremy Sitkoff for excellent research assistance and the Victor Family Research Fund and the Northwestern University School of Law Summer Faculty Research Program for financial support.

INTRODUCTION	623	R
I. TRUST LAW AS ORGANIZATIONAL LAW	627	R
A. Trust Law as Property Law	628	R
B. The Contractarian Challenge	629	R
C. Asset Partitioning and Organizational Law	631	R
D. The Rise of the Managerial Trust	633	R
II. ECONOMIC FOUNDATIONS	634	R
A. The Theory of the Firm	634	R
B. The Economics of Agency	636	R
C. Agency Costs and Organizational Forms	637	R
III. THE AGENCY COSTS MODEL	638	R
A. The Contractarian Nexus	638	R
B. The Office of the Trustee	641	R
C. The Relative Position of the Settlor	643	R
D. Beneficiaries as Residual Claimants	646	R
IV. APPLICATIONS OF THE MODEL	648	R
A. Donative Beneficiaries as Residual Claimants	649	R
1. <i>The Duty of Impartiality</i>	650	R
2. <i>Total Return Investing</i>	652	R
3. <i>Risk Tolerance and the Duty of Care</i>	654	R
B. The Settlor-Beneficiary Tension	657	R
1. <i>Modification and Termination</i>	658	R
2. <i>Trustee Removal</i>	663	R
3. <i>Settlor Standing</i>	666	R
4. <i>Trust Protectors</i>	670	R
C. Internal Governance and External Transactional Authority	671	R
1. <i>Equitable Tracing</i>	672	R
2. <i>The Spendthrift Trust</i>	674	R
D. Fiduciary Litigation	677	R
1. <i>Litigation Incentives</i>	679	R
2. <i>Fiduciary Sub-Rules</i>	682	R
CONCLUSION	683	R

INTRODUCTION

Agency cost theories of the firm dominate the modern literature of corporate law and economics.¹ Meanwhile, the private express trust, an entity from which the corporation traces its roots,² has been left largely untouched by agency cost analysis.³ Yet, in an echo of Adolph Berle and Gardiner Means's famous critique of the corporation's "separation of ownership and control,"⁴ the central feature of the private trust is that it "separate[s] the benefits of ownership from the burdens of ownership."⁵ This implies that many of the analytical tools supplied by the agency cost theories of the firm, which are routinely applied in the economic analysis of corporate law, should be similarly applicable to the underdeveloped economic analysis of trust law.⁶ Indeed, problems of shirking and monitoring, the driving concerns of agency cost analysis, abound in trust administration. Accordingly, this Article develops an agency costs theory of trust law as organizational law, here focusing on donative private trusts. The anal-

¹ See Michael C. Jensen & William H. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, 3 J. FIN. ECON. 305 (1976); see also Armen A. Alchian & Harold Demsetz, *Production, Information Costs, and Economic Organization*, 62 AM. ECON. REV. 777 (1972); Eugene F. Fama, *Agency Problems and the Theory of the Firm*, 88 J. POL. ECON. 288 (1980); Eugene F. Fama & Michael C. Jensen, *Agency Problems and Residual Claims*, 26 J.L. & ECON. 327 (1983) [hereinafter Fama & Jensen, *Residual Claims*]; Eugene F. Fama & Michael C. Jensen, *Separation of Ownership and Control*, 26 J.L. & ECON. 301 (1983) [hereinafter Fama & Jensen, *Separation*]; Symposium, *Contractual Freedom in Corporate Law*, 89 COLUM. L. REV. 1395-1774 (1989). See generally STEPHEN M. BAINBRIDGE, *CORPORATION LAW AND ECONOMICS* § 1.5, at 26-38 (2002) (discussing various economic models of business organizations). For the classic exposition in the legal literature, see FRANK H. EASTERBROOK & DANIEL R. FISCHL, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF CORPORATE LAW* (1991).

² See Edward Rock & Michael Wachter, *Dangerous Liaisons: Corporate Law, Trust Law, and Interdoctrinal Legal Transplants*, 96 NW. U. L. REV. 651, 655-57 (2002); Joseph T. Walsh, *The Fiduciary Foundation of Corporate Law*, 27 J. CORP. L. 333, 333-35 (2002); see also 3 FREDERIC W. MATLAND, *Trust and Corporation*, in *THE COLLECTED PAPERS OF FREDERIC WILLIAM MATLAND* 321, 395 (H.A.L. Fisher ed., 1911) (stating "that the connection between Trust and Corporation is very ancient").

³ Prior systematic applications of agency cost analysis to trust law are scarce. The principal exception is A.I. Ogus, *The Trust as Governance Structure*, 36 U. TORONTO L.J. 186 (1986). This is not to say, however, that agency cost analysis has not occasionally informed specific analyses. See, e.g., Adam J. Hirsch, *Trusts for Purposes: Policy, Ambiguity, and Anomaly in the Uniform Laws*, 26 FLA. ST. U. L. REV. 913, 928 (1999); Adam J. Hirsch & William K.S. Wang, *A Qualitative Theory of the Dead Hand*, 68 IND. L.J. 1, 28-30 (1992); Jonathan R. Macey, *Private Trusts for the Provision of Private Goods*, 37 EMORY L.J. 295, 315-21 (1988); Stewart E. Sterk, *Jurisdictional Competition To Abolish the Rule Against Perpetuities: R.I.P. for the R.A.P.*, 24 CARDOZO L. REV. 2097, 2111-14 (2003).

⁴ ADOLPH A. BERLE, JR. & GARDINER C. MEANS, *THE MODERN CORPORATION AND PRIVATE PROPERTY* 5 (1932).

⁵ 1 AUSTIN WAKEMAN SCOTT & WILLIAM FRANKLIN FRATCHER, *THE LAW OF TRUSTS* § 1, at 2 (4th ed. 1987) [hereinafter SCOTT ON TRUSTS].

⁶ See Henry Hansmann & Ugo Mattei, *The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis*, 73 N.Y.U. L. REV. 434, 435 (1998) (noting that the "literature . . . tends to be doctrinal rather than . . . functional in perspective"); Ogus, *supra* note 3, at 186 (noting the "neglect" of the trust by the law-and-economics movement).

R

ysis should be amenable to extension in future work to commercial and charitable trusts.⁷ The present Article's contribution is the systematic application of agency theory to the law of donative trusts.

Consider a stylized example. In the prototypical donative trust, the settlor ("S") in effect contracts with the trustee ("T") to manage a portfolio of assets in the best interests of the beneficiaries ("B1" and "B2," collectively the "Bs"), subject to the ex ante restraints imposed by the settlor.⁸ Hence, using the vocabulary of agency in economic rather than legal parlance, T can be viewed as the agent of S; but T can also be viewed as the agent of B1 and B2. To the extent that T might slight or ignore what S would have wanted in the ongoing management of the trust, we have a problem of agency costs in the S/T relationship. But to the extent that T might slight or ignore what B1 and B2 want in the ongoing management of the trust, we have the usual agency problem when risk-bearing (here by B1 and B2) is separated from management (here by T). So where the corporate form presents one dominant source of agency costs (the shareholder/manager relationship), the trust presents two. This means that even if the vocabulary for the economic analysis of trust law will be similar to that of the economic analysis of corporate law, the underlying analysis will be different. Given the trust's independent significance in donative transfers, commercial transactions, and capital markets,⁹ this should not be surprising.

That S saddled her transfer to B1 and B2 with the friction of competing principal-agent relationships is the core insight that animates the agency costs analysis. This Article's normative claim is that the law should minimize the agency costs inherent in locating managerial authority with the trustee (T) and the residual claim with the beneficiaries (B1 and B2), but only to the extent that doing so is consistent with the ex ante instructions of the settlor (S). This qualification gives priority to the settlor over the beneficiaries as the trustee's primary principal.¹⁰ The positive claim is that, at least with respect to tradi-

⁷ On extensions to charitable trusts, see *infra* notes 188, 248, 314 and accompanying text. On extensions to commercial trusts, see *infra* notes 13-14, 153, 309-10 and accompanying text.

⁸ See John H. Langbein, *The Contractarian Basis of the Law of Trusts*, 105 YALE L.J. 625 (1995); see also Edward C. Halbach, Jr., *Uniform Acts, Restatements, and Trends in American Trust Law at Century's End*, 88 CAL. L. REV. 1877, 1881 (2000) (noting that developments in modern trust law have emphasized flexible management "in the pursuit of the best interests of trust beneficiaries within the settlor's legally permissible objectives").

⁹ See, e.g., Henry Hansmann & Ugo Mattei, *Trust Law in the United States: A Basic Study of Its Special Contribution*, 46 AM. J. COMP. L. 133, 133 (1998); sources cited in *infra* note 14.

¹⁰ For a brief derivation of the basic goal, see *infra* note 136. In a sense, this Article is a (long) answer to the question posed by Allen and Kraakman: "If the trustee relationship is analogized to the agency relationship, whom should we view as the principal?" WILLIAM T. ALLEN & REINTER KRAAKMAN, *COMMENTARIES AND CASES ON THE LAW OF BUSINESS ORGANIZATION* § 2.3.3, at 38 (2003); see also *id.* at 36 (comparing trust law and agency law). Note,

R

R

R

R

tional doctrines,¹¹ the law conforms to the suggested normative approach.¹²

Theoretical and practical payoffs to the agency costs approach abound. On the theoretical side, this approach points to a further research agenda for the economic analysis of trust law. Beneficiaries assume the role of risk-bearing residual claimants (at least in the context of donative trusts¹³), and important questions for research include the following: When and why do individuals choose to organize their relationships, both commercial and donative, by reference to the law of trusts rather than some other branch of organizational law?¹⁴ What is the private trust's default governance arrangement, and why is that arrangement the default? Does the law do a good job of supplying the terms for which the relevant parties would have bargained with full information and low negotiation costs? And, for that matter,

however, that under traditional doctrine the settlor, even if living, cannot enforce the terms of the trust, see *infra* Part IV.B.3. Hence the length of the answer.

¹¹ Analysis of modern reforms, such as asset protection trusts, see, e.g., Stewart E. Sterk, *Asset Protection Trusts: Trust Law's Race to the Bottom?*, 85 CORNELL L. REV. 1035 (2000), and the abrogation of the Rule Against Perpetuities, see, e.g., Joel C. Dobris, *The Death of the Rule Against Perpetuities, or the RAP Has No Friends—An Essay*, 35 REAL PROP. PROB. & TR. J. 601 (2000); Jesse Dukeminier & James E. Krier, *The Rise of the Perpetual Trust*, 50 UCLA L. REV. 1303 (2003); Sterk, *supra* note 3; Angela M. Vallario, *Death by a Thousand Cuts: The Rule Against Perpetuities*, 25 J. LEGIS. 141 (1999); Note, *Dynasty Trusts and the Rule Against Perpetuities*, 116 HARV. L. REV. 2588 (2003), requires consideration not only of agency costs analysis, but also reference to the political economy of modern trust law reform and the dynamics of the domestic and international regulatory competition for trust business. See Robert H. Sitkoff & Jonathan L. Corsico, *Jurisdictional Competition for Trust Business: Follow the Money* (unpublished manuscript, on file with author).

¹² This Article is therefore in superficial tension with Jonathan Macey's argument that common law trust doctrines do not promote efficiency. See Macey, *supra* note 3, at 296. For a variety of institutional reasons that Jeffrey Gordon has lucidly described, trends toward efficiency in trust law reflect a blend of common law and statutory reform. See Jeffrey N. Gordon, *The Puzzling Persistence of the Constrained Prudent Man Rule*, 62 N.Y.U. L. REV. 52 (1987). For further discussion, see Sitkoff & Corsico, *supra* note 11.

¹³ See discussion *infra* Parts III.D & IV.A. The parenthetical qualification is necessary because in contrast to the settlor of a typical donative trust, "the settlor in a commercial trust almost always retains a residual interest." Steven L. Schwartz, *Commercial Trusts as Business Organizations: Unraveling the Mystery*, 58 BUS. LAW. 559, 562 (2003).

¹⁴ See Schwartz, *supra* note 13, at 560, 573–84 (comparing commercial trusts with other forms of business organization); see also Michael Bryan, *Reflections on Some Commercial Applications of the Trust*, in KEY DEVELOPMENTS IN CORPORATE LAW AND TRUSTS LAW 205–26 (Ian Ramsay ed., 2002) (discussing the increased commercial utility of the trust form); Hansmann & Mattei, *supra* note 6, at 472–78 (comparing the trust form and the corporate form); John H. Langbein, *The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce*, 107 YALE L.J. 165, 189 (1997) (discussing the many commercial uses of the trust form); Steven L. Schwartz, *Commercial Trusts as Business Organizations: An Invitation to Comparatists*, 13 DUKE J. COMP. & INT'L L. 321, 321 (2003) (stating that "trusts are increasingly employed as business organizations in a wide range of commercial and financial transactions in the United States"). In particular, the trust plays a critical role as a special purpose entity in structured finance transactions. See, e.g., Edward M. Jacobucci & Ralph A. Winter, *Asset Securitization and Asymmetric Information* (Apr. 15, 2003) (unpublished manuscript, on file with the Cornell Law Review); Schwartz, *supra* note 13, at 564–65.

who are the relevant parties? What is the role of markets—including labor, product, and capital¹⁵—in all of this? Because trusts are chiefly governed by state law, is there a regulatory competition among the states, and if so, to what end?¹⁶

On the practical side, agency cost analysis offers fresh insights into recurring problems in trust law including, among others, modification and termination, settlor standing, fiduciary litigation, trust-investment law and the duty of impartiality, trustee removal, the role of so-called trust protectors, and spendthrift trusts. On several of these and other issues, there is divergence between American and English law. Thus, a further benefit of the agency costs approach is that it provides a framework for evaluating the competing Anglo-American views.

This Article is organized as follows. Part I situates the analysis within the current trust law literature. More specifically, Part I advances the claim that classifying trust law as organizational law, and subjecting it to agency cost analysis, is the logical next step in the nascent economic analysis of the donative private trust. Thus, this Article does not advance the inherently dubious claim that all prior approaches to the trust should be discarded. On the contrary, the insights arising out of the debate whether trust law is closer to contract law or property law point to the viability of the agency costs approach.¹⁷ In Part II, the Article briefly reviews the agency cost theories of the firm and the economics of the principal-agent problem. Both underpin this Article's agency costs approach to trust law. Part III identifies and then illuminates, through agency cost analysis, the key relationships between the parties who have an interest in the trust property or its management. Finally, Part IV develops the Article's positive and normative claims with reference to illustrative doctrines including, but not limited to, the recurring issues mentioned above. In so doing, Part IV helps to illuminate some of the endogenous gov-

¹⁵ See Robert H. Sitkoff, *Trust Law, Corporate Law, and Capital Market Efficiency*, 28 J. CORP. L. 565 (2003).

¹⁶ See Dukeminier & Krier, *supra* note 11; Sterk, *supra* note 11, at 1037–38; Sterk, *supra* note 3, at 2098; Sitkoff & Corsico, *supra* note 11.

¹⁷ The ensuing agency costs analysis owes some of its stimulation to a pair of recent articles, the first by John Langbein and the second by Henry Hansmann and Ugo Mattei. See Langbein, *supra* note 8; Hansmann & Mattei, *supra* note 6; cf. Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *The Essential Role of Organizational Law*, 110 YALE L.J. 387, 416 (2000) (describing trust law as a form of organizational law); Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *The Property/Contract Interface*, 101 COLUM. L. REV. 773, 843–49 (2001) (same); Ogus, *supra* note 3, at 188 (discussing agency costs in private trusts). Its more general inspiration is the nexus of contracts models of the firm. See sources cited *supra* note 1; see also discussion *infra* Part II.

ernance considerations relevant to the initial choice to make use of trust law rather than some other branch of organizational law.¹⁸

I TRUST LAW AS ORGANIZATIONAL LAW

This Part advances the claim that trust law blends features familiar from both property and contract law. Hence trust law is properly classified, and best understood, as organizational law. This Part therefore builds on the debate whether trust law is more closely related to contract law or property law. Early participants in this debate, which has been ongoing for over 100 years, include Frederic Maitland (who took a contractarian perspective), Austin Scott (who took a proprietary perspective), and Harlan Fiske Stone (who took a contractarian perspective).¹⁹ More recently, in both the United States and abroad, commentators have shown renewed interest in the debate,²⁰ and in

¹⁸ Although admittedly relevant to the choice between organizational forms, this Article puts the exogenous tax and bankruptcy features of the private trust to the side (they are exogenous in that they stem from the tax and bankruptcy codes rather than trust law). For discussion, see Langbein, *supra* note 14, at 180–81; Schwarcz, *supra* note 13, at 581–83.

¹⁹ On the "dialogue" between Maitland and Scott, see Langbein, *supra* note 8, at 644–46 (collecting and describing their publications); see also Harlan F. Stone, *The Nature of the Rights of the Cestui Que Trust*, 17 COLUM. L. REV. 467 (1917).

²⁰ For modern American manifestations, see Gregory S. Alexander, *The Dead Hand and the Law of Trusts in the Nineteenth Century*, 37 STAN. L. REV. 1189, 1196–97 & n.13 (1985); Ronald Chester & Sarah Reid Ziomek, *Removal of Corporate Trustees Under the Uniform Trust Code and Other Current Law: Does a Contractual Lens Help Clarify the Rights of Beneficiaries?*, 67 MO. L. REV. 241, 244–46 (2002); Joel C. Dobris, *Changes in the Role and the Form of the Trust at the New Millennium, or, We Don't Have to Think of England Anymore*, 62 ALB. L. REV. 543, 546 n.22 (1998); Michael A. Heller, *The Boundaries of Private Property*, 108 YALE L.J. 1163, 1178 & n.73 (1999); Merrill & Smith, *supra* note 17, at 844 n.248; see also ELIAS CLARK ET AL., *GRATUITOUS TRANSFERS: WILLS, INTERSTATE SUCCESSION, TRUSTS, GIFTS, FUTURE INTERESTS, AND ESTATE AND GIFT TAXATION* 454–56 (4th ed. 1999); JOEL C. DOBRIS ET AL., *ESTATES AND TRUSTS* 476–77 (2d ed. 2003); RICHARD POWELL, *POWELL ON REAL PROPERTY* ¶ 513[3], at 41–141–50 (Michael Allan Wolf ed., rev. 2003); Gregory S. Alexander, *The Transformation of Trusts as a Legal Category, 1800–1914*, 5 L. & HIST. REV. 303, 336–50 (1987). For modern English manifestations, see RICHARD EDWARDS & NIGEL STOCKWELL, *TRUSTS AND EQUITY* 16–29 (6th ed. 2002); GRAHAM MOFFAT ET AL., *TRUSTS LAW: TEXTS AND MATERIALS* 190–95 (3d ed. 1999); PAUL TODD & SARAH WILSON, *TEXTBOOK ON TRUSTS* §§ 2.2, 2.3, at 50–69 (6th ed. 2003); Joshua Getzler, *Legislative Incursions into Modern Trusts Doctrine in England: The Trustee Act 2000 and the Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*, 2 GLOBAL JURIST TOPICS Art. 2, at 6–14 (2002) [hereinafter Getzler, *Legislative Incursions*]; Joshua Getzler, *Patterns of Fusion*, in *THE CLASSIFICATION OF OBLIGATIONS* 157, 164–67 (Peter Birks ed., 1997) [hereinafter Getzler, *Patterns*]; George L. Gretton, *Trusts Without Equity*, 49 INT'L & COMP. L.Q. 599, 603–08 (2000); David Hayton, *Developing the Obligation Characteristic of the Trust*, 117 L.Q. REV. 96, 1008 (2001); Neil Jones, *Trusts in England After the Statute of Uses: A View from the 16th Century*, in *ITINERA FIDUCIAE: TRUST AND TREUHAND IN HISTORICAL PERSPECTIVE* 173, 192–96 (Richard Helmholz & Reinhard Zimmermann eds., 1998); Paul Matthews, *From Obligation to Property, and Back Again? The Future of the Non-Charitable Purpose Trust*, in *EXTENDING THE BOUNDARIES OF TRUSTS AND SIMILAR RING-FENCED FUNDS* 203, 203–41 (David Hayton ed., 2002) [hereinafter *EXTENDING THE BOUNDARIES*]; Jonathan Hilliard, *On the Irreducible Core Content of Trusteeship—A Reply to Professors Matthews and Parkinson*, 17 TOLLEY'S TR. L. INT'L 144 (2003); Michael Macnair, *The Conceptual Basis of Trusts in*

R
R

R

particular John Langbein, Henry Hansmann, Ugo Mattei, and Reinier Kraakman have infused it with greater economic sophistication.²¹

A. Trust Law as Property Law

Trust law is most frequently classified as a species of property law.²² For example, the 1959 *Restatement (Second) of Trusts* characterizes the "creation of a trust . . . as a conveyance of the beneficial interest in the trust property rather than as a contract."²³ Gregory Alexander recently distinguished the trustee's fiduciary obligations from those of corporate and other fiduciaries on the ground that the fiduciary relationship in trust law is "property-based."²⁴ A leading English treatise contends that the law of trusts "is at the heart of the common law of property."²⁵ The first two volumes of the *Restatement (Third) of Trusts*, published in final form in 2003, retain the view that the beneficiaries' stake in a trust is in the nature of a property interest.²⁶

However, merely classifying trust law as property law, without coupling that classification with a functional analysis of the trust's proprietary or in rem features, does little to advance our substantive understanding of why trust law takes the form that it does.²⁷ To be sure,

the Later 17th and Early 18th Centuries, in *ITINERA FIDUCIAE*, *supra*, at 207, 221–29; R.C. Nolan, *Property in a Fund*, 120 L.Q. REV. 108, 111–17 (2004). The debate manifests elsewhere as well, both within the common law countries, see Patrick Parkinson, *Reconceptualising the Express Trust*, 61 CAMBRIDGE L.J. 657 (2002) (Australia); C.E.F. Rickett, *The Classification of Trusts*, 18 N.Z. U.L. REV. 305 (1999) (New Zealand), and without, see Stefan Grundmann, *The Evolution of Trust and Treuhand in the 20th Century*, in *ITINERA FIDUCIAE*, *supra*, at 469, 471–78 (Germany).

²¹ See Langbein, *supra* note 8; Hansmann & Kraakman, *supra* note 17; Hansmann & Mattei, *supra* note 6.

²² See Langbein, *supra* note 8, at 643–46; see also EUGENE F. SCOLES ET AL., *PROBLEMS AND MATERIALS ON DECEDENTS' ESTATES AND TRUSTS* 605–06 (6th ed. 2000); Parkinson, *supra* note 20, at 657–58.

²³ RESTATEMENT (SECOND) OF TRUSTS § 197 cmt. b (1959); see Langbein, *supra* note 8, at 648–49.

²⁴ Gregory S. Alexander, *A Cognitive Theory of Fiduciary Relationships*, 85 CORNELL L. REV. 767, 768 & n.7 (2000); see also Getzler, *Legislative Incursions*, *supra* note 20, Art. 2, at 10–14 (similar analysis by an English trust scholar); cf. Sitkoff, *supra* note 15, at 570–82 (comparing the fiduciary obligation in corporate law and trust law).

²⁵ ROBERT A. PEARCE & JOHN STEVENS, *THE LAW OF TRUSTS AND EQUITABLE OBLIGATIONS* v (3d ed. 2002).

²⁶ See, e.g., RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 5(i) & cmt. i (2003) (stating that contracts to convey or for the benefit of third parties are not trusts).

²⁷ See Hansmann & Mattei, *supra* note 6, at 435 ("While there is an extensive legal literature on the institution of the trust, that literature—whether domestic or comparative in focus—tends to be doctrinal rather than broadly functional in perspective."); *id.* at 435–38 (discussing the benefits of a functional analysis of trust law); see also Langbein, *supra* note 8, at 643–69 (discussing suppression of the contractarian perspective and noting the functional correspondence between trust and contract); Sarah Worthington, *The Commercial Utility of the Trust Vehicle*, in *EXTENDING THE BOUNDARIES*, *supra* note 20, at 135 (noting the general lack of functional analysis of trusts).

R

R

R

R

R

R

R

R

the existence of specifically identified property (the trust res) is necessary for trust formation.²⁸ But continuing to deem trust law a species of property law on that basis,²⁹ or to do so because of the private trust's origin in the conveyance of land, obscures not only the trust's proprietary functions, but also its highly enabling, elastic, flexible, and default nature with respect to in personam relations. As Scott's famous treatise observes, "[t]he duties of the trustee are such as the creator of the trust may choose to impose; the interests of the beneficiaries are such as he may choose to confer upon them."³⁰

Accordingly, the task for the functional study of trust law should be to identify the trust's in rem, proprietary elements and then to illuminate how they have been blended with its in personam, contractarian elements. As Thomas Merrill and Henry Smith recently observed, the modern law of trusts offers many of the in rem benefits of property law while simultaneously offering much of the in personam flexibility of contract law.³¹

B. The Contractarian Challenge

In an important recent article, John Langbein offered a functional account of trust law that challenged the traditional view by contending that trust law's contractarian elements predominate. To Langbein, "the deal between settlor and trustee is functionally indistinguishable from the modern third-party-beneficiary contract. Trusts are contracts."³² In comparison to the meaning of contractarian as the term is used in the literature of corporate law and economics, Langbein's contractarian approach is more closely allied with the law of contracts than with the "nexus of contracts" metaphor that informs

²⁸ RESTATEMENT (SECOND) OF TRUSTS § 74 (1959); 1A SCOTT ON TRUSTS, *supra* note 5, § 74, at 428-32; see also Jane B. Baron, *The Trust Res and Donative Intent*, 61 TUL. L. REV. 43, 47-50 (1986) (describing the "res requirement"). This is an important difference between the trust and a life insurance contract. The insurance company, unlike a trustee, is not required to segregate assets. See, e.g., JESSE DUREMINIER & STANLEY M. JOHANSON, WILLS, TRUSTS, AND ESTATES 332 n.2 (6th ed. 2000).

²⁹ See 1A SCOTT ON TRUSTS, *supra* note 5, § 74, at 428-32; Parkinson, *supra* note 20, at 658-59, 663-67; Rickett, *supra* note 20, at 308-09; see also Baron, *supra* note 28, at 50-70 (criticizing traditional justifications for the res requirement without analyzing whether the requirement is functional); cf. Langbein, *supra* note 8, at 627 ("In truth, the trust is a deal, a bargain about how the trust assets are to be managed and distributed.")

³⁰ 1 SCOTT ON TRUSTS, *supra* note 5, § 1, at 2.

³¹ See Merrill & Smith, *supra* note 17, at 843-49; see also Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights*, 31 J. LEGAL STUD. 373, 375 (2002); cf. FRANCIS S. PHILBRICK, *PROPERTY* 150-60 (1939); Hayton, *supra* note 20, at 107-08. A further useful feature of trust law is its amenability to the creation of exotic beneficial interests without dividing legal title. See, e.g., Merrill & Smith, *supra* note 17, at 848-49; Heller, *supra* note 20, at 1178.

³² Langbein, *supra* note 8, at 627; see also Parkinson, *supra* note 20, at 659 (arguing "that the law of trusts is better conceptualized as a species of obligation rather than being understood as a form of property ownership").

R

R

R

R

R

R

R

R

R

the agency cost theories of the firm.³³ On this view, the basis for the rights and remedies of the beneficiary against the trustee—which is to say the law of trust governance—might be understood, for expositional purposes, as a third-party beneficiary contract between the settlor and trustee.³⁴

Langbein's analysis implies that trust law's role is to offer a set of standardized terms that minimize transaction costs for the deal between the settlor and the trustee. By invoking the law of trusts, the settlor and the trustee need only record the extent to which their deal deviates from the default governance regime.³⁵ This view has two important normative implications. First, trust law's default governance regime, including most critically the fiduciary obligation of the trustee to the beneficiaries,³⁶ should reflect the terms for which the parties would likely have bargained with low negotiation costs and full information. Second, courts should employ an intention-seeking approach on questions of interpretation.³⁷ Thus, with respect to matters of internal trust governance, Langbein demonstrates the positive and normative power of the sort of hypothetical bargain analysis that is familiar from both contract and corporate law and economics.³⁸

For purposes of understanding the relevance of trust law to the dealings of the trust's principal parties with outsiders, however, the model of the trust as functionally equivalent to a third-party beneficiary contract encounters difficulty. In the usual third-party beneficiary contract, the rights of the parties and third-party beneficiaries do not touch the rights of other nonparties. But regulating the relationships with outsiders of the trust's insiders (the trustee, the beneficiaries, and the settlor) is a key feature of trust law³⁹—one that implicates some-

³³ Compare Langbein, *supra* note 8, at 627 ("Trusts are Contracts."), with BAINBRIDGE, *supra* note 1, at 28 ("As used by contractarians, however, the term [nexus of contracts] is not limited to those relationships that constitute legal contracts."). See Melvin A. Eisenberg, *The Conception that the Corporation is a Nexus of Contracts, and the Dual Nature of the Firm*, 24 J. CORP. L. 819, 822-23 (1999); see also discussion *infra* Part II.C; sources cited *supra* note 1.

³⁴ See Langbein, *supra* note 8, at 627. One might think of the rights and duties imposed by the trust instrument as stemming not from trust law but rather from the law of the trust. Cf. E. ALLAN FARNSWORTH, *CONTRACTS* § 7.1, at 425-26 (3d ed. 1999) (distinguishing between "contract law" and the "law of the contract").

³⁵ See Langbein, *supra* note 8, at 660; see also Ogus, *supra* note 3, at 206-07 (noting the "transaction costs savings" provided by trust law's default rules).

³⁶ See discussion *infra* Part IV.D.

³⁷ See *infra* note 110 and accompanying text.

³⁸ See, e.g., Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L.J. 87, 89-91 (1989) (collecting illustrative examples of such analysis); see Langbein, *supra* note 8, at 630, 663-64.

³⁹ This is the crucial contribution of Hansmann and Mattei. See Hansmann & Mattei, *supra* note 6, at 466; see also Hansmann & Kraakman, *supra* note 17, at 390 ("[T]he essential role of all forms of organizational law is to provide for the creation of a pattern of creditors' rights—a form of 'asset partitioning'—that could not practically be established other-

R

R

R

R

R

R

R

thing of an in rem dynamic. This includes the law of trustee insolvency (an exceedingly rare phenomenon in donative trusts but an important consideration for commercial trusts);⁴⁰ spendthrift trusts (the more common problem of beneficiary insolvency);⁴¹ equitable tracing principles;⁴² and the continuity of the office of the trustee despite turnover in its occupant.⁴³ Explanation of these features requires acknowledgement of trust law's proprietary features. Thus, as Langbein concluded, "[t]rust is a hybrid of contract and property, and acknowledging contractarian elements does not require disregarding property components whose convenience abides."⁴⁴

C. Asset Partitioning and Organizational Law

In an article subsequent to Langbein's that explored the functional relevance of trust law's proprietary features, Henry Hansmann and Ugo Mattei argued "that it is precisely the property-like aspects of the trust that are the principal contribution of trust law."⁴⁵ This is not to say that they took up the mantle of Austin Scott. To the contrary, they "agree with Langbein that, so far as the relationships between the settlor, the trustee, and the beneficiary are concerned, trust law adds very little to contract law."⁴⁶ Rather, they argued that the important

wise." (footnote omitted); Hansmann & Mattei, *supra* note 9, at 147 ("[T]he important contribution of trust law lies not in its ordering, via default rules of contract, of the relationships among the three principal parties to a trust-like relationship . . . but rather in its ordering of the relationships between those persons and third parties with whom they deal."). For further discussion of this function of trust law, see *infra* Part I.C.

⁴⁰ Langbein called the law of trustee insolvency "the weak point of contractarian analysis." Langbein, *supra* note 8, at 667; see also Hansmann & Mattei, *supra* note 6, at 454-61, 469-72 (noting that the transaction costs of using contract to protect the trust assets from an insolvent trustee's creditors "would often be prohibitively high"); Merrill & Smith, *supra* note 17, at 846-47 (discussing third party information processing costs and trustee insolvency). On the relevance of insolvency to commercial trusts, see Schwarcz, *supra* note 13, at 581-83.

⁴¹ See generally RESTATEMENT (SECOND) OF TRUSTS §§ 149-62 (1959) (discussing spendthrift trusts); *infra* Part IV.C.2 (same). Although the law of contracts sometimes allows the promisee (the role played by the settlor in Langbein's model) to disable the third-party beneficiary from assigning her chose in action to another, see FARNSWORTH, *supra* note 34, § 11.4, at 717-18, it does not allow the promisee to disable the third-party beneficiary from alienating that interest to both voluntary and involuntary creditors. See Hansmann & Mattei, *supra* note 6, at 452-53 & n.58.

⁴² See *infra* Part IV.C.1.

⁴³ See *infra* Part III.B. In fairness, however, many contracts provide for assumption or assignment to deal with the turnover problem. See, e.g., FARNSWORTH, *supra* note 34, §§ 11.1-11.11.

⁴⁴ Langbein, *supra* note 8, at 669. Maitland's conclusion is similar. A beneficial interest in a trust "is something far better than the mere benefit of a promise." MAITLAND, *supra* note 2, at 353. Note also the exclusion of the declaration of trust from Langbein's analysis. See Langbein, *supra* note 8, at 672-75; see also Farkas v. Williams, 125 N.E.2d 600 (Ill. 1955) (holding a trust declaration to be a valid inter vivos trust).

⁴⁵ Hansmann & Mattei, *supra* note 6, at 469.

⁴⁶ *Id.* at 470.

contribution of trust law is its ability "to facilitate an accompanying reorganization of rights and responsibilities between the three principal parties (settlor, trustee, and beneficiary) and third parties, such as creditors, with whom the principal parties deal."⁴⁷ Hansmann and Mattei refer in particular to "the use of trust law to shield trust assets from claims of the trustee's personal creditors."⁴⁸

Thus Hansmann and Mattei stressed the importance of trust law's "asset partitioning" function.⁴⁹ The partitioning of assets provided for by trust law allows the trustee to deal separately with creditors of the trust property and those of his or her own personal property. With respect to all creditors, the law of trusts in effect (though not formally, at least not yet⁵⁰) splits the trustee into "two distinct legal persons: a natural person contracting on behalf of himself, and an artificial person acting on behalf of the beneficiaries."⁵¹ This creation of two distinct legal persons could not feasibly be reproduced with explicit contracting.⁵² Asset partitioning therefore represents an important difference between organizational forms and simple contractual ar-

⁴⁷ *Id.* at 472; see also *id.* at 451-64 (outlining the manner by which trust law organizes the relationships between various parties). Although this analysis identifies an important proprietary aspect of trust law, it remains insufficient to support the broader claims that "organizational law is much more important as property law than as contract law," Hansmann & Kraakman, *supra* note 17, at 390, or that "[p]rivately prepared standard form contracts" could match the drafting efficiencies of the present system of public provision of default rules for trust governance, Hansmann & Mattei, *supra* note 6, at 449. True, in the absence of trust law the parties could incorporate the language of the Restatement's fiduciary provisions into their deal. See *id.* at 448. But the viability of that approach depends on the existence of ample judicial exegesis of the Restatement's text. Precedent is a public good, and the terms of a privately prepared contract can be duplicated by anyone. See EASTERBROOK & FISCHER, *supra* note 1, at 35; see also Marcel Kahan & Michael Klausner, *Standardization and Innovation in Corporate Contracting (or "The Economics of Boilerplate")*, 83 VA. L. REV. 713 (1997); Michael Klausner, *Corporations, Corporate Law, and Networks of Contracts*, 81 VA. L. REV. 757 (1995); Larry E. Ribstein, *Why Corporations?*, 5-6 (Ill. Pub. Law & Legal Theory Research Paper Series, Working Paper No. 08-11, 2003), available at <http://ssrn.com/abstract=451060>.

⁴⁸ Hansmann & Mattei, *supra* note 6, at 438; see *id.* at 454-61.

⁴⁹ This contribution may be understood as a specific application of a broader project on organizational law by Hansmann and Reinier Kraakman. See Hansmann & Kraakman, *supra* note 17, at 414-17; Hansmann & Kraakman, *supra* note 31, at 405-07.

⁵⁰ See RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 2 cmt. a & rep. notes § 2 cmt. a; Halbach, *supra* note 8, at 1882 ("Without abandoning the basic definition of a trust as a fiduciary relationship, there appear to be subtle but practically significant departures from the traditional concept that a trust is not an 'entity.'"); see also Tatarian v. Commercial Union Ins. Co., 672 N.E.2d 997, 1000 (Mass. App. Ct. 1996) (analogizing the trust at issue to a corporation and treating the trust as a separate entity); cf. Schwarcz, *supra* note 13, at 574-75 (discussing recognition of trusts as legal entities).

⁵¹ Hansmann & Kraakman, *supra* note 17, at 416.

⁵² See Hansmann & Mattei, *supra* note 6, at 466 (noting that significant transaction costs would prevent creation of such agreements by contract).

rangements.⁵³ The former have an external proprietary or in rem dimension that complements their internal contractarian or in personam features.

By providing a functional explanation for, and a specific identification of, the essential proprietary dimension of trust law, the Hansmann and Mattei project may be harmonized with Langbein's contractarian approach. Taken together, they show that the law of trusts, like the law of other organizations, offers a careful blending of in rem and in personam features. This implies that, going forward, the study of the law of private trusts should more closely resemble the study of other organizational forms,⁵⁴ an endeavor in which agency costs analysis abounds.

D. The Rise of the Managerial Trust

The empirical observation that the modern use of the private trust increasingly resembles the use of other organizational forms provides further support for treating trust law as organization law. As Langbein and others have demonstrated, the private trust has evolved from a vehicle for conveying and preserving ancestral land into an organizing device that allows owners of property to ensure the ongoing and intergenerational professional management of their wealth.⁵⁵ This evolution in the use of the trust stems from the liberalization of testamentary freedom, the lifting of feudal restrictions on land transfer, and the shift in modern wealth away from land.⁵⁶

Accordingly, in addition to classic but still relevant context-specific rationales such as minimizing taxes and asset protection, the modern donative trust is also used more generally to bring together portfolio management skills with investment capital. The use of professional fiduciaries is reported to be on the rise.⁵⁷ The default rules

⁵³ See Hansmann & Kraakman, *supra* note 17, at 391-98; see also George G. Triantis, *Organizations as Internal Capital Markets: The Legal Boundaries of Firms, Collateral and Trusts in Commercial and Charitable Enterprises*, 117 HARV. L. REV. (forthcoming 2004).

⁵⁴ For a specific application of this general point, see Richard W. Painter, *Contracting Around Conflicts in a Family Representation: Louis Brandeis and the Warren Trust*, 8 U. CHI. L. SCH. ROUNDTABLE 353, 367-69 (2001).

⁵⁵ See Langbein, *supra* note 8, at 632-43; see, e.g., MOFFAT ET AL., *supra* note 20, at 24-36; Edward C. Halbach, Jr., *The Uses and Purposes of Trusts in the United States*, in MODERN INTERNATIONAL DEVELOPMENTS IN TRUST LAW 123, 133-38 (David Hayton ed., 1999).

⁵⁶ See John H. Langbein, *The Twentieth-Century Revolution in Family Wealth Transmission*, 86 MICH. L. REV. 722 (1988) (discussing historical changes in family wealth); MOFFAT ET AL., *supra* note 20, at 33 ("The significance for trusts law of this shift in the nature of family wealth-holdings—that is, from land (predominantly) to investment assets as well as land—can scarcely be overstated.")

⁵⁷ See Alexander, *supra* note 24, at 775 ("Today, the vast majority of trusts are administered by large financial institutions, such as trust companies and trust developments of commercial banks."); Langbein, *supra* note 8, at 638 ("Private trustees still abound, but the prototypical modern trustee is the fee-paid professional, whose business is to enter into

R

R

R

R

R

R

governing trust investment now require something of a total return investment strategy consistent with modern portfolio theory.⁵⁸ The fiduciary obligation has eclipsed limitations on the trustee's powers as the primary tool for aligning the interests of the trustee, who in the modern private trust is vested with vast discretion, with the interests of the beneficiaries.⁵⁹ All of this supports the view that, going forward, the study of trust law should more closely resemble the study of other organizational forms. This is perhaps clearest with respect to the problem of agency costs in the modern managerial trust.

II ECONOMIC FOUNDATIONS

For those unfamiliar with the agency cost theories of the firm or the economics of the principal-agent problem, this Part offers a brief overview. The goal is to provide context for the subsequent application of these ideas to the trust.

A. The Theory of the Firm

In his 1937 essay, *The Nature of the Firm*, Ronald Coase endeavored to understand why some economic activity took place within firms rather than in open market transactions.⁶⁰ Coase's insight was that such activity would be organized within firms when the expected costs of allocating resources by internal direction were less than the expected costs of undertaking the same activity in an open-market transaction.⁶¹ Coase therefore demonstrated the salience of transaction costs. From this beginning have evolved at least three different though complementary approaches to the theory of the firm.

The transaction costs approach, which is most closely associated with Oliver Williamson and is probably the most direct descendant of Coase's essay, focuses on the boundary between the firm and the mar-

and carry out trust agreements."); see also *Peering into Trust Industry Archives*, 115 TR. & EST. 482, 504 (1976) (describing such changes within the trust profession). Several readers of earlier drafts of this Article questioned the empirical basis for this claim. Although the claim warrants further investigation, the specific point is not critical to the ensuing agency costs analysis. Thus this empirical study will remain a project for another article. See generally Sitkoff, *supra* note 15, at 587-88 (discussing the feasibility of empirical study in trust law).

⁵⁸ See discussion *infra* Part IV.A.2.

⁵⁹ See Langbein, *supra* note 8, at 637-43; see also John H. Langbein, *The Uniform Trust Code: Codification of the Law of Trusts in the United States*, 15 TOLLY'S TR. L. INT'L 66, 71 (2001) (noting the statutory trend toward "maximum trustee empowerment").

⁶⁰ R.H. Coase, *The Nature of the Firm*, 4 ECONOMICA 386 (1937). For a general introduction to Coase's theory and to other theoretical approaches to the firm, see Oliver Hart, *An Economist's Perspective on the Theory of the Firm*, 89 COLUM. L. REV. 1757 (1989).

⁶¹ Coase, *supra* note 60, at 390-93.

R

R

ket.⁶² Property rights theories of the firm are "very much in the spirit of the transaction cost literature of Coase and Williamson, but differ [] by focusing attention on the role of physical, that is, nonhuman, assets in a contractual relationship."⁶³ The core relationships that aggregate into the trust as an organizational form, however, are generally open-market transactions rather than intra-firm transfers.⁶⁴ This suggests that neither the transaction costs nor the property rights approaches are as immediately relevant to the present project as the agency cost theories.

Agency cost theories of the firm model organizations as webs of express, implied, and metaphorical contracts among individuals with conflicting interests. At the center of this web is an organizing legal construct.⁶⁵ The critical insight of this so-called "nexus of contracts" approach was to demonstrate the importance of principal-agent economics for the study of organizations. As Jensen and Meckling put it, "[m]any problems associated with the inadequacy of the current theory of the firm can also be viewed as special cases of the theory of agency relationships."⁶⁶ The agency cost theories of the firm focus on the problems of shirking and monitoring that stem from information asymmetries within the organization's component relationships. A brief review of the economics of agency is therefore in order.⁶⁷

⁶² See OLIVER E. WILLIAMSON, *THE ECONOMIC INSTITUTIONS OF CAPITALISM: FIRMS, MARKETS, RELATIONAL CONTRACTING* 15-42 (1985).

⁶³ Hart, *supra* note 60, at 1765; see, e.g., Sanford J. Grossman & Oliver D. Hart, *The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration*, 94 J. POL. ECON. 691 (1986); Oliver Hart & John Moore, *Property Rights and the Nature of the Firm*, 98 J. POL. ECON. 1119 (1990).

⁶⁴ See Rock & Wachter, *supra* note 2, at 664-66.

⁶⁵ See Jensen & Meckling, *supra* note 1, at 310 & n.12; sources cited *supra* note 1.

⁶⁶ Jensen & Meckling, *supra* note 1, at 308; see also Fama, *supra* note 1, at 291; Fama & Jensen, *Separation*, *supra* note 1, at 307-11.

⁶⁷ For accessible and relatively nonmathematical introductions to principal-agent modelling, see HAL R. VARIAN, *INTERMEDIATE MICROECONOMICS: A MODERN APPROACH* 667-88 (6th ed. 2003) [hereinafter VARIAN, *INTERMEDIATE MICROECONOMICS*]; PAUL MILGROM & JOHN ROBERTS, *ECONOMICS, ORGANIZATION AND MANAGEMENT* 166-247 (1992); Kenneth J. Arrow, *The Economics of Agency*, in *PRINCIPALS AND AGENTS: THE STRUCTURE OF BUSINESS* 37-51 (John W. Pratt & Richard J. Zeckhauser eds., 1985); Kathleen M. Eisenhardt, *Agency Theory: An Assessment and Review*, 14 ACAD. MGMT. REV. 57 (1989). Several formal introductions are also generally accessible. See DAVID M. KREPS, *A COURSE IN MICROECONOMIC THEORY* 577-719 (1990); JEAN-JACQUES LAFFONT & DAVID MARTIMORT, *THE THEORY OF INCENTIVES: THE PRINCIPAL-AGENT MODEL* (2002); ANDREU MAS-COLELL ET AL., *MICROECONOMIC THEORY* 477-510 (1995); HAL R. VARIAN, *MICROECONOMIC ANALYSIS* 440-71 (3d ed. 1992) [hereinafter VARIAN, *MICROECONOMIC ANALYSIS*]. Important scholarly statements include Sanford J. Grossman & Oliver D. Hart, *An Analysis of the Principal-Agent Problem*, 51 ECONOMETRICA 7 (1983); Bengt Holmström, *Moral Hazard and Observability*, 10 BELL J. ECON. 74 (1979); Stephen A. Ross, *The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem*, 63 AM. ECON. REV. 134 (1973); Steven Shavell, *Risk Sharing and Incentives in the Principal and Agent Relationship*, 10 BELL J. ECON. 55 (1979). Finally, for discussion by legal scholars of the applicability of principal-agent modeling to legal problems, see HOWELL E. JACKSON ET AL., *ANALYTICAL METHODS FOR LAWYERS* 88-100 (2003); Eric A. Pos-

R

R

R

R

R

B. The Economics of Agency

Using the vocabulary of agency in economic rather than legal parlance,⁶⁸ agency problems are caused by the impossibility of complete contracting when one party (the agent) has discretionary and unobservable decision-making authority that affects the wealth of another party (the principal). When the agent's effort is unobservable, ex post enforcement of the ex ante bargain, no matter how detailed it may be, is impractical. The problem is that the principal will be unable to ascertain whether the agent's breach or an exogenous factor caused a disappointing result. Thus, unless there is a perfect correlation between the agent's effort and the project's observable profits, in which case a good or bad return would conclusively show the level of the agent's effort,⁶⁹ it will be difficult for the principal to prevent shirking by the agent. This is the problem of "hidden action," sometimes called "moral hazard."⁷⁰ The problem is one of post-contractual asymmetric information.⁷¹

Real estate agents are a common illustration in the literature. Consider an agent working on a five percent commission.⁷² Assuming that the property owner cannot feasibly monitor the agent's daily activities, then the agent will have no incentive to put in even \$10 of additional effort to increase the sale price by \$100, as the payoff to the agent of the extra effort is only \$5. However, the \$10 of additional effort would have been in the principal's best interests. If the parties' interests were perfectly aligned (as would be the case if the agent were also the property owner), then the agent would have undertaken the

der, *Agency Models in Law and Economics*, in *CHICAGO LECTURES IN LAW AND ECONOMICS* 225 (Eric A. Posner ed., 2000).

⁶⁸ The difference is that a principal-agent relationship in law requires a showing of control. See RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY § 1 (1958); RESTATEMENT (THIRD) OF AGENCY § 1.01 & cmt. c (Tentative Draft No. 2, 2001); cf. ALLEN & KRAAKMAN, *supra* note 10, § 2.3.3, at 36 (stating that "the trustee is ordinarily not subject to the control of the beneficiary").

⁶⁹ See MAS-COLELL ET AL., *supra* note 67, at 478-79; Robert Cooter & Bradley J. Freeman, *The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences*, 66 N.Y.U. L. REV. 1045, 1048-51 (1991).

⁷⁰ See MAS-COLELL ET AL., *supra* note 67, at 477 n.1 (defining "moral hazard").

⁷¹ A nice statement may be found at LAFFONT & MARTIMORT, *supra* note 67, at 3: The starting point of incentive theory corresponds to the problem of delegating a task to an agent with private information. This private information can be of two types: either the agent can take an action unobserved by the principal, the case of *moral hazard* or *hidden action*; or the agent has some private knowledge about his cost or valuation that is ignored by the principal, the case of *adverse selection* or *hidden knowledge*.

See also JACKSON ET AL., *supra* note 67, at 50-58.

⁷² This illustration is borrowed from Frank Easterbrook and Daniel Fischel. See EASTERBROOK & FISCHEL, *supra* note 1, at 91; Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *Corporate Control Transactions*, 91 YALE L.J. 688, 701 (1982); see also Posner, *supra* note 67, at 225-29 (discussing real estate brokerage contracts from an agency theory perspective).

R

R

R

R

R

R

R

\$10 effort. The agent's failure to do so leads to a welfare loss. True, the divergence in this example is an artifact of the five percent commission; a higher commission—say, fifteen percent—would have solved the problem here. But no compensation scheme short of transferring complete ownership of the project to the agent will solve the incentive problem in all possible scenarios when the agent's efforts are unobservable.

The losses to the parties that stem from such a misalignment of interests are called agency costs. The Jensen and Meckling definition is ubiquitous in the legal literature: Agency costs refers to the sum of the costs of the principal's "monitoring expenditures," the costs of the agent's "bonding expenditures," and the "residual loss" as measured by the "dollar equivalent of the reduction in welfare experienced by the principal" as result of the divergence in the principal's and the agent's interests.⁷³ In the foregoing example, the lost \$100 increase in the sale price would count as residual loss.

C. Agency Costs and Organizational Forms

Returning to the agency cost theories of the firm, the arresting insight of the Jensen and Meckling nexus of contracts model was that the study of organizational forms involves, more concretely, the study of clusters or webs of discrete principal-agent relationships.⁷⁴ Accordingly, subsequent research has explored the effectiveness of various devices, legal and otherwise, at minimizing agency costs within different organizational forms. This literature has also thrown light on the governance features that distinguish different organizational forms from each other.⁷⁵ In particular, the literature of enterprise organizations has explored managerial labor markets,⁷⁶ incentive compensation,⁷⁷ alienable residual claims,⁷⁸ flexible sharing rules and mutual monitoring,⁷⁹ the market for corporate control (i.e., the takeover

⁷³ Jensen & Meckling, *supra* note 1, at 308.

⁷⁴ See *supra* notes 65–66 and accompanying text.

⁷⁵ See, e.g., Eugene F. Fama & Michael C. Jensen, *Organizational Forms and Investment Decisions*, 14 J. FIN. ECON. 101, 117–19 (1985); Fama & Jensen, *Separation*, *supra* note 1, at 311–21.

⁷⁶ See, e.g., Fama, *supra* note 1, at 294–95.

⁷⁷ See, e.g., Kevin J. Murphy, *Executive Compensation*, in 3B HANDBOOK OF LABOR ECONOMICS 2485 (Orley Ashenfelter & David Card eds., 1999); Lucian Arye Bebchuk et al., *Managerial Power and Rent Extraction in the Design of Executive Compensation*, 69 U. CHI. L. REV. 751 (2002); Symposium, *Management Compensation and the Managerial Labor Market*, 7 J. ACCT. & ECON. 3 (1985); Tod Perry & Marc Zenner, *CEO Compensation in the 1990s: Shareholder Alignment or Shareholder Expropriation?*, 35 WAKE FOREST L. REV. 123 (2000).

⁷⁸ See, e.g., Fama & Jensen, *Residual Claims*, *supra* note 1, at 332–33.

⁷⁹ See *id.* at 335–36 (discussing professional partnerships).

R

R

R

R

R

market),⁸⁰ disclosure rules,⁸¹ and liability rules such as fiduciary duties,⁸² as devices for minimizing agency costs.

The trust, although amenable to such analysis, has not similarly been subjected to systematic agency cost analysis.⁸³

III THE AGENCY COSTS MODEL

In comparison to the agency costs approach to corporate law,⁸⁴ the agency costs approach to trust law is both simpler and more complex. It is simpler because the trust is a less complicated organization. This makes the agency cost analysis and reckoning the hypothetical bargain of the principal parties easier. The analysis is more complicated, however, because the actions of those individuals interested in the trust are not metered by price signals from efficient capital markets.⁸⁵ Moreover, the law regularly subordinates the interests of the beneficiaries as residual claimants to the dead-hand interests of the settlor, an outgrowth of the frequently paternalistic function of the donative trust.⁸⁶

A. The Contractarian Nexus

The trust is more than a simple contract between private parties. It is an organizational form with in rem as well as in personam dimensions. Thus, like the corporation and other organizational forms, the trust blends external in rem asset partitioning with internal in personam contractarian flexibility. The trust's internal relationships are contractarian not only because the law supplies default terms around which the parties may contract, but also because the underlying gov-

⁸⁰ See, e.g., Henry G. Manne, *Mergers and the Market for Corporate Control*, 73 J. POL. ECON. 110 (1965); see also, e.g., Lucian Arye Bebchuk, *The Case Against Board Veto in Corporate Takeovers*, 69 U. CHI. L. REV. 973 (2002); Symposium, *The Market for Corporate Control: The Scientific Evidence*, 11 J. FIN. ECON. 5 (1983).

⁸¹ See, e.g., Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *Mandatory Disclosure and the Protection of Investors*, 70 VA. L. REV. 669 (1984); Paul G. Mahoney, *Mandatory Disclosure as a Solution to Agency Problems*, 62 U. CHI. L. REV. 1047 (1995).

⁸² See, e.g., Daniel R. Fischel & Michael Bradley, *The Role of Liability Rules and the Derivative Suit in Corporate Law: A Theoretical and Empirical Analysis*, 71 CORNELL L. REV. 261 (1986); *infra* notes 290–97 and accompanying text.

⁸³ See *supra* note 3 and accompanying text.

⁸⁴ The clearest example is the model of the corporation as a nexus of contracts, which was most notably advanced in the legal literature by Easterbrook and Fischel. See EASTERBROOK & FISCHEL, *supra* note 1, 1–39; Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *The Corporate Contract*, 89 COLUM. L. REV. 1416 (1989).

⁸⁵ See generally Sinkoff, *supra* note 15, at 568–72. The trust has this in common with the close corporation. See Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *Close Corporations and Agency Costs*, 38 STAN. L. REV. 271, 274–77 (1986).

⁸⁶ See, e.g., Mary Louise Fellows, *Spendthrift Trusts: Roots and Relevance for Twenty-First Century Planning*, 50 REC. ASS'N B. CITY N.Y. 140, 149–64 (1995); *infra* note 136 and accompanying text.

R

R

R

R

R

ernance problems that stem from the asymmetric information of the parties are amenable to principal-agent modeling.

True, there is tension between the contractarian metaphor and the position of the beneficiary. Beneficiaries are not normally thought to give ex ante consent, and typically they are in no position to bargain. Moreover, as discussed in Part I, there remains much debate about whether the beneficiaries' stake in the trust is a contract or property right.⁸⁷ But even if the beneficiaries do not literally contract with the other principal parties, and even if the beneficiaries' stake is doctrinally more proprietary than contractarian, contractarian principal-agent modeling nonetheless illuminates the problems of governance relevant to the beneficiaries' welfare. From an economic perspective, hidden action (and possibly hidden information) abounds, so trust governance must confront both incentive and risk-sharing problems.⁸⁸

Accordingly, greater insight into the nature and function of trust law will come from a conception of the trust as a de facto entity that serves as the organizing construct for an aggregation of contractarian relationships. This vision of the trust is analogous to the Jensen and Meckling nexus of contracts model of the firm.⁸⁹ As was the case with their analysis of the corporation, this conception of the trust implies the viability of agency cost analysis for trust law.

To return to the exemplary trust described in the Introduction, which was settled by S for the benefit of B1 and B2 with T as trustee, the constituent relationships include, but are not limited to, those between:

1. S and T;
2. T and the Bs;
3. S and the Bs;
4. T and T's creditors;
5. the Bs and the Bs' creditors;
6. S and S's creditors;
7. S and the trust protector (who will be introduced later).⁹⁰

⁸⁷ See discussion *supra* Part I.A-B.

⁸⁸ See generally Eisenhardt, *supra* note 67, at 58-59 (discussing situations amenable to agency cost analysis).

⁸⁹ Jensen and Meckling argued that most organizations, including the corporation, could be characterized as a "legal fiction[.] . . . [an] artificial construct under the law which allows certain organizations to be treated as individuals." Jensen & Meckling, *supra* note 1, at 310 n.12. These entities "serve as a nexus for a set of contracting relationships among individuals." *Id.* at 310 (emphasis omitted); cf. EASTERBROOK & FISCHEL, *supra* note 1, at 11-12 (discussing the various contractual relationships that form corporations); Alchian & Demsetz, *supra* note 1, at 777-78 (describing the firm as a "centralized contractual agent in a team productive process" (emphasis omitted)).

⁹⁰ See *infra* Part IV.B.4.

8. the Bs and the trust protector;
9. T and T's agents (to whom T delegates authority); and
10. T's delegates and the Bs.⁹¹

The dominant (and sometimes conflicting) relationships exist between S and T and between the Bs and T.

Distilling the trust into its constituent relationships brings into view the applicability of hypothetical bargain analysis and the economics of the principal-agent problem. Both the relationship between S and T and the relationship between the Bs and T might be modeled on the principal-agent scheme. The former presents the temporal agency problem that helps distinguish the economic analysis of trust law from that of corporate law.⁹² The latter presents the traditional agency problem when risk-bearing is separated from management. This means that there is potential for considerable tension between T's loyalty to S and T's loyalty to the Bs. As we shall see in the next Part, American law resolves this tension by requiring T to maximize the welfare of the Bs within the ex ante constraints imposed by S. This is to say that, under the American approach (but not necessarily under the English approach) the donor's intent controls.

⁹¹ See, e.g., *In re Bond & Mortgage Guar. Co.*, 105 N.E.2d 721 (N.Y. 1952) (discussing the relationship between the trustee's agent, in this case the trustee's lawyers, and the beneficiaries); *Surrogates Court Decision of Interest: In re Kellogg*, N.Y.L.J. Dec. 30, 1999, at 25 (same). The importance of the relations that fall into these last two categories, numbers 9 and 10 above, has increased with the assimilation of portfolio theory into modern prudent investor standards. Current law now permits, and might even require, amateur trustees to delegate investment authority to professionals. Langbein calls this phenomenon the "fractionation of trusteeship." John H. Langbein, *The Uniform Prudent Investor Act and the Future of Trust Investing*, 81 IOWA L. REV. 641, 665-66 (1996) [hereinafter Langbein, *The Uniform Prudent Investor Act*]; see RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS: PRUDENT INVESTOR RULE § 171 & cmt. f (1992); UNIF. PRUDENT INVESTOR ACT § 9, 7B U.L.A. 280 (2000); John H. Langbein, *Reversing the Nondelagation Rule of Trust-Investment Law*, 59 MO. L. REV. 105, 115-16 (1994); see also Langbein, *supra* note 59, at 72-73; accord P. J. REED & R. C. WILSON, *THE TRUSTEE ACT 2000: A PRACTICAL GUIDE* 11 (2001) (highlighting the similar shift in prudent investor rules in the United Kingdom). These scenarios might be amenable to modeling as a common agency. For examples of such modeling and discussions of common agency, see B. Douglas Bernheim & Michael D. Whinston, *Common Agency*, 54 ECONOMETRICA 923 (1986); Joel S. Demski & David Sappington, *Optimal Incentive Contracts with Multiple Agents*, 33 J. ECON. THEORY 152 (1984); Bengt Holmström, *Moral Hazard in Teams*, 13 BELL J. ECON. 324 (1982); Bengt Holmström & Paul Milgrom, *Multi-task Principal-Agent Analyses: Incentive Contracts, Asset Ownership, and Job Design*, 7 J. L. ECON. & ORG. 24 (1991); Hideshi Itoh, *Incentives To Help in Multi-Agent Situations*, 59 ECONOMETRICA 611 (1991).

⁹² The temporal agency problem also distinguishes the economic analysis of trust law from that of agency law. Legal agency requires the ongoing existence of a principal under whose control the agent acts. This enables the agent to seek clarification from the principal and facilitates the principal's monitoring of the agent. See sources cited *supra* note 68. Not surprisingly, the lack of monitoring by disabled principals of agents acting under a durable power of attorney is a cause for concern. See Carolyn L. Dessin, *Acting as Agent Under a Financial Durable Power of Attorney: An Unscripted Role*, 75 NEB. L. REV. 574, 584-88 (1996).

B. The Office of the Trustee

The office of the trustee is in effect (though not formally) a separate entity from the trustee personally.⁹⁵ This separate entity-like effect, which stems from the trust's partitioning of assets, implicates an in rem dynamic, as it is effective against nonparties to the trust. The de facto office of the trustee serves as the organizing hub for the various relations that aggregate into the trust.⁹⁶

With respect to creditors, turnover within the office of the trustee or the personal insolvency of a particular trustee does not affect the continuity of the trust. Deals struck by a prior trustee, while acting as trustee, bind successor trustees to the extent that they would have been enforceable against the prior trustee.⁹⁷ The prior trustee, however, has no office-based liability to the trust's creditors once out of office. No trustee, whether in or out of office, has personal liability to the trust's outside creditors unless he or she personally guaranteed the obligation.⁹⁸ And the personal creditors of an insolvent trustee—a rather rare phenomenon in donative trusts, but an important consideration for commercial trusts—have no recourse against the assets of the trust.⁹⁷

The rules that govern the trustee's liability toward creditors of the trust property tend to be mandatory with respect to the settlor, but default with respect to the trustee and those with whom the trustee deals.⁹⁸ They are mandatory with respect to the settlor, because as to

⁹⁵ More precisely, the office of trustee is in effect a separate legal person. See *supra* notes 49–53 and accompanying text. In contrast to corporate law, in trust law there are few if any prescriptions regarding the required structure for the (albeit de facto) fictitious separate entity.

⁹⁶ Cf. David Hayton, *The Uses of Trusts in the Commercial Context*, in *MODERN INTERNATIONAL DEVELOPMENTS IN TRUST LAW*, *supra* note 55, 145, 155–57 (discussing the office of the trustee and noting that continuity of the trust is unaffected by "the death or dissolution of a trustee"); Worthington, *supra* note 27, at 155–57 (discussing the separate rights of the trustee's creditors and the trust's creditors).

⁹⁷ See, e.g., *Schroeder v. CMC Real Estate Corp.*, 510 N.E.2d 1045, 1048–49 (Ill. App. Ct. 1987); *Wood v. Potter*, 289 N.W. 131, 133–34 (Mich. 1939). The qualification addresses the possibility of self-dealing or other grounds for voiding the transaction. The failure of a successor trustee to pursue such remedies would be an independent breach of trust. See *infra* note 101 and accompanying text.

⁹⁸ See, e.g., UNIF. TRUST CODE § 1010(a), 7C U.L.A. 227 (Supp. 2003). The traditional rule of personal liability unless otherwise provided, see 3A SCOTT ON TRUSTS, *supra* note 5, § 261, at 417; RESTATEMENT (SECOND) OF TRUSTS § 265 & cmt. a (1959), can be understood as a penalty default that forces trustees to disclose that they are operating in a representative rather than an individual capacity. See *Hansman & Mattei*, *supra* note 6, at 459–61; *Merrill & Smith*, *supra* note 17, at 846–47.

⁹⁷ See *Hansmann & Mattei*, *supra* note 6, at 454. See generally *Macnair*, *supra* note 20, at 224–29 (discussing the evolution of trustee liability); *Worthington*, *supra* note 27, at 155–58 (reviewing the rights of the beneficiaries and of the creditors of the beneficiaries, trustee, settlor, and the trust property).

⁹⁸ See, e.g., UNIF. TRUST CODE § 1010(a), 7C U.L.A. 227 (Supp. 2003); *id.* § 105(b)(11) ("The terms of a trust prevail over [common and statutory law] except . . . the rights under

R

R

R

R

R

R

R

R

the settlor these rules have an in rem quality—they touch on the rights of outsiders.⁹⁹ They are, in contrast, default with respect to the trustee and outside creditors, because as to these parties the rules concern only in personam matters—they touch only the rights of insiders. Parties may fix their rights with respect to each other, but when the rights of outsiders become involved, the law limits the parties' flexibility.

The rules of trustee liability toward beneficiaries are quite different. But these differences follow naturally from the nexus of contracts model of organizational forms, which implies that it is the trustee *personally* who agrees to manage the assets held by the trustee *as trustee*. Thus, the beneficiaries may seek to surcharge a trustee personally for breach of trust not only while the trustee is in office, but also after the trustee has been sacked. Removal does not extinguish the trustee's personal liability for breaches committed while in office.¹⁰⁰ The breaching trustee's successor, however, is not personally liable to the beneficiaries for the prior trustee's breach unless the successor unreasonably fails to discover and rectify the prior breach. Liability in this scenario, however, stems from the successor trustee's own breach in unreasonably failing to address her predecessor's blunder.¹⁰¹

The rules of internal trust governance, which determine the rights inter se of the beneficiaries, the settlor, and the trustee, are for the most part default as to the settlor.¹⁰² That not all of these rules are default, however, suggests that there is a mandatory foundation of trust governance law. Indeed, as Langbein explains, even though a

Sections 1010 through 1013 of a person other than a trustee or beneficiary."); *id.* Art. 10 gen. cmt. ("The settlor may not limit the rights of persons other than beneficiaries as provided in Sections 1010 through 1013."). See generally John H. Langbein, *Mandatory Rules in the Law of Trusts*, 98 Nw. U. L. Rev. (forthcoming 2004) (comparing mandatory and default rules in trust law); Langbein, *supra* note 59, at 76–79 (analyzing the UTC's mandatory features); David M. English, *Is There a Uniform Trust Act in Your Future?*, PROB. & PROP. 25, 27 (Jan./Feb. 2000); cf. RESTATEMENT (SECOND) OF TRUSTS § 263 (1959) (discussing trustee liability to third parties); 3A SCOTT ON TRUSTS, *supra* note 5, § 263, at 423–32 (same).

⁹⁹ On similar reasoning agency law does not allow principals to opt out of liability to third parties for the acts of agents for which the agents have apparent authority. See, e.g., RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY §§ 159–61 (1958).

¹⁰⁰ As a practical matter, this liability is often fixed in an accounting proceeding made incident to the removal action.

¹⁰¹ See RESTATEMENT (SECOND) OF TRUSTS § 223 (1959); 3 SCOTT ON TRUSTS, *supra* note 5, § 223, at 395–96. This explains why many professionally drafted trustee succession provisions absolve the successor from this audit responsibility. Without such absolution, many potential successors would decline to serve. See VALERIE J. VOLLMER ET AL., AN INTRODUCTION TO TRUSTS AND ESTATES 1072–73 (2003); Charles F. Gibbs & Collen F. Carew, *Liability of Successor Fiduciary for its Predecessor*, N.Y.L.J. 1 (Mar. 18, 2003).

¹⁰² See, e.g., UNIF. TRUST CODE § 105, 7C U.L.A. 139 (Supp. 2003); Langbein, *supra* note 8, at 651, 660–63.

R

R

R

R

settlor may opt out of individual fiduciary duties, she cannot authorize a bad faith trusteeship or oust fiduciary law in its entirety.¹⁰³

Part of the explanation for these limits is the obvious agency cost consequences of giving the trustee unfettered discretion. Hence these limits serve a protective and cautionary function for the settlor who might otherwise unwittingly swamp her beneficiary in an agency costs morass. However, this explanation is incomplete, because the protective and cautionary function could probably have been achieved with a penalty default.¹⁰⁴

Further justification for these mandatory elements lies in the need to ensure that third parties who transact with the trustee can easily ascertain whether property in the possession of the trustee belongs to the trustee personally, is held in trust, or is held in some other limited form such as an equitable charge.¹⁰⁵ There is a mandatory irreducible minimum of trust governance, in other words, not only to serve a protective and cautionary function, but also because on this issue the in personam (i.e., internal governance) converges with the in rem (i.e., external relations).¹⁰⁶ As the Delaware Supreme Court put it in a recent opinion: "A trust in which there is no legally binding obligation on a trustee is a trust in name only and more in the nature of an absolute estate or fee simple grant of property."¹⁰⁷

C. The Relative Position of the Settlor

The settlor's intent to create a trust is a prerequisite to trust formation.¹⁰⁸ This means that Langbein's third-party beneficiary contract between the settlor and the trustee is the trigger for the cascade of individual relationships that compose the trust. The settlor-trustee relationship is indeed contractual, as settlors and trustees are free to

¹⁰³ See Langbein, *supra* note 98.

¹⁰⁴ See, e.g., Ayres & Gertner, *supra* note 38, at 95-107; see also *infra* note 116 and accompanying text (discussing exoneration clauses).

¹⁰⁵ Cf. Merrill & Smith, *supra* note 17 (discussing the third party information costs associated with various forms of property and contract rights). An equitable charge is created when one party transfers property to another, not subject to a fiduciary obligation (indeed the transferee is permitted to benefit personally from the transferred property), but nevertheless subject to the right of a third party to receive a payment from the transferee. See RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 5(h) & cmt. h (2003); RESTATEMENT (SECOND) OF TRUSTS § 10 & cmts. a-b (1959); 1 SCOTT ON TRUSTS, *supra* note 5, §§ 10, 10.3, 10.4; see, e.g., Ogle v. Duxley, 77 So.2d 688, 691-92 (Miss. 1955).

¹⁰⁶ See Langbein, *supra* note 98; *supra* Part I.B-C; *infra* Part IV.C.

¹⁰⁷ McNeil v. McNeil, 798 A.2d 503, 509 (Del. 2002).

¹⁰⁸ See RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 13 (2003); RESTATEMENT (SECOND) OF TRUSTS § 23 (1959); UNIF. TRUST CODE § 402(a)(2), 7C U.L.A. 158 (Supp. 2003).

R

R

R

dicker over the terms of the trust, such as compensation, even if in fact they do not.¹⁰⁹ This leads to three points.

First, when interpreting the trustee's obligations under the trust instrument, an intention-seeking standard is normatively desirable.¹¹⁰ This prescription follows from the principle that in the case of a voluntary transaction between competent adults, the joint intent of the parties carries a presumption of Pareto optimality.¹¹¹ Not surprisingly, the new *Restatement (Third) of Property* for donative transfers points in this direction,¹¹² a positive trend that is consistent with the idea of the settlor as the dominant principal. Moreover, for the usual transaction-costs-savings reasons, the underlying law of trust governance should supply those terms for which the majority of settlors and trustees would have bargained if they had full information and low negotiation costs.¹¹³ As Langbein has noted, "[t]he proper question becomes: What was the intention of the parties to the trust deal respecting this point, and if they did not articulate their intention on this matter, which default rule captures the likely bargain they would have struck had they thought about it."¹¹⁴

Second, given the potential informational asymmetries between repeat-player trust lawyers and institutional fiduciaries on the one

¹⁰⁹ See, e.g., Langbein, *supra* note 8, at 639, 651; see also Getzler, *Legislative Incursions*, *supra* note 20, Art. 2, at 4 (discussing terms that professional trustees often insert into trust instruments). Several readers of earlier drafts objected to the foregoing analysis on the ground that, in practice, settlors simply do not dicker with trustees. But a lack of actual bargaining between settlors and trustees does not negate the contractual nature of their underlying relationship any more than the lack of actual bargaining between insurance companies and insureds negates the contractual nature of that relationship. All that a lack of bargaining suggests is that either (i) the terms of the forms used by corporate fiduciaries approximate median preferences or (ii) the process suffers from the more common problems of standard form contracts and disparities in party sophistication. See *infra* note 117 and accompanying text. Likewise, a lack of actual bargaining with amateur trustees, such as family members, implies only that amateurs are motivated by altruism or a sense of familial loyalty rather than fees or the other terms of the deal.

¹¹⁰ Langbein, *supra* note 8, at 663-64; see also Halbach, *supra* note 8, at 1881 (noting that giving effect to the transferor's intentions is a "pervasive theme" in recent trust law development); cf. Hayton, *supra* note 20, at 96 (predicting that trust law will continue to evolve toward further respect for the settlor's wishes); Parkinson, *supra* note 20, at 676-82 (discussing the implications of an obligation-based conception of the trust).

¹¹¹ See, e.g., EASTERBROOK & FISCHEL, *supra* note 1, at 22-25, 145; RICHARD A. EPSTEIN, *SIMPLE RULES FOR A COMPLEX WORLD* 80-82 (1995).

¹¹² "The controlling consideration in determining the meaning of a donative document is the donor's intention. The donor's intention is given effect to the maximum extent allowed by law." RESTATEMENT (THIRD) OF PROPERTY: WILLS AND OTHER DONATIVE TRANSFERS § 10.1 (2003).

¹¹³ See RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* § 15.6, at 454 (6th ed. 2003); Ayres & Gertner, *supra* note 38, at 89-91 (collecting scholarly statements); see also POSNER, *supra* § 4.1, at 96, § 14.3, at 413, § 14.7, at 427-28 (discussing transaction costs, interpretation, and majoritarian default rules). This is an implication of R.H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J. L. & ECON. 1 (1960).

¹¹⁴ Langbein, *supra* note 8, at 664.

R
R

R

R

R

R

R

R

hand, and settlors on the other, there is room as a normative matter for the occasional information-forcing default rule.¹¹⁵ As a positive matter, such penalty defaults do exist. Perhaps the most salient example concerns clauses that exonerate the trustee from liability to the beneficiaries for breach of trust. Before enforcing these clauses, especially in cases where the trustee was also the settlor's lawyer, courts often require a showing that the settlor had affirmative knowledge of the clause and its meaning.¹¹⁶ By ensuring transparency, the rule helps to ensure that the clause was not unwittingly embraced by the settlor.¹¹⁷

Third, in contrast to the founder of a corporation or a commercial trust,¹¹⁸ the settlor of a donative trust receives no direct price signal about the quality of the governance arrangement to which he or she agrees with the trustee.¹¹⁹ There is no public offering for beneficial interests in a donative trust, and potential beneficiaries do not purchase their rights from the settlor. The only price signal in dona-

¹¹⁵ See, e.g., Ayres & Gertner, *supra* note 38, at 94. The informational asymmetry between trust lawyers and settlor-clients is a separate source of agency costs, discussion of which is beyond the scope of this Article. See generally John C. Coates IV, *Explaining Variation in Takeover Defenses: Blame the Lawyers*, 89 CAL. L. REV. 1301 (2001) (discussing agency costs between corporate clients and lawyers).

¹¹⁶ See RESTATEMENT (SECOND) OF TRUSTS § 222(3) & cmt. d (1959); UNIF. TRUST CODE § 1008(b) & cmt., 7C U.L.A. 226-27 (Supp. 2003) ("Subsection (b) responds to the danger that the insertion of such a clause by the fiduciary or its agent may have been undisclosed or inadequately understood by the settlor."); 3 SCOTT ON TRUSTS, *supra* note 5, § 222.4, at 393-95; see also Comm. on the Modernization of the Tr. Act, *Report on Exculpation Clauses in Trust Instruments*, 22 EST. TR. PENSIONS J. 55 (2003) (discussing Canadian trust law's approach to exculpation clauses); David Hayton, *English Fiduciary Standards and Trust Law*, 32 VAND. J. TRANSNAT'L L. 555, 580 (1999) (describing the requirements for validity of exemption clauses under English law); Langbein, *supra* note 98 (describing exemption clause disclosure rules as antifraud and intent-serving measures); Langbein, *supra* note 59, at 74-75 (discussing the UTC's exculpation clause provisions).

¹¹⁷ In other words, unsophisticated settlors who do not read or understand the fine print present the standard form contract problem. See, e.g., Todd D. Rakoff, *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*, 96 HARV. L. REV. 1174, 1179 (1983); see also Lewis A. Kornhauser, *Unconscionability in Standard Forms*, 64 CAL. L. REV. 1151 (1976) (suggesting that even where exchanges are "untainted by failures in the bargaining process," they can still "suffer from . . . unfair clauses"). More generally, regulation of exculpatory clauses relates back to the need to ensure clear lines of property ownership for outsiders with whom the trustee might deal. See *supra* notes 102-07 and accompanying text.

¹¹⁸ See Schwarcz, *supra* note 13, at 562-63 (comparing commercial and donative trusts).

¹¹⁹ Cf. Jensen & Meckling, *supra* note 1, at 313.

[T]he owner will bear the entire wealth effects of these expected costs so long as the equity market anticipates these effects. Prospective minority shareholders will realize that the owner-manager's interests will diverge somewhat from theirs, hence the price which they will pay for shares will reflect the monitoring costs and the effect of the divergence between the manager's interest and theirs.

Id.; see also Sitkoff, *supra* note 15, at 570-72 (discussing the relevance of capital markets to the governance of trusts and corporations).

R

R

R

R

R

tive trusts regarding potential governance structures—the level of compensation, if any, demanded by the trustee—is both weak and ambiguous.¹²⁰ In conjunction with the potential for informational asymmetries, the lack of a direct price signal bolsters the case for the occasional information-forcing default rule and, in some cases, possibly even justifies disregarding the expressed intent of the settlor.¹²¹

None of this is to suggest that settlors are uninterested in the quality of the trust's governance regime. On the contrary, a common purpose in settling a trust in the first place, tax exigencies and controlling personalities aside,¹²² is to maximize the beneficiaries' welfare. The point of the prior paragraph is merely that settlors do not receive the sort of price signals from thick markets that would force them to internalize the costs and benefits of the governance arrangement to which they have agreed with the trustee. To paraphrase the condition posited by Frank Easterbrook and Daniel Fischel as necessary for skepticism about a term in the related context of the corporate contract, the consequences for beneficiary welfare of the trust terms might "not have been appreciated by" the settlor.¹²³

D. Beneficiaries as Residual Claimants

The trustee and those who conduct business with the trustee as trustee have fixed claims on the trust corpus that generally have priority over the claims of the beneficiaries. Trustees are free to negotiate for their own fee schedules or other terms designed to protect their interests,¹²⁴ and those who do business with the trustee over trust assets can likewise protect themselves by contract. Beneficiaries of donative trusts, however, are limited to taking so much as the trust instrument allows out of whatever is left of the trust's assets when all

¹²⁰ The signal is weak in both directions. Professionals often have company-wide fee schedules, and amateurs such as family members often serve without commission. See *supra* note 109.

¹²¹ See Langbein, *supra* note 98.

¹²² Anecdotes from practitioners suggest that some settlors are so control-oriented that their chief motivation is to maintain dominance over their family after death, seeking not just to minimize taxes, but sometimes even sacrificing that goal in order to maintain control over the beneficiaries' behavior. See, e.g., B. Douglas Bernheim et al., *The Strategic Request Motive*, 93 J. POL. ECON. 1045 (1985) (discussing strategic intergenerational transfers); see also *infra* note 208 and accompanying text.

¹²³ EASTERBROOK & FISCHEL, *supra* note 1, at 31; see also *id.* at 17, 23-25; cf. Langbein, *supra* note 98.

¹²⁴ See *supra* note 109 and accompanying text.

R

R

R

R

other claims are settled.¹²⁵ That is, as residual claimants, they bear the residual risk.¹²⁶

To say that the beneficiaries are the residual claimants is to say that managerial decisions are inframarginal for all the relevant players except for the beneficiaries. This may provide an agency costs explanation for the rule in irrevocable trusts that only the beneficiaries may sue the trustee for a breach of trust.¹²⁷ The same reasoning may also explain why the default fiduciary obligations of the trustee are designed to create incentives for the trustee to manage the trust from the beneficiaries' (and hence the marginal) perspective. Moreover, now that the trust form is used for more than intergenerational conveyances and the preservation of ancestral land, status as a trust beneficiary brings both greater potential risk and greater potential reward.¹²⁸

Against the foregoing it might be argued that, because private trust beneficiaries are nothing more than passive recipients of a donative transfer, the analogy to Jensen and Meckling's nexus of contracts metaphor is inappropriate. Indeed, even though acceptance (which can be implied) is a required element of every gift,¹²⁹ trust beneficiaries do not give consent to their status as such in the same way that parties give consent to a literal contractual relationship. But the nexus of contracts model is just that, a model. The economics of agency provides a helpful framework for understanding the law's default solutions to problems of governance presented by the trust form of organization.

An important further benefit of the agency costs approach is that it invites comparison of the trust to other organizational forms. This expands the potential for drawing on empirical insights, albeit by analogy. Thus far the typical trust law empirical project has been comparative. Although the common law trust is uniquely Anglo-Ameri-

¹²⁵ The limitation to donative trusts is necessary because in the commercial context, the beneficiaries are typically investors in trust certificates that, like debt, only entitle them to a return of their investment plus interest. Any surplus value goes back to the settlor, who is the residual claimant in such an arrangement. See Schwarcz, *supra* note 13, at 562-63.

¹²⁶ See Fama & Jensen, *Residual Claims*, *supra* note 1, at 328 ("The residual risk—the risk of the difference between stochastic [i.e., variable] inflows of resources and promised payments to agents—is borne by those who contract for the rights to net cash flows."); cf. EASTERNBROOK & FISCHEL, *supra* note 1, at 67-70 (discussing the nature of residual claims in the context of voting rights in corporations).

¹²⁷ See RESTATEMENT (SECOND) OF TRUSTS § 200 (1959); 3 SCOTT ON TRUSTS, *supra* note 5, §§ 200, 200.1. But see *infra* Part IV.B.5.

¹²⁸ See Langbein, *supra* note 8, at 642.

¹²⁹ See RESTATEMENT (THIRD) OF PROPERTY: WILLS AND OTHER DONATIVE TRANSFERS § 6.1 & cmt. i (2003).

can,¹³⁰ there is nontrivial variation across the common law nations.¹³¹ Furthermore, there are clear payoffs to studying how the non-common law countries have adapted to their nominal lack of an explicit trust law.¹³² Because of the difficulty in obtaining good data on trusts in practice, however, this comparative approach tends to be qualitative rather than quantitative.¹³³ In contrast, thick capital markets provide ample data for quantitative analysis of theoretical predictions about the impact of corporate law on shareholder welfare.¹³⁴ Accordingly, analogical comparisons to the empirical literature on whether specific corporate governance mechanisms improve investor welfare might help inform the analysis of whether specific trust governance mechanisms might likewise improve beneficiary welfare.

IV

LA RESPONSABILIDAD CIVIL PATRIMONIAL Y LA PROTECCIÓN DE ACREEDORES EN LA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

ÁLVARO VIDAL OLIVARES

Doctor en Derecho Universidad Autónoma de Madrid

Profesor de Derecho Civil

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto el estudio del régimen de responsabilidad contractual a que se someten las empresas individuales de responsabilidad limitada (en adelante, empresa individual) según la ley N° 19.857 que las regula (en adelante, la ley), con énfasis en aquellos tópicos que por su especialidad respecto del derecho común exigen una reflexión y un comentario detenido. Estos tópicos se identifican considerando únicamente las propias peculiaridades de esta nueva institución regulada por la ley.

El supuesto de la ley es que una persona natural, comerciante, constituye una empresa individual a la que la ley le confiere el privilegio de una personalidad jurídica propia¹ y como nuevo sujeto de derecho

¹ El legislador al momento de establecer las empresas individuales puede optar por dos modelos. El primero, el de la empresa individual sin personalidad jurídica, en éste el legislador se limita a crear un patrimonio de afectación compuesto por los bienes que el empresario aporta al momento de su creación (caso de Portugal). El segundo, el de la empresa individual dotada de personalidad jurídica, considerada como un sujeto de derecho distinto de su fundador. Dentro de este último, a su vez, los sistemas del derecho comparado pueden inclinarse, o por la creación de institución nueva, como es la empresa individual (caso de Perú); o por la de una sociedad unipersonal, sea de responsabilidad limitada o anónima (caso español). Nuestra ley opta por la empresa individual con personalidad jurídica propia, pero sin que ésta constituya un nuevo tipo de sociedad. Para un estudio comparado sobre la materia, véase: Pieggi Vanossi, Ana Isabel, *Estudios sobre la sociedad Unipersonal*, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1997, páginas 87 - 167; Elgueta Cancino, Ivonne, *Algunas experiencias del derecho comparado en el tratamiento legal de las sociedades unipersonales. Criterios adop-*

pasa a ser titular de un patrimonio cuya fuente primaria es el capital que el fundador aporta al momento de constituirla (*artículos 2 y 4, letra c*).² patrimonio que convive y puede llegar a confundirse con el personal del constituyente; a quien la ley le denomina «titular de la empresa». Se desdobra la personalidad del titular de la empresa y su patrimonio se escinde en dos parcelas diferenciadas. Inmediatamente surge la interrogante sobre la situación de los acreedores de la empresa en lo que concierne al patrimonio en el que pueden hacer efectivas sus acreencias. No se puede desconocer que –pese al nacimiento de una persona jurídica nueva– en el hecho, un mismo sujeto de derecho detenta dos patrimonios: el propio o personal y el de la empresa. Si bien es cierto que esta pluralidad de patrimonios en manos de una misma persona no es extraña al derecho, no siendo pocos los casos en los que el legislador admite la formación dentro de un patrimonio de núcleos patrimoniales o patrimonios satélites, sujetos a un régimen jurídico especial (*de administración y disposición*) y lo hace en atención a una determinada finalidad, como sucede en los llamados patrimonios de afectación.³ En estos supuestos hay sí un solo sujeto de derecho, titular de dos o más patrimonios; en cambio, en las empresas individuales, hay dos sujetos de derecho, el titular de la empresa y la empresa misma; cada uno dotado de un patrimonio propio. Sin embargo, en la práctica y desde la perspectiva de los terceros que contratan, o con la empresa individual, o con su titular, la situación no se altera, dado que siempre será necesario resolver su situación a la hora de producirse el incumplimiento de la obligación y definir el patrimonio en que pueden hacer efectivas sus acreencias.

Por ello, la ley junto con disponer la división patrimonial y la limitación de responsabilidades, prevé –*aunque no los suficientes*–

tados por el proyecto de ley chileno en actual tramitación, Memoria de Prueba, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, 2002; González Castillo, Joel, *Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada, Análisis de la Ley N° 19.857*, LexisNexis, Santiago, 2003, páginas 9 - 37.

² «Artículo 2. La empresa individual de responsabilidad limitada es una persona jurídica con patrimonio propio distinto al del titular (...); «Artículo 4. En la escritura, el constituyente expresará a lo menos: c) El monto del capital que se transfiere a la empresa, la indicación de si aporta en dinero o en especies y, en este último caso, el valor que les asigna».

³ Sobre los patrimonios de afectación, véase: Bustamante Salazar, Luis, *El Patrimonio, Dogmática Jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, 1979, páginas 32 y siguientes; Figueroa Yañez, Gonzalo, *El Patrimonio*, Editorial Jurídica de Chile, 1991, páginas 39 y siguientes. Por ejemplo, en materia de derecho civil de la familia, el patrimonio reservado de la mujer casada bajo régimen de sociedad conyugal del artículo 150 del Código Civil o el peculio profesional de hijo sujeto a patria potestad o la misma institución de los bienes familiares. También en el derecho público encontramos algunos supuestos, como el del patrimonio de afectación fiscal de los Servicios de Bienestar Social de las Fuerzas Armadas de la ley N° 18.712.

mecanismos de protección de los intereses de los terceros acreedores de la empresa individual y de su titular. Los principios que deben gobernar en esta materia son, por un lado, que la constitución de la empresa no puede perjudicar el derecho de los acreedores que tenga su origen en una causa anterior; y, por otro, que el titular de la empresa, o quien en su lugar la administre, no puede hacer un uso indebido o abusar de la personalidad jurídica que se le ha conferido. Lo anterior, reforzado con los mecanismos necesarios para la debida publicidad de la empresa individual y sus modificaciones.

Si tiene lugar cualquiera de las hipótesis arriba descritas, el derecho debe reaccionar y lo hace autorizando a los acreedores para desconocer la persona jurídica de la empresa individual, pudiendo dirigirse en contra de los dos patrimonios, el de la empresa y el de su titular, como si la primera no existiese, sin que este último pueda invocar el beneficio de la limitación de la responsabilidad característico de esta institución.⁴

Como se aprecia en estas líneas me referiré a la responsabilidad de la empresa individual mirada desde el ángulo de los bienes sobre los cuales ésta puede hacerse efectiva. El interés que ofrece esta institución se vincula estrechamente, de una parte, con el principio de la responsabilidad patrimonial y el derecho de garantía general de que son titulares los terceros acreedores de la empresa individual y, de otra, con la protección que la ley confiere o debe conferir a los terceros cuando concurre alguna de las hipótesis arriba descritas.

II. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO Y ALGUNAS CONSIDERACIONES PRELIMINARES

(1) Como se ha expresado la ley dota de personalidad jurídica a la empresa individual y, por consiguiente, ésta goza de todos los atributos inherentes a las personas jurídicas, entre los que se cuenta la capacidad de contratar (*capacidad de obrar o de ejercicio*), cuyo ejercicio corresponde a quien –según la ley o el acto constitutivo– tenga la representación de la empresa. Naturalmente, esta representación la tendrá el titular de la empresa, quien hace las veces de órgano ejecutor de la voluntad de la empresa individual; declaran-

⁴ Se trata de situaciones de abuso de la personalidad jurídica en que tiene aplicación la denominada «doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica», que hasta antes de la ley sólo se concebía respecto de las sociedades civiles o comerciales. Véase nota N° 20 *infra*.

do su voluntad.⁵ Los actos o contratos que el titular de la empresa ejecute o celebre son considerados actos o contratos de la empresa individual.⁶

Del artículo 9° de la ley se infiere que si nada se expresa en el acto constitutivo de la empresa y no hay anotación al margen de la inscripción de la empresa en el Registro de Comercio marginal, de la escritura pública que nombra al gerente general o de mandato general o especial; quien administra la empresa y la representa en el ámbito judicial y extrajudicial para la consecución de su objeto, es el titular de la empresa, quien debe figurar individualizado en su nombre (*ex artículo 4°, letra b*). La ley entiende que el administrador de la empresa y su representante legal será su titular, que sigue haciendo lo que le es propio hasta antes de su constitución conforme a la ley. Expresado en otros términos, la empresa individual de responsabilidad limitada es la continuadora del comerciante individual, quien se somete al régimen jurídico de la institución. Ello explica por qué la ley no prevé –entre las menciones del acto constitutivo– el nombre y apellidos de la persona que usará la razón social de la empresa y la representará en el ámbito judicial y extrajudicial para el cumplimiento del objeto de la empresa, siendo ineficaz, frente a terceros cualquiera limitación al contenido de las facultades de administración y disposición del empresario administrador. La excepción será, entonces, que el titular de la empresa, o actúa por intermedio de un mandatario (*sea especial o general*) o nombra un gerente general, sin que el recurso simultáneo a ambos mecanismos sea incompatible.⁷

Entonces, será el titular de la empresa, o su mandatario (*gerente o mandatario*) quien detente su representación y las facultades de administración y disposición de su capital; pudiendo celebrar contratos bajo su nombre y representación y dentro de su objeto; contratos que –*celebrados en tales condiciones*– son de la empresa y que, como tal, le obligan frente a los terceros acreedores, quedando comprometida su responsabilidad patrimonial. En plena consonancia con lo expre-

⁵ Para el profesor Prado Puga, el legislador, en esta materia, sigue la doctrina germana del «órgano» que se aleja de la figura del mandato y que ya se aplica en nuestro medio en lo que concierne al Directorio de las sociedades anónimas (artículo 40, Ley de Sociedades Anónimas) y para tal efecto inviste al constituyente de la empresa individual de un poder rígido, de contenido legal, típico e inderogable. Prado Puga, Arturo, «Aspectos comerciales de las empresas individuales de responsabilidad limitada», III, *Colegio de Abogados de Chile A.G.*, Santiago, 2003, página 27.

⁶ Así se expresa en: Historia de la ley N° 19.857, de 11 de febrero de 2003, Compilación de Textos Oficiales del Debate Parlamentario, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, 2003, página 13. *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, Diario de Sesiones del Senado, Sesión 7ª* (Anexo de Documentos), página 942.

⁷ Así se deduce de la parte final del inciso final del artículo 9°.

sado, el artículo 8° de la ley ordena que los actos ejecutados por la empresa (*entiéndase comprendidos los contratos*) le obligan y por ellos responde exclusivamente con todos sus bienes. Aquí se materializa el principio de la responsabilidad patrimonial que se resuelve en el derecho de garantía general de que son titulares los acreedores y que les autoriza a dirigirse contra todos los bienes del deudor, con excepción de los inembargables (*véase el artículo 2.465 del Código Civil*). El deudor es la empresa individual y ella se obliga por un acto o contrato ejecutado bajo su nombre y representación, comprometiéndose ilimitadamente todo su patrimonio.⁸

(2) La expresión «responsabilidad» no corresponde a lo que por ella se entiende en su sentido estricto, como sinónimo de responsabilidad civil o indemnización de daños; sino al patrimonio en el que ella se hace efectiva –los bienes que su titular obliga o compromete con los contratos que celebre y que garantizan la ejecución de la obligación indemnizatoria objeto de la responsabilidad civil–. Esta responsabilidad a la que me refiero se confunde con la garantía patrimonial del acreedor en caso de incumplimiento de las obligaciones de la empresa, en principio, de naturaleza contractual.⁹

(3) Enseguida, no me referiré a la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de una obligación de la empresa, porque en esta materia la ley no introduce innovación alguna. En efecto, concurriendo el supuesto de la responsabilidad civil contractual, ésta se sujeta a las normas del derecho común, las mismas que se aplican cuando cualquier deudor, sea persona natural o jurídica, incumple alguna obligación que ha contraído en virtud de un contrato u otra causa.

Rige el principio de la libertad contractual en su toda su extensión, pudiendo las partes definir el contenido del contrato, comprendido el régimen de responsabilidad por incumplimiento; y si las partes no hacen uso de dicha libertad, se aplicará la norma dispositiva del derecho privado (*artículos 1.547 y concordantes del Código Civil*). Exista, o no, una regulación contractual, la responsabilidad civil por el incumplimiento de

⁸ Se dice ilimitadamente porque la empresa, como sujeto de derecho, responde con todos los bienes que integran su patrimonio. No debe confundirse esto con la idea de «empresa de responsabilidad limitada». La expresión «limitada» significa única y exclusivamente que el titular de la empresa o su dueño no responde con más bienes que los que aporta a la empresa.

⁹ Digo en principio porque bien se sabe que las reglas sobre los efectos anormales de las obligaciones, el principio de la responsabilidad patrimonial y su concreción en el derecho de garantía general se aplica no sólo a las obligaciones incumplidas de origen contractual, sino a cualquiera, independientemente de su causa o fuente (*ex artículo 1.437 del Código Civil*).

la empresa individual no se comporta de forma distinta a lo que prescribe el derecho común. Las reglas de la responsabilidad civil por incumplimiento contractual –los criterios de atribución de la misma y los que fijan su extensión– no difieren de aquéllas aplicables a otros operadores del tráfico que incumplen sus obligaciones.¹⁰

En efecto, si el titular de la empresa individual –o quien le represente– contrata, obligándose a dar, hacer o no hacer alguna cosa e incurre en incumplimiento, el acreedor afectado por ese incumplimiento podrá hacer uso de cualquiera de los remedios que el contrato –o la ley– pone a su disposición. Así, si se trata de una obligación de dar cosas fungibles; el acreedor podrá exigir su cumplimiento específico, más la indemnización de daños extrínsecos, y si tal cumplimiento es impracticable,¹¹ se suma, además, la indemnización del daño intrínseco (*valor de la prestación*). Si la obligación es de hacer, el acreedor podrá demandar a su arbitrio, fuera de la indemnización de daños por la mora, o el cumplimiento específico en cualquiera de las modalidades que prevé el artículo 1.553 del Código Civil,¹² o la indemnización de los daños intrínsecos. En ambos supuestos la obligación incumplida se traduce en la responsabilidad civil por daños, sometida a las reglas de derecho común.

Si bien es cierto que los efectos del incumplimiento de la empresa individual se gobiernan por el derecho común, no ocurre lo mismo con la garantía patrimonial de que es titular el acreedor agraviado por ese incumplimiento. En esta última materia, adquiere relevancia

¹⁰ A modo de síntesis, la empresa individual que incumple sus obligaciones quedará obligada, por el solo hecho del incumplimiento (idea de la imputabilidad del incumplimiento ex artículo 1547 del Código Civil) a la indemnización de los daños previsibles al tiempo de la celebración del contrato (ex artículo 1.558 del Código Civil), incluido el daño emergente y el lucro cesante (daños patrimoniales ex artículo 1.556 del Código Civil) y, de acuerdo a la actual tendencia doctrinaria y jurisprudencial, también, el daño moral y otros de naturaleza no patrimonial (Corte Suprema, 5 de noviembre de 2002). Ello si el criterio de atribución de la responsabilidad es la culpa, puesto que si el acreedor prueba el dolo de su deudor –en este caso del representante de la empresa individual– rige el principio de la reparación plena sujeta a la única limitación de causalidad (ex artículo 1.558, parte final, del Código Civil). Todo lo anterior, sin perjuicio de los acuerdos modificatorios que introduzcan las partes al contrato (ex artículo 1.545 del Código Civil) y de la prueba del caso fortuito o de fuerza mayor por parte del deudor (artículos 45 y 1.547 del Código Civil).

¹¹ Término que comprende no sólo las hipótesis de imposibilidad de cumplimiento (sea o no imputable), sino también aquéllas en las que la propia ley procesal civil pone un límite a su exigibilidad y ordena la conversión del objeto de la obligación, quedando el deudor obligado, ya no al cumplimiento en naturaleza, sino en equivalencia (daños intrínsecos: valor de la prestación).

¹² El artículo 1.553 del Código Civil reconoce una opción al acreedor afectado por el incumplimiento en materia de cumplimiento específico o forzoso: o exige al tercero la ejecución del hecho debido, o se hace autorizar para ejecutarlo él mismo a costa del deudor (artículo 1.553, N° 2 y 3 del Código Civil).

la definición del patrimonio, o los bienes, sobre los cuales dicho acreedor hará efectiva la indemnización en que se resuelve la obligación incumplida. He aquí la justificación de este trabajo.

Además, la empresa individual exige que la ley o el ordenamiento jurídico ponga a disposición de los terceros acreedores –*incluidos los anteriores a la constitución de la empresa individual*– ciertos mecanismos de protección; protección que se hace necesaria por la escisión ficta del patrimonio originario del empresario que constituye la empresa individual. En el hecho, como se ha indicado, hay dos patrimonios con un solo titular: el empresario. Por esta razón, debe existir un adecuado equilibrio en la protección de los intereses en juego; por un lado, los del empresario que constituye la empresa; y, por otro, los intereses de terceros que contratan con la empresa. La interpretación que se haga de las normas que integran este nuevo régimen jurídico debe propender al referido equilibrio.

III. LA EMPRESA INDIVIDUAL Y SU RESPONSABILIDAD FRENTE A TERCEROS ACREEDORES

1. ALCANCE DE LA EXPRESIÓN «RESPONSABILIDAD LIMITADA» Y DIVISIÓN DE PATRIMONIOS

(1) Al estudiar la sociedad de responsabilidad limitada se precisa que no es propio hablar de «*responsabilidad limitada*», dado que esta sociedad –*como persona jurídica que es*– tiene su capital propio formado por la reunión de los aportes de los socios; capital que representa su patrimonio y que cuando actúa en la vida jurídica –*obligándose para con terceros*– lo compromete de forma ilimitada, de acuerdo a las reglas que gobiernan la responsabilidad patrimonial conforme los artículos 2.465 y 2.469 del Código Civil. Entonces ¿por qué se emplea esta expresión? Se emplea para diferenciar esta clase de sociedades con las sociedades colectivas. Cuando éstas contratan con terceros, no sólo obligan su patrimonio, sino también el de cada uno de los socios. En cambio, como se sabe, en la sociedad de responsabilidad limitada, el socio no contrae obligación, ni responsabilidad alguna por las obligaciones sociales; él sólo arriesga su aporte, sin que los acreedores puedan dirigirse en su contra, ni aun hasta el monto de este último. Los terceros no tienen acción en su contra, salvo que se hayan obligado a más de su aporte o hayan accedido de cualquier forma a la deuda social (*vgr. fianza simple o solidaria*).

Tratándose de las empresas individuales la expresión «*responsabilidad limitada*» no quiere decir que su responsabilidad esté limitada a ciertos bienes o determinadas sumas de dinero; la empresa responde frente a sus acreedores ilimitadamente, con todo su patrimonio, como cualquier sujeto de derecho. El significado que debe atribuírsele es que la responsabilidad del empresario no excede del capital comprometido en la empresa individual, de modo que los acreedores de ésta no tienen acción, ni siquiera subsidiaria, en contra de los bienes que componen el patrimonio personal del empresario (*no comprometido en la empresa*).¹³

(2) Pese a que lo expresado en teoría no ofrece mayores dificultades; no ocurrirá lo mismo en el terreno práctico, pues a pesar de que estrictamente las empresas individuales constituyen un sujeto de derecho distinto de su titular (*persona natural*),¹⁴ es evidente que aquí hay un solo patrimonio —*el del empresario*— que desde la constitución de la empresa individual se divide en dos núcleos diferenciados, pero, como se verá, no exentos de la posibilidad de confusión. De modo que si uno prescindiera de la nueva persona jurídica, se devela la existencia de un solo patrimonio, el del titular de la empresa. Existe una incuestionable separación de patrimonios bajo una misma titularidad; siendo altamente probable que las parcelas en que se divide, o separa, se confundan y formen un solo todo frente a los acreedores de la empresa individual y, por qué no decirlo, también frente a los acreedores personales de su titular. Frente a estos acreedores, en principio, existe sólo un patrimonio: el del empresario; sea que se opte por dotar a la empresa de personalidad jurídica o simplemente tratarla como un patrimonio de afectación.

El artículo 10 de la ley evidencia la coexistencia de dos patrimonios bajo una misma titularidad, norma que regula la autocontratación en las empresas individuales —condicionando su validez a la observancia de ciertos requisitos—. El precepto reza: «los actos y contratos que el titular de la empresa individual celebre con su patrimonio no comprometido en la empresa, por una parte, y con el patrimonio de la empresa, por la otra, sólo tendrán valor si constan por escrito y desde que se protocolicen ante notario público. Estos actos y contra-

¹³ Cfr. Historia de la ley N° 19.857, op. cit. nota N° 8, página 15. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, Diario de Sesiones del Senado, Sesión 7ª (Anexo de Documentos), página 941.

¹⁴ Nuestro legislador, como se sabe, al momento de crear la institución de la empresa individual de responsabilidad limitada, tuvo dos opciones: o recoger la doctrina del patrimonio de afectación; o la de la persona jurídica. Finalmente, optó por esta última, otorgando personalidad jurídica propia a la empresa individual, distinta de la de su titular. Véase nota N° 3 *supra*.

tos se anotarán al margen de la inscripción estatutaria dentro del plazo de sesenta días contados desde su otorgamiento». La norma diferencia nítidamente dos patrimonios, el propio del empresario no comprometido en la empresa y el de la empresa individual.¹⁵

Otra disposición útil, para este mismo propósito, es la que prescribe sobre los efectos de la nulidad del acto constitutivo. La norma precisa la extensión de la responsabilidad del empresario frente a los terceros acreedores, declarada que sea la nulidad. El artículo 7° es del siguiente tenor «la omisión de alguna de las solemnidades de los artículos 4°, 5° y 6°, importará la nulidad absoluta del acto respectivo. Si se tratare de la nulidad absoluta del acto constitutivo, el titular responderá personal e ilimitadamente de las obligaciones que contraiga en el giro de la empresa(...)». Como efecto de la retroactividad de la nulidad judicialmente declarada desaparece la división de patrimonios y los acreedores del empresario tienen a salvo su derecho de garantía general sin limitaciones, ni exclusiones: el empresario —en ese instante persona natural— responde ilimitadamente conforme el principio de la garantía general del artículo 2.465 del Código Civil. Llama la atención la expresión empleada por el legislador «*personal e ilimitadamente*», la que a mi juicio debe entenderse en el sentido que como se ha declarado la nulidad no cabe, ni el desdoblamiento de la persona del empresario, ni la ficción de la separación de un mismo patrimonio.

(3) Después de constituida la empresa individual, su titular goza de lo que en doctrina se ha venido en denominar «*beneficio de la responsabilidad limitada*», que puede invocar a todos sus acreedores, tanto los estrictamente empresariales, como los que no tengan tal carácter (*los acreedores personales*). El uso de la expresión «*responsabilidad limitada*» resulta apropiado desde que la empresa —*actuando dentro de su objeto*— si bien obliga todo su patrimonio y así lo dispone la ley (*idea de responsabilidad ilimitada*), éste como ya se ha expresado tiende a confundirse con el propio o personal del empresario, quedando este último, inevitablemente, expuesto a que los acreedores de la empresa ejerzan su derecho de crédito sobre su patrimonio personal. Si ello sucede, el empresario hará uso del beneficio de limitación de responsabilidad solicitando la exclusión de dicha ejecución de los bienes no comprometidos en la empresa. Lo mismo cuando el titular

¹⁵ En esta norma se advierte una medida de protección de los acreedores de la empresa y de su titular, toda vez que busca evitar las transferencias de bienes de un patrimonio a otro que puedan inducir a error a estos terceros, al contratar con la empresa teniendo a la vista una apariencia patrimonial que es inconsistente con la realidad a causa, precisamente, de estas transferencias hechas sin observar los referidos requisitos de validez.

de la empresa, actuando a su propio nombre y fuera del giro de la empresa individual contrae una obligación y los acreedores intentan su ejecución sobre bienes de la empresa; aquí la empresa individual opondrá el beneficio de que se habla.¹⁶ Esta es la regla general, dado que, como se verá, hay ciertos supuestos en que, con el fin de proteger los intereses de los acreedores, tanto de la empresa individual, como de su titular, se dispone la pérdida de este beneficio o la inoponibilidad de la persona jurídica.

2. LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA INDIVIDUAL Y LA PROTECCIÓN DE SUS ACREEDORES

(1) Antes de analizar cómo se articula la responsabilidad civil de la empresa y la protección de los intereses de sus acreedores, forzosa-mente, uno debe preguntarse sobre la finalidad que se tiene en vista a la hora de establecer la institución objeto de estudio *¿Cuál es?* Lo que se persigue es la protección del empresario individual (*persona natural*) y, en particular, impedir, por un lado, que éste arriesgue todo su patrimonio en el ejercicio de su actividad empresarial o comercial y, por otro, que se vea obligado *—como sucede en la práctica—* a constituir sociedades comerciales fictas para lograr este mismo fin.¹⁷ Para alcanzar esta finalidad, más bien de orden práctico y eco-

¹⁶ Planteado así, pareciera que más que un beneficio de responsabilidad limitada, se trata de una especie de beneficio de separación de patrimonios, similar al de derecho de sucesiones de que es titular el acreedor hereditario (ex artículo 1.378 del Código Civil); con la particularidad que en esta sede es la empresa individual, o su titular, quien invocará este beneficio a sus acreedores según sea el caso. La empresa o su titular harán valer la división patrimonial, excluyendo aquellos bienes no comprometidos por virtud del derecho de garantía general.

¹⁷ Sobre el particular el H. Senador, señor Sergio Fernández F., coautor de la moción parlamentaria presentada a tramitación, se pronuncia en los siguientes términos: «La justificación social de la innovación es clara: facilitar la creación de pequeñas empresas, de propiedad unipersonal, que, eventualmente, brinden luego trabajo a numerosas personas. Y eso, en forma reconocida y regulada por la ley, sin empujar al interesado a asociarse fictamente, sin ponerle trabas que lo disuadan, sin exponerlo a comprometer todo su patrimonio por el solo hecho de abordar una actividad que le permita ganarse la vida» Historia de la Ley N° 19.857, op. cit. nota N° 8, página 52., Séptima Sesión, de 30 de junio de 1993, *Diario de Sesiones del Senado*, página 776. El mismo en «Orígenes y Fundamentos de la Ley» en Seminario Empresas Individuales de responsabilidad Limitada E.I.R.L. Ley N° 19.857, *Colegio de Abogados de Chile A.G.*, 2003, páginas 3 - 10. González Castillo, Joel afirma «La decisión de legislar en torno a las Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada surgió de la necesidad de acotar el riesgo del empresario individual que realiza negocios actuando bajo su propio nombre, arriesgando todos sus bienes personales para el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el ejercicio de estos negocios. El denominado derecho de prenda general (agrega el autor) que permite que el acreedor pueda perseguir los bienes presentes y futuros del deudor». González Castillo, Joel, *Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada*, op. cit., páginas 6-7.

nómico, se autoriza a los comerciantes a constituir la empresa individual, a la que la ley le atribuye personalidad jurídica; empresa individual que —como se sabe— pasa a ser titular de un patrimonio propio, diferenciado del personal del empresario; patrimonio que, como se ha indicado, responde exclusivamente frente a sus acreedores. Es por ello que el legislador prevé *—en su artículo 4—* dentro de los elementos de la esencia del acto constitutivo, la mención del monto preciso del capital que se transfiere a la empresa, precisando si el aporte se hace en dinero, o en especies, siendo menester *—en este último caso—* la indicación del valor que se les asigna.¹⁸

Cabe destacar que la redacción inicial de la norma citada era diversa y empleaba la expresión «*capital inicial afecto y que se compromete en la empresa*»; frase que demuestra lo que hasta aquí se ha dicho, en el sentido que la finalidad que persigue el empresario al establecer estas empresas individuales es exactamente la afectación de una parte de su patrimonio de empresario (*capital inicial*) al cumplimiento de las obligaciones que contraiga la empresa actuando dentro de su giro, quedando a cubierto de la acción de los acreedores de la empresa respecto de los bienes que conforman aquella parte de su patrimonio no afecta, ni comprometida en la empresa.

(2) Considerando la finalidad que persigue el legislador al establecer estas empresas individuales con personalidad jurídica propia *—la protección del empresario a través del beneficio de limitación de responsabilidad—* resulta necesario conciliarla con la debida protección de los acreedores del empresario y de la empresa individual. Debe existir un razonable y adecuado equilibrio, de manera que la protección del interés del empresario no se traduzca, o en una abierta desprotección, o en un perjuicio pecuniario, a lo menos, mediato, para los acreedores de la empresa individual y de los personales de su titular. En resumen, uno no sólo debe pensar en la posición del empresario que, en ejercicio de su autonomía privada, constituye la empresa individual, sino también en la de los acreedores del empresario o de la empresa individual. La ley necesariamente debe conte-

¹⁸ Cabe precisar que el proyecto de ley original era bastante más minucioso y exigente. De este modo, el artículo 4, letra c) exigía la expresión del monto preciso del capital inicial afecto y que se compromete en la empresa y si el aporte era en especies, debía indicarse su valor con los antecedentes fidedignos que justifiquen la estimación; el inciso segundo del artículo 8, exigía su individualización e inventario en la misma escritura de constitución o de modificación según sea el caso; y su tradición a la empresa se producía sólo cuando se cumplieren las solemnidades exigidas por la ley para la constitución o modificación; además, se establecía un capital mínimo que, según el citado artículo 8 del proyecto, no podía ser inferior a quince unidades tributarias anuales.

ner normas protectoras de los intereses de terceros.¹⁹ *Prima facie* puede afirmarse que el límite de la protección que la ley confiere al empresario está en el interés de los referidos acreedores. Ello quiere decir, de un extremo, que la constitución de la empresa individual no puede perjudicar los derechos válidamente adquiridos por los terceros acreedores por una causa anterior; y de otro, que el titular de la empresa no puede hacer un uso indebido de la persona jurídica de la empresa que perjudique el interés de los acreedores cuyos créditos tengan una causa posterior.

(3) Esta medida de protección se relaciona con la doctrina del levantamiento del velo o del abuso de la personalidad jurídica, en cuya virtud se autoriza a los terceros a desestimar, o no considerar, la persona jurídica y penetrar el sustrato personal que hay detrás de ella. El presupuesto de esta doctrina es, precisamente, el mal uso o el recurso indebido a la persona jurídica para un fin que no cae dentro del ámbito de protección de la norma que crea este ente ficticio.²⁰

¹⁹ Los autores de la moción H. Senadora señora Feliú y H. Senador señor Fernández, al fundamentarla, explican que ella propone normas indispensables para proteger a los terceros y que se traducen principalmente en tres: la publicidad de la empresa, el derecho de los interesados que puedan verse perjudicados a oponerse a la creación de la empresa; y el establecimiento de casos excepcionales en que el empresario responde ilimitadamente. En la historia de la ley se cita al abogado señor Libedinsky Tschorne, Marcos (*La empresa individual de responsabilidad limitada*, Memoria de Prueba, Editorial Universitaria, 1945) quien expresa que los terceros deben ser considerados en dos categorías principales, relacionadas con fases muy bien diferenciadas en la trayectoria de la entidad. La primera de ellas se refiere al momento en que se constituye la empresa e involucra a los acreedores del fundador y, la segunda, a la vida ulterior de la entidad y comprende a quienes se vinculan con ella. Y agrega, en otro sitio, que las medidas de protección consisten, fundamentalmente, en la publicidad del acto constitutivo y el derecho de oposición de los acreedores. Sesión 7ª (Anexo Documentos), página 947. *Historia de la ley N° 19.857* de 2 de febrero de 2003, op. cit. página 18.

²⁰ La doctrina del levantamiento del velo o del abuso de la personalidad jurídica tiene su origen en el derecho anglosajón en la institución del *"disregard of legal entity"* que en su traducción literal al español significa «falta de consideración o desestimación de la persona jurídica». Según esta doctrina cuando la persona jurídica ha sido utilizada con fines fraudulentos, los jueces pueden prescindir o superar la forma externa de la persona jurídica para penetrar a través de ella y alcanzar a las personas y bienes que se esconden tras su estructura formal. Doctrina que encuentra su fundamento en la jurisdicción de la equidad del common law. Esta doctrina, primeramente la recoge la doctrina de los autores del sistema de derecho continental y luego la hace suya la jurisprudencia, pudiendo, inclusive encontrar manifestaciones concretas en legislaciones vigentes. Para un estudio particular de esta doctrina véase, entre otros: De Angel Yaguez, Ricardo, *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia*, CIVITAS, 2ª Edición, Madrid, 1991. Aguad Deik, Alejandra, *Los límites de la personalidad jurídica. La doctrina del levantamiento del velo, en Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio*, Segunda parte, Fundación Fueyo, Editorial Jurídica de Chile, 2002, páginas 283 y siguientes y los comentarios críticos a su trabajo presentados por los profesores Alvarez Cruz, Raúl (op. cit. páginas 334 y siguientes) y Puelma Accorsi, Alvaro (op. cit. páginas 348 y siguientes).

No es el lugar para profundizar sobre esta doctrina de origen anglosajón, sin embargo, no puedo dejar de señalar que en la ley se prevé un mecanismo de protección a los acreedores posteriores a la constitución de la empresa que la recoge íntegramente; me refiero a la responsabilidad ilimitada del titular de la empresa, o la pérdida del beneficio de la limitación de responsabilidad *ex* artículo 12, en cuya virtud se autoriza a los acreedores a desconocer la empresa individual y, consiguientemente, a dirigirse en contra de todos los bienes del patrimonio de su titular, como si la primera no existiese: desaparece para los acreedores la separación patrimonial característica de la institución. Empero, la ley guarda silencio respecto de la situación contraria, la de los acreedores perjudicados por el nacimiento de la persona jurídica unipersonal, silencio que, igualmente, puede colmarse acudiendo a principios generales de aplicación autónoma; como son el principio general de la seguridad jurídica, vinculado a la doctrina de la protección de la apariencia, que autorizarían al juez a declarar la ineficacia respecto de ese o esos acreedores de la persona jurídica. En ambas hipótesis la causa de la ineficacia es la inoponibilidad.²¹ Sobre el particular me ocuparé más adelante.

Quiere significar esto que hay casos excepcionales en que la empresa no puede hacer valer el beneficio de limitación de responsabilidad que fluye de la delimitación patrimonial característica de esta institución, pudiendo los acreedores dirigirse en contra de todos los bienes que integran el patrimonio del titular de la empresa individual, como si ésta no existiese.

(4) De cualquier modo, es del caso precisar que la protección de los intereses de los acreedores de la empresa individual no se agota con la inoponibilidad de que se habla; hay otras medidas, o mecanismos, cuyo objeto específico es dar noticia de la existencia de la empresa individual a objeto que los terceros no se vinculen con ella bajo la apariencia de que lo están haciendo con la persona natural del

²¹ Según la profesora Aguad Deik, Alejandra (op. cit., página 310), siguiendo a De Angel Yaguez, Ricardo, expresa que la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo puede apuntar a dos cosas levemente distintas: De una parte, puede consistir en un mecanismo jurídico mediante el cual resulta posible prescindir de la personalidad jurídica con que se haya revestido a un grupo de personas (naturales o jurídicas) y bienes, negando su existencia autónoma, como sujeto de derecho, frente a una situación jurídica particular; o bien, de otra parte, puede consistir en un recurso jurídico que, sin negar la existencia autónoma de la asociación, se dirija a desatender alguno de los efectos de la personalidad jurídica, en especial sus privilegios, como son la responsabilidad limitada y la autonomía patrimonial.

empresario. En general, me refiero a la publicidad de la empresa individual.²²

En lo que concierne a esta publicidad de la empresa, la ley impone al empresario la observancia de ciertos requisitos que cumplen el rol de dar publicidad a los terceros que constituyen relaciones jurídico-obligatorias con la empresa, sobre su propia existencia y las vicisitudes que ella experimente durante su vigencia. Por intermedio de estas medidas de publicidad se hace posible que los referidos terceros –en el plano de lo que debiesen conocer o considerar– sean conscientes que están contratando o relacionándose, no con el titular de la empresa (*persona natural*), sino con una persona jurídica distinta, dotada de un patrimonio separado y diferenciado del primero. Esta publicidad permite a los terceros adoptar las medidas pertinentes en resguardo de su derecho de crédito, sea exigiéndole a la empresa una garantía personal o real (*aval o fianza solidaria del propio titular de la empresa o de un tercero*); o contratar bajo unas condiciones diversas o derechamente absteniéndose de hacerlo. No cabe duda, por ejemplo, que los bancos exigirán a la empresa individual que pretende operar con ellos la fianza solidaria del titular de la empresa, ello bajo el entendido que éste tenga un patrimonio suficiente; de lo contrario, deberá obtener la garantía personal de un tercero.

Dentro de las medidas de publicidad se cuentan las solemnidades que exige el artículo 5 consistentes en la inscripción del extracto del acto constitutivo en el Registro de Comercio del domicilio de la empresa y su publicación en el Diario Oficial; solemnidades que son igualmente exigibles, como es natural, para el caso de modificaciones que se introduzcan a dicho acto constitutivo (*artículo 6*); y cuya inobservancia, cualquiera sea el caso, acarrea la nulidad absoluta del acto jurídico (*véase el artículo 7*). Se suma a lo anterior la exigencia de subinscribir al margen de la inscripción empresarial aquellos contratos celebrados conforme la disposición del artículo 10 (*autocontratación sujeta a la observancia de requisitos formales*).

²² Libedinsky Tschorne, Marcos, después de identificar las medidas de protección de los acreedores, afirma que la publicidad del acto constitutivo viene a representar una medida que tiene una doble función: sirve para advertir a los acreedores del fundador que éste aporta sus bienes a la nueva entidad; y a los futuros contratantes con la empresa, sobre su naturaleza, forma en que se hacen los aportes, patrimonio y administración de esta misma, etcétera. *Sesión 7ª* (Anexo de Documentos), op. cit. *supra*.

IV. INOPONIBILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA DE LA EMPRESA INDIVIDUAL Y LA GARANTÍA PATRIMONIAL DE LOS ACREEDORES

1. DELIMITACIÓN DEL DERECHO DE GARANTÍA GENERAL DE LOS ACREEDORES DE LA EMPRESA. REGLAS APLICABLES

Como lo he expresado en reiteradas ocasiones, en la empresa individual se diferencia nítidamente el patrimonio personal, del empresarial (*capital de la empresa*), cada uno con sus respectivos activos y pasivos. Esta demarcación patrimonial²³ se resuelve en la limitación del derecho de garantía general de los acreedores, o de la empresa individual, o de su titular. Las reglas que establece la ley sobre el particular son las que se pasan a relacionar:

(1) La empresa responde exclusivamente por las obligaciones contraídas dentro de su giro, con todos sus bienes (*Artículo 8*).²⁴ Esta regla explica aquello que se afirma en la primera parte de este trabajo, la empresa individual responde ilimitadamente con todos sus bienes ¿Cuáles? los que integran su capital que no es sino una parcela del patrimonio total del titular de la empresa. Hay una separación de patrimonios, máxime si se considera el límite de la garantía patrimonial de los acreedores en tanto éste no se extiende a las utilidades líquidas retiradas por el titular de la empresa, puesto que producido el retiro pasan a la otra parcela del patrimonio, aquélla no comprometida en la empresa (*véase el artículo 11*). Esta regla da lugar a un verdadero juego de palabras, si bien la empresa individual responde ilimitadamente con todos los bienes que forman su patrimonio; su titular no obliga los bienes que integran su patrimonio personal (*se infiere de la regla de las utilidades líquidas retiradas*); apareciendo aquí la figura del beneficio de responsabilidad limitada o de la limitación de responsabilidad que puede invocar el titular de la empresa ¿En qué casos? Cuando un acreedor de la empresa individual, haciendo uso de su derecho de garantía general, persiga bienes no compro-

²³ Fueyo Laneri, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, páginas 568-569: «La responsabilidad limitada de la empresa individual constituye una auténtica parcelación y demarcación de la responsabilidad patrimonial universal con que nacieron a la vida jurídica nuestros vetustos Códigos Civiles. «se nos presenta –y se nos impone en cierto modo– una regla *pro debitor*, muy propia de los últimos tiempos; en contraste con las de carácter *pro creditore*, muy frecuentes en los Códigos decimonónicos».

²⁴ El artículo 9 de la ley precisa que son actos de la empresa los ejecutados bajo el nombre y representación de ella por su administrador.

metidos en la empresa (*patrimonio personal o no empresarial*) y el titular de la empresa alega su exclusión de la ejecución.

(2) Los acreedores personales del titular de la empresa no tienen acción sobre los bienes de esta última. El contrapeso de la regla del artículo 8 de la ley se encuentra en el precepto del artículo 13, norma que tiene el siguiente tenor: «Los acreedores personales del titular no tendrán acción sobre los bienes de la empresa. En caso de liquidación, tales acreedores sólo podrán accionar contra los beneficios o utilidades que en la empresa correspondan al titular y sobre el remanente una vez satisfechos los acreedores de la empresa». Esto quiere decir que los acreedores personales del titular de la empresa no tienen acción en contra de los bienes que conforman el patrimonio de la empresa. La garantía patrimonial de tales acreedores se limita a los bienes que conforman el patrimonio no comprometido en la empresa (*ex artículo 10*). Si, a pesar de ello, los acreedores intentan la ejecución de sus créditos en bienes de la empresa, a ésta le asiste el mismo beneficio de que es titular el empresario.

A mi entender, más que de un beneficio de limitación de responsabilidad, debiese hablarse de beneficio de exclusión que la ley pone a disposición de la empresa y de su titular, precisamente, porque lo que se pide al Tribunal es que excluya de la ejecución ciertos bienes por cuanto no integran la garantía patrimonial del acreedor demandante y con ello se logra delimitar la esfera patrimonial que el deudor compromete al momento de contratar. Pese a lo anterior, en estas líneas se aludirá al beneficio de limitación de responsabilidad, teniendo en cuenta, eso sí, lo aquí dicho.

2. INOPONIBILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA DE LA EMPRESA INDIVIDUAL O PÉRDIDA DEL BENEFICIO DE LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD. LA RESPONSABILIDAD ILIMITADA DE LA EMPRESA INDIVIDUAL Y DE SU TITULAR

No obstante que la regla general es la limitación de responsabilidad patrimonial, hay ciertas excepciones que se resuelven, por un lado, en supuestos en que el empresario compromete su patrimonio. Ello así acontece respecto del pago efectivo del aporte que el titular de la empresa se hubiere obligado a realizar (*artículo 8 inciso segundo*),²⁵ pu-

²⁵ «El titular de la empresa responderá con su patrimonio sólo del pago efectivo del aporte que se hubiere comprometido a realizar en conformidad al acto constitutivo y sus modificaciones».

diendo los acreedores de la empresa dirigirse contra el empresario para que entere el aporte y si no lo hace, ejecutar dicha obligación en su patrimonio. Y, por otro, cuando la ley impone la «*responsabilidad personal e ilimitada del empresario*», alcanzando inclusive los bienes del patrimonio de la empresa individual. El acreedor de la empresa individual está legitimado para desestimar la personalidad jurídica de la empresa (*doctrina del levantamiento del velo*) y ejercer su acción directamente no sólo en contra de los bienes de la empresa, sino también de los bienes de su titular, como si la primera no existiera. Cae la ficción de la personalidad jurídica para ese caso y se produce una verdadera reconstrucción del patrimonio originario del empresario. El artículo 12 de la ley establece los casos en que se produce este ensanchamiento de la garantía patrimonial de los acreedores.

Asimismo, debe considerarse la situación de los acreedores personales del titular de la empresa anteriores a la constitución de la empresa y que ella les perjudique debido a que como consecuencia de su creación, el patrimonio del constituyente disminuya en tal medida que impida la completa satisfacción de su crédito.

En lo que resta de este trabajo examinaré, primeramente, la situación de los acreedores anteriores a la constitución de la empresa individual y los remedios de que disponen frente al perjuicio o lesión de su derecho de crédito que pudiera causársele; seguidamente, los supuestos en que el titular de la empresa individual, por haber hecho un uso indebido o inapropiado de su personalidad jurídica, pierde su beneficio de limitación de responsabilidad; y, finalmente y por la relación que tiene con la materia objeto del presente trabajo, me referiré a la situación de los acreedores de la empresa cuando la empresa individual termina por el aporte de su capital que hace el titular a una sociedad (*artículos 15, letra c) y 16*).

3. SITUACIÓN DE LOS ACREEDORES DEL EMPRESARIO AL MOMENTO DE LA CONSTITUCIÓN DE LA EMPRESA

3.1. Supuesto no previsto por la ley: laguna *preater legem*

Se lee en el Informe de la Comisión de Constitución del Senado que «*En cuanto a los acreedores del empresario, en realidad el patrimonio de este último teóricamente no sufre sino una disminución cualitativa, pues paralelamente al aporte de bienes aquél*

*adquiere un derecho o interés de igual valor sobre la empresa. Como consecuencia, los acreedores particulares del fundador podrán accionar sobre las ganancias que a éste corresponden o sobre el remanente que se le adjudicare en caso de liquidación de la entidad. Pero es indudable que tales acreedores tendrían que perder su acción directa sobre los bienes aportados; por lo tanto, su garantía común se debilita, de donde resultan justificadas las medidas que se proponen para evitar que sean sorprendidos o perjudicados en este sentido. Tales medidas, consisten, fundamentalmente, en la publicidad del acto constitutivo y en el derecho de oposición de esos acreedores».*²⁶

Del párrafo transcrito se infiere inequívocamente que no es indiferente para los acreedores del empresario la constitución de la empresa individual y la transferencia de parte de sus bienes a la nueva persona jurídica que se crea. No debe descuidarse la circunstancia que es el propio empresario el que resuelve constituir - *por su voluntad unilateral* - una empresa individual, disminuyendo su patrimonio originario - *representativo del derecho de garantía general de sus acreedores a esa fecha*.

Como se ha denunciado, la ley nada prevé sobre el particular. Se está en presencia de una laguna que los jueces del fondo están llamados a integrar cuando la constitución de la empresa individual lesione o perjudique el derecho de crédito de los acreedores anteriores.

A diferencia de lo que sucede con nuestra ley, en el derecho comparado hay ordenamientos que han zanjado expresamente la cuestión. Así, en Portugal la ley sobre los «*establecimientos individuales de responsabilidad limitada*»²⁷ prevé la responsabilidad subsidiaria de la empresa respecto de los acreedores anteriores a su constitución; en términos tales que el patrimonio afectado atenderá a las obligaciones asumidas antes de la publicación del acto constitutivo en caso que los bienes del titular resultaren insuficientes. En el derecho italiano,²⁸ por su parte, se dispone que cuando la sociedad se constituye por un acto

²⁶ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, Diario de Sesiones del Senado, Sesión 7ª, página 947, *Historia de la ley N° 19.857*, op. cit. nota N° 8, página 18.

²⁷ Decreto Ley N° 248-86, del 25 de agosto de 1986, que introduce el «establecimiento individual de responsabilidad limitada» (E.I.R.L.) sobre la base de un patrimonio de afectación. Su artículo 10 dispone que el patrimonio de E.I.R.L. solamente responde por las deudas contraídas en el desarrollo de las actividades comerciales en el ámbito de la respectiva empresa. No obstante, si los restantes bienes del titular fueren insuficientes, aquel patrimonio responde por cualesquiera deudas que éste haya contraído antes de efectuada la publicación del acto constitutivo.

²⁸ Decreto legislativo N° 88 de 3 de marzo de 1993, que modifica el artículo 2.475 del Código Civil italiano, autorizando la sociedad originariamente unipersonal de responsabilidad limitada.

unilateral, la sociedad unipersonal y el socio fundador responden solidariamente por las obligaciones con una causa en una operación anterior a su inscripción.²⁹

Lo que llama enormemente la atención es que la moción presentada al Congreso el año 1991 contemplaba un mecanismo de protección a favor de los acreedores perjudicados por la constitución de la empresa y que se traducía en el derecho de oposición de éstos, estableciéndose inclusive el procedimiento a que se sometería dicha oposición. En efecto, el artículo 10 (*inciso primero*) tenía el siguiente tenor: «*Los acreedores personales del titular u otros interesados que se consideren perjudicados por la creación de la empresa individual, podrán oponerse a su constitución dentro de los sesenta días siguientes a la publicación del extracto referido en el artículo 5, ocurriendo ante el juez de letras del domicilio de la empresa, el que resolverá en procedimiento sumario sobre la constitución, debiendo negarla si de la creación de la empresa pudiere seguirse perjuicio a terceros y el empresario no dé garantías suficientes para el pago de las deudas*». Cabe consignar que en el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado que se pronuncia sobre el proyecto se sostiene que en defecto de esta medida de protección, los acreedores, haciendo uso de su derecho de garantía general, estarían autorizados a dirigirse en contra del patrimonio íntegro del empresario, esto es, el propio suyo y el de la empresa que está constituyendo.

Este artículo es eliminado después que el Gobierno informase que no cabía imponer exigencias, como la del precepto comentado, a la empresa individual que la ley no prevé para las sociedades de responsabilidad limitada. Lo curioso es que la disposición se elimina, sin que quienes presentan la moción a tramitación o la propia Comisión respectiva propusiesen incluir la medida de protección subsidiaria, esto es, la de la inoponibilidad de la empresa respecto de los acreedores anteriores. Al eliminar la norma del proyecto, no se plantea el problema de la protección de los acreedores, el acento se pone en el posible efecto inhibitorio de esta exigencia.

²⁹ En el derecho alemán también se contempla una medida de protección a favor de los acreedores que se aproxima a la establecida en los ordenamientos de referencia al disponer que la persona natural o jurídica que constituya una sociedad de fundación unipersonal mantiene responsabilidad ilimitada por las obligaciones contraídas durante el iter constitutivo. La institución de la sociedad de fundación unipersonal se introduce mediante una modificación de 4 de julio de 1980 a la ley de sociedades de responsabilidad limitada (*GmbHG*) de 20 de abril de 1892.

Corresponde ahora formular dos interrogantes: ¿cómo se suple esta laguna? ¿de qué remedios o mecanismos protectores dispone un acreedor anterior a la constitución de la empresa individual que ve lesionado su derecho de crédito? Para responder fundadamente a estas interrogantes debo referirme, en general, al problema de la protección de los intereses de terceros frente a la actuación ajena en nuestro derecho privado y a la solución del mismo.

3.2. Protección de los intereses de terceros perjudicados por una actuación ajena posterior

Junto con proteger los intereses del empresario, permitiéndole escindir su patrimonio, arriesgando sólo una parte; surge también la necesidad de resguardar debidamente los intereses de los terceros acreedores anteriores a la constitución de la empresa individual, observándose el principio esencial de la «seguridad jurídica», que constituye la base de un adecuado desenvolvimiento de las relaciones jurídico-patrimoniales. La seguridad jurídica permite que los terceros celebren contratos en la confianza que éstos no involucran otros riesgos que los previstos originalmente por ellos mismos, en particular, aquéllos asociados a actuaciones, lícitas o ilícitas, provenientes de otros y que le causan un perjuicio, posteriores al momento en que estos terceros adquieren sus derechos.³⁰ Este fin se alcanza cuando los terceros disponen de mecanismos para la protección de sus derechos o intereses ante la actuación ajena que les perjudica. La seguridad jurídica se vincula estrechamente con la doctrina de la protección a la apariencia jurídica que la doctrina la define comúnmente como «*aquel principio en virtud del cual quien actúa guiándose por las situaciones que contempla a su alrededor, debe ser protegido si posteriormente se pretende que esas situaciones no existen o tienen características distintas de las ostensibles*».³¹ Esta mínima protección se explica dado que resulta indispensable que quienes operan en el tráfico jurídico tengan la tranquilidad que si ellos actúan motivados por la realidad

concreta que se les presenta —y en la que se asienta su actuación— sin contravenir la ley o la buena fe objetiva, estén garantizados en que los efectos de tales actuaciones se van a respetar a ultranza y que en caso de conflicto con una actuación ajena que perjudica tales efectos reciban la debida protección».³² ¿Cómo se materializa esta protección? Autorizando a los terceros perjudicados a desconocer todo aquello que no les fue posible observar o conocer al momento de desplegar su actuación, para ellos sólo existe y produce efectos la apariencia que motivó o justificó su actuación; todo lo demás carece de efectos en tanto les es inoponible.³³

Cabe ahora preguntarse, cuándo debe otorgarse esta protección a los terceros. Y las posibilidades a este respecto son dos: sólo cuando la ley lo prevé expresamente o en todo caso, ya que esta protección de los terceros perjudicados por actuaciones ajenas constituiría un principio general del derecho privado. A mi juicio, la protección a los terceros no puede quedar condicionada a la preexistencia de un mecanismo legal, sino que éstos pueden invocarla toda vez que una actuación ajena posterior perjudique un derecho que hayan adquirido con anterioridad. Se trata de un principio general que se induce de disposiciones legales específicas que establecen como límite al ejercicio de facultades y derechos el interés ajeno, haciendo prevalecer este último cuando resulta

³² Así se recoge de Peñailillo Arévalo, Daniel, op cit., página 13. El autor expresa: «en el mundo de la negociación se necesita que quienes actúan tengan una mínima tranquilidad en orden a que actuando lícitamente y guiándose por lo que observan en torno a ellos, desplegando una mediana diligencia para cerciorarse de que lo que ven es realidad, estén garantizados en los efectos, y llegado el momento de una discordia, reciban el amparo judicial». Como expresa Brantt Zumarán, María Graciela: «por sobre la realidad, y aun cuando ésta resulte absolutamente opuesta, se impone la apariencia, conforme a la cual actúa el tercero, amparado por el derecho» Y en otro sitio, vinculando la protección de la apariencia con el principio de la buena fe objetiva añade: «Es posible apreciar que existe una clara relación entre la protección que el derecho confiere a la apariencia y la noción de buena fe objetiva, por cuanto en definitiva el fundamento de dicha protección radica en que el tercero, al momento de actuar, lo hace en el convencimiento de que lo que aprecia, lo externo, es lo real, e ignora la existencia de la verdadera realidad. Si lo supiera, claramente no sería merecedor de amparo alguno, porque estaría obrando contrariando el principio de la buena fe objetiva, y mal podría invocar la inoponibilidad a objeto de desconocer aquello de lo que estuvo plenamente consciente». (Los Bienes Familiares: Problemas de Aplicación y Protección a terceros. Doctrina y Jurisprudencia, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, inédita, Valparaíso, 2003, páginas 60 y 61).

³³ La protección de la apariencia jurídica se vincula muy estrechamente con la doctrina de la preeminencia de la anterioridad de los derechos frente a la actuación jurídica ajena, doctrina que ordena la prevalencia de los derechos adquiridos por ellos e impide que puedan verse perjudicados por actos o contratos posteriores no consentidos. Para Ragel, Luis Felipe esta doctrina constituye el fundamento inmediato de la sanción de ineficacia inoponibilidad entendida como medio de resguardo de los terceros, la que se materializa para éste en «la facultad de considerar aquel acto posterior como no realizado». Ragel, Luis Felipe, op.cit., páginas 107 y 108.

³⁰ Ragel, Luis Felipe, *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*. Tirant Monografías, Valencia, 1994, página 97: «El tercero podrá actuar confiando en que no le han de perjudicar los actos llevados a cabo por otras personas y que sean desconocidos o posteriores respecto al momento en que ese tercero adquiere sus derechos».

³¹ Peñailillo Arévalo, Daniel, *Protección a la apariencia en el Derecho Civil*, Universidad de Concepción, 1999, página 3.

perjudicado.³⁴ Como afirma JEREZ DELGADO, CARMEN, «entre proteger un beneficio y evitar un perjuicio, se debe optar por lo segundo, sobre todo si la causa de este beneficio es jurídicamente más débil que la del derecho perjudicado».³⁵ Invocando este principio o regla general, los terceros pueden alegar la inoponibilidad de aquella actuación ajena que les perjudica, remedio que actúa y se desenvuelve objetivamente, al margen de cualquier consideración de si ha habido intención o mala fe de parte del tercero. Surge así la noción de los actos jurídicos objetivamente fraudulentos.³⁶

3.3. Concreta protección de los acreedores anteriores a la constitución de la empresa individual

De lo expresado en el párrafo aparece de manifiesto que a los acreedores anteriores a la constitución de la empresa individual no les resulta indiferente esta circunstancia, sobre todo si ella les perjudica en sus intereses o, más concretamente, obsta a la satisfacción de su derecho de crédito. Cuando estos acreedores contratan con la persona natural del empresario lo hacen en vista a su solvencia y capacidad financiera, la que desde luego experimentará una disminución al momento de constituir la empresa individual y hacer el aporte correspondiente; una parte del patrimonio del empresario se transfiere al patrimonio de una nueva persona

³⁴ Así por ejemplo: a).- en materia de renuncia de los derechos, conforme el artículo 12 del Código Civil si el derecho objeto de la misma no mira sólo el interés individual, sino también compromete el de terceros, esa renuncia en tanto les perjudica es ineficaz; b) la misma definición de derecho de propiedad o dominio limita el ejercicio de las facultades inherentes al mismo al derecho ajeno (artículo 582 del Código Civil); c) la acción pauliana o revocatoria del artículo 2.468 del Código Civil que pone límite al ejercicio de la facultad de libre disposición de los bienes y a la propia autonomía privada; d) en materia de regímenes económicos matrimoniales, se establecen expresamente medidas de protección de los intereses de terceros, siendo la más significativa, la de la convención matrimonial del artículo 1.723 del Código Civil, cuyos efectos reconocen con límite los derechos de terceros válidamente adquiridos; en el régimen de participación en los gananciales, el artículo 1.792-25 del Código Civil, prescribe que los créditos contra un cónyuge, cuya causa sea anterior al término de régimen de bienes (momento en que nace el crédito de participación en los gananciales) preferirán al crédito de participación en los gananciales. En el régimen primario de los bienes familiares según el artículo 147 la constitución judicial de los derechos reales de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares a favor del cónyuge no propietario no perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario tenía a la fecha de su constitución. e) en materia de retractación de la oferta, si bien se trata de un acto lícito - en tanto el proponente tiene la facultad de retractarse, si su ejercicio causa un daño al destinatario, deberá resarcirlo (artículo 100 del Código de Comercio).

³⁵ Jerez Delgado, Carmen, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos*, Centro de Estudios Registrales, 1999 Madrid, página 7.

³⁶ Véase: Jerez Delgado, Carmen, op. cit. *supra*.

-la empresa individual- que nace a la vida jurídica. Si la constitución de la empresa individual y la consiguiente disminución patrimonial de su titular perjudica a un acreedor con causa anterior, a mi juicio, éste tiene a su disposición el remedio de la inoponibilidad que se traduce en el desconocimiento de la personalidad jurídica o del beneficio de la limitación de responsabilidad y que le autoriza a dirigirse en contra de todo el patrimonio del empresario, como si la empresa individual no existiese. Tiene aplicación, entonces, la doctrina del levantamiento del velo a la que me referí en líneas anteriores.

Y surge ahora la pregunta de cuándo se entiende que se causa un perjuicio a los acreedores; muy simple, no se alude al perjuicio o daño extracontractual entendido como consecuencia material de una lesión de un interés legítimo, sino que a la imposibilidad, total o parcial, de que el acreedor pueda satisfacer su crédito. Hay que precisar, en todo caso, que no bastará la prueba de dicha imposibilidad, se requerirá, además, la concurrencia de la relación de causalidad entre ésta y la constitución de la empresa individual. Lo anterior se expresa en términos que el acreedor debe alegar y probar que la constitución de la empresa individual ha disminuido de modo tal el patrimonio de su deudor (el titular de la empresa) que sus bienes no son suficientes para cubrir, en todo o parte, su crédito. En la práctica, seguramente, ocurre lo mismo que en materia de cambio de régimen matrimonial conforme el artículo 1.723 del Código Civil; los terceros invocan la inoponibilidad por vía de acción con el solo mérito de la celebración de la convención matrimonial, siendo de cargo del demandado la prueba de que esta última no ha perjudicado su derecho de crédito.

En síntesis, a partir de la historia del establecimiento de la ley y el principio general de protección de los terceros frente a las actuaciones ajenas que les perjudican, se concluye que la constitución de una empresa individual no puede perjudicar el derecho de crédito de los acreedores anteriores; y si dicho perjuicio se produce éstos tienen a salvo su acción contra todo el patrimonio del titular de la empresa, como si la empresa individual no existiese. El acreedor perjudicado puede alegar fundadamente la inoponibilidad de la empresa individual.

Esta es mi opinión y admito que otros puedan adoptar una interpretación literal de la ley y recurriendo a la historia de la misma llegar a concluir que este conflicto se encuentra resuelto a favor de la empresa individual y que los terceros sólo podrán impugnar el

acto constitutivo ejerciendo las acciones establecidas por el derecho común. No hay que perder de vista que se trata de una institución nueva y que los autores que a la fecha la han estudiado no se pronuncian sobre el particular. Por ello, si la solución integradora propuesta es desechada, necesariamente habrá que acudir al derecho común, en particular, a los remedios que el ordenamiento prevé para la protección de terceros perjudicados por una actuación ajena, como la acción pauliana o revocatoria o la de simulación, a través de las cuales se lograría la ineficacia del acto constitutivo. También habrá que tener en mente el remedio general de la indemnización de daños conforme las reglas generales cuando concurra el supuesto de hecho de la responsabilidad aquiliana (*delito o cuasidelito*), intentando enmarcar la constitución de la empresa individual como un caso de abuso del derecho. En fin, sólo me limito a precisar cuáles serían las soluciones alternativas ante al rechazo de la tesis que aquí se sostiene.

Desde luego, las consecuencias no serán las mismas según se opte por la inoponibilidad de la persona jurídica; o por el ejercicio de la acción revocatoria o la de simulación. En el primer caso, sencillamente, la persona jurídica o la limitación de la responsabilidad es inoponible a los acreedores, pudiendo éstos, sin más, dirigirse en contra de los bienes del deudor, empresario, cualquiera sea el patrimonio que integren: sea el personal, sea el de la empresa. En cambio, si se opta por el ejercicio de la acción pauliana o de simulación, el acreedor persigue que se declare la ineficacia (*revocación o nulidad*) del acto constitutivo, con el objeto último que los bienes aportados a la empresa regresen al patrimonio originario del empresario. En el primer caso, la empresa individual subsiste; en cambio, en el segundo, ella desaparece de la vida jurídica.³⁷

4. SITUACIÓN DE LOS ACREEDORES DURANTE EL FUNCIONAMIENTO DE LA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Durante la vigencia de la empresa individual el legislador prevé algunas medidas de protección de los acreedores; medidas que tienen por objeto, por un lado, evitar la confusión de patrimonios o la

³⁷ A estos efectos, conviene tener a la vista la norma del artículo 7 de la ley «Si se tratare de la nulidad absoluta del acto constitutivo, el titular responderá personal e ilimitadamente de las obligaciones que contraiga en el giro de la empresa».

comunicabilidad entre ambos; y, por otro, apercibir o sancionar al empresario o titular de la empresa que hace un uso indebido o abusa de la personalidad jurídica en desmedro de los acreedores.

El artículo 12 enumera los supuestos en que el empresario responderá ilimitadamente con sus bienes. Como se ha anunciado, la ley establece la inoponibilidad de la personalidad jurídica de la empresa individual o de su beneficio de la responsabilidad limitada, recogiendo la doctrina del levantamiento del velo o del abuso de la personalidad jurídica. La doctrina habla de privación o pérdida del beneficio de la responsabilidad limitada. Sustantivamente, cualquiera sea la denominación que se le dé, los acreedores quedan facultados para desconocer la existencia de la empresa individual y, consecuentemente, pueden ejercer su derecho de crédito en todo el patrimonio del empresario.

Con relación con la norma de la autocontratación me limitaré a señalar que el legislador exige la observancia de solemnidades para el valor de los contratos que celebre el titular de la empresa con la empresa misma, cuya omisión acarrea la nulidad absoluta del acto o contrato de que se trate. O sea, aun cuando se trate de actos o contratos consensuales, la ley los eleva a la categoría de solemnes (escrituración y protocolización del acto por Notario Público); y no sólo eso, su eficacia respecto de terceros queda sujeta a la observancia de una formalidad por vía de publicidad, la subinscripción del acto o contrato al margen de la inscripción empresarial (*véase el artículo 10*).³⁸

5. SUPUESTOS DE INOPONIBILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA O DE PÉRDIDA DEL BENEFICIO DE LA RESPONSABILIDAD LIMITADA (EX ARTÍCULO 12)

La ley, en determinados casos, priva al titular de la empresa individual del beneficio de la responsabilidad limitada o autoriza a los acreedores a desconocer la personalidad jurídica; declarándolo responsable ilimitadamente por las obligaciones a que se refiere la ley en su artículo 12.

³⁸ «Artículo 10.- Los actos y contratos que el titular de la empresa individual celebre con su patrimonio no comprometido en la empresa, por una parte, y con el patrimonio de la empresa, por la otra, sólo tendrán valor si constan por escrito y desde que se protocolicen ante notario público. Estos actos y contratos se anotarán al margen de la inscripción estatutaria dentro del plazo de sesenta días contados desde su otorgamiento.» Sobre la autocontratación en materia de empresas individuales, véase: González Castillo, Joel, *Empresas individuales de responsabilidad limitada*, op. cit., páginas 69-70. Sahli Cruz, Juan Carlos, «La empresa

«Artículo 12.- El titular responderá ilimitadamente con sus bienes, en los siguientes casos: a) Por los actos y contratos efectuados fuera del objeto de la empresa, para pagar las obligaciones que emanen de esos actos y contratos; b) Por los actos y contratos que se ejecutaren sin el nombre o representación de la empresa, para cumplir las obligaciones que emanen de tales actos y contratos; c) Si la empresa celebrare actos y contratos simulados, ocultare sus bienes o reconociere deudas supuestas, aunque de ello no se siga perjuicio inmediato; d) Si el titular percibiere rentas de la empresa que no guarden relación con la importancia de su giro, o efectuare retiros que no correspondieren a utilidades líquidas y realizables que pueda percibir, o e) Si la empresa fuere declarada en quiebra culpable o fraudulenta».³⁹

No es del todo feliz la expresión «responsabilidad ilimitada» empleada por el legislador, dado que ello podría llevar a pensar –y así se advierte en la opinión de algunos autores⁴⁰– que, en casos como éstos, el legislador ordena la responsabilidad individual y personal del titular de la empresa, quedando a salvo el patrimonio de la em-

individual de responsabilidad limitada», *Actualidad Jurídica*, N° 8, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Santiago – Concepción, julio 2003, páginas 133-134. El último autor se hace cargo del supuesto de garantías otorgadas por la empresa para caucionar obligaciones personales del titular de la empresa y aquellas otorgadas por el titular de la empresa para la seguridad de obligaciones empresariales. Finalmente, Concha Gutiérrez, Carlos, se refiere a la autocontratación como la «posibilidad de contratar entre estos dos bolsillos» y agrega que «Al admitir la contratación entre el Dr. Merengue y el 'Otro Yo' del Dr. Merengue se abren posibilidades de actos que en otras circunstancias habrían sido considerados fraudulentos y que ahora sólo podrían serlo bajo la teoría de la penetración de la personalidad jurídica o de levantamiento del velo, posibilidad que puede quedar eventualmente vedada al reconocerse formalmente la responsabilidad separada de la empresa y el titular». «La empresa individual de responsabilidad limitada» en *Revista del Abogado*, N° 27, Colegio de Abogados de Chile, abril 2003, página 36.

³⁹ González Castillo, Joel critica la norma por su amplitud e imprecisión, estimando que ella será un gran obstáculo para el desarrollo de las empresas individuales de responsabilidad limitada. González Castillo, Joel, *Empresa Individual de Responsabilidad limitada*, op. cit., páginas 87-88.

⁴⁰ Así, por ejemplo, Prado Puga, Arturo, al referirse a la responsabilidad de la empresa por los actos pertenecientes a su giro expresa: «En cambio, la imputación de responsabilidad personal del titular de la empresa está fijada perentoriamente en el artículo 12 de la ley al señalar que el titular de la empresa responderá ilimitadamente con sus bienes personales 'a) Por los actos y contratos efectuados fuera del objeto de la empresa, para pagar las obligaciones que emanen de esos actos y contratos'. No queda duda que el autor entiende la norma en el sentido que ella excluye la responsabilidad de la empresa individual, limitándola a los bienes personales de su titular». Prado Puga, Arturo, op. cit., página 26. Por su parte, Concha Gutiérrez, Carlos, también interpretando erróneamente la norma afirma que en las situaciones de las letras a) y b) del artículo 12 la ley no es clara, de modo que no se sabe si las acciones contra el titular de la empresa son compatibles con una acción en contra de la empresa, al menos por el beneficio que le hubiere reportado el acto o contrato. Concha Gutiérrez, Carlos, op. cit., nota N° 40, página 37.

presa; idea que es consecuente con la explicación que arriba se ha dado sobre la denominación de estas empresas de «responsabilidad limitada». Todo sujeto de derecho responde ilimitadamente, con todo su patrimonio, frente a sus acreedores y ello quiere decir que lo hace con todos sus bienes. Sin embargo, una interpretación como ésta resulta absurda; el legislador cuando expresa que «el titular responderá ilimitadamente con sus bienes» está ordenando la responsabilidad del titular de la empresa con todos sus bienes, esto es, los suyos personales no comprometidos en la empresa y los empresariales.

Tras esta norma se encuentra el mismo principio de la seguridad jurídica y la doctrina de la protección de la apariencia. La diferencia con el supuesto de los acreedores anteriores del empresario, es que aquí la ley expresamente establece un mecanismo a favor de los acreedores cuyos créditos tienen una causa posterior a la constitución de la empresa individual, mecanismo que coincide con el propuesto por la doctrina: la inoponibilidad.

En estas líneas me limitaré a comentar algunos de los supuestos del artículo 12, los que parecen más relevantes para el objeto del presente trabajo.

A.- Actos de la empresa fuera de su objeto (*Artículo 12, letra a*). La ley se plantea la hipótesis de que la empresa ejecuta un acto o celebra un contrato fuera de su objeto. Obviamente, se está haciendo uso de la persona jurídica de la empresa individual para efectos diversos de los que el propio empresario fundador tuvo en cuenta al momento de constituirla. La ley sanciona este uso indebido de la personalidad jurídica, autorizando al acreedor que contrató en la confianza que lo hacía con la empresa individual, para dirigirse en contra de todos los bienes del empresario, incluidos los personales y los de la empresa individual. Obviamente, este acreedor no puede quedar expuesto a que el titular de la empresa le oponga el beneficio de la responsabilidad limitada, excluyendo de la ejecución los bienes comprometidos en la empresa, toda vez que el tercero contrató con la empresa individual.

B.- Actos del empresario dentro del giro de la empresa, pero ejecutados a título personal (*artículo 12, letra b*). El empresario, actuando dentro del giro u objeto de la empresa, ejecuta un acto o celebra un contrato, pero no lo hace a nombre o en representación de la empresa individual. El empresario que ejecuta el acto o contrata crea la apariencia en el tercero que sigue operando como empresario individual no personificado y en esa confianza el tercero se vincula con él. En otros términos, el tercero contrata con el empresario entendiendo que

éste cuando se obliga está obligando todo su patrimonio (*ex artículo 2.465 Código Civil*); para el tercero se trata de un empresario individual que no ha adoptado la organización que pone a su disposición la ley en estudio y, por ello, no adopta más medidas, o precauciones, que las normales respecto de la contratación con una persona natural. Sin embargo, al momento de ejecutar su crédito, el empresario le opone el beneficio de limitación de responsabilidad, intentando excluir de los bienes sobre los cuales recae la ejecución, aquellos que integran el patrimonio de la empresa ¿por qué? Porque el acto o contrato no ha sido celebrado a nombre y en representación de la empresa individual. La norma y la consecuente responsabilidad ilimitada del empresario se explican por sí sola.

C.- Actos ilícitos que suponen un abuso de la personalidad jurídica por parte del titular de la empresa (*artículo 12, letra c*). El empresario usa la persona jurídica de la empresa individual para fines ilícitos, aunque con ello no cause un perjuicio inmediato a los terceros. La ley se refiere a los actos y contratos simulados, a la ocultación de bienes y al reconocimiento de deudas supuestas. Cualquiera de estos actos pone en riesgo la satisfacción del derecho de crédito de los acreedores, en tanto producen una disminución de su derecho de prenda general. El tercero que pretenda alegar la inoponibilidad de la persona jurídica o la pérdida del beneficio de la responsabilidad limitada no requiere probar el perjuicio que le causa el acto de que se trate, sino que le será suficiente probar la simulación, la ocultación o que el reconocimiento se refiere a una deuda inexistente. Su interés estará justificado por la sola disminución patrimonial que cualquiera de estos actos entraña. Ello explica la redacción de la norma que en su parte final agrega *«aunque de ello no se siga un perjuicio inmediato»*. Esta disposición demuestra que la inoponibilidad de la persona jurídica la puede alegar cualquier acreedor que justifique su interés y éste se traduce en la posibilidad de que su crédito quede sin satisfacción a consecuencia de la ejecución o celebración del acto o contrato de que se trate, o sea, puede hablarse de un perjuicio mediato.

En el caso de la simulación, el inciso segundo del artículo 10 agrava la pena del delito de simulación del artículo 471 N° 2 del Código Penal cuando el acto simulado es otorgado por el titular de la empresa individual. En la historia del establecimiento de la ley aparece que esta agravación de la pena se justifica en tanto en una sociedad, en que hay dos o más personas, existe una suerte de contrapeso el interior de esa entidad, para los efectos de evitar la comisión de la figura punible del contrato simulado; en cambio, en esta nueva insti-

tución es mucho más fácil poder cometer el referido delito y, por ende, se hace más difícil la protección de los terceros perjudicados, que son a los cuales se defrauda con los contratos simulados, ya que es una sola persona la que está actuando detrás de la empresa. En consecuencia, con relación a los actos o contratos simulados ejecutados o celebrados por el titular de la empresa individual, los acreedores tienen a su disposición tres remedios: a) la acción penal conforme el inciso segundo del artículo 10; b) la acción civil de simulación que puede conducir a la nulidad del acto o contrato o a la revocación del mismo, según la simulación de que se trate; y c) la sanción especial del artículo 12, esto es, la acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica.

6. CASO DE LA TERMINACIÓN DE LA EMPRESA INDIVIDUAL POR APOORTE DE SU CAPITAL A UNA SOCIEDAD (ARTÍCULOS 15 C Y 16 DE LA LEY).⁴¹

Finalmente, corresponde decir algunas cosas acerca de la situación de los acreedores de la empresa individual que termina por la causa de la letra c) del artículo 15, esto es, por el aporte de su capital, o más precisamente su patrimonio, a una sociedad. El legislador, en su artículo 16, prescribe, como regla, que la sociedad que recibe el aporte responderá frente a los acreedores por las obligaciones de la empresa individual que termina; salvo que su titular, al momento de hacer el aporte, declare en la escritura pública de terminación que asumirá tales obligaciones con su patrimonio propio. *Prima facie* la norma no ofrece mayor dificultad y el único comentario que merece es que el empresario, por su sola voluntad unilateral, sustraiga del patrimonio empresarial el pasivo, limitando el aporte a la sociedad sólo a su activo. Sin embargo, si la norma se la mira desde la perspectiva que interesa para los efectos del presente trabajo, inmediatamente salta a la vista que el legislador de nuevo no se ocupa de la situación de los acreedores de la empresa individual, previendo algún mecanismo de protección ante esta alteración de su garantía patrimonial. La terminación de la empresa, desde luego, puede perjudicar el derecho de estos

⁴¹ Muy poco se dice en la doctrina sobre estos preceptos, centrándose su interés, más bien, en cuestiones de orden formal. En efecto, se critica la norma del artículo 15, letra c) por emplear la expresión «capital» en circunstancias que se ella se refiere al «patrimonio de la empresa», sólo ello explica el porqué de la responsabilidad de la sociedad por las obligaciones de la empresa conforme el artículo 16 de la ley. González Castillo, Joel, *Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada*, op. cit., páginas 101 y 102.

acreedores, a los que la responsabilidad patrimonial de la sociedad que recibe el capital de la empresa no les ofrece necesariamente una seguridad. Claro, podría ocurrir que la sociedad tenga un patrimonio interesante —*prácticamente sin deudas o insignificantes considerando su activo*— pero ello es una mera contingencia. Lo que inquieta es que los acreedores empresariales no tienen manera de conocer la situación patrimonial de esta sociedad, ni mucho menos la entidad de su pasivo. El capital que se aporta se confunde con el de la sociedad y queda expuesto al derecho de garantía, de los acreedores de la sociedad. Uno debe preguntarse si asiste al o los acreedores de la empresa algún mecanismo de protección que le asegure la satisfacción de su crédito. Como se ha expresado, el legislador no se pronuncia, al igual como sucede con la constitución de la empresa (*laguna preater legem*).

Pero, este no es el único riesgo a que están expuestos los acreedores de la empresa, aun hay más. En efecto, más delicada es la situación de estos acreedores cuando el empresario resuelva extraer del capital aportado las obligaciones, asumiéndolas como suyas y respondiendo con su patrimonio personal. El acreedor pasa de ser uno de la empresa individual a uno personal de su titular. Tampoco el legislador se pronuncia (*laguna preater legem*).

En estos dos casos se prescinde de la situación de los acreedores y se les deja en una situación de evidente desprotección.

A mi juicio, aquí cabe aplicar la misma solución propuesta para los acreedores anteriores a la constitución de la empresa, en el sentido que ellos no pueden resultar perjudicados por una actuación posterior de su deudor que altera la garantía patrimonial sobre cuya base contrataron. Solución que se apoyaría en los mismos argumentos arriba desarrollados.⁴²

De esta forma, en el primer supuesto, que representa la regla general, a los acreedores de la empresa debiese reconocérseles la facultad de desconocer la terminación de la empresa y permitir que ellos puedan dirigirse en contra del capital aportado como si la empresa individual subsistiera. En otros términos, habría que reconocer a estos acreedores empresariales una especie de beneficio de separación, equivalente al del derecho de sucesiones y de que son titulares los acreedores hereditarios y testamentarios y que regula el artículo 1.378 del Código Civil. Se evita, de este modo, la confusión del patrimonio de la empresa con el de la sociedad que recibe el aporte.

⁴² Véase 4.1 *supra*.

En el segundo supuesto, la misma solución, pero con el añadido de que la declaración solemne de asunción de las obligaciones sería inoponible a los terceros.

En cualquiera de estos supuestos, el acreedor de la empresa debería acreditar el perjuicio y su relación de causalidad con el acto jurídico unilateral de la empresa.

Si esta solución fuese rechazada, al acreedor tendría que recurrir a los remedios típicos del derecho común para el fraude del derecho de crédito, como son la acción pauliana y la de simulación.

V. CONCLUSIONES

1º) La ley confiere a la empresa individual el privilegio de la personalidad jurídica, produciéndose el desdoblamiento de la personalidad del empresario.

2º) La empresa individual, como entidad dotada de personalidad jurídica propia, tiene capacidad de ejercicio, cuyo titular, en principio, es el empresario fundador, no obstante la posibilidad de intervención de un mandatario o un gerente que represente la empresa individual.

3º) Los actos y contratos que el empresario, haciendo uso de la referida capacidad de ejercicio, ejecuta o celebra dentro del giro de la empresa individual le obligan a dar, hacer o no hacer conforme las reglas del derecho común, incluida la responsabilidad civil por su incumplimiento. No cabe la construcción dogmática de un régimen especial sobre los efectos de estas obligaciones y la responsabilidad derivada del incumplimiento de las mismas. En definitiva, la ley no altera el régimen ordinario de responsabilidad contractual que rige para las personas jurídicas.

4º) Sí interesa, como no, el patrimonio sobre el cual el, o los, acreedores de la empresa individual ejecutarán sus créditos en caso de incumplimiento contractual. El derecho de garantía general de los acreedores de la empresa individual se limita a los bienes que integran el patrimonio empresarial (*bienes comprometidos en la empresa*). El titular de la empresa dispone del denominado beneficio de limitación de responsabilidad que permite excluir de la ejecución del crédito empresarial los bienes de su patrimonio personal (*no comprometido en la empresa*). Del mismo beneficio goza la empresa respecto de las obligaciones personales del titular de la empresa.

El complicado caso de limitar la responsabilidad de los accionistas por los daños causados por sociedades

HENRY B. HANSMANN Y REINIER H. KRAAKMAN

1. Introducción

Durante más de un siglo, en los Estados Unidos y en la mayoría de los países del mundo, la regla jurídica predominante ha sido que las sociedades son sólo limitadamente responsables por los daños que pudieran causar a terceros en tanto sólo deben responder hasta el límite de su patrimonio. Esta regla incentiva la externalización de costos. El saber convencional afirma que la externalización de costos debe ser tolerada para asegurar que las sociedades consigan el capital necesario para financiar sus actividades. Recientemente, con el objetivo de controlar las peores ineficiencias, varios autores propusieron que la responsabilidad limitada de las sociedades debiera funcionar sólo en ciertos casos o para ciertos tipos de sociedades, aun cuando todos conservan la regla de la limitación de la responsabilidad.

Sorprendentemente, la literatura existente no analiza la cuestión en profundidad. Nosotros aspiramos a analizar esta cuestión de manera sistemática. Concluiremos, en oposición a la opinión predominante, que la limitación de la responsabilidad de las sociedades es algo difícil tanto de explicar como de justificar.

En aras de la claridad de nuestro análisis y exposición, exploraremos los efectos de la limitación de la responsabilidad de las sociedades en un mundo sencillo y relativamente abstracto, en el cual las sociedades tienen un sólo accionista que es neutral al riesgo.

2. Un mundo sencillo: un accionista neutral al riesgo

Consideremos en primer lugar el caso en el que un accionista neutral al riesgo forma una sociedad —de la cual es gerente y único accionista— con el objetivo de aprovechar una oportunidad de inversión. Imagine-mos que la inversión crea un riesgo determinado de causar un daño a terceros y que si ese riesgo se materializara, la sociedad incurriría en responsabilidad extracontractual por un monto mayor al valor de su patrimonio. En tal situación, la regla de la limitación de la responsabilidad crea incentivos para conductas ineficientes.

La primera ineficiencia, la más familiar y obvia, es que la sociedad gastará demasiado poco en las precauciones que se necesitan para evitar los accidentes. Si el accionista tuviera otros bienes, además de los invertidos en la sociedad, la regla de la ilimitación de la responsabilidad —en los términos de la cual el accionista sería responsable personalmente por todo daño que la sociedad no pudiera pagar— induciría a invertir más en las precauciones necesarias para evitar el daño. Si los bienes del accionista fueran suficientes para cubrir cualquier tipo de daños que pudieran ser causados por la sociedad, la responsabilidad ilimitada induciría al accionista a invertir óptimamente en precauciones. Más aún, la regla de la limitación de la responsabilidad hará que se sobre-invierta en muchas industrias. La externalización de los costos que permite la limitación de la responsabilidad crea un incentivo para constituir sociedades cuyo valor social neto es negativo. Finalmente, la limitación de la responsabilidad puede inducir a sobre-invertir o a sub-invertir en sociedades —esto es, a formar sociedades de escala muy grande o muy pequeña. No resulta claro cuál es el efecto de la escala de una sociedad porque en el contexto de la limitación de la responsabilidad, la inversión en una sociedad tiene dos consecuencias que operan en direcciones opuestas. Por un lado, la regla de la limitación de la responsabilidad crea un incentivo para una gran inversión, en razón de que los daños que causan las sociedades serán parcialmente externalizados. Pero, por otro lado, el incremento de la inversión, que seguramente ocasionará la posibilidad de externalizar costos, multiplicará el patrimonio de la sociedad y, por lo tanto, la su-

ma disponible para pagar los daños que los terceros pudieran reclamar. De todos modos, es probable que el segundo efecto se imponga al primero y, por lo tanto, es posible que haya una sub-inversión en el caso de sociedades que generan una probabilidad relativamente alta de causar daños cuyos costos no exceden sustancialmente el valor del patrimonio social. Un ejemplo típico puede ser el de una compañía de taxis pequeña que asume un riesgo considerable de dañar a los conductores de motos o a los peatones. Si la compañía agregara otro taxi a su flota, como consecuencia de la limitación de la responsabilidad, parte del aumento de los costos esperados por el aumento de la probabilidad de accidentes será externalizado, lo que obviamente creará un fuerte e ineficiente incentivo para agregar el taxi en cuestión. Pero si la compañía agregara otro taxi, aumentaría el valor del patrimonio con el que debe responder si fuera demandada por un accidente —aun cuando éste fuera causado por cualquier otro taxi de la compañía— y, por lo tanto, aumentará el costo de operar la flota de taxis. En algunas circunstancias, este segundo efecto se impondrá al primero y, como consecuencia de ello, la sociedad tendrá una escala muy pequeña. Hay indicios empíricos de que en los últimos años el segundo efecto ha llevado a una reducción sustancial en el tamaño de las sociedades que operan con industrias peligrosas. De todos modos, como consecuencia de la externalización de los costos puede suceder que, considerada agregativamente, haya sobre-inversión en la industria: en efecto, puede suceder que cada una de las sociedades sea ineficientemente pequeña pero que haya demasiadas —más de lo que sería eficiente— sociedades en la industria en cuestión.

No obstante lo anterior, también es posible que, en algunos casos, el primer efecto pueda llegar a imponerse sobre el segundo y, por lo tanto, determine una escala demasiado grande de sociedad. Es probable que esto ocurra cuando las actividades de la sociedad aumentan sólo un poco la probabilidad de causar daños. Un ejemplo prototípico es el de una sociedad que opera en un negocio que tiene una pequeña probabilidad de causar un daño masivo catastrófico, como en Bophal.

3. La alternativa de la responsabilidad ilimitada por los daños

Es posible concebir dos reglas distintas de responsabilidad ilimitada. La primera es la responsabilidad solidaria, de acuerdo con la cual todo accionista en toda sociedad de más de un accionista es responsable personalmente por todo el costo del daño que excediera el patrimonio de la sociedad. La segunda regla es la responsabilidad *pro rata*, de acuerdo con la cual todo accionista es responsable por los daños que excedieran el patrimonio de la sociedad, en proporción a sus tenencias accionarias. Para ver cómo funcionan estas dos reglas, supongamos que un accionista rico tiene el 5% de una compañía hotelera, mientras que dos hoteleros pobres tienen el 95% restante. Si un incendio causara daños que exceden el patrimonio de la sociedad en 200 millones de dólares, en el contexto de la regla de responsabilidad ilimitada y solidaria, el accionista rico será potencialmente responsable por 200 millones de dólares mientras que, en el contexto de una regla de responsabilidad *pro rata*, será potencialmente responsable por 10 millones de dólares.

La alternativa entre la responsabilidad solidaria y la responsabilidad *pro rata* hace resurgir, aunque de un modo distinto, la necesidad de conciliar incentivos incorrectos y costos de transacción altos que también subyacen a la alternativa entre la responsabilidad ilimitada y la responsabilidad limitada. La responsabilidad solidaria es predominante en el derecho de las sociedades de personas y en el derecho de las sociedades de capital, en aquellas circunstancias excepcionales en las que se corre el velo de la personalidad y se declara a los accionistas responsables personalmente por las deudas sociales. Si comparamos la responsabilidad solidaria con la responsabilidad *pro rata*, veremos que la primera disuade a los accionistas de externalizar los costos de los daños. Por ejemplo, bajo la regla *pro rata*, un accionista rico y uno pobre pueden llevar a cabo juntos un proyecto con valor social negativo. Es cierto que el accionista rico deberá enfrentar la responsabilidad por una proporción de los costos de los daños igual a su participación en el capital social pero ambos accionistas podrán compartir las ganancias

esperadas que se derivarán de que el accionista pobre externalizará costos, ya que al no tener recursos evitará toda responsabilidad por daños. Por el contrario, la responsabilidad solidaria hará responsable por todos los daños al accionista rico y, por lo tanto, impedirá cualquier emprendimiento de los dos accionistas que no tenga un valor social positivo. En efecto, la responsabilidad solidaria incentivará a los accionistas ricos a controlar los seguros de la sociedad o, alternativamente, a supervisar los bienes de los otros accionistas junto con el riesgo de las actividades societarias.

Ahora bien, el precio que hay que pagar para incrementar la disuasión de conductas dañosas que conlleva la responsabilidad solidaria es el incremento de los costos de transacción en las sociedades de más de un socio. En efecto, cuando no hay posibilidades de contratar un seguro que cubra íntegramente a la sociedad por los daños que ésta pudiera causar, la responsabilidad solidaria impondrá a los accionistas ricos la obligación de hacerse cargo de todos los daños y, por lo tanto, exacerbará el problema de la exposición asimétrica a los daños, enfrentando a los distintos accionistas en grandes discusiones.

Es difícil comparar los costos adicionales de transacción que los accionistas han de tener en el contexto de la responsabilidad solidaria, con los costos de externalización de los daños que seguramente habrán de producirse en el contexto de la responsabilidad *pro rata*. En realidad, ninguno de estos dos tipos de costos es muy importante. Por un lado, los costos de transacción entre un grupo de accionistas pueden llegar a ser tan bajos que incluso las negociaciones más difíciles puedan concluirse fácilmente. Por otro lado, es posible que el miedo a la bancarrota disuada la realización de inversiones peligrosas, incluso a accionistas pobres. Por lo tanto, si sólo estuviéramos frente a sociedades que no cotizan en una bolsa, sería difícil elegir entre la responsabilidad solidaria y la responsabilidad *pro rata*. Pero, como demostraremos a continuación, hay una razón que debe hacernos preferir la responsabilidad *pro rata* para el caso de sociedades que cotizan sus acciones en una bolsa o mercado. Aún más, las ventajas de promulgar una sola regla para todas las sociedades debería convencernos de que la responsabilidad *pro rata* es, bajo toda consideración, la mejor alternativa.

4. Sociedades que cotizan sus acciones en una bolsa o mercado

La responsabilidad limitada incentiva la asunción de demasiados riesgos, tanto a los gerentes de las sociedades que cotizan sus acciones en una bolsa como a los gerentes de sociedades cerradas. Pero las sociedades que cotizan en una bolsa introducen nuevos elementos para el análisis, más precisamente: 1) muchos accionistas pasivos; 2) un mercado para vender las acciones; 3) una cantidad sustancial de bienes, y 4) la posibilidad de responsabilidad extracontractual por montos que pueden no sólo exceder el valor de los bienes de la sociedad sino que además pueden no ser asegurable.

A. *¿Resulta factible imponer la responsabilidad ilimitada a las sociedades que cotizan en una bolsa o mercado?*

El punto central es determinar si la responsabilidad ilimitada es factible para las sociedades que cotizan en bolsa. Varios comentaristas dudan de que un régimen de responsabilidad ilimitada pueda mantener los mercados de acciones tan líquidos como en la actualidad. Pero nosotros creemos que dicho régimen no necesariamente dificultará la venta de acciones.

i. El diseño de una regla de responsabilidad ilimitada

Una regla de responsabilidad ilimitada debiera especificar cuál es el límite de la responsabilidad de los accionistas y cuál es el accionista que tiene la obligación de responder por los daños. Por las razones que hemos revisado antes, la alternativa más plausible es la responsabilidad *pro rata*. Ahora bien, resulta más complejo establecer cuáles accionistas deben ser responsables por los daños.

Para la búsqueda de qué accionistas deben ser responsables existen muchas alternativas. Sin embargo, hay dos posibilidades que son más promisorias que las demás: una es la «Regla de la Ocurrencia del Daño». De acuerdo con esta regla, son responsables aquellos que fueran accionistas en el momento en el que el daño ocurrió. La segunda es la

«Regla de la Demanda», que hace responsable a quienes fueran accionistas en el momento del inicio de la demanda.

Nuestro punto es que, en ausencia de acciones previas contra los administradores, la mejor opción es la Regla de la Demanda, levemente modificada. En los términos de esta regla modificada, la responsabilidad debiera asignarse a quienes fueran accionistas en el momento de iniciarse la demanda, a menos que la sociedad se hubiera disuelto previamente sin dejar ningún sucesor contractual, en cuyo caso la responsabilidad debiera asignarse a los accionistas existentes en el momento de la disolución.

La mejor defensa de la Regla de la Demanda Modificada son los defectos de la Regla de la Ocurrencia. La fragilidad más obvia de la Regla de la Ocurrencia es que es difícil determinar con precisión cuándo ha ocurrido un daño. De hecho, muchos daños tóxicos no tienen fecha de acaecimiento, ni siquiera en teoría, dado que ocurren gradualmente a lo largo de períodos de 10 o 20 años. De este modo, la asignación de responsabilidad a todos los accionistas que a lo largo de todos esos años pudieron tener acciones en una sociedad, podría llegar a ser una pesadilla administrativa. Además, los accionistas nunca podrían escaparse del riesgo de ser hechos responsables dado que serían hechos responsables aun cuando recibieran unas acciones en donación y se deshicieran de ellas poco tiempo después. Por el contrario, la Regla de la Demanda permitiría a los accionistas evadir la responsabilidad por daños mediante el simple expediente de vender sus acciones. Además, todos los accionistas que pudieran ser hechos responsables serían informados de ello con la promoción de la demanda, a pesar de que la sentencia ejecutoria contra los accionistas responsables tendría lugar mucho más tarde —si es que alguna vez ello sucede— luego de que la demanda por responsabilidad sea acogida y se ejecuten todos los bienes de la sociedad.

La Regla de la Demanda permitirá a las sociedades demandadas recomenzar las ventas de sus acciones en la bolsa, poco tiempo después de iniciadas las demandas, sin que importe la responsabilidad personal de sus accionistas. Los accionistas antiguos podrán vender sus acciones mientras que los nuevos accionistas podrán comprarlas

en un mercado líquido, sin que por ello se reasigne la responsabilidad por los reclamos, los cuales quedarían siempre adjudicados a los accionistas antiguos, esto es, los accionistas que tenían las acciones en el momento de la interposición de la demanda.

ii. Prioridades en el caso de quiebra

Una cuestión importante es quién debe tener prioridad en los reclamos por responsabilidad extracontractual en las quiebras. En la actualidad, los acreedores por responsabilidad extracontractual participan *pro rata* con los acreedores contractuales y, junto con ellos, se ubican detrás de todos los acreedores privilegiados. Los acreedores contractuales no se verían afectados si esta regla de prioridad continuase inalterada. Quizá deberían conservarse las prioridades actuales aun cuando el régimen de la responsabilidad limitada fuera sustituido por el régimen de responsabilidad ilimitada y solidaria. Ello garantizaría que los acreedores actuales de las sociedades no sean sorprendidos con ganancias o pérdidas inesperadas, resultado de un cambio de régimen.

En el caso de un cambio de régimen, creemos que será preferible priorizar a los acreedores contractuales sobre los acreedores extracontractuales, permitiendo que los acreedores contractuales y los accionistas tengan plena libertad para, si así lo desean, negociar una prioridad distinta. Este sistema asegurará máxima flexibilidad para reubicar el riesgo de los posibles daños extracontractuales que se pudieran causar y, a la vez, otorgará a las víctimas de dichos daños mayores posibilidades de compensación plena que la que ahora tienen bajo el régimen de la responsabilidad limitada. En efecto, cuando los acreedores contractuales tienen prioridad sobre los acreedores extracontractuales —si aquéllos pueden asumir los riesgos de modo más eficiente que éstos— seguramente serán inducidos por los accionistas a reasignar su prioridad mediante ofrecimientos de términos contractuales más generosos. Pero si los acreedores extracontractuales tuvieran prioridad sobre los acreedores contractuales —o la compartieran con ellos— sería imposible un acuerdo entre los accionistas y los acreedores contractuales en términos bajo los cuales los accionistas se hicieran personalmente cargo de los reclamos de los acreedores extra-

contractuales que pudieran afectar a los acreedores contractuales ni siquiera en el caso en que ello fuera eficiente. Los accionistas son, por lo general, demasiado numerosos y transitorios, y se encuentran demasiado alejados unos de otros, como para que se avengan a asumir frente a los acreedores contractuales la responsabilidad de hacerse cargo personalmente por los daños que pudieran sufrir los acreedores extracontractuales.

B. Los incentivos de los gerentes para prevenir los accidentes

Dado que la responsabilidad ilimitada es factible incluso para las sociedades que cotizan en bolsa o mercados, la cuestión pendiente es si este sistema de responsabilidad civil incrementa los incentivos para que los gerentes adopten las medidas de prevención debidas. A diferencia de lo que sucede con los accionistas de sociedades pequeñas y con las sociedades que controlan empresas subsidiarias que instrumentan de un modo directo sus propias políticas societarias, los accionistas de las sociedades que cotizan en bolsa carecen del poder, y en muchas instancias de la información, para ejercer un control directo de las decisiones societarias. La pregunta es, entonces, por qué estos pobres inocentes —comparativamente hablando— debieran ser hechos responsables por las demandas por responsabilidad extracontractual que se hubieran dirigido contra las sociedades de las que son accionistas.

La respuesta más sencilla es que hay una variedad de mecanismos de mercado que impulsa a los gerentes de sociedades a que sean sensibles al bienestar de sus accionistas, bienestar que se refleja en el precio de las acciones. Si los accionistas fueran hechos responsables por daños, los precios de las acciones incorporarían la información disponible respecto del costo de esta responsabilidad. Los gerentes, a su vez, tendrían tantos incentivos para tomar en cuenta los posibles costos de los daños que pueden causar sus sociedades, como los que tienen en la actualidad para considerar todos los otros costos productivos que, en definitiva, los accionistas tienen que internalizar. Incluso si los accionistas fueran hechos responsables por los daños que causarían las sociedades, probablemente exigirían mucha más información sobre el ries-

go de causar daño que tienen todas las políticas societarias, y tanto gerentes como analistas económicos proporcionarán esta información. Ello seguramente será así dado que esta información tendrá mucha importancia en la valuación de las acciones. La información, especialmente la que proviene de los mercados externos a la sociedad, incrementará los incentivos de los gerentes para tomar en cuenta los riesgos de daños asociados con sus políticas.

C. La responsabilidad ilimitada y el costo del capital

La última cuestión que se debe analizar es en qué medida la responsabilidad ilimitada afecta a la financiación de las sociedades vía la emisión de acciones. Es cierto que el precio de las acciones disminuirá: el propósito de la responsabilidad ilimitada es reflejar los costos de los daños en los precios de las acciones. Pero esto pareciera no ser todo. La literatura técnica sugiere que la responsabilidad ilimitada, más allá de hacer internalizar los costos de los daños a las sociedades que los pueden causar, genera costos adicionales: 1) socavando la capacidad del mercado para diversificar el riesgo y el valor de las acciones; 2) alterando las estrategias de inversión de los accionistas, y 3) produciendo un excesivo control por parte de los actores del mercado. La magnitud de estos costos adicionales, sin embargo, depende de si elegimos un sistema de responsabilidad solidaria o un sistema de responsabilidad *pro rata*. Si los accionistas fueran solidariamente responsables por las deudas sociales, estos costos adicionales pueden ser muy importantes. Pero si la responsabilidad de los accionistas fuera *pro rata*, estos costos adicionales serán mucho menores, tal como argumenta Leebron.

i. Portafolios diversificados y precios de mercados

La afirmación de que la responsabilidad ilimitada distorsiona los precios de las acciones e impide a los accionistas diversificar riesgos es verdadera sólo si adoptáramos el sistema de la responsabilidad solidaria. Si el sistema fuera *pro rata*, las acciones tendrán el mismo valor esperado para todos los accionistas. Pese a que será más riesgoso que

en el presente tener acciones de una sociedad determinada, el riesgo adicional no resultará más difícil de ser diversificado de lo que implica hoy día diversificar el riesgo de la responsabilidad por daños. Simplemente, resultará mayor en términos absolutos, lo cual incrementará el número de acciones de un portafolio óptimamente diversificado, así como el riesgo de tomar una participación muy alta en una sola empresa. Un sistema *pro rata* no afectará a la eficiencia del mercado en la asignación de precios de las acciones dado que hará que las acciones tengan el mismo valor esperado para todos los inversores, permitiendo una diversificación completa de los riesgos de responder por los daños.

ii. Estrategias de inversión

Se ha afirmado que la responsabilidad ilimitada puede afectar a las estrategias de inversión en dos casos distintos. Primero, los mecanismos de ejecución de sentencias que se concentren en los accionistas ricos pueden motivar que los fondos de inversión y otros accionistas solventes no inviertan en industrias riesgosas. Segundo, la responsabilidad ilimitada puede hacer que los accionistas ricos «sobre-diversifiquen» sus inversiones, esto es, inviertan un poquito en cada sociedad, reduciendo de ese modo las ventas de paquetes controlantes de acciones, y privando a todos los accionistas de los controles sofisticados que generalmente se realizan cuando un paquete controlante de acciones cambia de manos.

De todos modos, en el contexto de la responsabilidad *pro rata*, ambos problemas son menores *vis-à-vis* los efectos beneficiosos de la responsabilidad ilimitada. No hay muchas razones para pensar que los inversores ricos invertirán sólo en firmas poco propensas a causar daños ni que nadie invertirá en fondos. Pero es cierto que la responsabilidad ilimitada aumentará el costo de invertir mucho en sociedades propensas a causar daños, por lo que habrá menos transacciones sobre paquetes controlantes de acciones. Sin embargo, no creemos que éste sea un costo social importante cuando lo comparamos con la ventaja de que las sociedades internalicen los costos de los daños que pueden causar.

iii. Control excesivo

Por último, se sostiene que la responsabilidad ilimitada genera costos de control excesivos. Esta afirmación sería correcta si cada accionista fuera responsable de todos los daños. En este caso, todos los accionistas deberían preocuparse seriamente por la cantidad de bienes de los otros accionistas. Pero en el contexto de la responsabilidad *pro rata*, el riesgo para cada accionista dependerá sólo del volumen de su inversión y nunca del patrimonio de los otros accionistas. Por ello, el único costo que aumentará es el de controlar las eventuales pérdidas de la sociedad por los daños que ésta le causa a terceros.

iv. Incentivos para escindir la industria

El régimen existente de responsabilidad limitada crea fuertes incentivos para que las sociedades grandes transfieran sus actividades peligrosas a subsidiarias ligeramente capitalizadas. Si nos dirigiéramos hacia un régimen de responsabilidad ilimitada se eliminaría este incentivo. La sociedad no podría evitar ser hecha responsable mediante la escisión de sus actividades. La responsabilidad ilimitada, sin embargo, podría crear un incentivo similar para que las sociedades grandes vendan sus actividades peligrosas a empresas pequeñas con capital limitado, propiedad de diferentes inversores. Por ejemplo, una compañía petrolera importante en lugar de transportar petróleo en buques-tanque de su propiedad, que opera a través de sociedades subsidiarias, probablemente venderá sus buques-tanque.

Si ésta fuera una reacción habitual podrían producirse consecuencias desventajosas. En primer lugar, las actividades peligrosas seguirían siendo llevadas a cabo con pocas precauciones y con seguros limitados. En segundo lugar, las economías de escala podrían ser sacrificadas en tanto ciertas actividades que podrían ser más eficientemente manejadas con un gerenciamiento conjunto serían, en cambio, manejadas por firmas separadas. En tercer lugar, los individuos que adquieran y, por tanto, controlen a las empresas peligrosas escindidas, probablemente no sean quienes estén mejor capacitados para administrarlas y, por lo tanto, puede haber mayores pérdidas de eficiencia

productiva. En cuarto lugar, dado que los mercados de capitales no serán usados para diversificar los riesgos de actividades peligrosas, los inversores en estas actividades tendrán que soportar riesgos mayores a los que soportan hoy. El primero de estos problemas probablemente no será tan grave como es hoy bajo la responsabilidad limitada. Pero los tres problemas restantes pueden ser mayores que bajo la responsabilidad limitada, y quizá sean de un costo tal que sobrepasen cualquier avance en los niveles de cuidado y de compensación que la responsabilidad ilimitada podría llegar a inducir.

Para saber cuál será el futuro es preciso una investigación empírica. Pero pareciera que la tendencia a escindir sociedades para evitar tener que cargar con la responsabilidad será bastante limitada y, por ende, sus costos resultantes modestos, demasiado modestos como para superar las ventajas de adoptar la responsabilidad ilimitada. La razón es que para que la escisión sea una maniobra habitual debe haber un grupo de individuos que compartan varias características: 1) ser lo suficientemente ricos como para proveer por sí mismos, o con unos pocos otros, el capital suficiente para capitalizar una empresa capaz de llevar a cabo un negocio peligroso, esto es, la propiedad y manejo de los buques-tanque; 2) no ser tan ricos, sin embargo, como para tener un capital personal significativo más allá del que invierten en la empresa —en particular, deben carecer de capital como para cubrir todos los daños potenciales; 3) no tener aversión al riesgo —esto es, deben estar dispuestos a correr el riesgo de bancarrota personal si los daños resultan muy importantes; y 4) tener las habilidades y el conocimiento suficiente como para asegurar que la empresa de la cual son propietarios sea administrada correctamente, ya sea por ellos o por gerentes elegidos y controlados por ellos.

5. El derecho societario contra el derecho de la responsabilidad extracontractual

A veces, se afirma que el alcance de la responsabilidad bajo las normas actuales de responsabilidad civil y los montos de las condenas de da-

ños constituyen una razón para favorecer la responsabilidad limitada sobre la ilimitada. Por ejemplo, debería preocuparnos que la responsabilidad ilimitada hará a los accionistas responsables por daños muy importantes que tienen una muy baja probabilidad de suceder —el tipo de daños que generalmente los seguros no cubren y que son difíciles de estimar o evitar aun cuando se ejerza un control estricto del gerenciamiento. Pero esta preocupación debiera solucionarse mediante normas del derecho de la responsabilidad extracontractual y no mediante la limitación de la responsabilidad característica del derecho de las sociedades. Se podría disponer, por ejemplo, que algunos costos asociados con la actividad societaria fueran soportados por las víctimas o sus aseguradores y no por las sociedades y sus accionistas. El problema de hacerlo por la vía de la limitación de la responsabilidad, es que no se puede distinguir entre los casos en los que es conveniente que la víctima cargue con los daños y aquellos donde es conveniente que los daños sean compensados por las sociedades. Los daños, consecuencia del manejo intencional de residuos peligrosos, por ejemplo, no deberían ser evitados mediante la limitación de la responsabilidad, mientras que daños «muy remotos», tal como argumentó Schwartz, deberían ser soportados por la víctima.

En resumen, se deben diferenciar: a) qué costos y riesgos debe internalizar una sociedad —cuestión de la responsabilidad extracontractual, y b) qué sistemas de responsabilidad interfieren excesivamente con los mercados de capitales eficientes — cuestión del derecho societario. Lo que queremos resaltar aquí es que con respecto a la pregunta b, los mercados de capitales y los mercados de seguros han madurado lo suficiente, hasta el punto de que pueden manejar la responsabilidad ilimitada sin grandes costos adicionales. Puede haber buenas razones para abandonar algunos de los avances realizados por la doctrina de la responsabilidad objetiva de las empresas por los productos que fabrican. La responsabilidad limitada no es la manera de hacerlo; restringe la responsabilidad de modo excesivo en algunos casos, y de manera no suficiente en otros, y crea, por lo tanto, incentivos inadecuados para los accionistas y las sociedades. Si la responsabilidad de la empresa debiera ser restringida, hay que hacerlo cuidadosamente cre-

ando reglas de responsabilidad y limitando los montos de las compensaciones, de manera que se impongan los costos de los daños en las sociedades y en sus accionistas sólo cuando existan buenas razones para creer que ellos son los mejores para evitar los daños o para asegurarse contra su ocurrencia.

6. Las alternativas a la responsabilidad ilimitada

Pese a que la responsabilidad ilimitada es un medio para crear incentivos para aumentar la seguridad y controlar las inversiones, hay otras reformas legales que podrían alcanzar los mismos efectos a un costo más bajo. La mayoría de los comentaristas que cuestionan los efectos de la responsabilidad limitada recomiendan reformas diferentes de la responsabilidad ilimitada. Las reformas comúnmente mencionadas pertenecen a tres categorías: reformas «de cobertura», que intentan garantizar que la sociedad cuente con los recursos para satisfacer todos los juicios de daños; reformas de «reubicación de la responsabilidad», que desvían la responsabilidad por los daños a algunas contrapartes contractuales de la empresa, y las reformas de «corrimento del velo de la personalidad», que amplían las categorías de casos en los que los tribunales trascienden los límites de la sociedad. Si bien estos tres tipos de reformas pueden mitigar los efectos de la responsabilidad limitada, ninguno de ellos es tan efectivo como el régimen de la responsabilidad ilimitada.

i. Reformas «de cobertura»

Las reformas «de cobertura» incluyen artificios simples, tales como el establecimiento de normas que exigen cobertura de seguro fija o determinados niveles de capitalización, las cuales son luego efectivizadas al hacer personalmente responsables a los directores o a los gerentes, en caso de su violación. La dificultad más obvia de estas reglas de cobertura es su inflexibilidad. No existe ningún nivel de cobertura que pueda resultar satisfactorio para todas las industrias, las empresas de distinto tamaño o incluso las diferentes tecnologías de producción.

ii. Reformas de reubicación de la responsabilidad

De un modo similar, el recurso de hacer responsables a contratantes con la sociedad por los daños que ésta pudiera causar no es muy promisorio. En el caso más simple, los directores o los funcionarios a cargo de tareas de control pueden ser hechos personalmente responsables por aquellos daños cuyos montos exceden el capital de la sociedad. En el caso de sociedades pequeñas que pueden asegurar sus pérdidas, la responsabilidad de los directores o funcionarios proveerá un poderoso incentivo para asegurarse, similar al incentivo que crearía la responsabilidad ilimitada. Se pueden llegar a presentar serias dificultades si el seguro no estuviera disponible o si las pérdidas futuras fueran muy importantes en relación con el capital personal de quienes constituyen el blanco de la responsabilidad. Si no hay posibilidad de asegurarse, la responsabilidad personal de los gerentes o funcionarios por los daños causados por la sociedad crearía un poderoso incentivo para sobre-invertir en medidas de seguridad o, lo que es más probable, para renunciar. Si las pérdidas por los daños fueran mucho mayores que el capital personal, la regla de la responsabilidad de los gerentes o funcionarios podría generar un incentivo opuesto: a cambio de un salario muy alto, los gerentes podrían estar dispuestos a que la sociedad se comprometa con actividades extremadamente peligrosas dado que ellos, en virtud de su escaso capital, resultarán inmunes en caso de accidente.

iii. Reformas de corrimiento del velo de la personalidad

Finalmente, puede ser tentador pensar en ampliar los casos en los que se puede correr el velo de la personalidad social. Pero las limitaciones de esta doctrina son grandes y los principios que las determinan son muy vagos. Pareciera, por ejemplo, que muchos de los peores usos de la responsabilidad limitada podrían frustrarse por el mero recurso de hacer siempre responsable a las sociedades controlantes por los daños causados por la sociedad controlada. Pero esta reforma será insatisfactoria. Abolir la responsabilidad limitada sólo en aquellos casos en que existe control total por una controlante incentivará a las controlantes

a distribuir las acciones de la controlada, entregándoselas a otros accionistas y, de ese modo, intentar eludir la responsabilidad. Para prevenir esta maniobra habría que extender la responsabilidad a la controlante cuando tuviera una participación sustancial en el capital de la controlada. ¿Pero qué control? ¿Más del 50%? ¿Y qué ocurriría en caso de que la controlante sólo tuviera un 45% de las acciones, pero tuviera el control sobre esta última firma? Obviamente, es muy difícil pararse en esa pendiente resbaladiza. Todo punto intermedio invitará a manipulaciones y distorsiones. Es más coherente adoptar directamente la responsabilidad ilimitada.

7. Conclusión

La responsabilidad limitada no es un elemento esencial del derecho de las sociedades. Los mercados de capitales y de seguros se han desarrollado hasta tal punto que la responsabilidad limitada puede eliminarse sin costos serios. Hoy, la limitación de la responsabilidad depende de tres argumentos: 1) que la responsabilidad ilimitada cree incentivos para la escisión ineficiente de las sociedades; 2) que es inconveniente implementar la responsabilidad ilimitada en una jurisdicción mientras otras jurisdicciones no hacen lo mismo, y 3) que la responsabilidad limitada es una forma de contener las tendencias expansivas de los tribunales en su interpretación de las normas de responsabilidad. Ninguno de estos tres argumentos es suficientemente serio como para hacernos pensar que debemos conservar la responsabilidad limitada. Si hay otros argumentos, el peso de mostrar su plausibilidad debe estar en quienes los invocan.

AUSTRALIA
The Law Book Company
Sydney

CANADA
The Carswell Company
Toronto, Ontario

INDIA
N. M. Tripathi (Private) Ltd.
Bombay
and
Eastern Law House (Private) Ltd.
Calcutta
M.P.P. House
Bangalore
Universal Book Traders
Delhi

ISRAEL
Steimatzky's Agency Ltd.
Tel-Aviv

PAKISTAN
Pakistan Law House
Karachi

GOWER'S
PRINCIPLES OF
MODERN COMPANY LAW

FIFTH EDITION

By
L. C. B. GOWER, LL.M., F.B.A.
Solicitor

With contributions from
D. D. PRENTICE, M.A., LL.B., J.D.
Barrister
Allen & Overy Professor of Corporate Law
Fellow of Pembroke College, Oxford

and
B. G. PETTET, LL.B.
Barrister
Senior Lecturer in Laws
University College London

LONDON
SWEET & MAXWELL
1992

Do Conn.
Q 723 gp
1992

Organs of Ailing Companies

Since the aim of this book is to deal primarily with healthy, rather than sick, companies, this chapter has concentrated on the organs of a company while it remains a solvent going concern. When, however, it has become insolvent or needs for some other reason to cease business, the organs described above are likely to be largely superseded by another organ—an administrative receiver,⁷⁵ an administrator,⁷⁶ or a liquidator.

A description of these "crisis organs" (to coin a collective description) is left to later chapters.⁷⁷ Here it suffices to say that, when any of them is appointed, the management of the company's business vests in him and is carried on for the following purposes: in the case of an administrative receiver, to realise the appointing creditor's charge over the company's undertaking and assets; in the case of an administrator, to restore, if possible, the company's fortunes and to avoid its liquidation; and, in the case of the liquidator, to achieve an orderly winding up. In each case, the role of the board of directors (and of any executive directors if their services are retained) will cease to be dominant and will generally be vestigial. The role of the general meeting, too, will alter and, except in the case of a member's voluntary liquidation, will be greatly reduced.

The position of the crisis organs differs from that of the normal organs in another important respect. As we have seen, the method of appointment and the powers of the latter depend on the company's memorandum and articles and on resolutions of the general meeting and of the board of directors,⁷⁸ rather than on statutory provisions. In contrast, the position in these respects of the crisis organs depends on statutory provisions⁷⁹; exclusively in relation to administrators and liquidators and largely in relation to administrative receivers.⁸⁰

⁷⁵ The new description given to a "receiver and manager" by the Insolvency Act 1986, Part III.

⁷⁶ A new type of officer introduced by the Insolvency Act, Part II.

⁷⁷ In the case of administrative receivers, to Chap. 16 dealing with Company Charges and in the case of administrators and liquidators to Chap. 28.

⁷⁸ The Second Company Law Directive (which we purported to implement in 1980) requires in its Art. 2.d that the constitution of a public limited company with a share capital shall give information concerning the "allocation of powers" among the company's organs in so far as that is not "legally determined." It is difficult to see how perusal of U.K. memoranda and articles is likely to give that information.

⁷⁹ And, of course, on reported decisions interpreting those provisions.

⁸⁰ In relation to an administrative receiver it depends also on the terms of the instrument under which he is appointed.

CHAPTER 8

AGENCY AND ULTRA VIRES

As pointed out in the previous chapter, one consequence of the artificial nature of a company as a legal person is that inevitably decisions for, and actions by, it have to be taken for it by natural persons. Decisions on its behalf may be taken either (a) by its primary organs (the board of directors or the members in general meeting) or (b) by officers, agents or servants of the company; acts done on its behalf will perform be by (b). In either event a question may arise as to whether the decisions or acts have been taken or done in such a way that they can be attributed to the company.

Basically the answer to this question depends on normal principles of the Law of Agency. These principles can be summarised as follows:

- (i) A principal is bound by the transactions on his behalf of his agents or servants if the latter acted within either
 - (a) the actual scope of the authority conferred upon them by their principal prior to the transaction or by subsequent ratification¹; or
 - (b) the apparent (or ostensible) scope of their authority.²
- (ii) A principal, *qua* employer, may also be vicariously liable in tort for acts of his employees which, though not authorised, are nevertheless within the scope of their employment but, in general, is not criminally liable for their acts.³

Obviously, application of these principles is more complicated when the principal is a body corporate which cannot confer authority on agents or servants except through the action of natural persons who constitute its organs or agents. But to those inevitable complications

¹ Actual authority may be conferred expressly or impliedly. Authority to perform acts which are reasonably incidental to the proper performance of an agents' duties will be implied unless expressly excluded and an agent who, on previous occasions, has been allowed to exceed the actual authority originally conferred upon him may thereby have acquired actual authority to continue so to act. Ratification of a contract entered into by an agent in excess of his authority enables the principal to sue the other party if the agent had disclosed that he was acting for an identifiable principal.

² This consists of (i) the authority which a person in his position and in the type of business concerned can reasonably be expected to have and (ii) the authority which the particular agent has been held out by the principal as having unless, in either case, the other party knows or ought to have known that the agent was not actually authorised. The liability of the principal in both cases rests on estoppel; but in case (ii) the principal cannot be estopped unless the other party knows that the agent is acting as agent whereas in case (i) the other party may believe the agent to be the proprietor of the business and the principal, having allowed him to appear as such, is estopped from denying his power so to act: see *Watteau v. Fenwick* [1893] 2 Q.B. 346.

³ Unless he has initiated, or participated in, the crime.

English Company Law added others which were not inevitable. Happily, two of these additional complications have now been largely removed as a result of the Companies Act 1989. Unhappily, however, they cannot be wholly ignored; partly because their removal was not retrospective, so that they will continue to be relevant in relation to transactions entered into prior to the coming into operation of the relevant provisions of the 1989 Act,⁴ but mainly because the new statutory provisions cannot be properly understood without an appreciation of the earlier position with which those provisions had to deal. Nevertheless they can now be disposed of relatively briefly.

ULTRA VIRES

The first of the two former complications was the *ultra vires* doctrine in its relation to companies. *Ultra vires* is a Latin expression which lawyers and civil servants use to describe acts undertaken beyond (*ultra*) the legal powers (*vires*) of those who have purported to undertake them. In this sense its application extends over a far wider area than Company Law. For example, those advising a Minister on proposed subordinate legislation will have to ask themselves whether the enabling primary legislation confers *vires* to make the desired regulations.

In its application to bodies of persons *ultra vires* is habitually used in three different senses which ought to be kept distinct. When used in the strict sense, essentially what is in question is whether the body as such has capacity to act. Unless the body is incorporated, and thus has a personality distinct from its members, this question will normally not arise; the body is simply an association of human beings all or most of whom will have full capacity. Hence *ultra vires* in this sense does not arise in relation to partnerships. And the early case of *Sutton's Hospital*⁵ is generally taken to have established that it also has no application to chartered corporations despite the fact that they do have a legal personality distinct from that of their members.⁶ In these cases the only question is whether those who have acted are deemed to be authorised to do so in accordance with the normal

⁴ Those who are faced with such transactions will need a more detailed account than will be found in this edition.

⁵ (1612) 10 Co.Rep. 1a.23a.

⁶ See *British South Africa Co. v. De Beers* [1910] 1 Ch. 354, C.A.; *Bonanza Creek Gold Mining Co. v. R.* [1916] 1 A.C. 566, P.C.; *Jenkin v. Pharmaceutical Society* [1921] 1 Ch. 392; *Pharmaceutical Society v. Dickson* [1970] A.C. 403, H.L. The A.-G. may take proceedings to restrain it from abusing its charter or for forfeiture of the charter if it exceeds the objects for which it was chartered; meanwhile its acts remain fully effective. But the strict *ultra vires* doctrine applies if the charter is granted under statutory powers which restrict the activities which the corporation may carry on: *Hazell v. Hammersmith & Fulham L.B.C.* [1990] 2 Q.B. 697, C.A. [1991] 2 W.L.R. 372, H.L. and cases there cited. Anomalously the doctrine applies to trade unions although they are not incorporated: see *Taylor v. N.U.M.* (1985) 14 I.R.L.R. 99; and *Wedderburn* (1985) 14 I.L.J. at 127-129.

agency principles summarised above. Nevertheless, it is customary to say that when those so acting (for example, the governing body) have exceeded their authority they have acted *ultra vires*. Thirdly, the courts have an unfortunate habit of describing as *ultra vires* any activity which a company cannot lawfully undertake (for example one which infringes the capital maintenance provisions dealt with in Chapters 9 and 10).

It was not until the latter part of the nineteenth century that it was clearly established that the strict type of *ultra vires* applied to companies. Until 1844 the most common type of company—the deed of settlement company—had no corporate personality; that was enjoyed only by chartered companies (to which the strict doctrine did not apply) and by companies directly incorporated by statute (a rare breed until the railway boom). After the Joint Stock Companies Act 1856, deed of settlement companies became superseded by registered incorporated companies with limited liability and memoranda of association which had to specify their objects.⁷ Only then were the courts forced to decide whether or not the *ultra vires* doctrine applied. And in the landmark decision in *Ashbury Carriage Company v. Riche*⁸ the House of Lords finally decided that it did. If a company, incorporated by or under a statute, acted beyond the scope of the objects stated in the statute or in its memorandum of association, such acts were void as beyond the company's capacity even if ratified by all the members. The House, mindful no doubt of the abuses that had occurred at the time of the South Sea Bubble, thought that the decision would not only prevent trafficking in company registrations but would afford some protection to members and creditors who had to face the risk of loss if the company became insolvent in the course of its known and declared business but should not have to face the risk that it might embark on wholly different activities.

It was not, however, a decision that proved popular with the business world which, with the aid of its advisers, sought means of circumventing it. This was done by ensuring that the objects clauses of memoranda of association did not follow the succinct models in the Tables to successive Companies Acts but instead specified a profusion of all the objects and powers⁹ that the ingenuity of their advisers could dream up. The courts sought to narrow the scope of the resulting *vires* by distinguishing between "objects" (in the sense of

⁷ See Chap. 3 above.

⁸ (1875) L.R. 7 H.L. 653. In relation to statutory companies it had become generally accepted that the *ultra vires* rule applied but that all the members could effectively ratify an *ultra vires* act. Shortly afterwards it was decided that they could not: *A.-G. v. Great Eastern Railway* (1880) 5 App.Cas. 473, H.L.; *Baroness Wenlock v. River Dee Co.* (1885) 10 App.Cas. 354, H.L.

⁹ The model memoranda in the Tables show that it had not been the intention that powers should be specified and the House of Lords in *A.-G. v. Great Eastern Railway*, above, held that every ancillary power reasonably incidental to the specified objects was to be implied.

types of business) and "powers" and, applying the *ejusdem generis* rule of construction, ruling that the powers could be used only in relation to the objects. But that too was circumvented by the device of ending the "objects" clause by stating that each of the specified objects or powers should be treated as independent and in no way ancillary or subordinate one to another,¹⁰ and, at a later date, by also inserting a power "to carry on any other trade or business whatsoever which can, in the opinion of the board of directors, be advantageously carried on by the company in connection with or as ancillary to any of the above businesses or the general business of the company . . ."¹¹

The result of these devices was to destroy any value that the *ultra vires* doctrine might have had as a protection for members or creditors; it had become instead merely a nuisance to the company and a trap for unwary third parties. The nuisance to the company was reduced somewhat when the Companies Act 1948 made it possible for objects clauses to be altered without the need to obtain the court's consent.¹² But all too often companies launched into new lines of business without realising that changes in their objects clauses were needed and, as a result, wholly innocent people who had granted them credit might find themselves without a remedy.¹³ So might the company on contracts which it had entered into, for, as a crowning absurdity, it seems that, such contracts being void, in contrast with the normal rules in cases of incapacity not only could the incapable company not be sued but it could not sue the other party.¹⁴

¹⁰ The House of Lords in *Cotman v. Brougham* [1918] A.C. 514 felt reluctantly compelled to uphold the validity of such a provision, with the result that it was held to be *intra vires* for a rubber company to underwrite an issue of shares of an oil company by virtue of an "independent" general power to underwrite securities. But as recently as 1969 it was held by the C.A. that whatever the memorandum might say a power to borrow could not be treated as an independent object: *Introductions Ltd. v. National Provincial Bank* [1970] Ch. 199, C.A. which concerned a company incorporated at the time of the Festival of Britain in 1951, with the object of providing foreign visitors with accommodation and entertainment but which later devoted itself solely to pig-breeding (an activity which those who drafted its memorandum had not foreseen) and granted its bank a debenture to secure the substantial overdraft which built up prior to its insolvent liquidation. It was held to have acted *ultra vires* so that the bank could not enforce the debenture or claim in the liquidation.

¹¹ A provision upheld in *Bell Houses Ltd. v. City Wall Properties Ltd.* [1966] 2 Q.B. 656, C.A. See also *Newstead v. Frost* [1980] 1 W.L.R. 135, H.L., where the company had a general object "To carry on business as bankers, capitalists, financiers, concessionaires and merchants . . . and generally to undertake and carry out all such obligations and transactions as an individual capitalist may lawfully undertake and carry out." It was held that this made it *intra vires* to enter into a partnership with Mr. David Frost which minimised his U.K. tax on earnings in the U.S.A.

¹² Prior to that Act the objects clause could be altered for one or more of seven specific reasons by a special resolution subject to its confirmation by the court. Thereafter confirmation by the court was not needed unless dissenting members petitioned within 21 days.

¹³ See, e.g. *Introductions Ltd. v. National Provincial Bank*, above, and *Re Ion Beauforte (London) Ltd.* [1953] Ch. 131.

¹⁴ See *Bell Houses Ltd. v. City Wall Properties Ltd.* at first instance [1966] 1 Q.B. 207 and the discussion by the C.A. at [1966] 2 Q.B. at 693, 694.

Moreover the legal position became still more confused because courts failed to draw a clear distinction between strict *ultra vires* (in the sense of the company's lack of capacity) and illegality or lack of authority of the company's officers or agents. Moreover, they held that an activity not bona fide designed to enhance the financial prosperity of the company would necessarily be *ultra vires*: "charity" it was said "cannot sit at the boardroom table" and "there are to be no cakes and ale except for the benefit of the company."¹⁵ This did not necessarily ban charitable (or, indeed, political) donations or the grant of pensions to retired employees; while the company remained a going concern all that might well be good for business.¹⁶ But in *Parke v. Daily News*,¹⁷ it was held that to use the proceeds of sale of the defunct *News Chronicle* and *Star* newspapers to compensate employees who lost their jobs was *ultra vires* since the company's business had ended. This led to an outcry and belatedly to legislative action on this particular point.¹⁸ But the general confusion continued, until later decisions¹⁹ narrowed the formerly perceived scope of *ultra vires* and showed that many of the cases which had been decided on the assumption that they raised that issue should have been decided as involving only excess of the directors' authority or breach of their duty to act bona fide in the interests of the company.^{19a}

A further complication was that although *ultra vires* transactions were said to be void, the question whether a third party was affected by the voidness depended in some circumstances on the state of his knowledge. This, though perhaps difficult to justify in principle, was eminently reasonable. If, for example, a company had power to borrow or to buy office furniture (as almost every company has, expressly or by implication) a third party cannot be expected to check that the money or furniture is to be used by the company for an *intra vires* object. But, unfortunately, the protection thus afforded was

¹⁵ *Hutton v. W. Cork Ry.* (1883) 23 Ch.D. 654, C.A., per Bowen L.J. at 673.

¹⁶ *Evans v. Brunner Mond & Co.* [1921] 1 Ch. 359; *Re Lee Behrens & Co.* [1932] 2 Ch. 927.

¹⁷ [1962] Ch. 927.

¹⁸ Companies Act 1980, s.74. Now 1985 Act, s.719 and Insolvency Act 1986, s.187: see pp. 184, 185 below.

¹⁹ *Charterbridge Corporation Ltd. v. Lloyds Bank* [1970] Ch. 62; *Re Halt Garage Ltd.* [1982] 3 All E.R. 1016; *Re Horsley & Weight Ltd.* [1982] Ch. 442, C.A.; *Rolled Steel Ltd. v. British Steel Corp.* [1986] Ch. 246, C.A.; *Brady v. Brady* [1988] BCLC 20, C.A., revd. [1989] A.C. 755, H.L. They established, it is thought, that (i) *ultra vires* should be restricted to the question whether the company has acted within its capacity; (ii) this depended solely on the construction of its objects clause, (iii) if it had acted within those objects and the express and implied powers, the act was *intra vires*, whether or not it was done bona fide for the benefit of the company and for a proper purpose (that was relevant only in connection with the related question of whether the organ which acted for it had authority to do so), (iv) an exercise of an express power could never be *ultra vires* unless, perhaps, the power was not stated to be an independent object, and its exercise was undertaken in pursuance of activity beyond its objects.

^{19a} Yet, despite the exhortations of the C.A. in *Rolled Steel*: see per Browne-Wilkinson L.J. at [1986] Ch. at pp. 302G-303A, the courts are still apt to describe unlawful reductions of capital as *ultra vires* the company: see, e.g. *Aveling Barford Ltd. v. Perion Ltd.* [1989] B.C.L.C. 626 at 631b.

often illusory. This was because of the second of the, now discarded, complications which the courts introduced.

CONSTRUCTIVE NOTICE

This second rule, established even before the strict *ultra vires* doctrine was held to apply, was that anyone dealing with a registered company was deemed to have notice of the contents of its "public documents." Precisely what that included was never wholly clear²⁰ but it certainly included the memorandum and articles of association,²¹ thus introducing a further distinction between partnerships and companies. It meant that anyone having dealings with a company was deemed to have knowledge of the contents of its objects clause. In *Re Jon Beauforte (London) Ltd.*²² (where the insolvent company's stated objects were to manufacture dresses but it had for some time instead been making veneered panels) a combination of actual knowledge of the business being carried on by the company and of constructive notice of its stated objects resulted in all but one of its creditors' claims being *ultra vires*. Even the claim of the supplier of heating fuel, who argued that this would have been needed whatever the company's business, was met by the answer that he had actual knowledge of the present nature of the business, since the fuel had been ordered on the company's notepaper which described it as "veneered panel manufacturers", and constructive knowledge that this was *ultra vires*! The result, therefore, of this constructive notice rule was that where the businesses being carried on by the company were known to the third party and, whether he actually knew it or not, were *ultra vires*, he would be unable to sue the company. And as already pointed out, nor, it seems, would the company be able to sue him. The only remedy of either would be to recover money or property paid or transferred under the void transaction to the extent to which it was possible to trace it²³ or, in the case of a lender, to be subrogated to the claims of *intra vires* creditors to the extent that his money had been used to pay them.²⁴

²⁰ Presumably one was not deemed to have knowledge of everything in the annual returns that companies have to file at Companies House.

²¹ *Royal British Bank v. Turquand* (1856) 6 E. & B. 327, Exch.Ch.; *Ernest v. Nicholls* (1857) 6 H.L.C. 401, H.L.

²² [1953] Ch. 131. Some of the creditors had in fact obtained judgments against the company in default of appearance or by consent but this did not avail them since the courts had not specifically adjudicated on the *ultra vires* issue and nor had there been any bona fide compromise on that issue.

²³ Either in law or in equity: see *Sinclair v. Brougham* [1914] A.C. 398, H.L.; *Re Diplock* [1948] Ch. 465, C.A. affd. *sub nom. Minister of Health v. Simpson* [1951] A.C. 251; and the helpful discussion in *Agip (Africa) Ltd. v. Jackson* [1991] Ch. 547, C.A.

²⁴ *Sinclair v. Brougham*, above; *Re Airdale Co-op. Worsted Society* [1933] 1 Ch. 639. The difficulties that could be faced by a liquidator of a company, particularly if it had carried on both *intra* and *ultra vires* businesses, were horrendous.

In relation to *ultra vires*, improperly so called, where the directors or other organs or agents of the company acted beyond their authority, the effect of the constructive notice rule was mitigated by yet another refinement of normal agency principles. Under the so-called rule in *Royal British Bank v. Turquand* (on which see more below) although those dealing with a company were deemed to have notice of the contents of its memorandum and articles, they were not required to satisfy themselves that all the internal regulations set out therein had been complied with. This, however, was no help when the transaction was beyond the company's capacity.

The 1972 Reforms

That the strict *ultra vires* doctrine in relation to companies should be abolished had long been recognised. But we made very heavy weather of doing so, partly because it took us long to recognise that it would do little good to abolish it unless we also abolished the constructive notice doctrine.²⁵ So long as that remained, the only consequence of abolishing *ultra vires* would be that, while transactions outside the company's stated objects and powers would not be void because of the company's incapacity, they would not bind the company, unless ratified by the company in general meeting, since they would be beyond the actual and apparent authority of the company's organ which acted on its behalf.

It was not until our entry into the EC that we belatedly did anything effective and then only to the minimum extent thought necessary to comply with our obligations under the First Company Law Directive.

Section 9(1) of the European Communities Act 1972, later re-enacted as section 35 of the Companies Act 1985 attempted to dispose of all the problems posed in two short subsections, the first of which provided that, in favour of a person dealing with a company in good faith, any transaction decided on by the directors should be deemed to be within the capacity of the company and free from any limitations under the memorandum and articles on the directors' powers, and the second of which relieved the other party of any obligation to inquire about those matters.

Although this was a considerable step forward it was widely criticised as failing fully to implement the Directive and as leaving much to be desired on policy grounds. It covered only "transactions

²⁵ This was the excuse for not implementing, in 1948, the Cohen Committee's recommendation that, in favour of third parties, companies should have all the powers of a natural person; 1945 Cmd. 6659, para. 12. There was less excuse for not implementing those of the Jenkins Committee: 1962 Cmd. 1749, paras. 35-42, which would have abolished constructive notice also.

decided on by the directors,"²⁶ and protected only a third party "dealing with the company in good faith."²⁷ And it did nothing to protect the company against invocation of *ultra vires* by the other party.²⁸ The few reported cases²⁹ on the section show that the courts did their best to construe it sensibly and consonantly with the Directive, but it was recognised that more needed to be done. Hence, anticipating further company legislation in 1989, the Department of Trade and Industry commissioned Professor Dan Prentice to undertake a review of the position and to make recommendations. His report, delivered in 1986, was circulated as a Consultative Document,³⁰ and what the Department described as a "refined," (i.e. a more complicated but less far-reaching) version of his recommendations was enacted in the Companies Act 1989.

The 1989 Reforms

(a) Objects clauses

Professor Prentice had recommended that companies should be afforded the capacity to do any act whatsoever and should have the option of not stating their objects in their memoranda. Unfortunately this straightforward solution was not adopted, notwithstanding the precedents for it in some other common law countries. Some of those countries, however, were not subject to two complications which arose here. First, our companies, as we have seen,³¹ are not necessarily "business corporations"; on the contrary most of those limited by guarantee are formed to enable the advantages of corporate personality and limited liability to be obtained by those undertaking activities which are not the carrying on of business with a view of profit. Such companies are entitled to dispense with "Ltd." as the suffix to their names³² and many of them are recognised, both by

²⁶ Many, and in the case of public companies most, transactions will not in fact be decided on by the board of directors. Art. 9.1 of the Directive (corresponding to s.35(1)) refers to "acts done by the organs" and "organs" was certainly intended to cover more than the board of directors. Moreover, Art. 9.2 further provides that "The limits on the powers of the organs of the company, arising under the statutes [and]lice memorandum and articles) or from a decision of the competent organs, may never be relied on as against third parties, even if they have been disclosed."

²⁷ This expression had been deliberately omitted from the Directive because its meaning varied between Member States.

²⁸ The Directive does not specifically deal with this point, presumably because prior to the entry of the common law countries it did not occur to anyone concerned with the Directive that any legal system could be so asinine as to allow a third party to invoke *ultra vires* against the company.

²⁹ The main ones are: *International Sales & Agencies Ltd. v. Marcus* [1982] 2 C.M.L.R. [1982] 3 All E.R. 551 (the former report is the better); *Barclay's Bank v. TOSG Trust Fund* [1984] BCLC at 16-18 (the *ultra vires* point was not pursued on appeal [1984] 2 W.L.R. 49, C.A. and [1984] A.C. 626, H.L.); *T.C.B. Ltd. v. Gray* [1986] Ch. 621 affd. [1987] Ch. 458, C.A.

³⁰ *Reform of the Ultra Vires Rule: A Consultative Document* (The DTI has the unhelpful habit of circulating Consultative Documents which bear neither date nor reference number.)

³¹ See Chap. 1, pp. 10, 11 above.

³² See Chap. 11, pp. 268, 269 below.

the Charity Commission and by the Inland Revenue, as charities. In all these cases the Department of Trade and Industry and, in the case of charities, the Charity Commission and the Inland Revenue, will need to be satisfied that they have stated objects and keep within them. But that need not have prevented the adoption of Professor Prentice's recommended solution which would have permitted companies to register objects if they wanted or needed to and which was expressly not intended to derogate in any way from the relevant authority's powers to intervene.³³

The second complication (from which non-EC countries are free) was that the Second Company Law Directive requires that, in the case of public companies, the statutes or instruments of incorporation shall state the objects of the company.³⁴ But total abolition of limitations on capacity was in no way dependent on abolition of objects clauses and, if the Directive precluded the latter, it certainly did not preclude the former. In deciding not to go that far the Department may have been influenced by the argument that there are, obviously, certain acts, (e.g. marriage, the procreation of children and, according to a recent decision,³⁵ the driving of a lorry) which an artificial person is physically unable to do. But physical inability should not be confused with legal incapacity. The author of this book is still regarded as of full legal capacity but he is acutely aware that there are many acts which he never was able to perform, and some which he can perform no longer.

Whatever the reasons may have been, what the 1989 Act did³⁶ was rather different. First, without amending section 2 of the 1985 Act, which requires the objects of the company to be stated in its memorandum, it inserted a new section 3A providing (a) that a statement that the company's object is to carry on business as a "general commercial company" means that its object is to carry on any trade or business whatsoever, and (b) that then the company has power to do all such things as are incidental or conducive to the carrying on of any trade or business by it." And secondly, it substituted a new section 4 providing simply that a company may, by special resolution, alter its memorandum with respect to the statement of the company's objects but that if an application is made under section 5 the alteration is not to have effect except in so far as it is confirmed by the court.

The object of section 3A is to encourage the use of simple general statements of objects. So far as objects in the sense of types of business are concerned, it may perhaps succeed in that aim in the

³³ As the Charity Commission and the Inland Revenue manage to do when the charity is run by natural persons of full capacity under a trust instead of through a body corporate.

³⁴ Art. 2.1(b).

³⁵ *Richmond Borough Council v. Pinn & Wheeler Ltd.* [1989] R.T.R. 354.

³⁶ By its s.110.

case of some companies limited by shares³⁷ and it could be a boon to the marketers of shelf companies.³⁸ It is doubtful, however, whether it will lead to the hoped-for disappearance of the present long list of what are really powers but which are stated to be independent objects. It seems more likely that, regrettably, the present practice will continue of naming certain businesses at the beginning of the objects clause, following that with a long list of specific "independent" powers^{38a}, and adding a general statement on the lines of section 3A(b)—perhaps expressing it subjectively (i.e. "all such powers as, in the opinion of the directors,³⁹ are incidental or conducive ...") rather than objectively as the section does. If that fear proves well-founded, objects clauses may become still longer.

The importance of the new section 4 is in what it omits, namely the former provision that alteration of the objects is to be for one or more of seven specified reasons only. That had long been a pretty ineffective restraint since it could be ignored unless there was a likelihood that there would be an application under section 5. That section remains unchanged⁴⁰ and entitles holders of 15 per cent of the company's issued share capital or any class of it or, if the company is not limited by shares, 15 per cent. of the members⁴¹ (provided in either case that they have not consented to, or voted for, the resolution⁴²) to apply to the court within 21 days of the passing of the resolution which then does not take effect except to the extent that it is confirmed by the court.⁴³ Previously the court was constrained to refuse confirmation unless it was satisfied that the alteration could be justified under one of the seven reasons⁴⁴ and might refuse even if it was—though in that event it would be likely instead to exercise one of the wide powers given to it.⁴⁵ Now it has a

³⁷ It is wholly inappropriate for guarantee companies.

³⁸ On which see Chap. 11 at pp. 277, 278 below.

^{38a} There is, however, a school of thought which argues that on the wording of s.3A a company cannot be a "general commercial company" unless that is stated as its sole object. If that is held to be correct, it is not likely to encourage the use of the section. Surely a company formed to acquire an existing business can state that as one of its objects as well as that of carrying on business as a general commercial company. And cannot it expressly exclude certain types of business?

³⁹ As in *Bell Houses Ltd. v. City Wall Properties Ltd.* p. 168, n. 11 above.

⁴⁰ Notwithstanding that the anomalies in the section mentioned in nn. 41 and 42 below, were pointed out by the Jenkins Committee in 1962 with recommendations that they be removed: Cmnd. 1749, paras. 49(i) & (iii).

⁴¹ Or a similar proportion of holders of debentures, secured by a floating charge first issued prior to 1 Dec., 1947: s.5(2)(b) and (8). Notice of the proposed special resolution has to be given to such debenture holders: s.5(8); notice to the trustees for them will not do: *Re Hampstead Garden City Trust Ltd.* [1962] Ch. 806. But anomalously, such notice does not have to be given to members without rights to attend and vote at the meeting so that they may not learn of the resolution until it is too late to exercise their right to apply to the court.

⁴² This has the unfortunate effect that a nominee shareholder who has voted in favour on the instructions of some of his beneficiaries, but against on the instructions of others, cannot apply on behalf of the latter.

⁴³ s.4(2).

⁴⁴ *Re Hampstead Garden City Trust*, above.

⁴⁵ These include powers: to impose such terms and conditions as it sees fit and to adjourn in order that arrangements may be made to its satisfaction; to order the

discretion in all cases and, in the light of the statutory acceptance, by the new section 3A, of generalised objects clauses and the fact that the change will have been approved by the requisite three-fourths majority of those voting, the court is unlikely to refuse confirmation save in very exceptional circumstances. Under section 6 (also unchanged) the validity of the alteration cannot be challenged on any ground unless proceedings are taken, under the section or otherwise, within 21 days of the passing of the resolution.⁴⁶

(b) *Virtual abolition of ultra vires*

Having thus attempted to simplify objects clauses (probably in vain) and (more successfully) to make it easier to alter them, the second step taken was to attempt to remove the consequences of exceeding any limitations on a company's capacity without actually admitting that it had full capacity. This the 1989 Act did⁴⁷ by substituting for the original section 35 of the 1985 Act new sections 35, 35A and 35B.

Subsection (1) of the new section 35 reads as follows:

"(1) The validity of an act done by a company shall not be called into question on the ground of lack of capacity by reason of anything in the company's memorandum."⁴⁸

This is obviously an improvement on the former section 35(1). Unlike that, it deals discretely with the effects of lack of capacity instead of attempting, with confusing consequences, to deal in the same subsection also with acts in excess of directors' powers. It omits the former words "in favour of a person dealing with a company" and thereby does not merely remove the uncertainties flowing from "dealing with" but makes it clear that neither the company nor a third party can any longer invoke strict *ultra vires*. Had the section stopped there the only question that would have remained was whether the acts done failed to bind the company because those acting for it had acted outside their actual or apparent authority. Short of admitting that companies have full legal capacity we could hardly have done better.

purchase of the interest of dissentients (s.5(4)); to provide for that purchase by the company even if that involves a reduction of capital; to alter the memorandum and articles (s.5(5)); and to require the company not to make further alterations to the memorandum and articles without the court's leave: s.5(6).

s.6(4) and (5); s.6(1), (2) and (3) provide for notice to the Registrar whether no application is made (in which case a printed copy of the amended memorandum also has to be delivered to him) or if an application is made (in which case once an order is made an office copy of it and, if it alters the memorandum, a printed copy of the memorandum as altered, will also have to be delivered to him).

By its s.108. Note that this is not restricted to the objects clause of the memorandum; it applies, for example, to a separate clause saying that the company shall not undertake certain types of business and to any provision in the memorandum imposing limitations on the company's powers and thereby on its "capacity."

In fact, however, the section went on to add qualifications.

Subsection (2) provides:

"(2) A member of the company may bring proceedings to restrain the doing of an act which but for subsection (1) would be beyond the company's capacity; but no such proceedings shall lie in respect of an act done in fulfilment of a legal obligation arising from a previous act of the company."

But for an idiosyncrasy of English Company Law this subsection would not have been necessary. If the proposed act breaches the provisions of the memorandum or articles it would necessarily be a breach of the company's constitution and in excess of the actual authority of those so acting. Hence a member ought to be able to bring proceedings to restrain that act from being undertaken. But owing to the so-called rule in *Foss v. Harbottle*, he generally cannot. That notorious rule is dealt with more fully in a later chapter.⁴⁹ Here it suffices to say that normally the only proper plaintiff to restrain corporate irregularities is the company itself, acting through its appropriate organ which, as we saw in the previous chapter, is likely to be the board of directors or, on their default, the general meeting. There are, however, exceptions to this rule, a well-established one being that a single member may sue to restrain an act that is *ultra vires*. Subsection (2) preserves that exception.

However, under the proviso to subsection (2) a member cannot bring proceedings to restrain an act of the company which, but for subsection (1) would be beyond its capacity, if that act is to be done in fulfilment of a legal obligation arising from a previous act of the company. Hence if, say, the company has entered into a contract which is beyond its powers, but which, as a result of subsection (1), cannot be questioned, the company cannot be restrained from performing its obligations to a bona fide third party under that contract. If, however, that contract was one under which, say, the company, bought an option to purchase, a member could bring proceedings to restrain it from exercising the option since it would not be under a legal obligation to do so.

The second qualification is made by subsection (3), which provides that:

"(3) It remains the duty of the directors to observe any limitation on their powers flowing from the company's memorandum and articles of association, and any action by the directors which, but for subsection (1), would be beyond the company's capacity may only be ratified by the company by special resolution."

⁴⁹ Chap. 24.

beyond the company's capacity may only be ratified by the company by special resolution.

A resolution ratifying such action shall not affect any liability incurred by the directors or any other person; relief from any such liability must be agreed to separately by special resolution."

This subsection was included because of the Government's declared policy to abolish *ultra vires* in relation to external relations but, so far as possible, to maintain the status quo for internal relations between the company and its directors. Had that been carried to its logical conclusion it would have been provided that ratification by the company should not affect any liability which the directors had incurred to the company by causing it to enter into a transaction beyond its powers under its memorandum. Rightly recognising that this would go too far, it is instead provided that, in this case (in contrast with ratifying an act within the company's capacity but beyond the directors' actual or apparent authority—when an ordinary resolution suffices)⁵⁰ a special resolution is needed and, if this is to absolve "the directors or any other person," from liability which, but for subsection (1), they would have incurred, there must, it seems, be both a special resolution ratifying the transaction and a separate special resolution agreeing to absolve them.

There might have been some justification for this if the adverse consequences or moral blameworthiness were necessarily greater where the directors had caused the company to act in excess of its capacity than when they had exceeded their authority. But that is not the case. A better solution might have been to require a special resolution in both cases.

However subsection (3) qualifies subsection (1) only in respect of *liabilities* which the directors and "other persons" (words presumably inserted to catch officers of the company who participated in the directors' act). It enables their action, which formerly could not be ratified even by the unanimous consent of the members, to escape liability only if their action is ratified by a special resolution in accordance with the subsection. It does not detract from the protection afforded to the other party to the transaction. Under subsection (1) it cannot be called into question on the grounds of lack of capacity. So far as he is concerned, ratification by special resolution is of relevance only if it took place before any legal obligation to him was incurred (in which event it would preclude a member from bringing an action under subsection (2)) or when he is unprotected by section 35A because he has acted in bad faith (in which event the members would be unlikely to ratify).

⁵⁰ *Smith v. U.K. Switchback Rys.* (1880) 40 Ch.D. 135; s.35A (below) does not affect this when only absence of authority is involved.

(c) Lack of authority and constructive notice

These two matters are intertwined and were dealt with by inserting four new sections into the 1985 Act. These are sections 35A and 35B (inserted, like the substitute section 35, by section 108 of the 1989 Act) and section 711A (inserted by section 142) in Part XXIV of the Act).

Subsection (1) of section 35A provides:

"(1) In favour of a person dealing with a company in good faith the power of the board of directors⁵¹ to bind the company, or authorise others to do so, shall be deemed to be free of any limitations under the company's constitution."⁵²

This, too, is an improvement on the wording of the former section 35 in that it omits the restriction to "transactions decided on by the directors"⁵³ and thus recognises that many transactions will be decided upon by executive officers appointed by the board of directors. But it is not free from difficulties. The first difficulty is that, as we saw in the previous chapter, our Companies Acts have never said what the powers of directors are; this is left to the constitution, i.e. normally the memorandum and articles of association.⁵⁴ To make sense of the subsection it seems that it has to be read as if it said:

"In favour of a person dealing with the company in good faith the board of directors shall be deemed to have authority to exercise all the powers of the company, except such as the Act requires to be exercised by some other organ, and to authorise others to do so notwithstanding, in either event, any limitations in the company's constitution on the board's authority."

Only if the courts so construe it,⁵⁵ will it achieve its aim.

⁵¹ Under Prof. Prentice's Proposals this would have read "the board of directors or any individual director" (see his Report, Chap. IV, para. 50(iii)). This would have improved the position of a third party (see pp. 188-190 below) and would, if submitted, have given effect to the intention of the Directive.

⁵² The substitution of "constitution" for the former "memorandum or articles" recognises that the sections apply to companies within the meaning of ss 680 & 718 of the Act (see pp. 293 *et seq.*) and that these will probably not have memoranda and articles.

⁵³ Lawson J. in *International Sales & Agencies Ltd. v. Marcus*, n. 29 above, felt able to treat a single effective director as "the directors" within the meaning of the former version of the section. Under the new one, if the company has a board of directors, it will hardly be possible to construe "board of directors" as including a managing director or chief executive; he is one of the "others" whom the board has power to authorise to bind the company. Yet he would almost certainly be an "organ" of the company within the meaning of Art. 9.1 of the First Company Law Directive. If, as permitted in relation to private companies, there is only one director, he will, however, be "the board of directors."

⁵⁴ See Chap. 7 above.

⁵⁵ Which they should since they can refer to the Directive in aid of interpretation. *Litster v. Forth Dry Dock* [1990] 1 A.C. 456, H.L..

A more serious objection is that section 35A(1) fails to afford any protection when the third party has dealt with another organ of the company. There are companies which, under their constitutions, reserve certain powers to the general meeting and the general meeting is unquestionably an organ of the company within the meaning of the First Company Law Directive. It should also be noted that, whereas the section says that in favour of a person dealing with the company the board shall be deemed to have power to authorise other persons to bind the company, it does *not* say that the board shall be deemed to have exercised that power. To the consequences of that we shall revert later.⁵⁶

Subsection (1) of section 35A retains the expressions ("dealing with the company" and "in good faith") which caused some difficulty in the earlier version of section 35. But happily subsection (2) gives help in their interpretation. It provides:

"(2) For this purpose—

- (a) a person "deals with" a company if he is a party to any transaction or other act to which the company is a party;
- (b) a person shall not be regarded as acting in bad faith by reason only of his knowing that an act is beyond the powers of the directors under the company's constitution; and
- (c) a person shall be deemed to have acted in good faith unless the contrary is proved."

Subsection (2)(a) provides a straightforward test of whether a person is "dealing with a company." He will be, so long as he is a party to a transaction (e.g. a contract) or an act (e.g. a payment of money) to which the company is also a party. It no longer matters whether the person is an insider or an outsider as it did under the *Turquand* rule.⁵⁷ A member or employee of the company is more likely than a complete outsider to know when an act is beyond the board's authority. But knowledge is not decisive of bad faith. That is expressly stated in subsection (2)(b). If he knew, the likelihood is that he acted in bad faith, and if he did not know the likelihood is that he acted in good faith. But that is all. As Nourse J. concluded on the wording of the former section, good faith is a subjective test: "A person acts in good faith if he acts genuinely and honestly in the circumstances of the case."⁵⁸ And, as in the former version of section 35, a person is presumed to have acted in good faith unless the contrary is proved.⁵⁹

⁵⁶ See pp. 188-192 below.

⁵⁷ See p. 182 below. And as it still does if the other party is a director or connected with a director: see s.322A, below, pp. 181, 182.

⁵⁸ *Barclays Bank Ltd. v. TOSG Trust Fund* [1984] BCLC at 18.

⁵⁹ But, on the authority of a case decided on the 1972 version of the provisions but seemingly unaffected by the latest version, the onus is on the third party to establish that he "dealt with" the company: *International Sales & Agencies Ltd. v. Marcus* [1982] 2 C.M.L.R. 46; [1982] 3 All E.R. 551.

Section 35A(3) makes it clear that "any limitation under the company's constitution" includes not only a limitation in the memorandum and articles (or the equivalent) but also one deriving from an agreement or resolution of the members or a class of members even if it does not formally alter the memorandum or articles themselves. That such resolutions should be expressly covered is the more necessary because, as we have seen in the previous chapter,⁶⁰ in companies with an article corresponding to Article 70 of Table A 1985, it is possible for the general meeting to curtail the directors' powers by "directions" given by special resolution.

Subsections (4), (5) and (6) are equivalent to subsections (2), (3) and (4) of the new section 35 except that subsections (4) and (5) omit any reference to ratification. Hence, an act in excess of the directors' powers or officers' authority can be ratified by ordinary resolution,⁶¹ although if the act is beyond the company's powers, it will need under section 35(3) to be a special resolution if it is to relieve the directors from liability.

Turning now to section 35B, this provides that:

"A party to a transaction with a company is not bound to enquire as to whether it is permitted by the company's memorandum or as to any limitation on the powers of the board of directors to bind the company or authorise others to do so."

On its own this adds little to what is already implied in sections 35 and 35A and stops far short of totally abolishing the doctrine that those having dealings with a company are deemed to have notice of its public documents. That further step, however, is taken by the new section 711A, subsection (1) of which provides that:

"(1) A person shall not be taken to have notice of any matter merely because of its being disclosed in any document kept by the registrar of companies (and thus available for inspection) or made available by the company for inspection."

The result of this is that those dealing with the company are no longer deemed to have notice of the contents of any document⁶² merely because it is one of the company's documents available for inspection at Companies House or the company's registered office.⁶³ Of particular importance in the present context is the fact that thereby they are not saddled with notice of anything in the

⁶⁰ At pp. 150, 151 above.

⁶¹ See n. 50, above.

⁶² Defined in subs. (3) as including "any material which contains information" (e.g. on a computer).

⁶³ On rights of public inspection see Chap. 17 below.

memorandum and articles, or of special resolutions or of anything on the register of directors and secretaries. Subsection (1) is, however, qualified by subsection (2) which reads:

"(2) This does not affect the question whether a person is affected by notice of any matter by reason of a failure to make such inquiries as ought reasonably to be made."

At first glance this might appear seriously to diminish the protection afforded by section 35A to a person dealing with the company in good faith. That, however, is not so. Under section 35A, in favour of such a person "the power of the board of directors to bind the company or authorise others to do so" is deemed to be free of any limitation and he is not regarded as acting in bad faith "by reason only of his knowing that an act is beyond the powers of the directors." In his case, section 711A is relevant only in situations where section 35A does not protect him because it is not the board of directors that has exceeded its powers but the officer of the company through whom he dealt with the company. In saying that, it is not suggested that a failure to make such inquiries as ought to be made may not be evidence of bad faith; if he has deliberately decided not to make inquiries, knowing that, if he does, it is likely to confirm his suspicions that the board is exceeding its powers, that may well be treated as equivalent to actual knowledge and, in consequence, as probable bad faith. But negligent failure to make inquiries cannot, in itself constitute bad faith.

(d) *Transactions involving directors*

The new section 322A, which the 1989 Act⁶⁴ inserts in the 1985 Act Part X (enforcement of fair dealing by directors) constitutes an important qualification to sections 35 and especially 35A. It applies where the transaction exceeds a limitation on the powers of the board of directors under the company's constitution and the other parties include a director of the company or its holding company, or a person connected with⁶⁵ such a director, or a company with which such a director is associated.⁶⁶ In such circumstances the transaction is voidable at the instance of the company⁶⁷ and, whether or not it is avoided, such parties and any director who authorised the transaction, knowing that it exceeded the board's powers, are liable to

⁶⁴ By its s.109.

⁶⁵ As defined in s.346(2) & (3).

⁶⁶ As defined in s.346(4).

⁶⁷ s.322A(1) and (2): cf. ss.320-322 (substantial property transactions involving directors, etc.) under which some such transactions are voidable at the instance of the company unless the arrangements have first been approved by the general meeting (see Chap. 21, pp. 580, 581 below. s.322A(4) provides that nothing in the section shall exclude the operation of any other enactment or rule of law by virtue of which the transaction may be called in question, or any liability to the company may arise).

account to the company for any gains they make and to indemnify the company against any loss it suffers.⁶⁸ The transaction ceases to be voidable in any of the four events⁶⁹ set out in subsection (5) but this, apparently, does not affect the company's right to be indemnified,⁷⁰ at any rate unless the transaction is ratified by the company in general meeting "by ordinary or special resolution or otherwise as the case may require."⁷¹ Presumably this means that, if the transaction exceeds the company's capacity, ratification must be in accordance with section 35(3), i.e. by a special resolution but that an ordinary resolution suffices if it is otherwise beyond the board's authority so that section 35A only is relevant.⁷² The section does not affect the operation of section 35A in relation to any party to the transaction other than a director or a person with whom he is connected or associated but where that other party is protected by section 35A the court may make such order affirming, severing or setting aside the transaction on such terms as appear to be just.⁷³

The effect of section 322A, therefore, is to preserve to some extent the distinction, drawn in relation to the rule in *Royal British Bank v. Turquand*⁷⁴ between "insiders" who are not protected by that rule and "outsiders" who are. But the meaning of "insider" is now clearly defined as it was not in relation to the *Turquand* rule.

(e) Charitable companies

The 1989 Act also makes special provision regarding charitable companies. It amends, by its section 111, not the Companies Act 1985, but the Charities Act 1960, into which it inserts new sections 30A, 30B and 30C the effect of which is to provide modifications in their case of the new sections 4, 35, 35A and 322A of the Companies Act.

The broad effect of section 30A seems to be that where a charity is a company or other body corporate having power to alter its constitution, no exercise of that power which has the effect of the body ceasing to be a charity will affect the application of any of its

⁶⁸ s.322A(3).

⁶⁹ (a) *restitutio in integrum* is no longer possible; (b) the company has been indemnified; (c) rights of a bona fide purchaser for value (other than a party to the transaction) would be affected or (d) the transaction is ratified by the company.

⁷⁰ This seems to follow from subss. (3) and (5).

⁷¹ subss. (5)(d).

⁷² But it could mean that liability to account for gains and to indemnify against loss remains despite ratification. There is a similar obscurity in ss.320-322 (the property transactions): see below, pp. 581, 582.

⁷³ Subss. (7).

⁷⁴ See below, p. 186. In a case on the *Turquand* rule (*Hely-Hutchinson v. Brayhead* [1968] 1 Q.B. 549) Roskill J., as he then was, held that a director was an insider only if the transaction with the company was so intimately connected with his position as a director as to make it impossible for him not to be treated as knowing of the limitations on the powers of the officers through whom he dealt. s.322A contains no such qualification.

existing property unless it bought it for full consideration in money or money's worth. In other words, although the company is not prevented from changing its objects (so long as it obtains the prior written consent of the Charity Commission⁷⁵) in such a way that they cease to be exclusively for charity, its existing property obtained by donations continues to be held for charitable purposes only.⁷⁶ In effect, the company will be in an analogous position to an individual trustee of a charitable trust; part of its property will be held for charitable purposes only and part of it not. And, presumably, it will have to segregate the former.⁷⁷

The new section 30B(1) of the Charities Act provides that sections 35 and 35A of the Companies Act do not apply to acts of a company which is a charity except in favour of a person who either (i) gives full consideration in money or money's worth and does not know that the act is not permitted by the company's memorandum or is beyond the powers of the charity or (ii) does not know that the company is a charity. Under subsection (2), however, subsection (1) does not affect the title of any person who subsequently acquires an interest in property transferred by the company so long as he gave full consideration and did not have actual notice of the circumstances affecting the validity of the transfer. It is clear that "know," in subsection (1) connotes actual (not constructive) knowledge and subsection (3) provides that in any proceedings the burden of proving knowledge lies on the party alleging it. That burden, especially in relation to whether he knew that the company was a charity, should be lightened if the company complies with section 30C.⁷⁸ This requires a company, which is a charity, but has a name which does not include the word "charity" or "charitable," to state on all business documents in English in legible characters that it is a charity. Proof that the party concerned has received such documents should go a good part of the way to discharging that burden.

Finally section 30B(4) provides that, in the case of a company which is a charity, ratification of an act under the Companies Act, section 35(3) or to which section 322A applies shall be ineffective without the prior written consent of the Charity Commission.

30A(2)

One cannot say "on charitable trusts" because it seems that a charitable corporation does not hold its property on a trust in the strict sense; see *Liverpool Hospital v. AG* [1981] Ch. 193 and cases there reviewed. These are waters too deep to be fathomed here.

The result seems to be that if the Charity Commission consents to a change of objects which results in the company being empowered to undertake both charitable and non-charitable activities, any future donations which it receives will not be regarded as charitable donations *vis-à-vis* either the donors or the company unless the donors specifically direct that the gifts are to be held by the company for its charitable objects. In practice, donations to it are likely to dry up since the company will no longer be recognised by either the Commission or the Revenue as a charity. If it fails to comply, it will commit an offence and it and its officers will be liable to fines in accordance with section 349(2)-(4) of the Companies Act: s.30C(3).

Though the new sections inserted in the Companies Act apply equally to Scotland, the Charities Act 1960 does not extend to Scotland. Hence, section 112 of the 1989 Act makes provisions comparable to sections 30A-30C applying to Scotland only.

(f) Provision for employees

Mention has already been made of the special provisions made by the Companies Act 1980 to reverse the effect of the decision in *Parke v. Daily News*.⁷⁹ Those provisions subsequently became section 719 of the Companies Act 1985 and section 187 of the Insolvency Act 1986. The 1989 Act did not alter these—though section 719 now sits rather uncomfortably with the new sections. It provides that the powers of a company include “if they would not otherwise do so apart from this section,” power to make provision for employees or former employees of the company or any of its subsidiaries in connection with the cessation or transfer of the undertaking of the company or that subsidiary.⁸⁰ This power may be exercised notwithstanding that it is not in the best interests of the company.⁸¹ Before the commencement of the winding up of the company,⁸² it may be made out of profits available for dividend.⁸³ But, if made “by virtue only of subsection (1)” it may be exercised only if sanctioned by an ordinary resolution of the company or, if the memorandum or articles so require, a resolution of some other description or compliance with other formalities in accordance with those requirements.⁸⁴

Unless the memorandum or articles have made special provisions regarding this matter (and none of the 1985 Tables does) a board of directors is likely to find some difficulty in construing this section in the light of the new sections 3A, 35 and 35A. Presumably neither the new general purpose objects clause permitted by section 3A nor a similar clause at the end of the list of objects and powers⁸⁵ will suffice to authorise the board to exercise the power without the sanction of a resolution of the general meeting. But, under section 719(3), this resolution can, in the absence of contrary provision in the memorandum or articles, be an ordinary resolution, whereas under section 35 it would have to be a special resolution. Presumably section 719, dealing with a specific situation, prevails over section 35, with the apparent result that, if the memorandum includes a specific power to provide for employees and this is a power not excluded in the articles from those which can be exercised by the board, it will be

⁷⁹ [1962] Ch. 927. See p. 169 above.

⁸⁰ s.719(1).

⁸¹ s.719(2).

⁸² Then s.187 of the Insolvency Act confers similar powers on the liquidator.

⁸³ s.719(4).

⁸⁴ s.719(3).

⁸⁵ *Parke v. Daily News* had held that when the trade or business of the company is ending, gratuitous generosity cannot be “incidental or conducive to the carrying on of any trade or business by it.”

able to exercise it without the sanction of the general meeting,⁸⁶ and that, if the memorandum does not include such a power, an ordinary resolution will suffice notwithstanding section 35(3).

In any event, the employees⁸⁷ once they have received their golden handshakes will be protected (unless they are directors⁸⁸). The only risk they run is that a member will intervene,⁸⁹ or that the company will go into liquidation,⁹⁰ before any decision has been made.

THE RESULTING POSITION

The objective of the foregoing statutory changes was to draw the sting of the *ultra vires* and constructive notice doctrines, thus improving the position of those who dealt with the company externally, while making as few alterations as possible to the position as between the company and its members, directors and other agents. This limited objective appears to have been achieved reasonably satisfactorily. But it did not attempt to provide a complete code defining when a third party can safely assume that those dealing with him on behalf of a company have power to bind the company.

Normally, as a result of the new sections, if a transaction with a third party acting in good faith is effected on behalf of a company by the board of directors or by a person who, in fact, the board has authorised, the transaction will bind the company. But, except where the company is very small or the transaction is very large, the third party will probably not have had dealings through the board. His dealings will, more often in practice, be with someone who is an executive of the company or even a comparatively lowly employee of whom the members of the board of directors may never have heard. Nor will the third party be likely to know whether in fact that executive or employee has actually been authorised by the board. Is he then entitled to assume that the board has, in fact, authorised that person to bind the company? And that the board has imposed no limitations on the exercise of that person's authority? And what is his position if in fact there is no legally constituted board of directors? The new sections 35A and 35B give no answers. For them we have to

⁸⁶ The transaction will be one within the powers of the company apart from s.719 and not one which it could exercise only by virtue of subs. (1); and, the directors will be authorised by the articles.

⁸⁷ They will be “dealing with” the company within the meaning of s.35A.

⁸⁸ When s.322A will apply.

⁸⁹ Under s.35(2) or s.35A(4).

⁹⁰ Under s.187 of the Insolvency Act the liquidator may implement any decision previously made by the company and if none has, may, after all the company's liabilities have been met, exercise a similar power to that which the company had by virtue only of s.719. But he must receive the sanction of members and, on a winding up by the court, any creditor or member may apply to the court.

turn to the basic common law principles of agency⁹¹ as refined in relation to companies by the rule in *Royal British v. Turquand*.⁹²

The rule in Turquand's case

This rule was enunciated by the courts to mitigate the effects of the constructive notice doctrine. As that doctrine has now been abolished the rule is no longer often of direct relevance when the third party has dealt with the company through the board of directors.⁹³ Its importance now is in situations where, instead, the third party's dealings have been with some officer or agent other than the board. To this, however, there is an exception, best illustrated by the leading case of *Mahoney v. East Holyford Mining Co.*⁹⁴ in which the rule was first upheld by the House of Lords. The question to be decided was whether the liquidator of an insolvent company could recover from its bank money paid on cheques drawn on the company's account. The company's articles provided that cheques should be signed in such manner as the directors should determine. The bank had received a copy, signed by the "secretary," of an alleged board resolution that cheques should be signed by any two of three named "directors" and by the secretary. The cheques had been signed by those named. In fact, the directors had never been formally appointed and no formal directors' or members' meetings had ever been held. The Lords took the opinion of the judges and upheld their unanimous conclusion that the liquidator could not recover. As Lord Hatherly said⁹⁵:

"When there are persons conducting the affairs of the company in a manner which appears to be perfectly consonant with the articles of association, those so dealing with them externally are not to be affected by any irregularities which may take place in the internal management of the company."

Dealing with the board or those authorised by it

Lord Hatherly's dictum, (substituting, now, "perfectly normal" for "perfectly consonant with the articles of association") remains, it is submitted, the guiding principle which the courts should bear in mind in interpreting the new statutory provisions. And it affords an answer to one of the questions that those provisions leave unanswered: "the

⁹¹ Summarised with, it is hoped, sufficient accuracy for present purposes at p. 165 nn. 1 and 2 above.

⁹² (1856) 6 E. & B. 327, Exch.Ch.

⁹³ As in the *Turquand* case itself. There, under the company's deed of settlement, the board could borrow on bonds such sums as from time to time should be authorised by a resolution of the company in general meeting. The court held that a third party "finding that the authority might be made complete by a resolution . . . would have a right to infer the fact of a resolution authorising that which on the face of the document appeared to be legitimately done": at p. 332. Today he would be protected by the new sections.

⁹⁴ (1875) L.R. 7 H.L. 869.

⁹⁵ At p. 894.

board of directors" for the purpose of the new sections means "the persons occupying the position of the board of directors" whether or not they have been validly appointed.

For that proposition there is, indeed, additional statutory support. The Companies Acts⁹⁶ have long provided that: "The acts of a director or manager⁹⁷ are valid notwithstanding any defect that may afterwards be discovered,⁹⁸ in his appointment or qualification."

To this the 1985 Act added:

"and this provision is not excluded by section 292(2) (void resolution to appoint)."⁹⁹

This, however, seems to add little to the protection afforded by the common law rule¹ since the House of Lords had held in *Morris v. Kanssen*² that it applies only when there has been a valid appointment which has not been vacated and not where there has been "no appointment." This presumably still remains the law (subject to the new statutory exception) despite the difficulty, illustrated by the case itself,³ of distinguishing between the two situations.

It can no longer be argued that a person having dealings with a company is deemed to have notice of who the true directors are (this being shown by its "public documents," i.e. by the register of directors required to be maintained by the company and the notices of changes therein which it is required to send to Companies House⁴). The new section 711A disposes of that argument. It does not, however, dispose of a possible argument based on section 42 of

⁹⁶ Now s.285 which applies only to registered companies. It is normally supplemented by an article on the lines of Table A 1985, Art. 92 which, however, could not be invoked by a third party unless he actually knew of it and had relied upon it. Note also s.382(2) and (4) which could strengthen reliance on the *Turquand* rule when minutes of meetings have been kept.

⁹⁷ The "or manager" is probably only a relic of the days when "manager" was sometimes the name given to a director. Especially in the light of the recent addition to this section (s.292 relates only to the appointment of directors) it is unlikely that any court would construe it as including "sales manager" or the like.

⁹⁸ This apparently means "discovered by the other party": *Kanssen v. Rialto (West End) Ltd.* [1944] Ch. 346, C.A. But this point was left open by the H.L.: *sub nom. Morris v. Kanssen* [1946] A.C. 459.

⁹⁹ s.292 requires each director's appointment to be voted on individually (unless the meeting otherwise agrees *nem. con.*) and says that otherwise the resolution is void. Except that the section can be relied on by the director himself (*Channel Collieries Trust v. Dover Light Rly. Co.* [1914] 2 Ch. 506, C.A.) whereas under the *Turquand* rule, as an insider, he normally could not.

¹ Above, n. 98.

² There an originally valid appointment had expired without being renewed and this was treated as "no appointment at all" when the director continued to act as such. ss.288 and 709. But if the directors with whom the third party dealt were those shown on the register at the material time, and that was known to and relied on by the third party, it might further enhance his protection as a holding out by the company that they were the directors (unless there had been a change within the previous 14 days: see s.288(2)). A similar estoppel by holding out (see below, pp.191, 192) might occur if the company was one which still names its directors on its notepaper. This was formerly required by the Companies Act 1948, s.201, but is not under s.305 of the 1985 Act which replaced it.

the Act.⁵ That section provides that a company is not entitled to rely against other persons on the happening of certain events which have not been officially notified in the *Gazette*, unless these events are actually known by him at the material time. Among these events are changes among the directors. It could be argued that section 42 implies that if the events are notified in the *Gazette*, the company can rely on them. However it would be absurd if section 42 was held to have that effect and the Court of Appeal has held that it does not.⁶

Hence, a third party, who has dealt with the company through its board of directors (*de jure* or *de facto*) or with someone authorised by that board, will be protected so long as he has acted in good faith. The combined effect of the new sections and the *Turquand* rule produces that result.

Dealing with officers not so authorised

What of the more common case where the third party has not dealt with the board or an agent authorised by the board? If the third party acted in good faith he is entitled to rely on the fact that the board had unlimited power to authorise another person to exercise the powers of the company. But the new sections do not say that he is entitled to assume that the board has done so or that, to the extent that it has done so, it has not imposed any limitations on that person. Yet in many, perhaps most, cases unless he is entitled to make some such assumptions the new statutory provisions will be precious little help to him. But if he is to be entitled to make any such assumptions it can only be by reliance on the general law of agency and the rule in *Turquand's* case and not on section 35A of the Act. This needs emphasizing because it seems often to be overlooked. Equally, however, it would be absurd if he could safely assume, say, that authorisation to sell the company's premises had been conferred on the office-boy, the lift attendant or someone who had no apparent connection with the company.⁷ Despite the apparent width of the *Turquand* rule as expressed in the dicta in *Turquand* and *Mahony* quoted above⁸ (and despite the fact that the rule has now been freed from the limitations on it under the constructive notice doctrine) the later cases on the *Turquand* rule make it clear that these assumptions can be made only in one or both of two sets of circumstances in each of which a very similar result would be reached by applying normal principles of agency.

The first, and more common, set of circumstances is where the person through whom the third party dealt occupies a position in the

⁵ Originally s.9(4) of the European Communities Act, implementing Art. 3/5 of the First Directive.

⁶ *Official Custodian v. Parway Estates* [1985] Ch. 51.

⁷ In these extreme cases the company would, no doubt, have little difficulty in persuading the court that the third party had not dealt in good faith.

⁸ See p. 186, text and n. 93 above.

company⁹ such that it would be usual for an occupant of that position to have authority to bind the company in relation to the transaction concerned. If that is so, the third party dealing with the company in good faith will be entitled to assume that that person has authority unless he knows the contrary or knows of facts which would have put a reasonable person on inquiry.¹⁰ Thus if the person acting for the company is its chief executive or managing director, then, despite the fact that the Act refuses to treat him as an "organ" of the company equivalent to the board of directors, unless there are suspicious circumstances, or the transaction is of such magnitude as to imply the need for board approval, he may safely be assumed to be authorised. In practice, he will probably have actual authority¹¹ but even if he has not he will have ostensible authority and his acts will bind the company.¹²

Much the same applies to other executive directors except that if the descriptions of their posts suggest particular areas of responsibility ("finance director," "sales director" or the like) they cannot be assumed to have authority outside those areas. Even though individual non-executive directors have no managerial responsibility unless the board delegates it to them¹³ they may be assumed to have some individual authority, beyond that of sharing in the exercise of the board's collective authority at meetings of the board or its committees. It is usual, for example, for them to be authorised signatories of the company's cheques¹⁴ or attesters of the affixing of its seal.¹⁵ And the new section 36A¹⁶ (which removes the need for a company to have a common seal¹⁷) provides that in favour of a purchaser¹⁸ a document shall be deemed to be duly executed by a company if it purports to be signed by a director and the secretary or

whether formally appointed to it or merely allowed by the company to assume it; that is a matter of "internal management."

¹⁰ When dealing with someone other than the board or someone authorised by it, the third party is not necessarily protected merely because he acted in good faith. If there are suspicious circumstances, he should, as under s.711A, "make such inquiries as ought reasonably to be made" and he will be protected only if the suspicions of a reasonable person would be allayed by the answers to his inquiries: *Underwood Ltd. v. Bank of Liverpool* [1924] 1 K.B. 715, C.A.; *Houghton & Co. v. Nothard, Lowe & Wells* [1927] 1 K.B. 48, C.A., affd., on other grounds, [1928] A.C. 1, H.L.

¹¹ *Heby-Hutchinson v. Brayhead Ltd.* [1968] 1 Q.B. 549, C.A.

¹² *Freeman & Lockyer v. Buckhurst Park Properties Ltd.* [1964] 2 Q.B. 480, C.A., especially the judgment of Diplock L.J. at 506.

¹³ *Rama Corporation v. Proved Steel & General Investments Ltd.* [1952] 2 Q.B. 147.

¹⁴ See *Mahoney v. Holyford Mining Co.*: above.

¹⁵ Articles normally provide that the seal shall be affixed only pursuant to a resolution of the board or a committee of the board and attested by a director and the secretary or a second director: Table A 1985, Art. 101. But this seems clearly to be a matter of the company's internal management despite suggestions to the contrary in

¹⁶ *London Greyhound Racecourses Ltd. v. Wake* [1931] 1 Ch. 496: see *County of Gloucester Bank v. Rudry Merthyr Colliery Co.* [1895] 1 Ch. 629, C.A.

¹⁷ Inserted by the 1989 Act, s.130(2).

¹⁸ s.36A(3).

¹⁹ Defined as "a purchaser in good faith for valuable consideration [including] a lessee, mortgagee or other person who for valuable consideration acquires an interest in property."

by two directors and that, where it makes it clear on its face that it is intended to be a deed, to have been "delivered."¹⁹

Moreover, it is not uncommon for the board of directors to allow one of their number to assume the position of managing director even though he has never been formally appointed to that position and in these circumstances the courts have treated him as if he were the managing director.²⁰ Some decisions have even suggested that a non-executive chairman of the board has, as such, individual authority equating with that of a managing director.²¹ But why the right to take the chair should imply a right to manage out of the chair is difficult to understand and the proposition has been doubted.²²

When the third party deals with an officer or employee below the level of director the position is more problematical and, until recently, the courts have shown a marked reluctance to recognise any ostensible authority even of a manager.²³ But this is now changing and it may be taken that a manager, even if he does not have actual authority, will generally have ostensible authority to undertake everyday transactions relating to the branch of business which he is managing (though probably not if they are really major transactions²⁴) and that the secretary will similarly have such authority in relation to administrative matters.²⁵ Indeed, almost every employee of a trading company must surely have apparent authority to bind the company in some transactions, though the extent of that may be very limited. For example, the men or women behind the counter in a departmental store clearly have apparent authority to sell the goods on display for cash and at the marked prices. Whether their apparent authority extends beyond that (for example, to accept a cheque not

¹⁹ s.36A(6). This extends s.74 of the L.P.A. 1925.

²⁰ See, e.g. *Biggerstaff v. Rowatt's Wharf Ltd.* [1896] 2 Ch. 93, C.A.; *Clay Hill Brick Co. v. Rawlings* [1938] 4 All E.R. 100; *Freeman Lockyer v. Buckhurst Park Properties Ltd.*, above.

²¹ *B.T.H. v. Federated European Bank* [1932] 2 K.B. 176, C.A.; *Clay Hill Brick Co. v. Rawlings*, above. It is a popular misconception, shared by lawyers and laymen alike (and apparently by the legislature: see 1985 Act (Sched. 6, Pt. 1, para. 3)) that the chairman is some sort of overlord and remunerated as such; he often is but may be merely an ornamental figurehead.

²² In *Hely-Hutchinson v. Brayhead* [1968] 1 Q.B. 549, C.A., per Roskill J. at first instance at p. 560D, and Lord Wilberforce at p. 586G.

²³ *Houghton & Co. v. Nothard, Lowe & Wills* [1927] 1 K.B. 246, C.A.; aff'd on other grounds [1928] A.C. 1, H.L.; *Kreditbank Cassel v. Schenkers* [1927] 1 K.B. 826, C.A.; *S. London Greyhound Racecourses v. Wake* [1931] 1 Ch. 496; see also the observations of Willmer L.J. in *Freeman & Lockyer v. Buckhurst Park Properties Ltd.* [1964] 2 Q.B. at 494.

²⁴ See *Armagas Ltd. v. Mundogas S.A.* [1986] A.C. 717, H.L. There an employee who bore the title of "Vice-president (Transportation) and Chartering Manager" was held not to have authority to bind his company to charter-back a vessel which it was selling. But there were complicating factors in that case for the employee was colluding with an agent of the other party in a dishonest arrangement and did not purport to have any general authority to bind the company but merely alleged that he had obtained actual authority for that particular transaction.

²⁵ *Panorama Developments Ltd. v. Fidelis Furnishing Fabrics Ltd.* [1971] 2 Q.B. 711, C.A. (above, p. 163). How far, if at all, his apparent authority extends to the commercial side of the company's affairs is still unclear; see, per Salmon L.J. at p. 718.

supported by a cheque-card or to take goods back if the customer returns them) we shall probably never know, for it is unlikely to be litigated—at any rate against the customer. But clearly the fact that, under section 35A, the board of directors might have authorised them to exercise all the company's powers (including that to sell the store itself) cannot estop the company from denying that it has done anything so crazy. Hence, when the employee or agent of the company does not occupy a position in the company in which it would be usual for him to have delegated authority to bind the company in relation to the transaction concerned, the company will not be bound, unless he has actual authority or has, in some other way, been held out as having authority to bind it in relation to that transaction.

The fact that, prior to the recent reforms, the third party was deemed to have notice of the contents of the memorandum and articles did not mean that he could rely on something in those documents to estop the company from denying the authority of an officer of the company who would not usually have had authority. Constructive notice was a negative doctrine curtailing what might otherwise be the apparent scope of the authority and not a positive doctrine increasing it.²⁶ The position may be different, however, if the third party had actual knowledge of the memorandum and articles and had relied on some provision in them. What, however, is clear is that mere knowledge that the board of directors might have delegated does not estop the company from denying that it has done so. It would be necessary for the other party also to establish that "the conduct of the board, in the light of that knowledge, would be understood by a reasonable man as a representation that the agent had authority to enter into the contract sought to be enforced."²⁷

Obviously, it will be unlikely that the board will so conduct itself if it has neither conferred that authority nor decided to ratify what the agent has done. It is, no doubt, theoretically possible to conceive of a provision in the memorandum or articles which, if known to and relied on by the third party, might estop the company, but there seems to be no reported case in which that has occurred. If this sort of estoppel is to be relied on it will generally be because of conduct by the company's organs and not because of any provision in its

Any doubt on this point was finally dispelled by the C.A. in *Freeman & Lockyer v. Buckhurst Park Properties Ltd.*, above; see especially Diplock L.J. at [1964] 2 K.B. at 504. It had formerly led to much judicial (and academic) dispute: see *Houghton v. Nothard Lowe & Wills* [1927] 1 K.B. 826, C.A.; *B.T.H. v. Federated European Bank* [1932] 2 K.B. 176; *Clay Hill Brick Co. v. Rawlings* [1934] 4 All E.R. 100; *Rama Corporation v. Proved Tin & General Investments* [1952] 2 Q.B. 147; and, finally, *Freeman & Lockyer v. Buckhurst Park Properties Ltd.*, above. For the academic discussion see (1934) 50 L.Q.R. 469; (1956) 11 Univ. of Toronto L.J. 248; (1966) 30 Conv.(N.S.) 128; (1969) 18 I.C.L.Q. 152.

²⁷ Per Diplock L.J. in *Freeman & Lockyer v. Buckhurst Park Properties*, above, at p. 508. See also Atkin L.J. in *Kreditbank Cassel v. Schenkers* (above) at p. 844.

memorandum or articles. An example is afforded by *Mercantile Bank of India v. Chartered Bank of India*.²⁸ There the board of directors had caused the company to appoint agents under powers of attorney which authorised them to borrow on the security of charges on the company's property. The directors imposed limits on the extent to which those agents could borrow but these limitations did not appear in the powers of attorney. A charge to secure a borrowing in excess of the limitations was held to bind the company in favour of a lender who had relied on the powers of attorney.

An officer or agent of the company cannot, however, confer ostensible authority on himself by representing that he has actual authority.²⁹ It can be conferred only by conduct of the company, acting through an organ or agent of the company, such as the board or the managing director, with actual or apparent authority to make representations as to the extent of the authority of the company's officers or agents. If the company has made such representations on which the third party has acted in good faith, the company may be estopped.³⁰

It will therefore be seen that protection afforded to a third party who has dealt with an employee is considerably less than that afforded to one who has dealt with the board of directors, or with someone actually authorised by the board. The statutory reforms have improved his position by the modifications of *ultra vires* and constructive notice but section 35A helps him only to the extent that he may safely assume that the board had power to delegate to that employee. That will not protect him unless the board has actually done so or is estopped from denying that it has or has ratified what he did. If it has not, he will be unprotected unless the employee has acted within his apparent authority; and he will lose that protection not only if he has not acted in good faith but also if he negligently failed to make proper inquiries or if he actually knew or ought to have known that the officer had exceeded his authority.

There is one further respect in which the statutory reforms may lead to clarification of a grey area of the law. The cases establish that in some circumstances a third party becomes a constructive trustee of any property of the company which passes to him under a transaction

²⁸ [1937] 1 All E.R. 231. The headnote is misleading in suggesting that it was the fact that the articles expressly empowered the board to delegate by powers of attorney (which today would be implied and, under s.35A, an exclusion in the articles would not affect a bona fide third party) that brought about the estoppel. It was the power of attorney that did so. The only relevance of the articles (of which, at that time, third parties were deemed to have notice) was that they did not preclude the grant of such powers of attorney.

²⁹ *Armagas Ltd. v. Mundogas S.A.* [1986] A.C. 717, H.L.; see p. 190 n. 24 above.

³⁰ Contrary to what was thought at one time, this is so even if the officer or agent has forged what purported to be a document signed or sealed on behalf of the company. *Uxbridge Building Society v. Pickard* [1939] 2 K.B. 248, C.A., explaining *de la Rue v. Great Fingall Consolidated* [1906] A.C. 439, H.L.; *Kreditbank Casseler v. Schenkers*, above; and *S. London Greyhound Racecourses v. Wake*, above.

which is in breach of the directors' fiduciary duties. But what has been unclear is precisely what those circumstances are.³¹ The new emphasis in section 35A on lack of good faith should enable the courts to hold that the sole criterion is that the third party has acted in bad faith.³²

THE ORGANIC THEORY

Thanks to the recent statutory reforms there are now fewer situations in which companies will be able to escape liability for acts undertaken on their behalf. But there are some types of liability which demand actual fault of the principal or master himself. Does this mean that a company can never be liable in such cases since it has no "self"? In *Lennard's Carrying Co. Ltd. v. Asiatic Petroleum Co. Ltd.*,³³ a ship-owning company, *Lennard's*, had sought, under section 502 of the Merchant Shipping Act 1894, to limit its liability to *Asiatic*. This it could do only if the injury to the latter was incurred without *Lennard's* "actual fault or privity." The fault was that of *Lennard's* managing director. The House of Lords rejected *Lennard's* attempt, Viscount Haldane L.C. saying³⁴:

"[A] corporation is an abstraction. It has no mind or will of its own any more than it has a body of its own; its active and directing will must consequently be sought in the person of somebody who for some purposes may be called an agent but who is really the directing mind and will of the corporation, the very ego and centre of the personality of the corporation ... If Mr. Lennard was the directing mind of the company then his action must ... have been an action which was the action of the company itself ..."

But he emphasised that the fault or privity must be:

"of somebody who is not merely an agent or servant for whom the company is liable upon the footing *respondeat superior*, but

See, e.g., *Selangor United Rubber Estates Ltd. v. Cradock* (No. 3) [1968] 1 W.L.R. 1551; *Karak Rubber Co. v. Burden* (No. 2) [1972] 1 W.L.R. 602; *Belmont Finance Corp. Ltd. v. Williams Furniture Ltd.* [1979] Ch. 250, C.A.; *International Sales & Agencies Ltd. v. Marcus* [1982] 2 C.M.L.R. 46; *Rolled Steel Ltd. v. British Steel Corp.* [1986] Ch. 246, C.A.; *Smith v. Croft* (No. 2) [1988] Ch. 114; *Agip (Africa) Ltd. v. Jackson* [1990] Ch. 265.

Which, in this context, should mean participating knowingly in an act of the directors which constitutes a breach of their fiduciary duties and not merely an act in excess of their authority. This, as revealed in the Debates under probing by Lord Wedderburn, was, it seems, the Government's intention: see O.R. (H.L.) Vol. 505, cols. 1234-1247 (6 Apr. 1989).

[1915] A.C. 705, H.L.; [1915] All E.R. 713, 714.

somebody for whom the company is liable because his action is the very action of the company itself."³⁵

Here, therefore, the English judiciary recognised the distinction between "organs" and "agents" more clearly than the English legislature has yet done notwithstanding that it is fundamental to the company laws of our Continental partners³⁶ and reflected in the Company Law Directives which we have purported to implement.³⁷ And it has proved to be a concept useful both in civil and criminal cases.

Civil cases

One example of its use in civil law can be found in *Bolton (Engineering) Co. Ltd. v. Graham & Sons*³⁸ where the question was whether the landlord company had effectively terminated a business tenancy because it intended to occupy the premises for the purpose of its own business. No formal general or board meetings had been held to decide on its intentions in that regard but its executive directors had clearly manifested that intention and that was held to be a sufficient indication of the company's mind. Quoting Lord Haldane, in *Lennard's case*, Denning L.J. said³⁹:

"A company may in many ways be likened to a human body. It has a brain and nerve centre which controls what it does. It also has hands which hold the tools and act in accordance with directions from the centre. Some of the people in the company are mere servants and agents who are nothing more than hands ... and cannot be said to represent the mind and will. Others are directors and managers who represent the directing mind and will of the company and control what it does. The state of mind of these managers is the state of mind of the company and is treated by the law as such."

Other examples occur in relation to the test of a company's residence⁴⁰ and to inducing a breach of contract.⁴¹ The theory also

³⁵ This decision was followed in *H.M.S. Truculent* [1954] P. 1, where the Third Sea Lord was held to be the "directing mind" of the Admiralty, and in *The Lady Gwendolen* [1965] P. 294, where it was emphasised that the "directing mind" need not necessarily be a director.

³⁶ Particularly Germany, where Haldane, in his youth, had studied.

³⁷ But, in doing so, have, in effect, recognised it only in respect of the board of directors.

³⁸ [1957] 1 Q.B. 159, C.A. (the H.L. refused leave to appeal [1957] 1 W.L.R. 454). See also *Sevenarts Ltd. v. Busvine* [1968] 1 W.L.R. 1929, C.A.

³⁹ At p. 172.

⁴⁰ This normally depends on where the company's "head and brains" are located.

⁴¹ Inducing an "organ" of the company to cause the company to break a contract is equivalent to inducing the company itself, and a tort whether or not the organ itself acts wrongfully; *Thomson & Co. v. Deakin* [1952] Ch. 646, C.A.

seems the true justification for holding, as has been done in a number of recent cases⁴² that, if the court makes an order against a company, its controllers will also be in contempt of court if they wilfully fail to take effective steps to ensure that the order is obeyed. Although the language used in the judgments⁴³ tends to suggest that the courts regard this as an example of "lifting the veil" it is submitted that it is rather an application of the organic theory involving no disregard of the corporate entity. It could also help in relation to the difficulties that arise in determining whether a principal is deemed to have knowledge of information known to one of his agents who, however, is not the agent acting for him in that transaction.⁴⁴ If it is known to the board of directors or to the manager of that area of the company's business, then, in favour of a person dealing with the company in good faith, the company should be deemed to know—but not otherwise.⁴⁵ But the courts have refused to apply the theory in relation to their own procedure, for they have insisted that a company cannot appear in person.⁴⁶ Hence not even the chief executive, formally authorised by a board resolution, will be allowed to represent the company in a High Court action,⁴⁷ a rule which appears to serve no purpose other than to protect the monopoly of the legal profession.

Criminal cases

However, it is in the sphere of criminal law that the organic theory has had its major impact. Whether any useful purpose is served by making companies themselves criminally liable has been much debated⁴⁸ but has now been answered in the affirmative except where the crime is one in which the *actus reus* is such that an artificial person is physically unable to commit it,⁴⁹ or, as in the case of

⁴² See, e.g. *A.-G. for Tuvalu v. Philatelic Corp.* [1990] 1 W.L.R. 926, C.A.; *Tate Access Floors Inc. v. Boswell* [1991] Ch. 512, but contrast *Re Supply of Ready Mixed Concrete* [1991] 3 W.L.R. 707, C.A.

⁴³ See especially [1991] 2 W.L.R. at 318H-319A.

⁴⁴ See *Armstrong v. Strain* [1952] 1 K.B. 232, C.A.

⁴⁵ But as yet there is no reported English decision which so holds.

⁴⁶ *Tritonia Ltd. v. Equity & Law Life Assce.* [1943] A.C. 584, H.L.

⁴⁷ In the county court greater freedom is allowed: *Kinnall v. Harding* [1918] 1 K.B. 408.

⁴⁸ See, e.g. Winn (1929) 3 Camb. L.J. 398; Welsh (1946) 62 L.Q.R. 345; Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law* (2nd ed. 1983) pp. 974-977; Leigh, *The Criminal Liability of Corporations in English Law* (1969); Law Commission's Working Paper No. 44 (1972) and Law Com. 143 (1985). Also debated was whether the strict *ultra vires* doctrine applied to criminal liability but the overwhelming weight of academic opinion was that it had no application and there are no modern reported cases where the contrary was argued. It also seems to have no application to those torts where liability of the master is dependent on whether the servant has acted within the scope of his employment: *Campbell v. Paddington Corp.* [1911] 1 K.B. 869.

⁴⁹ e.g. bigamy or sexual offences. In a recent case it was held, rather surprisingly, that a company could not be convicted of driving a lorry without a permit contrary to GLC regulations, since only a human being could drive a vehicle: *Richmond-on-Thames B.C. v. Pinn & Wheeler Ltd.* [1989] R.T.R. 354.

murder, where it carries a mandatory period of imprisonment,⁵⁰ or where the offence is statutory and corporate liability is clearly excluded.⁵¹ This, however, is a recent development in relation to offences which require *mens rea*, as well as an *actus reus*, and was reached only as a result of the organic theory. Except in the case of statutory offences of absolute liability or where the statute made it clear that masters were to be vicariously liable for the crimes of their servants, it was generally assumed until 1944⁵² that companies, having no minds of their own, could not have guilty ones. But in three cases reported in that year⁵³ companies were convicted of offences clearly requiring *mens rea* and prosecutions for such offences have now become commonplace.⁵⁴ The application here of the organic theory was recognised by the House of Lords in the leading case of *Tesco Supermarkets Ltd. v. Nattrass*⁵⁵ where, however, it was held that a shop manager, one of several hundred in the company's employ, could not be regarded as an "organ" of the company but was merely its servant or agent for whose acts the company could be liable criminally only on the basis of *respondeat superior* or express statutory provision.

The rationale

As Lord Reid pointed out in the *Tesco* case, to describe the organic theory as an example of treating the company as the alter ego of its controllers (or vice versa) would be misleading. Unlike some examples of lifting the veil⁵⁶ (where the controllers are made liable for acts of the company because the company is their alter ego) under the organic theory the company is made liable not because the controllers are its alter ego but because they are an organic part of the company's ego itself. Whether they are, depends on whether they have control and managerial discretion, either generally over the company's business or over that particular part of it to which the transaction relates.⁵⁷

⁵⁰ But, both in this and the previous exception, companies could be held liable as accessories.

⁵¹ When insider-dealing was made a criminal offence it was deliberately restricted to individuals: see Company Securities (Insider Dealing) Act 1985. See below, Chap. 23.

⁵² But there were earlier signs of the change in a civil case, *Triplex Safety Glass Ltd. v. Lancegaye Safety Glass Ltd.* [1939] 2 K.B. 395, C.A., and Winn (later Winn L.J.) had, with remarkable prevision, enunciated the modern view in his article (n. 48 above) published in 1929.

⁵³ *DPP v. Kent & Sussex Contractors Ltd.* [1944] K.B. 146; *R. v. ICR Haulage Ltd.* [1944] K.B. 551, C.C.A.; *Moore v. Bresler* [1944] 2 All E.R. 515. In these decisions there was no express reference to Haldane's dictum but subsequent cases have expressly relied on it, either directly or via Denning L.J.'s judgment in *Bolton (Engineering) Co. Ltd. v. Graham & Sons* (above, p. 194 n. 38).

⁵⁴ A recent example, far from commonplace, was the (unsuccessful) prosecution for manslaughter of the company which owned the cross-Channel ferry that sank at Zeebrugge with the loss of 193 lives.

⁵⁵ [1972] A.C. 153, H.L.; see especially the illuminating speech of Lord Reid.

⁵⁶ See Chap. 6 above.

⁵⁷ See, in particular, *Bolton (Engineering) Co. Ltd. v. Graham & Sons* (above p. 194 n. 38) and *Tesco Supermarkets Ltd. v. Nattrass*, above n. 55.

This organic theory has been carried to the logical conclusion that a company and an individual, who is its directing will, cannot be successfully indicted for conspiracy since this requires the meeting of two or more minds.⁵⁸ But it has not been carried to absurd extremes. If those who constitute the head and brains are engaged in defrauding the company they cannot successfully defend a civil action by the company⁵⁹ or a criminal prosecution⁶⁰ by saying "we were the controlling organs of the company and accordingly the company knew all about it and consented." Were such a defence to prevail it would wholly negate the duties which the organs owe to the company. So far as concerns the internal relationship between the company and its organs, dishonest acts directed against the company by its organs are not attributed to the company—though they may well be in favour of a third party dealing with the company in good faith.

CONCLUSION

A company's liability to third parties no longer depends solely on principles of agency or *respondeat superior*. Section 35A, though it does not use the word "organ," has, in effect, recognised that the board of directors is not a mere agent of the company but an organic part of it so that third parties can treat acts of the board as acts of the company itself. The section, however, has not, it seems, gone so far as to treat any other officers of the company as its organs. If third parties deal with the company through another officer they will not be entitled, under section 35A, to treat his acts as those of the company itself and the company will be bound only if that person is acting within his actual or apparent authority (or, where relevant, within the scope of his employment) or the company ratifies what he has done or the company is estopped. The courts, however, have gone further. They have recognised that where managerial powers have been delegated by the board to other officers, those officers also may be treated as organs, rather than agents or servants, of the company so that their acts can be regarded as those of the company itself and not merely as acts of the officers for which it is liable vicariously. As yet, however, they have adopted that theory only in relation to tortious and criminal liability of the company and in cases of contractual liability have generally been content to apply normal agency principles modified only by the *Turquand* rule and, now, by the statutory reforms.

⁵⁸ *Rev. McDonnell* [1966] 1 Q.B. 233.

⁵⁹ *Belmont Finance Corp. v. Williams Furniture Ltd.* [1979] Ch. 250, C.A.

⁶⁰ *A.G. Reference* (No. 2 of 1982) [1984] Q.B. 624, C.A.; *R. v. Phillipou* (1989) 89 Cr.App.R. 290, C.A.