

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°3

Primera Sesión: Relaciones fiduciarias

(a) Lecturas obligatorias

- GARRIGUES, Joaquín (1981): *Negocios fiduciarios en el derecho mercantil* (Madrid, Editorial Civitas), pp. 11-26.
- PARDOW, Diego (2006): "Potestades de administración y deberes fiduciarios", en VVAA, *Estudios de Derecho Civil II* (Santiago, LexisNexis), pp. 89-112.

(b) Lecturas sugeridas

- EASTERBROOK, Frank y FISCHER, Daniel (1993): "Contract and Fiduciary Duty", *Journal of Law and Economics*, Vol. 36 No.1, pp. 425-446.

Segunda Sesión: Elección del tema

(a) Lecturas obligatorias

- ECO, Humberto (2000): "La elección del tema", en *Cómo se hace una tesis* (México, Editorial Gedisa) 233p.

Joaquín Garrigues Díaz-Cañabate

Negocios fiduciarios en Derecho mercantil

EDITORIAL CIVITAS, S. A.



I. Delimitación del concepto

El ordenamiento jurídico ofrece a los particulares un repertorio cada día más amplio de tipos contractuales formados inductivamente en contemplación de ciertas finalidades del tráfico constantemente reiteradas. Mas la insuficiencia de los repertorios legales de contratos es un fenómeno permanente a lo largo de la historia, desde el antiguo Derecho romano, rígido y formalista, hasta el Derecho moderno, inspirado en el principio de libertad en la elección de forma. Al amparo de este principio, los contratantes se separan muchas veces de los tipos legales, sea para crear nuevas figuras desconocidas por el legislador (contratos innominados), sea para combinar esos tipos entre sí (contratos mixtos). Otras veces se respeta el tipo legal, mas para alcanzar a través de él finalidades diversas de las previstas por el legislador al formular sus esquemas. En este último caso la doctrina habla de «negocios aparentes», «negocios imaginarios», «negocios indirectos», etc. No se

trata de contratos simulados, sino de contratos reales efectivamente queridos por los contratantes, aunque para fines distintos de los típicos. La razón de ser de estos negocios, cuya catalogación resulta a veces difícil, es siempre la misma: la radical insuficiencia de los repertorios legales frente a las necesidades de la vida práctica; el conflicto entre la esencial estabilidad de los ordenamientos legales y la inevitable variabilidad de las exigencias económicas vitales. Mas si nos detenemos un poco en las causas concretas de esta utilización de formas jurídicas típicas para fines atípicos, podremos descubrir a lo largo de la historia del Derecho tres motivos fundamentales: la pobreza y rigidez de las formas contractuales, la inercia de la contratación y el propósito de eludir las leyes prohibitivas o las normas fiscales.

En el Derecho romano antiguo aparece clara la primera de las causas apuntadas. JHERING nos recuerda ¹ que «el número de formas propiamente dichas del Derecho antiguo no era muy grande, ocupando lugar preferente la *mancipatio*, la *in jure cessio* y la *stipulatio*, y que la idea que domina en cada uno de esos tres actos es la del acto aparente. La *mancipatio* se presenta como *imaginaria venditio*; en el *testamentum per aes et libram*, la *mancipatio* se empleaba sólo como *dicis causa*, siendo el acto aparente quien le da el segundo carácter. La *in jure cessio* era una reivindicación simulada, y la *estipulación*, que no era en verdad un acto aparente, funcionaba como tal en la *sponsio praejudicialis* del procedimiento romano».

Pues bien, cuando la forma no se utilizaba para

¹ *El espíritu del Derecho romano*, tomo III, pág. 241 de la traducción española.

la finalidad típica prevista, las fuentes nos hablan de actos imaginarios (*imaginaria venditio*, *imaginaria solutio*). Así vemos cómo se utiliza, bajo el imperio de las Doce Tablas, la *mancipatio* para liberar al hijo de la patria potestad mediante la venta fingida que el padre hace a otra persona. El mismo precio pasa a ser imaginario o simbólico en la llamada *mancipatio sestertio nummo uno*, en la que se finge vender la cosa por un solo sestercio. La *mancipatio* viene a convertirse en una venta ficticia o imaginaria (*Est autem mancipatio... imaginaria quaedam venditio*) apta para cobijar las más heterogéneas finalidades, desde la emancipación del hijo hasta el testamento o el matrimonio ².

Este mismo sistema, que consiste en emplear una forma jurídica con fines heterogéneos, lo encontramos en el Derecho germánico antiguo. Así vemos cómo el matrimonio se presenta bajo la forma de una venta hecha por precio irrisorio; cómo la representación procesal se conseguía mediante la transferencia plena del derecho al representante; y cómo la adopción sirve de instrumento para nombrar heredero. De la misma manera en el antiguo Derecho procesal el proceso se utiliza como medio para fines indirectos. Los ejemplos son variadísimos, tanto en el Derecho francés (*vente par décret volontaire*) como en el Derecho inglés (*finis and common recovery*), como en el Derecho español (*juicios convenidos*).

Las ideas de JHERING sobre los negocios aparentes fueron recogidas y completadas por RABEL en su interesante estudio sobre los negocios figurados ³. Los

² SOHM: *Instituciones de Derecho privado romano*, traducción de W. Roces, pág. 49.

³ «Nachgeformte Rechtsgeschäfte», en *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, vols. 27 (1907) y 28 (1908), págs. 290 y 311,

trabajos de ambos romanistas han servido de base a la doctrina del negocio indirecto que, formulada primeramente por KÖHLER en Alemania bajo el nombre de *Verdeckte Geschäfte*, pasó a Italia con Tullio ASCARELLI en su conocido estudio sobre el negocio indirecto y las sociedades comerciales⁴. Dejemos a un lado la viva controversia suscitada entre los italianos acerca de si el negocio indirecto, es decir, el negocio utilizado para finalidades diversas de las normales, constituye o no una categoría dogmática independiente⁵. Lo cier-

respectivamente. Sobre los diversos tipos de negocio figurado en Derecho romano, véase especialmente págs. 326 y sig. del volumen 27.

⁴ *Il negozio indiretto e le società commerciali*, Prolusione, 1930. Publicado en *Studi per Vivante*, Roma, 1931, págs. 23 y sig.

⁵ La objeción decisiva contra el negocio indirecto como categoría jurídica se formula por GRASSETTI (*Rivista di Diritto Commerciale*, 1936, I, pág. 362) con estas palabras: «Si el negocio se califica de indirecto por cuanto que es causal, una de dos: o subsiste también la causa típica, y entonces el negocio produce sus efectos y es válido, pero son irrelevantes los motivos ulteriores que acompañan a esa causa, de donde deriva la irrelevancia dogmática de la categoría; o bien la causa típica no subsiste empíricamente, y entonces es vano hablar de negocio indirecto porque o se tendrá un negocio de tipo diverso, o se tendrá un negocio atípico». En el mismo sentido véase BUTERA: *Simulazione*, Torino, 1936, pág. 137; DOMINÈDÒ: *Anonime apparenti*, Roma, 1931; GRAZIANI: *Rivista di Diritto commerciale*, 1935; MESSINEO: *Le società di commercio collegate*, Padova, 1932; GRASSETTI: *L'interpretazione del negozio giuridico*, Padova, 1936, y *Rivista di Diritto Commerciale*, 1936; SANTORO-PASSARELLI: *Foro italiano*, 1931, I, pág. 176. En sentido favorable a la categoría doctrinal del negocio indirecto, véase ALESSI: *Banca, Borsa e Titoli de credito*, 1935, I, pág. 5; ASQUINI: *Diritto del lavoro*, 1930, I, pág. 338; AULETTA: *Il contratto di società commerciale*, Milano, 1936, y voz «Consorzio», en *Nuevo Digesto italiano*; BETTI: *Rivista di Diritto Commerciale*, 1941, II, pág. 335; BROSIÒ: *Foro it.*, 1934, I, 1867; CALAMANDREI: *Rivista di Diritto processuale*, 1931, I, pág. 50; CANDIAN: *Rivista di Diritto Commerciale*, 1931, y *Temì emiliana*, 1931, II, pág. 69;

to es que al margen de las disputas doctrinales la realidad nos muestra cada día una mayor utilización de los negocios indirectos. Y la razón ya no es, como en la antigua Roma, el carácter rigorista del Derecho y la escasez de formas contractuales típicas. La razón está en esa inercia jurídica de que nos habla ASCARELLI y que nos induce a conciliar las nuevas exigencias de la vida práctica con la necesaria certidumbre y seguridad de la disciplina jurídica. Las nuevas necesidades se satisfacen así con instituciones viejas. Las viejas formas y la vieja disciplina no se abandonan de un golpe, sino lenta y gradualmente a lo largo de mucho tiempo, de suerte que la nueva función se ve compelida a vivir dentro de la vieja estructura, plasmándose y encuadrándose en el sistema⁶.

En los últimos tiempos, nuevos motivos han venido a sumarse a los que antes explicaban el empleo del negocio indirecto; así, el deseo de eludir la aplicación de las normas fiscales o el de escapar al dogma de la responsabilidad ilimitada ocultándose detrás de un artefacto jurídico, cuya vida y funcionamiento son meramente aparentes (ejemplo típico es el del empleo de la sociedad anónima de un solo accionista para

CARIOTA-FERRARA: *I negozi fiduciari*, Padova, 1933; CARNE-LUTTI: *Lezioni Esecuzione*, III, pág. 318, y *Rivista di Diritto Commerciale*, 1939, I, pág. 13; DI GENNARO: *Contratti misti*, Catania, 1934; FERRI: *Foro it.*, 1934, I, pág. 1113, y 1936, IV, pág. 66; GRECO: *Rivista di Diritto Commerciale*, 1932, I, pág. 757; OSTI: voz «Contratto» (núm. 30), en *Nuevo digesto italiano*; PELLEGRINI: *Rivista italiana scienze giuridiche*, 1933; PUGLIATTI: *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1933, I, página 395; RAVA, R.: *Rivista di Diritto Commerciale*, 1933, I, pág. 322; ROMANO, S.: *La revoca*, págs. 208 y 223, Milano, 1936; RUBINO: *Il negozio indiretto*, Milano, 1938; WEILLER: *Foro it.*, 1935, I, pág. 1067; VASALLI: *Sommario delle lezioni sul negozio giuridico*, pág. 50.

⁶ ASCARELLI, *ob. cit.*, pág. 27.

conseguir el comerciante individual el beneficio de la responsabilidad limitada). Los esquemas legislativos en materia de contratos se convierten así en instrumento para el logro de las más heterogéneas finalidades. Por eso FERRARA ha podido escribir⁷ que los actos aparentes —que son una subespecie de los negocios indirectos, como hemos visto— se convierten en un instrumento de la evolución del Derecho.

Pues bien, el antiguo Derecho romano nos muestra que el empleo de la *mancipatio* como negocio indirecto se hace precisamente para obtener a través de la enajenación de una cosa o de un derecho una finalidad de garantía o de simple administración⁸. La *mancipatio* se había convertido en modo general de transmitir la propiedad, cualquiera que fuese la causa que la informase, y es justamente este carácter abstracto del negocio el que permite la utilización de la *mancipatio* para finalidades fiduciarias (*mancipatio fiduciae causa*). Esta desviación de la *mancipatio* se nos ofrece, pues, como el primer negocio fiduciario en la historia del Derecho, bajo la doble forma de *fiducia cum amico contracta* y *fiducia cum creditore contracta*. Pero ¿qué es un negocio fiduciario? El adjetivo que acompaña al sustantivo nos indica ya que se trata de un negocio fundado en la confianza que nos inspira otra persona. Ahora bien, la confianza es un elemento psicológico que se encuentra en amplios sectores del Derecho de obligaciones. Podríamos incluso decir que todo el Derecho de obligaciones está dominado por

⁷ *Della simulazione dei negozi giuridici*, pág. 77.

⁸ Sobre la compra con fines de seguridad y sobre la relación entre la *mancipatio fiduciae causa* con los demás géneros de la *mancipatio* imaginaria, véase el trabajo citado de RABEL, págs. 351 y sig.

la idea de la confianza en el deudor. No desconocemos con ello las modernas tendencias que, superando la posición subjetivista iniciada por SAVIGNY y seguida por KIERULFF, WINDSCHEID, UNGER, SOHM, CROME, ENDEMANN, KUNTZE y BOISTEL, niegan que el derecho del acreedor tenga por objeto una determinada conducta del deudor, y que sitúan el centro de gravedad en el aspecto patrimonial y no en el aspecto personal de la obligación. Pues aunque admitiésemos que el único derecho del acreedor, según esta doctrina, es el de satisfacerse sobre los bienes del deudor y que la prestación de éste no consiste en un hacer, sino en tolerar la acción del acreedor sobre sus propios bienes⁹, no por ello dejaríamos de afirmar que toda relación de crédito es una relación de confianza, porque crédito viene de *credere*, y el creer implica confianza en la persona a quien concedemos el crédito. El acreedor, al pactar con el deudor, piensa ante todo en la conducta leal de éste. Tiene confianza en que pagará. La solvencia es un concepto bifronte que mira no sólo a los bienes del deudor, sino a su honorabilidad. Así se habla de solvencia moral junto a la solvencia material.

Ahora bien, si la confianza corre a lo largo de todo el Derecho de obligaciones, como el hilo rojo a lo largo de los cables de la Marina Real inglesa, hay ciertos contratos en que el elemento psicológico de la con-

⁹ Véase sobre este tema BRUNETTI: «El diritto del creditore», en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1916, I, pág. 137 y sig.; CARNELUTTI: «Appunti sulle obbligazioni», en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1915, I, pág. 529; BETTI: *Il concetto di obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1920; PACCHIONI: «Il concetto dell'obbligazioni», en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1924, I, pág. 220; CICU: *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Bologna, 1923; BASSANELLI: «'Signoria ed obbligo' nell'obbligazione», en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1945, I, págs. 202 y sigs.

conseguir el comerciante individual el beneficio de la responsabilidad limitada). Los esquemas legislativos en materia de contratos se convierten así en instrumento para el logro de las más heterogéneas finalidades. Por eso FERRARA ha podido escribir⁷ que los actos aparentes —que son una subespecie de los negocios indirectos, como hemos visto— se convierten en un instrumento de la evolución del Derecho.

Pues bien, el antiguo Derecho romano nos muestra que el empleo de la *mancipatio* como negocio indirecto se hace precisamente para obtener a través de la enajenación de una cosa o de un derecho una finalidad de garantía o de simple administración⁸. La *mancipatio* se había convertido en modo general de transmitir la propiedad, cualquiera que fuese la causa que la informase, y es justamente este carácter abstracto del negocio el que permite la utilización de la *mancipatio* para finalidades fiduciarias (*mancipatio fiduciae causa*). Esta desviación de la *mancipatio* se nos ofrece, pues, como el primer negocio fiduciario en la historia del Derecho, bajo la doble forma de *fiducia cum amico contracta* y *fiducia cum creditore contracta*. Pero ¿qué es un negocio fiduciario? El adjetivo que acompaña al sustantivo nos indica ya que se trata de un negocio fundado en la confianza que nos inspira otra persona. Ahora bien, la confianza es un elemento psicológico que se encuentra en amplios sectores del Derecho de obligaciones. Podríamos incluso decir que todo el Derecho de obligaciones está dominado por

⁷ *Della simulazione dei negozi giuridici*, pág. 77.

⁸ Sobre la compra con fines de seguridad y sobre la relación entre la *mancipatio fiduciae causa* con los demás géneros de la *mancipatio* imaginaria, véase el trabajo citado de RABEL, págs. 351 y sig.

la idea de la confianza en el deudor. No desconocemos con ello las modernas tendencias que, superando la posición subjetivista iniciada por SAVIGNY y seguida por KIERULFF, WINDSCHEID, UNGER, SOHM, CROME, ENDEMANN, KUNTZE y BOISTEL, niegan que el derecho del acreedor tenga por objeto una determinada conducta del deudor, y que sitúan el centro de gravedad en el aspecto patrimonial y no en el aspecto personal de la obligación. Pues aunque admitiésemos que el único derecho del acreedor, según esta doctrina, es el de satisfacerse sobre los bienes del deudor y que la prestación de éste no consiste en un hacer, sino en tolerar la acción del acreedor sobre sus propios bienes⁹, no por ello dejaríamos de afirmar que toda relación de crédito es una relación de confianza, porque crédito viene de *credere*, y el creer implica confianza en la persona a quien concedemos el crédito. El acreedor, al pactar con el deudor, piensa ante todo en la conducta leal de éste. Tiene confianza en que pagará. La solvencia es un concepto bifronte que mira no sólo a los bienes del deudor, sino a su honorabilidad. Así se habla de solvencia moral junto a la solvencia material.

Ahora bien, si la confianza corre a lo largo de todo el Derecho de obligaciones, como el hilo rojo a lo largo de los cables de la Marina Real inglesa, hay ciertos contratos en que el elemento psicológico de la con-

⁹ Véase sobre este tema BRUNETTI: «El diritto del creditore», en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1916, I, pág. 137 y sig.; CARNELUTTI: «Appunti sulle obbligazioni», en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1915, I, pág. 529; BETTI: *Il concetto di obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1920; PACCHIONI: «Il concetto dell'obbligazioni», en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1924, I, pág. 220; CICU: *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Bologna, 1923; BASSANELLI: «'Signoria ed obbligo' nell'obbligazione», en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1945, I, págs. 202 y sigs.

fianza adquiere un rango predominante, hasta el punto de que la mera desconfianza o la conducta desleal del deudor, aunque no llegue a ser antijurídica, son motivos bastantes para resolver el contrato. Es el caso de los negocios llamados *intuitu personae*, entre los que se cuenta el mandato civil y la comisión mercantil, el depósito, el contrato de servicios mercantiles, la sociedad colectiva, etc. (Cf. arts. 1732 del Código civil, 279 del Código de comercio, 1766 del Código civil, 218 y 300 del Código de comercio.) En este concepto amplísimo serían negocios fiduciarios todas aquellas relaciones en las que destaca un deber de lealtad hacia alguien. Los ingleses hablan en este caso de *fiduciary relationship*, y los alemanes de *Vertrauensgeschäfte*. VINTER, en su obra *A Treatise on the History and Law of Fiduciary Relationship*, ha tratado de estas relaciones de confianza y las ha tratado a la manera inglesa, es decir, reuniendo una serie de casos judiciales bajo los rótulos: «Consejero espiritual y creyente», «Abogado y cliente», «Doctor y paciente», «Tutor y pupilo», «Marido y mujer», «Padre e hijo» u otra persona *in loco parentis*. Como vemos, para este autor el concepto de relación de confianza es amplísimo. El mismo dice¹⁰ que la doctrina de la relación fiduciaria es una doctrina de equidad, y que el principio consiste en que ninguna persona debe sacar provecho de tal relación para obtener una ganancia u otro beneficio a favor de sí misma. El tema ha sido tratado también por RUMPF en su estudio sobre los negocios de confianza jurídico-económicos¹¹, y lo ha tratado a la ale-

¹⁰ Página 1.

¹¹ «Wirtschaftsrechtliche Vertrauensgeschäfte», en *Archiv für die Civilistische Praxis*, 119, págs. 1 y sig.

zando por el concepto de los negocios de confianza, que define como aquellos negocios o contratos en los cuales entran los contratantes, sobre la base de la confianza, en una relación personal íntima que generalmente tiene alguna duración; y estableciendo después una clasificación de los negocios de confianza y su adaptación al Derecho (contactos de intereses, vínculos de intereses, fusiones y representaciones de intereses), para terminar con una casuística jurídica o tipos legales de negocios.

La cuestión está en averiguar cuál es la diferencia entre estos negocios, que consisten sencillamente en confiar a otro nuestros intereses, y los verdaderos negocios fiduciarios objeto de nuestro estudio. En mi opinión, el negocio de confianza es un negocio jurídico unitario previsto y regulado en todos sus efectos por la ley, la cual concede al que confía a otro sus intereses los recursos apropiados que garantizan la leal ejecución del contrato. Las facultades del deudor están limitadas por la propia ley, y es ella la que expresamente impone un deber de lealtad al mandatario, al comisionista, al socio-colectivo, etc.; y la que regula las consecuencias de la falta de lealtad. Pero en el verdadero negocio fiduciario el fiduciante lo juega todo a la pura confianza. MESSINA, en su monografía sobre los negocios fiduciarios, los caracteriza porque en ellos la confianza en la persona que recibe una atribución patrimonial (fiduciario), se considera como correctivo único de la heterogeneidad de los medios jurídicos empleados respecto a la finalidad económica. Dicho más claramente, la característica del negocio fiduciario reside en la potestad de abuso por parte de la persona en quien se confía. Y esta potestad de abuso deriva de la transmisión al fiduciario de resortes jurídicos que éste puede

utilizar o en interés del fiduciante —y esto es lo que debe hacer— o en interés propio —y esto es lo que no debe, pero puede hacer—. La esencia del negocio fiduciario está quizá en la contraposición entre el *poder* y el *deber*, entre el *können* y el *dürfen* de los alemanes, en la limitación finalista, pero meramente obligacional de los poderes reales sustantivos del fiduciario¹². Justamente para frenar los poderes con los deberes, el negocio fiduciario se muestra como un negocio complejo, como una combinación entre un negocio real de transmisión plena, unido a un negocio obligacional que tiende a moderar los efectos de aquella transmisión. Pero en este sistema binario cada uno de los dos negocios produce sus efectos propios independientemente del otro. Queremos decir que el efecto del negocio obligatorio no consiste en anular los efectos del negocio transmisivo ni en condicionarlos (al menos en la construcción romanista del negocio fiduciario), sino en imponer al fiduciario la obligación de reparar los daños causados por su conducta desleal, dejando intacta la validez de la transmisión real operada. Tal es la doctrina clásica sobre el negocio fiduciario magistralmente expuesta por FERRARA, siguiendo las huellas de REGELBERGER. Según FERRARA¹³, el negocio fiduciario es una forma compleja que resulta de la unión de dos negocios de índole y de efectos diferentes puestos recíprocamente en antítesis: un *contrato real positivo* (la transferencia de la propiedad o del crédito tiene lugar de un modo perfecto e irrevocable) y un *contrato obligatorio negativo* (obligación del fiduciario de hacer sólo un cierto uso del derecho adquirido, para restituirlo después al transmitente o a un tercero). Este segundo con-

¹² Véase sobre este punto SIEBERT, *ob. cit.*, págs. 146 y sig.
¹³ *Della simulazione dei negozi giuridici*, pág. 57.

trato tiende a reservar al fiduciante una cierta influencia sobre la cosa transmitida, por cuanto puede imponer al fiduciario utilizar su posición jurídica sólo para ciertos fines y obligarle a la restitución del derecho del equivalente y, en caso de violación, al resarcimiento del daño. Pero esta influencia es sólo indirecta porque el convenio negativo no roza la eficacia real de la transferencia, no la limita ni la subordina, sino que intenta la reparación indirecta por vía de una obligación personal del fiduciario. Los dos negocios —real y obligatorio— corren entre sí paralelos y permanecen en cierto modo independientes, si bien el segundo ejerce una cierta coacción para no abusar de la eficacia del primero.

De esta construcción deriva la característica que la doctrina dominante atribuye al negocio fiduciario, es, a saber, la interna desarmonía entre el fin que se proponen las partes (simple garantía o conservación de la cosa o del derecho) y el medio jurídico empleado (transmisión de la propiedad de la cosa o del derecho). Se provoca un efecto jurídico más fuerte para conseguir un fin económico más débil. Hay, en suma, una contradicción entre el fin y el medio empleado. Esta contradicción o desarmonía se ve clara en los casos de la fiducia *cum creditore* (se transmite la propiedad de una cosa para garantizar con ella el pago de una deuda), mas no está tan clara en todos los casos de fiducia *cum amico*. GRASSETTI¹⁴ opina que esta divergencia entre los medios que se emplean y el fin que se persigue sólo es manifiesta en el caso del endoso pleno de un título de crédito con fines de mera cobranza. En tal caso se atribuye al endosatario un poder jurídico más

¹⁴ «Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico», en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1936, I, pág. 350.

amplio del que se necesitaba para conseguir el objeto propuesto. Pero tal divergencia no existe en otros casos; por ejemplo, cuando una persona, temiendo ver confiscados sus bienes situados en país extranjero, transfiere su propiedad a un amigo, ciudadano del país donde los inmuebles están situados, en la inteligencia de que, cesado el peligro de guerra, el *accipiens* restituirá la propiedad de los inmuebles; pues en este caso no hay ningún otro medio para asegurar al transmitente que sus bienes inmuebles no le serán confiscados, sino el que consiste en privarse de la propiedad de esos bienes. Y lo propio cabe decir, según este autor, en el caso del deudor obligado por las deudas, que transmite sus bienes a un amigo para que éste le salve del desastre; pues esta finalidad no se podría conseguir mediante el conferimiento de un simple mandato. En nuestra opinión, GRASSETTI confunde dos finalidades que van implicadas en los ejemplos que cita: la de escapar a una confiscación de bienes o a un embargo de los acreedores, que es la finalidad próxima, la cual ciertamente exige la transmisión de la propiedad al fiduciario; y la finalidad última de la operación fiduciaria, que consiste en conservar la propiedad de esos bienes. Y es evidente, a mi parecer, que esta última finalidad está en contradicción con el acto de su transmisión plena al fiduciario. En este sentido la doctrina tradicional sigue siendo exacta. Pensemos, por otra parte, que si no mediase esa desproporción entre el fin económico y el medio jurídico empleado, el negocio fiduciario no podría caracterizarse por la posibilidad de abuso por parte del fiduciario, con lo que el mismo concepto de esta categoría jurídica entraría en crisis.

Llegados a este punto, conviene advertir que al hablar de concepto de negocio fiduciario nos referimos

siempre a la llamada estructura romanista de ese negocio, como opuesta a la germanista¹⁵. Según la primera, el poder jurídico que recibe el fiduciario es ilimitado desde el punto de vista real, aunque por el *pactum fiduciae* se le obligue a hacer uso de ese poder sólo en interés del fiduciante. En cambio, según la construcción germanista, el derecho que adquiere el fiduciario está sometido a una condición resolutoria, de suerte que el abuso de este derecho provoca el retorno de los bienes al fiduciante o a sus herederos, incluso en perjuicio de terceros adquirentes. La concepción moderna del negocio fiduciario se inspira en la fiducia de tipo romano con su desdoblamiento tradicional en dos negocios: el negocio real positivo de transferencia y el negocio obligacional negativo o *pactum fiduciae*¹⁶. Al espíritu del Derecho continental no se adapta —como luego veremos— la estructura de la fiducia de tipo germánico,

¹⁵ Véase SCHULTZE: «Treuhander im geltendem bürgerl. Recht», en *Jher. Jahrb.*, 1901, págs. 6 y sig.; KLAUSING: «Fiduziarische Rechtsgeschäfte, einschliesslich Sicherungsübereignung», en *Rechtsvergleichendes, Handwörterbuch*, 1931, página 368; MESSINA: *Negozi fiduciari*, Milano, 1948, págs. 105, 136 y 156; SIEBERT: *Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis*, Marburg, 1933, págs. 34 y 44; GONZÁLEZ (Jerónimo): *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, tomo I, página 470.

¹⁶ CARIOTA-FERRARA (*ob. cit.*, pág. 16) critica la opinión de SCHULTZE, afirmando que en el propio Derecho alemán existe un obstáculo serio para la admisibilidad de la condición resolutoria, y, contra la opinión de SCHULTZE, estima que no constituye un remedio la institución de la anotación preventiva, porque el uso de este remedio presupone, en primer término, una diligencia no común que no es de presumir en los interesados profanos la mayor parte de las veces, y que además sirve para garantizar al fiduciante contra enajenaciones desleales, incluso frente a terceros; pero no sirve para dar el valor de condición que produzca *ipso iure* por su incumplimiento el retorno de los bienes al fiduciante, cosa que es un simple derecho personal a la restitución.

que conduce a una legitimación formal del fiduciario con simultáneo reconocimiento de un derecho real del fiduciante; a una división de derechos que convierte al fiduciario en propietario o acreedor formal o legal, mientras que la propiedad o el derecho de crédito material corresponden al fiduciante; a un fraccionamiento, en suma, del derecho de propiedad en *dominium legitimum* y *dominium naturale*, división ésta que es propia del Derecho feudal y que no ha pasado a los ordenamientos jurídicos contemporáneos, a excepción del Derecho inglés con la institución del «trust»¹⁷.

Los negocios fiduciarios subsisten en la vida moderna con la misma estructura compleja que recibieron en el Derecho romano, esto es, como combinación de una transmisión real y de un pacto que impone ciertas obligaciones al *accipiens*. La realidad de la vida contractual demuestra el error en que incurrió OERTMANN¹⁸ al afirmar como conclusión de su estudio sobre la fiducia romana que el negocio fiduciario se cuenta hace ya mucho tiempo entre las antigüedades históricas: «Derivado de la rigidez de un tráfico jurídico primitivo e ingenuo, y caracterizado en su configuración externa por el acto formal, no podía mantenerse frente a las exigencias de una evolución jurídica más elevada y de un tráfico más dinámico y vivaz». Sin embargo, este mismo autor reconoce que no por *dura necessitas*, sino

¹⁷ Sobre la sucesión histórica entre la fiducia romana y la germánica véase MESSINA, *ob. cit.*, pág. 137, y especialmente la página 156 sobre la condición resolutoria como limitadora del derecho real del fiduciario. Sobre este punto véase también SIEBERT (*ob. cit.*, págs. 34 y 44), CARIOTA-FERRARA (*ob. cit.*, págs. 9 y sigs.) y NAVARRO-MARTORELL (*ob. cit.*, págs. 73 a 78).

¹⁸ *Die fiducia in römischen Privatrecht*, Berlín, 1890, página 257.

por consecuencia de una libre elección, retorna siempre la divergencia entre la finalidad y el medio, entre lado interno y externo del negocio, como ya ocurría en la fiducia romana. Y apunta precisamente hacia la esfera del Derecho del tráfico mercantil, es decir, hacia aquellos negocios fundados en la buena fe de los contratantes, y que por esta razón tan precarios se muestran para el dueño del negocio desde el punto de vista estricto del Derecho. «Son innumerables —dice— los casos en que se transmite a alguien proforma un derecho de propiedad o de crédito para que quien lo recibe con plena legitimación externa ejercite el derecho en nuestro provecho o para su propia seguridad, pero sólo de manera interina.» Mas OERTMANN entiende que el vínculo que liga tal relación es sólo económico y no puede hallarse, como se hallaba en el Derecho romano, en la unidad formal del acto jurídico constitutivo, y que, en definitiva, puede hablarse de negocios fiduciarios en el mismo sentido en que se habla de negocios de crédito, de donaciones, de prenda y de usufructo, esto es, de figuras que no responden a un contenido jurídico unitario.

Mas la copiosa literatura que el negocio fiduciario ha suscitado en los últimos tiempos —y de la que se hallará una prueba abundante en otro lugar de este trabajo— está mostrando la vitalidad inextinguible de esta combinación jurídica, y más que en ningún otro sector en el ámbito del Derecho mercantil, sobre el cual hemos centrado nuestra investigación, recogiendo de la doctrina civilista sólo los instrumentos indispensables para nuestro estudio y remitiendo al lector a las obras generales de Derecho civil y a las abundantísimas monografías sobre concepto y estructura del negocio fiduciario.

POTESTADES DE ADMINISTRACIÓN Y DEBERES FIDUCIARIOS
UNA APROXIMACIÓN ANALÍTICA A LOS DEBERES ASOCIADOS A LA
ADMINISTRACIÓN DE UN PATRIMONIO AJENO

DIEGO G. PARDOW L.

Universidad de Chile

§1. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con ZWEIGERT y KÖTZ¹, todos los sistemas legales enfrentan esencialmente los mismos problemas, y aunque los métodos que utilicen para resolverlos pueden ser diferentes las soluciones a que llegan suelen ser similares. En Chile, la jurisprudencia reciente relativa a los problemas de gobierno corporativo en las sociedades anónimas ha denotado un interés creciente de la comunidad jurídica por establecer un esquema que permita regular las relaciones entre los accionistas y los administradores de una compañía. Para ello, buena parte de la doctrina nacional recurre a la noción de *relación fiduciaria*², una antigua categoría dogmática ampliamente desarrollada en los sistemas legales del *common law*. Sobre el particular, si

¹ ZWEIGERT y KÖTZ, *Introducción al Derecho Comparado*, Oxford University Press, Ciudad de Méjico, 2001, p. 39.

² Ver por ejemplo, CAREY, *De la sociedad anónima y la responsabilidad civil de los directores* (2ª edición), Editorial Universitaria, Santiago, 1993, pp. 137 y ss.; y ZEGERS y ARTEAGA, "Interés social, deber de lealtad de los directores y conflictos de interés en empresas multinacionales: Un análisis comparado con la regulación de los Estados Unidos de Norteamérica", en *Revista Chilena de Derecho* (U. Católica de Chile), vol. 31 N° 2, 2004.

DIEGO G. PARDOW L.

bien los fundamentos de esta doctrina pueden encontrarse implícitos en diversas instituciones reconocidas por el derecho chileno, al construir el esquema legal aplicable sobre la base de características privativas de la sociedad anónima las soluciones que entrega se presentan en un lenguaje extraño y lejano.

Desde una perspectiva analítica, los problemas asociados al gobierno de una sociedad anónima lejos de ser exclusivos de esta institución son similares a los que presentan todos los esquemas de gestión donde una persona administra un patrimonio ajeno en beneficio del dueño. Como puede apreciarse, bajo esta denominación se agrupa un conjunto bastante heterogéneo de relaciones jurídicas como las guardas, el mandato, la gestión de una empresa o la de un sindicato. Por otra parte, desde una perspectiva histórica la noción de la *relación fiduciaria* lejos de ser la única categoría dogmática que permite abordar estos problemas, es bastante semejante a la que propone la doctrina de los *derechos subjetivos* para las potestades de administración. Como suele suceder, el origen de todas estas reglas se encuentra en el *derecho romano* y un estudio de su evolución permite extraer los principios de justicia correctiva que subyacen a su formulación.

§2. ORIGEN DE LA NOCIÓN SOBRE RELACIONES FIDUCIARIAS

De acuerdo con GARRIGUES³, el origen de la noción sobre relaciones fiduciarias se encuentra en la antigua institución romana de la *mancipatio fiduciae causa*, un tipo de transferencia donde el aceptante no debía tener o guardar para sí el patrimonio o cosa que adquiría, sino que debía utilizarla para cumplir una función convenida por las partes. En el derecho romano, la *mancipatio* constituía un modo de adquirir formal y abstracto que cumplía una finalidad típica de intercambio. Para realizar la transferencia de un bien valioso (*res mancipi*), era necesario ejecutar un rito conocido

³ GARRIGUES, *Negocios fiduciarios en el derecho mercantil* (2ª edición), Civitas, Madrid, 1981, p. 16.

como *nuncupatio* donde se representaba una venta imaginaria mediante dos actos sucesivos, el de entrega real o ficticia de la cosa y el del pago del precio *per aes et libram*.

Atendido que las formalidades eran típicas y excluyentes, cualquier acuerdo mediante el cual las partes quisieran alterar los efectos puros y simples de la venta debía realizarse de manera accesoria. El problema que se generaba al buscar alterar la naturaleza abstracta de la *mancipatio*, radica en que la obligación que servía de causa a la transferencia no podía formar parte del acto y carecía de efectos reales sobre la cosa⁴. De esta manera, buena parte de los pactos accesorios se encontraban privados de efectos civiles y carecían de una acción típica que permitiera exigir su cumplimiento. En los *fiducia cum amico contracta* la transferencia buscaba un fin de colaboración sobre la base de la confianza en la persona del adquirente. Así, el cumplimiento de la función descansaba en la buena fe del adversario o en el temor a la infamia que recaía sobre quien faltase a su palabra⁵.

Para poder entender la amplia difusión de que fue objeto la *fiducia*, debe tenerse en cuenta que en el derecho romano la ausencia de un modelo general de representación impedía afectar la cosa a quien se hubiera obligado

⁴ Por el contrario, respecto de bienes de menor valía (*res nec mancipi*) pareciera no haber habido impedimentos para incorporar estos pactos accesorios en la tradición (v. IHERING, *El espíritu del derecho romano*, Oxford University Press, Ciudad de Méjico, 2001, p. 624).

⁵ Con el tiempo, la justicia del pretor fue remediando esta situación y a partir del imperio de Augusto se reconocieron acciones civiles para las obligaciones nacidas del pacto accesorio (Pandectas 2, 23). En efecto, de acuerdo con v. Savigny, la *fiducia* daba lugar a dos tipos distintos de acciones: por un lado, una acción de buena fe que permitía perseguir la restitución de la cosa; por otro, una *condictio* que buscaba obtener una compensación monetaria. Mientras el fundamento de esta acción de buena fe se encuentra en la infracción a una relación de confianza, la *condictio* busca suplir la pérdida de la acción reivindicatoria frente a una transferencia donde existe *causa data causa non secuta* (v. SAVIGNY, *Sistema de derecho romano actual*, Comares, Granada, 2005, pp. 1776-1777).

a cumplir la función⁶. Con todo, la especial relación de confianza entre quienes se encontraban vinculados por un pacto de *fiducia* parece haber sido el elemento determinante en su desarrollo⁷. Mientras en las operaciones de intercambio resultaba lícito aprovecharse de las ventajas que se tengan frente a la contraparte, el principio de cooperación que se realiza en la *fiducia* exigía no solamente cumplir con la palabra empeñada, sino mantener respecto a la cosa un comportamiento que responda a la costumbre de la gente honrada⁸. Por último, y más allá de la notable coincidencia terminológica, debe tenerse en cuenta que los principios de justicia que subyacen al régimen de acciones aplicable a la *fiducia* pueden también encontrarse en muchas otras instituciones romanas⁹.

⁶ Si bien existen situaciones donde el derecho romano permitía intervenir en un negocio a través de agentes, como sucedía cuando el *paterfamilias* actuaba por intermedio de sus hijos o esclavos, el principio *alteri stipulari nemo potest* parece haber sido la regla general (KASER, *Derecho romano privado*, Reus, 1998, pp. 343 y ss). Con el paso del tiempo, estas situaciones fueron superándose mediante la extensión por el pretor de las acciones aplicables *adictae qualiatas* (ver por ejemplo, Digesto 15, 4; y Digesto 14, 1).

⁷ Suele señalarse que la forma gramatical de esta institución enlaza la confianza (*fiducia*) del mancipante con la credibilidad (*fides*) del accipiente, haciendo patente la intensidad con que opera la buena fe en este pacto (D'ORS, *Derecho privado romano*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1997, p. 528).

⁸ Según SCHULZ, esta impronta altruista en la administración de un patrimonio ajeno, además de ser motivo de orgullo entre los romanos constituye uno de los principios rectores de su sistema legal. Así, como remarca en una referencia a Polibio "los que administran bienes entre los griegos no pueden respetar la fe, aunque se le haya confiado un solo talento y aun cuando tengan diez escribas y otros tantos sellos y dos veces tantos testimonios; los romanos en cambio, que como magistrados y como legados manejan grandes sumas, permanecen honestos" (SCHULZ, *Principios del derecho romano*, Civitas, Madrid, 2000, p. 248).

⁹ En esta situación se encontraba el *procurator ad litem*, el tutor y, en general, cualquiera que actuara *in domini loco* (ZIMMERMANN, *The law of obligations*, Oxford University Press, New York, 1996, pp. 50-51). Así también, la mujer que reclamaba un incumplimiento de los deberes de su marido al administrar una dote constituida por ella misma, podía optar entre una *condictio* y la *actio rei uxoriae*, una acción de buena fe. Del mismo modo, este régimen también se habría extendido al administrador del patrimo-

§3. DESARROLLO DE LAS RELACIONES FIDUCIARIAS EN EL *COMMON LAW*

El abandono de las formas solemnes produjo un creciente desuso de la *fiducia*. D'ORS¹⁰ señala que para la época de GAYO la utilización de esta institución era poco frecuente y su denominación sólo se mantuvo para designar una modalidad de enajenación. Paralelamente, el derecho romano vulgar introdujo cambios considerables para avanzar hacia un reconocimiento general de la representación utilizando la figura del mandato¹¹. Sin embargo, las transformaciones que trajo consigo el ocaso del imperio, lejos de sepultar los principios de justicia implícitos en la *fiducia* acentuaron las circunstancias que motivaron su nacimiento.

La necesidad de expandir el comercio durante la Edad Media propició el florecimiento de esquemas de gestión donde una persona debía administrar un patrimonio ajeno en beneficio del dueño. Así, por ejemplo, durante el siglo XI surgió en Inglaterra un acuerdo típico destinado a movilizar el capital necesario para realizar comercio de ultramar a grandes distancias. En la *commendata*, uno de los socios (*stans*) aportaba el capital quedándose en su patria y el otro se encargaba de realizar el viaje (*tractator*), dividiéndose a su regreso los beneficios. Cabe destacar que el riesgo que corría en estos casos el socio pasivo, posición generalmente ocupada por viudas, huérfanos u otras personas sin experiencia en los negocios, motivó que las doctrinas canonistas exigieran acentuar los deberes de buena fe del *tractator*¹².

nio de una sociedad, cuando a partir de una innovación introducida por Servio Sulpicio Rufo, se le permitió incorporarse como socio industrial sin participar de las pérdidas a que diera lugar su gestión (Digesto 17, 2, 29, 1)

¹⁰ D'ORS, op. cit., p. 528, nota 5.

¹¹ ZIMMERMANN, op. cit., p. 54.

¹² Según BERMAN, el desarrollo de esta institución demuestra una intención de separarse del modelo romano de *societas*, donde se exigía a los socios comprometer todo su interés de negocios en el giro de la compañía, hacia formas empresariales que permitieran afectar un patrimonio determinado al cumplimiento de una función y

Con todo, la noción de relación fiduciaria no se presenta solamente en relaciones jurídicas asociadas al nacimiento del derecho mercantil, sino que se encuentra incrustada en la organización económica de la sociedad medieval. De acuerdo con HOLMES¹³, bajo el sistema feudal la tenencia de un inmueble era sólo un accidente dentro de una compleja relación personal y la tierra se perdía por el incumplimiento de prestar los servicios para los cuales se había entregado. En Inglaterra, la importancia de la organización feudal durante la época formativa de su sistema legal motivó un temprano desarrollo de la noción de relación fiduciaria.

De manera análoga a lo que sucedía en el derecho romano, el origen de estas reglas no se encuentra en una disposición legal específica sino en usos y costumbres que fueron siendo paulatinamente reconocidos por la actividad de un funcionario judicial. Según GAUTREAU¹⁴, la rigidez y formalismo de los procedimientos ante tribunales reales, hizo necesaria la intervención del Lord Canciller incorporando esta institución de equidad para 'evitar que quienes se encuentren en una posición de poder abusen de su autoridad'. Una vez que el sistema feudal dejó de aplicarse, el desarrollo de la noción de *relación fiduciaria* siguió produciéndose caso a caso y mediante analogía, extendiendo las reglas que regulaban el uso de la tierra a todas las relaciones representativas y, en general, a todos los casos donde a una persona se le otorgaba una potestad para utilizarla en beneficio de otra¹⁵.

limitar los riesgos derivados su actividad comercial (BERMAN, *La formación de la tradición jurídica de occidente*, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de Méjico, 1996, pp. 349 y ss).

¹³ HOLMES, *The common law*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1964, p. 305.

¹⁴ GAUTREAU, "Demystifying the Fiduciary Mystique", en *Canadian Bar Review*, N° 68, 1989, p. 1.

¹⁵ Respecto de la administración de una empresa, antes de 1844 las compañías inglesas no tenían personalidad jurídica y el aporte de los socios se realizaba por medio de un *trust* en favor de los administradores. De acuerdo con Gower, si bien este formato

Dentro de los sistemas legales del *common law* cuando una persona está sometida a una *relación fiduciaria* debe responder del cumplimiento de dos tipos de deberes distintos. Mientras los *deberes de cuidado* obligan a que la forma de administrar el patrimonio sometido a su control se ajuste a ciertos criterios de prudencia, los *deberes de lealtad* exigen que la finalidad de satisfacer el interés del dueño gobierne en todo momento su toma de decisiones. Si bien esta distinción tiene un innegable sentido práctico, es precisamente la doble regulación de que es objeto la conducta del *fiduciario* lo que produce mayores dificultades interpretativas.

De acuerdo con SHEPHERD¹⁶, la presencia de deberes de lealtad representa la médula de las *relaciones fiduciarias* y constituye su principal elemento característico. No obstante, ello no implica un juicio respecto de la naturaleza más o menos fiduciaria de los deberes de cuidado o respecto de la intensidad con que operan ambos deberes para determinar el estándar de conducta exigible. Lo que sucede es que en los casos que trataban sobre infracciones a *deberes fiduciarios* el Lord Canciller otorgaba una acción atípica para el caso concreto (*action on the case*), distinta de las acciones por delitos civiles o por responsabilidad contractual que también podían resultar procedentes en atención al contexto de la relación. Atendido que la protección mediante acciones atípicas involucraba muchas veces un problema político de distribución de competencias, para que el Canciller procediera de esta manera resultaba necesario convencerlo de que los elementos diferenciales del caso propuesto justificaban un amparo judicial singular¹⁷.

de negocios fue abandonado para dar paso a la sociedad anónima, los tribunales mantuvieron respecto de sus administradores similares deberes a los que obligaban al *trustee* a gestionar el fondo común en beneficio de los constituyentes (GOWER, *Modern Company Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 1992, p. 550).

¹⁶ SHEPHERD, *Law of fiduciaries*, Carswell, Toronto, 1981, p. 48.

¹⁷ El Canciller era un funcionario nombrado por el Rey, por ello la emisión de una acción atípica implicaba invadir la competencia normativa de los barones. Atendido lo

De esta manera, como la naturaleza fiduciaria de los deberes de cuidado parecía no ser motivo suficiente para separarse del sistema general aplicable a contratos y delitos civiles, los abogados del *common law* desarrollaron la práctica de argumentar sobre la base del altruismo y honestidad implícito en los deberes de lealtad para poder enjuiciar el caso conforme a los principios de equidad que resultan aplicables a las acciones atípicas. Hoy en día, la protección judicial de las *relaciones fiduciarias* sigue realizándose a través de un sistema de acciones diferente al de contratos y delitos civiles¹⁸.

Sin embargo, la rigurosidad con que los tribunales norteamericanos sancionan las infracciones a deberes de lealtad no se debe a su *naturaleza fiduciaria*, sino a la discrecionalidad de la *función* encomendada a los administradores de una sociedad comercial. CLARK¹⁹ señala que como una manera de proteger la libertad de empresa y garantizar autonomía en la gestión, las reglas por infracción a deberes de cuidado se formulan negativamente. Así, las exigencias respecto de la conducta tienden a ser mayores frente a la presencia de una infracción a los deberes de lealtad que frente a una infracción a los deberes de cuidado, en atención a que se presume que el administrador de una compañía no es negligente cuando actúa en

anterior, en el año 1285 se publicó la *Ley de Westminster II*, a través de la cual se limitaron los poderes del Canciller para otorgar acciones atípicas sólo en los casos donde los hechos de la causa estuvieran *in consimili casu* con una acción existente, obligando a remitir al parlamento las situaciones que generaban duda o controversia (ZWEIGERT Y KÖTZ, op. cit., p. 197).

¹⁸ En efecto, en la formulación del deber de lealtad existe un fuerte componente ético que se expresa en un célebre fallo del juez CARDOZO, "Un fiduciario se encuentra sometido a reglas más estrictas que las que establecen la costumbre o la ética del mercado; no sólo debe ser simplemente honesto, sino que la honestidad en su punto más sensible debe ser su estándar de comportamiento a un nivel mayor que el aplicable al común de las personas" (citado en PINTO Y BRANSON, *Understanding Corporate Law* (2ª edición), LexisNexis, Danvers, 2004, p. 222).

¹⁹ CLARK, *Corporate Law*, Aspen Law & Business, Nueva York, 1986, p. 123.

beneficio de la sociedad. No obstante, fuera del ámbito empresarial esta doctrina (*business judgment rule*) resulta improcedente.

§4. DESARROLLO DE LAS RELACIONES FIDUCIARIAS EN EL DERECHO CIVIL

WIEAKER²⁰ señala que para poder entender la evolución del derecho privado debe tenerse en cuenta que sus reglas no sólo son manifestación innata e inconsciente de la vida de un pueblo, sino, sobre todo, expresión de procesos espirituales educativos e intuitivos. Pues bien, si lo anterior resulta ser cierto, la distinta manera en que los sistemas del *common law* y de *derecho civil* recibieron las reglas romanas de la *fiducia*, demuestra lo antónima que puede llegar a ser su manera de aproximarse a un problema jurídico. Mientras los sistemas legales del *common law* extrajeron el sentido práctico de la *fiducia*, extendiendo su ámbito de aplicación en una categoría rica en sustancia y de contornos imprecisos, los sistemas legales de derecho civil redujeron el modelo romano a su importancia sistemática, analizándolo principalmente como una forma de simulación²¹.

Sin embargo, en un mundo donde las solemnidades son excepcionales y existe un modelo general de representación, el *negocio fiduciario* aparece como una institución exótica y sin mucha relevancia práctica. Es por ello que esta institución es relativamente desconocida en países como el nuestro,

²⁰ WIEAKER, *Historia del derecho privado de la edad moderna*, Comares, Granada, 2000, p. 69.

²¹ De acuerdo con FERRARA, la principal virtud del *negocio fiduciario* se encontraría en su aptitud para demostrar la teoría del doble efecto, donde mientras con un *contrato real positivo* se transmite la propiedad, con un *contrato obligatorio negativo* se materializaba el deber de utilizar la cosa para cumplir una función determinada (FERRARA, *La simulación en los negocios jurídicos*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1931, p. 148). La teoría del doble efecto ha sido objeto de varias revisiones críticas, quizá la se cita más recurrente sea la de DE CASTRO, quien sostiene que la *causa fiduciae* no podía dar lugar a un contrato, sino que debía ser entendida como una carga personal que disminuía el beneficio del adquirente (DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1967, pp. 379 y ss.).

e incluso en lugares donde existen numerosos estudios sobre el tema su desarrollo jurisprudencial es bastante escaso²². De esta manera, para encontrar un marco conceptual que permita resolver los problemas que acarrea la administración de un patrimonio ajeno, resulta más provechoso dejar de lado por un momento la similitud terminológica y buscar en otro sitio.

Según BARROS²³, al desarrollar la doctrina de los derechos subjetivos los sistemas legales continentales buscaron remediar una necesidad histórica, al volver a mirar los problemas de la vida en sociedad desde la perspectiva práctica de las acciones que amparan una situación concreta. Atendido lo anterior, no es casualidad que sea precisamente en el marco conceptual de esa doctrina donde se incorpora una categoría dogmática que agrupa las situaciones donde alguien administra un patrimonio ajeno en beneficio del dueño, con un ámbito de aplicación suficientemente amplio y con propuestas de soluciones complementarias.

En la doctrina de los derechos subjetivos existe una categoría específica denominada *derechos-función* donde los límites de su ejercicio derivan de que no están establecidos en beneficio del titular sino de otra persona²⁴. Bajo

²² DIEZ-PICAZO, *Sistema de derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1998, t. I, pp. 531 y ss.

²³ BARROS, "Límites de los derechos subjetivos privados", *Revista de Derecho y Humanidades* (U. de Chile), N° 7, Nov. 1999, p. 3. Para una revisión del contexto histórico en que se produjo el desarrollo de la doctrina de los derechos subjetivos, WIEAKER, op. cit., pp. 246 y ss.; y VILLEY, *Estudios en torno a la Noción de Derecho Subjetivo*, U. de Valparaíso, Valparaíso, 1976, pp. 149 y ss.

²⁴ La denominación de esta categoría es un aspecto fuertemente debatido y su fórmula original ha sido objeto de numerosas revisiones sistemáticas. Así por ejemplo, KRAMER sostiene que los derechos-función no serían propiamente 'derechos' sino sólo potestades. Como remarca en una referencia, "nadie puede tener nunca un derecho para hacer algo; solamente se puede tener un derecho para que otra persona haga algo o se abstenga de hacerlo; en otras palabras, cualquier derecho en sentido estricto se refiere a la conducta de otro" (KRAMER, *A debate over rights*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, pp. 8 y ss). En contra, DABIN, quien señala que la naturaleza jurídica de los derechos-función depende de una aproximación teórica; bajo una perspectiva del derecho como *interés*,

esta categoría suelen incorporarse las guardas, la autoridad paterna, la administración de una sociedad conyugal o de una empresa y, en general, las mismas instituciones que se incluyen dentro de las *relaciones fiduciarias* en el *common law*. De acuerdo con v. THUR²⁵, la principal característica de estos derechos radica en ser *potestativos* y *funcionales*; son potestativos porque confieren competencias para intervenir en la esfera de interés de una persona distinta del titular; y son funcionales porque el destino asignado al patrimonio del principal define materialmente el ámbito legítimo para el ejercicio de la potestad.

Según DABIN²⁶, en esta categoría los derechos subjetivos toman el aspecto de una competencia y su noción de pertenencia se realiza porque el titular de la potestad se encuentra obligado a *tratar como suyos* los intereses que administra, pero al mismo tiempo tiene prohibido *tratarlos para sí*. De manera análoga a lo que sucede con los deberes de cuidado y de lealtad en la doctrina de las *relaciones fiduciarias*, la doctrina de los *derechos subjetivos* somete a quien se encuentra obligado al cumplimiento de una función a una doble regulación de su conducta.

En primer lugar, el ejercicio de una potestad resulta ilícito cuando existe *carencia* o cuando se realiza un *uso defectuoso*; en ambas situaciones,

el titular carece de interés personal para realizar la función y el derecho resulta desprovisto de contenido; al contrario, bajo una perspectiva del derecho como *voluntad* al realizar la función se realiza un poder de voluntad que justifica su amparo como derecho subjetivo (DABIN, *El Derecho Subjetivo*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp. 286 y ss.).

²⁵ v. THUR, *Tratado de las obligaciones*. Reus, Madrid, 1999, §2 *passim*.

²⁶ DABIN, op. cit., pp. 271 y ss. La relación que guardan estas ideas con la noción de *relación fiduciaria* puede apreciarse en una antigua sentencia alemana citada por Larenz, "existe *relación fiduciaria* cuando el *fiduciante* confía en administración al *fiduciario* un objeto de su patrimonio de forma que debe ejercitar en nombre propio el derecho transmitido, pero no en su propio beneficio" (LARENZ, *Derecho Civil Parte General*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, p. 764 —mis cursivas—).

el nivel de discrecionalidad es función negativa de la intensidad con que opera el control de su ejercicio. En seguida, también resulta ilícito el ejercicio de una potestad cada vez que el titular pone al servicio de un fin distinto al de su función el margen de libertad o discreción que se le ha otorgado; sin salirse del marco formal de su derecho, el titular realiza una *desviación de poder*. Como puede apreciarse, tanto el enfoque de las *relaciones fiduciarias* y como el de los *derechos subjetivos* proponen un esquema de análisis bastante semejante en sustancia, y hasta cierto punto complementario²⁷.

§5. LA FUNCIÓN COMO CRITERIO DE CALIFICACIÓN EN LAS RELACIONES FIDUCIARIAS

En una célebre metáfora, v. IHERING²⁸ señala que la forma es para los actos jurídicos lo que es el cuño para la moneda. De acuerdo con lo anterior y según lo expuesto, el método con que las *relaciones fiduciarias* y los *derechos-función* describen su objeto de estudio, vendría siendo el cuño de la cara y el sello de una misma moneda. Por ello, para poder valorar apropiadamente el problema subyacente a estas doctrinas, debe definirse cuál es el parámetro que permite comparar las distintas relaciones jurídicas donde se presenta.

Según Díez-PICAZO²⁹, el fundamento de una relación representativa se encuentra en el elemento fiduciario con confianza recíproca y mutua entre

²⁷ La relativa mayor difusión de que ha sido objeto en Chile la primera de estas doctrinas seguramente es consecuencia de las razones que señala TAPIA para la expansión del *common law* (TAPIA, *Código Civil 1855-2005*, Editorial Jurídica, Santiago, 2005, pp. 357-362). Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que existe un aspecto donde el ámbito de aplicación de las doctrinas expuestas se divorcia. Así, mientras el enfoque de las *relaciones fiduciarias* incorpora dentro de su explicación prácticamente todos los tipos de *relaciones profesionales*, el enfoque de los *derechos subjetivos* tiende a excluirlas.

²⁸ v. IHERING, op. cit., p. 599.

²⁹ Díez-PICAZO, *La representación en el Derecho Privado*, Tecnos, Madrid, 1979, p. 12.

las partes. No obstante, la representación no es un criterio concluyente toda vez que el principio *fiduciario* también se encuentra presente en relaciones jurídicas donde el administrador carece de poderes de representación³⁰. Aún más, LARENZ³¹ señala que la representación no siempre lleva aparejado el deber de proteger los intereses del representante, e incluso en ciertos casos el representante tiene el deber legal de ejecutar su encargo contraviniendo los intereses del representado.

STITCHKIN³² destaca que es el riesgo del negocio y no la presencia de poderes de representación lo que constituye el principal elemento de calificación en el mandato, ya que mientras los efectos jurídicos de la gestión pueden o no corresponder al principal, el resultado económico siempre le pertenece. Algo semejante sucede con una *relación fiduciaria*, el criterio concluyente para su calificación viene dado por la presencia de una *función* que al mismo tiempo legitima y limita la intervención del titular de una potestad sobre la esfera de intereses de un tercero beneficiario. Cuando se incorpora una *función* dentro de un esquema de gestión, necesariamente su estructura de distribución de riesgos cambia y como consecuencia se impone al titular el deber de desarrollar la *función* en beneficio del tercero. De acuerdo con RIBAS³³, una *función* presenta tres aspectos distintivos: *colaboración, sustitución y legitimación*.

³⁰ Así por ejemplo, mientras en las guardas el cargo lleva asociada la representación legal del pupilo, en el mandato esta modalidad es un elemento de la naturaleza y en las sociedades anónimas es la propia ley la que priva de facultades de representación a los directores individualmente considerados.

³¹ Así sucede con el síndico de quiebras, quien representa al mismo tiempo los intereses de la masa de acreedores y del fallido, pero la ley le obliga a ejercer su cargo en beneficio de los primeros aun en contra de la voluntad e intereses del segundo (LARENZ, op. cit., p. 761).

³² STITCHKIN, *El mandato civil*, Editorial Jurídica, Santiago, 1950, p. 59.

³³ RIBAS, *Aproximación al estudio del Deber de Lealtad del Administrador de Sociedades*, Tesis Doctoral (U. Autónoma de Barcelona), Barcelona, 2004.

En primer lugar, la *colaboración* constituye la causa y el límite para el desarrollo de una *función*, en cuya virtud el administrador debe desplegar su conducta para promover y defender los intereses del beneficiario. En este sentido, DABIN³⁴ señala que frente al *principio egoísta* que se realiza en la mayoría de los derechos subjetivos, la idea de *función* se inspira en un *principio altruista* que obliga el titular de una potestad a anteponer en todo momento a su propio interés el interés del beneficiario³⁵.

En seguida, la *sustitución* se presenta en una relación de medio a fin respecto de la *función*, de manera que a través del ejercicio de sus potestades el titular debe buscar satisfacer los intereses del beneficiario. Según FLUME³⁶, la *sustitución* no implica reemplazar la voluntad del *dominus* sino simplemente ocupar su lugar dentro de los supuestos de hecho de una relación jurídica. Así, el titular de la potestad actúa como depositario de los intereses del beneficiario sustituyéndole en las relaciones jurídicas a que dé lugar el desarrollo de la *función*.

Por último, la *legitimación* es la circunstancia que autoriza la injerencia del titular dentro de la esfera de interés del beneficiario y permite traspasarle los riesgos del negocio. De acuerdo con v. THUR³⁷, la *legitimación* es la facultad para producir efectos en la esfera de otro sujeto de derecho mediante su voluntad jurídico negocial o para participar en la producción de

³⁴ DABIN, op. cit., p. 276.

³⁵ Un razonamiento similar puede encontrarse en el análisis que suele realizar la doctrina del *common law* para determinar la procedencia del principio de *caveat emptor* (KENT, *Commentaries on American Law* [15ª edición], Halsted, Nueva York, 1997-2002, V. II, P. V, Lec. XXIX; más modernamente, EPSTEIN, *Torts*, Nueva York, Aspen Law & Business, 1999, pp. 547-555; y para una explicación del origen de esta doctrina durante el siglo XVIII, GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford University Press, Oxford, 1991, p. 159).

³⁶ FLUME, *El acto jurídico*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pp. 881 y ss.

³⁷ v. THUR, op. cit., pp. 229 y ss.

tales efectos. Con todo, atendido que la función determina el ámbito dentro del cual puede ejercerse una potestad, la *legitimación* no se extiende más allá del alcance material de la relación³⁸.

§6. ESQUEMA ANALÍTICO PARA LAS
RELACIONES FIDUCIARIAS EN EL DERECHO CHILENO

Generalmente todos los sistemas legales incorporan un número considerable de *potestades de administración* repartidas entre sus distintas áreas temáticas y para cuyo ejercicio suelen imponer *deberes fiduciarios* semejantes. Según lo expuesto, la presencia de una función es el criterio concluyente para poder agrupar distintos tipos de esquemas de gestión dentro de la categoría de relaciones fiduciarias. De acuerdo con DABIN³⁹, mientras algunos de estos esquemas de gestión se establecen sobre la base de una cierta cualidad objetiva (patria potestad, herencia, etc.), en otras se designa al titular en razón de sus cualidades personales. Para los efectos de esta ponencia resultan particularmente interesantes los esquemas de gestión que se presentan en tres ámbitos: *autonomía de la voluntad, interés superior del menor e interés social*.

En un primer nivel de análisis, cuando el *beneficiario* es capaz de sostener una voluntad propia y autónoma la atribución de competencias es el resultado de una decisión acerca de la forma más conveniente para realizar un negocio. De acuerdo con BARROS⁴⁰, la principal regla que otorga dere-

³⁸ Lo señalado respecto del alcance de la *legitimación* es principio bastante asentado en el *common law* para las *relaciones fiduciarias* (ver por ejemplo, Restatement, §874 comentario [a]) y que tiene una de sus manifestaciones más interesantes en la antigua doctrina inglesa del *ultra vires*. Según esta doctrina, una sociedad sólo es persona jurídica dentro del objeto para el cual fue creada y fuera de él no existe; en consecuencia, los actos y contratos que celebre fuera de su objeto son nulos porque no es capaz de obligarse (GOWER, op. cit., pp. 166-185; y para una aproximación desde el derecho nacional, VARGAS, *La Sociedad Anónima en el Derecho Anglonorteamericano*, Editorial Jurídica, Santiago, 1964, pp. 83-88).

³⁹ DABIN, op. cit., p. 290.

⁴⁰ BARROS, *Límites...*, p. 22.

chos potestativos es la del artículo 1545 del Código Civil que consagra la facultad de los particulares para regular mediante contratos sus relaciones privadas patrimoniales. En estos casos, la función desarrolla el principio de *autonomía de la voluntad y la relación fiduciaria* constituye un elemento de calificación e interpretación de la voluntad del beneficiario.

La institución más apropiada para analizar este tipo de función es el *mandato*, donde la mayoría de sus reglas legales operan dispositivamente. Dentro de los límites generales del acto jurídico, las partes son soberanas para determinar concretamente el contenido de la función y pueden incluso alterar su *naturaleza fiduciaria*. Efectivamente, y sin perjuicio de los problemas de calificación que genera, el artículo 2152 del Código Civil permite al mandatario asumir todos los riesgos de la gestión al hacerse cargo hasta del caso fortuito asociado al encargo⁴¹.

De acuerdo con RIPERT y BOULANGER⁴², en contraposición a este tipo de función se encontrarían tanto la representación de los incapaces como la administración del patrimonio de una persona jurídica, ya que en ambos casos los *beneficiarios* de la función se encuentran imposibilitados de sostener una voluntad autónoma e independiente. Mientras que respecto de los incapaces la proposición resulta bastante evidente, en el caso de las personas jurídicas esta circunstancia deriva de que la naturaleza artificial de su personalidad determina que todos sus actos deban realizarse por intermedio de una persona natural.

Respecto de los primeros, dentro de las relaciones de familia la radicación de la administración del patrimonio en un tercero obedece a una

⁴¹ STITCHKIN, op. cit., p. 461.

⁴² RIPERT y BOULANGER (*Tratado de Derecho Civil*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1965, t. 5 [2ª parte], T. IV, V. I, p. 160), quienes señalan que en ambos casos se generaría una *simple representación de intereses* que acentúa los deberes de buena fe del mandatario o representante.

imposibilidad legal por parte del *incapaz* para administrar sus negocios personalmente. En estos casos, la función típicamente desarrolla el principio del *interés superior del menor* y la *relación fiduciaria* se explica como un correlato a la posición de indefensión en que se encuentra un sujeto protegido por el *orden público*.

Así sucede generalmente con las *guardas*, donde la mayoría de sus reglas operan de manera imperativa y establecen deberes específicos para que el titular se preocupe de velar por la conservación del peculio administrado. En general, el Código Civil sujeta a los *guardadores* a numerosas prohibiciones y formalidades habilitantes, les exige colocar el dinero ocioso del pupilo al interés corriente y les obliga a perseguir los créditos inmediatamente que sean exigibles. De esta manera, la propia ley define expresamente la *finalidad* de la función y regula en detalle la *forma* en que debe ser desarrollada, dejando al titular un escaso margen de discreción y autonomía.

Con relación a las *personas jurídicas*, el esquema de gestión obedece a una intención de crear un patrimonio de afectación que coordine y otorgue estabilidad a sus intereses. Según CARBONNIER⁴³, los constituyentes realizan un ejercicio de antropomorfismo intuitivo que introduce a un tercero entre las personas naturales que ocupan el lugar de beneficiario y las personas naturales que actúan como titulares de la potestad. En estos casos, la función desarrolla el principio de *libertad de asociación* y la relación fiduciaria se presenta como un correctivo de justicia que permite *levantar el velo* que separa al titular del beneficiario. Con todo, a la hora de examinar en concreto los tipos de *personas jurídicas* el análisis se complica y el esquema general propuesto deja de apuntar hacia una dirección específica.

En primer lugar, mientras en la mayoría de los casos se encuentra entregado a la discreción de los constituyentes dar contenido a la función al acordar los estatutos en ejercicio de su *libertad de asociación*, existen

⁴³ Citado en TAPIA, op. cit., p. 100.

circunstancias donde la ley interviene limitando su libertad al determinar el objeto de la persona jurídica en todo o en parte. Así sucede con las compañías de seguro, los bancos, las administradoras de fondos de pensiones, las bolsas de valores y la mayoría de las empresas públicas. Quizá, la función de una persona jurídica que se encuentra más desarrollada por el legislador sea la de los sindicatos, donde el Título I del Libro III del Código del Trabajo incorpora un catálogo bastante descriptivo del conjunto de actividades lícitas a que puede dedicarse y entrega reglas específicas respecto de la administración de su patrimonio.

En seguida, el *velo corporativo* que separa al titular del beneficiario tiene un peso relativo diferente cuando la persona jurídica opera bajo un criterio de unanimidad que cuando lo hace bajo uno de mayoría. En la medida que las decisiones se adoptan por *unanimidad* de los miembros, el esquema de gestión sigue una lógica similar a la del mandato y la relación fiduciaria se expresa en reglas de derecho *dispositivo* que establecen obligaciones de *buena fe* entre los socios. Al contrario, en los casos donde existe un *interés minoritario* que puede ser defraudado durante el desarrollo de la función, la relación fiduciaria suele justificarse como una institución de *orden público* que limita el ejercicio del *principio mayoritario* por parte de los administradores y/o controladores⁴⁴.

Por último, la legitimación del beneficiario dentro de la relación fiduciaria cambia radicalmente según si la persona jurídica tiene o no un *fin de lucro*. En el caso de las primeras, la *libertad de asociación* toma la forma del principio de *libertad de empresa* y la relación fiduciaria busca proteger que el desarrollo del *giro de la compañía* este orientado a realizar el *interés*

⁴⁴ En este sentido, TAPIA, op. cit., p. 255; y LYON, op. cit., p. 68. Esta posición parece haber sido recogida por cierta jurisprudencia administrativa y judicial en materias relativas al gobierno corporativo de sociedades anónimas (ver por ejemplo, SVS, oficio N° 1.425 de 12 de abril de 1985; y C. Suprema, 23 de marzo de 2004, Rol N° 2.459-03).

*societal*⁴⁵. Respecto de las segundas, los miembros de una asociación sin fines de lucro no tienen siquiera una propiedad indirecta o mediata sobre el patrimonio de la persona jurídica y desde el punto de vista del derecho privado cuesta poder dar contenido a una relación fiduciaria donde los *beneficiarios* carecen de un interés patrimonial en el desarrollo de la *función*.

§7. PROBLEMAS Y REMEDIOS EN LAS RELACIONES FIDUCIARIAS

En general, los principios de justicia correctiva que subyacen al desarrollo comparado de los deberes asociados a una *relación fiduciaria* o al ejercicio de un *derecho-función* pueden encontrarse bajo una denominación diferente en diversas reglas del derecho privado nacional. Así por ejemplo, suele señalarse que todos los administradores de un patrimonio ajeno se encuentran sujetos al deber de llevar y rendir cuentas⁴⁶. Del mismo modo, ABELIUK⁴⁷ destaca que la cuarta clase de la prelación de créditos agrupa aquellos que tenga el dueño de un patrimonio por la responsabilidad que pueda corresponder al titular de la potestad por el ejercicio de sus facultades de administración.

Desde una perspectiva funcional, todas las relaciones fiduciarias suponen un *problema de agencia*⁴⁸. Cuando una persona se incorpora a una relación de este tipo, entrega un bien valioso para que el titular de la potestad lo utilice en el desarrollo de la *función*, produciéndose una *solución*

⁴⁵ Para un análisis del concepto de interés social en las sociedades anónimas, SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Librairie Sirey, Paris, 1970, pp. 23 y ss.; y para una aproximación desde el derecho nacional, PELLEGRINI, *Conflicto de Interés en el directorio de una Sociedad Anónima* (Tesis de licenciatura), U. Católica de Chile, Santiago, 2001, pp. 54 y ss.

⁴⁶ Ver por ejemplo los artículos 415, 1309, 2080 y 2155 del Código Civil.

⁴⁷ ABELIUK, *Las Obligaciones*, López-Viancos, Santiago, 1970, p. 643.

⁴⁸ Para un análisis del problema de agencia que envuelve el gobierno de una sociedad anónima, ver KRAAKMAN y otros, *The anatomy of corporate law*, Oxford University Press, Nueva York, 2004, pp. 21 y ss.

cooperativa que satisface los intereses del beneficiario. El problema de agencia radica en que la *razonabilidad económica* indica que los *incentivos naturales* del titular serán a descuidar el desarrollo de la *función* o simplemente a utilizar su posición para obtener un beneficio personal.

Frente a estas circunstancias, la labor normativa del derecho privado consiste en incorporar los remedios legales que permitan proteger las expectativas de confianza que tiene el beneficiario en orden a que su patrimonio será administrado de buena fe. Sin embargo, teniendo en cuenta que la economía interna de una *relación fiduciaria* exige que sea el beneficiario quien deba soportar los riesgos de la gestión, no debe evaluarse simplemente el resultado que se obtenga sino principalmente la *forma* y *finalidad* con que se llevó a cabo.

Según v. IHERING⁴⁹, la gran ventaja que ofrece la *forma* radica en la facilidad y seguridad que otorga al diagnóstico jurídico. Cuando la ley o el contrato que regulan la *función* establecen límites formales, restringen al máximo las facultades del titular para interpretar el interés del beneficiario y clausuran el debate respecto de la licitud con que se ejercieron las potestades. Así sucede en las guardas, donde la infracción a las formalidades habilitantes que debe cumplir el tutor o curador genera la nulidad de la transferencia; en el mandato, donde la extralimitación del mandatario respecto de los poderes conferidos acarrea la inoponibilidad del acto; y también en las sociedades anónimas, donde las facultades de representación del directorio se encuentran limitadas orgánicamente por las materias privativas de la junta de accionistas.

Fuera del ámbito de aplicación de las reglas que establecen límites formales, la determinación de los medios para el desarrollo de la *función* se encuentra entregada a la discreción del titular y el potencial abuso a que pueda dar lugar constituye un problema interno. En efecto, tanto en la

⁴⁹ v. IHERING, op. cit., pp. 598 y ss.

noción de *deberes de cuidado* como en la de *uso defectuosolcarencia* se encuentra implícito un problema de prudencia en la administración que se resuelve conforme a las reglas de *responsabilidad* contractual o extracontractual, según la naturaleza jurídica del acto atributivo de competencia. Con todo, en estos casos la *relación fiduciaria* mantiene una importante virtud interpretativa al permitir determinar el estándar de diligencia aplicable al titular en atención al tipo de función que desarrolla. Así por ejemplo, mientras el tutor o curador deben velar por la conservación del peculio administrado, los directores de una sociedad anónima tienen que orientar su gestión a los negocios destinados a obtener utilidades y correlativamente ejecutar operaciones que acarrearán un mayor riesgo de ganancia o pérdida.

Respecto de la finalidad, salvo por un acto irracional o de mera venganza, los problemas que genera se producen frente a la existencia de un interés incompatible. Desde un punto de vista práctico, la manera en que la doctrina comparada enfrenta el conflicto de intereses puede resultar bastante difícil de asimilar. Así, mientras en los sistemas legales del *common law* utilizan un lenguaje que heredaron del uso medieval de la tierra, los sistemas legales de derecho civil incorporan la desviación de fines como una forma de *abuso del derecho*⁵⁰. En atención que ambas categorías generan una carga argumentativa adicional, la manera más sencilla de proteger el cumplimiento de la finalidad es extendiendo las reglas sobre conflicto de intereses en el autocontrato, desarrolladas desde antiguo por la doctrina nacional⁵¹.

⁵⁰ Así por ejemplo, para la doctrina francesa el ejercicio de potestades de administración es uno de los ámbitos naturales de aplicación de la doctrina de abuso del derecho y buena parte de los deberes aplicables a los administradores se construyen a partir de situaciones de apropiación (MAZEAUD y MAZEAUD, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil*. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1962, t. 1, v. 1, p. 267; y RIPERT y BOULANGER, op. cit., p. 80; y KRAAKMAN y otros, op. cit., p. 116).

⁵¹ Ver, ALESSANDRI, "La autocontratación o el acto jurídico consigo mismo", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* N° 28, 1931; y más recientemente, LYON, "Conflicto

Conforme a lo anterior, la presencia de un *conflicto de intereses* en negocios donde el titular se encuentra a ambos lados del acto o contrato, representa un *riesgo adicional* para el beneficiario que se aparta de la manera en que naturalmente se ejecutaría el encargo y debe ser *expresamente autorizado* por el beneficiario. En definitiva, la presencia de un conflicto de intereses constituye una oportunidad para que el titular se aproveche de la posición de confianza que ocupa y obtenga una ganancia a espaldas del beneficiario. Tanto en las guardas como en el mandato, esta autorización constituye una formalidad habilitante mediante la cual el beneficiario asume explícitamente el riesgo que representa un conflicto de intereses y cuya omisión da lugar a la nulidad del acto.

En las sociedades anónimas, no se sigue la misma regla pero sí el mismo principio. De acuerdo con el artículo 42 de la ley N° 18.046, los actos en que exista un conflicto de intereses están sujetos a un procedimiento previo de aprobación cuya omisión no acarrea la nulidad del acto sino solamente la responsabilidad de los directores. Lo que sucede, es que al carecer de poder para representar individualmente a la compañía, los directores sólo pueden influir en la toma de decisiones en la compañía y el conflicto de intereses adopta un perfil más sutil y amplio que en el autocontrato. De manera similar a lo que sucede con el dolo en el acto jurídico, cuando la voluntad del agente pasa de ser determinante a ser incidental, la sanción por una infracción a las normas sobre conflicto de intereses deja de preocuparse por la nulidad del acto para centrarse en la responsabilidad civil del implicado.

En conclusión, tanto respecto de la forma como de la finalidad, cuando el patrimonio del beneficiario resulta protegido mediante reglas de ineficacia la justicia de contenido en la gestión no resulta relevante. No sucede lo

de Intereses en las Sociedades", en *Revista Chilena de Derecho* (U. Católica de Chile), vol. 29 N° 1, 2002, pp. 68 y ss.; y RODRIGUEZ, "La autocontratación en las empresas individuales de responsabilidad limitada", en *Cuadernos de extensión jurídica* (U. de los Andes), N° 8, 2004, p. 112.

mismo cuando se recurre al sistema de responsabilidad, donde el desafío que presenta un *problema de agencia* consiste en proteger las *expectativas de confianza* del beneficiario reparando el equilibrio de la relación. Atendido que el número y tipo de expectativas que puedan generarse es infinito, la naturaleza de la relación determina hasta qué punto esas expectativas son razonables y deben ser satisfechas por el titular. Al analizar las relaciones fiduciarias desde la perspectiva de las expectativas normativas que recíprocamente tenemos respecto del comportamiento de los demás⁵², los conceptos tradicionales de *culpa aquiliana* y *buena fe contractual*, expresan lo que se puede exigir a una persona diligente y tienden naturalmente a representar las expectativas reales que cualquier beneficiario puede llegar a tener respecto del comportamiento de cualquier titular⁵³.

⁵² El concepto de expectativas normativas es un aspecto esencial para entender la lógica de funcionamiento de la responsabilidad civil. Para una aproximación desde el derecho privado, BARROS, *Rechtsgeltung und Rechtsordnung*, Tesis Doctoral (U. de Munich), Munich, 1984, p. 80; y sobre los aspectos lógicos de estas reglas espontáneas, WITGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*, Crítica, Barcelona, 1988, p. 201.

⁵³ En Chile, en la mayoría de los casos donde se dio por establecido el requisito de la culpa estaba involucrada una desviación de fines del titular. Así, en un caso donde se enajenaron ciertos activos de una empresa pesquera a un precio sustancialmente menor al de mercado, la Corte de Santiago no se detuvo mayormente en el mérito de la operación sino que fundó la responsabilidad en la circunstancia de que el gerente general y uno de los directores de la empresa vendedora, eran simultáneamente los dueños principales de la empresa compradora (C. de Santiago, 11 de octubre de 2000, Rol N° 3.752-97). De la misma manera, en otro caso la Corte Suprema revirtió el fallo de instancia que había considerado ajustada a derecho la cancelación por parte del gerente general de una deuda que la sociedad mantenía con una empresa en la que participaba como accionista, argumentando que si la actividad de los gerentes no persigue el interés social o bien persigue el interés individual existe culpa y responsabilidad consiguiente (C. Suprema, 23 de marzo de 2004, Rol N° 2.459-2003). Incluso, en el célebre fallo de apelación pronunciado en contra de los denominados *gestores claves* en el caso *Chispas*, se determinó que había existido culpa a pesar de que la naturaleza sancionatoria del procedimiento no permitía un pronunciamiento respecto del daño (C. de Santiago, 8 de julio de 2004, Rol N° 7.534-2002).

CONTRACT AND FIDUCIARY DUTY*

FRANK H. EASTERBROOK and DANIEL R. FISCHEL
University of Chicago

Agency is the fiduciary relation which results from the manifestation of consent by one person to another that the other shall act on his behalf and subject to his control, and consent by the other to so act. [*Restatement (2d) of Agency* § 1 (1958)]

I

FOR centuries courts have required trustees to serve the interests of beneficiaries loyally—with the same devotion that the trustees dedicate to their own interests. The duty of loyalty, coupled with restitution of any gain the trustee obtains by favoring his own interest, defines a special relation.

During the last two centuries, courts have been adapting this duty of loyalty and its remedy to other agency relations, under the title “fiduciary” duty.¹ That is adaptation, not extension. The many agency relations that fall under the “fiduciary” banner are so diverse that a single rule could not cover all without wreaking havoc. Courts have applied the term to relations as diverse as guardian-ward, attorney-client, and bank-borrower.

Does anything other than the word “fiduciary” and an appeal to a duty of loyalty (in its strong form, a duty that the agent work for the “exclusive benefit” of the principal) unite these situations? Principles of ethics? Is the fiduciary morally bound to act in a particular way, perhaps? Or are the different situations wholly distinct, so that a union’s fiduciary “duty of fair representation” in labor law is unrelated to a corporate manager’s fiduciary obligations to investors?

* Presented at the John M. Olin Centennial Conference in Law and Economics at The Law School, The University of Chicago, April 7–9, 1992. Frank Easterbrook is a Judge, United States Court of Appeals for the Seventh Circuit; Senior Lecturer, The Law School, The University of Chicago. Daniel Fischel is Lee and Brena Freeman Professor of Law, The Law School, The University of Chicago.

¹ L. S. Sealy, *Fiduciary Relationships*, [1962] *Cambridge L. J.* 69, 71–72.

[*Journal of Law & Economics*, vol. XXXVI (April 1993)]
© 1993 by Frank H. Easterbrook and Daniel R. Fischel.

We have suggested in earlier writings that the duty of loyalty is a response to the impossibility of writing contracts completely specifying the parties’ obligations.² No contract can cover all contingencies, but often the parties can handle the major ones. Sometimes, however, the contracting problem is intractable, at least at the outset of the parties’ dealing. (We return in Section III to this important qualification.) One party to the contract may desire an objective (maximum income from an investment, a favorable outcome to litigation) but have neither an idea nor much concern how the objective is to be achieved. Specialists in achieving this objective (trustees, managers, lawyers) agree to lend their efforts. When the task is complex, when efforts will span a substantial time, when the principal cannot measure (or evaluate) the agent’s effort, when an assessment of the outcome is not a good substitute for measuring effort (because the outcome may be attributable to luck, or to a superior effort by some competitor), and when a relative shortage of information hinders the drawing of conclusions even when the outcome may be highly informative, a detailed contract would be silly. When one party hires the other’s knowledge and expertise, there is not much they can write down. Instead of specific undertakings, the agent assumes a duty of loyalty in pursuit of the objective and a duty of care in performance. These legal duties reflect both the nature of the principal’s choice (he is hiring expertise) and an obvious condition (the principal is unwilling to put himself at the mercy of an agent whose effort and achievements are both exceedingly hard to monitor). This is the “fiduciary” package, but it is still empty. What do terms such as “duty of loyalty” mean? Because the process is contractual—because both principal and agent enter this understanding for gain—the details should be those that maximize that gain, which the contracting parties can divide.

Ever since Ronald Coase published “The Problem of Social Cost,” it has been understood that legal rules can promote the benefits of contractual endeavors in a world of scarce information and high transactions costs by prescribing the outcomes the parties themselves would have reached had information been plentiful and negotiations costless.³ Legal

² For example, see Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, at chs. 4–5 (1991); Daniel R. Fischel, *The Economics of Lender Liability*, 99 *Yale L. J.* 131, 140–47 (1989); Daniel R. Fischel & John H. Langbein, *ERISA’s Fundamental Contradiction: The Exclusive Benefit Rule*, 55 *U. Chi. L. Rev.* 1105 (1988); Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *Corporate Control Transactions*, 91 *Yale L. J.* 689, 700–715 (1982); Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *Antitrust Suits by Targets of Tender Offers*, 80 *Mich. L. Rev.* 1155, 1171–78 (1982).

³ 3 *J. Law & Econ.* 1 (1960).

rules cannot transfer wealth from agents to principals—not so long as the price agents collect for their services is unregulated. Acting on moral belief that agents *ought* to be selfless will not make principals better off; it will instead lead to fewer agents, or higher costs of hiring agents. With powers hedged in by competition and the price system, judges must choose between promoting the parties' contracting (and thus increasing both private and social wealth) and frustrating it (injuring the parties and society). That is not a hard choice. Providing, as a public service, the rules the parties themselves would have chosen in a transaction-cost-free world fosters instrumental and ethical objectives at the same time.

So, we concluded, a "fiduciary" relation is a contractual one characterized by unusually high costs of specification and monitoring. The duty of loyalty replaces detailed contractual terms, and courts flesh out the duty of loyalty by prescribing the actions the parties themselves would have preferred if bargaining were cheap and all promises fully enforced. The usual economic assessments of contractual terms and remedies then apply. Fiduciary duties are not special duties; they have no moral footing; they are the same sort of obligations, derived and enforced in the same way, as other contractual undertakings.⁴ Actual contracts always prevail over implied ones. Obligations implied to maximize value in high-transactions-costs cases may have some things in common, but differences in the underlying transactions will call for different "fiduciary" obligations, just as actual contracts differ across markets.

Courts may of course deny that fiduciary obligations are fundamentally contractual. What courts cannot do is improve the lot of persons who in the future encounter situations similar to the ones at hand. Suppose a

⁴ See Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* 100–101 (3d ed. 1986); Henry N. Butler & Larry E. Ribstein, *Opting Out of Fiduciary Duties: A Response to the Anti-Contractarians*, 65 *Wash. L. Rev.* 1, 28–32 (1990); Brian R. Cheffins, *Law, Economics and Morality: Contracting Out of Corporate Law Fiduciary Duties*, 19 *Canadian Bus. L. J.* 28 (1991); Jonathan R. Macey, *An Economic Analysis of the Various Rationales for Making Shareholders the Exclusive Beneficiaries of Corporate Fiduciary Duties*, 21 *Stetson L. Rev.* 23, 25, 36–43 (1991); *Market Street Associates Limited Partnership v. Frey*, 941 F.2d 599, 591–93 (7th Cir. 1991) (Posner, J.). Compare with Alison Grey Anderson, *Conflicts of Interest: Efficiency, Fairness and Corporate Structure*, 25 *U.C.L.A. L. Rev.* 738 (1977); Ernest J. Weinrib, *The Fiduciary Obligation*, 28 *U. Toronto L. J.* 1 (1975). There is surprisingly little commentary from other scholars on the economics of fiduciary duty. With the exception of Posner's *Economic Analysis of Law*, none of the textbooks has an entry for "fiduciary" in the index. Two important articles address the fiduciary relation from the perspective of disgorgement remedy. See W. Bishop & D. D. Prentice, *Some Legal and Economic Aspects of Fiduciary Remuneration*, 46 *Mod. L. Rev.* 289 (1983); Robert Cooter & Bradley J. Freedman, *The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences*, 66 *N.Y.U. L. Rev.* 1045 (1991). We return to this subject in Section III.

court were to say that a broker, as the fiduciary of a client receiving investment advice, may recommend only stocks whose worth the broker has investigated personally and that because of the exclusive-benefit rule the broker's employer may not trade in the market as a principal while giving recommendations to customers.⁵ Suppose the court adds that it recognizes that the parties, if able to contract at low cost, would provide otherwise, but it concludes that "high standards of commercial honor and just and equitable principles of the trade" override considerations of mere monetary advantage.⁶ Such a decision might produce a windfall for the plaintiff today. What of tomorrow? Prices and practices would adjust. Firms such as Merrill Lynch might spin off a separate brokerage arm, separating advice to customers from dealing as a principal; horizontal disintegration means lost economies of scope and higher prices for customers without better advice. Or perhaps brokers will do more research (for which they must charge clients) even though prices in competitive markets are more informative (and better protection to customers) than any news a broker is apt to scare up. Other courses are open: brokers could refrain from making recommendations (even about how to balance a portfolio, the sort of recommendation that is useful no matter how efficient the price-setting mechanism in markets) or could raise their commissions to cover the extra costs. Brokers might solicit waivers from their clients, which entails longer phone calls or delay to send, read, sign, and return forms in which the client authorizes the broker to act as a dealer too. Time is valuable on both sides, so this process of express contracting both raises the price the broker will charge and diminishes the investor's benefit from the transaction. *Both* sides would have been better off had the court selected a rule that enabled them to save these costs. What is true for this agency relation is true for fiduciary relations in general.

⁵ No court has held this, but decisions such as *Chasins v. Smith, Barney & Co.*, 438 F.2d 1167 (2d Cir. 1970), look in that direction. We take up in Section II the question of whether a market maker may "trade ahead" of its client. *E. F. Hutton & Co., CCH Fed. Sec. L. Rep.* 184,303 (S.E.C. Rel. No. 25887, July 6, 1988). See also *Burdett v. Miller*, 957 F.2d 1375 (7th Cir. March 6, 1992); *United States v. Dial*, 757 F.2d 163 (7th Cir. 1985).

⁶ The quoted language, from the National Association of Securities Dealers' Rules of Fair Practice ¶2151, appears in *E. F. Hutton & Co.*, *supra* note 5. Cases announcing fiduciary obligations team with such language. Three of the more famous are *Pepper v. Litton*, 308 U.S. 295, 311 (1939) (Douglas, J.); *Meinhard v. Salmon*, 249 N.Y. 458, 164 N.E. 545 (1928) (Cardozo, J.); and *Guth v. Loft, Inc.*, 5 A.2d 503, 510 (Del. 1939) (Layton, C. J.). Righteous indignation also pervades opinions about torts (and other branches of the law; moralizing is cost free to judges) without establishing that ethics rather than economics best explains the legal rules. See George J. Stigler, *The Law and Economics of Public Policy: A Plea to the Scholars*, 1 *J. Legal Stud.* 1 (1972).

II

Objections to a contractual understanding of fiduciary duties take several forms.⁷ One is that judges simply do not *talk* like Ronald Coase. No, they don't; but we seek knowledge of when fiduciary duties arise and what form they take, not a theory of rhetoric—a theory of what judges *do*, not of explanations they give. Another is that the contractual perspective cannot explain the structure of the legal rules. Such an objection is compelling, if true. Is it true?

A. *Does Fiduciary Law Disregard or Override Contracts?*

Nothing illustrates the contractual character of fiduciary law better than one of the cornerstones of trust law: an express provision in the trust instrument governs over the duty of loyalty in the event of conflict.⁸ The settlor of a trust may authorize the trustee to compete with the trust. So, too, in corporate law, where the board of directors may authorize a manager to pursue corporate opportunities. Partnership agreements may permit the partners to form businesses competing with the partnership. A client may hire a lawyer with a conflict of interest, waiving the right to conflict-free representation. (Courts sometimes say that the client has a *right* to do this.) To say that express contracting is allowed is to say that the law is designed to promote the parties own perception of their joint welfare. That objective calls for filling gaps in fiduciary relations the same way courts fill gaps in other contracts. The subject matter may differ, but the objective and therefore the process is identical.

Statutes pose a greater challenge to the contractual perspective, for legislatures often create nonwaivable rules. We have devoted a book to the proposition that many of these rules in corporate and securities law, even seemingly rigid ones, are best understood as implicit contractual terms.⁹ So, too, with other statutes. For example, the Employee Retirement and Income Security Act (ERISA) designates the trustees of a pension or welfare plan as fiduciaries and instructs them to act in the "exclusive benefit" of the plan's participants—what is in trust law a

⁷ Victor Brudney, *Corporate Governance, Agency Costs, and the Rhetoric of Contract*, 85 Colum. L. Rev. 1403 (1985); Robert Charles Clark, *Agency Costs versus Fiduciary Duties*, in *Principals and Agents: The Structure of Business* 55 (John W. Pratt & Richard J. Zeckhauser eds. 1985); Deborah A. DeMott, *Beyond Metaphor: An Analysis of Fiduciary Obligation*, 1988 Duke L. J. 879; and John L. Howard, *Fiduciary Relations in Corporate Law*, 19 Canadian Bus. L. J. 1 (1991), provide forceful statements of these objections.

⁸ Restatement (2d) of Trusts §222 (1957).

⁹ See Easterbrook & Fischel, *Economic Structure*, *supra* note 2.

presumption subject to contractual alteration becomes a mandate.¹⁰ At the same time, however, ERISA authorizes what in trust law would be unpardonable—a trustee with a conflict of interest. Management appoints some of the trustees, who serve the firm's objectives. Interested parties negotiate the plan's terms. A pension or welfare plan may grant these trustees broad discretion in both interpretation and application.¹¹ Private bargains then dominate despite appearances. Employers that could not control the disposition of assets in pension and welfare plans would be willing to contribute less (equivalently, workers would have to give up greater amounts of wage income to secure the same level of deferred compensation).

Under the Securities Exchange Act of 1934 and the rules of the Securities and Exchange Commission (SEC), a broker or dealer is the customer's fiduciary. May a fiduciary "trade ahead" of its customer—that is, take an opportunity to buy or sell stock for its own account while a customer's order remains unfilled? A simple answer derived from the duty of loyalty would be "no." Customers must come first. When the SEC took up that question, however, it sought to vindicate "the reasonable expectations of the parties to the relationship. Where there is no explicit agreement to the contrary and the relationship is a fiduciary one, the law governing fiduciary duties provides presumptive definition for such expectations"—a method that strikes us as gap filling.¹² The commission added that an actual contract (or even the customer's actual knowledge of the dealer's practice) would prevail over the presumptive term.

Although courts produce many cases of this kind, in which an estimate of the parties' preferred rule is followed immediately by recognition that the estimate does not defeat actual bargains, the SEC's opinion is interesting because of the sophistication of the authors. The Commission was divided three to two, with the majority comprising a professor of law (Chairman Ruder), an economist with a Ph.D. from the University of Chicago (Commissioner Cox), and an experienced practitioner (Commissioner Peters); the dissenters, who concluded that trading ahead should be allowed presumptively, were an economist who is now a professor of

¹⁰ Section 404(a)(1)(A)(i) of ERISA, 29 U.S.C. §1104(a)(1)(A)(i). See also §403(a), 29 U.S.C. §1103(a), which makes the trust form obligatory.

¹¹ *Firestone Tire & Rubber Co. v. Bruch*, 489 U.S. 101, 111 (1989). See also John H. Langbein & Bruce A. Wolk, *Pension and Employee Benefit Law* 495-97 (1990); John H. Langbein, *The Supreme Court Flunks Trusts*, 1990 Sup. Ct. Rev. 207; Fischel & Langbein, *supra* note 2.

¹² E. F. Hutton, *supra* note 5, at 89, 328.

law (Commissioner Grundfest) and an experienced practitioner (Commissioner Fleischman). Chairman Ruder's concurring opinion delivers a homily on business ethics, but the majority's opinion is bland, touching on both the presumptive duty of loyalty and the need to find an arrangement that would serve the parties' joint interests.¹³

That legislatures, courts, and commissions treat fiduciary duties as presumptive contractual terms, promoting the parties' welfare in the absence of express contracts, is all but inevitable. Anything else is self-defeating. Fiduciaries may charge for their services, driving hard bargains at the outset.¹⁴ Competition among fiduciaries leads to higher prices that just cover the lesser of (a) the extra costs of fulfilling any duties required by law, or (b) obtaining the beneficiary's assent to some different way of doing things. By hypothesis, method *b* will be costly (recall that it is the difficulty of negotiating and monitoring express contracts that lead to the characterization of the arrangement as "fiduciary"). So most of the time the fiduciary will charge for the extra service, or the opportunity cost of an option forgone. A beneficiary who does not value the new service or higher degree of loyalty at more than the cost of providing it is worse off, the opposite of the court's objective; if the beneficiary does value the extra service at more than its cost, then the parties would have provided for this service by contract in a transaction-cost-free world.

A court setting out to protect principals from their agents *must* use the hypothetical contract approach; the only alternative is to injure the persons the rule makers want to help. Some will be priced out of the market, producing the same allocative loss as monopoly; others will pay extra. A court cannot make tenants better off by requiring all apartments to have three bedrooms: landlords would charge for the extra space, injuring

¹³ Hutton was a market maker, and its profit came from the bid-ask spread. "Trading ahead" meant that, although Hutton would sell from its own portfolio at the asked price, it would not fill a customer's limit order until the highest bid by any dealer reached the price the customer wanted. If trading ahead is forbidden, a customer's limit order at the asked price must be executed first. Yet this would mean that the customer could sell his stock at the asked price, rather than the bid price. To recover the cost of making a market in stock (including the economic return on the capital invested in the equipment and inventory of stock that makes this possible) the dealer would have to charge the client placing a limit order an extra commission equal to the bid-asked spread. This would be economically equivalent to selling the customer's stock only at the inside bid price—exactly what happens when the firm trades ahead of its customer! An open-price term means that the presumptive rule has little future significance. The alternative to a surcharge in limit-order cases is extra disclosure and consent (that is, the extra costs of transacting), which the parties seek to avoid. We expect that market makers will go on trading ahead of their clients with extra disclosure and consent, rather than increase the price of brokerage services. If this is so, then Commissioner Grundfest was right to conclude that the rule presumptively should allow trading ahead, conserving on the costs of transacting.

¹⁴ *Maksym v. Loesch*, 937 F.2d 1237, 1242 (7th Cir. 1991) (collecting authority).

some tenants and doing no favors for persons who wanted and were willing to pay for extra rooms anyway. Just so with fiduciary duties. Even if one party has the power to overawe the other, it can collect the value of the position in the price. It can't take its return more than once—but courts, in a vain effort to undercut that power, could injure everyone.

B. Do Noneconomic Approaches Offer a Superior Explanation of Legal Doctrine?

A contractual perspective on fiduciary duties implies differences across the many kinds of endeavors characterized by high costs of specifying duties and monitoring agents. What a loyal corporate manager does may be very different from what a loyal labor leader does. Noneconomic organizing principles may imply uniformity (honesty is honesty) or distinctive kinds of differences.

That fiduciary duties deviate substantially from one agency relation to another, no one could deny. Consider some of the many topics to which the label "fiduciary" is applied:

- *Trustee/Beneficiary*. A duty of loyalty means acting for the exclusive benefit of the beneficiary; the duty of care is a high degree of prudence; the usual remedy is disgorgement of the trustee's gain, even if the beneficiary lost nothing. All rules are freely variable by contract in advance, but alteration after establishment of the trust is exceedingly hard.
- *Pension Trustee/Beneficiary*. This is similar to the trustee/beneficiary relation, except that the exclusive benefit rule is not modifiable, trustees may have conflicts of interest, and all substantive rules are freely variable after establishment of the trust and before the "vesting" of benefits.
- *Guardian/Ward*. This is much the same as the trustee/beneficiary relation, except that variation by contract is disallowed in light of the ward's youth or other incapacity. Variation may be allowed by the court on application and approval in advance.
- *Attorney/Client*. Here we find the same as the duty of loyalty as with the preceding examples, but the duty of care is the ordinary negligence rule. The usual remedy is not disgorgement but recompense for the client's loss. All rules are freely variable by contract in advance; variation after the relation is established is also possible, with full disclosure to client and an elevated standard of review.
- *Partner/Partner*. The duty of loyalty is commonly relaxed because partners often do not commit full time to venture. (For example, one promoter may have dozens of real estate partnerships.) The duty of

care is the negligence rule. All rules are freely variable by contract in advance and afterward with disclosure; the standard of review of such disclosures is not particularly elevated. Partners are treated more as co-owners than as each others' keepers.

- *Corporate Manager/Investor.* There is no fiduciary duty to debt investors. To equity investors, the duty of loyalty is strong but the duty of care is weak (the "business judgment rule" blocks inquiry, and negligent management is not actionable). The remedy is usually loss based, only occasionally taking disgorgement form. Managers effectively set their own salary. Most rules are freely variable at the outset, and afterward with reasonable (that is, less than complete) disclosure to the board, or when the court believes the alteration is fair even in the absence of informed consent.
- *Majority or Inside Investor/Minority Investor.* There is no duty of loyalty. The duty of care is limited to restrictions on deceit or opportunistic conduct. Remedies are usually loss based.
- *Investment Adviser/Client.* The duty of loyalty is limited to avoiding conflicts in the transaction; the adviser may participate as principal in similar investments and claim these for himself without notice. The duty of care is the negligence standard. The remedy is usually loss based. Most rules are freely variable at the outset or afterward. Notice to the investor, followed by action, is deemed consent.
- *Labor Union/Employee.* The duty of loyalty is robust (a union cannot be in cahoots with management, have managers as members, or accept payments from the employer), and the duty of care is summed up as the "duty of fair representation." Unions have substantial freedom in practice, probably even more than corporate managers under business judgment rule.¹⁵ Remedies are loss based. The duty is not amenable to alteration by contract, but compliance with contractual rules (or union bylaws) usually will be taken as fulfilling the fiduciary duty.
- *Lender/Borrower.*¹⁶ There is no duty of loyalty (a bank may lend to

¹⁵ "[C]ourts are not authorized to review the rationality of good-faith, nondiscriminatory union decisions consistent with federal labor policy." *Air Line Pilots Ass'n v. O'Neill*, 111 S. Ct. 1127, 1133 (1991). Only action that is "arbitrary, discriminatory, or in bad faith" is actionable. *Vaca v. Sipes*, 386 U.S. 171, 190 (1967). See also *Steelworkers v. Rawson*, 495 U.S. 362 (1990).

¹⁶ Whether this is a "fiduciary" relation is a contested question. Compare *K.M.C. Co. v. Irving Trust Co.*, 757 F.2d 752 (6th Cir. 1985), and *State National Bank of El Paso v. Farah Manufacturing Co.*, 678 S.W.2d 661 (Tex. Ct. App. 1984), with *Kham & Nate's Shoes No. 2 v. First Bank of Whiting*, 908 F.2d 1351 (7th Cir. 1990), and *Secon Service System, Inc. v. St. Joseph Bank & Trust Co.*, 855 F.2d 406 (7th Cir. 1988) (all collecting other cases). See also Fischel, *Lender Liability*, *supra* note 2; Comment, *What's So Good about Good Faith? The Good Faith Performance Obligation in Commercial Lending*, 55 U. Chi. L. Rev. 1335 (1988).

a customer's business rivals). The duty of care requires the bank to avoid opportunistic timing of withdrawal or limitation of credit. Remedies are loss based. Duties are freely variable by contract before or after the lending relation is established, with no special duty of disclosure or judicial scrutiny. The lender may set the rate of interest to appropriate the full benefit of the transaction.

- *Franchisor/Franchisee.* There is no duty of loyalty (the franchisor may open its own stores in competition with the franchisee). The duty of care is principally a requirement to avoid taking opportunistic advantage of the franchisee's dependence on business symbols of the franchisor. Remedies are loss based. In the absence of legislation (which some states have enacted, and which the federal government has established for auto dealers and gasoline stations), duties are freely variable by contract before or after the grant of a franchise, with no special duty of disclosure or judicial scrutiny.

How well do noncontractual theories hold up in explaining these differences? Professor DeMott, one of the critics of the contractual view, asserts that a "fiduciary's duties go beyond mere fairness and honesty; they oblige him to act to further the beneficiary's best interests. The fiduciary must avoid acts that put his interests in conflict with the beneficiary's."¹⁷ That describes some of the fiduciary categories but misses the mark widely on others. She ends up conceding as much: "[T]he fiduciary obligation is a device that enables the law to respond to a range of situations in which, for a variety of reasons, one person's discretion ought to be controlled because of characteristics of that person's relationship with another. This instrumental description is the only general assertion about fiduciary obligation that can be sustained."¹⁸ Such a conclusion leaves her with no theory at all, and it takes a theory to beat a theory.

Dean Clark proposes a positive theory of fiduciary duties that does not depend on the contractual view. He identifies four attributes as common to fiduciary relations: affirmative duties to disclose, open-ended duties to act, closed-in rights to positional advantages, and moral rhetoric.¹⁹ Moral rhetoric does not distinguish opinions about fiduciary duties from many other judicial efforts and is in any event a proposition about judges rather than about rules. Similarly, much of the law, from torts to the requirement of good faith in carrying out ordinary contracts, is characterized by "open-ended duties to act." Our rudimentary list shows that many fiduciary relations do not come with strong (if any) affirmative duties to

¹⁷ DeMott, *supra* note 7, at 882.

¹⁸ *Id.* at 915.

¹⁹ Clark, *supra* note 7, at 71-76.

disclose or "closed-in rights to positional advantages." Meanwhile, some ordinary contractual cases have duties to disclose,²⁰ and contracts often constrain use of positional advantages.²¹

There are many other theories of the fiduciary relation, and J. C. Shepherd provides a comprehensive summary.²² Consider some of the candidates, and some of their faults:

- *Unjust Enrichment.* A fiduciary may not take unjust advantage of the principal's property, and a fiduciary relation comes into existence when a person obtains property that in justice belongs to someone else. This is perfectly circular. The description can fit any rule while predicting no outcomes.
- *Reliance.* A fiduciary relation arises when one person reposes trust and confidence in another. Circular again. This bit of circularity also is a poor descriptor, as our list shows cases in which duties and trust do not go hand in glove. Like unjust enrichment, it is useless in figuring out which obligations accompany which kinds of relations.
- *Property.* A fiduciary relation accompanies A's management of B's property. This common description is flat wrong, unless we treat "property" as silly putty. Most of the relations on the fiduciary list do not involve management of property, and those that do have substantial differences in both the nature of the duties and remedies for breach. Shepherd remarks: "After all the criticisms that have been leveled at the property theory in recent years, it seems almost superfluous to deal with it again"—which has not prevented repetition, as if Gresham's Law applies to legal and economic theories.²³

²⁰ Anthony T. Kronman, *Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts*, 7 J. Legal Stud. 1 (1978), describes the cases and gives an economic explanation for limited disclosure obligations in arm's length contracting. Information that is costly to generate may be used for private benefit, to stimulate its production. Information that one party obtains without (significant) cost, but which is important to the allocation of resources, often must be disclosed in "ordinary" contracting. Much information held by fiduciaries comes their way without separate investment of effort (or during time purchased by the principal), making disclosure rules understandable without reference to any special features of fiduciary duties.

²¹ In standard contract cases, the problem goes by the name opportunism, on which there is a burgeoning literature. For example, Varovj Aivazian, Michael Trebilcock, & Michael Penny, *The Law of Contract Modifications: The Uncertain Quest for a Benchmark of Enforceability*, 22 Osgoode Hall L. J. 173 (1984); Timothy J. Muvis, *Opportunistic Behavior and the Law of Contracts*, 65 Minn. L. Rev. 521 (1981).

²² J. C. Shepherd, *The Law of Fiduciaries* 51-91 (1981). Shepherd's summary and critique enables us to be brief (and to omit further citation, for Shepherd collects many sponsors, on and off the bench, of these approaches to fiduciary obligation).

²³ J. C. Shepherd, *Towards a Unified Concept of Fiduciary Relationships*, 97 Mod. L. Rev. 51, 63 (1981). See also Boardman v. Phipps, [1967] 2 A.C. 46 (H.L.), at 91 (Dilhorne, J.), 102 (Cohen, J.); Robert Goff & Gareth Jones, *The Law of Restitution* 47 (2d ed. 1978).

- *Unequal Relationship.* Fiduciary duties redress the inequality of information or power between parties to a contract. Nice try, but it is hopeless as a description—for the most conspicuous differences in size, power, and sophistication (say, a passenger versus a giant transportation company) produce transactions that are the most likely to be brought under the umbrella of contract, which will be enforced to the last detail.²⁴ In these cases the price reflects the value of the entire contractual package. Fiddling with the details while leaving the price subject to negotiation is a doomed endeavor, and courts regularly stand clear unless one party suffers from incapacity or the deal is so one-sided in prospect ("unconscionable") that fraud or a defect in capacity is a logical inference. But all this is traditional contract law. People may take advantage of their superior information, the better to induce them to gather information.²⁵
- *Power and Discretion.* Recent academic theories link the fiduciary relation to A's holding power over decisions important to B, and having discretion in the exercise of that power. Back to principals and agents! Agency is a necessary but not sufficient condition. (If it were sufficient, then all business relations would be fiduciary, and the category would lose its distinctive quality.) What kind of power, under what circumstances, with what ensuing duties? It is essential to fill out these categories to get anywhere, and joint wealth maximization is the prime candidate for such service. No noneconomic rationale does very well at explaining even the outlines of fiduciary rules. The implied contract approach can and does. Our book about corporations undertakes the task at length for the complex of doctrines, statutory and judicial in origin, dealing with investors and managers.

Economic considerations provide sound footing for many if not all of the differences we have sketched. This is not the place to rehearse arguments that we, among others, have set out elsewhere. A few quick notes

²⁴ For example, see *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 111 S. Ct. 1522 (1991), enforcing a forum-selection clause printed in teeny type on a passenger ticket.

²⁵ Kronman, *supra* note 20. To see the point, contrast the rule of contract law permitting Texas Gulf Sulfur (TGS), after prospecting to discover nickel, to lease the land from farmers who had no idea what they were giving up, with the holding that TGS's managers could not trade in stock markets on the same information. Compare *Leitch Gold Mines, Ltd. v. Texas Gulf Sulfur*, [1969] 1 Ontario Rep. 469, 492-93, with *SEC v. Texas Gulf Sulfur Co.*, 401 F.2d 833 (2d Cir. 1968) (en banc). See also E. Allan Farnsworth, *1 Contracts* §4.11 at pp. 406-10 (2d ed. 1990). The "unequal relationship" approach cannot explain this difference, but an economic approach of the sort Kronman supplies could. (Whether "could" equals "does" depends on the resolution of the authors' intramural debate about managers' trading on material corporate information, on which see Easterbrook & Fischel, *Economic Structure*, *supra* note 2, ch. 10.)

suffice for current purposes. Managers owe fiduciary duties to equity investors, but not debt investors or employees, because these claimants can contract at low cost, while the costs of specification are prohibitively high for the residual claimants.²⁶ A trustee is held to the strict "prudent man" standard, while a partner is not, because the trustee can diversify across investments at low cost and so protect the beneficiary, while partnerships typically specialize and accept additional risk, partners having more in common with managers and equity investors than with orphans and charitable institutions. Managers and partners may undertake some self-interested transactions in order to encourage (by allowing reward) the process of finding new opportunities for effectively risk-neutral firms. The strict ban on self-interested transactions for trustees prevents this activity and achieves the benefit of passive diversification for risk-averse beneficiaries. The law of trusts thus discourages what the law of corporations encourages—and in each case all parties are better off.

Investors in corporations owe few if any duties to fellow investors, because the financing device for these firms achieves substantial separation of management and risk bearing. We then take it as common (if not desirable) for a person investing in one public corporation to invest in its rival too (perhaps even to manage its rival). Partners owe each other greater duties because of the incomplete separation of management and risk bearing. Attorneys owe their clients strong duties of loyalty because clients have a hard time monitoring their effort or using the results obtained as a clue to that effort and devotion, but brokers do not owe their clients similar duties because market prices provide a low-cost means of measuring both effort and success. What goes with this explanation is that persons counseling purchases of limited partnerships or other illiquid investments owe stronger duties to their clients than persons counseling purchases of stock traded over the counter, and persons selling stock traded on a national exchange owe almost no duties (beyond avoiding churning). This is indeed the pattern.

Traditional legal theory has great trouble with unions, whose exclusive bargaining rights and unsophisticated members seem to call for strong duties, but which in practice owe only slight care to their members. An implied-contract approach, by contrast, notices that the price term is open—that both wages and dues are flexible—and observes that people often prefer money to process and other services delivered in kind.²⁷

²⁶ See Macey, *supra* note 4; Easterbrook & Fischel, *Economic Structure*, *supra* note 2, ch. 2.

²⁷ "A union may choose to rely on part-time, untrained, overworked grievors—with the inevitable difference in the outcome of some cases—rather than purchase a higher quality

Scholars of non- or antieconomic bent have had trouble coming up with a unifying approach to fiduciary duties because they are looking for the wrong things. They are looking for something special about fiduciary relations. There is nothing special to find. There are only distinctive and independently interesting questions about particular consensual (and thus contractual) relations. When transactions costs reach a particularly high level, some persons start calling some contractual relations "fiduciary," but this should not mask the continuum. Contract law includes a principle of good faith in implementation—honesty in fact under the Uniform Commercial Code, plus an obligation to avoid (some) opportunistic advantage taking.²⁸ Good faith in contract merges into fiduciary duties, with a blur and not a line. Searching for the right definition of a fiduciary duty is not a special puzzle. In short, there is no subject here, and efforts to unify it on a ground that presumes its distinctiveness are doomed.

Still, many sing the refrain that any economic understanding, and the hypothetical-bargain approach in particular, are novel and without support. We do not doubt that anticontractual reasoning may be found in many opinions.²⁹ A nation with thousands of judges issuing opinions over

of representation. A union may conclude that its limited resources should go into a strike fund or toward negotiating the next contract." *Camacho v. Ritz Carlton Water Tower*, 786 F.2d 242, 245 (7th Cir. 1986). See also *Dober v. Roadway Express, Inc.*, 707 F.2d 292 (7th Cir. 1983); *Graf v. Elgin, Joliet & Eastern Ry.*, 697 F.2d 771 (7th Cir. 1983); James D. Holzhauer, *The Contractual Duty of Competent Representation*, 63 *Chi.-Kent L. Rev.* 255 (1987).

²⁸ See UCC § 1-201(19); 2 *Farnsworth on Contracts*, *supra* note 24, at § 7.17a; Robert S. Summers, "Good Faith" in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code, 54 *Va. L. Rev.* 195 (1968). See also *Market Street Associates Limited Partnership v. Frey*, 941 F.2d 588, 595 (7th Cir. 1991): "This duty [of good faith in carrying out a contract] is, as it were, halfway between a fiduciary duty (the duty of *utmost* good faith) and the duty merely to refrain from active fraud. Despite its moralistic overtones it is no more the injection of moral principles into contract law than the fiduciary concept itself is. *Tymshare, Inc. v. Covell*, 727 F.2d 1145, 1152 (D.C. Cir. 1984); Summers, *supra*, at 204-7, 265-66. The concept of the duty of good faith like the concept of fiduciary duty is a stab at approximating the terms the parties would have negotiated had they foreseen the circumstances that have given rise to their dispute. The parties want to minimize the costs of performance. To the extent that a doctrine of good faith is designed to do this by reducing defensive expenditures [on self-protection] is a reasonable measure to this end, interpolating it into the contract advances the parties' joint goal."

²⁹ For example, Professor DeMott contends that *Arnott v. American Oil Co.*, 609 F.2d 873, 882-84 (8th Cir. 1979), a case using anticontractual rhetoric to increase a franchisee's entitlements against a franchisor, shows the "degree of estrangement between the definition of fiduciary obligation in the *Jordan* opinions and the prior caselaw." DeMott, *supra* note 7, at 885. (In *Jordan v. Duff & Phelps, Inc.*, 815 F.2d 429 [7th Cir. 1987], both majority and dissenting opinions used the hypothetical-contract approach. *Id.* at 436, 446-47.) Yet only three years after *Arnott*, the eighth circuit concluded that a franchisor was free to compete against its franchisee (and at a lower price). *Bain v. Champlin Petroleum Co.*, 692 F.2d 43, 47-48 (8th Cir. 1982). So much for the duty of loyalty, when it is likely that the parties

the course of decades will generate support for almost any position and almost every rationale. You can find other cases using the hypothetical contract approach.³⁰ We shall rest content by demonstrating that even the principal case given for the proposition that fiduciary duties have no relation to contract does not support that claim, and may well support the opposite one.

In *Meinhard v. Salmon* Judge Cardozo penned his famous aphorism that "[a] trustee is held to something stricter than the morals of the market place. Not honesty alone, but the punctilio of an honor the most sensitive, is then the standard of behavior."³¹ Salmon acquired a twenty-year lease in a hotel. Meinhard put up half of the money for the hotel's renovation and management, receiving half of the profits. At the end of the twenty years, the owner of reversion proposed a substantial enlargement of the building (at great expense to the lessee) and more than ten times the old annual rent. Salmon took that offer for himself. The court of appeals divided four to three on the question whether Salmon had to tell Meinhard about the landlord's proposal. Notice the question: it is not whether Salmon had to share. Both Chief Judge Cardozo for the four and Judge Andrews for the three put this in hypothetical-contract terms. Cardozo speculates that had Gerry, the reversionary owner, known that

would have allowed competition had they contracted about the subject expressly. A series of cases has pulled the plug on *Arnott*, which the eighth circuit now treats as a pure contract interpretation case—hardly a disproof of the prevalence of contractual approaches! *Cambee's Furniture, Inc. v. Doughboy Recreational, Inc.*, 825 F.2d 167, 171 (8th Cir. 1984); *W.K.T. Distributing Co. v. Sharp Electronics Corp.*, 746 F.2d 1333, 1336-37 (8th Cir. 1984). See also *O'Neal v. Burger Chef Systems, Inc.*, 860 F.2d 1341, 1349 n.4 (6th Cir. 1988) (collecting cases limiting or repudiating *Arnott*); *Lee v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 943 F.2d 554 (5th Cir. 1991) (holding that fiduciary relations are exclusively matters of contract, so that a long-term, harmonious relationship between a real estate developer and a tenant store has no fiduciary attributes in the absence of express or implied contractual terms creating them). Let us not forget that Professor Scott, who presided for decades over the leading treatise on the law of trusts, had a contractual approach to the subject. See Austin W. Scott, *The Fiduciary Principle*, 37 Calif. L. Rev. 539, 540 (1949).

³⁰ The bribery cases are a nice illustration. Courts frequently say that an employee who takes a side payment for the performance of his duties holds the money in trust for the employer. See *United States v. Holzer*, 816 F.2d 304 (7th Cir. 1987), on remand, 840 F.2d 1343 (1988) (collecting cases). Reading v. Attorney General, [1951] A.C. 507 (H.L.), one of the best known in this line, also is one of the most explicit. Lord Oaksey observes, *id.* at 33: "I do not think there is any difficulty in imputing to a servant an implied obligation that he will account to his master for any moneys he may receive in the course of his master's business or by the use of his master's property or by the use of his position as his master's servant." Indeed there is no difficulty. We can be confident that had the parties addressed the subject explicitly, they would have required the servant to return bribes to the master. Bribes usually are designed to drive a wedge between the servant's interests and the master's, and a turnover rule restores the employer's control. An applicant who proclaimed a desire to take and receive bribes would have little prospect of being hired.

³¹ 249 N.Y. at 464, 164 N.E. at 546.

Meinhard was a silent venturer, Gerry would have put his proposal to Meinhard too. Cardozo conjectures that Meinhard would have bought an interest or made a better bid and adds that, if he had not, Salmon could have proceeded for his own account.³² By allowing Meinhard to purchase an interest, the court created the contract that it thought would have the outcome of bargaining without transactions costs. If this is not a contract-completing approach, it is a contract-forcing one (to which we return in Section III). Judge Andrews, in dissent, did not disagree with the approach so much as he disputed its application. He believed that the twenty-year joint venture agreement continued only if the lease were extended without substantial change. That is, he believed that the parties' (implicit) bargain was to persevere after twenty years if renewal were available on the same terms, and otherwise to dissolve.³³

It is possible to repeat this demonstration for many cases laden with moralizing language. We have done so in a number of footnotes encumbering the text earlier in this essay. More recent cases dispense with the need to reconstruct. For example, courts formerly spoke with high dudgeon about managers' trading on material nonpublic information. *Chiarrella v. United States*³⁴ recast the subject as an inquiry into property rights.³⁵ Courts now use the method and language of contract (including the imputation of terms when language fails) to determine who owns nonpublic information and may or may not trade.³⁶

³² Or, at least, *almost* says this: "Had he [Salmon] done this [informed Meinhard], we need not say whether he would have been under a duty, if successful in the competition, to hold the lease so acquired for the benefit of the venture then about to end, and thus prolong by indirection its responsibilities and duties." 164 N.E. at 547.

³³ Judge Andrews's unwillingness to find implicit terms in agreements is in the ascendancy in New York. *Gallagher v. Lambert*, 74 N.Y.2d 562, 549 N.E.2d 136 (1989), holds that a corporation may fire an at-will employee in order to prevent the vesting of valuable rights to purchase stock. New York earlier held that, although employment at will is a contract, the employer owes the employee no contractual duty of good faith. *Murphy v. American Home Products*, 58 N.Y.2d 293, 448 N.E.2d 861 (1986). *Jordan v. Duff & Phelps*, *supra* note 28, on the assumption that Illinois would recognize a contractual good-faith obligation in at-will employment, held (using the hypothetical contract approach) that in the absence of contrary agreement the firm must disclose to the employee impending transactions that affect the value of the stock held incident to employment. For an anticontractual treatment of the same problem, see *Smith v. Duff & Phelps, Inc.*, 891 F.2d 1567 (11th Cir. 1990).

³⁴ 445 U.S. 222 (1980).

³⁵ Jonathan R. Macey, *Insider Trading: Economics, Politics, and Policy* (1991), recounts the cases and contentions. See also Easterbrook & Fischel, *Economic Structure*, *supra* note 2, ch. 10.

³⁶ For example, see *United States v. Newman*, 664 F.2d 12 (2d Cir. 1981); *Rothberg v. Rosenbloom*, 771 F.2d 818 (3d Cir. 1985); *SEC v. Clark*, 915 F.2d 439 (9th Cir. 1990); *SEC v. Cherif*, 933 F.2d 403 (7th Cir. 1991). Cf. *United States v. Chestman*, 947 F.2d 551 (2d Cir. 1991) (en banc), at 567-71 (majority opinion), 572-81 (Winter, J., concurring and dissenting).

III

Surely, though, there is a distinctive subject here, manifest in the remedy: disgorgement of all profit obtained in violation of the fiduciary duty of loyalty. This looks distinctly anticontractual. Throughout the law of contracts the presumptive remedy is based on the promisee's loss, and a large economic literature proclaims the superiority of loss-based measures because they enable the parties to avoid performance that is more costly than the benefit created.³⁷ Disgorgement, by contrast, makes it unprofitable to depart from the contractual duty in any particular and so stifles even actions to which the parties would have agreed, had they been able to negotiate without transactions costs. A remedy aimed at achieving unconditional deterrence is so far from the contractual norm, the argument goes, that it disproves the contractual understanding of fiduciary duties.

Robert Cooter and Bradley Freedman give this argument a 180 degree turn in the course of their economic assessment of fiduciary duties.³⁸ They observe that damages for breach of the duty of care generally reflect the beneficiary's loss, a measure that induces the fiduciary to supply the optimal degree of care provided the court uses the proper definition of negligence. Breaches of the duty of loyalty, in contrast, may be hard to detect—for it is difficult in monitoring that characterizes a relation as "fiduciary." When violations are hard to detect, penalties must be a multiple of the loss in a particular case. So, for example, a thief who steals \$100 and is caught one time in three must be fined at least \$300, or theft will carry an anticipated profit. The duty of loyalty defines a variety of theft, so just as the optimal sanction for crime exceeds the loot, so the optimal sanction for breach of the duty of loyalty must exceed the fiduciary's profits. Profits alone are an inadequate remedy. Instead of using a multiplier, the law uses a principle of suspicion: the *appearance* of a breach of duty is treated as a wrong, substantially increasing the probability that a breach of duty will be detected (and reducing the need for a profits multiplier when detection occurs). Both the strict duty and the disgorgement remedy turn out to be what the parties would have provided by contract in a world without transactions costs.

We are not wholly persuaded by either perspective. Recall from our capsule summary in Section II that disgorgement remedies are not the

³⁷ Alan Schwartz, *The Myth That Promisees Prefer Supra-compensatory Remedies: An Analysis of Contracting for Damages Measures*, 100 *Yale L. J.* 369 (1990), summarizes and extends this literature. The substantial literature on optimal sanctions for torts and crime reaches much the same conclusion.

³⁸ Cooter & Freedman, *supra* note 4.

universal mark of fiduciary duties. Quite a few relations called "fiduciary" start from loss-based remedies—and, as it turns out, some contractual relations that no one would call "fiduciary" employ profits-based recoveries.³⁹ Courts that award disgorgement of gain often temper that remedy by allowing the fiduciary a substantial reward for his entrepreneurial efforts. For example, the famous *Boardman v. Phipps*,⁴⁰ in which the fiduciary earned large profits for himself and the trust after a technically defective ratification, and the court first ordered the return of all profits to the beneficiary and then directed the compensation of the trustee for his efforts "on a generous basis." Recompense of some kind is necessary to spur the fiduciary to discover and exploit opportunities; the alternative is a structure of compensation such as a flat fee or a percentage of the managed assets that promotes idleness.⁴¹ So the law does not extract all gain, and treating every appearance of profit taking by the fiduciary as if there were a real problem would yield far too many false positives.⁴² You have only to think of corporate law, where disgorgement would frustrate many mutually beneficial transactions, from management buy-outs to profit sharing when corporate employees make inventions. Corporate statutes commonly limit remedies to loss-based measures even when the managers reap substantial gains from the contested transactions.⁴³

Profits-based remedies discourage the transaction, and often it is better to accept some risk of transgression than to extirpate a category of trans-

³⁹ E. Allan Farnsworth, *Your Loss of My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract*, 94 *Yale L. J.* 1339 (1985), discusses the perplexing and spotty use of disgorgement remedies in contract cases.

⁴⁰ [1976] 2 A.C. 46 (H.L.).

⁴¹ A point that Bishop & Prentice, *supra* note 4, at 296–302, stress.

⁴² A point that Cooter & Freedman elide, but that Kenneth B. Davis, Jr., *Judicial Review of Fiduciary Decisionmaking—Some Theoretical Perspectives*, 80 *Nw. U. L. Rev.* 1 (1985), hammers home.

⁴³ For example, Delaware's appraisal statute provides that in self-interested transactions such as management buy-outs, the investors receive a remedy "exclusive of any element of value arising from the accomplishment or expectation" of the transaction. 8 *Del. Code* §262(h). The American Bar Association's Model Business Corporation Act (1984 rev.), adopted in a majority of the states, is quite similar. The model statute provides that dissenters receive "fair value" for their shares and defines this term in § 13.01(3) as "the value of the shares immediately before the effectuation of the corporate action to which the dissenter objects, excluding any appreciation or depreciation in anticipation of the corporate action unless exclusion would be inequitable." Delaware flirted with a disgorgement remedy in *Lynch v. Vickers Energy Corp.*, 429 A.2d 497 (Del. 1981), but quickly retreated. *Rosenblatt v. Getty Energy Co.*, 493 A.2d 929, 939–40 (Del. 1985); *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.*, 542 A.2d 1182, 1187 (Del. 1988). See generally Easterbrook & Fischel, *Economic Structure*, *supra* note 2, ch. 6.

actions.⁴⁴ We could avoid this problem only by limiting the category of violations of duty to cases in which we seek unconditional deterrence—for then no remedy short of the defendant's wealth is too high.⁴⁵ Yet (almost) no one, and certainly not Cooter and Freedman, believes that fiduciaries *never* should engage in profitable transactions arising out of their employment.

E. Allan Farnsworth has demonstrated that disgorgement remedies today are likely to award the beneficiary or promisee only the profit net of the opportunity cost incurred—that is, gross profits less what the fiduciary or promisor *could* have made with equal time and effort exploiting some other opportunity, rather than gross profits less out-of-pocket expenses.⁴⁶ When there are active markets in the goods or services, this collapses to the principle of "cover," a standard tool in computing expectation damages. Consider *SEC v. MacDonald*.⁴⁷ James MacDonald, bound by a fiduciary duty to a corporation and its investors not to trade on information about an impending transaction, nonetheless bought stock in the firm. On December 23, 1975, MacDonald bought shares of the firm's stock at 4L. On December 24 the firm issued a press release with good news that propelled the price of its stock to 5H, a 19 percent gain. It closed the year at 5I. MacDonald held the shares until early 1977, when he sold at roughly ten dollars per share. The court held that MacDonald must disgorge his profit. But what was that profit? The difference between 5H and 4L per share, or the difference between ten and 4L? The court reasoned that, because MacDonald could have purchased the shares lawfully as soon as the news had been absorbed into the price of the stock, the profit from the violation of fiduciary duties was the difference between 4L and the price at which he could cover lawfully. A later increase from other sources was not part of the profit—and, the court properly added, neither would a decrease in the stock's price after the cover date have decreased the amount the fiduciary needed to disgorge. The court thus separated the component of profit attributable to the use of information belonging to the firm from the profit attributable to holding the stock after

⁴⁴ For a case making this point in the context of securities transactions, see *Bastian v. Petren Resources Corp.*, 892 F.2d 680 (7th Cir. 1990) (discussing the "loss causation" rule, which precludes recovery in litigation under the Securities Exchange Act of 1934 unless the investor establishes not only that the fraud induced him to enter into the transaction but also that the loss occurred because of the misrepresented fact).

⁴⁵ Louis Kaplow, *The Optimal Probability and Magnitude of Fines for Acts That Definitely Are Undesirable*, 12 *Int'l Rev. L. & Econ.* 3 (1992).

⁴⁶ Farnsworth, *Your Loss of My Gain?* *supra* note 38.

⁴⁷ 699 F.2d 47 (1st Cir. 1983) (en banc), affirming the computation after remand, 725 F.2d 9 (1984).

the price had adjusted and thus taking ordinary investment risks. That gain depended on the duration of holding the firm's stock, not on the fiduciary role. It may well be that the court's measure is too low, because much improper trading escapes detection, but the court selected a sensible starting point from which a damages multiplier might proceed, while the difference between 4L and ten had no economic significance. Calculations such as the one in *MacDonald* have become the norm in determining profits subject to disgorgement—yet the approach looks remarkably like the method used to determine expectation damages when the promisee can cover in the market.

Now consider an occurrence of a full-blooded disgorgement remedy in a pure contract case. Frank Snapp promised the Central Intelligence Agency that he would not write a book about his employment without showing the manuscript to the agency first, so that it could remove classified matter. Snapp published a book without review, and the Supreme Court held that he must turn over his profits—all of them, not simply the incremental profits he earned by avoiding the expense and delay of review.⁴⁸ Farnsworth sees this as a puzzle,⁴⁹ but we see it as an economically apt outcome, the remedy the parties would have selected had they bargained in advance without transactions costs.⁵⁰ The cost of submitting the manuscript was small. The loss if an unreviewed manuscript should contain secrets is potentially large—much larger than the author's wealth. A disgorgement remedy unconditionally deters premature publication. To put this slightly differently, it requires the parties to enter into a second contract. The first contract established the employment relation and the submission requirement. The second contract would establish the terms of publication. Just as restitution plus an additional penalty induces the would-be thief to enter into market transactions instead, the profits remedy induces the parties to contract explicitly. It is a contract-inducing, not a contract-frustrating, approach.

Extolling the benefits of disgorgement in promoting actual contracts may seem a strange thing for us to do. We began by using impossibly high transactions costs as a defining characteristic of a fiduciary relation. Here we use the fiduciary relation (and its distinctive remedy) as a means to promote actual bargains. Both make sense. At the outset of Snapp's employment, the parties could not have specified what Snapp was allowed to write and what he must keep secret during the next decade.

⁴⁸ *Snapp v. United States*, 444 U.S. 507 (1980).

⁴⁹ Farnsworth, *Your Loss of My Gain?* *supra* note 38, at 1359–60.

⁵⁰ Frank H. Easterbrook, *Insider Trading, Secret Agents, Evidentiary Privileges, and the Production of Information*, 1981 *Sup. Ct. Rev.* 309, 342–44.

They could do nothing but set in train a process for making that decision later, and a disgorgement remedy contributes to the success of that process.

Creating hypothetical contracts is difficult. Judges have less information than the parties. Although judges can examine the contracts people have reached when the stakes were high enough to overcome the transactions costs, big-stakes negotiations may be special cases rather than models on which to base presumptive rules for other parties. Real transactions, at real prices, are accordingly preferable. Many legal rules induce people to enter into transactions—not just the stiff penalty for theft, but rules prescribing injunctions or specific performance,⁵¹ rules requiring disclosure of information,⁵² and rules calling for supracompensatory damages,⁵³ all of which may send the parties back to the table, where they will strike real bargains.

Rules inducing people to bargain are undesirable when bargaining is costly but its outcome clear; then courts can save parties the transactions costs by establishing a preset rule and leaving those with unusual desires or circumstances to transact for some different approach. Transaction-forcing rules coupled with high costs of bargaining could lead to too few contracts formed *ex ante* (the promisor's costs rise to cover the anticipated remedy, which the promisee does not value at this cost) and too much performance *ex post* (the promisor performs even when the cost of doing so exceeds the value of the promisee). But when it is hard to know the optimal approach, when judicial valuation is haphazard, and when transactions costs *ex post* are small, a contract-forcing remedy is superior. Coasian transacting then maximizes private and social wealth alike. This characterizes many fiduciary relations. At the outset the range of contingencies is too large and information too scarce for effective contracting. During the course of performance the subjects become more concrete, options more specific. Should the corporation develop a particular product or allow a manager to form a separate corporation to exploit the opportunity? Should the union rearrange the seniority tables in a particular way? These are more tractable questions, on which voluntary transactions are preferable to judicial guesses. Transaction-forcing remedies promote their resolution.

Notice that nothing in this approach distinguishes fiduciary duties from

⁵¹ Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 Harv. L. Rev. 1089 (1972).

⁵² Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 Yale L. J. 87 (1989).

⁵³ David D. Haddock, Fred S. McChesney, & Menahem Spiegel, *An Ordinary Economic Rationale for Extraordinary Legal Sanctions*, 78 Calif. L. Rev. 1 (1990).

other high-transactions-cost cases. Farnsworth concluded that the use of disgorgement remedies in both contract and fiduciary cases "show[s] no coherent pattern."⁵⁴ The lack of pattern in the rules reinforces our conclusion that fiduciary duties are not a distinctive topic in law or economics. When actual contracts are reached, courts enforce them; when actual contracts are feasible, courts induce parties to bargain; when transactions costs are too high, courts establish the presumptive rules that maximize the parties' joint welfare. Contract and fiduciary duty lie on a continuum best understood as using a single, although singularly complex, algorithm.

⁵⁴ Farnsworth, *Your Loss of My Gain?* *supra* note 38, at 1369.

BIBLIOTECA de EDUCACIÓN

La BIBLIOTECA DE EDUCACIÓN tiene el propósito de difundir los estudios teóricos y las experiencias prácticas más avanzadas que surgen hoy en el ámbito internacional, y de dar a conocer también las investigaciones, ideas y propuestas innovadoras que se van generando en los países de habla hispana. Las distintas series de la Biblioteca se editan bajo la responsabilidad de reconocidos especialistas y están dedicadas a la formación de los docentes, a los métodos didácticos, a la psicología y los procesos cognitivos del aprendizaje, a las nuevas tecnologías y las herramientas para investigar en su aplicación a todas las materias que constituyen los currículos escolares y planes de estudio universitarios.

HERRAMIENTAS UNIVERSITARIAS

- VAN EVERA, STEPHEN *Guía para estudiantes de ciencias políticas*
- BELL, JUDITH *Cómo hacer tu primer trabajo de investigación*
Guía para investigadores en educación y ciencias sociales
- BOTH, WAYNE; COLOMB, GREGORY Y WILLIAMS, JOSEPH *Cómo convertirse en un hábil investigador*
- PHILLIPS, ESTELLE Y PUGH, DEREK *Cómo obtener un doctorado.*
Manual para estudiantes y supervisores
- BLAXTER, LORRAINE; HUGHES, CHRISTINA Y TIGHT, MALCOLM *Cómo se hace una investigación*
- WALKER, MELISSA *Cómo escribir trabajos de investigación*
- CREME, PHYLLIS Y LEA, MARY R. *Escribir en la universidad*
Una guía para estudiantes
- ORNA, ELISABETH Y STEVENS, GRAHAM *Cómo usar la información en trabajos de investigación*

Cómo se hace una tesis

Técnicas y procedimientos de estudio, investigación y escritura

Umberto Eco

gedisa
editorial

00001

Así formuladas, estas cuatro reglas parecen banales y parecen poder resumirse en la norma «el que quiera hacer una tesis, debe hacer una tesis que esté capacitado para hacer». Pues bien, es exactamente así, y hay casos de tesis dramáticamente abortadas precisamente por no haber sabido plantear el problema inicial en estos términos tan obvios.¹

Los capítulos siguientes intentarán proporcionar algunos consejos a fin de que la tesis a hacer sea una tesis que se sepa y se pueda hacer.

1. Podríamos añadir una quinta regla: que el profesor sea el adecuado. Pues hay aspirantes que, por razones de simpatía o de pereza, quieren hacer con el profesor de la materia A una tesis que en realidad es de la materia B. El profesor acepta (por simpatía, por vanidad) y luego no está capacitado para seguir la tesis.



II

La elección del tema

II.1. ¿Tesis monográfica o tesis panorámica?

La primera tentación del estudiante es hacer una tesis que hable de muchas cosas. Si el estudiante se interesa por la literatura, su primer impulso es hacer una tesis titulada *La literatura española desde la posguerra hasta los años setenta*.

Estas tesis son muy peligrosas. Se trata de temas que alterarían la sangre a estudiosos bastante más maduros. Para un estudiante veinteañero se trata de un desafío imposible. O hace una vulgar reseña de nombres y de opiniones corrientes, o da a su obra un sesgo original (y siempre se le acusaría de omisiones imperdonables). El autor contemporáneo Gonzalo Torrente Ballester publicó en 1961 un *Panorama de la literatura española contemporánea* (Ediciones Guadarrama).¹ Pues bien, si se hubiera tratado de una tesis doctoral le habrían suspendido, a pesar de los cientos de páginas impresas. Pues se hubiera achacado a su negligencia o a su ignorancia el no haber citado algunos nombres que la mayoría considera muy importantes, o haber dedicado capítulos enteros a autores supuestamente «menores» y breves comentarios a autores considerados «mayores». Naturalmente, te-

1. La obra citada por Eco es Gianfranco Contini, *Letteratura Italiana - Ottocento- Novecento* (1957, Sansoni Accademia). (N. de los T.)

00011

niendo en cuenta que se trata de un estudioso cuya preparación histórica y agudeza crítica son bien conocidas, todos comprenden que estas exclusiones y estas desproporciones eran voluntarias, y que una ausencia era críticamente mucho más elocuente que una página de disertación. Pero si la misma gracia la hace un estudiante de veintidós años ¿quién garantiza que tras el silencio no hay una gran malicia y que las omisiones sustituyen a unas páginas críticas escritas en otro lugar —o que el autor *sabría* escribir?

En este tipo de tesis el estudiante normalmente acusa después a los componentes del tribunal de no haberle comprendido, pero los componentes del tribunal *no podían* comprenderle; por consiguiente, una tesis demasiado panorámica constituye siempre un acto de soberbia. No es que la soberbia intelectual —en una tesis— sea algo rechazable *a priori*. Se puede incluso decir que Dante era un mal poeta: pero hay que decirlo al cabo de trescientas páginas, como mínimo, de intenso análisis de los textos de Dante. Estas demostraciones no pueden estar presentes en una tesis panorámica. Y precisamente por ello será oportuno que el estudiante, en vez de *La literatura española desde la posguerra hasta los años setenta*, elija un título más modesto.

Diré rápidamente qué sería lo ideal: no *Las novelas de Aldecoa*, sino más bien *Las diferentes redacciones de «Ave del Paraíso»*. ¿Aburrido? Puede ser, pero como desafío es más interesante.

Después de todo, pensándolo bien, es una cuestión de astucia. Con una tesis panorámica sobre cuarenta años de literatura el estudiante se expone a todas las objeciones posibles. ¿Cómo podría resistir el ponente o un simple miembro del tribunal la tentación de mostrar que conoce a un autor menor que el estudiante no ha citado? Basta con que cada miembro del tribunal observe tres omisiones hojeando el índice, para que el estudiante se convierta en blanco de una ráfaga de acusaciones que harán que su tesis parezca una sarta de disparates. En cambio, si el estudiante ha trabajado seriamente sobre un tema muy preciso, se encuentra controlando un material desconocido para la mayor parte del tribunal. No estoy sugiriendo un truquito barato; será un truco, pero no barato, puesto que cuesta trabajo. Ocurre simplemente que el aspirante se presenta como «experto» frente a un público menos experto que él, y visto que se ha tomado el trabajo de llegar a ser experto, justo es que goce de las ventajas de su situación.

Entre los dos extremos, desde la tesis panorámica sobre cuarenta años de literatura hasta la estrictamente monográfica en

torno a variantes de un texto breve, existen muchos estadios intermedios. De esta manera, se podrían especificar temas como *Las experiencias literarias vanguardistas de los años cuarenta*, o bien *Tratamiento literario de la geografía en Juan Benet y Sánchez Feriosio*, o incluso *Afinidades y diferencias en tres poetas postistas: Carlos Edmundo de Ory, Eduardo Chicharro y Gloria Fuertes*.¹

Trasladando el caso a las facultades de ciencias, en un libro de tema afín al nuestro se da un consejo aplicable a todas las materias:

El tema *Geología*, por ejemplo, es demasiado amplio. *Vulcanología*, como rama de la geología, sigue siendo demasiado extenso. *Los volcanes en Méjico* podría dar lugar a un buen ejercicio, aunque un tanto superficial. Una limitación sucesiva daría origen a un estudio de más valor: *La historia del Popocatepetl* (que uno de los conquistadores de Cortés probablemente escaló en 1519 y que no tuvo una erupción violenta hasta 1702). Un tema más limitado, que concierne a un número menor de años, sería *El nacimiento y la muerte aparente del Parícutín* (del 20 de febrero de 1943 al 4 de marzo de 1952).²

Pues bien, yo aconsejaría el último tema. Con la condición de que, llegados a este punto, el aspirante diga todo lo que haya que decir sobre ese maldito volcán.

Hace tiempo se me presentó un estudiante que quería hacer la tesis sobre *El símbolo en el pensamiento contemporáneo*. Era una tesis imposible. Por lo menos yo no sabía qué quería decir «símbolo»; y, de hecho, es un término que muda de significado según los autores; a veces, en dos autores diferentes quiere decir dos cosas absolutamente opuestas. Considérese lo que los lógicos formales o los matemáticos entienden por «símbolo», las expresiones privadas de significado que ocupan un puesto definido con funciones precisas en el cálculo formalizado (como las *a* y las *b* o

1. En el original: *La letteratura italiana dal dopoguerra agli anni sessanta; I romanzi di Fenoglio; Le diverse redazioni de «Il partigiano Johnny»; La neo-avanguardia letteraria degli anni sessanta; L'immagine dalle Langhe in Pavese e Fenoglio; Affinità e differenze in tre scrittori «fantastici»: Savinio, Buzzati e Landolfi.* (N. de los T.)

2. C. W. Cooper y E. J. Robins, *The Term Paper: A Manual and Model*, Stanford, Stanford University Press, 4.ª ed., 1967, pág. 3.

las x y las y de las fórmulas algebraicas), mientras que otros autores lo entienden como forma llena de significados ambiguos, tal el caso de las imágenes que recorren los sueños, que pueden referirse a un árbol, a un órgano sexual, al deseo de crecimiento y así sucesivamente. ¿Cómo se puede, entonces, hacer una tesis con este título? Habría que analizar todas las acepciones de símbolo en toda la cultura contemporánea, hacer con ellas una lista que saque a la luz las afinidades y las diferencias, ver si por debajo de las diferencias hay un concepto unitario fundamental que se reitera en cada autor y en cada teoría y si las diferencias siguen haciendo incompatibles entre sí tales teorías. Pues bien, ningún filósofo, lingüista o psicoanalista contemporáneo ha sido capaz de hacer una obra así de modo satisfactorio. ¿Cómo lo conseguiría un estudioso que hace sus primeras armas y que, por precoz que sea, no tiene a sus espaldas más de seis o siete años de lectura adulta? Podría también hacer un trabajo inteligentemente parcial, pero estaríamos de nuevo en el panorama de la literatura española de Torrente Ballester. O bien podría proponer una teoría personal del símbolo, dejando de lado cuanto han dicho los otros autores; pero en el párrafo II.2. diremos por qué esta elección es discutible. Con dicho estudiante hubo una pequeña discusión. Se hubiera podido hacer una tesis sobre el símbolo en Freud y Jung, olvidando otras acepciones y confrontando únicamente las de los dos autores citados. Pero se descubrió que el estudiante no sabía alemán (y sobre el problema del conocimiento de las lenguas volveremos en el parágrafo II.5.). Entonces decidimos estabilizarnos en el tema *El concepto de símbolo en Peirce, Frye y Jung*. La tesis examinaría las diferencias entre tres conceptos homónimos en tres autores diferentes, un filósofo, un crítico y un psicólogo; mostraría cómo en muchas argumentaciones en que estos tres autores son sacados a colación se cometen muchos equívocos, pues se atribuye a uno el significado que en realidad es usado por el otro. Únicamente al final a modo de conclusión hipotética, el aspirante intentaría hacer balance para mostrar si existen analogías, y cuales son, entre tales conceptos homónimos, aludiendo también a otros autores de los que tenía conocimiento aunque por explícita limitación del tema, no quisiera y no pudiera ocuparse de ellos. Nadie le hubiera podido decir que no consideraba al autor K, puesto que la tesis era sobre X, Y y Z, ni que citara al autor J sólo traducido, puesto que se trataría de una alusión marginal, al fin y al cabo, y la tesis pretendía estudiar por extenso

y en los originales únicamente a los tres autores precisados en el título.

Hemos visto cómo una tesis panorámica, sin llegar a ser rigurosamente monográfica, queda reducida a una medida justa, aceptable por todos.

Quede claro, por otra parte, que el término «monográfico» puede tener una acepción más amplia que la que hemos usado aquí. Una monografía es el tratamiento de un sólo tema y como tal se opone a una «historia de», a un manual, a una enciclopedia. En este sentido también es monográfico *El tema del «mundo al revés» en los escritores medievales*. Se estudian muchos autores pero sólo desde el punto de vista de un tema específico (es decir desde la hipótesis imaginaria propuesta a modo de ejemplo, paradoja o fábula, de que los peces vuelan por el aire, de que los pájaros nadan por el agua y cosas así). Haciendo bien este trabajo se lograría una óptima monografía. Pero para hacerlo bien hay que tener presentes a todos los autores que han tratado el tema, especialmente a los menores, de los que nadie se acuerda. Por lo tanto esta tesis queda clasificada entre las monográfico-panorámicas, y es muy difícil: requiere infinidad de lecturas. Si aun y todo quisierais hacerla, haría falta restringir el campo: *El tema del «mundo al revés» en los poetas carolingios*. El campo se restringe, se sabe dónde hay que buscar y dónde no.

Naturalmente, es mucho más excitante hacer la tesis panorámica, pues entre otras cosas parece aburrido tener que ocuparse durante uno, dos o más años del mismo autor. Pero se comprende que hacer una tesis rigurosamente monográfica no significa en modo alguno perder de vista el panorama. Hacer una tesis sobre la narrativa de Aldecoa supone tener presente el telón de fondo del realismo español, leer también a Sánchez Ferlosio o García Hortelano y examinar los narradores americanos o la literatura clásica que Aldecoa leía. Sólo insertando al autor en un panorama se le comprende y explica. Pero una cosa es utilizar el panorama como fondo y otra hacer un cuadro panorámico. Una cosa es pintar el retrato de un caballero sobre fondo de un campo con un río, y otra pintar campos, valles y ríos. Tiene que cambiar la técnica, tiene que cambiar, en términos fotográficos, el enfoque. Partiendo de un autor único el panorama puede ser un poco desenfocado, incompleto o de segunda mano.

A modo de conclusión recuérdese este principio fundamental: *cuanto más se restringe el campo mejor se trabaja y se va*

más seguro. Una tesis monográfica es preferible a una tesis panorámica. Es mejor que la tesis se asemeje más a un ensayo que a una historia o a una enciclopedia.

II.2. ¿Tesis histórica o tesis teórica?

Esta alternativa sólo es válida para ciertas materias. En realidad, en materias como historia de las matemáticas, filología románica o historia de la literatura alemana, una tesis no puede ser sino histórica. Y en materias como composición arquitectónica, física del reactor nuclear o anatomía comparada, normalmente se hacen tesis teóricas o experimentales. Pero existen otras materias como filosofía teórica, sociología, antropología cultural, estética, filosofía del derecho, pedagogía o derecho internacional, en que se pueden hacer tesis de los dos tipos.

Una tesis teórica es una tesis que se propone afrontar un problema abstracto que ha podido ser, o no, objeto de otras reflexiones: la naturaleza de la voluntad, humana, el concepto de libertad, la noción de rol social, la existencia de Dios, el código genético. Catalogados así estos temas provocan inmediatamente una sonrisa, porque hacen pensar en ese tipo de aproximaciones que Gramsci llamaba «breves guiños sobre el universo». No obstante, insignes pensadores se han ocupado de estos temas. Sólo que, salvo raras excepciones, se han ocupado de ellos como conclusión de una labor reflexiva de decenios.

En manos de un estudiante, con una experiencia científica necesariamente limitada, estos temas pueden dar origen a dos soluciones. La primera (que es la menos trágica) consiste en hacer la tesis definida (en el párrafo precedente) como «panorámica». Se trata del concepto de rol social, pero en una serie de autores. Y en este sentido valgan las observaciones ya hechas. La segunda solución es más preocupante, porque el doctorando cree poder resolver en el espacio de unas pocas páginas el problema de Dios y la definición de la libertad. Mi experiencia me dice que los estudiantes que han elegido temas de este tipo han hecho casi siempre tesis muy breves, sin apreciable organización interna, más parecidas a un poema lírico que a un estudio científico. Y normalmente, cuando se objeta al doctorando que su discurso está demasiado personalizado, es genérico, informal, privado de verificaciones historiográficas y de citas, responde que no ha sido

comprendido, que su tesis es mucho más inteligente que otros ejercicios de banal compilación. Puede ocurrir que sea verdad, pero una vez más la experiencia demuestra que normalmente es la respuesta dada por un aspirante con las ideas confusas y falto de humildad científica y de capacidad comunicativa. Qué hay que entender por humildad científica (que no es una virtud de débiles sino, al contrario, una virtud de personas orgullosas) se dirá en IV.2.4. Pero no se puede excluir la posibilidad de que el doctorando sea un genio que con sólo veintidós ha comprendido todo, y quede claro que estoy haciendo esta hipótesis sin pizca de ironía. Pero es un hecho que cuando sobre la faz de la tierra aparece un genio de tal índole, la humanidad tarda mucho en aceptarlo y su obra es leída y digerida durante cierto número de años antes de que se capte su grandeza. ¿Cómo se puede pretender que un tribunal que examina no una sino muchas tesis capte de buenas a primeras la grandeza de este corredor solitario?

Pero partamos de la hipótesis de que el estudiante es consciente de haber comprendido un problema importante: como nada surge de la nada, él elaborará sus pensamientos bajo la influencia de algún otro autor. En ese caso transforma su tesis teórica en tesis historiográfica, o lo que es lo mismo no trata el problema del ser, la noción de libertad o el concepto de acción social, sino que desarrolla temas como *El problema del ser en el primer Heidegger*, *La noción de libertad en Kant* o *El concepto de acción social en Parsons*. Si tiene ideas originales, estas emergen también en la confrontación con las ideas del autor tratado: se pueden decir muchas cosas nuevas sobre la libertad estudiando el modo en que otros han hablado de la libertad. Y si realmente se quiere, la que había de ser su tesis teórica se convierte en capítulo final de su tesis historiográfica. El resultado será que todos podrán verificar lo que dice, porque (referidos a un pensador precedente) los conceptos que pone en juego serán públicamente verificables. Es difícil moverse en el vacío e instituir un razonamiento *ab initio*. Es preciso encontrar un punto de apoyo, especialmente para problemas tan vagos como la noción de ser o de libertad. También si se trata de genios, y especialmente si se trata de genios, nunca es humillante partir de otro autor. Además partir de un autor precedente no quiere decir hacer de él un fetiche, adorarle, jurar sobre su palabra; al contrario, se puede partir de un autor para demostrar sus errores y sus límites. Pero se tiene un punto de apoyo. Decían los medievales, que tenían un respeto exa-

gerado por la autoridad de sus autores clásicos, que los modernos, aun siendo «enanos» en comparación con aquellos, al apoyarse en ellos se convertían en «enanos a hombros de gigante», con lo cual veían más allá que sus predecesores.

Todas estas observaciones no sirven para las materias aplicadas y experimentales. Si se trata de una tesis de psicología la alternativa no se plantea entre *El problema de la percepción en Piaget* y *El problema de la percepción* (si a algún imprudente se le ocurriera proponer un tema tan genéricamente peligroso). La alternativa a la tesis historiográfica es más bien la tesis experimental: *La percepción de los colores en un grupo de niños minusválidos*. Aquí el razonamiento cambia, porque es de ley afrontar de forma experimental una cuestión con tal de poseer un método de investigación y poder trabajar en condiciones razonables de laboratorio con la debida asistencia. Pero un buen estudiante experimental no empieza a examinar las reacciones de sus sujetos si antes no ha hecho al menos un trabajo panorámico (análisis de los estudios análogos ya efectuados), porque en caso contrario se corre el riesgo de inventar la pólvora, de demostrar algo que ya ha sido ampliamente demostrado o de aplicar métodos que han mostrado ser ruinosos (también puede ser objeto de investigación la nueva verificación de un método que todavía no ha dado resultados satisfactorios). Por eso una tesis de tipo experimental no puede ser realizada en casa ni el método puede ser inventado. También en este caso hay que partir del principio de que, si se es un enano inteligente, lo mejor es saltar a hombros de un gigante cualquiera, aunque sea de estatura modesta; o de otro enano. Más adelante habrá tiempo para avanzar a solas.

II.3. ¿Temas clásicos o temas contemporáneos?

Afrontar esta cuestión parece un intento de resucitar la clásica *querelle des anciens et des modernes*... Y en muchas disciplinas la cuestión no se plantea en absoluto (a pesar de que también una tesis de historia de la literatura latina podría versar tanto sobre Horacio como sobre la situación de los estudios horacianos en los últimos veinte años). Por otra parte es lógico que si se trata de un doctorado de historia de la literatura italiana contemporánea, no haya alternativa.

Sin embargo no es raro el caso del estudiante que, ante el consejo del profesor de literatura italiana de hacer la tesis sobre un petrarquista del dieciséis o sobre un arcade, prefiera temas como Pavese, Bassani o Sanguineti. Muchas veces la elección surge de una auténtica vocación y es difícil contradecirla. Otras veces surge de la falsa convicción de que un autor contemporáneo es más fácil y más ameno.

Hay que decir cuanto antes que el *autor contemporáneo es siempre más difícil*. Es verdad que normalmente se encuentra una bibliografía más reducida, que los textos son todos fáciles de encontrar, que la primera fase de la documentación puede llevarse a cabo tanto encerrado en una biblioteca como a la orilla del mar con una buena novela entre las manos. Pero o se quiere hacer una tesis chapucera, repitiendo simplemente lo que ya han dicho otros críticos, y en ese caso el razonamiento se estanca aquí (y ya puestos se puede hacer una tesis todavía más chapucera sobre un petrarquista del dieciséis), o bien se quiere aportar algo nuevo, y en ese caso hay que reconocer que sobre un autor clásico existen por lo menos tramas interpretativas seguras sobre las cuales se puede tejer, mientras que sobre un autor moderno las opiniones son todavía vagas y discordantes, nuestra capacidad crítica se ve falseada por la falta de perspectiva y todo resulta enormemente difícil.

Es indudable que el autor clásico impone una lectura más fatigosa, una investigación bibliográfica más atenta (aunque los títulos estén menos dispersos y existan catálogos bibliográficos ya completos); pero si se entiende la tesis como la ocasión de aprender a construir una investigación, el autor clásico plantea más problemas de destreza.

Si más tarde el estudiante se siente inclinado a la crítica contemporánea, la tesis puede ser la última ocasión que tenga de enfrentarse a la literatura del pasado para ejercitar el propio gusto y la propia capacidad de lectura. Así que no estaría mal coger esta oportunidad al vuelo. Muchos grandes escritores contemporáneos, incluso de vanguardia, no han producido tesis sobre Montale o sobre Pound, sino sobre Dante o sobre Foscolo. En realidad no existen reglas precisas: y un buen investigador puede llevar a cabo un análisis histórico o estilístico sobre un autor contemporáneo con la misma penetración y precisión filológica con que se trabaja sobre un clásico.

Además el problema cambia de una a otra disciplina. En filosofía plantea quizá más problemas una tesis sobre Husserl

que una tesis sobre Descartes y la relación entre «facilidad» y «legibilidad» se invierte: se lee mejor a Pascal que a Carnap.

Por lo cual, el único consejo que me sentiría capaz de dar es: *trabaja sobre un contemporáneo como si fuera un clásico y sobre un clásico como si fuera un contemporáneo.* Os divertiréis más y haréis un trabajo más serio.

II.4. ¿Cuánto tiempo se requiere para hacer una tesis?

Digamos de entrada: *no más de tres años y no menos de seis meses.* No más de tres años porque si en tres años de trabajo no se ha logrado limitar el tema y encontrar la documentación necesaria, esto sólo puede significar tres cosas:

- 1) Ha elegido una tesis equivocada superior a sus fuerzas.
- 2) Pertenece al tipo de los eternos descontentos que querrían decirlo todo y sigue trabajando en la tesis durante veinte años, cuando en realidad un estudioso hábil tiene que ser capaz de fijarse unos límites, aunque modestos, y producir algo definitivo dentro de estos límites.
- 3) Se le ha declarado la neurosis de la tesis; la deja de lado, la vuelve a coger, no se siente realizado, llega a un estado de gran dispersión, utiliza la tesis como excusa para muchas bajezas; este no se doctorará nunca.

No menos de seis meses; pues aunque queráis hacer el equivalente de un buen artículo de revista, que no pase de los sesenta folios, entre estudiar el planteamiento del trabajo, buscar la bibliografía, ordenar los documentos y redactar el texto, seis meses pasan en un abrir y cerrar de ojos. Desde luego, un estudioso más maduro escribe un ensayo incluso en menos tiempo, pero tiene a sus espaldas años y años de lecturas, de fichas, de apuntes, que el estudiante en cambio tiene que sacar de la nada.

Cuando se habla de seis meses o tres años se piensa naturalmente no en el tiempo de la redacción definitiva, que puede ser de un mes o de quince días según el método con que se ha trabajado, sino más bien en el lapso de tiempo transcurrido desde que surge la primera idea de la tesis hasta la entrega del traba-

jo final. También puede darse el caso de un estudiante que trabaja efectivamente en la tesis durante sólo un año pero saca provecho de ideas y de lecturas que, sin saber adónde le llevarían, había acumulado durante los dos años precedentes.

Lo ideal, a mi parecer, es *escoger la tesis* (con el respectivo ponente) *al finalizar el segundo año de carrera.* En ese momento ya se está familiarizado con las diversas materias y se conocen también el tema, la dificultad e incluso la situación de disciplinas que ni siquiera se han examinado todavía. Una elección tan a tiempo no es comprometedor ni irremediable. Se dispone de un largo año para percatarse de que la idea era errónea y cambiar de tema, de ponente o hasta de disciplina. Hay que comprender bien que invertir un año en una tesis de literatura griega para darse cuenta después de que se prefiere una tesis de historia contemporánea no es en absoluto tiempo perdido: al menos se habrá aprendido a constituir una bibliografía preliminar, a fichar un texto, a organizar un resumen. Recuérdese cuanto ha sido dicho en I.3.: una tesis sirve ante todo para aprender a coordinar las ideas, independientemente del tema.

Por eso, eligiendo la tesis al finalizar el segundo año se dispone de tres veranos para la investigación y, si se puede, para viajes de estudio; pueden elegirse las asignaturas *combinándolas con la tesis.* Desde luego, si se hace una tesis de psicología experimental es difícil coronar con ella el curso de literatura latina; pero en muchas otras materias de carácter filosófico y sociológico se puede llegar a un acuerdo con el profesor en cuanto a algún texto, quizás en sustitución de los prescritos, que reconduzca la marcha del curso al ámbito del propio interés dominante. Cuando esto es posible sin retorcimientos dialécticos o truquillos pueriles, un profesor inteligente prefiere siempre que el estudiante prepare un examen «motivado» y orientado y no un examen casual, forzado, preparado sin pasión, sólo para superar un escollo inevitable.

Elegir la tesis al finalizar el segundo año significa que hay tiempo hasta octubre del cuarto para doctorarse en el plazo ideal, habiendo dispuesto de dos años completos.

Nada impide elegir antes la tesis. Nada impide elegirla después, si se acepta la idea de entrar una vez empezado el curso. Todo indica que no hay que elegirla demasiado tarde.

También porque una buena tesis tiene que ser discutida a cada paso con el ponente, dentro de los límites de lo posible. Y no

tanto por atosigar al profesor, sino porque escribir una tesis es como escribir un libro, es un ejercicio de comunicación que supone la existencia de un público y el ponente es la única muestra de público competente de que dispone el estudiante en el curso de su propio trabajo. Una tesis hecha en el último momento obliga al ponente a hojear rápidamente los capítulos o directamente el trabajo ya terminado. Luego, si el ponente la ve en el último momento y está descontento del resultado, atacará al aspirante en la sesión del tribunal con desagradables resultados. Desagradables también para el ponente, que no tiene por qué llegar a la sesión con una tesis que no le gusta: también es una derrota para él. Si él realmente cree que el doctorando no conseguirá encajar en el tema escogido, se lo debe decir antes aconsejándole que haga otra tesis o que espere todavía un poco. Si luego el aspirante, a pesar de estos consejos, considera que el ponente tiene razón o que el problema del tiempo es discriminatorio para él, afrontará igualmente el riesgo de una lectura de tesis borrascosa pero al menos lo hará sobre aviso.

De todas estas observaciones se deduce que la tesis de seis meses, aunque se admite como mal menor, no es en modo alguno lo mejor (a menos que, como se decía, el tema elegido permita sacar jugo durante los últimos seis meses a experiencias elaboradas durante los años precedentes).

No obstante pueden existir casos de necesidad en los que haga falta resolver todo en seis meses. Y en tal caso se trata de encontrar un tema que se pueda afrontar de manera digna y seria en ese período de tiempo. No quisiera que todo este discurso fuera tomado en un sentido demasiado «comercial», como si estuviéramos vendiendo «tesis de seis meses» y «tesis de seis años», a precios diversos y para todo tipo de clientes. Pero lo cierto es que también puede existir una buena tesis de seis meses.

Los requisitos de la tesis de seis meses son:

- 1) el tema tiene que estar delimitado;
- 2) el tema, a ser posible, será contemporáneo, para no tener que ir a buscar una bibliografía que se remonte hasta los griegos; o bien tiene que ser un tema marginal sobre el que se haya escrito poquísimos;
- 3) los documentos de todo tipo tienen que estar disponibles en una zona restringida y serán de fácil consulta.

Pongamos algunos ejemplos. Si elijo como tema *La iglesia de Santa Marta del Castillo de Alessandria*, puedo suponer que encontraré todo lo que me sirva para reconstruir la historia y las vicisitudes de las restauraciones en la biblioteca pública de Alessandria o en los archivos de la ciudad. Digo «puedo suponer» porque hago una hipótesis, y me pongo en la situación de un estudiante que está buscando una tesis de seis meses. Pero antes de lanzarme a la ejecución del proyecto tendría que informarme para verificar si mi hipótesis es válida. Además tendría que ser un estudiante que viviera en la provincia de Alessandria; si vivo en la otra punta de Italia he tenido una pésima idea. Aún hay otro «pero». Si hay documentos disponibles pero se trata de manuscritos medievales nunca publicados, tendría que saber algo de paleología, esto es, poseer una técnica de lectura y desciframiento de los manuscritos. Y este tema, que tan fácil parecía, se hace difícil. En cambio, si descubro que todo está publicado, por lo menos desde el siglo XIX en adelante, me muevo sobre seguro.

Otro ejemplo. Raffaele La Capria es un escritor italiano contemporáneo que sólo ha escrito tres novelas y un ensayo. Han sido publicados todos por el mismo editor, Bompiani. Imaginemos una tesis que se titule *El Mito de Raffaele La Capria en la crítica italiana contemporánea*. Teniendo en cuenta que normalmente cada editor tiene en sus propios archivos los recortes de todos los ensayos críticos y artículos aparecidos sobre sus autores, tras una serie de sesiones en la sede de la casa editora en Milán podré suponer que he catalogado la casi totalidad de los textos que me interesan. Además el autor vive y puedo escribirle o entrevistarle obteniendo por medio de él otras indicaciones bibliográficas y, casi seguro, fotocopias de textos que me interesan. Naturalmente un ensayo crítico me conducirá a otros autores con los que La Capria es comparado o contrapuesto. El campo se amplía un poco, pero de modo razonable. De todas maneras si he elegido a La Capria es porque tenía algún interés por la literatura italiana contemporánea; de no ser así, la decisión ha sido tomada cínicamente, en frío, y al mismo tiempo con precipitación.

Otra tesis de seis meses: *La interpretación de la segunda guerra mundial en los libros de historia para enseñanza media de los últimos cinco años*. Quizá sea un poco complejo localizar todos los libros de historia en circulación, pero después de todo las editoriales escolares no son tantas. Una vez que disponéis de

los textos o los tenéis fotocopiados, sabido es que estas disertaciones ocupan pocas páginas y que el trabajo de comparación se puede hacer, y bien hecho, en poco tiempo. Naturalmente, no se puede juzgar de qué modo habla un libro sobre la segunda guerra mundial si no se confronta este tratamiento específico con el cuadro histórico general que ofrece el libro; por eso hay que trabajar un poco en profundidad. Tampoco se puede empezar sin haber tomado como parámetro media docena de historias acreditadas de la segunda guerra mundial. Quede claro que si se eliminasen todas estas formas de control crítico, la tesis se podría hacer no en seis meses sino en una semana; pero entonces no sería una tesis de doctorado, sino un artículo de periódico, quizá agudo y brillante pero incapaz de mostrar la capacidad de investigación del doctorando.

Ahora bien, si lo que se quiere es hacer la tesis de seis meses pero trabajando una hora al día, entonces es inútil seguir discutiendo. Volved a mirar los consejos dados en el párrafo I.2. Copiad una tesis cualquiera y se acabó el problema.

II.5. ¿Es necesario conocer idiomas extranjeros?

Este párrafo no concierne a los que preparan una tesis sobre una lengua o una literatura extranjeras. En realidad, cabe esperar que todos estos conozcan la lengua *sobre la cual* hacen la tesis. Cabría también esperar que, si se hiciera una tesis sobre un autor francés, esta tesis fuera escrita en francés. En muchas universidades extranjeras se hace así, y es justo.

Pero expongamos el problema del que hace una tesis de filosofía, de sociología, de derecho de ciencias políticas, de historia de ciencias naturales. Surge siempre la necesidad de leer un libro escrito en un idioma extranjero, aunque la tesis fuera de historia de España, incluso si fuera sobre Cervantes o sobre la Inquisición, dado que ilustres especialistas en Cervantes o en la Inquisición han escrito en inglés o en alemán.

Normalmente en estos casos se aprovecha la ocasión de la tesis para empezar a leer en una lengua que no se conoce. Interesados por el tema, con un poco de trabajo se empieza a comprender algo. Muchas veces una lengua se aprende así. Normalmente luego no se consigue hablarla, pero se puede. Siempre es mejor que nada.

Si sobre un determinado tema existe un *único* libro en alemán y no se conoce el alemán, se puede resolver el problema haciéndose leer los capítulos considerados más importantes por alguien: se tendrá el pudor de no basarse demasiado en ese libro, pero al menos se podrá incluir legítimamente en la bibliografía puesto que ha sido examinado.

Pero todos estos son problemas secundarios. El principal problema es: *Es preciso escoger una tesis que no implique el conocimiento de lenguas que no conozco y que no estoy dispuesto a aprender.* Muchas veces se escoge una tesis sin saber los riesgos que se corren. En consecuencia, nos proponemos considerar algunos casos imprescindibles:

- 1) *No se puede hacer una tesis sobre un autor extranjero si este no es leído en su lengua original.* Esta verdad es evidente si se trata de un poeta, pero muchos creen que para una tesis sobre Kant, sobre Freud, o sobre Adam Smith tal precaución no es necesaria. Pero lo es, y por dos razones: en primer lugar, estos autores no siempre tienen *todas* sus obras traducidas, incluso a veces la ignorancia de un escrito menor puede comprometer la comprensión de su pensamiento o de su formación intelectual; en segundo lugar, la mayor parte de la bibliografía sobre un autor dado suele estar en la lengua que él escribía, y si el autor está traducido no siempre lo están sus intérpretes; por último, las traducciones no siempre hacen justicia al pensamiento de un autor; y hacer una tesis significa justamente redescubrir su pensamiento original, sobre todo allí donde ha sido falseado por las traducciones o por las vulgarizaciones de diversos tipos. Hacer una tesis quiere decir ir más allá de las fórmulas difundidas por los manuales escolares, del tipo «Foscolo es clásico y Leopardi es romántico», «Platón es idealista y Aristóteles realista», o «Pascal está por el corazón y Descartes por la razón».
- 2) *No se puede hacer una tesis sobre un tema si las obras más importantes que se refieren a él están escritas en una lengua que no conocemos.* Un estudiante que supiera perfectamente alemán y que no supiera francés, hoy en día no podría hacer una tesis sobre Nietzsche, que sin embargo escribió en alemán: y es que de diez años a esta parte algunas de las más interesantes revalorizaciones de Nietzsche han sido escritas en francés. Lo mismo vale para Freud: sería difícil releer al

maestro vienes sin tener en cuenta todo lo que han leído en él los revisionistas americanos o los estructuralistas franceses.

3) *No se puede hacer una tesis sobre un autor o sobre un tema leyendo sólo las obras escritas en las lenguas que conocemos. ¿Quién os asegura que la obra decisiva no ha sido escrita en la única lengua que no conocemos? Realmente este tipo de consideraciones puede conducir a la neurosis, pero es preciso andar con tino. Existen reglas de corrección científica en virtud de las cuales es lícito, si sobre un autor inglés se ha escrito algo en japonés, advertir que se conoce la existencia de tal estudio pero que no se ha leído. Este «permiso para ignorar» se extiende normalmente a las lenguas no occidentales y a las lenguas esclavas, de modo que se da el caso de estudios muy serios sobre Marx que admiten no haber tomado conocimiento de obras en ruso. Pero en estos casos el estudioso serio siempre puede saber (y demostrar que lo sabe) qué dicen, en síntesis, esas obras, dado que existen críticas o extractos con resúmenes fáciles de encontrar. Normalmente las revistas científicas soviéticas, búlgaras, checoslovacas, israelitas, etc. ofrecen al pie resúmenes de los artículos en inglés o francés. Y he aquí que incluso si se trabaja sobre un autor francés puede ser lícito no saber ruso, pero es imprescindible leer por lo menos el inglés a fin de cercar el problema.*

Por ello antes de establecer el tema de una tesis hay que ser astuto y echar una primera ojeada a la bibliografía existente para estar seguros de que no hay dificultades lingüísticas notables.

Ciertos casos se conocen por anticipado. Es impensable hacer una tesis de filología griega sin saber alemán, pues sobre esta materia hay cantidad de estudios importantes en alemán.

En todo caso la tesis sirve para hacerse con una ligera noción terminológica general de todas las lenguas occidentales, porque aunque no se lea el ruso es necesario por lo menos ser capaz de reconocer los caracteres cirílicos y comprender si un libro determinado habla de arte o de ciencia. A leer el cirílico se aprende en una noche, y a saber que *iskusstvo* significa arte y *nanha* ciencia se llega después de haber comparado algunos títulos. Tampoco es cuestión de aterrorizarse; es preciso entender la tesis como una ocasión única para hacer algunos ejercicios que nos servirán mientras vivamos.

Todas estas observaciones no tienen en cuenta que lo mejor, si se tiene que afrontar una bibliografía extranjera, es armarse de valor e ir a pasar algún tiempo al país en cuestión: pero estas soluciones son costosas y aquí se trata de aconsejar también al estudiante que no tiene esas posibilidades.

Pero hagamos una última hipótesis, la más conciliadora. Supongamos que un estudiante se interesa por el problema de la percepción visual aplicado a la temática de las artes. Este estudiante *no conoce lenguas extranjeras y no tiene tiempo para aprenderlas* (o tiene bloqueos psicológicos: hay personas que aprenden sueco en una semana y otras que en diez años no consiguen hablar admisiblemente francés). Además tiene que hacer, por motivos económicos, una tesis de seis meses. Con todo está sinceramente interesado por el tema; quiere terminar con la universidad para ponerse a trabajar pero tiene intención de continuar con el tema ya elegido y de profundizarlo con más calma. También tenemos que pensar en él.

Bueno, este estudiante puede proponerse un tema del tipo *Los problemas de la percepción visual en su relación con las artes figurativas en algunos autores contemporáneos*. Será oportuno trazar en primer lugar un cuadro de la problemática psicológica del tema, y sobre esto hay una serie de obras traducidas, desde *Ojo y cerebro* de Gregory hasta los textos más importantes de la psicología de la forma y de la psicología transaccional. Después se puede considerar la temática de tres autores, por ejemplo Arnheim por su enfoque desde la *Gestalt*, Gombrich por el semiológico-informacional y Panofsky por sus ensayos sobre la perspectiva desde el punto de vista iconológico. En estos tres autores se debate bajo tres puntos de vista diferentes la relación entre naturalidad y «culturalidad» de la percepción de las imágenes. Para situar a estos tres autores en un panorama de fondo existen algunas obras de conexión, por ejemplo los libros de Gillo Dorfles. Una vez trazadas estas tres perspectivas, el estudiante querrá releer los aspectos problemáticos que ha encontrado a la luz de una obra de arte particular, quizá planteándose una interpretación ya clásica (por ejemplo el modo en que Longhi analiza a Piero della Francesca) e integrándola con los datos más «contemporáneos» que ha recogido. El producto final no será en absoluto original, se quedará a mitad entre la tesis panorámica y la monográfica, pero habrá sido posible elaborarlo a partir de traducciones. Al estudiante no se le reprochará no haber leído *todo*

Panofsky, hasta lo que sólo existe en alemán o en inglés, porque no se trata de una tesis sobre Panofsky, sino de una tesis sobre un problema en que el recurso a Panofsky cuenta solamente en ciertos aspectos, como referencia a algunas cuestiones.

Como ya se ha dicho en el párrafo II.1., este tipo de tesis no es el más aconsejable porque corre el peligro de quedar incompleta y genérica: quede claro que se trata de un ejemplo de tesis de seis meses para un estudiante urgentemente interesado en reunir datos preliminares sobre un problema que se toma a pecho. Es una solución de repuesto pero al menos pueda ser resuelta de modo digno.

En todo caso, si no se conocen lenguas extranjeras y no se puede aprovechar la preciosa ocasión de la tesis para empezar a aprenderlas, la solución más razonable es la tesis sobre un tema específicamente castellano en el que las referencias a literatura extranjera sean fáciles de eliminar o de resolver recurriendo a unos pocos textos ya traducidos. Así, el que quisiera hacer una tesis sobre *Modelos de novela histórica en el «Sancho Saldaña» de Espronceda*, habría de tener algunas nociones básicas sobre los orígenes de la novela histórica y sobre Walter Scott (además, naturalmente, de conocer la polémica del siglo XIX sobre este tema y el de la autoría del *Sancho Saldaña*), pero podría encontrar algunas obras de consulta en nuestra lengua y tendría la posibilidad de leer en castellano al menos las obras más importantes de Scott, sobre todo buscando en bibliotecas las traducciones del siglo XIX. Y todavía plantearía menos problemas un tema como *La influencia de Maragall en el catalán literario moderno*. Naturalmente, evitando partir de optimismos preconcebidos; y valdrá la pena consultar bien las bibliografías para ver si hay autores extranjeros que han tratado el tema y cuáles son.¹

II.6. ¿Tesis científica o tesis política?

A partir de la protesta estudiantil de 1968 se ha establecido la opinión de que no se deben hacer tesis sobre temas «culturales» o librescos sino más bien tesis ligadas a intereses directos

1. Las tesis propuestas por Eco son: *Modelli del romanzo storico nelle opere narrative di Garibaldi y L'influenza del Guerrazzi nella cultura risorgimentale italiana*. (N. de los T.)

políticos y sociales. Si la situación es esta, entonces el título del presente capítulo es una provocación y un engaño porque hace pensar que una tesis «política» no es «científica». Ahora bien, en la universidad se habla a menudo de ciencia, científicidad, investigación científica, valor científico de un trabajo, y estos términos pueden dar lugar bien a equívocos involuntarios, bien a mixtificaciones, bien a ilícitas sospechas de embalsamamiento de la cultura.

II.6.1. ¿Qué es la científicidad?

Para algunos la ciencia se identifica con las ciencias naturales o con la investigación sobre bases cuantitativas: una investigación no es científica si no procede mediante fórmulas y diagramas. En tal caso, sin embargo, no sería científica una investigación sobre la moral en Aristóteles, pero tampoco lo sería una investigación sobre conciencia de clase y revueltas rurales durante la reforma protestante. Evidentemente no es este el sentido que se da al término «científico» en la universidad. Por eso intentamos definir bajo qué criterio un trabajo puede llamarse científico en sentido amplio.

El modelo puede muy bien ser el de las ciencias naturales tal como están planteadas desde el principio de la edad moderna. Una investigación es científica cuando cumple los siguientes requisitos:

1) La investigación versa sobre un objeto reconocible y definido de tal modo que también sea reconocible por los demás. El término objeto no tiene necesariamente un significado físico. También la raíz cuadrada es un objeto aunque nadie la haya visto nunca. La clase social es un objeto de investigación, aunque alguno pudiera objetar que sólo se conocen individuos o medias estadísticas y no clases en sentido estricto. Pero según esto tampoco tendría realidad física la clase de todos los números enteros superiores al 3725, de la cual, sin embargo, un matemático se podría ocupar estupendamente. Definir el objeto significa entonces definir las condiciones bajo las cuales podemos hablar en base a unas reglas que nosotros mismos estableceremos o que otros han establecido antes que nosotros. Si establecemos las reglas en base a las cuales un número entero superior al 3725 puede ser reconocido cuando se encuentra, hemos establecido las

reglas de reconocimiento de nuestro objeto. Naturalmente surgen problemas si tenemos que hablar, por ejemplo, de un ser fabuloso cuya inexistencia reconoce la opinión común, como por ejemplo el centauro. Llegados a este punto tenemos tres alternativas. En primer lugar podemos decidirnos a hablar de los centauros tal y como se presentan en la mitología clásica, y así nuestro objeto llega a ser públicamente reconocible y localizable, pues tenemos que vérnoslas con textos (verbales o visuales) en que se habla de centauros. Entonces se tratará de decir qué características ha de tener un ente de los que habla la mitología clásica para ser reconocido como centauro.

En segundo lugar podemos intentar una indagación hipotética sobre las características que *tendría* que tener una criatura viviente en un mundo posible (que no es el real) para poder ser un centauro. En tal caso habríamos de definir las condiciones de subsistencia de este mundo posible advirtiendo que toda nuestra disertación se desenvuelve en el ámbito de esta hipótesis. Si nos mantenemos rigurosamente fieles a la empresa de partida, podemos decir entonces que nos ocupamos de un «objeto» que tiene alguna posibilidad de ser objeto de indagación científica.

En tercer lugar podemos decidir que tenemos pruebas suficientes para demostrar que los centauros existen de verdad. Y en tal caso, para constituir un objeto susceptible de discurso tendremos que presentar pruebas (esqueletos, restos óseos, huellas sobre lava solidificada, fotografías hechas con rayos infrarrojos en los bosques de Grecia o todo lo que queramos) tales que los demás puedan admitir que, por correcta o errónea que sea nuestra tesis, se trata de algo sobre lo que se puede hablar.

Naturalmente este ejemplo es paradójico y no creo que nadie quiera hacer tesis sobre los centauros, sobre todo en lo que concierne a la tercera alternativa, pero me urgía mostrar cómo siempre puede constituirse un objeto de investigación públicamente reconocido en unas condiciones dadas. Y si se puede hacer con los centauros, otro tanto se podrá decir de nociones como el comportamiento moral, los deseos, los valores o la idea del progreso histórico.

2) La investigación tiene que decir sobre este objeto *cosas que todavía no han sido dichas* o bien revisar con óptica diferente las cosas que ya han sido dichas. Un trabajo matemáticamente exacto que viniera a demostrar con los métodos tradicionales el teorema de Pitágoras no sería un trabajo científico, pues no

añadiría nada a nuestro conocimiento. Como máximo sería un buen trabajo de divulgación, como un manual que enseñase a construir una caseta para el perro usando madera, clavos, cepillo, sierra y martillo. Como ya habíamos dicho en I.1. una tesis de compilación también puede ser científicamente útil porque el compilador ha reunido y correlacionado de manera orgánica las opiniones ya expresadas por otros sobre el mismo tema. Del mismo modo un manual de instrucciones sobre cómo hacerse una caseta para el perro no es un trabajo científico, pero una obra que compare y comente todos los métodos conocidos para hacer una caseta ya puede plantear alguna modesta pretensión de cientificidad.

Hay que tener presente una cosa: que una obra de compilación sólo tiene sentido si no existe todavía ninguna parecida en ese campo. Si ya existen obras comparativas sobre sistemas de casetas para perros, hacer otra igual es una pérdida de tiempo (o un plagio).

3) La investigación *tiene que ser útil a los demás*. Es útil un artículo que presente un nuevo descubrimiento sobre el comportamiento de las partículas elementales. Es útil un artículo que cuente cómo ha sido descubierta una carta inédita de Leopardi y la transcriba por entero. Un trabajo es científico (una vez observados los requisitos de los puntos 1 y 2) si añade algo a lo que la comunidad ya sabía y si ha de ser tenido en cuenta, al menos en teoría, por todos los trabajos futuros sobre el tema. Naturalmente, la importancia científica es proporcional al grado de indispensabilidad que presenta la contribución. Hay contribuciones de las que los estudiosos, de lo contrario las tendrían en cuenta, no pueden decir nada bueno. Y existen otras que los estudiosos harán bien teniendo en cuenta, aunque no pasa nada si no lo hacen. Recientemente han sido publicadas unas cartas que James Joyce escribía a su mujer sobre problemas sexuales abrasadores. Indudablemente al que mañana estudie la génesis del personaje de Molly Bloom en el *Ulises* de Joyce le convendrá saber que en su vida privada Joyce atribuía a su mujer una sexualidad vivaz y desenvuelta, como la de Molly; y por ello se trata de una útil contribución científica. Por otra parte existen admirables interpretaciones de *Ulises* en que el personaje de Molly ha sido encuadrado con exactitud a pesar de faltar estos datos: en consecuencia se trata de una contribución no indispensable. En cambio, cuando se publicó *Stephen Hero*, la primera versión de la novela de

Joyce *Portrait of the Artist as a Young Man*, todos advirtieron que era fundamental tenerla en cuenta para comprender el desarrollo del escritor irlandés. Era una contribución científica indispensable.

Ahora bien, podría ocurrírsele a alguien sacar a la luz uno de esos documentos que suele atribuirse burlonamente a los filósofos alemanes, de los que suelen llamarse «notas de lavandería»; se trata de textos de valor ínfimo en los que el autor había anotado las compras que tenía que hacer ese día. A veces también son útiles datos de este género, pues a pesar de todo dan un toque de humanidad a un autor que todos suponían aislado del mundo, o revelan que en aquel período él vivía bastante pobremente. A veces, en cambio, no añaden absolutamente nada a lo que ya se sabe, son pequeñas curiosidades biográficas y no tienen ningún valor científico, aunque lo tengan para las personas que consiguen fama de investigadores incansables sacando a la luz semejantes inepticias. No es que haya que desanimar a los que hacen tales investigaciones, pero en su caso no puede hablarse de progreso del conocimiento humano y sería bastante más útil, si no desde el punto de vista científico al menos sí desde el pedagógico, escribir un buen folleto divulgador que cuente la vida y resuma las obras de estos autores.

4) La investigación *debe suministrar elementos para la verificación y la refutación de las hipótesis que presenta*, y por tanto tiene que suministrar los elementos necesarios para su seguimiento público. Este requisito es fundamental. Puedo pretender demostrar que hay centauros en el Peloponeso, pero tengo que hacer cuatro cosas precisas: (a) presentar pruebas (como se ha dicho, por lo menos un hueso caudal); (b) decir cómo he procedido para hacer el hallazgo; (c) decir cómo habría que proceder para hacer otros; (d) decir aproximadamente qué tipo de hueso (u otro hallazgo) mandaría al cuerno mi hipótesis el día que fuera encontrado.

De este modo no sólo he suministrado las pruebas de mi hipótesis, sino que lo he hecho de modo que también otros puedan seguir buscando para confirmarla o ponerla en tela de juicio.

Lo mismo sucede con cualquier otro tema. Supongamos que yo haga una tesis para demostrar que en un movimiento extraparlamentario de 1969 había dos corrientes, una leninista y la otra trotskista, aunque comúnmente se cree que era homogéneo.

Tendré que presentar documentos (panfletos, grabaciones de asambleas, artículos, etc.) para demostrar que tengo razón; tendré que decir cómo he procedido para encontrar ese material y dónde lo he encontrado, de modo que otros puedan seguir buscando en esa dirección; y tendré que decir según qué criterios he aplicado el material probatorio a miembros de ese grupo. Por ejemplo, si el grupo se dividió en 1970, tengo que decir si considero expresión de ese grupo sólo el material teórico elaborado por sus miembros durante ese espacio de tiempo (pero en tal caso tendré que decir según qué criterios juzgo a ciertas personas miembros del grupo: ¿posesión de carnet, participación en las asambleas, suposiciones de la policía?) o si tengo también en cuenta los textos elaborados por ex-miembros del grupo después de su disolución, partiendo del principio de que si ellos han expresado más tarde esas ideas es porque ya las cultivaban, por lo bajo, durante el período de actividad del grupo. Sólo de esta manera proporciono a los demás la posibilidad de hacer nuevas indagaciones y de demostrar, por ejemplo, que mis revelaciones estaban equivocadas porque, supongamos, no se podía considerar miembro del grupo a un fulano que, según la policía, formaba parte del grupo pero que nunca había sido reconocido como tal por los otros miembros, al menos a juzgar por los documentos de que se dispone. Con lo cual he presentado una hipótesis, pruebas y procedimientos de verificación y de refutación.

He escogido adrede temas muy diferentes precisamente para demostrar que los requisitos de científicidad pueden aplicarse a cualquier tipo de indagación.

Cuanto he dicho se refiere a la artificiosa oposición entre tesis «científica» y tesis «política». *Se puede hacer una tesis política observando todas las reglas de científicidad necesarias*. Puede darse también una tesis que relate una experiencia de información alternativa mediante sistemas audiovisuales en una comunidad obrera: será científica en tanto que documento de modo público y controlable mi experiencia y permita a cualquiera rehacerla, sea para obtener los mismos resultados, sea para descubrir que mis resultados son casuales y que en realidad no se deben a mi intervención sino a otros factores que yo no he tenido en cuenta.

Lo bueno de un procedimiento científico es que nunca hace perder tiempo a los demás: también trabajar siguiendo el surco de una hipótesis científica para descubrir después que hay que

refutarla es hacer algo útil bajo el impulso de una propuesta precedente. Si mi tesis sirve para animar a alguien a efectuar otras experiencias de contrainformación entre obreros (aunque mis suposiciones fueran ingenuas), he logrado algo útil.

De esta manera se ve que no hay oposición entre tesis científica y tesis política. Por otra parte, puede decirse que todo trabajo científico, en tanto que contribuye al desarrollo de los conocimientos de los demás, tiene siempre un valor político positivo (tiene valor político negativo toda acción que tienda a bloquear el proceso de conocimiento); mas por otra parte cabe decir con seguridad que toda empresa política con posibilidades de éxito ha de tener una base de seriedad científica.

Ya habéis visto cómo se puede hacer una tesis «científica» sin hacer uso de logaritmos ni probetas.

II.6.2. ¿Temas histórico-teóricos o experiencias «en caliente»?

Mas llegados a este punto, nuestro problema inicial se presenta reformulado de otro modo: ¿Qué es mas útil, hacer una tesis de erudición o una tesis ligada a experiencias prácticas, a compromisos sociales directos? En otras palabras, ¿qué es más útil, hacer una tesis en que se hable de autores celebres o de textos antiguos o una tesis que me imponga una intervención directa en la contemporaneidad, sea esta de orden teórico (por ejemplo: el concepto de beneficio en la ideología neocapitalista) o de orden práctico (por ejemplo: investigación sobre la condición de los chabolistas de la periferia de Roma)?

La pregunta es ociosa de por sí. Cada uno hace lo que le apetece, y si un estudiante ha pasado cuatro años estudiando filología románica nadie puede pretender que se ocupe de los chabolistas, del mismo modo que sería absurdo pretender un acto de «humildad académica» por parte de alguien que haya pasado cuatro años con Danilo Dolci, pidiéndole que escriba su tesis sobre *Los reyes de Francia*.

Pero supongamos que la pregunta la hace un estudiante en crisis que se pregunta para que le sirven los estudios universitarios y especialmente la experiencia de la tesis. Supongamos que este estudiante tenga intereses políticos y sociales evidentes y que le dé miedo traicionar su vocación dedicándose a temas «librescos».

Si esta persona esta ya introducida en una experiencia político-social que le deja entrever la posibilidad de extraer de ella un discurso concluyente, estará bien que se plantee el problema de cómo tratar científicamente su experiencia.

Pero si esta experiencia no existe, entonces me parece que la pregunta solo expresa una inquietud noble pero ingenua. Ya hemos dicho que la experiencia de investigación impuesta por la tesis sirve siempre para nuestra vida futura (tanto profesional como política) y no tanto por el tema que se elige como por el adiestramiento que supone, por el uso del rigor, por la capacidad de organización del material que requiere.

Paradójicamente, puede decirse que un estudiante con intereses políticos no los traicionará aunque haga una tesis sobre la utilización de los pronombres demostrativos en un escritor de botánica del siglo XVIII. O sobre la teoría del *impetus* en la ciencia anterior a Galileo. O sobre la geometría no euclidiana. O sobre los albores del derecho eclesiástico. O sobre una secta mística. O sobre la medicina árabe medieval. O sobre el artículo del código de derecho penal concerniente a la perturbación de actos públicos.

También se pueden cultivar intereses políticos, por ejemplo sindicales, haciendo una buena tesis histórica sobre los movimientos obreros del siglo pasado. Se pueden comprender las exigencias contemporáneas de contrainformación entre las clases subalternas estudiando el estilo, la difusión, las modalidades productivas de las xilografías populares en el período del Renacimiento.

Y, puestos a polemizar, a un estudiante que hasta el día de hoy sólo haya tenido actividad política y social, le aconsejaría precisamente una de estas tesis, antes que la narración de las propias experiencias directas, porque está claro que el trabajo de tesis será la última ocasión que tendrá para adquirir conocimientos históricos, teóricos y técnicos y para aprender sistemas de documentación (así como para reflejar de manera más amplia las posiciones teóricas o históricas de su propio trabajo político).

Naturalmente, sólo se trata de mi opinión. Pero por respetar una opinión diferente me pongo en el lugar de quien, metido en una actividad política, quiera enriquecer su tesis con su trabajo y sus experiencias de trabajo político con la redacción de la tesis.

Es posible y se puede hacer un estupendo trabajo: pero es preciso decir con claridad y severidad extremadas una serie de

cosas, precisamente en defensa de la respetabilidad de empresas de este tipo.

A veces sucede que el estudiante emborriona un centenar de páginas unidas a transcripciones de discusiones, relaciones de actividades, estadísticas a menudo tomadas de cualquier trabajo precedente, y presenta su trabajo como tesis «política». Y otras veces sucede que el tribunal, por pereza, por demagogia o por incompetencia, da el trabajo por bueno. Y sin embargo, se trata de una payasada y no sólo respecto de los criterios universitarios, sino precisamente respecto de los criterios políticos. Hay un modo serio y un modo irresponsable de hacer política. Un político que decide un plan de desarrollo sin tener información suficiente sobre la situación de la sociedad no es más que un payaso, cuando no un criminal. Y se puede hacer un pésimo favor a la propia adscripción política elaborando una tesis política privada de requisitos científicos.

Ya hemos dicho en II.6.1. cuales son estos requisitos y cómo son esenciales también para una intervención política seria. Recuerda a un estudiante que se examinaba sobre los problemas de las comunicaciones de masas asegurando que había hecho una «encuesta» sobre el público televidente entre los trabajadores de cierta zona. En realidad había interrogado, magnetofón en mano, a una docena de relojeros durante dos viajes en tren. Era natural que lo que resultaba de estas transcripciones de opiniones no fuera una encuesta. Y no solo porque no cumplía los requisitos de verificabilidad de toda encuesta que se precie, sino también porque los resultados a que se llegaba eran perfectamente imaginables sin necesidad de hacer la encuesta. Exactamente igual, por poner un ejemplo, puede preverse que de doce personas sentadas a una mesa, la mayoría dirán que les gusta ver los partidos en directo. Por eso presentar una pseudo-encuesta para llegar a este precioso resultado es una payasada. Y es un autoengaño para el estudiante, que cree haber obtenido datos «objetivos» cuando en realidad solo ha confirmado de manera aproximativa sus propias opiniones.

Ahora bien, el riesgo de superficialidad ronda especialmente a las tesis de carácter político por dos razones: (a) porque en una tesis histórica o filológica existen métodos tradicionales de investigación a los que el investigador no puede sustraerse, mientras que en trabajos sobre fenómenos sociales en evolución muchas veces el método tiene que ser inventado (por eso una

buena tesis política es a menudo más difícil que una tranquila tesis histórica); (b) porque en muchos casos la metodología de la investigación social «a la americana» ha consagrado los métodos estadísticos cuantitativos y ha producido gran cantidad de trabajos que no sirven para la comprensión de fenómenos reales; por consiguiente muchos jóvenes politizados adoptan una actitud de desconfianza hacia esta sociología, que como mucho es «sociometría», acusándola de estar al servicio del sistema, del cual es cobertura ideológica; pero como reacción a este tipo de investigaciones se tiende, simplemente, a no investigar, transformando la tesis en una sucesión de panfletos, de consignas o afirmaciones meramente teóricas.

¿Como evitar este riesgo? De muchas maneras, revisando investigaciones «serias» sobre temas análogos, no lanzándose a un trabajo de investigación social si no se ha seguido por lo menos la actividad de un grupo ya maduro, haciéndose con algunos métodos de recogida y análisis de datos, no presumiendo de hacer en pocas semanas trabajos de indagación que de ordinario son largos y costosos... Pero como los problemas cambian según los campos, los temas y la preparación del estudiante y ademas no se pueden dar consejos genéricos, me limitaré a poner un ejemplo. Escogeré un tema «novísimo» sobre el que no parecen existir precedentes de investigación, un tema de actualidad candente con indudable trasfondo político, ideológico y práctico y que muchos profesores tradicionales definirían como «meramente periodístico»: el fenómeno de las emisoras de radio independientes.

II.6.3. Cómo transformar un tema de actualidad en tema científico

Sabemos que en las grandes ciudades italianas han surgido docenas y docenas de estas emisoras, que existen dos, tres, incluso cuatro en centros urbanos de cien mil habitantes, que surgen por todas partes. Que son de tipo político o de tipo comercial. Que tienen problemas legales pero que la legislación es ambigua y está en continua evolución, y desde el momento en que escribo (o hago la tesis) hasta el momento en que este libro salga (o la tesis sea discutida) la situación habrá cambiado.

Por ello, antes que otra cosa tendré que definir con exactitud el ámbito geográfico y temporal de mi indagación. Podría ser

solamente *Las radios libres en Italia de 1975 a 1976*, pero la indagación tendrá que ser completa. Si decido examinar solo las radios milanesas, sean las radios milanesas, pero *todas*. En caso contrario mi indagación será incompleta porque a lo mejor omite la radio más significativa en cuanto a programas, nivel de audiencia, composición cultural de sus animadores o situación (periferia, barrio, centro).

Si decido trabajar con una muestra nacional de treinta radios, de acuerdo: pero tengo que establecer los criterios de selección de la muestra y si la realidad nacional es que por cada cinco radios políticas hay tres comerciales (o por cada cinco de izquierda una de extrema derecha), no debo escoger una muestra de treinta radios veintinueve de las cuales sean políticas y de izquierda (o viceversa), pues en tal caso doy una imagen del fenómeno a medida de mis deseos o de mis temores y no a medida de la situación real.

También podría tomar la decisión (y nos encontramos de nuevo con la tesis sobre la existencia de los centauros en un mundo posible) de renunciar a la indagación sobre las radios tal como son para proponer a cambio un proyecto de radio libre ideal. Pero en tal caso, por un lado el proyecto tiene que ser orgánico y realista (no puedo suponer la existencia de aparatos que no existen o que no están al alcance de un pequeño grupo particular) y por otro no puedo hacer un proyecto ideal sin tener en cuenta las líneas directrices del fenómeno real, para lo cual (siguiendo con el mismo caso) es indispensable una investigación preliminar sobre las radios existentes.

Después tendré que hacer públicos los parámetros de mi definición de «radio libre», esto es, hacer públicamente reconocible el objeto de la investigación.

¿Entiendo por radio libre solo una radio de izquierda? ¿O una radio hecha por un grupo pequeño en situación semi-legal y en territorio nacional? ¿O una radio no dependiente del monopolio estatal, aunque por casualidad se trate de una red muy articulada con propósitos meramente comerciales? ¿O he de tener presente el parámetro territorial y consideraré radio libre solo una radio de San Marino o de Montecarlo? Elija lo que elija, tengo que dejar claros mis criterios y explicar por que excluyo ciertos fenómenos del campo de la investigación. Obviamente los criterios han de ser razonables, o los términos que uso han de ser definidos de modo no equívoco: puedo decidir que para mí solo son radios li-

bres las que expresan una posición de extrema izquierda, pero entonces habré de tener en cuenta que comúnmente con el término «radios libres» se denomina también a otras radios, y no puedo engañar a mis lectores haciéndoles creer que hablo también de ellas o que estas no existen. En tal caso tendré que especificar que no estoy de acuerdo con la apelación «radios libres» aplicada a las radios que no quiero examinar (pero la exclusión tendrá que estar argumentada) o aplicar un término menos genérico a las radios de que me ocupo.

Llegado a este punto tendré que describir la estructura de una radio libre desde los puntos de vista organizativo, económico y jurídico. Si en unas trabajan profesionales con dedicación plena y en otras trabajan militantes que van turnándose, habrá que construir una tipología organizativa. Habré de mirar si todos estos tipos tienen características comunes que sirvan para definir un modelo abstracto de radio independiente, o bien si el término «radio libre» cubre una serie muy informe de experiencias muy diversas. Comprenderéis ahora por qué el rigor científico de este análisis es también útil a efectos prácticos, pues si yo quisiera montar una radio libre tendría que saber cuáles son las condiciones óptimas para su funcionamiento.

Para construir una tipología fidedigna podría, por ejemplo, proceder a la elaboración de un cuadro que contenga todas las características posibles confrontadas con las diversas radios que examinamos; pondré en vertical las características de una radio determinada y en horizontal la frecuencia estadística de determinadas características. Es un ejemplo puramente orientativo y de dimensiones muy reducidas que comprende cuatro parámetros —la presencia de operadores profesionales, la proporción música-palabra, la presencia de publicidad y la caracterización ideológica— aplicados a siete radios imaginarias.

Un cuadro de este tipo me diría, por ejemplo, que Radio Pop esta formada por un grupo no profesional con caracterización ideológica explícita que transmite más música que comentarios y que acepta publicidad. Al mismo tiempo me diría que la presencia de publicidad o el predominio de la música sobre los comentarios no se opone necesariamente a la caracterización ideológica, dado que encontramos dos radios en esta situación mientras que solo hay una con caracterización ideológica y predominio de la palabra sobre la música. Por otra parte, no existe *ninguna* que

	Radio Beta	Radio Gamma	Radio Delta	Radio Aurora	Radio Centro	Radio Pop	Radio Canale 100
operadores profesionales	-	+	-	-	-	-	-
predominio de música	+	+	-	+	+	+	+
presencia de publicidad	+	+	-	-	+	+	+
caracterizada ideológicamente de modo explícito	+	-	+	-	-	+	-

sin estar ideológicamente caracterizada, no tenga publicidad y haga prevalecer lo hablado. Y así sucesivamente. Este cuadro es meramente hipotético y contiene pocos parámetros y pocas radios; por tanto, no permite extraer conclusiones estadísticas dignas de fe. Solo era una sugerencia.

Ahora bien, ¿cómo se obtienen estos datos? Las fuentes son tres: los documentos oficiales, las declaraciones de los interesados y el registro de escucha.

Datos oficiales. Son siempre los más seguros, pero sobre las radios independientes existen pocos. Como regla, hay que registrarse ante las autoridades encargadas del orden público. Además tendría que haber un acta constitutiva de la sociedad ante notario o algo por el estilo, pero no es evidente que esta se pueda ver. Si se llegara a una reglamentación más precisa podrían encontrarse más datos, pero de momento no hay otra cosa. Tened también en cuenta que forman parte de los datos oficiales el nombre, la frecuencia y las horas de actividad. Una tesis que proporcione al menos estos tres elementos de todas las radios ya constituiría una contribución útil.

Las declaraciones de los interesados. Se interroga a los responsables de la radio. Lo que dicen constituye un dato objetivo siempre que quede claro que se trata de lo que han dicho ellos y siempre que los criterios de obtención de las entrevistas sean homogéneos. Se intentará elaborar un cuestionario a fin de que respondan todos a todos los temas que consideramos importantes y que la negativa a responder sobre cierto problema quede registrada. No digo que el cuestionario haya de ser seco y esencial, hecho de síes y noes. Si cada director suelta una declaración programática, la grabación de todas estas declaraciones podrá constituir un documento útil. Entendámonos bien sobre la noción de «dato objetivo» en un caso de este tipo. Un director dice: «nosotros no tenemos objetivos políticos y no nos financia nadie»; nada nos garantiza que esté diciendo la verdad, pero el hecho de que el que emite haga tal presentación pública es un *dato objetivo*. Como máximo podrá refutarse esta afirmación por medio de un análisis crítico de los contenidos transmitidos por esa radio. Con lo que pasamos a la tercera fuente de información.

Registros de escucha. Es el aspecto de la tesis en que notaris la diferencia entre el trabajo serio y el trabajo de aficionados. Conocer la actividad de una radio independiente significa haberla seguido durante unos cuantos días, digamos una semana,

hora a hora, elaborando una especie de «radio-programa» en que conste qué transmiten y cuándo, de qué longitud son los programas, cuánta música hay y cuánto hablan, quién participa en los debates, si los hay, y sobre qué temas, y así sucesivamente. En la tesis no podréis poner todo cuanto han transmitido durante la semana, pero sí reproducir algunos ejemplos significativos (comentarios a canciones, aplausos durante un debate, maneras de dar una noticia) de los cuales surja un perfil artístico, lingüístico e ideológico de la emisora en cuestión.

Existen modelos de registros de escucha de radio y televisión elaborados durante varios años por ARCI, de Bolonia, donde los encargados de la audición han procedido a cronometrar la longitud de las noticias, la utilización de ciertos términos y así sucesivamente. Una vez hecha esta indagación en varios radios podréis proceder a las comparaciones; por ejemplo, cómo ha sido presentada la misma canción o la misma noticia de actualidad en dos o más radios diferentes.

Podréis también comparar los programas de las emisoras estatales con los de las radios independientes: proporción música-palabra, proporción de noticias y entretenimiento, proporción de programas y publicidad, proporción de música clásica y ligera, de música italiana y extranjera, de música ligera tradicional y música ligera «joven» y así sucesivamente. Como veis, de una escucha sistemática con magnetofón y lápiz al alcance de la mano se pueden extraer muchas conclusiones que tal vez no surgían de las entrevistas con los responsables.

A veces la simple comparación de los diferentes clientes publicitarios (proporción de restaurantes, cines, editoriales, etc.) puede decirnos algo sobre las fuentes de financiación (que si no estarían ocultas) de una radio determinada.

La única condición es que no procedáis por impresiones o por conclusiones atolondradas del tipo «si a mediodía transmite música pop y publicidad de la Panamerican, esto quiere decir que es una radio filoamericana», pues también se trata de saber qué ha transmitido a la una, a las dos, a las tres, y el lunes, el martes y el miércoles.

Si las radios son muchas solo tenéis dos caminos: o escucharlas todas, constituyendo un grupo de escucha con tantos magnetófonos como radios (y es la solución más seria, pues así podréis comparar las diferentes radios en una misma semana), o escuchar una por semana. Pero en este último caso tendréis que

trabajar duramente para oírlas una después de otra sin quitar homogeneidad al período de escucha, que no puede prolongarse durante seis meses o un año, dado que en este sector las mutaciones son rápidas y frecuentes y no tendría sentido comparar los programas de Radio Beta en enero con los de Radio Aurora en agosto, porque durante este tiempo quién sabe que ha sido de Radio Beta.

Admitamos que todo este trabajo haya sido bien hecho; ¿qué queda por hacer? Muchísimas cosas. Cito algunas:

- Establecer índices de escucha; no existen datos oficiales y no se puede confiar en las declaraciones de los responsables; la única alternativa es un sondeo con el método de llamadas telefónicas al azar («¿Qué radio escucha en este momento?»). Es el método utilizado por la RAI, pero requiere una organización específica un poco costosa. Renunciad a la investigación antes de dedicaros a registrar impresiones personales como «la mayoría escucha Radio Delta» solo porque cinco amigos nuestros dicen que la escuchan. El problema de los índices de escucha os muestra cómo también puede trabajarse científicamente sobre un fenómeno tan contemporáneo y actual, pero también lo difícil que es lograrlo: mejor una tesis de historia de Roma, es más fácil.
- Tomar nota de la polémica en la prensa y de los eventuales juicios sobre cada una de estas radios.
- Hacer una selección y un comentario orgánico de las leyes al respecto y explicar cómo las eluden o cumplen las emisoras y qué problemas surgen.
- Documentar las posiciones al respecto de los diferentes partidos.
- Intentar establecer cuadros comparativos de los precios de la publicidad. Quizá los responsables de las diversas radios no os lo digan u os mientan, pero si Radio Delta hace publicidad del restaurante Los Pinos, a lo mejor es fácil conocer el dato que os interesa por el propietario de Los Pinos.
- Tomar un acontecimiento como muestra (un período de elecciones políticas constituiría un tema ejemplar) y registrar cómo es tratado por dos, tres o más radios.
- Analizar el estilo lingüístico de las diferentes radios (imitación de los presentadores de las emisoras estatales, imitación de los *disc jockey* americanos, uso de terminología propia de grupos políticos, adhesión a fórmulas dialectales, etc.)
- Analizar cómo ciertas transmisiones de las emisoras estatales han sido influenciadas (en cuanto a la elección de los progra-

mas o a los usos lingüísticos) por las transmisiones de las radios libres.

- Acumulación orgánica de opiniones sobre las radios libres sustentadas por juristas, dirigentes políticos, etc. Tres opiniones hacen solo un artículo de periódico, cien opiniones hacen una encuesta.
- Acumulación de toda la bibliografía existente sobre el tema, desde libros y artículos sobre experimentos análogos en otros países hasta artículos de los más remotos periódicos de provincia o revistillas, con vistas a recoger una documentación lo más completa posible sobre el asunto.

Quede claro que no tenéis que hacer *todas* estas cosas. Una sola de estas, bien hecha y completa, constituye ya tema para una tesis. Tampoco digo que esto sea lo único que se puede hacer. Me he limitado a citar algunos ejemplos para mostrar cómo también sobre un tema tan poco «erudito», y falto de literatura crítica, se puede hacer un trabajo científico útil a los demás, que puede insertarse en una investigación más amplia, indispensable para quien quiera profundizar en el tema y libre de vaguedades, observaciones casuales y extrapolaciones atolondradas.

Así pues, para concluir, ¿tesis científica o tesis política? Pregunta errónea: es tan científico hacer una tesis sobre la doctrina de las ideas de Platón como otra sobre la política de Lotta Continua en 1974. Si sois de los que quisieron trabajar seriamente, pensáoslo antes de elegir porque la segunda tesis es sin lugar a dudas más difícil que la primera y requiere mayor madurez científica. Más que nada porque no tendréis bibliotecas en que apoyaros; más bien tendréis que montar una biblioteca.

O sea que se puede hacer de modo científico una tesis que otros definirían, en cuanto al tema, como puramente «periodística». Y se puede hacer de modo puramente periodístico una tesis que, a juzgar por el título, tendría todo lo necesario para parecer científica.

II.7. ¿Cómo evitar ser explotado por el ponente?

A veces el estudiante elige un tema en base a sus propios intereses. Otras veces, en cambio, recibe la sugerencia del profesor de quien ha solicitado la dirección de su tesis.

Al sugerir los temas los profesores pueden seguir dos criterios distintos: indicar un tema que ellos conocen muy bien y con el que podrían dirigir fácilmente al alumno o indicar un tema que ellos no conocen suficientemente y sobre el que querrían saber más.

Quede claro que, en contra de lo que parece, este segundo criterio es el más honesto y generoso. El profesor considera que dirigiendo esta tesis él mismo estará obligado a ampliar sus propios horizontes, pues si quiere juzgar bien al aspirante y ayudarlo durante su trabajo, tendrá que ocuparse de algo nuevo. Normalmente, cuanto el profesor elige este segundo camino es porque se fía del doctorando y por lo general le dice explícitamente que el tema también es nuevo para él y que le interesa profundizar en él. Existen más bien profesores que se niegan a dirigir tesis sobre materias demasiado trilladas, a pesar de que la situación actual de la universidad de masas contribuye a moderar el rigor de muchos y a hacerles inclinarse por una mayor comprensión.

Sin embargo, hay casos específicos en que el profesor está haciendo una investigación a largo plazo para la cual necesita muchos datos y decide utilizar a los doctorandos como miembros de un equipo de trabajo. Así, él orienta durante un determinado número de años las tesis en una dirección específica. Si es un economista que se interesa por la situación de la industria en un período determinado, dirigirá tesis referentes a sectores particulares intentando establecer un cuadro completo de su tema. Pues bien, este criterio no solo es legítimo, sino también científicamente útil: el trabajo de tesis contribuye a una investigación de mayor interés colectivo. También resulta útil didácticamente, pues el candidato podrá recibir consejos de un profesor muy informado sobre el tema y podrá utilizar como telón de fondo y material comparativo las tesis elaboradas por otros estudiantes sobre temas correlativos y vecinos. Si el doctorando hace un buen trabajo, podrá esperar una posterior publicación al menos parcial de sus resultados, quizá en el ámbito de una obra colectiva.

De todos modos veamos algunos posibles inconvenientes:

1. El profesor está empeñado en su tema y coacciona al doctorando, que no tiene ningún interés por él. Así pues, el estudiante se convierte en un ayudante que recoge material aislado para que otros lo interpreten. Puesto que la tesis resultará modesta, después sucederá que el profesor, al elaborar su investigación