

Una aproximación al conflicto de interés en el Código Civil chileno

Ricardo Reveco Urzúa

I. INTRODUCCIÓN

Cada vez asume mayor importancia lo que se ha venido denominando “conflicto de interés”, es decir, aquellas situaciones en las que la satisfacción del interés de uno de los sujetos de una relación obligatoria supone el sacrificio del interés del otro¹, particularmente, cuando además se infringen deberes de lealtad y se abusa de una situación de confianza.

Aún cuando el conflicto de intereses se le ha vinculado a la administración y más particularmente a la corrupción de agentes públicos, las diversas hipótesis que se regulan hoy en día no sólo dicen relación con los organismos públicos sino que también en todo ámbito de “situaciones en que aparecen en contradicción los intereses propios de un sujeto con los de otra persona a la cual aquél debe representar, defender, o al menos, respetar”².

Por ello, entonces el fenómeno del conflicto de intereses no sólo aparece en el ámbito de lo público sino que también, y cada vez con mayor vigor en las relaciones entre privados, de ahí nuestro interés en precisar el alcance de la regulación que establece el Código de Bello para resolver los conflictos de intereses.

Desde luego cabe adelantar, que al Derecho le repugna la explotación de un conflicto de interés, con infracción de estos especiales deberes de lealtad, confianza o fidelidad, pues éstos llaman a quienes tienen una posición de ventaja respecto de otro sujeto, a un abuso que las más de las veces pasa inadvertido: implican usualmente un abuso de confianza; en otros un abuso de los conocimientos técnicos y experticias de quienes los cometen; un uso desviado del poder que ostentan y sobre todo, porque implican un perjuicio para aquel en cuyo beneficio se ha establecido la regulación del conflicto de interés, es decir, derechamente se genera una

¹ Saavedra Galleguillos, Francisco, Teoría del Consentimiento, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1994, p. 481.

² Jiménez B., Gonzalo, El uso ilegal de información privilegiada en el derecho chileno, Tesis de grado, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1995, p. 7, citado por Tocornal, María de los Ángeles, Análisis y evolución de los conflictos de interés en el mercado de valores y su perspectiva desde el Derecho Comparado, Tesis de Grado, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2003, p. 28.

exacción de riqueza que beneficia a quien abusa y perjudica al cliente, administrado o representado.

Frente a ello, el Derecho no se queda impávido, sino que los regula: en algunos casos en forma *ex ante* establecerá estrictos deberes de cuidado, de diligencia y de lealtad, incompatibilidades y prohibiciones especiales; en otros casos, corregirá la actuación con conflicto de interés, a través del expediente de alguna sanción de ineficacia (nulidades, inoponibilidades), y en todo caso, en forma *ex post* y con el objeto de remediar los daños y las exacciones pecuniarias, establecerá la obligación de indemnizar los perjuicios provocados por quien explotó el conflicto de interés en su propio beneficio.

Podemos sostener así, que el Derecho establece normas de probidad entre los sujetos, crea procedimientos especiales para evitar que dichos conflictos se generen (artículo 44 de la Ley de Sociedades Anónimas) y agencias estatales destinadas especialmente a su control (algunas superintendencias), como ocurre en el moderno derecho comercial y económico, pero también el derecho común entrega reglas preventivas y posteriores para impedir o hacer desaparecer los nocivos efectos que las conductas con conflictos de interés pueden generar a quienes en cuyo beneficio se encuentran establecidas.

El presente texto pretende analizar si desde la perspectiva del derecho común es posible o no, jurídicamente, establecer algún principio o principios frente a la infracción a un conflicto de interés, es decir, si existen, en las reglas que informan al derecho común contenido en el Código Civil, algunos preceptos, criterios o patrones que permitan resolver aquellos casos en que exista un conflicto de interés, y se explotó en beneficio y en desmedro del otro sujeto de la relación jurídica.

Cabe prevenir que las ideas aquí vertidas no tienen la pretensión de agotar la cuestión jurídica que se plantea, sino tan solo perfilar algunas líneas de argumentación que demuestran que algunas instituciones y ciertas regulaciones contenidas en el Código Civil chileno aplican y dan soluciones concretas teniendo como fundamentación, implícita y explícitamente en algunos casos, la existencia de un conflicto de interés, cuya explotación el Derecho rechaza.

II.- DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS EN GENERAL

a) DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE CONFLICTO DE INTERÉS

a.1.) Conflicto de interés y derechos subjetivos

La primera delimitación conceptual que debemos realizar es la referida a la relación que existe entre derechos subjetivos y conflictos de intereses.

El derecho subjetivo implica un poder que se reconoce a sus titulares de inclinar a su favor el respectivo conflicto de intereses, afectando así los intereses de terceros. Es decir, el Derecho a través de los derechos subjetivos opta por un interés por sobre otro, el titular de dicho derecho podrá exigir que su interés prevalezca por sobre el ajeno, ya que el ordenamiento jurídico le ampara³. A veces, supondrá o implicará "que el conflicto con otros derechos exija comparar los bienes e intereses

³ Sobre el punto, Barros Bourie, Enrique, Límites de los derechos subjetivos privados. Introducción a la doctrina del abuso del derecho. Santiago de Chile, Revista Derecho y Humanidades, 1999, N°7, p. 11-12.

en conflicto, recurriendo a los principios jurídicos reconocidos y al valor abstracto y concreto de los bienes en juego (que justifican el reconocimiento de los derechos en colisión)”⁴.

Como puede establecerse, esta relación es demasiado genérica para el objeto de este estudio, en realidad, el conflicto de intereses que pretendemos analizar es el referido en determinadas y especiales relaciones jurídicas, como quedará claro más adelante.

a.2.) Conflicto de interés y los intereses en el contrato bilateral

Como segunda idea a establecer, es que la contraposición de intereses es esencial en los *contratos bilaterales*, su estructura da cuenta de dicho fenómeno, y desde la perspectiva valorativa es positivo o beneficioso jurídica y económicamente que así ocurra, ya que le dan movilidad y dinamismo a la economía y por cierto al tráfico jurídico⁵, consecuentemente.

En los contratos bilaterales ambas partes se obligan recíprocamente (artículo 1440), su estructura se denomina *sinalagmática* en términos que supone confrontación de intereses diversos de cada una de las partes, y dicha estructura bilateral contagia a todo el iter contractual desde el nacimiento, cumplimiento y término de la relación obligatoria (a través de los expedientes de la causa del negocio (que debe ser común); de la interdependencia de las obligaciones, de la condición resolutoria tácita y sus efectos, de la denominada teoría de los riesgos y de la teoría de la imprevisión). Esta estructura –repetimos- es positiva valorativamente, puesto que las partes, se supone, negociaron libremente, en un perfecto y teórico plano de igualdad, con la información necesaria, sin vicio alguno que afectara su voluntad, por lo que se estima que el resultado de dicha contratación es justo, eficiente individual (maximización) y colectivamente.

Por lo tanto, cuando se plantea la idea de *conflicto de intereses* se trata de un concepto distinto al beneficioso fenómeno de la contratación bilateral o sinalagmática⁶. Entramos por tanto, a delimitar qué conflicto de intereses es el relevante para los efectos de este estudio.

a.3.) Los conflictos de interés en la representación legal y convencional

Tratando de dilucidar la idea que hay detrás del *conflicto de intereses estricto sensu*, se ha señalado que “se trata de posturas antagónicas que no pueden ser atendidas a la vez sin que una de ellas resulte perjudicada..., la sola idea de conflicto hace referencia a la situación de peligro para los intereses del representado”⁷, por lo

4 Barros, op. cit., p. 13.

5 En general, cabe señalar que es necesario que existan intereses contrapuestos entre las partes de un negocio jurídico, que un sujeto desee vender una cosa porque está necesitado de dinero y que otro requiera de la cosa. Lo anterior es esencial para la economía de mercado y para el dinamismo jurídico, puesto que de contrario no existiría intercambio de bienes, ni servicios, no existiría movilidad. Por ello, el gran motor del tráfico económico y jurídico es precisamente la existencia de distintos intereses de los sujetos, y de necesidades a satisfacer por éstos.

6 En todo caso, es posible suponer casos en que exista interacción entre ambas figuras (contratación sinalagmática y conflictos de intereses en sentido estricto), por ejemplo, en las relaciones jurídicas de confianza, como en el caso del mandato, que es un contrato bilateral en que se encomienda la gestión de un asunto a una persona de confianza, precisamente a raíz del cumplimiento de dicho contrato de mandato puede ocurrir la explotación de un conflicto de interés en donde el mandatario infrinja su deber de lealtad, posponiendo el interés de su mandante en pro de su beneficio propio.

7 Saavedra, op. cit., p. 481.

que desde una perspectiva general se trata de situaciones en las que un sujeto se enfrenta a dos intereses contrapuestos (el propio y el ajeno)⁸ y en donde necesariamente el beneficio de uno implica el perjuicio de otro, esto es, un *juego de suma cero*. Precisamente en este punto se encuentra el fundamento por el que el ordenamiento jurídico debe dar una respuesta *ex ante* y otra *ex post* a dichas infracciones: se deberá impedir que se explote un conflicto de interés, y en caso que ocurra, se deberá remediar y sancionar.

Pero desde una perspectiva más específica, el conflicto de intereses requiere que exista: **a)** un sujeto que gestione un negocio o un patrimonio ajeno al suyo, ya sea por disposición de la ley (como lo son los casos de las representaciones legales de los incapaces absolutos o relativos) o de un contrato, el que usualmente implicará una especial relación de confianza en virtud de la naturaleza del contrato o del servicio que se presta con ocasión de dicho contrato (como lo son los casos del contrato de mandato, comisión, corretaje, sociedad, etc); **b)** que en dicha relación jurídica existan intereses contrapuestos e incompatibles (por tanto, no habrá conflicto de intereses cuando se trate de intereses concurrentes, paralelos o comunes, e incluso, distintos, siempre que sean compatibles)⁹, de modo que sea posible que se produzca el conflicto que el Derecho teme que ocurra: el dilema del gestor de posponer el interés ajeno en pro del interés propio. Existirá infracción al deber de lealtad, cuando se explote el conflicto de interés, cuando se posponga el interés ajeno al propio. En estos casos, en la relación misma, se protege al sujeto que encomienda o delega la gestión del negocio en virtud de la confianza que deposita en el agente.

Como se verá más adelante, la hipótesis típica en donde el Derecho supone que es posible el peligro de explotar el conflicto de intereses, posponiendo los intereses del representado por los propios, es en el fenómeno de la *autocontratación* o contrato consigo mismo. El caso más típico y elemental que el legislador regula es el del padre de familia que vende bienes del hijo a quien representa legalmente, adquiriéndolos a nombre propio, o el caso del tutor o curador que compra los bienes raíces de propiedad de su pupilo, o que los toma en arriendo. La sanción en estos casos, será drástica, la ineficacia del autocontrato celebrado con conflicto de interés (hay una infracción a norma prohibitiva).

Pero la cuestión es bastante más compleja que el clásico ejemplo de la autocontratación; pensemos ahora qué remedio legal habrá para todos aquellos casos en que no hay norma prohibitiva que sancione al autocontrato y en que efectivamente exista conflicto de interés que se explota en perjuicio del representado. O, de otro lado, pensemos en el administrador de una sociedad que se fija una renta o remuneración abusiva respecto de las rentas de mercado, o del que hace perder la oportunidad de un negocio a la sociedad colectiva civil, adquiriendo para sí dicha oportunidad y perjudicando a la sociedad, como por ejemplo, el del geólogo con-

⁸ Por lo tanto, no puede haber conflicto de intereses, desde el fenómeno de la autocontratación, cuando el administrador de una sociedad aparece en el negocio representando a la sociedad y a sí mismo simultáneamente, pero en el mismo rol jurídico. Pero bien puede ocurrir que exista conflicto de intereses cuando se gestionen intereses de terceros y se es parcial respecto de uno de éstos, aquí el gestor es parcial respecto de un interés, perjudicando el otro.

⁹ Saavedra, op. cit., p. 481

tratado para prospeccionar unos terrenos en busca de mineral, que hallándolo, entrega la información a un tercero relacionado para que se aproveche de la oportunidad, constituyendo la respectiva pertenencia. Aquí hay infracción a la relación de confianza, se actúa deslealmente, posponiéndose el interés ajeno al propio.

Frente a la gama de alternativas que es posible plantear en que se genera un conflicto de interés, cabe adelantar que el ordenamiento jurídico no tiene una respuesta única o uniforme frente a este tipo de situaciones, sino que habrá que establecer la naturaleza del conflicto, de la relación jurídica, el tipo de infracción y la forma en que el Derecho lo repudia. En este artículo, como hemos sostenido, pretenderemos insinuar líneas, patrones y algunos principios que es posible derivar del Código Civil.

a.4.) Los conflictos de interés como protección de intereses de diversos terceros

Esta última situación implica conflictos de diversa índole, pero todos englobados dentro de un general concepto de conflicto de intereses. Pensemos en el caso de los acreedores que tienen intereses diversos sobre la cosa (por ejemplo, el acreedor hipotecario sobre el bien que sacará a remate y el promitente comprador sobre la cosa que se rematará), del que se colude para perjudicar a su principal o de aquel directorio que perjudica a los accionistas minoritarios de una sociedad anónima.

En estas situaciones, no necesariamente se dará el fenómeno de la autocontratación, pero no por ello podrá defraudarse la relación de confianza que une a las partes. ¿Significa acaso que no existe una regulación supletoria de las normas especiales de la relación? En estos casos, consideramos que las reglas que deben regular la situación emanan del deber de lealtad o de fidelidad que existe en la relación jurídica y que ha sido ignorada por la doctrina nacional aún cuando el principio de la buena fe permite fundarlo dentro de las relaciones jurídicas obligatorias, integrando el contenido de los deberes y obligaciones como veremos más adelante. Pero bien, puede ocurrir que el conflicto de intereses se genere respecto de terceros, acreedores, en donde una de las partes negocia incompatiblemente con un relacionado para perjudicar al tercero acreedor, cuestión que implicará volver al derecho subjetivo y al conflicto de intereses para poder inclinar el amparo del Derecho al interés que se considere prevalente, ya sea a través del fraude a la ley, acción pauliana, acción de simulación, entre otros institutos.

En conclusión, analizaremos aquellos casos en que se plantea el dilema, ser fiel a la confianza que se ha depositado en el agente, favoreciendo los intereses del principal o bien, posponer dichos intereses. Creemos que el Derecho opta por el principal o representado: por lo que el agente, frente al dilema, deberá actuar en beneficio del principal por la especial relación que se ha configurado; deberá posponer su interés personal y propio en beneficio del interés del principal (representado o mandante).

b) FUNDAMENTOS DE LA REGULACIÓN LEGAL DEL CONFLICTO DE INTERÉS

Existen distintos puntos de vista que justifican la intervención del Derecho para regular los potenciales conflictos de interés, sancionarlos en caso que ocurran (ineficacia, sanción penal, administrativa, disciplinaria) y dejar indemne a quien fue víctima de la actuación realizada en conflicto de interés.

Como primer argumento para regular los conflictos de interés, y desde la perspectiva de los sujetos mismos de la regulación, cabe señalar que el Derecho observa un potencial perjuicio o daño al representado que carece de los medios, capacidad o potencialidades para actuar personal o directamente en la administración de sus negocios o negocio particular y específico. Esta perspectiva justifica especialmente la intervención del Derecho en el caso de los representantes legales de los incapaces, ya que esta regulación viene necesariamente a complementar a las normas que establecieron la incapacidad de ejercicio. En otros términos, estas normas que establecen y repudian la ejecución de un acto o contrato en conflicto de interés entre el representante y representado permiten una perfecta protección del sujeto incapacitado¹⁰.

En segundo lugar, las normas que regulan los conflictos de interés tienen como objetivo proteger la confianza en determinadas relaciones jurídicas donde dicho elemento (confianza) ocupa un lugar primordial. Pensemos en los casos de representación convencional o en la judicial, en donde la confianza es un elemento fundamental de la relación jurídica; se pretende precisamente que quienes representan dichos intereses no abusen de la confianza que en ellos se ha depositado, ya sea por razones externas al negocio (amistad, etc.), o de experticia o de especiales conocimientos del agente (mandato comercial, corretaje comercial, mandato judicial, etc.). Se busca así que no se abuse de la confianza y del especial poder que ostenta el representante respecto del representado, que no se aproveche de dicha condición privilegiada por la confianza o los conocimientos, ya sea robando oportunidades de negocios del representado, utilizando información privilegiada, etc.

En tercer lugar, pero ahora desde una perspectiva sistémica, con la regulación de los conflictos de interés se pretende que el sistema en su conjunto funcione adecuadamente, ya que “los efectos de los conflictos de interés..., las más de las veces hay exacción de riquezas del mercado, que asigna los recursos en forma distorsionada y al sistema en general, ya que se hace perder confianza a quienes actúan en el sistema, transparencia y credibilidad al mismo”¹¹. En dicho mérito, el Derecho debe intervenir, tanto para prevenir que no se afecte el funcionamiento del mercado¹² como para sancionar a quienes hayan actuado con conflicto de interés, afectando al mercado, y con ello a los particulares.

En definitiva, las normas sobre conflictos de interés pretenderán impedir el dilema de posponer el interés ajeno al propio (su finalidad es “no enfrenar el interés

10 Las normas que regulan los conflictos de interés, tienen por objeto proteger al representado, cliente o administrado, son en cierto sentido, el necesario complemento de las normas que establecen la incapacidad jurídica de los representados (piénsese en los incapaces absolutos y en los relativos), ya que no sólo se les reconoce una capacidad disminuida (o falta de voluntad jurídica en el caso de los incapaces absolutos) sino que se pretende con estas normas protegerlos de los propios sujetos que concretamente debiesen protegerlos. De otro lado, puede sostenerse con corrección que estas normas pretenden “evitar que puedan –los representados– ser víctimas del representante que pospone su interés”, Alessandri, op. cit., N°23, p. 73

11 Tocornal, op. cit., p. 28.

12 Sobre este punto, la citada autora analiza diversos sistemas que pueden presentarse para resolver la cuestión que se analiza, algunos que recurren a la autorregulación, en donde los propios grupos deben encargarse de sus regulaciones; también es posible pensar en un sistema puro de regulación, en donde el Estado ejerce un estricto control y vigilancia en el sistema en general y, por último, un sistema mixto, donde se adopta un modelo legislativo en el cual se combine la regulación de los sujetos participantes con la normativa estatal institutiva de obligaciones fundamentalmente de divulgación informativa, y de un organismo público independiente, esencialmente contralor del mercado, Tocornal, op. cit., p. 86 y ss.

con el deber”¹³), y en caso que así ocurra, reaccionar contra el acto, el beneficio, el perjuicio y el título mismo que se ostenta, es decir, hacer gravosa la tentación de sacrificar el interés del representado en beneficio del propio, y remediar la situación del principal una vez que se materialice dicha conducta abusiva.

c) EL AUGE DE LA REGULACIÓN PÚBLICO-ECONÓMICA DEL CONFLICTO DE INTERÉS

Ha sido la regulación económica (derecho comercial y económico) la rama del Derecho que más ha abundado en torno al conflicto de interés¹⁴, baste para ello, analizar las diversas normativas sectoriales que han establecido estrictas reglas que gobiernan la actuación de aquellos sujetos que administran patrimonios de terceros o ejecutan actos jurídicos a nombre de éstos, por cuenta y riesgo de éstos, estableciendo especiales deberes de lealtad y de cuidado que deben guiar la conducta de los sujetos; elevando estándares de responsabilidad y procedimientos especiales para impedir actuaciones con conflictos de interés.

c.1.) Ley N° 18.046, Ley de sociedades anónimas.

La Ley de Sociedades Anónimas con precisión regula la actuación del directorio, de los directores y los ejecutivos que intervienen en la administración de la sociedad, se establecen deberes de lealtad, un estricto régimen de responsabilidad y rigurosos estándares de cuidado, se pone preeminencia en el interés social, véanse los artículos 42, 44 y 89¹⁵.

c.2.) Decreto Ley N°3.500, sobre Administradora de Fondos de Pensiones.

Un caso interesante se observa en la normativa que revolucionó en Chile el sistema de administración de fondos de pensiones, el Decreto Ley N° 3.500, que luego de una modificación legal incorporó diversas normas para impedir y sancionar casos de conflictos de interés que pueden darse en el seno de la administradora de fondos de pensiones.

En efecto, el nuevo título XIV del Decreto Ley N° 3.500, destina diversas secciones para regular el conflicto de interés, fijar la responsabilidad de las Administradoras en la gestión de los fondos de pensiones, establecer las actividades que les son prohibidas a las AFP y otros párrafos destinados a establecer normas sobre votación para elegir directores, sanciones y procedimientos.

Particularmente, interesan los preceptos que regulan la actuación de la AFP con terceros (artículo 147), la contratación con personas relacionadas (artículo 150), la realización de inversiones inadecuadas (artículo 150), la autocontratación (artículo 150 y 152) y el uso de la información privilegiada (artículo 151 y 152) entre otros¹⁶.

13 Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo VI, Cultural S.A, Habana, 1936, N°68, p. 94.

14 Sin perjuicio del Derecho Administrativo que han hecho lo propio con los principios de probidad administrativa de los funcionarios públicos, incompatibilidades, delitos funcionarios, etc.

15 Sobre los conflictos de intereses y la sociedad anónima, véase el texto de Lyon Puelma, Alberto, Conflictos de intereses en las sociedades, en Revista Chilena de Derecho, Volumen 29, N°1, pp. 47-93 (2002) y Zegers, Matías y Arteaga, Ignacio, Interés social, deber de lealtad de los directores y conflictos de interés en empresas multinacionales: un análisis comparado con la legislación de los Estados Unidos de América, en Revista Chilena de Derecho, 2004, volumen 31, N°2, pp. 239 a 268.

16 Así, Tocornal, op. cit, p. 97 indica que “los artículos 151 y 154 del DL 3500 procuran impedir la práctica del Frontrunning

Además dicha regulación establece una norma general (artículo 147)¹⁷ que dispone la forma en que las AFP deben conducirse frente a los conflictos de interés con el fondo administrado, estableciendo una regla general que impone, por un lado, la obligación de realizar todas las gestiones que sean necesarias para cautelar la obtención de una adecuada rentabilidad y seguridad de las inversiones y por otro, la de atender exclusivamente el interés de los fondos por sobre los propios en virtud del deber de lealtad que les asiste¹⁸.

c.3.) Ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores.

El objetivo de la ley de mercado de valores es que todos los agentes (emisores, inversionista e intermediarios) que participan en el mercado de capitales lo hagan en pie de igualdad, garantizándose en lo posible el mayor acceso a la información (artículo 10 y 12), pero particularmente pretende la eficiencia en el mercado de los valores. Así, diversas normas promueven la transparencia en el mercado, estableciendo la obligación de informar acerca de todo hecho o antecedente que un hombre juicioso consideraría importante para sus decisiones de inversión (artículos 9 y 164); informar acerca de intención de toma de control (artículo 54); información verídica (artículo 64); los artículos 52 y 53 declaran contrarios a la ley, tanto efectuar transacciones en valores con el objeto de estabilizar, fijar o hacer variar artificialmente los precios; obligación de indemnizar los perjuicios derivados de la infracción de ley (artículo 55); uso de información privilegiada (artículo 85); regulación de la situación de agentes de valores y corredores de bolsa, procurando evitar conflictos de interés con ciertos emisores de valores de oferta pública, ordenando informar determinadas incompatibilidades a sus clientes y abstenerse de realizar directa o indirectamente, cualquier operación o transacción de acciones emitidas por dicho emisor (artículo 168); obligación de realizar operaciones en forma independiente, separada y autónoma de cualquier otra actividad de la misma naturaleza, desarrollada por inversionistas institucionales u otros intermediarios de valores (artículo 169), obligación de indemnizar los perjuicios provocados con infracción al título XXI, de la información privilegiada, y multa a beneficio fiscal del monto pecuniario obtenido a través de las transacciones de valores del emisor que se trate (artículo 172) e inscripción especial de los valores que se posean a nombre propio pero por cuenta de terceros (artículo 179).

en el campo de las administradoras de fondos de pensión. Estas normas pretenden impedir que las personas que conozcan los proyectos de inversión de dichas administradoras se adelanten a éstas y adquieran para sí los valores que van a ser objeto de inversión de esas entidades, para luego vendérselos a ellas a un precio superior al normal del mercado". Por otro lado, el artículo 154 establece una serie de prohibiciones para las AFP y para las personas que participen en las decisiones de inversión del Fondo o que, en razón de su cargo, ocupación, tengan acceso a la información sobre dichas inversiones.

17 El citado artículo 147 dispone que: "Las Administradoras deberán efectuar todas las gestiones que sean necesarias, para cautelar la obtención de una adecuada rentabilidad y seguridad en las inversiones de los Fondos que administran. En cumplimiento de sus funciones, atenderán exclusivamente al interés de los Fondos y asegurarán que todas las operaciones de adquisición y enajenación de títulos con recursos de los mismos, se realicen con dicho objetivo. /Las Administradoras responderán hasta de culpa leve por los perjuicios que causaren a los Fondos por el incumplimiento de cualquier de sus obligaciones".

18 En todo caso, la regulación en estudio está destinada a normar la situación entre los fondos y la administradora o la administradora y sus ejecutivos, pero no se pone en la situación individual entre los pensionados directamente y la propia administradora, en virtud de este especialísimo contrato de afiliación (forzoso), cuestión que creemos queda entregada al derecho común, pero con dicha norma general como telón de fondo de la relación jurídica afiliado y AFP.

c.4.) Conclusiones acerca de la regulación sectorial¹⁹

A título de conclusión, cabe indicar que las regulaciones económicas han abordado en forma moderna el conflicto de intereses, estableciendo normas claras que miran más que a la relación directa entre los sujetos que intervienen en el mercado (aún cuando han establecido procedimientos, responsabilidad, estándares de diligencia y acciones para hacer efectivos dicha responsabilidad), al sistema en su conjunto, protegiéndolo por razones de transparencia, estabilidad y eficiencia desde la perspectiva del orden público económico. Lo que queda por ver entonces es cómo se aplicarán estas normas por los tribunales de justicia que son los llamados a juzgar las conductas contrarias a dichos principios.

III.- CONFLICTOS DE INTERÉS Y ALGUNOS PRINCIPIOS DEL CÓDIGO CIVIL CHILENO

A) PLANTEAMIENTO GENERAL DEL PROBLEMA: ¿HAY EN EL CÓDIGO CIVIL REGULACIÓN SUPLETORIA DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS?

El Derecho Civil, que constituye el derecho común, regula en forma aislada y poco sistemática los conflictos de intereses, pero de ello no se deriva que no puedan establecerse algunos principios generales en torno a la regulación que el mismo dispone para el conflicto de interés.

Muy por el contrario, el Código de Bello toma una posición que abiertamente rechaza la posposición del deber en beneficio del propio interés; en otros casos, agrava la responsabilidad del representante y en otros, ordena la ineficacia del negocio celebrado con infracción del deber de conducción leal y en conflicto de interés. En todo caso, siempre impondrá, en forma *ex post*, la obligación de resarcir el perjuicio provocado y también, según sea el caso, la remoción del agente que abuso de la confianza del principal.

En efecto, hemos encontrado diversos casos de aplicación de reglas especiales para regular los conflictos de interés en el Código Civil:

a) En algunos casos, el Código prohíbe la realización de determinados actos cuando hay presumiblemente un conflicto de interés (y un peligro cierto de daño) entre quien administra (y además su núcleo más cercano) y el administrado. Particularmente prohíbe la autocontratación en algunos casos de representación legal y convencional, por lo que partiremos analizando dichas hipótesis, las sanciones que implica la realización de dichos autocontratos, los efectos indemnizatorios de dichas actuaciones que el legislador considera ilícitas y la remoción del representante legal o convencional en cuestión;

¹⁹ No pretendemos ser exhaustivos al momento de indicar la normativa económica que regula en sus diversas hipótesis los deberes de lealtad y los conflictos de interés, pero además de las leyes arriba indicadas, debemos citar las siguientes: a) en la Ley N°18.815, sobre fondos de inversión, los artículos 7 inciso 1° y 14 (prohibición para la Administradora de invertir los recursos del fondo en cuotas de otro fondo administrado por ésta, prohibición de efectuar transacciones con sus personas relacionadas y deudoras de la administradora); b) la Ley N°18.657, sobre fondos de inversión de capital extranjero; c) la Ley N°18.851, sobre fondos de inversión; d) el D.S. N°249, sobre fondos mutuos, artículo 10; e) el D.S. N°1019, sobre administradoras de fondos mutuos, artículos 12 a, 13 números 3 y 5, entre otras.

b) Además estudiaremos que en la ejecución de un acto en desmedro del interés del principal (representado o mandante) también hay una explotación de un conflicto de interés, el que se verifica por la infracción del deber de lealtad o fidelidad que existe en la relación jurídica. En este caso, se impondrá la obligación de indemnizar los perjuicios que de dicha infracción derivan, sin perjuicio de otros efectos, como veremos más adelante.

Cabe indicar que los casos que se analizarán a continuación –autocontratación y representación- corresponden a los denominados *derechos función*, es decir, aquellos derechos que no están establecidos en beneficio del titular del derecho sino de un tercero. La característica de los derechos función es que “atribuyen al titular una potestad cuyo fin es proteger los intereses de un incapaz (como el derecho de tutela que el padre, la madre o el tutor tienen sobre el menor) o gestionar un patrimonio ajeno (como los que tienen los administradores de una persona jurídica)”²⁰, por eso se sostiene que son derechos potestativos, dado que confieren competencias para realizar ciertos actos, pero en función del tercero: “en la medida que la función forma parte del contenido del derecho, si el titular desvía su ejercicio hacia su propio beneficio se infringe el contenido atributivo del derecho”²¹. Estos derechos están integrados por una especial disposición a favor del tercero en cuyo beneficio se han establecido, y como enseña BARROS, la desviación del poder no está cautelada por la norma²².

B) LOS CASOS DE AUTOCONTRATOS, CONFLICTO DE INTERÉS Y LIMITACIÓN JURÍDICA

b.1.) De la autocontratación en general

De las distintas hipótesis de conflicto de intereses que se indicaron precedentemente, el autocontrato o contrato consigo mismo es el caso sobre el que más se ha indagado por la dogmática del derecho privado chileno en torno al conflicto de intereses.

Recordemos que el autocontrato o contrato consigo mismo es un acto jurídico que una persona celebra consigo misma, sin que sea menester la concurrencia de otra, y en el cual ella actúa, a la vez, ya sea como parte directa y como representante de la otra; ya sea como representante de ambas partes; ya sea como titular de dos patrimonios (o de dos fracciones de un mismo patrimonio) sometidos a regímenes jurídicos diferentes²³.

El conflicto de intereses ha sido tratado tangencialmente por la dogmática nacional al momento de estudiar, analizar y establecer la posibilidad jurídica de la *autocontratación*. El primer tratadista nacional en poner realmente el acento en esta categoría contractual fue el decano ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ. En su monografía acerca del contrato consigo mismo, concluyó que la autocontratación es posible jurídicamente siempre que no exista una prohibición legal que lo impida y, faltando dicha prohibición legal, cuando no exista un conflicto u oposición de intereses entre el representante y el representado, por lo que habrá conflicto de interés siempre que

²⁰ Barros, op. cit., p.13

²¹ Barros, op. cit., p.13

²² Barros, op. cit., p.31

²³ López Santa María, Jorge, Los Contratos. Parte General, Santiago de Chile, 2001, Editorial Jurídica de Chile, N°37, p. 221.

la realización del acto pueda acarrear un perjuicio para el segundo²⁴. De ahí que el decano concluya que “si su realización (se refiere al autocontrato) puede acarrear un perjuicio para el representado, si, por su naturaleza o importancia, hace posible el temor de que el representante sacrifique su deber a su propio interés, la jurisprudencia, apoyada por la doctrina, no vacila en declararlo inadmisibles, aun a falta de texto expreso”²⁵.

El Derecho reacciona, según lo anterior, estableciendo algunas prohibiciones especiales de autocontratar cada vez que hay peligro de conflicto de interés, ésta es una técnica jurídica antigua, otro tanto son las incompatibilidades jurídicas, pero ésta es la técnica que nuestro Código utiliza. De ahí que el sistema y análisis dogmático se realice en base a prohibiciones, particularmente de las *prohibiciones especiales* a las que hace mención el artículo 1447 en su inciso final, que no hace sino reconocer la existencia de eventuales conflictos de intereses entre sujetos que el Derecho rechaza. Por ello Alessandri sostiene que “Como todos estos preceptos se fundan en el conflicto de intereses que ordinariamente origina el acto consigo mismo, creemos que cada vez que él se presente, no será posible su celebración, aunque no exista un texto expreso que lo prohíba”²⁶, afirmación que como veremos más adelante ha sido atemperado por alguna doctrina más moderna y por la jurisprudencia. Otros, en caso de faltar texto expreso que condene la autocontratación, sostienen algo similar pero fundado en los principios de la buena fe y la prohibición del enriquecimiento sin causa, es decir, el límite a la autocontratación estará en aquellos casos en que se infrinja uno de estos principios generales del derecho, pasando a ser ilícita²⁷, línea de argumentación que nos permitirá basar el segundo punto de este estudio como lo es el deber de lealtad que se deben los contratantes.

b.2.) De la autocontratación de los representantes legales en el Código Civil

Del conjunto de normas civiles que tratan del conflicto de intereses para aquellos sujetos que administran un patrimonio ajeno (casos de representación legal derechamente, cargos de carácter públicos, tutor o curador) o en que se encomienda la ejecución de un encargo (mandato), se concluye el principio de que el representante o mandatario, jamás puede ejecutar un acto, en la representación invocada, que le cause o le pueda causar perjuicios a su representando. La legislación común establece que el representante tiene vedado realizar una acción, aún en cumplimiento de su encargo, en virtud de la cual, sacrifique el interés del representante en beneficio de su propio provecho, lo que traerá efectos en la posibilidad jurídica de la autocontratación.

Por ello, Alessandri señala que “como todos estos preceptos se fundan en el conflicto de intereses que ordinariamente origina el acto consigo mismo, creemos que

24 Alessandri Rodríguez, Arturo, La autocontratación o el acto jurídico consigo mismo, Santiago de Chile, Imprenta Cervantes, 1931, p. 22. En el mismo sentido, Saavedra, op. cit., p. 480.

25 Alessandri, op. cit., N°8, p. 23.

26 Alessandri, op. cit., p. 26

27 Otero, op. cit., p. 141, quien agrega “La aplicación de los señalados principios, inevitablemente, nos lleva a concluir que la autocontratación, fuera de los casos en que la ley así lo establece expresamente, no puede ser aceptada cuando haya sido prohibida al representante por su representado y en aquellos casos en que ella se traduzca en perjuicios para el representado o uno de los representados, siempre que ellos sean consecuencia directa de un conflicto de intereses entre los titulares de los patrimonios involucrados”.

cada vez que él se presente, no será posible su celebración, aunque no exista texto expreso que lo prohíba²⁸, de modo que si no puede celebrarse dicho negocio, más aún lo serán aquellos casos en que habiendo sido celebrado y encomendado el negocio, el representante en ejecución del mismo, “desvía su ejecución” para beneficiarse a costa del interés del representado²⁹.

Frente a lo anterior y con el objeto de impedir o evitar el dilema de la posposición del interés ajeno al propio, es que se han creado “precauciones legales, como la exigencia de una aprobación por el interesado o por otro medio”³⁰, que constituyen posiciones más modernas de enfrentar en la representación los problemas de la autocontratación y del conflicto de intereses, pero siempre “reconociéndolas con limitaciones y precauciones”³¹, sin que opere absolutamente el principio de la libertad contractual.

Nuestro plan de exposición para este punto implica analizar la autocontratación y su posibilidad jurídica en la representación legal, en la representación convencional, en la representación de personas jurídicas, y en cada caso indicar la forma en que el ordenamiento del derecho civil reacciona frente al fenómeno de la autocontratación y los conflictos de interés.

1.- Administración y representación legal de los padres respecto de los bienes del hijo

Cabe distinguir dos materias diversas referidas a los padres y los bienes del hijo; una es la administración que el padre realiza de los bienes que son de propiedad del hijo y, por otro lado, la representación legal que al mismo le corresponde desempeñar.

Sobre el primer punto, el Código Civil establece que el padre disfruta del derecho legal de goce sobre los bienes del hijo (artículo 250), consecuencialmente debe administrarlos (artículo 253) y responde de dicha administración hasta de culpa leve (artículo 256), estando en todo caso privado de la facultad de enajenar o gravar los bienes raíces del hijo, ni sus derechos hereditarios, sin autorización del juez con conocimiento de causa (artículo 254) y respecto de la facultad de celebrar donaciones, arrendamiento por largo tiempo o aceptar o repudiar herencias, deberá ceñirse a las normas establecidas para los tutores o curadores (artículo 255). Perderá dicho derecho legal de goce en aquellos casos en que se haya hecho culpable de dolo o de grave negligencia habitual, establecida por sentencia judicial (artículo 257).

Respecto de la representación legal (artículo 43), y la posibilidad de la autocontra-

²⁸ Alessandri, op. cit., N°23, p. 73.

²⁹ Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo, Teoría General de los actos o negocios jurídicos, Tercera Edición, Colombia, Editorial Temis S.A., N°422, p. 359, sostienen que “con el mismo propósito de impugnar el autocontrato, se suele poner de manifiesto el conflicto de intereses que éste de ordinario implica y que induciría al representante a sacrificar el del representado en provecho del suyo propio, como cuando, por ejemplo, pudiendo obtener mejores condiciones con un tercero para la venta encomendada, el representante pacta consigo mismo otras condiciones inferiores, ya ciñéndose a las pretensiones mínimas del representado, o hasta induciéndolo a rebajarlas. Se dice que esta “la influencia indebida”, ha determinado a varias legislaciones, como la alemana y la suiza y al derecho inglés, a prohibir en general el autocontrato.

³⁰ Ospina, op. cit., N°422, p. 359

³¹ Ospina, op. cit., N°423, p. 361.

tación del padre de familia en tanto representante legal del hijo de familia, se ha sostenido acertadamente que por regla general, la autocontratación del padre de familia y su hijo es válida³². El mismo análisis se realiza cuando celebra un autocontrato en representación legal del hijo de familia y de un tercero (en calidad de mandatario de éste)³³.

La excepción a dicha autorización o posibilidad de autocontratar será cuando existe una norma prohibitiva de la autocontratación (puesto que en estos casos la ley presume el peligro jurídico y económico que entraña el conflicto de interés), como ocurre con el artículo 1796, dentro del contrato de compraventa, que prohíbe absolutamente el contrato de venta entre padre e hijo de familia, caso en el cual, la autocontratación ejecutada estará afectada de un vicio de nulidad absoluta por razón de objeto ilícito (contrato prohibido)³⁴. Debemos además agregar los casos en que existe o puede existir oposición de intereses entre el padre o madre de familia y el hijo: en estos casos las normas “prescriben el nombramiento de un curador especial para el hijo”³⁵, tales como los artículos 124, 130, 188, 253, 263 (litigio entre padre de familia e hijo de familia) y otros. Reiteramos, la sanción en caso de infracción de una norma prohibitiva (artículo 1796) será la nulidad absoluta, y en el caso de infracción a la norma imperativa (designación de curadores especiales) será la nulidad relativa por estar establecida en razón a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan (artículo 1682).

El problema se produce en todos aquellos casos en que no existe una norma prohibitiva de la autocontratación o bien un precepto que especialmente disponga la designación de curador especial, pero en donde sí exista o puede existir conflicto de intereses en el autocontrato. Algunos autores sostienen que la prohibición se aplicará por analogía (aún cuando no haya prohibición legal expresa). Así, se sostiene por algunos que “pero si existe oposición de intereses entre el padre y el hijo de familia, si los de uno y otro son divergentes, circunstancia que los jueces del fondo decidirán soberanamente en caso de controversia al respecto, el acto consigo mismo no es posible entre ellos”³⁶, pero otros sostienen que no se pueden aplicar analógicamente norma prohibitivas, principio al cual adherimos puesto que las prohibiciones deben ser interpretadas en forma restrictiva y no hay vicio de nulidad ahí donde la ley no lo dispone³⁷. Por lo tanto, no habrá sanción de ineficacia al autocontrato ejecutado en conflicto de interés por el padre de familia, pero de ello no se deriva que no exista alguna sanción en caso que el negocio en definitiva dañe patrimonialmente el menor representado, puesto que frente al conflicto de interés se

32 Cfr. León Hurtado, Avelino, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Santiago de Chile, 1991, Editorial Jurídica de Chile, N°223 b), Saavedra, op. cit., p. 486 y López, op. cit., N°37, p. 225.

33 Saavedra, op. cit., p. 486. En todo caso, cabe señalar que estas prohibiciones no operan para el caso en que el padre o madre de familia autocontratan como mandatarios de terceros, incluso otros hijos. Sobre el punto, León, op. cit., N°225, p. 220, enseña que “pueden vender o arrendar a uno de los hijos los bienes de otro de ellos. No hay aquí ninguna prohibición, pues el padre o madre, si bien autocontratan, no son partes del acto, no actúan en su propio interés”.

34 Mismo efecto se produce para el caso de la permuta, por remisión normativa (artículo 1899).

35 Alessandri, op. cit., N°44, p. 100.

36 Alessandri, op. cit., N°45 p. 102. En el mismo sentido León, op. cit., N°223 b), p. 219, quien explícitamente no opta por la nulidad del autocontrato, sino que indica que deberá designarse un curador especial para impedir la oposición de intereses entre representante y representado.

37 López, op. cit., p. 224.

impone un mayor nivel de cuidado del padre de familia, por los especiales deberes de lealtad que el mismo debe desempeñar, por lo que la infracción al deber de diligencia y lealtad con que debe conducirse el representante legal del hijo de familia provocará la obligación de indemnizar los perjuicios provocados al administrado, precisamente por esa mala conducción de su representante legal, sin perjuicio de la remoción del mismo o de otros vicios que puedan afectar a los negocios celebrados por el representante legal (dolo, causa ilícita, simulación, entre otros).

2.- Administración del marido de los bienes de la sociedad conyugal y de los bienes propios de la mujer

Desde luego cabe advertir que las conclusiones y la casuística que antiguamente analizaban los tratadistas que estudiaron la autocontratación se han modificado en razón de las diversas reformas legales acerca de la capacidad de ejercicio de la mujer casada en sociedad conyugal como al régimen patrimonial de sociedad conyugal dentro del matrimonio³⁸.

Sin perjuicio de ello, creemos que aún mantiene validez la afirmación de que la autocontratación está admitida en forma general ya que existen normas especiales que lo prohíben en determinados casos³⁹, de modo que en todos aquellos no expresamente prohibidos el marido puede autocontratar⁴⁰.

Los casos de prohibición de autocontratación entre marido y mujer se encuentran expresamente indicados en los siguientes artículos: 675 respecto de la donación irrevocable entre cónyuges en tanto no transfiere el dominio entre éstos, 1137 y 1138 respecto de las donaciones que serán siempre revocables entre cónyuges, y 1796 y 1899 respecto de la compraventa y la permuta entre cónyuges no separados judicialmente. Dado que dichas normas son prohibitivas en forma absoluta, la celebración de dichos autocontratos implica la celebración de un contrato prohibido, por lo que habrá nulidad absoluta por objeto ilícito (artículos 1466 y 1682)⁴¹.

ALESSANDRI en su monografía de la autocontratación plantea que en todos aquellos casos en que exista conflicto de intereses entre marido y mujer, habrá nulidad relativa, así sostiene que "por consiguiente, el marido podrá celebrar consigo mismo un contrato en que actúe por sí mismo y como representante legal de su mujer, siempre que entre ambos no exista oposición de intereses, en cuyo caso en el instrumento en que conste comparecerá en su doble carácter de marido y parte. Si la hay, no será posible el autocontrato; y si de hecho se celebra, es nulo relativamente"⁴², pero, como indicamos precedentemente, desde el año 1989 el marido ya no es re-

³⁸ Cabe en todo caso indicar que en la sociedad conyugal el marido ya no es representante legal de la mujer en el entendido que ésta es plenamente capaz desde la modificación legal (Ley 18.802 de 9 de junio de 1989), por lo que a este respecto se han reducido las hipótesis de autocontratación.

³⁹ Saavedra, op. cit., p. 487.

⁴⁰ Alessandri, op. cit., N°55, p. 107

⁴¹ En el mismo sentido, Alessandri, op. cit., N°58, p. 111, quien cita fallo de la Corte Suprema, RDJ, tomo 19, Segunda Parte, Sección Primera, p. 128 y otras en nota a pié de página 112, con la excepción de las donaciones, las que siempre serán revocables.

⁴² Alessandri, op. cit., N°55, p. 108.

presentante legal de la mujer y no operará, por lo tanto, la representación de la mujer dado que es plenamente capaz, por lo que dicha afirmación perdió la vigencia que podría tener.

Por lo tanto, el análisis actual de la cuestión debe ponderar tres situaciones en que el fenómeno de la autocontratación podría tener relevancia. Estos son: **a)** en la administración ordinaria del marido de los bienes sociales en el régimen de sociedad conyugal; **b)** en la administración ordinaria del marido del haber propio de la mujer en el régimen de sociedad conyugal, y **c)** en la administración extraordinaria de la mujer curadora del marido. En el primer caso, no es posible la autocontratación, dado que los bienes del marido y los de la sociedad conyugal conforman un solo patrimonio, como lo dispone el artículo 1750, por lo que carece de sentido que el marido autocontrate consigo mismo si en realidad, es uno solo el patrimonio que administra. En el segundo caso, es decir, administración de bienes propios de la mujer por el marido, sólo cabe la posibilidad de la autocontratación respecto de los bienes muebles de la mujer, ya que respecto de los inmuebles requiere autorización de la mujer para su enajenación⁴³⁻⁴⁴. Particularmente, en el caso de los bienes muebles podría darse el caso de que el marido autocontrate y aumente el haber social para efectos de acrecentar las ganancias de la sociedad conyugal, pero en dicho caso, operaría la nulidad absoluta del artículo 1796 en el caso que el autocontrato sea de compraventa o permuta. Para otro tipo de operaciones (mutuos, comodatos), es decir, donde no se celebre un contrato de compraventa y permuta, la mujer efectivamente sale perjudicada. Por último, respecto de la administración extraordinaria de la mujer curadora del marido, ésta pasará a administrar la sociedad conyugal, y operarán iguales reglas que las que gobiernan la administración del marido (artículo 1759), pero dado que el marido no puede siquiera administrar sus bienes, se requerirá por parte de la mujer curadora la autorización judicial para disponer (enajenar onerosa o gratuitamente, gravar voluntariamente y promesas de dichos actos) los bienes raíces sociales (mismo artículo). Respecto de los bienes

43 Dentro del régimen de sociedad conyugal, le corresponderá al marido recabar la autorización específica y expresa (artículo 1754) de la mujer para determinados actos referidos a ciertos bienes (enajenación o gravamen de bienes raíces propio de la mujer, nombramiento de partidor, partición de la herencia, arriendo de determinados bienes por ciertos períodos de tiempos). En estos casos, la falta de dicha autorización implicará la nulidad relativa del acto o contrato, pero no por la existencia de conflicto de intereses sino que por la falta de consentimiento del dueño de dichos bienes.

44 La mayoría de los autores se inclina por indicar que la omisión del consentimiento de la mujer está sancionada por la nulidad relativa, en este sentido ROZAS VIAL, p. 57, enseña “si el marido celebra cualquiera de los actos para los que la ley exige autorización de la mujer o del juez sin obtenerla, el acto es nulo relativamente”. En el mismo sentido, ROSSEL SAAVEDRA, Manual de Derecho de Familia, Séptima Edición actualizada por las profesoras Martinic y Weinstein, N°208, p. 139. Aún cuando otros autores, como Rodríguez Grez, sostiene que la sanción sería la nulidad absoluta, así indica que “la recta interpretación del artículo comentado obliga a considerarlo en función de los elementos esenciales del acto jurídico y, enfrentado a este hecho, deberá llagarse a la conclusión de que si el marido grava o enajena un bien propio de la mujer sin su “voluntad”, estará ausente el consentimiento para gravar o enajenar y el acto por lo mismo, será jurídicamente inexistente”, en Regímenes Patrimoniales, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 134. Sin perjuicio de ello, nos atrevemos a señalar que, en estricto rigor, la sanción a dicho acto de disposición debería haber sido la inoponibilidad por inconcurrencia de la voluntad del dueño del bien (1815 del Código Civil), al igual que en el caso de la inoponibilidad de los actos ejecutados por el mandatario fuera de sus facultades; sanción que jurídicamente es más grave que la nulidad relativa desde el momento que no se sana por el transcurso del tiempo y tampoco requiere de ese requisito especial que opera como legitimante activa para demandar, sin perjuicio de la prescripción adquisitiva por parte del tercero, sobre el punto, véase Reveco Urzúa, Ricardo, Las formalidades en la teoría general del acto jurídico y su aplicación al art. 1 inciso 4° del D.L. N°3.516, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Memoria de Prueba, 2001, p. 114.

propios del marido, se aplican las reglas de las curadorías, operando por lo tanto, plenamente el fenómeno de la autocontratación y de la representación legal de la curadora, por lo que se emplean los principios que se estudiarán en el siguiente número (inciso final del artículo 1759).

3.- La representación legal de los tutores y curadores

Las normas básicas para analizar la autocontratación y su posibilidad jurídica en el caso de los tutores y curadores son los artículos 410 y 412 del Código Civil. El primero de estos preceptos dispone que el guardador tanto para cubrir las anticipaciones en dineros del pupilo como para ser pagado o restituido de cualquier bien del pupilo, deberá obtener la autorización de otros curadores o del juez en subsidio. En la misma línea, el artículo 412 prohíbe en forma general, todo acto o contrato en que directa o indirectamente tenga interés el tutor o curador o su núcleo cercano, salvo que medie autorización de los otros tutores o curadores generales, que no estén implicados de la misma manera, o por el juez en subsidio. Finalmente, el mismo artículo prohíbe la compraventa y arriendos de bienes raíces del pupilo, ya directamente por el tutor o curador o a través de su cónyuge, ascendientes y descendientes del tutor o curador.

De la lectura de los citados preceptos, se concluye a este respecto que todo autocontrato del tutor o curador en calidad de tal es prohibido⁴⁵ y, para celebrar alguno de los actos o contratos en que exista conflicto de interés con alguna de las personas vinculadas a éste y que aparecen indicadas en el artículo 412, requerirá la autorización expresa y previa de los otros tutores o curadores generales o del juez en subsidio. Por eso se sostiene que “de las disposiciones transcritas aparece claramente que el guardador, en su calidad de tal, no puede autocontratar. Teme la ley, con razón, que el guardador sacrifique el deber por su interés pecuniario y exige, en consecuencia, que todo contrato que se celebre entre él y el pupilo se haga con autorización de los demás guardadores no implicados o del juez en subsidio”⁴⁶.

En estos casos, sin que medie la autorización de los curadores generales o del juez en subsidio, y aún con esta autorización en los casos del artículo 412 inciso 2º, dado que implican un conflicto de interés (inclusive cuando el negocio fuere notablemente beneficioso para el pupilo), la ley opta por la nulidad de dicho acto.

Habrà nulidad absoluta por causa de objeto ilícito por infracción de una norma prohibitiva (como lo es el artículo 412 inciso segundo) o bien nulidad relativa o rescisión en el caso de infracción de una formalidad establecida en atención a la calidad de las partes (falta de las autorizaciones indicadas en los artículos 410 y 412 inciso 1º). En ambos casos, procederá la ineficacia del negocio celebrado, y, la res-

45 En ese sentido, véase León, op. cit., N°218, p. 216, quien enseña que “Debemos insistir en que a los guardadores les está prohibida la autocontratación, porque la ley no les permite actuar en doble carácter de parte y de representantes legales y exige otra voluntad expresa (de otros guardadores no implicados o del juez en subsidio), de modo que el guardador podrá contratar con el pupilo, pero no autocontratar... Por eso consideramos que no es efectivo lo que afirma Claro Solar en orden a que la norma es que los curadores pueden autocontratar si obtienen la autorización exigida por los artículos citados..”

46 León, op. Cit., N°218, p. 215.

titución al estado anterior en que se encontrarían las partes en caso de no haberse celebrado el negocio, con la consecuencial aplicación de las prestaciones mutuas e indemnizaciones de rigor (1687 y ss.), sin perjuicio de la remoción del tutor o curador, y la responsabilidad civil indemnizatoria que dispone expresamente el artículo 544 del Código Civil⁴⁷.

b.3.) De la autocontratación de los representantes convencionales en el Código Civil

La situación de los representantes convencionales y particularmente del mandato civil son interesantes por cuanto los principios que en ellos se expliciten pueden aplicarse a otras situaciones, como ocurre en la sociedad civil, en los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros y en los casos que indica el artículo 1800 (síndicos, albaceas).

En estos casos, la representación ha sido establecida en virtud del principio de la libertad contractual y no por disposición de la ley como ocurre con las representaciones legales que el mismo Código define. Habitualmente no se entra en detalles al momento de pactar dichos contratos, por lo que deberán integrar las obligaciones expresas que de dichas relaciones jurídicas emanan, con el deber de lealtad en virtud de la buena fe objetiva (contractual), artículo 1546, cuestión que analizaremos más adelante.

1) La autocontratación en el mandato civil

Previo al punto en análisis, cabe recordar que el mandato es un contrato en virtud del cual el mandante confía la gestión de uno o más negocios al mandatario, por su cuenta y riesgo (artículo 2116). La confianza es estructural al contrato de mandato, y por eso, es que emanan deberes especiales de lealtad y cuidado.

En principio, la autocontratación no es prohibida entre el mandante y el mandatario, ya que se entiende que el mandante puede limitar las facultades que le entrega a su mandatario⁴⁸, y éste debe estarse a las instrucciones y facultades que su mandante le otorgó (artículo 2131), así “la autocontratación será posible si se autoriza expresa o implícitamente (artículo 1545), y no lo será en caso contrario”⁴⁹.

El punto que trataremos de dilucidar será determinar qué ocurre en aquellos casos no especialmente legislados, y particularmente, qué ocurrirá con aquellos autocontratos celebrados por el mandatario con abierto conflicto entre los intereses propios y los del mandante, pero antes de ello, abordaremos los casos en que el legislador reguló específicamente la situación de la autocontratación en el contrato de mandato, estos son el autocontrato de compraventa y el mutuo o préstamo de dinero, que pasaremos a analizar a continuación:

47 En todo caso, esta situación no cubre el caso del guardador que ejerce dos curatelas o del que actúa como mandatario de un tercero, casos en los cuales no procederían las sanciones arriba indicadas. Sobre el punto, León, op. Cit., N°221 y 222, p. 218 y ss.

48 Según Planiol, op. cit., N°71, p. 97, en el derecho francés para los representantes convencionales opera el principio por el cual “el mandatario puede celebrar por su cuenta y consigo mismo la operación jurídica que le ha sido encargada como representante; por ejemplo, un arrendamiento, de cosas o de servicios, préstamos, etc. A fortiori podrá adquirir directamente del mandante dueño de sus derechos o del representante de éste encargado de vender, el bien del cual solamente era administrados”.

49 León, op. cit. N°227, p. 220.

1.1.) El autocontrato de compraventa

El artículo 2144 dispone que prohíbe al mandatario comprar las cosas que se le hayan ordenado vender, y tampoco podrá vender de lo suyo al mandante lo que se le ha ordenado comprar, a menos que exista aprobación expresa del mandante.

La razón del precepto se encuentra en el hecho de que el mandatario se aproveche para venderse a un precio inferior al que se podría obtener de un tercero y a la inversa, para que le venda lo suyo al mandante por un precio superior al que un tercero estaría dispuesto a pedir⁵⁰, es decir, en que anteponga el interés personal por sobre el interés del mandante representado. En realidad, la aprobación expresa del mandante implica que no existe autocontrato sino que derechamente un contrato de compraventa entre mandante y mandatario⁵¹, reiteramos no hay contrato consigo mismo⁵². Obviamente, está sancionada según las reglas generales, el uso de un palo blanco o interpósita persona (fraude a la ley y simulación) por parte del mandatario para vulnerar la prohibición legal.

La infracción al artículo 2144 acarrea la nulidad relativa del autocontrato de compraventa⁵³, ya que la norma es imperativa (requiere de la aprobación expresa del mandante de modo que es un requisito para la validez del autocontrato de compraventa), y se encuentra establecida en consideración de la calidad de la persona (mandatario), para evitar precisamente que se genere el dilema de posponer el interés propio al interés ajeno administrado por el mandatario⁵⁴.

En todo caso, un fallo de la Corte Suprema resolvió que la sanción a la infracción al artículo 2144 es la inoponibilidad del autocontrato bajo la hipótesis de exceso de facultades del mandatario⁵⁵. A nuestro juicio dicho fallo es erróneo e implica una confusión elemental de nuestra Corte: no es un problema de inoponibilidad, dado que hay norma imperativa infringida (no prohibitiva) establecida en razón de la calidad del mandante, de modo que no se está en el ámbito de aplicación del artículo 2160 (exceso de poder-inoponibilidad al mandante)

1.2.) El autocontrato de préstamo de dinero

Por otro lado, el artículo 2145 establece que “el mandatario encargado de tomar dinero prestado podrá prestarlo él mismo al interés designado por el mandante, o a falta de esta designación al interés corriente; pero facultado a colocar dinero a interés, no podrá tomarlo prestado para sí sin aprobación del mandante”.

50 Ospina, op. cit., N°428, p. 363. En el mismo sentido León, op. cit. N°228, p. 221, quien agrega que “se advierte claramente que la prohibición de la ley está establecida en resguardo de los derechos del mandante, ya que el mandante podrá aprovecharse de su situación y venderle al mandante al precio máximo que éste haya fijado para la compra, o comprarle al mandante al precio mínimo que éste le haya señalado para la venta”.

51 La jurisprudencia ha resuelto que la existencia de un mandato general con administración de bienes implica autorizar la autocontratación, C. Temuco, 29 de Abril de 1986, J. N°38, p. 32 (considerando 5 y 6).

52 León, op. cit. N°228, p. 221, quien agrega que aún cuando exista conflicto de interés será válida la transacción aprobada por el mandante, sin perjuicio de otros vicios que puedan afectar al negocio, tales como lesión u otros.

53 En ese sentido la sentencia de la Corte de Santiago de 2 de agosto de 1989, R., t. 86, sección 2ª, p. 78, ya que el vicio mira a la calidad del mandante que inviste una de las partes, con el propósito de proteger sus intereses y en su favor, pudiendo dicho vicio sanearse por ratificación del mandante y puede ser alegado por éste y sus herederos.

54 León, op. cit. N°228, p. 222, quien agrega además que “Como consecuencia, sólo podrán invocarla el mandante, sus herederos o cesionarios, se podrá ratificar, no se suspende”.

55 RDJ, t. XCVIII, N°3, sección 1, casación en el fondo, 9 de Julio de 2001, “Herrera con Inversiones Otoñal Ltda”.

La norma citada prohíbe al mandatario constituirse en deudor del mandante cuando éste le ha ordenado colocar dinero a interés, ya que en este último caso, la confianza depositada en el mandatario no alcanza a la solvencia económica de éste⁵⁶; considera el legislador que existe una tentación para el mandatario de posponer el interés del mandante a su propio provecho, por lo que regula especialmente la situación.

Pero además establece una limitación para el mandatario cuando él mismo presta dinero al mandante. En este caso, no puede cobrar más que el interés corriente, ya que de contrario, es decir, en caso que el interés sea superior al corriente, infringe el mandato legal del artículo 2145, de modo que el citado autocontrato le será inoponible al mandante (artículo 2160) dado que éste se extralimitó en sus facultades⁵⁷.

Al igual que en el caso anterior, la infracción a la norma en cuestión (tomar prestado dinero del mandante o autocontrato de mutuo de dinero) acarreará la nulidad relativa del autocontrato⁵⁸, puesto que la aprobación expresa o tácita del mandante es un requisito para el contrato de mutuo que mira a la calidad de la parte (artículo 1682)⁵⁹.

1.3.) Autocontratación del mandante, conflicto de interés y la regla general

Para comprender adecuadamente cómo reacciona el Código frente al autocontrato en el contrato de mandato y al conflicto de intereses, cabe hacer diversas distinciones: se partirá analizando qué acontece cuando el mandante prohibió convencionalmente la autocontratación; asimismo se analizará la situación que se genera cuando no existe dicha prohibición (ni legal ni convencional) y el mandatario ejecuta un autocontrato pero en conflicto con los intereses del mandante, y, por último, se estudiará cuando estando autorizado a autocontratar, el negocio celebrado en ejecución de dicha autorización, genera perjuicios al mandante por efectos del conflicto de intereses.

Respecto del primer punto, debemos dejar en claro que existiendo prohibición convencional de autocontratar, el mandatario que ejecuta el autocontrato incumple las reglas e instrucciones del mandato, por lo que el resultado de dicha infracción contractual será la inoponibilidad del autocontrato al mandante, por vulneración al artículo 2154 en relación al 2160 del Código Civil, ya que se entiende que el mandatario obró fuera de sus facultades, por lo que no obliga al mandante⁶⁰.

Luego, y respecto de aquellos casos en que no existe prohibición legal (artículo 2144 y 2145), ni convencional, se entiende que el mandatario podrá autocontratar, conclusión unánime dentro de la doctrina nacional⁶¹.

⁵⁶ Ospina, op. cit., N°428, p. 363.

⁵⁷ León, op. cit., N°229, p. 222.

⁵⁸ Saavedra, op. cit., p. 488. En el mismo sentido, León, op. cit., N°229, p. 223.

⁵⁹ Stitchkin, op. cit., N°144, p. 306, señala que el acto es inoponible al mandante, pero no indica las razones de dicha afirmación.

⁶⁰ Saavedra, op. cit., p. 488, y Stitchkin, op. cit., N°145, p. 307 que señala “si el mandante le ha prohibido la ejecución de actos jurídicos consigo mismo y el mandatario contraviene la prohibición, excede los límites de sus facultades, no obliga al mandante y queda responsable de los perjuicios, artículos 2154 inciso primero y 2160 inciso primero”.

⁶¹ En el mismo sentido, entre otros, Stitchkin, op. cit., N°142, p. 301. Asimismo, Saavedra, op. cit., p. 488, indica que “no existe en nuestra legislación civil ninguna disposición general que prohíba en términos generales el autocontrato del mandatario; por

La discusión se hace más compleja al analizar aquellos casos en que no existe prohibición legal y tampoco convencional, pero en donde el mandatario ejecutó un autocontrato que implica oposición de intereses entre mandante y mandatario. En general, se sostiene que no será posible la autocontratación en dicho caso⁶², pero los autores difirieron en torno a la sanción de ineficacia del autocontrato ejecutado en conflicto de intereses.

En efecto, la primera tesis en torno a la sanción al autocontrato sostiene que siempre que exista o pueda existir un conflicto de interés en la celebración de un autocontrato por parte del mandatario, la sanción legal será la nulidad relativa. Así lo enseña el decano ALESSANDRI en su texto acerca del autocontrato, el que agrega que serán los jueces del fondo los que deberán establecer soberanamente, como cuestión de hecho, la existencia de un conflicto de interés (es decir, se establezca que el mandatario obró con conflicto de intereses que explotó en su beneficio), y los negocios celebrados serán nulos relativamente y generarán la responsabilidad civil del mandatario por los perjuicios provocados a su principal en caso de existir éstos⁶³.

La segunda tesis al respecto es de LEÓN, quien enseña que “debe entenderse que hay una prohibición tácita o presunta del mandante; y, en consecuencia, un acto celebrado en esas condiciones no afectaría al mandante, puesto que el mandatario no habría actuado “dentro de los límites de su mandato (artículo 2160)”⁶⁴, por lo que la sanción sería la inoponibilidad del autocontrato celebrado en conflicto de interés del mandante y del mandatario.

Por último, STITCHKIN sostiene que en el caso en estudio “cabe aplicar aquí la prescripción del artículo 2149, según la cual el mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato cuya ejecución sería manifiestamente perniciosa al mandante, pues la

lo que debe entenderse admitido; salvo que así se hubiere prohibido en el propio mandato; o, que el autocontrato se refiera a la compra por parte del mandatario de las cosas que el mandante le haya ordenado vender, o para vender de lo suyo al mandante cuando éste le haya ordenado comprar (art. 2144) o, para que se refiera a un autocontrato de un mutuo de dinero, si el mandatario actúa como mutuario (art. 2145). Sin embargo, el negocio podrá realizarse válidamente, en el caso del artículo 2144 con la aprobación expresa del mandante, y en el caso del artículo 2145, con la aprobación expresa o tácita del mandante”. A la misma conclusión ha arribado la doctrina colombiana, para quienes “la regla general es la de que el mandatario sí puede contratar consigo mismo el negocio encomendado, mientras la ley no se lo prohíba o exija aprobación del mandante, como los casos contemplados por los artículos 2170 y 2171”, véase Ospina, op. cit., N°428, p. 363. Por último, cabe señalar que Alessandri Besa, La Nulidad, N°987, p. 853, citado por León, op. cit., N°228, p. 222, indica que: “En la extralimitación de facultades, el mandatario carece de poder para representar y obligar a su mandante porque éste no le ha dado esas atribuciones. El mandatario que ejecuta un acto rebasando los límites de su mandato no infringe ninguna disposición legal; el acto es válido, pero inoponible al mandante. 62 León, op. cit. N°231, p. 224.

63 Alessandri, op. cit., N°64, p. 119, quien indica que “Si el autocontrato del mandatario puede significar un peligro para el mandante, por el conflicto de intereses que provoca, tampoco le es lícita su celebración, aunque no exista una prohibición formal al respecto. En este caso, existe, en realidad, una prohibición tácita o presunta del mandante, que considero innecesario expresar, porque, conociendo el conflicto de intereses que necesariamente provocaría el autocontrato, no pudo admitir la posibilidad de que el mandatario, que estaba obligado a ejecutar leal y fielmente su mandato, procurando obtenerle el mayor beneficio posible, se apartara del cumplimiento de su deber para beneficiarse a sí mismo con el negocio encomendado”. Agrega asimismo que el mandatario “no puede contratar consigo mismo: 1°.- cuando el mandante se lo ha prohibido expresamente; 2° cuando el auto contrato constituya un peligro para él por el conflicto de intereses que suscita, en cuyo caso hay una prohibición tácita o presunta; y 3° cuando la ley se lo prohíbe”, op. cit. N°62, p. 118.

64 León, op. cit. N°231, p. 224.

autocontratación en tales condiciones importa un daño al mandante en beneficio particular del mandatario. Por otro parte, el artículo 2134 dispone que la recta ejecución del mandato comprende no sólo la substancia del negocio encomendado, “sino los medios por los cuales ha querido que se lleve a cabo”. Si el autocontrato, por ser peligroso para el mandante, no ha podido ser querido por éste como medio de ejecución del negocio encomendado, es evidente que al celebrarlo el mandatario infringe el contrato y es responsable de los perjuicios. Aparte de que el mandatario no sería obligado por ese acto, pues el mandatario habría excedido los límites de sus poderes en los mismos términos que si se le hubiere prohibido explícitamente, artículo 2160⁶⁵. El autor en estudio sostiene que en este caso, no basta la existencia de un conflicto de intereses en abstracto para efectos de establecer la sanción de inoponibilidad, sino que es necesario además que se causen perjuicios al mandante, ya que las razones no serían de orden público sino que privado, por lo que faltando daño, el mandante no tiene interés en la acción⁶⁶.

Creemos que no existiendo ni prohibición ni autorización para autocontratar, el mandatario podrá ejecutar autocontrato, pero jamás podrá posponer el interés del mandante a los suyos propios, por ello, son inoponibles en virtud del artículo 2160 del Código Civil, por exceso de poder, ya que del contrato de mandato se derivan deberes de lealtad, confianza o fidelidad que deben ser respetados por el mandatario ya que integran el contrato y son ley para las partes. Una actuación desleal del mandatario contra el mandante no puede ser amparada por la ley del contrato, implican un exceso de poder, aún basándose en autorizaciones tácitas o expresas del mandante, puesto que otra conclusión al respecto atentaría contra el principio de la buena fe contractual (que para estos efectos, es parte integrante del contenido normativo del contrato de mandato, artículo 1546) y, además vulneraría el principio jurídico de que nadie puede beneficiarse de su propio dolo (artículo 1465, 1468, 1683)⁶⁷. Evidentemente, además quedará a salvo la acción de indemnización de perjuicios contra el mandatario (artículo 2154); el mandante podrá dispensarse de cumplir las obligaciones derivadas del contrato de mandato (artículo 2158), y por último, autorizará la terminación –revocación- del contrato de mandato (artículo 2165)⁶⁸.

65 Stitckin B, David, *El mandato civil*, Santiago de Chile, 1989, Editorial Jurídica de Chile, N°142, p. 302. León, op. cit., N°228, p. 224 en nota a pie de página indica que la interpretación del artículo 2149 se refiere a otra materia, como lo es el perjuicio que pueda derivarse del negocio mismo encomendado sin considerar la intervención del mandatario, queda claro el principio de la prohibición tácita de ejecución de un autocontrato en conflicto de intereses del artículo 2134, indica “aquí aparece la voluntad tácita o presunta del mandante de que el mandatario no autocontrate si ello va en perjuicio del mandante”.

66 Stitckin, op. cit., N°142, p. 302.

67 Una tesis similar, concluyendo en todo caso la nulidad del autocontrato, la plantea Saavedra, op. cit., p. 482, pero no fundamenta el vicio de nulidad que afectaría al autocontrato: “La relación representativa, tal como ya vimos, tiene su fundamento en la confianza y fidelidad que debe existir entre representante y representado. Por ello, cuando el gestor, utilizando su poder de representación, autocontrata colisionando los intereses de su poderdante, está utilizando su poder para una finalidad distinta de la perseguida por su poderdante y en función de unos intereses también distintos. Por tanto, el contenido del autocontrato, fuera de toda duda, no debe significarle perjuicio alguno al representado; lo que, normalmente, ocurrirá cuando existan circunstancias y límites objetivos que eliminen cualquier conflicto de interés; caso contrario, el acto es anulable”

68 Resulta interesante la sanción que establece el artículo 2156 del Código Civil en tanto obliga al mandante que utilizó dineros del mandante en su propia utilidad. Al efecto, la norma será que “debe al mandante los intereses corrientes de dineros que éste haya empleado en utilidad propia”, de lo que sigue que el mismo infringió una norma anterior, y por eso se encuentra en mora desde dicho momento, debiendo los intereses desde que desvió el uso de los recursos que le proporcionó el mandante.

Por último, queda por analizar el caso en que se haya autorizado expresamente al mandatario a autocontratar, pero el autocontrato genera perjuicios al mandante. En este caso, el negocio será válido⁶⁹, salvo que se establezca la existencia de algún vicio de nulidad del negocio (mandato o autocontrato expresamente autorizado), según las reglas generales, pensando en el dolo, hay que recordar que jamás podrá condonarse el dolo futuro (1465), aún cuando se haya autorizado la autocontratación⁷⁰. En todo caso, y aún cuando se deba respetar el autocontrato, quedará la acción de perjuicios por incumplimiento del contrato de mandato por el mandatario.

2) Administración de personas jurídicas

Respecto de la administración de personas, hay acuerdo en que se aplican los mismos principios antes indicados, de lo que se sigue que la autocontratación debe considerarse admitida⁷¹.

Para el caso de las personas jurídicas sin fines de lucro, el artículo 552 dispone que en el exceso de poder no obligan a la fundación o corporación, de modo que se aplican iguales conclusiones que las indicadas para el caso del mandato (artículos 2154 y 2160), y, para el caso de la sociedad civil, se aplican las reglas del mandato, por lo que los artículos 2144 al 2149 del Código Civil tienen relevancia para estos efectos⁷².

Por último, resulta interesante de destacar la regulación comercial dictada acerca de las sociedades individuales de responsabilidad limitada, Ley N°19.857. En efecto, el artículo 10 de la citada ley dispone que “Los actos y contratos que el titular de la empresa individual celebre con su patrimonio no comprometido en la empresa, por una parte, y con el patrimonio de la empresa, por la otra, sólo tendrán valor si constan por escrito y desde que se protocolicen ante notario público. Estos actos y contratos se anotarán al margen de la inscripción estatutaria dentro del plazo de sesenta días contados desde su otorgamiento. / La pena del delito contemplado en el número 2° del artículo 471 del Código Penal, se aplicará aumentada en un grado si fuere cometido por el titular de una empresa individual de responsabilidad limitada”, por lo que ha regulado especialmente la situación de la autocontratación en este tipo de personas jurídicas. En el caso indicado, se optó por aceptar la validez de dichos autocontratos, estableciendo los requisitos para que los mismos tengan valor y creando un agravante penal para quienes utilicen la figura para fines defraudatorios de sus acreedores⁷³.

69 Así también Alessandri, op. cit., N°67, p. 122, dado que el mandante es soberano al respecto y su voluntad debe acatarse.

70 Alessandri, op. cit., N°67, p. 122.

71 Saavedra, op. cit., p. 488

72 Así lo ha resuelto la jurisprudencia nacional. Véase la sentencia de la Corte Suprema, casación en el fondo, 9 de Julio de 2001, “Herrera con Inversiones Otoñal”, ya citada, pero la Corte incurre en el error de calificar la sanción de ineficacia como inoponibilidad en circunstancias que correspondía aplicar la nulidad relativa del autocontrato (artículo 2144).

73 Sobre el punto, se discute en torno a la naturaleza de los requisitos indicados en el artículo 10, es decir, se trata de requisitos de validez del autocontrato o sólo de oponibilidad a los terceros. Véase la discusión al respecto en González Castillo, Joel, Empresas Individuales de Responsabilidad limitada, Lexisnexis, 2003, p. 71; Concha Gutiérrez, Carlos, La empresa individual de responsabilidad limitada, en Revista del Abogado, N°27, Santiago, abril de 2003; y Prado Puga, Arturo, Aspectos comerciales de las empresas individuales de responsabilidad limitada, en Seminario Empresas Individuales de responsabilidad limitada E.I.R.L., Ley N°19.857, Santiago, abril 2003.

b.4.) Conflicto de interés y otros casos del Código Civil y del Código de Comercio

Además de las hipótesis referidas a la autocontratación, hemos encontrado otros preceptos en que de alguna forma se enfrenta un interés ajeno al propio y se plantea el que hemos denominado “dilema de posponer el interés ajeno al propio”.

En el ámbito del derecho civil, cabe agregar el contrato de comodato o préstamo de uso que es otro buen ejemplo⁷⁴. La norma de interés en este contrato la encontramos en el artículo 2178 N°3 del Código Civil que dispone que el comodatario es responsable del caso fortuito “cuando en la alternativa de salvar de un accidente la cosa prestada o la suya, ha preferido deliberadamente la suya”, es decir, se aumenta el nivel de responsabilidad, haciéndolo cargo del caso fortuito inclusive⁷⁵.

Aquí, el comodatario se enfrenta al siguiente dilema frente al caso fortuito o fuerza mayor, salvar una cosa de su propiedad o bien salvar la cosa ajena que ha sido facilitada para su uso gratuitamente. La norma resuelve el dilema recurriendo a la idea “deliberadamente”, cuando el deudor “deliberadamente” hace primar su interés (cosa propia) por sobre el interés ajeno (cosa prestada). “Deliberadamente” significa que “a sabiendas” ha optado por salvar su cosa pudiendo hacer lo propio con la ajena que ha sido facilitada gratuitamente.

En el Código de Comercio, cabe agregar los casos de los comisionistas y comisionados, en donde el comisionista no puede, salvo autorización expresa, realizar autocontratos, ya que la ley comercial frente al conflicto de interés, toma la opción más drástica, considerando dicha actuación como una prohibición que no puede ser utilizada en beneficio del comisionista y en perjuicio del comitente⁷⁶.

En efecto, el principio del artículo 271 del Código de Comercio es más estricto en materia comercial que en materia civil, la prohibición legal es general, y la solución es lógica, ya que “se justifica esta solución por los peligros que tal operación encierra. El comisionista, a diferencia del mandatario ordinario, es un comerciante que va tras lucro mercantil. Siendo así hay más probabilidades de que sacrifique el interés de su comitente al suyo propio”⁷⁷.

74 El contrato de comodato o préstamo de uso es un contrato real en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso.

75 En la historia del precepto en comento (Proyecto de 1842, tít. XXIX,) el N° 3 decía: “Cuando ha podido preservar de un accidente previsto la cosa prestada, empleando la suya, o si no pudiendo preservar más que una sola de ellas, ha preferido la suya”, lo que inclusive da a entender que el deudor se hacía responsable por culpa, sin recurrir al adjetivo “deliberadamente”.

76 Alessandri, op. Cit., N°94, p. 148: “La situación del comisionista por lo que hace a su facultad de celebrar actos jurídicos consigo mismo, es enteramente opuesta a la del mandatario, porque mientras la regla general al respecto de éste es que pueda contratar consigo mismo, salvo que el mandante o la ley se lo prohiban, por lo general, no puede constituirse contraparte en el contrato que se le ha encargado celebrar, a menos que el comitente le dé autorización formal al efecto”.

77 Alessandri, op. Cit., N°96, p. 150. Igualmente se trata el caso del corredor, como mandato comercial, la prohibición es absoluta, no puede celebrar ningún autocontrato, así lo disponen los artículos 57 y la sanción será la nulidad absoluta, véase al respecto Saavedra, op. cit., p. 489; León, op. cit, N°235, p. 226.

b.5.) Conclusiones especiales frente a la autocontratación civil: la autocontratación y la prevención y reacción orgánica del Código Civil frente al conflicto de interés

Tal como indicamos, en los casos citados, tanto de representación legal y convencional, el Código Civil adopta una posición acerca del conflicto de intereses: reacciona contra éstos.

Cabe desde luego señalar que dicha reacción no es uniforme, sino que variará según la entidad del conflicto de interés, la posición que tenga el representante y representado, el tipo de representación y el contrato que al respecto exista. La prevención y reacción irá en algunos casos contra la eficacia del acto o contrato ejecutado en conflicto de interés, en otros casos, implicará la obligación de indemnizar los perjuicios que se generan con dicho acto en infracción al conflicto de interés y, por último, autorizará la remoción (revocación en su caso) del representante que obró en perjuicio del representado. Seguiremos el mismo orden para exponer estas conclusiones.

1) Normas preventivas de los conflictos de interés en la autocontratación

El modelo típico de regulación preventiva de los conflictos de interés en la autocontratación recurre a la lógica de las prohibiciones e incompatibilidades para desempeñar determinados cargos o funciones. Estas normas tienen como primera finalidad prevenir o impedir que en ciertos casos se autocontrate, por lo que usualmente, en los casos legislados, la violación de la prohibición implicará la nulidad absoluta del acto o contrato, particularmente en las representaciones legales de terceros ya estudiadas⁷⁸. Complementando las prohibiciones, se establece la responsabilidad civil, incluso penal, de los representantes, la agravación de responsabilidad, el establecimiento de cauciones y fianzas (tutores y curadores), entre otras medidas preventivas además de la técnica de la prohibición absoluta.

2) Sanciones de ineficacia al autocontrato ejecutado en conflicto de interés: diversas hipótesis y la regulación general

Respecto de las sanciones de ineficacia del acto celebrado con explotación del conflicto de interés por el representante a través de la figura del autocontrato, existen diversas formas en que se sanciona dicho acto. En todo caso, creemos que la conclusión es diversa según sea el interés de que se trata⁷⁹, ya que por cierto no podemos asimilar la protección que le otorga el legislador al incapaz de las que le entrega al privado que recurre a la representación convencional, como el mandante. Por ello, más que dar una regla uniforme de reacción contra el autocontrato, lo que habrá que establecer es la importancia de la reglamentación, y, en base a ella, establecer la sanción. Así se sostiene desde antiguo “las atenuaciones así aportadas al principio de libertad de contratar consigo mismo y el dominio de aplicación de

⁷⁸ Barcia Lehmann, Rodrigo, Los efectos de las obligaciones desde la perspectiva del análisis económico, en *Temas de Responsabilidad Civil, Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colecciones de Derecho Privado*, Santiago de Chile, 2004, Editorial Universidad Diego Portales, p. 135, encuentra fundamentos de dos tipos para la existencia de este tipo de normas, a saber: las partes no están en condiciones ex - ante de acceder a toda la información de lo que pueda suceder ex - post; y, la necesidad de certeza que requiere el Derecho de los Contratos para desarrollar, evitando fraude a terceros.

⁷⁹ Así, Ospina, op. cit. N°430, p. 364 enseñan que “es absoluta cuando la prohibición obedece a la defensa del orden público o de terceros, y es relativa cuando se endereza a la protección del interés privado de alguna de las partes”.

éste varían, por otro parte, según la índole de la misión del representante: protección legal de los incapaces, representación convencional de los particulares, en fin, gestión de los intereses de una persona jurídica⁸⁰.

2.1) Ineficacia por nulidad absoluta o relativa.

La alternativa de la nulidad absoluta está presente en las autocontrataciones con infracciones a normas prohibitivas (imposibilidad absoluta), como los casos de los artículos 1796 y 412 inciso 2º, entre otros.

La opción de la nulidad relativa estará presente en los casos donde es posible jurídicamente la autocontratación, pero donde la exigencia (habitualmente aprobación, autorización o formalidad) está establecida en la ley y no en el contrato que regula la relación jurídica⁸¹. Cuando la prohibición es contractual, la sanción será la inoponibilidad (cuando hay exceso de poder) como en el mandato.

Creemos, por el sistema de nulidades de nuestro Código, que no es posible establecer como criterio general la nulidad relativa en caso de autocontratación con conflicto de intereses, dado que las sanciones de nulidad no pueden ser creadas en forma analógica y sin texto que expresamente configure la sanción específica, así lo enseña acertadamente LÓPEZ, para quien estas normas deben “interpretarse en sentido estricto”⁸².

Aún cuando puede considerarse abusiva la actuación del representante que actúa en conflicto de interés, la salida no es la nulidad relativa del contrato, dicha situación debe ser resuelta por la vía de la inoponibilidad aún cuando algunos han planteado que podría resolverse por la vía del vicio de dolo del representante en la formación del consentimiento del contrato⁸³. Sin embargo, dicha solución (sanción de ineficacia vía dolo contractual) tiene el inconveniente técnico-jurídico de que esta solución choca con los principios del dolo como vicio del consentimiento: en realidad, la institución está configurada para el cocontratante del agente provocador del engaño, y no para el mandante del agente del dolo, quien no tendría esta acción de nulidad relativa por este defecto.

2.2) Ineficacia por inoponibilidad

La ineficacia del autocontrato a través de la inoponibilidad se dará en todos aquellos casos en que la prohibición de autocontratar sea establecida convencionalmente o en aquellos en donde no exista prohibición pero se explote un conflicto de

80 Planiol-Ripert, op. cit., N°69, p. 96.

81 Saavedra, op. cit., p. 485.

82 López Santa María, Jorge, Los contratos, Parte General, Tomo I, Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 224. Concluye analizando el caso de la compraventa, artículo 1796, que “La prohibición es, en este precepto, exclusivamente aplicable a la compraventa. Por lo cual, en principio, son válidos otros autocontratos entre tales personas”.

83 Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo VI, Cultural S.A, Habana, 1936, N°69, p. 95, quienes agregan “que los abusos, en caso de darse, nunca quedarán impunes, ya que el representante está obligado a rendir cuentas de su gestión, siendo responsable del cumplimiento de su misión respecto al representado. Por tanto, si dio preferencia a sus intereses sobre su deber, el representado podrá anular el acto viciado de abuso o dolo, que resultará en su perjuicio, o al menos obtener la reparación pecuniaria adecuada al perjuicio sufrido”

interés en perjuicio del mandante⁸⁴. Habrá, en estos casos, infracción al principio de la buena fe y del deber de lealtad⁸⁵.

3) Indemnización de perjuicios y explotación de conflicto de interés

En los casos citados, sin perjuicio de la sanción de ineficacia que afectará al autocontrato mismo, surge el derecho del representado para ser indemnizado de los daños y perjuicios que la actuación de su representante le haya provocado, según los regímenes de responsabilidad civil que corresponda (contractual o extracontractual).

El fundamento de la obligación de indemnización de perjuicios por explotación del conflicto de interés estará en la especial relación que vincule a las partes, por ejemplo, en el caso de los tutores o curadores, la norma clave será el artículo 544; en el caso del mandatario la norma esencial será de naturaleza contractual (particularmente aplicables serán los artículos 2129, 2154, 2160 y 2161 inciso 2º), dejando a salvo, por cierto, la persecución criminal por los delitos cometidos por el representante que desvió el poder a fines indebidos. La indemnización deberá comprender la restitución del monto pagado por la operación celebrada en conflicto de intereses, lo que supondrá indemnizar el daño emergente, el lucro cesante y en la medida que sean previsibles y propios de la relación jurídica, los daños morales causados al representado (artículo 1558).

El efecto restitutorio de la nulidad alegada del autocontrato, cuando dicha sanción sea la que corresponda, implicará restituir a las partes al estado anterior (artículo 1687), lo que supone además dejarlas indemnes, y restituir la posesión de la cosa que haya sido transferida a causa del autocontrato cuando el título (autocontrato) era traslativo de dominio (efecto de la nulidad respecto de terceros por efecto de la acción reivindicatoria, artículo 1689), pero en todo caso la posesión del representante estará amparada en un título injusto (artículo 704 N°3), igual conclusión

84 Otero Alvarado, Gerardo, *La autocontratación o el contrato consigo mismo*. Contratos. Coordinación Enrique Barros Bourie. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 143-144, cito textual: “un nuevo problema se presenta relativo a la sanción aplicable en el caso de una autocontratación que no sea aceptable como consecuencia de los principios de buena fe y no enriquecimiento sin causa a costa ajena, a que nos hemos referido precedentemente. En estos casos, no tratándose de impedimentos legales, nos inclinamos por pensar que la sanción procedente no sería la nulidad sino la inoponibilidad para aquel que prohibió la autocontratación o para el representado que resultó perjudicado como consecuencia directa de una contraposición de intereses entre los titulares de los patrimonios involucrados. Además, la inoponibilidad aparece como la sanción más adecuada, toda vez que, por una parte, el que prohibió la autocontratación o el que resultaría perjudicado por la contraposición de intereses no se ve alcanzado por los efectos del contrato en cuestión a menos que consienta en ello, y, por otra, éste será válido, con las consecuencias que ello trae consigo”.

85 Cfr. Saavedra, op. cit., p. 481. En efecto, sostiene que “la autocontratación prohibida por el poderdante constituye un supuesto de abuso y no un exceso de poder, porque no es lo mismo un abuso en la representación, que un ejercicio extralimitado de la misma. En efecto, tal como ya vimos, abuso en la representación significa utilizar el poder con una finalidad y unos intereses distintos de los del poderdante; en cambio, la extralimitación supone solamente un traspaso de los límites formales del respectivo poder. El apoderado ha de actuar siempre dentro de los límites que la propio representación le impone: la tutela del representado y el ejercicio de la representación conforme a la buena fe”.

cuando se trate de aquellos casos estudiados anteriormente donde la sanción de ineficacia sea la inoponibilidad, pero en este caso el título es injusto porque ha sido “conferido por una persona en calidad de mandatario o representante legal de otra sin serlo”, artículo 704 N°2.

4) Remoción del representante legal y convencional

Por último, es evidente que el representante que actuó en infracción a los deberes que le imponía la relación jurídica, como ocurre en la ejecución de un autocontrato con conflicto de interés y perjuicio directo al representado, deberá cesar en la ejecución de la representación que ostentaba⁸⁶.

c) LOS CONFLICTOS DE INTERÉS Y LA INFRACCIÓN AL DEBER DE LEALTAD

Un segundo punto vinculado al conflicto de intereses en las normas que informan el derecho común del Código de Bello lo encontramos en el *deber de lealtad*. Cabe desde luego adelantar que esta cuestión ha pasado generalmente desapercibida para la doctrina, pero, sin lugar a dudas, puede tener una aplicación de mayor extensión que el fenómeno de la autocontratación.

En efecto, el rol del deber de lealtad es primordial en ciertas relaciones jurídicas caracterizadas por la fidelidad, reciprocidad y confianza. La vinculación al análisis de los conflictos de interés en el Código Civil está dada porque el deber de lealtad impone una serie de deberes de conducta caracterizados por la fidelidad, deberes que se ven infringidos precisamente cuando un sujeto, aprovechándose de dicha relación de confianza, abusa realizando actuaciones en perjuicio del principal o representado, posponiendo el interés administrado por el propio del administrador (el conflicto de interés es evidente).

Dicha conducta es a todas luces desleal, implica un abuso de confianza, y por cierto vulnera el principio normativo e integrador de las relaciones contractuales de la buena fe.

c.1.) Del deber de lealtad en general

Tal como insinuamos, la cuestión del deber de lealtad, su contenido, alcances y fundamentos no ha sido estudiado con detención por la doctrina nacional⁸⁷. Dicho silencio no ha sido óbice para que nuestros tribunales le apliquen en materia laboral para complementar -con los deberes éticos jurídicos- la relación laboral entre

⁸⁶ Esa es la fórmula que establece nuestro Código, así véase el caso del tutor y curador (remoción por fraude o culpa grave en el ejercicio de su cargo, artículo 539 N°2), para el padre de familia respecto del hijo sujeto a patria potestad (derecho a quitar la administración por dolo o grave negligencia habitual, artículo 257), mandatario (revocación del artículo 2165), para el albacea (remoción por culpa grave o dolo del artículo 1300), entre otros casos.

⁸⁷ Sólo en forma residual en los textos de derecho civil, más en el derecho comercial y económico ha sido abordado pero sin profundizar el fundamento de derecho común del deber en cuestión, particularmente véase Zegers, Matías y Arteaga, Ignacio, Interés social, deber de lealtad de los directores y conflictos de interés en empresas multinacionales: un análisis comparado con la legislación de los Estados Unidos de América, en Revista Chilena de Derecho, 2004, volumen 31, N°2, pp. 239 a 268.

mpleador y trabajador^{88,89}; también en los deberes recíprocos de lealtad entre los miembros de una corporación⁹⁰, e incluso en el mandato comercial, cuando el mandatario prioriza su interés por sobre los del mandante, reteniendo indebidamente dineros de éste para seguridad de eventuales incumplimientos⁹¹, aplicando en consecuencia, el deber de no priorizar el interés propio y sacrificar el ajeno que está siendo administrado.

El deber de lealtad “se construye sobre la base de un principio básico, el de prioridad del interés del cliente, lo que implicará que los intermediarios jamás deben anteponer los intereses propios a los de sus clientes, lo que quiere decir que debe existir una clara parcialidad a favor del cliente”⁹² y de *imparcialidad* entre distintos clientes con diversos intereses que están siendo representados por el agente.

88 RDJ, t. XCVII, N°3, sec. 3°, de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 13 de Octubre de 2000, cuyo considerando 7° reproducimos a continuación: “7°.- La moderna doctrina relativa al derecho de las obligaciones viene haciendo objeto de consideración creciente el dualismo “deberes de prestación-deberes de conducta”, en orden a enfatizar en qué medida la relación obligacional que emana de un contrato, el de trabajo, en la especie, además de sus posiciones activas y pasivas de crédito y débito, tiene la virtualidad de establecer o hacer exigibles ciertos comportamientos —de acción o de omisión— que se adicionan a los deberes primarios de connotación patrimonial impuestos por la ley, calificando o descalificando el cumplimiento íntegro y oportuno de éstas, deberes de conducta que tienen una connotación ética, introduciendo pautas axiológicas al contenido obligacional propiamente patrimonial del contrato. La fuerte injerencia que los principios éticos ejercen en el ámbito laboral obedece, en primer término, a la especial naturaleza que reviste la relación que surge de la celebración de un contrato de trabajo, el que origina una relación jurídico-personal, esencialmente de confianza, debido a que la relación laboral involucra a dos sujetos que han convenido, sobre bases de solidaridad y colaboración, complementar y aunar sus fuerzas para enfrentar el destino común elegido, y no a sujetos extraños o desvinculados que, por circunstancias accidentales y transitorias, se encuentran vinculados contractualmente. De otra parte, la existencia y cumplimiento de las obligaciones de contenido ético jurídico emanan de la aplicación, en el ámbito laboral, de un principio general del derecho, cual es la ejecución de buena fe de los contratos, expresamente consagrado en el artículo 1546 del Código Civil. Entre los comportamientos o deberes éticos que el contrato de trabajo impone a las partes merece especial consideración el deber de “lealtad” o de “fidelidad”, que constituye un deber recíproco, en cuanto resulta exigible tanto al trabajador como al empleador, cuya forma de cumplimiento es diferente según la parte obligada de que se trate. Así, en lo que interesa, la lealtad o fidelidad obliga al empleador, en el marco de la relación de trabajo, a prestar protección y asistencia al trabajador y a suprimir todo aquello que sea apto para causarle algún perjuicio en sus intereses, especialmente en su salud...”.

89 En un fallo de la Corte Suprema, casación en el fondo de 28 de mayo de 2002, causa Valdés con Servicios S.A.I.C., se dispuso “En el caso en examen, los jueces del mérito no ponderaron y valoraron toda la prueba que obra en el proceso —cláusula contractual que prohíbe al trabajador ejecutar negociaciones dentro del giro del negocio del empleador, y declaraciones, en causa penal, de la demandante, de su marido y de un tercero, que configuran la actuación que le estaba prohibida a aquélla de acuerdo con la mencionada cláusula contractual— vicio que influye en lo dispositivo del fallo y que faculta al tribunal superior para invalidar de oficio la sentencia recurrida, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 775 del Código de Procedimiento Civil”.

90 R.D.J., t. LXXXII, N°2, secc. 2°, en sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 22 de abril de 1985, caratulos “Rodríguez y otros con Directorio de la Federación de Rodeo de Chile.

91 Causa caratulada “Comercial Agropecuaria Menichetti S.A.I. con Banco del Estado de Chile”, sobre Amparo Económico/Ley N° 18.971, Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 26 de enero de 1995. En el considerando 8° se señala: “Que conforme a lo señalado, respecto de la Sociedad recurrente el Banco del Estado de Chile tiene la calidad de mandatario y, habiendo percibido el crédito que se obligó a garantizar, sólo le corresponde ponerlo a disposición de su mandante, sin que pueda servirle de excusa sobre el particular, eventuales incumplimientos de obligaciones de lo convenido por las partes, ya que si así fuere, debe ventilar estos asuntos en la sede jurisdiccional correspondiente. De otra manera, sería permitirle que solucionara su conflicto de intereses aprovechando la situación de preeminencia en que se encuentra en relación al deudor, ya que no resulta concebible que un mandatario mantenga en su poder dineros de su mandante indefinidamente para seguridad de una operación crediticia en que tiene interés”.

92 Tocornal, op. Cit., p. 97.

De ahí que el deber de lealtad se presente usualmente en las relaciones jurídicas en que el elemento confianza es estructural, cuestión que no sólo aparece en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de dicha relación, sino que se proyecta en diversas materias del íter contractual. El caso emblemático es el contrato de mandato en virtud del cual se confía la gestión de uno o más negocios (artículo 2116)⁹³.

c.2) Fundamentos del deber de lealtad

Los fundamentos del deber de lealtad emanan de la confianza que se ha depositado en el agente por parte del principal, a mayor libertad y discrecionalidad del mandatario, mayor deberá ser la contrapartida de fidelidad que le debe a su mandante⁹⁴⁻⁹⁵.

La lealtad deriva del acto de confianza originario que estatuye la especial relación jurídica que se crea⁹⁶, que podrá ser la ley o el contrato, como en el mandato, en el fenómeno de la representación legal y convencional, o en los servicios profesionales de gestión de negocios ajenos, etc.

Normativamente, se incorpora supletoriamente a la relación jurídica en virtud de los deberes y obligaciones que emanan de la *buenafé objetiva contractual*, ya que en todo contrato se imponen deberes de conducta más allá de lo expresamente pactado⁹⁷, sin perjuicio de que en otros casos, directamente es la ley la que impone actuar lealmente, como en el caso del artículo 42 de la Ley de Sociedades Anónimas o de todos aquellos que administran fondos o patrimonios de terceros⁹⁸.

c.3.) Implicancias normativas contractuales del deber de lealtad

El principal efecto del deber de lealtad consiste en que obliga a actuar fielmente al mandante o principal, velar por sus intereses por sobre otros intereses. De este

93 Sobre el punto, Stitckin, op. cit., N°26, p. 32, quien indica que el mandato es un contrato de confianza, y que de aquellas circunstancias se derivan una serie de consecuencias, como la facultad de revocación del mandato, la intransmisibilidad de las obligaciones del mandatario, la muerte como factor de término del contrato, pero llama la atención que no cite la obligación de lealtad del mandatario frente al mandante.

94 La importancia de la confianza dentro de la administración de las sociedades y corporaciones es un elemento clave, “generar confianza, entonces, implica otorgar certeza sobre algún acontecimiento futuro (v.gr., la eficiencia y seguridad de la empresa) y es hacer desaparecer la incertidumbre, es poder anticiparse a la misma y comportarse como si ese futuro fuera cierto y minimizando las situaciones de riesgo”. Luego, la confianza tiene un valor económico, el mercado debe crear confianza, ya que facilita la gobernabilidad de la función de gestión económica, reduce gastos de recopilación de información, y quien infringe la confianza actuando deslealmente, deberá reparar los daños. Sobre el punto, véase Ghersi, Carlos Alberto, Cuantificación económica: daños por gestión empresaria: responsabilidad de directores, administradores y representantes, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 74 y siguientes.

95 Mismo efecto se produce con el carácter de profesionales especialistas frente al lego, sobre el punto, véase Stiglitz, Ruben y Stiglitz Gabriel, Responsabilidad precontractual: incumplimiento del deber de información, Abeledo-Perrot, 1992, Buenos Aires, p. 68: “Pero lo cierto es que el carácter de especialista acrecienta el deber y agrava su responsabilidad; al ilustrado se le exigirá que tome la iniciativa y el criterio de apreciación en el punto será más severo. Y si la relación está basada en la confianza, se acentuará aún más”.

96 Zegers, Matías y Arteaga Ignacio, op. cit., p 263. Los autores indican que “El deber de obrar con lealtad es la contrapartida de la confianza depositada por los accionistas en la designación, y se vincula con el conjunto de facultades de las cuales ha sido investido el director para el cumplimiento del objeto social: facultades que han de ser ejercidas en el interés social”.

97 Como enseña Barros, op. cit, p. 20, la función de la buena fe “es completar el contenido del contrato, más allá de lo expresamente pactado o previsto por la ley, con el contenido normativo que se entiende atendida la naturaleza de la obligación o lo que establece la costumbre”.

98 Véase los casos indicados en el punto referido a la regulación económica del presente texto.

principal efecto se derivarán las demás consecuencias. Ser leal al representado implica informar determinados hechos que puedan perjudicarlo, pero sobre todo no priorizar otro interés que el que está siendo administrado, es decir, abstenerse de realizar actos que vayan contra el interés del principal⁹⁹, y, por cierto, no aprovecharse ni abusar de la posición para obtener un provecho personal indebido¹⁰⁰⁻¹⁰¹.

Quien infringe el deber de lealtad, vulnera los deberes que le impone la relación jurídica que le une con su principal, pero lo relevante es que abusa del *derecho-función* que le asiste. Dicho abuso es ilícito, ya que desvió el poder que ostentaba para fines no cubiertos por el derecho subjetivo mismo, de modo que no podrá ser amparado por el Derecho, deberá remediar los perjuicios provocados a su principal y restituir lo apropiado indebidamente en virtud de la desviación del poder con que ha actuado ilícitamente.

c.4) Reconocimiento normativo del principio de no priorizar otro interés

El deber de lealtad supone priorizar el interés del representado por sobre el propio, como ya lo hemos reiterado, cuestión que ha sido reconocida por la jurisprudencia en el caso ya citado acerca del mandato comercial¹⁰².

En todo caso, creemos que dicho principio derivado del deber de lealtad se encuentra diversos preceptos, pero particularmente en las normas que regulan el contrato de mandato, así, cabe citar al artículo 2146 inciso segundo, precepto que dispone que colocando el mandatario el dinero a mayor interés que el designado por el mandante, deberá abonárselo íntegramente; al artículo 2147 que le prohíbe al mandatario apropiarse lo que exceda al beneficio o minore el gravamen designado en el mandato y misma conclusión se aplica a la administración de sociedades, por efecto del mandato de sus representantes¹⁰³. En estos casos, el mandatario no puede quedarse con el exceso o provecho, porque eso implica desconocer el deber de lealtad que debe a su mandante.

99 Zegers, Matías y Arteaga Ignacio, op. cit., p 250, señalan que “esta obligación tiene también un lado pasivo (en las sociedad anónimas) que es abstenerse de realizar un acto que vaya en contra del interés de la misma (sociedad)”, y luego agregan que “este deber tiene un principio expreso reconocido en el caso de los conflictos de interés”.

100 Ib. Idem, p. 254.

101 Ver Tocornal, op. cit., 27, la autora señala que “podemos decir que el deber de lealtad es el deber general que tienen los administradores de abstenerse de obtener cualquier beneficio personal a costa de la sociedad. El deber de lealtad se entiende desde la perspectiva particular del principio de prioridad del interés del cliente, que es tanto como decir que los intermediarios deberán abstenerse de anteponer los intereses propios a los de su cliente. Si esto no es así estamos frente a una nueva dimensión del problema: los conflictos de interés”.

102 Causa caratulada “Comercial Agropecuaria Menichetti S.A.I. con Banco del Estado de Chile”, sobre Amparo Económico/ Ley N° 18.971, Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 26 de enero de 1995.

103 Alfaro Águila-Real, Jesús, La prohibición de autocontratar de los administradores de sociedades anónimas y limitadas, p. 12.

Por lo tanto, el principio tiene plena vigencia en nuestro ordenamiento¹⁰⁴, lo que ha sido además recogido por la jurisprudencia nacional en el fallo citado.

c.5) La obligación de indemnizar, el deber de lealtad y otros puntos

La infracción al deber de lealtad se dará en todos aquellos casos en que se actúe deslealmente, pero particularmente cuando se priorice un interés ajeno al del mandante de donde se derivará la obligación de indemnizar los perjuicios causados a éste. En estos casos, se dirá que se infringió la obligación de fidelidad emanada de la relación jurídica, habitualmente convencional, sin perjuicio de las sanciones administrativas (a través de las agencias a cargo del mercado en que se actúa), disciplinarias (en caso de pertenencia a una asociación gremial) o penales (en caso de existir delito especial asociado a la conducta)¹⁰⁵.

Respecto del elemento subjetivo para efectos de configurar la obligación de indemnizar los perjuicios se ha señalado que bastará, en los casos de abuso del *derecho-función*, acreditar “el hecho de actuar de un modo contrario a la moral o a la buena fe” que configura “una infracción objetiva a los deberes de conducta inexcusables que una persona razonable tiene que observar en sus relaciones con los demás”¹⁰⁶.

Para que se produzca el efecto normativo indeseado (infracción al deber de lealtad) se requiere una actuación del agente (o una abstención, no haber realizado cierta acción debida, como haber impedir la conducta, etc), un abuso de la situación que ostenta (desviación del poder) y la infracción a la obligación derivada de la relación jurídica (deber de lealtad) a través de la priorización de otros intereses que los debidos (diversos de los intereses del representado o principal).

Hipótesis típicas de conflictos de interés en la administración de negocios ajenos son el fenómeno de autocontratación; de la fijación de la remuneración (y en general las modificaciones de las condiciones de su contrato, blindándose de medidas del principal); de la apropiación de oportunidades de negocios del principal, etc¹⁰⁷, y en todos estos casos, la obligación de lealtad está siendo infringida por el agente, quien deberá remediar los perjuicios provocados a su principal, según las reglas generales del régimen que gobierne la relación obligacional (legal o contractual).

104 Otros preceptos siguen la misma línea argumental, como el artículo 2125 (evitación de perjuicios aún en caso de no aceptación o excusa del encargo realizado a quienes se encargan de negocios ajenos) 2149 (abstenerse de cumplir mandato cuando es perjudicial al mandante), artículo 2150 (adoptar medidas conservativas aún en caso de imposibilidad de obrar con arreglo a las instrucciones del mandato) y artículo 2167 (renuncia del mandatario y evitación de perjuicios). Mismos casos se dan para el caso del mandato comercial (comisión), particularmente interesan los artículos 233 (contrato de confianza), artículo 251 (distracción de fondos e indemnización de perjuicios), artículo 271 (representación de intereses incompatibles y autocontratación prohibida), artículo 278 (derecho exclusivo a remuneración, jamás a cualquier provecho) y la sanción del artículo 276 (limitación de la remuneración a la mitad).

105 En la Ley de Sociedades Anónimas la responsabilidad por infracción al deber de lealtad deriva en la responsabilidad solidaria de los directores, artículo 41.

106 Barros, op. cit., N°42, p. 37, quien indica entonces que “resulta obligado a indemnizar quien daña a otro en un ejercicio abusivo de su derecho, sea que haya actuado con dolo, sea que simplemente haya incurrido en infracción de un deber de cuidado, esto es, con negligencia”.

107 Alfaro Aguila-Real, op. cit., p. 2, quien cita en esto a Clark, Corporate Law, pp. 142.

IV.- CONCLUSIONES GENERALES: LA REACCIÓN DEL DERECHO FRENTE AL CONFLICTO DE INTERÉS

A través del presente ensayo nos hemos aproximado a la forma en que el Código de Bello abordó el conflicto de interés, tanto desde la perspectiva de la autocontratación como de la existencia de algunas obligaciones (como el deber de lealtad) que se incorporan a la relación jurídica en virtud del principio de la buena fe contractual (artículo 1546) y que precisamente delimitan el conflicto de intereses en el derecho común.

La conclusión, por tanto, es que el Código tiene normas que regulan el conflicto de interés: la importancia de estas normas es capital, ya que son supletorias para todos aquellos casos en que no existan normas especiales (particularmente en las normas del derecho económico) que regulen los conflictos de interés.

El deber de la dogmática del derecho privado será avanzar en estas líneas de estudio. En este punto, se nota un considerable atraso frente a la jurisprudencia de los tribunales de justicia que cada día deberán ir aplicando los principios aludidos frente al conflicto de intereses, todo demuestra que los mercados se irán profundizando, por lo que cada vez se plantearán cuestiones de conflictos de interés.

En definitiva, siempre existirá la tentación de resolver indebidamente el dilema que hemos planteado: posponer el interés ajeno al lucro propio. Es el rol del Derecho reaccionar contra estas conductas abusivas, ya que carece de amparo quien abusa de una posición de confianza, con infracción al deber de lealtad y consecuentemente con conflicto de intereses. No es más que el principio de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo.