

MATERIALES DE LECTURA SEMANA N°8

Primera Sesión: Conflictos de intereses en el mandato

Lecturas obligatorias

- ALESSANDRI, Arturo (1931): *La autocontratación o el acto jurídico consigo mismo* (Santiago, Imprenta Cervantes) pp. 113-157
- RODRÍGUEZ, María Sara (2002): “Los principios de Derecho Europeo de Contratos y el conflicto de interés en la representación”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 55 N°4, pp. 1754-1815.

(b) Lecturas sugeridas

- FRIDMAN, GHL (1996): *Law of Agency* (Londres, Butterworths) pp.174-188

Segunda Sesión: Argumentación

(a) Lecturas obligatorias

- VALENZUELA, Rodrigo (2004): *Conflictos y Humanidades. Un ensayo sobre argumentación jurídica* (Santiago, Editorial Jurídica) pp. 14-29.

Arturo Alessandri R.

LA AUTOCONTRATACION O EL ACTO JURIDICO CONSIGO MISMO

Estudio publicado en la *Revista de
Derecho, Jurisprudencia y
Ciencias Sociales*
Tomo XXVIII correspondiente al año 1931

SANTIAGO DE CHILE
IMPRESA CERVANTES
1931

Índice

— 113 —

2.º EL ACTO JURÍDICO CONSIGO MISMO DEL MANDATARIO DE UNA PERSONA NATURAL.

60. *La eficacia o ineficacia del acto consigo mismo depende, en este caso, de la voluntad del mandante.*
—61. *Por regla general, y en su silencio, el mandatario puede contratar consigo mismo.*—62. *Cuándo no puede hacerlo.*—63. *Caso en que el mandante le ha prohibido el autocontrato.*—64. *Caso en que el autocontrato envuelve un peligro para el mandante; la determinación de esta circunstancia es una cuestión de hecho.*—65. *Cuando así ocurre, el autocontrato no es posible aunque, en el hecho, no resulte perjudicial para el mandante.*—66. *Sanción del autocontrato del mandatario cuando el mandante se lo ha prohibido o cuando envuelve un peligro para éste.*—67. *El mandatario podrá contratar consigo mismo aunque el autocontrato envuelva un peligro para el mandante, si éste lo autorizó para ello.*—68. *Casos en que la ley prohíbe el autocontrato del mandatario.*—69. *Prohibición im-*

Autocontratación.—8

puesta al mandatario para comprar o vender; su extensión.—70. Requisitos para que el mandatario no pueda celebrar el autocontrato de compraventa.—71. La prohibición rige sea la venta pública o privada.—72. No rige si la venta es forzada.—73. El mandatario puede adquirir los bienes que se le han encargado vender por sucesión por causa de muerte y por adjudicación en una partición.—74. Cuándo cesa la prohibición.—75. Sanción de la contravención: la nulidad relativa de la compraventa.—76. Prohibición impuesta al mandatario facultado de contratar un préstamo; casos que deben distinguirse.—77. El mandatario encargado de tomar dinero en préstamo puede prestarlo él mismo.—78. El art. 2145 sólo se refiere al préstamo de dinero.—79. El mandante puede prohibir el autocontrato en el caso del n.º 77.—80. Autocontrato de préstamo celebrado por el mandatario a un interés distinto del que le señaló el mandante, o del corriente; sanción.—81. El mandatario facultado para colocar dinero a interés no puede tomarlo prestado para sí.—82. Requisitos para que el mandatario no pueda tomar el dinero en préstamo.—83. Cuándo cesa la prohibición.—84. Sanción de la contravención: la nulidad relativa del préstamo.—85. El autocontrato del mandatario fuera de los casos de los arts. 2144 y 2145 del Código Civil: hipoteca, arrendamiento, donación, transacción, etc.—86. Cómo procederá el mandatario que que contrata consigo mismo.—87. Efectos del autocontrato del mandatario respecto del mandato y del contrato materia de aquél; pago de la comisión.—88. La responsabilidad del mandatario en caso de autocontrato es la misma que en todo mandato.—89. Cúmulo de mandatos.—90. El mandatario que contrata consigo mismo como representante legal de otra persona; excepciones.—91. En los casos de los núms. 89 y 90 el mandatario no puede celebrar por sí solo una transacción.—92. Aplicación de las reglas precedentes a todo mandatario.—93. El autocontrato del síndico.—94. El autocontrato

del comisionista.—95. Por regla general, el comisionista no puede contratar consigo mismo si ha de representar intereses incompatibles.—96. Tampoco puede contratar por cuenta de dos comitentes cuyos intereses son incompatibles.—97. El comisionista podrá contratar consigo mismo, sea por cuenta propia y ajena o por cuenta de dos comitentes, si tuviere autorización formal para ello; efectos del autocontrato.—98. Sanción del autocontrato del comisionista cuando no le es lícito celebrarlo.—99. El comisionista puede hacer contratos por cuenta de dos comitentes o por cuenta propia y ajena, aunque no esté autorizado, si los intereses que ha de representar no son incompatibles.—100. El autocontrato está prohibido a los corredores.—101. A los martilleros públicos les está prohibido el autocontrato de compraventa de las cosas que vendan.—102. Al empleado público, a los jueces y partidores está prohibido el autocontrato de compraventa de los bienes que vendan por su ministerio.

60. ¿Puede el mandatario celebrar un acto jurídico consigo mismo? Como la extensión del *poder* del mandatario y de las facultades que le competen se determinan por la voluntad del mandante, la posibilidad para aquél de celebrar o no un autocontrato depende exclusivamente de esa voluntad; luego, para saber si el mandatario puede o no contratar consigo mismo es menester entrar a conocerla.

Si el mandante se ha explicado al respecto, sea prohibiéndole que contrate consigo mismo, o autorizándolo para ello, no hay ninguna dificultad. Su vo-

luntad se conoce en términos que no admiten dudas: en el primer caso, el mandatario no podrá celebrar consigo mismo el acto o contrato que se le encomendó; en el segundo, en cambio, podrá hacerlo, cualquiera que sea la naturaleza de ese acto o contrato (1) y aunque, en virtud de sus atribuciones o facultades, esté autorizado para obrar con entera libertad y del modo que juzgue más conveniente (2). La ley no tiene por misión defender los intereses de las partes contra su propia voluntad (3).

La dificultad se presenta cuando no existe una declaración de voluntad del mandante al respecto, cuando éste ha guardado silencio sobre el particular. Surge entonces el problema de saber si el mandatario puede o no celebrar consigo mismo los actos o contratos comprendidos en su mandato.

61. Dentro de los preceptos de nuestra legislación positiva creemos que, por regla general, en el silencio del mandante, el mandatario puede celebrar consigo mismo el acto o contrato cuya ejecución se le ha encomendado. Ninguna

(1) Se exceptúa la transacción conforme a lo dicho en el párrafo final del n.º 85 de este Capítulo.

(2) HUPKA, obra citada, pág. 270; BAUDRY-LACANTINERIE ET WAHL, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, tomo 24, *Du mandat*, n.º 620 *quater*, pág. 328.

(3) HUPKA, obra citada, pág. 270.

disposición se lo prohíbe. Los arts. 2144 y 2145 del Código Civil y 271 del Código de Comercio que prohíben al mandatario que celebre consigo mismo ciertos y determinados actos sin la aprobación o autorización del mandante, confirman esa regla, porque si en principio no hubiere podido contratar consigo mismo, esos artículos habrían carecido de objeto toda vez que, con o sin ellos, en ningún caso le habría sido lícito celebrar esos actos y contratos. El hecho de habersele prohibido la celebración de algunos, revela por sí sólo que puede celebrar los demás que no encierran los peligros que aquellos presentan.

Por consiguiente, el mandatario podrá hacer por su cuenta el negocio materia del mandato, es decir, constituirse *contraparte* en el acto o contrato de cuya ejecución está encargado, sin perjuicio de su obligación de dar a conocer esta circunstancia al mandante cuando le rinda cuenta de su gestión (1).

62. Pero esta regla no es absoluta. Tiene sus limitaciones. El mandatario no puede contratar consigo mismo: 1.º

(1) DEMOGUE, obra citada, tomo I, n.º 53, pág. 122; PLANIOL ET RIPERT, obra citada, tomo VI, n.º 71, pág. 91; BAUDRY-LACANTINERIE ET WAHL, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, tomo 24, *Du mandat*, 13.ª edición, n.º 618, pág. 323. En contra: HUC, obra citada, tomo XII, n.º 32, pág. 51.

cuando el mandante se lo ha prohibido expresamente; 2.º cuando el autocontrato constituya un peligro para él por el conflicto de intereses que suscita, en cuyo caso hay una prohibición tácita o presunta; y 3.º cuando la ley se lo prohíbe.

63. Si el mandante le ha prohibido al mandatario constituirse contraparte en el acto o contrato cuya ejecución le encomendó, es evidente que no puede hacerlo. La validez de semejante prohibición no admite ninguna duda (1). Puesto que la extensión del *poder* del mandatario se determina por la voluntad del mandante, si hay una declaración expresa suya en el sentido de negarle la facultad de contratar consigo mismo, no podrá hacerlo (2).

Esta prohibición será útil solamente tratándose de actos o contratos que no sean de los contemplados por los arts. 2144 y 2145. Con respecto a éstos sería innecesaria dado que el mandatario no puede constituirse contraparte en ellos sin autorización del mandante; de modo que lo que aquél ha menester para saber si puede o no celebrarlos, es una autorización y no una prohibición.

(1) BAUDRY-LACANTINERIE ET WAHL, obra citada, tomo 24, n.º 620 *quater*, pág. 328.

(2) HUPKA, obra citada, pág. 270.

64. 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 (1). 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.

Establecer si hay o no conflicto de intereses es una cuestión de hecho, que decidirán soberanamente los jueces del fondo, si la eficacia del autocontrato es sometida a litigio. Para ello tendrán muy en cuenta la naturaleza del acto o contrato confiado al mandatario y la mayor o menor amplitud de las facultades que se le han conferido.

Si en el negocio encomendado al mandatario los intereses de las partes son opuestos en todos o en algunos puntos importantes, porque el mandante no se

(1) HUPKA, obra citada, pág. 271.

explicó sobre el particular o dejó entregada su determinación a la voluntad de aquél, como si tratándose de un contrato de arrendamiento, el mandante nada dijo sobre su duración y el precio, o si tratándose de uno de sociedad, nada dijo sobre su duración, su naturaleza, el monto de los aportes, la distribución de las utilidades, etc., el autocontrato puede significar un peligro para el mandante y, en consecuencia, habrá que negar al mandatario la facultad de celebrarlo. En cambio, cuando por la naturaleza del negocio, como una donación del mandatario al mandante, o por la precisión de las instrucciones dadas por éste respecto del acto mismo y de todos sus particulares, como precio, tiempo, monto de los aportes, forma de distribución de las utilidades, etc., se halla descartada de antemano toda posibilidad de perjuicio para aquél, el autocontrato es admisible y habrá que reconocer al mandatario la facultad de poder celebrarlo (1).

65. Cuando la naturaleza del acto o contrato encomendado al mandatario, la extensión de sus facultades o la libertad que se le ha dado para obrar, pueden hacer peligroso el autocontrato para el mandante, éste no será admisible en ningún caso, aunque, en el hecho, no re-

(1) HUPKA. obra citada, pág. 272.

sulte perjudicial y aunque el mandatario haya obrado correctamente y defendido en buena forma los intereses confiados a su cargo. La inadmisibilidad del autocontrato, en este caso, no deriva del hecho mismo de ser perjudicial sino de la carencia de autorización para ejecutarlo, del hecho de que el mandante, al presumir que podría irrogársele un perjuicio con el autocontrato, entendió que éste no se celebraría. Como su voluntad al respecto se determinó al tiempo de otorgarse el poder y en atención a la *posibilidad*, que entonces consideró, de que hubiere un perjuicio, es forzoso concluir que, establecido que esta posibilidad existió, el mandatario no estuvo facultado para autocontratar y que, al hacerlo, extralimitó su poder, sin que ello varíe porque, en el hecho, la *posibilidad* de peligro no se realizó (1).

66. Si el mandatario, a quien su mandante le ha prohibido contratar consigo mismo, o cuyo autocontrato puede significar un peligro para el segundo por el conflicto de intereses que provoca, se constituye, sin embargo, en contraparte de su mandante y celebra consigo mismo el contrato que se le encomendó, excede su *poder*, viola el mandato. Por consiguiente, el autocontrato no obliga al

(1) HUPKA, obra citada, pág. 272.

mandante, según el art. 2160 del Código Civil, a menos que lo ratifique expresa o tácitamente. Éste tiene derecho, por lo demás, a que el mandatario le indemnice todos los perjuicios que con él le haya irrogado, de acuerdo con las reglas que rigen el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

67. El mandatario podrá celebrar consigo mismo el acto o contrato que le encomendó el mandante, aunque el autocontrato pueda constituir un peligro para éste, si así lo autorizó. Quiere decir que el mandante no lo consideró peligroso y como su voluntad es soberana, hay que acatarla. El autocontrato del mandatario será válido y eficaz aunque, en el hecho, resulte perjudicial para su mandante, quien, naturalmente, tendrá, en tal caso, a salvo sus acciones para reclamar por la culpa del mandatario según el derecho común.

68. El autocontrato del mandatario tampoco es posible cuando la ley se lo prohíbe, como en el caso de los arts. 2144 y 2145 del Código Civil. El legislador ha estimado que los contratos de compraventa y de préstamo en que el mandante es el prestamista envuelven, dada su naturaleza y consecuencias, una evidente posibilidad de perjuicio para éste. De ahí que, interpretando su voluntad, haya

dispuesto que, salvo aprobación del mandante, no será lícito al mandatario celebrarlos consigo mismo (1).

69. En conformidad al art. 2144 del Código Civil, el mandatario no podrá, por sí ni por interpósita persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar, si no fuere con aprobación expresa del mandante.

Según esto, el mandatario para vender o para comprar no puede constituirse *contraparte* de su mandante en la compraventa que se le ha encomendado, es decir, no puede ser comprador ni vendedor de las cosas, muebles o inmuebles, que su mandante le ordenó vender o comprar.

Como la prohibición rige sea que el contrato lo celebre el mandatario directamente o por interpósita persona (2), resulta que éste no puede celebrar esa compraventa ni bajo la forma de autocontrato ni valiéndose de un dele-

(1) ALESSANDRI, obra citada, tomo I, n.º 524, pág. 554 y n.º 525, pág. 555.

(2) ALESSANDRI, obra citada, tomo I, n.º 551, pág. 571. Véase la sentencia publicada en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 24, Segunda parte, sección 1.ª, pág. 93, que declaró que la compra que hizo el mandatario de los bienes que el mandante le encargó vender lo fué por interpósita persona (Con-

gado (1) o comodatario suyo (2), ni de cualquier otro medio (3).

70. Para que el mandatario no pueda celebrar consigo mismo el contrato de compraventa que interesa a su mandante es menester que el mandato sea para vender o comprar las cosas sobre que versa aquélla y que éstas se vendan o compren por el mandatario en ejecución de su mandato (4).

siderando 4.º del fallo de 1.ª instancia reproducido por la Corte Suprema en su sentencia de reemplazo).

En cambio, en la sentencia publicada en esa misma *Revista*, tomo 27, 2.ª parte, sección 1.ª, pag. 656 se declaró que la adquisición que hizo el mandatario de unos regadores de agua de cuya venta se le había encargado, no fué por interpósita persona, porque para que haya interposición no basta que el mandatario, que vendió los bienes de su mandante a un tercero, los adquiriera posteriormente, sino que es de rigor que esa tercera persona, en el momento de celebrarse el contrato de compraventa, haya tenido la intención de servir en tal carácter, esto es, interviniendo con el sólo propósito de llevar a efecto posteriormente un segundo contrato que transfiera al mandatario el dominio de la misma cosa que éste le vendió; y esta intención no se comprobó en la especie.

En esta misma sentencia establece la Corte Suprema que la determinación de quiénes tienen el carácter de interpósitas personas, constituye un hecho de la causa sobre cuya existencia o inexistencia se pronuncian soberanamente los jueces sentenciadores.

(1) ALESSANDRI, obra citada, tomo I, n.º 528, pág. 558.

(2) ALESSANDRI, obra citada, tomo I, n.º 529, pág. 558.

(3) DEMOGUE, obra citada, tomo I, n.º 53, pág. 122.

(4) ALESSANDRI, obra citada, tomo I, n.º 526, pág. 556 y n.º 554, pág. 580.

Si el mandato no es para vender o comprar, si es para otros efectos, si es solamente para administrar y conservar los bienes del mandante, puede adquirir los de éste y venderle los suyos (1). Si el mandato es para vender o comprar tales o cuáles bienes del mandante, el mandatario puede contratar con él una compraventa sobre bienes diversos de aquellos: el mandatario para vender una casa no podrá comprarla para sí, pero podrá comprar un fundo del mandante; el mandatario para comprar un fundo no podrá venderle el suyo al mandante, pero podrá contratar con éste una compraventa sobre una casa de su propiedad. En todos estos casos no hay autocontrato porque como el mandatario no está facultado para vender o comprar los bienes sobre que versa la compraventa, no podrá celebrarla consigo mismo, necesitará la intervención del mandante y siendo así ya no cabe hablar de acto jurídico consigo mismo.

Si la compraventa no se celebra en ejecución del mandato sino directamente entre el mandante y el mandatario (2),

(1) PLANIOL ET RIPERT, obra citada, tomo VI, n.º 71, pág. 91; DEMOGUE, obra citada, tomo I, n.º 53, pág. 123.

(2) DEMOGUE, obra citada, tomo I, n.º 53, pág. 123, *in fine*; PLANIOL ET RIPERT, obra citada, tomo VI, n.º 71, pág. 91; ALESSANDRI, obra citada, tomo I, n.º 537, pág. 561.

o una vez terminado el mandato por renuncia, revocación u otra causa (1), o si se hace entre el mandatario y otro mandatario que ha sido nombrado para obrar separadamente de él, desaparece la inhabilidad y aquél puede comprar los bienes del mandante y venderle los suyos; pero en todos estos casos tampoco habría autocontrato (2).

71. El mandatario, para vender o comprar, no puede celebrar consigo mismo el contrato de compraventa, sea que los bienes se vendan privadamente o en pública subasta. El artículo 2144 no distingue (3).

72. Pero puede comprar los bienes del mandante que se vendan forzadamente por la justicia, aunque sean los mismos que éste le encargó vender; a su vez, el mandante puede comprar los del mandatario que se vendan en la misma forma, aunque sean los mismos que se le ordenó comprar. En ambos casos, la

(1) ALESSANDRI, obra citada, tomo I, n.º 536, pág. 561. Así se ha fallado en la sentencia 2080, pág. 1328, *Gaceta de los Tribunales*, año 1886.

(2) Véase sobre los diversos casos contemplados en este número, ALESSANDRI, obra citada, tomo I, n.º 527, pág. 556 y n.º 554, pág. 580.

(3) ALESSANDRI, obra citada, tomo I, n.º 530, pág. 559; DEMOGUE, obra citada, tomo I, n.º 53, pág. 123; PLANIOL ET RIPERT, obra citada, tomo VI, n.º 71, pág. 92.

venta no se hace en ejecución del mandato sino por autoridad de la justicia (1).

73. El mandatario a quien se le ha encargado vender bienes puede adquirirlos por sucesión por causa de muerte (2).

También puede adquirirlos por adjudicación si fuere comunero en ellos con el mandante. Lo mismo se aplica a este último respecto de los bienes del mandatario aunque sean de aquellos que le encargó comprar. Tales adquisiciones no constituyen compraventa, que es lo que prohíbe el art. 2144 y tampoco se hacen en ejecución del mandato (3).

74. El mandatario podrá comprar los bienes que su mandante le ha ordenado vender, y vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar, si el mandante lo autorizare *expresamente* al efecto. Se requiere una autorización *expresa*; no bastaría una autorización tácita.

Pero no es necesario que el mandante, al dar su autorización, señale el precio y las demás condiciones de la venta; basta que dé esa autorización únicamente. Si el mandatario está investido de ella, puede constituirse en

(1) ALESSANDRI, obra citada, tomo I, n.º 537, página 561.

(2) ALESSANDRI, obra citada, tomo I, n.º 538, pág. 563.

(3) DEMOGUE, obra citada, tomo I, n.º 53, pág. 123.

contraparte del mandante y celebrar consigo mismo la compraventa que se le encomendó, en las condiciones que él determine, si el mandante no se las fijó o en las señaladas por éste, en caso contrario (1). La prueba de esa autorización incumbe al mandatario, ya que será él quien la invocará (2).

75. La compraventa realizada en contravención al art. 2144 del Código Civil es nula relativamente. No se trata de un acto prohibido por la ley sino autorizado y permitido por ella, si bien bajo ciertas condiciones. Acto prohibido es el que no puede realizarse en forma alguna bajo ningún respecto. El que puede celebrarse, llenando ciertos requisitos, no lo es; por el contrario, es permitido (3). Así ocurre con esta compraventa, que puede verificarse mediante la aproba-

(1) ALESSANDRI, obra citada, n.º 531, pág. 559 y n.º 533, pág. 560; PLANIOL ET RIPERT, obra citada tomo VI, n.º 71, *in fine*, pág. 92.

(2) ALESSANDRI, obra citada, tomo I, n.º 532, pág. 559.

(3) Sobre lo que debe entenderse por acto prohibido y sobre el efecto de la contravención de ciertas leyes que, aunque con apariencias de prohibitivas, no lo son sino que se limitan a señalar los requisitos o condiciones con arreglo a los cuales puede celebrarse un acto, véase nuestro artículo intitulado «¿Los actos ejecutados por el tutor o curador antes de obtener el discernimiento son nulos absoluta o relativamente?», que se publica en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 26, sección Derecho, pág. 105 (Véase el párrafo 10.º en pág. 115).

ción expresa del mandante. Esta aprobación viene a ser entonces un requisito o formalidad prescrito por la ley para que el acto pueda realizarse y como no se ha exigido en consideración a la naturaleza del mismo sino a la *calidad* de mandante que inviste una de las partes, con el propósito de proteger sus intereses, su omisión produce nulidad relativa, según el art. 1682 del Código Civil.

Por consiguiente, sólo pueden pedirla el mandante, sus herederos y cesionarios, y se sana por su ratificación expresa o tácita y por la prescripción de cuatro años, contados desde la celebración del contrato (1). La Corte Suprema ha fallado que esta prescripción no se suspende aunque el mandante sea mujer casada, porque, aparte de ser una prescripción de corto tiempo, la nulidad no proviene de su incapacidad de mujer casada sino del hecho de haberse celebrado la compraventa sin su aprobación (2).

Si el mandatario celebra consigo mismo la compraventa que se le encomendó, estando autorizado para ello, pero en condiciones diferentes de las señaladas

(1) ALESSANDRI, obra citada, tomo I, n.º 552, pág. 572 y n.º 553, pág. 574. En el mismo sentido PLANIOL ET RIPERT, tomo VI, n.º 71, pág. 92. *in fine*.

(2) *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 24, Segunda parte, Sección I.ª, pág. 93.

por el mandante, el contrato no afecta a éste, a menos que lo ratifique expresa o tácitamente (art. 2160), y el mandatario deberá, además, indemnizarle los perjuicios que le haya causado.

76. El art. 2145 dice que el mandatario encargado de tomar dinero prestado podrá prestarlo *él mismo* al interés corriente; pero facultado para colocar dinero a interés, no podrá tomarlo prestado *para sí* sin aprobación del mandante.

Este artículo da reglas distintas según que el mandante sea mutuante o mutuario.

77. Si el mandato tiene por objeto tomar dinero en préstamo, de modo que el mandante figurará como mutuario, el mandatario podrá prestarlo *él mismo* al interés designado por el mandante, o a falta de esta designación, al interés corriente. Este es un caso en que la ley permite expresamente al mandatario que celebre un acto jurídico consigo mismo. Constituye, por lo mismo, la mejor confirmación de nuestra tesis de que en Chile el autocontrato es una posibilidad jurídica que, lejos de estar prohibido, está reconocido y autorizado por la ley.

El Código faculta al mandatario para que pacte consigo mismo el contrato de préstamo cuya ejecución se le ha enco-

mendado porque este autocontrato no envuelve ningún peligro para el mandante dado que éste asumirá el rol de deudor y si el mandatario ha creído conveniente prestarle el dinero es porque confía en su solvencia.

El mandatario encargado de tomar dinero prestado puede contratar el préstamo consigo mismo aunque el mandante no lo haya autorizado para ello ni le haya designado su monto, el plazo de su duración ni el tipo del interés. Basta únicamente que tenga el encargo de tomar dinero en préstamo, para que pueda hacerlo, porque la autorización para contratar consigo mismo emana de la ley.

En tal caso, él determinará por sí solo el monto, el plazo y las demás condiciones del préstamo. En cuanto a los intereses, deberá pactar los que el mandante haya designado y, en su silencio, los corrientes de plaza. Sobre este particular la ley no lo deja en absoluta libertad, como respecto de los demás pormenores del negocio, porque la determinación del interés ofrece mayores peligros para el mandante y puede poner en pugna las conveniencias de ambos, ya que al mandatario convendrá el interés más alto posible mientras que al mandante le convendrá el más bajo.

78. La disposición del art. 2145 sólo se refiere al préstamo de dinero. Es éste el que el mandatario podrá contratar consigo mismo en las condiciones indicadas. El préstamo de otras cosas queda sujeto a las reglas generales ya enunciadas en los números 61, 63, 64, 65, 66 y 67 de este Capítulo: el mandatario podrá celebrarlo consigo mismo sin necesidad de autorización del mandante siempre que no envuelva un peligro para éste o no se le haya prohibido.

79. El mandatario encargado de tomar dinero prestado no podrá prestarlo él mismo al mandante, si éste le ha prohibido ser contraparte en el préstamo. La eficacia de semejante prohibición, que no será, por cierto, muy frecuente, no admite dudas.

80. Si el mandatario encargado de tomar dinero prestado lo presta él mismo, pero a un interés distinto del designado por el mandante, o distinto del corriente, cuando no hubo designación, viola su mandato. El préstamo es válido pero la estipulación de intereses no afecta al mandante quien, a menos de ratificarla expresa o tácitamente, conserva expedito su derecho para reclamar del mandatario el interés que él designó o el corriente, según el caso, y los perjuicios que el incumplimiento del mandato haya podido irrogarle.

Si el mandatario encargado de tomar dinero prestado lo presta él mismo, no obstante habérselo prohibido el mandante, viola también su mandato: el autocontrato de préstamo no obliga a éste, a menos que lo ratifique expresa o tácitamente (art. 2160); y podrá, por lo tanto, reclamar del mandatario los perjuicios que con el incumplimiento del mandato le haya podido causar.

81. Si el mandato tiene por objeto colocar dinero a interés, de modo que el mandante figurará como prestamista, el mandatario no podrá tomarlo prestado *para sí* sin aprobación de aquél. En este caso, la ley niega al mandatario la facultad de contratar consigo mismo por el peligro que este autocontrato puede significar para el mandante. Puede suceder que la solvencia del mandatario, que asumiría el carácter de deudor del préstamo, no sea mucha; podría ocurrir entonces que, en el deseo de obtener el dinero, sacrifique los intereses del mandante a los suyos propios y se dé a sí mismo un préstamo que seguramente éste no le habría otorgado.

El mandatario facultado para colocar dinero a interés no podrá tomarlo prestado para sí ni mediante un autocontrato, ni por interpuesta persona, ni valiéndose de un delegado o comandatario suyo, ni en cualquiera otra forma.

82. Pero para que así ocurra es menester que el mandato tenga por objeto colocar dinero a interés y que éste se coloque en ejecución de él. Si el mandato no es para ese objeto, sino para otro u otros, si es para vender o para arrendar, si el préstamo lo hace el mismo mandante u otro mandatario que ha sido nombrado para obrar separadamente del otro, si el mandato terminó y, en general, si el préstamo no es la resultante de su ejecución, el mandatario puede tomar a interés dinero del mandante, si bien en todos estos casos ya no habría autocontrato pues el préstamo no lo contrataría por sí solo el mandatario sino con la intervención del propio mandante o de otro representante suyo.

83. El mandatario facultado para colocar dinero a interés podrá tomarlo prestado para sí mediante un autocontrato si el mandante le ha dado autorización al efecto.

No se requiere una autorización expresa, como en el caso de la compraventa, pues el art. 2145 no contiene la palabra *expresa*. Basta una tática, con tal que sea inequívoca.

No es necesario tampoco que la autorización contenga designación del monto, tiempo de duración e intereses del préstamo. Basta únicamente que el man-

dante autorice al mandatario para tomar prestado para sí el dinero, aunque no le indique esos particulares, para que pueda hacerlo; en tal caso, será él sólo quien los determinará libremente procurando sí que sean los más ventajosos para el mandante. Claro está que si el mandante se los indicó, se ajustará a ellos.

La prueba de esta autorización incumbe al mandatario.

84. Si el mandatario facultado para colocar dinero a interés, lo toma en préstamo para sí sin estar autorizado al efecto, el acto es nulo relativamente por las razones dadas en el párrafo 75, al cual nos remitimos. Si, autorizado por el mandante, lo toma en préstamo en condiciones diferentes de las designadas, el contrato no afectará a aquél, a menos que lo ratifique expresa o tácitamente (art. 2160) y el mandatario deberá, además, indemnizarle los perjuicios que con esa violación le haya irrogado.

85. Tratándose de contratos diversos de los contemplados en los arts. 2144 y 2145, la facultad del mandatario para contratar consigo mismo queda sometida a las reglas generales que enunciamos en los núms. 60 a 67.

Si el mandante lo autorizó expresamente para que celebre consigo mismo

continuar

ir atrás

el acto o contrato cuya ejecución le encomendó, podrá hacerlo, cualquiera que sea su naturaleza. Así, el mandatario para hipotecar, arrendar, pactar sociedades, avíos, etc., a quien su mandante lo ha autorizado para que celebre esos contratos consigo mismo, podrá arrendarse e hipotecarse a sí mismo los bienes del mandante, podrá pactar una sociedad entre él y su mandante, podrá celebrar entrambos un pacto de avío, etc. Y ello, aunque el mandante no le señale las condiciones en que debe pactarse cada contrato. Basta que el mandatario tenga esa autorización para que pueda celebrarlos consigo mismo en las condiciones que estime convenientes, sin perjuicio de responder de los daños que con el autocontrato haya irrogado a su mandante, si ha habido culpa de su parte.

Si el mandante le ha prohibido al mandatario todo autocontrato o uno o más en especial, no podrá celebrar ningún contrato consigo mismo, en el primer caso, o aquellos a que se refiere la prohibición, en el segundo; y si contraviniese a ella tiene lugar lo que dijimos en el n.º 66. Así, si el mandante ha prohibido a su mandatario, que tiene amplias facultades para pactar en su nombre toda clase de actos y contratos, que

celebre consigo mismo el de hipoteca o el de arrendamiento, no podrá celebrar éstos, pero sí los demás para los cuales no requiere autorización formal, siempre, naturalmente, que no envuelvan un peligro para el mandante.

Si el mandante nada dijo y guardó silencio al respecto, el mandatario podrá celebrar consigo mismo todas aquellas convenciones que no signifiquen un peligro para aquél, pero le será vedado hacer las que lo signifiquen, para lo cual se procederá con arreglo al criterio que expusimos en los núms. 64 y 65. El mandatario, por ejemplo, podrá aceptar para su mandante la donación que él mismo le haya hecho, pero no podría donarse a sí mismo los bienes del mandante; podrá pagarse a sí mismo lo que recíprocamente se adeuden; podrá hipotecar o empeñar sus bienes a favor del mandante para caucionar las obligaciones que tenga a su favor; podrá constituir en beneficio suyo hipotecas y prendas sobre bienes del mandante para caucionar lo que éste le adeude; podrá dar en arrendamiento sus propios bienes al mandante y arrendar para sí los de éste (1); podrá celebrar consigo mismo, actuando a nombre del mandante, un

(1) En contra: Huc, obra citada, tomo 12, n.º 32, pág. 52.

contrato de comodato, de empresa, etc. (1).

Pero el mandatario, aun facultado para transigir, no podría celebrar consigo mismo una transacción a nombre de su mandante por las razones que dimos en el n.º 41 de este Capítulo, a menos que éste le señalara todas las condiciones de la misma.

86. Cuando el mandatario contrate consigo mismo, en todos los casos en que pueda hacerlo, sea porque ha sido autorizado al efecto por el mandante o porque es posible el autocontrato en conformidad a las reglas anteriormente expuestas, el contrato será celebrado por el mandatario en su doble carácter de parte directa y de representante del mandante y en este doble carácter suscribirá el instrumento de que él conste.

87. El autocontrato del mandatario en los casos en que procede, origina entre él y su mandante las relaciones jurídicas propias del contrato en que consiste y deja subsistentes además las derivadas del mandato, que no desaparece por el hecho de que el mandatario celebre consigo mismo el contrato sobre que versó.

En todos estos casos habrán dos con-

(1) DEMOGUE, obra citada, tomo I, n.º 53, pag. 123; PLANIOL ET RIPERT, obra citada, tomo VI, n.º 71, pág. 91.

tratos: el de mandato y el que sea materia del autocontrato. Así, el mandatario que compra lo que su mandante le encargó vender da origen, por su autocontrato, a una compraventa entre él y su mandante, pero siempre subsiste entre ellos el de mandato.

De aquí se desprende que entre mandante y mandatario existirán, a más de las obligaciones propias del contrato que éste celebró consigo mismo, las inherentes al mandato: el mandatario deberá rendir cuenta de su gestión y en ella dará conocimiento al mandante del hecho de haber contratado consigo mismo (1); y deberá entregar las cosas sobre que recaiga el contrato cuya ejecución se le encomendó. El mandante, por su parte, deberá cumplir las obligaciones que le impone el art. 2158 del Código Civil y especialmente la de pagarle la remuneración estipulada o usual, sin que pueda exonerarse de este pago a pretexto de que el mandatario contrató consigo mismo, porque no por eso dejó de haber mandato y desempeño del encargo (2).

El art. 276 del Código de Comercio confirma esta solución. Si la ley dice que

(1) DEMOGUE, obra citada, tomo I, n.º 53, pag. 122; PLANIOL ET RIPERT, obra citada, tomo VI, n.º 71, pág. 91.

(2) En contra: BAUDRY-LACANTINERIE ET WAHL, obra citada, tomo 24, n.º 620 *quater*, pág. 329.

el comisionista que contrata consigo mismo, estando autorizado para ello, *sólo* percibirá la mitad de la comisión ordinaria es porque la regla general es que, aún en ese caso, la perciba íntegramente, ya que si así no fuere y en el caso de autocontrato del mandatario éste no tuviere derecho a comisión, habría sido innecesario establecer la reducción de una comisión que no se debía por ningún motivo. Precisamente porque se la debe y porque la ley no quiso que en este caso la percibiera en su totalidad, fué necesario decirlo. Luego, en los demás casos, recobra su imperio la regla general del n.º 3.º del art. 2158 del Código Civil que no contempla como excepción el hecho de que el mandatario contrate consigo mismo

88. El mandatario que ha contratado consigo mismo, pudiendo hacerlo, es responsable del desempeño de su mandato al igual que si el contrato lo hubiese celebrado con un tercero. Si ha obrado con culpa, deberá indemnizar al mandante los perjuicios que le haya irrogado. Así sucederá si el contrato lo celebró en condiciones muy desventajosas para aquél, cuando si hubiere obrado con más diligencia, lo habría celebrado en otras mejores. En estos casos, no será responsable por haber contratado consigo mismo,

puesto que podía hacerlo, sino a consecuencia de la culpa en que incurrió en el desempeño del mandato (1).

Con mayor razón deberá indemnizarlos cuando contrate consigo mismo en los casos en que no podía hacerlo, porque entonces hay una manifiesta violación de su mandato.

89. ¿El que es mandatario de dos o más personas, a la vez, puede celebrar por sí solo un contrato entre ellas aunque sus intereses sean incompatibles u opuestos? ¿El mandatario para vender una cosa podrá comprarla para un tercero, de quien también lo es? La afirmativa nos parece evidente, no tanto porque en este caso el autocontrato es posible sino porque no presenta ningún peligro (2).

Por consiguiente, el mandatario de varias personas podrá celebrar por sí solo, en nombre de sus mandantes, sin necesidad de que éstos lo autoricen y aún cuando sus intereses sean incompatibles, toda clase de contratos, inclusive los de compraventa y de préstamo. Las prohi-

(1) DEMOGUE, obra citada tomo I, n.º 53, pág. 123; LACOUR ET BOUTERON, *Précis de Droit Commercial*, tomo II, 3.ª edición, n.º 1610, pág. 334; PLANIOL ET RIPERT, obra citada, tomo VI, n.º 72, pág. 94.

(2) Como se ve, hemos abandonado, por errónea, la opinión contraria que sostuvimos en nuestra obra *De la compraventa y de la promesa de venta*, tomo I, n.º 546, pág. 567.

biciones de los arts. 2144 y 2145 no rigen en caso de doble mandato (1). Estos preceptos prohíben al mandatario comprar lo que el mandante le ha encargado vender, vender de lo suyo lo que éste le ha ordenado comprar y tomar en préstamo para sí el dinero que el mandante le encargó colocar a interés; pero no le prohíben celebrar esos contratos por cuenta de un tercero.

El art. 271 del Código de Comercio confirma esta solución, pues si el mandatario, por regla general, no pudiera hacer contratos por cuenta de dos mandantes, habría sido innecesaria consignar esta prohibición para el comisionista desde que aun sin ella no habría podido hacerlos.

En el caso en examen, en el instrumento en que el contrato conste comparecerá únicamente el mandatario en su doble carácter de representante de cada parte.

Con mayor razón será posible el cúmulo de mandatos cuando los mandantes tienen intereses análogos, como covedores, cocompradores, coarrenda-

(1) DEMOGUE, obra citada, tomo I, n.º 62, pág. 136; PLANIOL ET RIPERT, obra citada, tomo VI, n.º 72, pág. 94, *in fine*; HUC, obra citada, tomo XII, n.º 33, pág. 52, sólo admite el cúmulo de mandatos cuando los intereses de las partes son análogos o cuando son distintos o diferentes, pero no si son opuestos.

dores, etc., o cuando son diferentes, pero no opuestos (1).

Se ha fallado, sin embargo, que el mandatario general no puede dar en hipoteca los bienes de su mandante para caucionar sus propias obligaciones, porque el mandato no puede ejercerse en provecho propio del mandatario para favorecer negocios que le sean peculiares, sino teniendo siempre por fin directo la utilidad del mandante; y si lo hace, extralimita sus facultades y la hipoteca así contratada es nula y debe cancelarse (2).

90. Por idénticas razones, el mandatario, que es a la vez representante legal de otra persona, podrá celebrar consigo mismo, en su doble carácter de mandatario de una de las partes y de representante legal de la otra, cualquier contrato, aunque suponga incompatibilidad de intereses, y aunque sea de compra-venta o de préstamo (3); a menos que actúe como representante legal de su mujer no divorciada ni separada de bienes. En este caso, no podría comprar para ella los bienes que tiene encargo de ven-

(1) DEMOGUE, obra citada, tomo I, n.º 65, pág. 138.

(2) *Gaceta de los Tribunales*, año 1868, sentencia 12, pág. 4.

(3) DEMOGUE, obra citada, tomo I, n.º 62, págs. 136 y 137.

der ni darle en préstamo el dinero que está facultado para colocar a interés, salvo que el mandante lo autorice para ello, porque, dado lo dispuesto en los arts. 1725 y 1751 del Código Civil, esos contratos son del marido (1).

Se ha fallado que el mandatario encargado de colocar dinero a interés y a quien su mandante no autorizó para tomarlo en préstamo para sí, no puede darlo en mutuo a su mujer; y si lo ha hecho debe restituir al mandante la cantidad prestada con intereses corrientes desde el día de la demanda (2).

Pero el marido encargado de comprar bienes para un tercero puede vender a éste los de su mujer y actuar en el contrato en su doble carácter de mandatario del comprador y de representante legal del vendedor, pues en este caso esos bienes no son del mandatario sino personales de la mujer y el art. 2144 sólo le prohíbe vender de lo *suyo* al mandante.

(1) ALESSANDRI, obra citada, tomo I, n.º 548, pág. 568. El marido podrá comprar para sumier los bienes que su mandante le ha encargado vender, si la compra tuviere por objeto operar una subrogación, con arreglo al art. 1733 del Código Civil, porque entonces el bien así comprado sería propio de la mujer y no entraría al haber social (art. 1727, n.os 1.º y 2.º).

(2) *Gaceta de los Tribunales*, año 1859, sentencia 403, pág. 218.

91. En los casos analizados en los dos números precedentes, el mandatario no podría celebrar por sí solo una transacción a nombre de sus representantes por las razones expresadas en el n.º 41, a no ser que ambos mandantes determinaran con toda precisión en el mandato las condiciones con arreglo a las cuales deba celebrarse (1).

92. Los principios que hemos expuesto en los núms. 60 a 91, con relación al autocontrato del mandatario, a sus limitaciones, a sus efectos, al cúmulo de mandatos, etc., se aplican a todo mandatario, sea civil o comercial y cualquiera que sea su origen, convencional o judicial (2). También se aplican al comisionista (3), si bien a su respecto hay ciertas modificaciones importantes a que luego nos referiremos.

Por consiguiente, rigen con los factores y dependientes de comercio (4), con

(1) DEMOGUE, obra citada, tomo I, n.º 64, pág. 138; HUC, obra citada, tomo XII, n.º 33, pág. 53.

(2) ALESSANDRI, obra citada, tomo I, n.º 541, pág. 565; DEMOGUE, obra citada, tomo I, n.º 53, pág. 124 y n.º 54, pág. 124.

(3) ALESSANDRI, obra citada, tomo I, n.º 543, página 566.

(4) ALESSANDRI, obra citada, tomo I, n.º 544, pág. 566. El art. 331 del Código de Comercio no obsta al autocontrato de los factores y dependientes porque lo que les prohíbe es traficar por su cuenta y tomar interés en nombre suyo o ajeno en negociaciones del mismo género que las que hagan por cuenta de sus Autocontratación.—10

los administradores pro indiviso, con los secuestres y depositarios que, en cierto modo, son mandatarios y con los síndicos de los concursos y quiebras (1).

Así, el partidor, el albacea o el administrador pro indiviso a quienes se les ha conferido el encargo de pagar las deudas hereditarias y testamentarias, pueden pagarse a sí mismos los legados instituidos a su favor y los créditos que tengan contra la sucesión o comunidad por honorarios u otra causa.

93. El art. 1800 del Código Civil somete al síndico, por lo que respecta a la compra o venta de las cosas que hayan de pasar por sus manos en virtud de su cargo, a lo dispuesto en el art. 2144. Lo ha equiparado para este efecto al mandatario.

Según esto, el síndico no podrá comprar por sí ni por interpósita persona los bienes de la quiebra, a menos que sea

comitentes, es decir, hacer personalmente o por cuenta ajena operaciones similares a las que realicen por cuenta de su principal para evitar la competencia; pero no les prohíbe tomar interés en las negociaciones que hagan por cuenta de su principal. Así lo confirma el inciso final del art. 331 que se refiere a las negociaciones del factor o dependiente, lo que supone que éstas son personales suyas y no del principal porque sólo así cabe hablar de negocios *del* factor o dependiente.

(1) DEMOGUE, obra citada, tomo I, n.º 54, pág. 124.

expresamente autorizado por los acreedores (1). De lo contrario, el acto es nulo relativamente sin perjuicio de que pueda ser removido a petición del fallido o de cualquiera de los acreedores, con arreglo a lo dispuesto en el n.º 4.º del art. 29 de la ley n.º 4558 sobre Quiebras; y si lo es, quedará incurso en las sanciones que determina el art. 31 de esa ley.

Pero fuera de esta prohibición no hay otra para que el síndico contrate consigo mismo; de modo que podría hacerlo al igual que cualquier mandatario. Podría, por ejemplo, prestarse dinero a sí mismo para subvenir a los gastos de la quiebra, pues está autorizado para contratar préstamos con ese objeto (art. 21 n.º 13 de la ley n.º 4558). Sus autocontratos no le impondrían ninguna responsabilidad, a no ser que pudiese probarse alguno de los hechos que según el art. 29 autorizan su remoción, pero ésta no tendría por causa el autocontrato sino la ejecución por su parte de actos fraudulentos o culpables.

Igualmente, el síndico podría comprar para un tercero los bienes de la quiebra, pues la incapacidad sólo rige con él (2).

(1) Véase sobre el alcance de esta prohibición y sus efectos, ALESSANDRI, obra citada, tomo I n.º 573 a 585, págs. 592 a 596.

(2) ALESSANDRI, obra citada, tomo I, n.º 580, pág. 594.

94. 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 respecto de éste es que pueda contratar consigo mismo, salvo que el mandante o la ley se lo prohiban, el comisionista, por lo general, no puede constituirse *contra-parte* en el contrato que se le ha encargado celebrar, a menos que el comitente le dé una autorización formal al efecto.

El art. 271 del Código de Comercio, dice: «*Se prohíbe al comisionista, salvo el caso de autorización formal, hacer contratos por cuenta de dos comitentes o por cuenta propia y ajena, siempre que para celebrarlos tenga que representar intereses incompatibles.*»

«Así, no podrá:

«1.º *Comprar o vender por cuenta de un comitente mercaderías que tenga para vender o que esté encargado de comprar por cuenta de otro comitente; y*

«2.º *Comprar para sí mercaderías de sus comitentes, o adquirir para ellos efectos que le pertenezcan.*»

De este precepto se desprende:

1.º Que el comisionista no puede, salvo el caso de autorización formal, hacer contratos consigo mismo, siempre que para celebrarlos tenga que representar intereses incompatibles;

2.º Que tampoco puede, salvo el caso de autorización formal, hacer contratos por cuenta de dos comitentes, siempre que para celebrarlos tenga que representar intereses incompatibles; y

3.º Que puede hacer contratos consigo mismo o por cuenta de dos comitentes, sin necesidad de autorización, si los intereses que representa son compatibles.

Establecer si hay o no incompatibilidad de intereses es una cuestión de hecho que deciden soberanamente los jueces del fondo.

95. Si los intereses que han de encontrarse en el contrato son incompatibles u opuestos entre sí, el comisionista no puede, por regla general, contratar consigo mismo. El autocontrato del comisionista está, pues, vedado en principio. De este modo, nuestro Código de Comercio terminó con la polémica que tanto ha dividido a la doctrina francesa sobre si este autocontrato es o no posible (1).

(1) Se pronuncian a favor del autocontrato del comisionista: BAUDRY-LACANTINERIE, obra citada, tomo 24, n.º 618, pág. 323; WAHL, *Précis de Droit Commercial*, 1922, n.º 1689 y 1690, págs. 607 y 608; y en contra: LYON CAEN ET RENAULT, *Traité de Droit Commercial*, tomo III, 4.ª edición, n.º 457, pág. 406; DEMOGUE, obra citada, tomo I, n.º 55, págs. 124 a 130; PLANIOLET RIPERT, obra citada, tomo VI, n.º 72, pág. 93; THALLER ET PERCÉROU, *Traité Elémentaire*

Se justifica esta solución por los peligros que tal operación encierra. El comisionista, a diferencia del mandatario ordinario, es un comerciante que va tras un lucro mercantil. Siendo así hay más probabilidades de que sacrifique el interés de su comitente al suyo propio (1).

Según esto, el comisionista no puede comprar para sí mercaderías de sus comitentes, o adquirir para ellos efectos que le pertenezcan (2), no podrá tomar en préstamo para sí el dinero que sus comitentes le han ordenado colocar a interés, ni prestar el suyo a éstos cuando esté encargado de tomarlo prestado, no podrá contratar consigo mismo el seguro o la operación de banco o de bolsa que se le haya encomendado, etc.

96. El comisionista tampoco puede celebrar un contrato por cuenta de dos comitentes, si los intereses que en él representa son incompatibles u opuestos entre sí. Al comisionista no le es posible, por regla general, el cúmulo de manda-

laire de Droit Commercial, 5.ª edición, n.os 997 y 997 bis, págs. 532 y 533 y n.º 1126, pág. 597; LACOUR ET BOUTERON, *Précis de Droit Commercial*, tomo I, 3.ª edición, n.º 947, pág. 677 y tomo II, 3.ª edición, n.os 1607 a 1609, págs. 331 a 333. En este segundo sentido se pronuncia uniformemente la jurisprudencia francesa, según puede verse en esas citas.

(1) LYON CAEN ET RENAULT, obra citada, tomo III, 4.ª edición, n.º 457, pág. 406.

(2) ALESSANDRI, obra citada, tomo I, n.º 543, pág. 566.

tos en un mismo contrato. Así como no puede celebrar el contrato por cuenta suya y de su comitente tampoco puede hacerlo por cuenta de dos comitentes cuyos intereses sean opuestos o incompatibles. La ley teme que, encargado de representar unos y otros intereses, no pueda defenderlos debidamente a un mismo tiempo. Aquí también la regla es la inversa de la que rige para el mandatario ordinario, pues éste puede contratar consigo mismo por cuenta de dos mandantes, sin necesidad de sus autorizaciones.

Por consiguiente, el comisionista no puede comprar o vender por cuenta de un comitente mercaderías que tenga para vender o que esté encargado de comprar por cuenta de otro comitente, no puede celebrar en nombre de dos comitentes un contrato de seguro, de transporte, de préstamo, una operación de bolsa o de banco, etc. (1).

97. El comisionista podrá celebrar

(1) En Francia se admite la solución contraria porque no existe un texto como el art. 271 de nuestro Código de Comercio; DEMOGUE, obra citada, tomo I, n.º 63, pág. 137; PLANIOL ET RIPERT, obra citada, tomo VI, n.º 72, pág. 94, *in fine*. Sin embargo, LYON CAEN ET RENAULT, obra citada, tomo III, r.º 457, pág. 407, creen que el comitente no puede hacer contratos por cuenta de los comitentes sin autorización de éstos. En el mismo sentido se pronuncian LACOUR ET BOUTERON, obra citada, tomo I, n.º 947, *in fine*, pág. 676.

contratos consigo mismo, sea por cuenta de dos comitentes o por cuenta propia y ajena, cuando tuviere autorización *formal* para ello. Como la prohibición tiene por objeto salvaguardar los intereses del comitente, nada se opone a que pueda hacerla desaparecer, si así lo cree conveniente. El es el mejor guardián de sus propios intereses (1).

La autorización debe ser *formal*, esto es, expresa, precisa; una autorización tácita no sirve. El hecho de que el mandante haya dado instrucciones muy precisas al comisionista sobre todos los particulares del contrato no importa, por lo mismo, una autorización formal; de modo que la prohibición también subsiste en este caso (2).

La autorización deberán darla el o los comitentes en cuyo nombre contrata el comisionista.

Cuando éste cuenta con ella puede

(1) DEMOGUE, obra citada, tomo I, n.º 56, pág. 103; PLANIOL ET RIPERT, obra citada, tomo VI, n.º 72, pág. 94; LYON CAEN ET RENAULT, obra citada, tomo III, n.º 457, pág. 406, *in fine*; BAUDRY-LACANTINERIE ET WAHL, obra citada, tomo 24, n.º 620 *quater*, pág. 328; WAHL, obra citada, n.º 1692, pág. 609; LACOUR ET BOUTERON, obra citada, tomo I, n.º 947, pág. 677 y tomo II, n.º 1610, pág. 334;

(2) DEMOGUE, obra citada, tomo I, n.º 58, pág. 132 cree lo contrario, pero su solución es inaplicable en Chile porque el art. 271 de nuestro Código de Comercio exige una autorización formal, lo que no ocurre en Francia.

constituirse en contraparte de su comitente y celebrar consigo mismo el contrato sobre que versa la comisión, o celebrarlo por cuenta de dos comitentes. En tal caso, los efectos del autocontrato serán los mismos que indicamos respecto del autocontrato del mandatario en los núms. 86 a 88, con la única excepción de que sólo percibirá como remuneración la mitad de la comisión ordinaria, según el art. 276 del Código de Comercio, si nada se ha estipulado al respecto. Tendrá, sin embargo, derecho a toda ella si así se ha convenido.

98. El autocontrato del comisionista, sea en su propio interés o a nombre de dos comitentes, ejecutado sin su autorización, estando obligado a obtenerla, es nulo relativamente por las razones manifestadas en el n.º 75.

La nulidad sólo pueden pedirla el o los comitentes, sus herederos o cesionarios y se sanea por su ratificación expresa o tácita y por la prescripción de cuatro años, contados desde la celebración del contrato.

La ejecución voluntaria de las obligaciones contraídas por parte del comitente, siempre que se haga con conocimiento

del autocontrato, importa ratificación tácita (1).

99. Si los intereses que ha de representar el comisionista no son incompatibles entre sí o con los suyos propios, si son análogos y aun diferentes, pero no opuestos, puede celebrar un contrato consigo mismo, sin necesidad de autorización formal, sea en su propio interés o a nombre de dos comitentes. La prohibición del art. 271 sólo tiene lugar cuando los intereses que representa son incompatibles.

Puede, por lo tanto, representar en un mismo contrato a varios vendedores, a varios compradores, a varios aseguradores, a varios asegurados, etc.; puede, igualmente, ser covendedor, comprador, coasegurador, coasegurado con su comitente, es decir, figurar en un mismo contrato por sí y como representante de su comitente si sus intereses son análogos (2).

En todos estos casos, recobra su im-

(1) DEMOGUE, obra citada, tomo I, n.º 59, pág. 133; PLANIOL ET RIPERT, obra citada, tomo VI, n.º 72, pág. 94; BAUDRY-LACANTINERIE ET WAHL, obra citada, tomo 24, n.º 620, pág. 328; WAHL, obra citada, n.ºs 1696 a 1699, págs. 610 a 612; THALLER, obra citada, n.º 997 *bis*, pág. 533, y n.º 997 *ter*, pág. 534; LACOUR ET BOUTERON, obra citada, tomo II, n.º 1613, pág. 335.

(2) DEMOGUE, obra citada, tomo I, n.º 65, pág. 138.

perio la regla general y, salvo que el comitente se lo haya prohibido, le es posible celebrar el contrato consigo mismo.

Sus efectos serán los que ya indicamos respecto del autocontrato del mandatario ordinario, con la única excepción de que sólo percibirá como remuneración la mitad de la comisión ordinaria, a menos que se estipule expresamente que tendrá lugar a toda ella (art. 276 del Código de Comercio).

100. Para dos categorías de mandatarios el acto consigo mismo está prohibido en absoluto: para los corredores y para los martilleros.

Según el art. 57 del Código de Comercio se prohíbe a los corredores ejecutar operaciones de comercio por su cuenta o tomar interés en ellas, bajo nombre propio o ajeno, directa o indirectamente; de modo que no pueden celebrar consigo mismo ninguno de los contratos en que actúen o intervengan como tales: no pueden constituirse en contraparte de la persona que ha requerido sus servicios. La prohibición es general; comprende todo contrato: no solamente el de compraventa sino cualquier otro (1).

(1) ALESSANDRI, obra citada, tomo I, n.º 404, pág. 451.

Si el corredor contrata consigo mismo, el contrato es nulo absolutamente (1), sin perjuicio de que pueda ser suspendido o destituido de su oficio discrecionalmente por los juzgados de comercio (art. 59 del Código de Comercio).

101. Los martilleros públicos tampoco pueden comprar por sí o por terceros las cosas que vendan por su ministerio. No pueden, por lo tanto, ser contrapartes del dueño de las especies en el contrato de compraventa que se les ha encargado realizar. La contravención, a más de acarrear la nulidad absoluta del contrato, deja sujeto al martillero al pago de una multa que no baje de cien pesos ni exceda de trescientos (art. 88 del Código de Comercio) (2).

102. El empleado público que vende bienes públicos o particulares por su ministerio es un mandatario de su dueño. El juez que subasta los bienes que son objeto de un litigio de que él conoce, y que se venden a consecuencia del litigio, es representante legal del dueño de esos bienes (art. 671 del Código Civil). El partidor lo es de los vendedores en las

(1) ALESSANDRI, obra citada, tomo I, n.º 413, pág. 460. DEMOGUE cree que aquí no hay nulidad y que la sanción es simplemente la destitución del corredor: obra citada, tomo I, n.º 60, pág. 134.

(2) ALESSANDRI, obra citada, tomo I, n.º 402, pág. 450.

enajenaciones de bienes comunes que se efectúen por su conducto (art. 816 del Código de Procedimiento Civil).

Todas estas personas no pueden constituirse en contraparte del propietario de los bienes y comprarlos para sí, directamente o por interpósita persona; les está prohibido celebrar consigo mismo la compraventa de ellos. El art. 1798 así lo establece aun para el caso de que la venta se haga en pública subasta. Si los adquieren, el contrato es nulo absolutamente por tratarse de un acto prohibido, sin perjuicio de las sanciones penales en que puedan incurrir (1).

El empleado público y el partidor pueden comprar para un tercero, de quien son mandatarios, los bienes que venden por su ministerio, pues solo se les prohíbe comprarlos para sí. En este caso podrán celebrar el contrato de compraventa consigo mismo (2). índice

(1) Véase sobre la prohibición impuesta al empleado público para comprar los bienes que se vendan por su ministerio, ALESSANDRI, obra citada, tomo I, n.os 395 a 401, 405, 406, 409, 413 y 414, págs. 442 a 461; y sobre la prohibición impuesta a los jueces y demás funcionarios del orden judicial, ALESSANDRI, obra citada, tomo I, n.os 418 a 485, págs. 465 a 526.

(2) ALESSANDRI, obra citada, tomo I, n.º 412, págs. 459.

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LV, FASCÍCULO IV

Octubre-diciembre, 2002



MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA

BOE BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

Los Principios de Derecho Europeo de Contratos y el *conflicto de intereses* en la representación *

MARÍA SARA RODRÍGUEZ PINTO
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *El conflicto de intereses como un problema de la representación:* A) Aproximación al concepto. B) Conflicto de intereses y representación voluntaria. C) Relaciones internas y externas en la representación. D) Recapitulación.—III. *La propuesta normativa de los PECL:* A) La obligación de revelar el conflicto de intereses: 1) Regulación; 2) Forma y contenido de la revelación; 3) La autorización del principal; 4) La objeción del principal al conflicto que afecta a su agente; 5) La especificidad del poder para autocontratar. B) La autocontratación y el conflicto de intereses. C) La anulabilidad del contrato como sanción del conflicto: 1) La anulabilidad como un derecho potestativo del principal; 2) Legitimación activa y pasiva; 3) Posición del agente o representante; 4) La protección del tercero contratante; 5) Cuestiones sobre carga de la prueba; 6) La confirmación del contrato por el principal.—IV. *Algunas breves conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

A diferencia de otros instrumentos del Derecho uniforme como la *Convención de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1980)*, la *Convención de Ginebra sobre Agencia en la Compraventa Internacional de Mercaderías (1983)* o los *Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales*

* Este estudio se inserta en el marco del proyecto de investigación «Hacia la unificación europea del Derecho de obligación» (BJU 2002-02356) dirigido por el profesor Dr. D. Antonio Manuel Morales Moreno.

(1994), los *Principios de Derecho Europeo de Contratos* (2000)¹ (*Principles of European Contract Law* o *PECL* o *Principios Lando*) han considerado importante ofrecer una norma reguladora del conflicto de intereses en la actividad de gestión de los agentes y representantes (art. 3:205)². Al hacerlo, se hacen cargo de una sentida necesidad de numerosos ordenamientos continentales que no regulan el problema de una manera general.

Los *PECL* dedican al conflicto de intereses en la representación uno de los quince artículos que tratan del poder de los agentes o representantes (*Chapter 3: Authority of Agents*³). La norma que nos ocupa (art. 3:205) está dividida en tres párrafos. En el primero de ellos se concede directamente al representado un derecho de anulabilidad cuando su agente ha incurrido en un conflicto de intereses al contratar; en el segundo, se configura el autocontrato como figura presuntiva de un conflicto de intereses. Y, en el tercero, la norma somete el ejercicio del derecho de anulabilidad a la completa ignorancia del principal de la situación que afectaba a su agente, estableciendo indirectamente para este último la obligación de revelar o declarar el conflicto que lo afecta y no actuar sin autorización específica del principal⁴.

II. EL CONFLICTO DE INTERESES COMO UN PROBLEMA DE LA REPRESENTACIÓN

A) APROXIMACIÓN AL CONCEPTO

Se suele afirmar, especialmente en el ámbito del Derecho anglosajón, que la contratación por agentes genera una situación triangu-

¹ Preparados por *The Commission on European Contract Law*. El texto se encuentra editado por Ole LANDO y Hugh BEALE (eds.), *Principles of European Contract Law*, Londres, 2000. Todas las referencias posteriores a este texto y a los comentarios de la comisión redactora se hacen a esta edición. Ver también Luis Díez-PICAZO, E. ROCA TRÍAS, A. M. MORALES, *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, 2002. Esta última obra contiene una traducción al castellano del texto oficial inglés de los *PECL* y prolisos comentarios de los editores a sus normas.

² El contrapunto de análisis lo aportará la muy similar solución adoptada por el *Código Europeo de Contratos (CEC)*. Proyecto preliminar de la *Academia de Iusprivatistas Europeos* auspiciada por la Universidad de Pavia. El proyecto se encuentra editado por Giuseppe GANDOLFI (coord.), *Code European des Contrats*, Milán, 2000. Todas las referencias posteriores a este texto y a las notas del redactor se hacen a esta edición.

³ El capítulo 3 de los *PECL* está dividido en tres secciones. La Sección 1 contiene dos artículos destinados a trazar el alcance de la regulación que se ofrece. El articulado restante se distribuye en dos secciones. La Sección 2, que trata de la representación directa, y la Sección 3, que se refiere a la representación indirecta.

⁴ La norma dice así: Art. 3:205 - Conflicto de interés. 1) Si un contrato celebrado por un agente envuelve al agente en un conflicto de interés que el tercero conocía o no podía ignorar,

lar (a three party situation o a triangular situation⁵). El agente debe servir los intereses del principal, que buscan en el contrato una organización satisfactoria con los intereses del tercero. Pero, por la función intermediadora que cumple, el representante puede verse inclinado a buscar cabida en el negocio a intereses personales, o a favorecer los de un tercero que también le ha confiado el resguardo de los suyos. Es a este último dilema al que suele llamarse conflicto o colisión de intereses; y, lo es especialmente, cuando el interés del agente o del tercero es incompatible con el interés del principal de tal modo que si protege uno, perjudica otro.

En consecuencia, estamos en presencia de un problema de colisión de intereses siempre que un agente o representante en su actividad de gestión de intereses ajenos se encuentra en la disyuntiva de tener que elegir entre dos intereses incompatibles: por un lado el interés del principal a quien debe servir con su gestión; y, por otro, un interés personal o de sus parientes o amigos cercanos, o de un tercero que también le ha confiado la gestión de los suyos, incompatible con el interés del representado. Por esto, en un contexto de contratación estandarizada o cuando los intereses del agente son compatibles con los del principal (por ejemplo, en algunos casos de partición hereditaria donde ambos intervienen con intereses comunes) no cabe colisión de intereses.

No es difícil advertir que, puesto en semejante disyuntiva el hombre medio espontáneamente velará por su propio interés antes que por el ajeno, y que será difícil para un representante, obligado a la diligencia del buen padre de familia, (puesto que los intereses en conflicto son incompatibles) perjudicar su posición personal para dar prioridad al interés del representado. Y aunque no hubiera intereses personales en juego, si debe representar intereses contrapuestos, será difícil que mantenga un equilibrio equitativo de posiciones encontradas que pugnan por obtener ventajas del contrato. Estamos en presencia de un riesgo de actuación desleal. Y este riesgo es tan alto que el contrato concluido en tales circunstancias recibe generalmente una calificación negativa y sanciones de diversa especie que afectan su eficacia, aunque en el caso concreto no haya perjui-

el principal puede anular el contrato de acuerdo a los artículos 4:112 a 4:116. 2) Se presume que existe un conflicto de interés donde: a) el agente también actuó como agente del tercero; o b) el contrato fue consigo mismo en su personal capacidad. 3) Sin embargo, el principal no puede anular el contrato: a) si consintió o no podía ignorar la actuación del agente; o b) si el agente reveló el conflicto de intereses al principal y éste no lo objetó dentro de un período razonable de tiempo. (Traducción libre del inglés.) Cfr. LANDO, *Principles*, cit. *supra* nota 1, p. 32.

⁵ Cfr. las referencias que hacen a este fenómeno tanto los comentarios de los redactores de los *PECL* como las notas del profesor Gandolfi al *CEC*. LANDO, *Principles*, cit. *supra* nota 1, p. 209. GANDOLFI, *Code*, cit. *supra* nota 2, p. 185.

cio real para el representado. Lo esencial es que el conflicto altera o puede alterar la organización de intereses que se habría alcanzado en el contrato de no mediar la gestión representativa del agente.

B) CONFLICTO DE INTERESES Y REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA

Lo anterior parece ser así cualquiera que sea el origen de la función representativa que se cumpla. En efecto, los conflictos pueden florecer en la representación legal de menores e incapacitados y casi todos los derechos continentales contienen normas preventivas, incluso severas prohibiciones, tendentes a evitar los contratos concluidos por un representante en interés de sí mismo o de su círculo cercano de parientes y amigos⁶. También abundan en la representación orgánica de personas jurídicas donde las distintas legislaciones sobre sociedades y otras entidades contemplan mecanismos destinados a prevenir o sancionar estas situaciones. Ni aún los representantes de Administraciones públicas y los que ocupan cargos de elección popular escapan a la tentación de favorecer intereses personales en sus actuaciones funcionariales o públicas, que desde cierta perspectiva son también funciones representativas; y las legislaciones tienden a prevenir estas situaciones con la imposición de incompatibilidades o estrictas medidas de separación de funciones.

Lo que quiero decir es que no puede reducirse la disciplina del conflicto a la representación voluntaria, aunque sí lo hagan los *PECL* y nuestro estudio, por ahora, no trascienda las fronteras de las funciones representativas que emanan de un acto de apoderamiento (art. 3:101 [2])⁷.

⁶ Véanse, por ejemplo, el artículo 412 C. civil chileno (que prohíbe al tutor o curador comprar bienes raíces del pupilo o tomarlos en arriendo para sí o para su cónyuge, ascendientes o descendientes; y que requiere, para los demás contratos en que lo afecte una colisión de intereses, la autorización de los otros tutores o curadores generales o del juez en subsidio), y el artículo 163 C. civil español (que exige el nombramiento de un defensor judicial cuando existe oposición de intereses entre los hijos sujetos a patria potestad y el o los progenitores llamados a ejercerla). Casi todos los códigos continentales contienen disposiciones semejantes a éstas.

⁷ Los comentarios de la comisión redactora insisten en que los *PECL*, del mismo modo que la *Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods (1983)* (art. 3), sólo comprenden la representación que emana de un acto de apoderamiento, de cualquier naturaleza que éste sea. Sus normas no alcanzan situaciones de representación legal, judicial u orgánica. Ver LANDO, *Principles*, cit. *supra* nota 1, p. 198. Resulta interesante constatar que el *Código Europeo de Contratos* (art. 60.3), por el contrario, no limita el alcance de sus normas sobre representación a la que emana de un acto voluntario del principal. Sus disposiciones se aplican igualmente si el poder de representación es conferido por la ley o por la autoridad judicial. Ver GANDOLFI, *Code*, cit. *supra* nota 2, p. 27.

C) RELACIONES INTERNAS Y EXTERNAS EN LA REPRESENTACIÓN

No es difícil admitir que el contenido fiduciario del vínculo representativo y la disciplina del conflicto de intereses son cuestiones que pertenecen al ámbito de relaciones internas entre representante y representado⁸. Los *PECL* (art. 3:101 [3]), probablemente siguiendo en esto la sistemática de la *Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods* (art. 1, 3), declaran que el capítulo dedicado a la representación no gobierna las relaciones *internas* entre el agente o intermediario y su principal⁹. Sin embargo, a pesar de la intención programática de restringir su contenido normativo a los efectos de la gestión representativa frente a terceros (relaciones *externas* de la representación), los *PECL* no han podido sustraerse a determinados contenidos del vínculo fiduciario entre agente y principal (relaciones *internas* de la representación)¹⁰.

D) RECAPITULACIÓN

Como resumen de esta primera parte podría destacar dos ideas. Primera: que siempre que nos encontramos con el problema del conflicto de intereses, estamos en presencia de un riesgo de actuación desleal del agente que altera o puede alterar la organización de intereses que se habría alcanzado en el contrato de no mediar la gestión representativa del agente, cualquiera que sea el fenómeno

⁸ En el ámbito anglosajón, véase por ejemplo, Markesinis & Munday, *An Outline of the Law of Agency*, Londres 1998, pp. 92 ss, especialmente p. 98.

⁹ El *CEC*, más apegado a la tradición continental, no distingue entre cuestiones relativas a relaciones internas o externas de la triangular relación representativa. Véanse artículos 60 a 69 *CEC*.

¹⁰ Por esta razón, los comentarios de la comisión redactora de los *PECL* son cautos al indicar que no obstante el respeto que se procura observar a la separación entre relaciones externas e internas de la representación, hay cuestiones pertenecientes a las relaciones internas que pueden afectar a las relaciones externas entre el agente y el tercero; y que respecto de éstas los *PECL* se han preocupado de dar normas claras. Se mencionan dos casos: el del artículo 3:205 (conflictos de intereses) y el artículo 3:209 (casos de terminación de la autoridad del agente). Cfr. LANDO, *Principles*, cit. *supra* nota 1, p. 198.

A estas normas debería agregarse la del artículo 3:206 (que permite la delegación o *subagency*), cuestión que también parece referirse a un deber relacionado con el carácter fiduciario del vínculo representativo: si el vínculo es uno esencialmente de confianza, la persona del representante no debería poderse sustituir sin autorización del principal. La prohibición general de delegar también pertenece al carácter fiduciario del vínculo representativo, aunque numerosas legislaciones permiten la delegación de facultades en diversas situaciones y especialmente cuando ha sido autorizada por el principal.

El *CEC* no ofrece regla alguna sobre el problema de la delegación o *subagency*. Cfr. artículos 60-69 *CEC*.

representativo de que se trate; y, segunda, que precisamente por tratarse de una conducta que podría comprometer la confianza depositada en el agente, la disciplina normativa del conflicto de intereses pertenece al ámbito de los derechos y deberes que genera la representación entre el agente y su principal (relaciones internas de la representación). Es inevitable que un régimen de prevención y sanción del conflicto de intereses imponga normas de conducta al agente o representante.

III. LA PROPUESTA NORMATIVA DE LOS PECL

Los PECL parecen ofrecer una triple propuesta que es a la vez doblemente preventiva y sancionadora frente al conflicto de intereses. En primer lugar, parecen conferir carácter normativo a la obligación de revelar o declarar el conflicto al principal y no actuar sin su autorización. En segundo lugar, yendo a la raíz del problema, dan a los supuestos de autocontratación el carácter de presunciones *iuris tantum* de conflicto de intereses en la contratación. En tercer lugar, sancionan con la anulabilidad los contratos concluidos por el representante en conflicto de intereses con el representado.

A) LA OBLIGACIÓN DE REVELAR (TO DISCLOSE) EL CONFLICTO DE INTERESES

1) Regulación

A diferencia del *Código Europeo de Contratos* (art. 68), en su regulación del conflicto los PECL introducen la obligación del representante de revelar o declarar al principal el conflicto de intereses que lo afecta y abstenerse de contratar sin su consentimiento [cfr. art. 3:205 (1) con art. 3:205 (3)]. Esta es la norma de conducta que impone al agente o representante el artículo 3:205 (3): *el dominus no puede anular el contrato si el agente reveló el conflicto de interés y aquel no lo objetó dentro de un período razonable de tiempo*.

La obligación de revelar o declarar (*to disclose*) el conflicto parece tener su origen en la disciplina de los deberes fiduciarios del agente en el derecho anglosajón¹¹. Y se trata de una norma de con-

¹¹ Véase al respecto, H. G. BEALE (ed.), *Chitty on Contracts*, 28ª ed., vol. 2, Londres, 1999, p. 32-116 ss.; MARKESINIS, *An Outline*, cit. *supra* nota 8, p. 98.

ducta que no ha tenido antes explícita acogida en instrumentos normativos generales de tradición continental¹². A pesar de esto, los PECL no especifican cómo debe hacerse esta declaración, ni la extensión que debe tener. Esto nos obliga a buscar una respuesta a ésta y otras cuestiones en los ordenamientos que le sirven de referencia.

2) Forma y contenido de la revelación

En efecto, si seguimos las tendencias del Derecho anglosajón en este ámbito, podemos pensar que la revelación debería ser completa (*full disclosure*); esto significa que debería incluir la naturaleza del interés del representante (por ejemplo, si es patrimonial o extrapatrimonial) y todos los detalles que permitan al principal dar un consentimiento *informado*, o negarlo¹³. En cuanto a la forma, la revelación debería poder hacerse y probarse por cualquier medio, pues es éste el régimen general en cuanto a formalidades que adoptan los PECL (cfr. art. 1:303). El momento en que debe hacerse la revelación tampoco está explícitamente regulado. En mi opinión debe hacerse en cualquier tiempo anterior al momento de la contratación¹⁴. Con posterioridad a este momento, la disciplina preventiva del artículo 3:205 nos remite al régimen de la anulabilidad: queda a discreción del principal confirmar o anular el contrato concluido por el agente en una situación de conflicto que le era desconocida.

3) La autorización del principal

El artículo 3:205 (3) dice que el principal no podrá ejercitar el derecho de anulabilidad si *consintió o no pudo ignorar* la actuación del agente, o si *no objetó* el conflicto revelado por el agente en un período razonable de tiempo. Estas tres situaciones suponen una *autorización del principal*.

¹² Los ordenamientos continentales de referencia en materia de conflicto de intereses, es decir, el § 181 del BGB y en los artículos 1394 y 1395 del Código civil italiano, no contienen una obligación explícita de hacer *disclosure* de los conflictos al principal. Esta obligación de revelar los conflictos de intereses y de evitarlos ha venido ya encontrando acogida en leyes especiales, como por ejemplo en la disciplina de normas de conducta a que deben sujetarse los operadores en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Véanse al respecto los artículos 78 a 83 de la citada ley.

¹³ Este tipo de revelación concierne tanto a cualquier conflicto de intereses como a los supuestos de autocontratación. Véase *Chitty on Contracts*, vol 2, cit. *supra* nota 11, nn. 32-120, 32-121, y 32-122 y referencias a *case law* que los acompañan en notas.

¹⁴ Me parece que la autorización debe ser anterior a la contratación pues los PECL permiten también la confirmación expresa o tácita del contrato afectado, acto que necesariamente tiene que ser posterior a la perfección del contrato. Cfr. artículo 4:114 PECL.

Según lo anterior, la autorización podrá ser *expresa* o *tácita*. Será *expresa* cuando el principal consiente explícitamente en la actuación del agente (art. 3:205 [3] [a]). La autorización será *tácita* cuando el principal guarde silencio o permanezca inactivo después de conocer la situación de conflicto de intereses que afecta a su agente¹⁵. Como se puede observar, estamos en presencia de uno de los casos en que los *PECL* conceden efectos jurídicos al silencio o inactividad¹⁶.

Los *PECL* no hablan de la *especificidad* de la autorización, como hace, por ejemplo, el Código civil italiano (art. 1395), en el que también se inspira la disciplina del artículo 3:205 *PECL* en su totalidad. Si el consentimiento o autorización del principal debería ser a lo menos *informado*, esto supone, me parece, que sea *específico*. La exigencia de que la autorización sea conferida según la extensión del conflicto declarado por el agente impediría, a mi juicio, la eficacia liberatoria de una autorización genérica otorgada en un poder general, por ejemplo, para autocontratar.

4) La objeción del principal al conflicto que afecta a su agente

La *objeción* del conflicto debe ocurrir en un tiempo razonable desde la revelación [art. 3:205 (3) (b)]. ¿Debe necesariamente ocurrir antes de la contratación? Dependerá de las circunstancias. Si el principal conoce exactamente el tiempo de la contratación debería exigírsele una actuación diligente para prevenirla objetando el conflicto antes de formarse el contrato. Si la contratación es una serie indefinida de actos, o se desconoce exactamente la fecha en que se llevará a cabo, pienso que la objeción podría ocurrir después de formado el contrato y antes del ejercicio de la facultad de anulación. Aunque también puede pensarse que una vez formado el contrato, el representado generalmente dispondrá del derecho de anulación.

5) La especificidad del poder para autocontratar

El *poder para autocontratar*, ¿excusa o satisface la obligación de revelar el conflicto antes de contratar? En otras palabras, la

¹⁵ Recordemos que el *dominus* ha conocido la situación de conflicto porque le fue revelada por él [art. 3:205 (3) (b)], o la conoció de otro modo [art. 3:205 (3) (a) primera parte], o no podía ignorarla atendidas las circunstancias del negocio [art. 3:205 (3) (a) segunda parte].

¹⁶ A diferencia de los *PECL*, el *CEC* sólo permite una autorización expresa del principal al agente para autocontratar y parece no permitir la autorización de otros conflictos de intereses que puedan afectar al agente, distintos de aquellos referidos a la autocontratación. Cfr. artículo 68 *CEC*.

facultad para autocontratar incluida en un poder general, ¿satisface las exigencias del artículo 3:205 (3) de los *PECL*? Parece ser que si la autorización que exigen los *PECL* debe ser específica, es decir, para cada situación de conflicto que afecte al agente, un poder para autocontratar otorgado genéricamente no liberaría al representante de la obligación de revelar los conflictos¹⁷. El uso de comercio sí libera de la revelación, según puede deducirse de los *PECL* cuando inhiben la anulación del contrato por el representado si éste *no podía ignorar* la actuación del representante [art. 3:205 (3) (a) segunda parte] en situación de conflicto. Por ejemplo, porque comisionó a un agente para la distribución de sus productos en otra plaza.

B) LA AUTOCONTRATACIÓN Y EL CONFLICTO DE INTERESES

Analicemos ahora el artículo 3:205 (2). Este párrafo contiene una interesante presunción legal: se presume que existe conflicto de intereses donde el representante actuó también como agente del tercero, o donde el contrato fue consigo mismo en su personal capacidad. El supuesto general de la autocontratación ofrece las dos hipótesis que la norma considera en su regulación: la de la *doble representación* (o *representación plural*) y la del *contrato consigo mismo* o simplemente *autocontrato*.

No me voy a detener en el largo debate doctrinal acerca de la admisibilidad teórica de estas dos figuras, cuestión que ocupó largamente a la doctrina. Lo que interesa destacar aquí es la opción de los *PECL* en orden a subsumir estas dos figuras en el género de los conflictos de intereses en la contratación marcando una tendencia a sacar la cuestión de los dominios del acto de apoderamiento o del ejercicio abusivo de este último, donde la doctrina había hasta ahora insertado estas situaciones¹⁸.

¹⁷ La tendencia que revelan algunas sentencias del Tribunal Supremo y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el ámbito del Derecho interno español, por aplicación de las doctrinas de la interpretación estricta o restringida de los poderes, es a exigir una facultad específica para autocontratar. Ver SSTS 6-3-2001 (RAJ 3973); 18-7-2000 (RAJ 6813); 7-4-1998 (RAJ 2316). En contra STS 4-12-1992 (RAJ 10389). Ver también RRDGRN 1-6-1999 (RAJ 4191); 22-4-1996 (RAJ 3240); 29-4-1993 (RAJ 3010).

¹⁸ Esto ya lo percibía Díez-Picazo cuando sugería que el problema de la autocontratación debía sacarse de la esfera de la cuestión sobre su admisibilidad y colocarse más bien en los límites de su admisibilidad; de modo particular en el conflicto de intereses que puede suponer la autocontratación para el representante. Cfr. *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979, p. 206. Al respecto opina W. FLUME: «Los problemas materiales del negocio consigo mismo consisten en el peligro de colisión de intereses, como todo el

Se trata, según nos informan los redactores, de presunciones *iuris tantum* (*rebuttable presumptions*), pues el tercero puede demostrar que el contenido del contrato estaba determinado de manera tal que toda posibilidad de conflicto de intereses estaba excluida¹⁹. O bien, que no había una incompatibilidad real de intereses que provocara un conflicto, pues tanto el agente como el principal tenían posiciones coincidentes en el contrato, por ejemplo, ambos eran parte vendedora (y tanto al agente como al principal les interesa obtener el mejor precio posible).

C) LA ANULABILIDAD DEL CONTRATO COMO SANCIÓN DEL CONFLICTO

1) La anulabilidad del contrato como un derecho potestativo del principal

La anulabilidad del contrato se realiza mediante notificación o comunicación extrajudicial (*notice*) a la otra parte contratante (arts. 4:112, 1:303)²⁰. Esto convierte el remedio en un derecho cuyo ejercicio queda entregado a la discreción del principal y que no requiere intervención judicial²¹.

La notificación tiene por *objeto* que se anule el contrato y, como consecuencia, se devuelvan las cosas a su estado anterior dando lugar a las restituciones recíprocas que procedan (art. 4:115). Las restituciones suponen que la parte que invoca la anulación del con-

— mundo dice, y fue esto de lo que partieron los autores del BGB al establecer el § 181. Este es con seguridad el punto decisivo...». *El Negocio Jurídico* (trad. de la 4.ª ed. alemana), Madrid, 1998, p. 943. El CEC (art. 68) de alguna manera hace lo mismo cuando permite al tercero interesado en preservar el contrato impugnar la anulación del representado alegando que el contenido del contrato estaba determinado de manera que toda posibilidad de conflicto de intereses estaba excluida. El Código civil italiano (art. 1395) también niega la anulabilidad si en los hechos no hubo posibilidad de conflicto.

¹⁹ Cfr. LANDO, *Principles*, cit. *supra* nota 1, p. 210. Esto mismo es lo que ha legitimado en el tráfico la autoentrada en la comisión mercantil.

²⁰ Así lo establecen expresamente los comentarios de los redactores. Véase LANDO, *Principles*, cit. *supra* nota 1, p. 274. La notificación o comunicación de anulabilidad puede hacerse por cualquier *medio*, por escrito o por otras formas apropiadas a las circunstancias; y tiene efecto desde que llega al destinatario (art. 1:303). ¿Cuándo se entiende que llega al destinatario? Una comunicación alcanza el destinatario cuando le es despachada al lugar de sus negocios o a su dirección postal; o, si carece de lugar de negocios o dirección postal, al lugar de su residencia habitual [art. 1:303 (3)]. Esta es la norma general que adoptan los PECL para las comunicaciones que deban hacerse las partes, de las cuales deriven determinados efectos jurídicos.

²¹ Puede también hacerse valer en un proceso judicial por cumplimiento específico o indemnización de perjuicios iniciado por el tercero; la anulabilidad puede invocarse entonces como defensa frente a la acción de la otra parte. Cfr. *Loc. cit. supra*.

trato devuelva lo que ha recibido en virtud del mismo a cambio de que la otra parte haga lo mismo.

Para ejercitar el derecho de anulabilidad, el representado debería apelar a los siguientes presupuestos: 1.º) debería invocar el conflicto de intereses que afectó al agente; y 2.º) debería demostrar que el tercero supo o no podía ignorar el conflicto que afectaba al agente (por ejemplo, porque es una empresa en la que tiene participación). Más adelante veremos cómo gravitan estos presupuestos en los mecanismos de carga de la prueba.

2) Legitimación activa y pasiva

Sólo está legitimado para instar la anulabilidad el representado que ignoraba al tiempo del contrato el conflicto que afectaba o podía afectar al agente. Así parece desprenderse del artículo 3:205 (3) cuando éste nos informa que el principal no puede anular el contrato si (a) consintió o no pudo ignorar la actuación del agente; o (b) si después de haberle sido puesto en conocimiento el conflicto no hizo nada por objetarlo. El régimen de la obligación de revelar o declarar el conflicto que pesa sobre el agente se examinó anteriormente y en esta parte me remito a lo que ya dije sobre el tema.

El requisito fundamental para que el principal esté legitimado activamente es la buena fe de éste. Buena fe que, en este caso, equivale a ignorancia del conflicto que afectó al agente al tiempo del contrato. Si conociendo el posible conflicto antes del momento de formarse el contrato no hizo nada por objetarlo, pienso que debe entenderse que consintió en él o autorizó la actuación del agente.

En el caso de doble representación del agente, los dos representados están legitimados para anular el contrato²², si ignoraban la colisión de intereses que afectaba al agente (hipótesis bastante rara si consideramos la obligación de revelar el conflicto que pesa sobre el agente). En el caso del contrato consigo mismo pienso que no puede permitirse al agente ejercer la acción de anulabilidad contra su representado pues nadie puede valerse de su propio dolo y porque esta actuación traicionaría una vez más los deberes fiduciarios que derivan de la relación representativa.

La comunicación de anulabilidad se debe dirigir a la contraparte en el contrato o tercera parte de la relación representativa. Esto nos conduce a examinar el papel del representante en la anula-

²² Así lo admiten expresamente los comentarios de la comisión redactora. Cfr. LANDO, *Principles*, cit. *supra* nota 1, p. 210.

bilidad del contrato, especialmente cuando ésta es contestada por el tercero interesado en perseverar en el negocio.

3) Posición del agente o representante en la anulabilidad del contrato

Resulta llamativo que el propio representante no tenga parte alguna en la anulabilidad, si no fue también parte en el contrato que se pretende anular. La única participación que le podría caber es la de defender la vigencia del contrato por la vía de desautorizar la legitimación del principal. Esta participación supondría, sin embargo, una posición del representante contraria a su principal, lo cual —nuevamente— repugna con el contenido fiduciario del vínculo representativo y los deberes de lealtad que derivan de él.

Parece lógico pensar que, de obtener la anulación del contrato, el principal tendrá una acción contra el agente o representante para que le indemnice los perjuicios causados por su infracción a una norma de conducta que le imponía su función. Esta es otra de las razones por las cuales puede afirmarse que la obligación de revelar los conflictos al principal y no actuar sin autorización suya parece ser la única obligación positiva que los *PECL* formulan de entre las muchas que pueden existir en las relaciones internas entre representante y representado (rendir cuentas, cumplir el encargo con diligencia, no aprovechar la relación representativa para obtener ventajas personales, etc.).

4) La protección del tercero contratante

Hemos dicho que la anulabilidad sólo procede si el tercero conocía o no podía ignorar el conflicto que afectaba al agente [art. 3:205 (1)]. En un tipo clásico de conflicto de interés, por ejemplo, el contrato del agente con una sociedad suya, o con un pariente suyo, será bastante difícil para el tercero sostener que ignoraba el conflicto que afectó al agente, pues no puede negar la condición de socio o los vínculos que lo relacionan al representante de la otra parte contratante. En consecuencia, la norma sólo protege al que podríamos llamar *tercero absoluto*: es decir, aquel no vinculado de ninguna forma con el agente. Y, en este último caso, difícilmente podrá haber existido colisión de intereses en la actuación del representante.

5) Cuestiones sobre carga de la prueba

La eficacia preventiva del conflicto de intereses que asegura el artículo 3:205 parece ser amplia si uno observa la posición venta-

josa del *dominus* frente al tercero en la anulabilidad del contrato. Si bien el ejercicio extrajudicial de este derecho no libera a su titular de la carga de demostrar el supuesto de hecho, los presupuestos de ejercicio de la acción, las presunciones del artículo 3:205 (2) y la norma de conducta que el artículo 3:205 (3) impone sobre el agente favorecen un ejercicio expedito de la anulabilidad. La defensa del tercero se torna dificultosa y se reduce, en definitiva, a la prueba de que en los hechos el contrato estaba hasta tal punto predeterminado que no era posible discrecionalidad alguna que permitiera una actuación desleal del agente, a pesar del conflicto que lo afectaba. Examinemos las distintas posiciones que puede adoptar el tercero.

En primer lugar, frente a la comunicación del principal, el tercero podría impugnar su legitimación para ejercer el derecho si demuestra que conoció el conflicto que afectaba al agente y no lo objetó dentro de un plazo razonable [art. 3:205 (3)]. Si se examina la dialéctica de esta prueba, puede concluirse que ella se reduce a acreditar que la parte que pide la anulación conocía el conflicto de intereses que afectaba al agente antes de la contratación, pues no es posible producir prueba positiva del hecho negativo de no haber objetado el conflicto dentro de un término razonable. De todos modos se trata de una prueba difícil para el tercero que no es parte en la relación representativa que vincula al agente y a su representado e ignora si el agente reveló el conflicto al principal o si actuaba autorizado por él.

Una *segunda defensa* del tercero podría consistir en impugnar los presupuestos de ejercicio del derecho. Esto no podría más que hacerse demostrando que en los hechos no hubo conflicto de intereses en el agente (prueba negativa) o que él mismo (el tercero) no conoció la existencia del conflicto (otra prueba negativa). La actuación del agente o representante puede no haber estado afectada por un conflicto si las condiciones de contratación estaban totalmente predeterminadas por el principal; o si se trataba de un contrato de adhesión que no podía negociarse separadamente. La prueba de que ignoraba la existencia del conflicto es, nuevamente, muy difícil para el tercero pues se trata de demostrar un hecho propio negativo (algo que no se puede demostrar).

Las presunciones del artículo 3:205 (2) cobran importancia en este punto. En el primer caso (el de doble representación) el *dominus* debería quedar liberado de la prueba del conflicto (1.º supuesto) estableciendo el hecho de la doble representación. Probado este punto, sólo deberá acreditar que el tercero conocía o no podía ignorar la doble representación que ostentaba el agente (2.º supuesto). En el segundo caso (contrato consigo mismo) el represen-

tado queda doblemente liberado de probar el supuesto de hecho. Queda liberado de probar el conflicto (1.º supuesto) y que el tercero lo conocía (2.º supuesto) pues este último es el agente que no puede ignorar sus hechos propios.

Si la anulación se apoya en alguna de estas presunciones, el tercero deberá tener que probar que la doble representación o el contrato del agente consigo mismo no puso al representante en un conflicto de intereses. ¿En qué consiste esta prueba? No parece que la prueba que destruya la presunción de un conflicto, en estos casos, deba ser que no hubo daño efectivo a los intereses del principal, pues lo que el supuesto normativo sanciona no es el daño efectivo, sino el riesgo de un daño que produce la actuación desleal del agente. Por lo tanto, parece que, nuevamente, esta prueba sólo podría consistir en demostrar que el contrato estaba hasta tal punto predeterminado que el riesgo de perjudicar el interés del principal estaba absolutamente excluido²³.

6) Confirmación del contrato por el principal

Cumpléndose los requisitos de ejercicio del derecho de anulabilidad, el contrato puede convalidarse por confirmación del principal, según la disciplina del artículo 4:114. Nada se nos dice sobre la oportunidad. Parece lógico pensar que el principal puede confirmar durante todo el tiempo razonable que tiene para impugnar el contrato. Este período de tiempo debería contarse desde que tuvo conocimiento del defecto que afectaba la actuación representativa del agente.

La confirmación puede ser expresa o tácita (art. 4:114). Esta última puede ser la ejecución personal del contrato, a sabiendas de la situación que afectaba al agente.

IV. ALGUNAS BREVES CONCLUSIONES

Pienso que puede concluirse de todo lo dicho que la obligación de revelar o evitar los conflictos de intereses parece ocupar un lugar

²³ En este sentido apunta el ejemplo ilustrativo que proporcionan los redactores de los PECL. El agente A es encargado por su principal para comprar 50 acciones de la compañía X al precio corriente en plaza. A desea disponer de su propia cartera de acciones de X y vende estas acciones a su principal al valor de mercado. Este último hecho neutraliza el conflicto de intereses que lo afecta. Cfr. LANDO, *Principles*, cit. *supra* nota 1, p. 210.

privilegiado dentro del sistema preventivo que estructuran los PECL. Esta obligación positiva unida al funcionamiento probatorio de las presunciones y al ejercicio potestativo extrajudicial de la anulabilidad del contrato son elementos que en su conjunto tienden a asegurar una alta eficacia preventiva del conflicto.

Confiriendo esta categoría a una norma de conducta perteneciente a las relaciones internas entre el agente y el principal, los PECL responden a un extendido problema de diversos ámbitos del tráfico donde la superposición de funciones representativas multiplica los potenciales conflictos sin que existan normas de alcance general que ofrezcan remedios adecuados. La propuesta de los PECL, en esta materia, resulta relevante y atractiva como modelo de derecho uniforme.

REVIEWS OF THE LAST EDITION:

"This book has many virtues. It gives a detailed, authoritative account of the central aspects of agency. Its coverage is thorough and many interesting Commonwealth decisions are cited. The author's style is discursive and he is not reluctant to criticise or speculate...it is...inventive and challenging."

SPTL Reporter

The book is carefully ordered and clearly written. The footnotes are extensive, the style lively and penetrative. It is therefore a very readable text, and a useful work of reference."

The Legal Executive Journal

This new edition of Fridman's Law of Agency incorporates many new amendments to legislation affecting the law of agency, an important subject which extends into almost every other area of law and commerce, including the Sale of Goods (Amendment) Act 1994, the Carriage of Goods by Sea Act 1992 and the Companies Act 1989. Also included are new Regulations made to deal with the class of commercial agents recognised by English law in consequence of EC Directives; recently decided English cases, which exemplify the operation of agency principles, such as *Yasuda Fire & Marine Insurance Co of Europe Ltd v Orion Marine Insurance Underwriting Agency Ltd*; *United Bank of Kuwait Ltd v Hammoud*; *Presentaciones Musicales SA v Secunda* and *The Choko Star*; as well as cases decided in Canada, Australia and New Zealand.

Professor L. Fridman read law at St John's College, Oxford. Since 1953 he has taught at universities in Australia, England and Canada, where he was Dean of Faculty at the University of Alberta. He is the author of several books published in England on torts, sale of goods, bankruptcy and the law of employment, and in Canada on the sale of goods, contract, torts and restitution.

ISBN 0-406-99718-7



9 780406 997180

FRIDMAN'S

LAW OF AGENCY

SEVENTH EDITION



Butterworths

obliged to keep the principal's property and money separate from his own and from other people's property, to keep proper accounts, and to be ready to produce them on demand to the principal, or a proper person appointed by the principal.² It should be added that an agent owes a duty in equity to account to his principal.³

B. Duties arising from the fiduciary nature of the agency relationship⁴

In addition to those duties which are implied by the law into the agreement creating the agency relationship, there are others which stem from the fact that the agency relationship is sometimes⁵ one of trust, even though not strictly a relationship of trustee and beneficiary.⁶ Irrespective of any contract, or even agreement, between the parties, once the relationship of principal and agent exists, however it may arise, a complex of duties attaches to the agent.⁷ These duties are equitable in character,⁸ and may be lumped together under one general

- 2 *Gray v Haig* (1854) 20 Beav 219; *Dadswell v Jacobs* (1887) 34 Ch D 278. See *Yasuda Fire and Marine Insurance Co of Europe Ltd v Orion Marine Insurance Underwriting* [1995] 2 WLR 49 at 57 per Colman J.
- 3 *Makepeace v Rogers* (1865) 34 LJ Ch 396; *Navulshaw v Brownrigg* (1852) 21 LJ Ch 908; *Barry v Stevens* (1862) 35 LJ Ch 785.
- 4 Passages from this section were cited with approval in *Keeler & Keeler v Jack's Real Estate Ltd* (1980) 1 Sask LR 444 at 447 per Woods JA, in *Gerco Services Ltd v Astro* (1982) 48 NSR (2d) 541 at 559 per Hallett J, and in *Galaxy Realtors Ltd v Outlook Agencies Ltd* (1986) 48 Sask LR 215 at 216, 217. For a case concerning a quasi-fiduciary duty see *449576 Ontario Ltd v Bogojewski* (1984) 46 OR (2d) 161, arising from a purchaser's poor knowledge of English.
- 5 There is a distinction between fiduciary and non-fiduciary agents: *Bowstead and Reynolds on Agency* (16th edn 1996) pp 192-197; *Shepherd Law of Fiduciaries* (1981) at p 25; *Knoch Estate v Jon Picken Ltd* (1991) 4 OR (3d) 385 (distinguished in *Baillie v Charman* (1992) 94 DLR (4th) 403). See also *Austin v Habitat Development Ltd* (1992) 94 DLR (4th) 359.
- 6 Cf the treatment of the purchaser of property vis-à-vis the vendor in the same way so far as concerns profit made by the former, in *English v Dedham Vale Properties* [1978] 1 All ER 382, [1978] 1 WLR 93. For discussion of fiduciary relationships see Cooter and Freedman 'The Fiduciary Relationship: its Economic Character and Legal Consequences' (1991) 66 NYULR 1045.
- 7 Eg if the agent is appointed under a power of attorney: *Tim v Lai* (1986) 5 BCLR (2d) 245; cf *Powell v Thompson* [1991] 1 NZLR 597, donee of power could not pay his personal debts by using the power to advantage himself. But there must be an agency relationship: *Murphy v Luckiw Holdings* (1980) Ltd (1987) 49 Alta LR (2d) 200. Hence no duty of loyalty is owed after the termination of such a relationship: *Sears Investment Trust Ltd v Lewis's Group Ltd* [1992] RA 262. Contrast *Cineplex Odeon Corp v Drabinsky* (1990) 30 CPR (3d) 370, where the agency agreement continued though a supply agreement has been terminated: hence a duty of loyalty was still owed. For examples of breach of fiduciary duty see *Midland Doherty Ltd v Rohrer* (1985) 20 DLR (4th) 188; *Weitzman v Hendin* (1986) 56 OR (2d) 445. An employee of the agent will make the agent liable if the employee is guilty of the breach: *Guertin v Royal Bank of Canada* (1983) 43 OR (2d) 363; affd (1984) 47 OR (2d) 799. The Contributory Negligence Act and the defence of *ex turpi causa* were held not to be available to an agent sued for breach of fiduciary duty in *United Services Funds v Richardson Greenshields of Canada Ltd* (1988) 48 DLR (4th) 98.
- 8 For a discussion whether the duty to obey precise instructions was contractual or fiduciary, and for the practical effect of the distinction in terms of the remedy available to the principal, see the Canadian case of *Laskin v Bache & Co Inc* (1971) 22 DLR (3d) 382; cf the treatment of the agent's duty of care as a kind of fiduciary duty by Estey CJO in *Fine's Flowers Ltd v General Accident Assurance Co of Canada* (1977) 81 DLR (3d) 139; above, p 159.

principle, namely, that the agent must not let his own personal interest conflict with the obligations he owes to his principal.⁹ This general idea is manifested in various ways.

Fidelity. Where the agent is in a position in which his own interest may affect the performance of his duty to the principal, the agent is obliged to make a full disclosure of all the material circumstances, so that the principal, with such full knowledge, can choose whether to consent to the agent's acting.¹⁰ If this is not done, then the principal (if he does not choose to ratify it) may set aside the transaction, and claim from the agent any profit the agent may have obtained from such transaction.¹¹

The Privy Council, however, in *Kelly v Cooper*,¹² made it clear that the contract between principal and agent, including implied as well as express terms, governed and defined the content and scope of such relationship; and this meant that the scope of fiduciary duties owed by an agent to the principal, though originating in

On the calculation of damages for breach of fiduciary duty (ie was it like tort or breach of contract or was it sui generis, like restitution?) see *Canson Enterprises Ltd v Boughton & Co* (1991) 85 DLR (4th) 129, with which compare *Mead v Day* [1985] 1 NZLR 100; Gummow 'Compensation for Breach of Fiduciary Duty', in Youtan, ed *Equity, Fiduciaries and Trusts* (1989) Ch 2, especially pp 82-84, 85-91. The House of Lords has said that equity applies the common law principles of causation and compensation: see *Target Holdings Ltd v Redfern* [1995] 3 All ER 785 at 792 per Lord Browne-Wilkinson: but not the common law rules of remoteness of damage; *ibid* at 794.

Note also, in relation to estate agents, the duties imposed by the Estate Agents Act 1979, s 21, which lack any criminal or civil sanction; see also the Property Misdescriptions Act 1991.

- 9 *Aaron Acceptance Corp v Adam* (1987) 37 DLR (4th) 133; *Trophy Foods Inc v Scott* (1994) 129 NSR (2d) 1. The American Restatement calls them 'duties of loyalty': *Restatement, Second, Agency*, paras 387-398. Cf *Stoljar Law of Agency*, p 288, who refers to them as 'duties of economic loyalty'.
- 10 *Ocean City Realty Ltd v A & M Holdings Ltd* (1987) 36 DLR (4th) 94; where the agent conspired with a prospective purchaser to pay the purchaser part of the agent's commission; no commission was payable by the principal. The duty to disclose involves disclosure of everything which to the agent's knowledge might operate on the principal's judgement: the test is objective, viz, whether the reasonable agent would consider the information likely to influence the principal's behaviour: *ibid*. But if there is no conflict of interest and duty the agent is not obliged, even in equity, to disclose facts that would reveal the improvidence of the transaction authorised by the principal: *R H Deacon & Co Ltd v Varga* (1973) 30 DLR (3d) 653. See also *Lin v Leung* (1992) 64 BCLR (2d) 226: president of company should have disclosed appraisal of land; *Matchett v Blue Gold Drilling Ltd* (1992) 6 Alta LR (3d) 370 breach of fiduciary duty owed by participant in a joint-venture agreement.
- 11 For the position of The Law Society with respect to contracts of insurance made on behalf of solicitors, and the commission earned by the Law Society: *Swain v Law Society* [1980] 3 All ER 615, [1980] 1 WLR 1355; varied [1981] 3 All ER 797, [1982] 1 WLR 17; *re* [1983] 1 AC 598, [1982] 2 All ER 827, HL.
- 12 [1993] AC 205: with which contrast *Keppel v Wheeler* [1927] 1 KB 577 where there was no duty of confidentiality owed by the agents to other persons: and *North and South Trust Co v Berkeley* [1971] 1 WLR 470, where no term could be implied that the brokers were to be free to act for the opposing party, insurers against whom the plaintiff was claiming under a policy of insurance effected by the agents, when the agents were instructed by the insurers to obtain a report from assessors, which report the agents refused to disclose to the plaintiff, their original principal: above, p 79.

equity, could be affected by such terms.¹³ The case concerned the fiduciary duty of fidelity owed by agents who, in the ordinary course of business, acted for numerous principals, several of whom might be competing and whose interests would conflict. Where an agent is carrying on such a general agency, to the knowledge of the principal who understands that the agent will be acting for other principals selling goods or property of the same description, the terms to be implied into the agency contract differed from those to be implied where an agent was not carrying on such general agency business. Estate agents belonged in the category of those carrying on the business of acting for several principals where properties were of a similar description and there would be a conflict of interest between principals each of whom would be concerned to attract potential purchasers to their property rather than to that of another. Nevertheless estate agents had to be free to act for several competing principals: if not they would be unable to fulfil their functions. It could not be said that an estate agent was contractually bound to disclose to any one of his principals information confidential to another principal: and the same was true of stockbrokers. Hence a term had to be implied into contracts with such agents (a) that they were entitled to act for other principals selling competing property, and (b) that they were to keep confidential information obtained from each of the principals.¹⁴ On this basis, therefore, on the facts of the case in issue, the estate agents employed by the plaintiff to sell his house were not in breach of their duty in failing to inform the plaintiff of an agreement made by X with the owner of a house adjacent to that of the plaintiff to buy that house, which information was confidential to the owner of that house. Nor did the estate agents' financial interest in that sale, for which they were the agents, give rise to a breach of fiduciary duty owed to the plaintiff.

An important, though not the only, illustration of the agent's obligation to make full disclosure is provided by the situation that arises where the agent himself¹⁵ purports to purchase the property he is engaged to sell on his principal's behalf.¹⁶ For example, in *McPherson v Watt*.¹⁷

The agent of two ladies, who wanted to sell their house, bought it in the name of his brother, so as to conceal that he was really buying it for himself. Specific performance of the contract of sale was therefore refused.

13 [1992] 3 WLR 936 at 942, quoting *New Zealand Netherlands Society Oranje Inc v Kuys* [1973] 1 WLR 1126 at 1129-1130 and *Hospital Products Ltd v United States Surgical Corpn* (1984) 156 CLR 41 at 97.

14 [1992] 3 WLR 936 at 941-942.

15 Or, as in one case, his father: *Dyck v Nodge Real Estate Ltd* (1980) 2 Sask LR 424.

16 *Palinko v Bower* [1976] 4 WWR 118; *Wood v St Jules* (1976) 69 DLR (3d) 481; *Cymar Leasing v Cross Country Realty* (1978) 5 Alta LR (2d) 278; *Edwards Real Estate v Bamtar Holdings Ltd* (1978) 7 Alta LR (2d) 52; *Keeler & Keeler v Jack's Real Estate Ltd*, above, note 4; *George W. Rayfield Realty Ltd v Kuhn* (1981) 115 DLR (3d) 654; on appeal 118 DLR (3d) 192. Or the agent conceals a higher offer so that the agent can arrange a subsequent resale of the property by the original purchaser to another party: *Yorkland Real Estate Ltd v Dale* (1987) 60 OR (2d) 460.

17 (1877) 3 App Cas 254. Cf *Rothschild v Brookman* (1831) 2 Dow & Cl 188, purchase of client's stock by a broker, set aside; *Lucifero v Castel* (1887) 3 TLR 371, purchase of yacht by agent, resold to principal, agent could only recover what he paid for yacht. Cf *Regier v Campbell-Stuart* [1939] Ch 766, pretended purchase price given by agent to principal; principal could recover excess profit on ground of non-disclosure by agent. Cf *Aaron Acceptance Corpn v Adam*, above, agent was the lender under a mortgage as well as the agent charged with obtaining a mortgage loan for the principal, the borrower: no commission payable by the principal.

It is immaterial that the contract is really fair,¹⁸ or that a long time, for example, thirteen years,¹⁹ has passed, as long as the principal, without fault on his part, is in ignorance of what has happened.²⁰ Moreover, it is not possible as *Robinson v Mollett*¹ shows, to allege a trade custom which allows an agent to buy from or sell to his principal on his own behalf.² However, it may not involve the agent in a conflict of interest and duty to exercise a lien over his principal's goods to enforce his claims for remuneration and indemnity, when the principal has repudiated the contract.³

Unless he has the consent of his principal, an agent must not make use for his own personal benefit of information acquired in the course of his employment as an agent. The chief illustration of this rule is to be found in cases in which employees have had access to processes, or lists of customers of their employer, and have sought after the termination of the employment to make use of knowledge gained therefrom. In other words, the agent is not allowed to make use of such confidential information to engage in competition with the principal.⁴ Thus in *Robb v Green*.⁵

18 *Gillett v Peppercorne* (1840) 3 Beav 78; *Aberdeen Rly Co v Blaikie Bros* (1854) 2 Eq Rep 1281; *Armstrong v Jackson* [1917] 2 KB 822.

19 *Oliver v Court* (1820) Dan 301.

20 *Oelkers v Ellis* [1914] 2 KB 139. Contrast two Canadian cases in which it seems to have been held that the agent was accountable even if he did not keep what he was doing secret from his principal: *Karst v Selinger* (1980) 4 Sask LR 113; *Lilley v Corynthian Restaurants Ltd* (1980) 7 Sask LR 110.

1 (1875) LR 7 HL 802 (above, p 78). Contrast *Macoun v Erskine* [1901] 2 KB 493; *Christoforides v Terry* [1924] AC 566, both of which cases are also of importance on the question of the duration of the agent's obligations after the termination of the relationship. See also *Keppel v Wheeler* [1927] 1 KB 577, where an agent had to inform his principal of an offer after an earlier offer had been accepted; cf *Jackson v Packham Real Estate Ltd* (1980) 109 DLR (3d) 277; *Yorkland Real Estate Ltd v Dale*, above.

2 The passage from the beginning of this paragraph to here was quoted by Wallace JA in *Aaron Acceptance Corpn v Adam* (1987) 12 BCLR (2d) 300 at 305.

3 *The Borag* [1980] 1 Lloyd's Rep 111 at 122 per Mustill J (reversed on other grounds [1981] 1 All ER 856, [1981] 1 WLR 274).

4 *International & Scientific Communications Ltd v Pattison* [1979] FSR 429; cf the general law of restraint of trade: Cheshire, Fifoot and Furmston's *Law of Contract* (12th edn 1991) pp 397-415. Hence an agent could be restrained from using such information, on the basis of fiduciary duty, even though an express term to such effect in the contract of employment was invalid as being in restraint of trade: *Investors Syndicate Ltd v Versatile Investments Inc* (1983) 42 OR (2d) 397. Cf *White Oaks Welding Supplies v Tapp* (1983) 149 DLR (3d) 159. The improper use of confidential information by a contracting party justifies termination of the contract: *Computer Workshops Ltd v Banner Capital Market Brokers Ltd* (1988) 50 DLR (4th) 118; affd (1990) 74 DLR (4th) 767.

For a curious case involving a solicitor who had an affair with his client's wife after he discovered from his client that the marriage was unhappy, see *Szarfer v Chodos* (1986) 27 DLR (4th) 388. This carries the notion of breach of fiduciary duty to extreme lengths.

5 [1895] 2 QB 315. A variation on this is to be found in *Sanders v Parry* [1967] 2 All ER 803, where the defendant, an assistant solicitor employed by the plaintiff, having come into contact with a client of the plaintiff, through his work for the plaintiff, left the employment of the plaintiff and then undertook to do all the client's legal work for seven years, to the loss of the plaintiff. This was held to be a breach of contract by the defendant. For a somewhat different example of misuse of confidential information by an agent, see *Harris Trustees Ltd v Power Packing Services (Hermis Road) Ltd* [1970] 2 Lloyd's Rep 65; Cf and contrast *North and South Trust Co v Berkeley* [1971] 1 All ER 980 above p 79.

An employer obtained an injunction and damages against an employee who, after he finished working, made use of lists of names and addresses of the employer's customers which the employee had obtained while working.

A contract of employment is not a contract *uberrimae fidei*; so the employee is not bound to disclose his own misconduct.⁶ But he is obliged to disclose misconduct of other employees (even if this entails revealing what he himself has done). The employee owes this kind of duty akin to his duty not to misuse confidential information.⁷ This latter duty, however, depends upon whether the agent's position was such that it gave him access to special information which he would otherwise not have obtained. So in *Nordisk Insulinlaboratorium v CL Bencard Ltd*.⁸

The principal's property was seized by the Custodian of Enemy Property on the outbreak of war. It was sold to X (who had been the principal's agent until that time). X resold it at a profit to Y. Later the principal claimed this profit from X. It was held that X was not liable.

This was not a case where the agent had acquired any special knowledge from acting in the capacity of agent. X knew nothing about the method of making insulin which was the principal's business. Hence no special fiduciary duty was owed by X to the principal.⁹ An extension of this seems to have been approved by the majority of the House of Lords in *Boardman v Phipps*.¹⁰ There it was held that knowledge as to the value of shares in a company, which the agent gained while acting as solicitor for the principals, was something like property belonging to the principal, the use of which by the agent made him accountable to the principal for profit thereby gained, even though the principal had earlier refused to use the knowledge for his own benefit. In arriving at this conclusion, the majority of the House relied heavily on the earlier decision in *Regal (Hastings) Ltd v Gulliver*¹¹ which was concerned with the duty of fidelity of a company director in relation to knowledge of this sort. The attitude of the House

of Lords seems to have been that agents or 'quasi agents', as the defendants were there described, must be regarded as fiduciaries, to whom the broad principles of equity apply when it comes to fidelity and making a private, personal profit out of the performance of their undertaking.¹² The Supreme Court of Canada distinguished the *Regal* case in *Peso-Silver Mines Ltd v Cropper*,¹³ in which it would seem that the extent of an agent's duty (in this instance a company director) was not as broadened as it was by the House of Lords in the *Boardman* case. Later, however, in *Canadian Aero Service Ltd v O'Malley*,¹⁴ the Supreme Court appears to have made an agent's liability more extensive, and to have included within the scope of this kind of accountability employees of a corporation who were not necessarily as senior in the corporate hierarchy as directors, as long as they were managerial. That decision has been followed and applied.¹⁵ It was held not to be applicable where the 'agents' were the committee of a private members' golf club and had sold the club premises for their own benefit. No trust or similar relationship existed between the parties so as to enable the non-committee members to invoke this doctrine and recover the profit.¹⁶

The agent may not act for the principal and a third party contracting with the principal unless he has made a complete disclosure to both parties of what he was doing and they both consented.¹⁷ This is true even in the case of a solicitor, who may act for both parties, despite the fact that their interests conflict, as long as he has obtained the informed consent of both parties to his acting. Informed consent in this context means consent that is given in the knowledge that there is a conflict between the parties and that as a result the solicitor may be disabled from disclosing to each party the full knowledge which he possesses as to the transaction or may be disabled from giving advice to one party which conflicts with the interests of the other. If the parties are content to proceed on this basis the solicitor may properly act.¹⁸

Although in *McPherson v Watt*¹⁹ Lord Blackburn seems to have suggested that an agent may act for both sides up to a certain point as long as he gives

6 But see *Courtright v Canadian Pacific Ltd* (1983) 5 DLR (4th) 488; affd (1985) 18 DLR (4th) 639, employee obliged to disclose possibility of criminal charges in respect of actions before hiring.

7 *Sybron Corp v Rochem Ltd* [1984] Ch 112, [1983] 2 All ER 707.

8 [1953] Ch 430, [1953] 1 All ER 986.

9 [1953] Ch 430 at 445-446, [1953] 1 All ER 986 at 994; per Jenkins LJ. Cf *Mid-Western News Agency Ltd v Vanpinxteren* (1976) 62 DLR (3d) 355; again no misuse of confidential information received in the course of the principal's business; cf *Two Brothers (Kingston) Ltd v Zakos* (1986) 28 DLR (4th) 541, where the agent did not make use of information derived from his employment by the principal as an agent to place insurance on property which the agent agreed to buy. See also the curious case of *H C Misener & Son Ltd v Misener* (1977) 77 DLR (3d) 428, where the misbehaving employee was the wife of a director and had given information to her lover, from which it was alleged he had obtained a benefit. Contrast *McLeod and More v Sweezey* [1944] 2 DLR 145, where agents were liable since they were expert in mining exploration and were making claims on land which they had explored for their principals.

10 [1967] 2 AC 46, [1966] 3 All ER 721 (on which see Rider 'The Fiduciary and the Frying Pan' (1978) Conv 114). For a Canadian example, see *Sinclair v Ridout and Moran* [1955] OR 167.

For an Australian case which follows the decision in *Boardman v Phipps*, see *Walden Properties Ltd v Beaver Properties Pty Ltd* [1973] 2 NSWLR 815.

11 [1967] 2 AC 134, [1942] 1 All ER 378; distinguished in *Lindgren v L & P Estates Ltd* [1968] Ch 572, [1968] 1 All ER 917.

12 Fridman 'Agency and Secret Profits' (1968) 3 Manitoba LJ 17; Jones 'Unjust Enrichment and the Fiduciary's Duty of Loyalty' (1968) 84 LQR 472; Goff and Jones *Law of Restitution* (4th edn 1993) pp 656-658.

13 (1966) 58 DLR (2d) 1; cf *Aas v Benham* [1891] 2 Ch 244, distinguished by the House of Lords in the *Boardman* case. See Beck 'The Saga of Peso Silver Mines' (1971) 49 CBR 80.

14 (1973) 40 DLR (3d) 371.

15 *Eg Abbey Glen Property Corp v Stumborg* (1978) 85 DLR (3d) 35; *Redkop v Robco Construction Ltd* (1978) 89 DLR 507; *Weber Feeds Ltd v Weber* (1979) 99 DLR (3d) 176.

16 *Evans v Anderson* (1977) 76 DLR (3d) 482; there was no trust property to which fiduciary duties could attach; hence the basis for the liability was lacking. For an extension of the doctrine of fiduciary duty not to disclose confidential information, where no agency, or contractual relationship existed between the parties, see the decision of the Supreme Court of Canada in *LAC Minerals Ltd v International Corona Resources Ltd* (1989) 61 DLR (4th) 14; contrast *Hospital Products Ltd v United States Surgical Corp* (1984) 156 CLR 41, in which the High Court of Australia was against importing trust concepts into a commercial setting or situation.

17 *McDonnell v Barton Realty Ltd* [1992] 3 NZLR 418. Or an applicable custom is alleged and proved: *Jones v Canavan* [1927] 2 NSWLR 236; above, p 78, note 7. Contrast *MacManus Realty Ltd v Bray* (1971) 14 DLR (3d) 564.

18 *Clark Boyce v Mouat* [1993] 4 All ER 268 at 273.

19 (1877) 3 App Cas 254 at 274-5.

'disinterested and true advice',²⁰ this must be taken as being correct only where the agent has made clear, in accordance with what was stated above, what he is doing and its consequences. In *Clark Boyce v Mouat*,¹ where this was said to be the law, solicitors in New Zealand agreed to act for a woman seeking to mortgage her house as security for a loan to her son and for her son (whose usual solicitors had declined to act for the son in the transaction). When the parties met in the solicitors' office, the solicitors advised the mother to seek independent advice before entering into the transaction. She declined to do so and signed an authority to such effect. The transaction was explained to her: she was advised she would be the principal debtor not merely a guarantor; she was also warned that she could lose her property if the son did not keep up the mortgage payments. She signed the mortgage documents. The son's business failed: he became bankrupt; and the mother was obliged to repay the mortgage. She sued the solicitors alleging, inter alia, breach of fiduciary duty in failing to decline to act for her. The Privy Council held that no breach of fiduciary duty had occurred. To decide whether informed consent had been obtained it was necessary to see what services were required of the solicitor by the client, since, if the client had command of his faculties and was apparently aware of what he was doing when he sought the assistance of a solicitor in carrying out a particular transaction, the solicitor was under no duty, before or after accepting instructions, to go beyond those instructions by proffering unsought advice on the wisdom of the transaction. Here the mother required only of the solicitors that they should carry out the necessary conveyancing on her behalf and explain to her the legal implications of what she was doing. She was already aware of the consequences to her if her son defaulted, and she was not concerned about the wisdom of the transaction. Since the solicitors had advised her to obtain, and offered to arrange independent advice, they had performed all that was reasonably required of them before accepting her instructions.²

A case which illustrates what happens when an agent is neither open nor disinterested about his activities is *Fullwood v Hurley*.³

The agent was employed by X, the owner of a hotel, to sell the hotel for him. P was the purchaser of the hotel, with whom the agent alleged he had made a contract for the payment of commission to him for buying the hotel on P's behalf. It was held that there was no such contract, because the agent had not disclosed to P the fact that he was already acting as the agent of X.

There are many examples of the forfeiture by an agent of his commission for failure to disclose that his course of conduct resulted in a clash between the interests of his principal and his own personal interests when acting for more

than one party.⁴ However it must be proved that the agent was seeking to serve the interests of another, not the principal for whom he was obliged to act under the contract of agency.⁵ Moreover, it was suggested by McEachern CJ of British Columbia, in a case involving an agent employed to find a party to lend money to his principal on a long-term loan,⁶ that the agent could not be guilty of misconduct in acting in this way as long as he honestly believed that what he was doing was in the best interests of his principal. However, because, on the facts, the loan finally arranged by the agent did not result in the agent's being paid a double commission, it is suggested that these remarks are obiter dicta and are of dubious validity.

Secret profits: Another way of expressing what has been said above is that an agent may not make a secret profit out of the performance of his duties as agent. It is his duty to account for all such profit. Failure to do so will amount to a breach of his contract of agency and will disentitle the agent to his commission as well as make him liable to dismissal.⁷

What is a secret profit? The expression refers to any financial advantage which the agent receives over and above what he is entitled to receive from his principal by way of remuneration. This includes bribes given to obtain the agent's complicity in some activity not necessarily in the interests of his principal. A bribe is 'the payment of a secret commission'⁸ by a third party, or the receipt by the agent of a 'secret advantage for himself from the other party to a transaction in which the agent was acting for his principal'.⁹ But there need be no bribery involved in the making of a secret profit. Nor need there be corruption of the agent on the part of a third person. It is sufficient if the agent, without the complicity of a third person, secretly gains financial advantage to himself from the exercise of his authority.¹⁰ There may be no fraud on the part of the agent.

4. *Henry Smith & Son v Musket* (1977) 246 Estates Gazette 655; *Canada Permanent Trust Co v Christie* (1979) 16 BCLR 183; *Campbell v Wilroy Real Estate Ltd* (1979) 17 AR 414; *Advanced Realty Funding Corp v Baniink* (1979) 106 DLR (3d) 137; *Comeau v Canada Permanent Trust Co* (1979) 27 NBR (2d) 126.

5. *Goodfellow v Drschewski* (1979) 18 AR 561; cf *The Borag* [1980] 1 Lloyd's Rep 111 (alleged that the agent was serving his own interests); reversed on other grounds [1981] 1 All ER 856.

6. *Turner v Laurentide Financial Realty Corp* (1979) 97 DLR (3d) 429.

7. *Boston Deep Sea Fishing and Ice Co v Ansell* (1888) 39 Ch D 339; *Andrews v Ramsay* [1903] 2 KB 635; *Galaxy Realtors Ltd v Outlook Agencies Ltd* (1986) 48 Sask LR 215. Moreover, a contract entered into by the principal in consequence may be treated as void by the principal (at least as long as the third party has actual knowledge and is involved in the improper activity of the agent: *Logicrose Ltd v Southern United Football Club Ltd* [1988] 1 WLR 1256). Recovery of the money from the agent does not amount to adoption of the transaction by the principal and does not disentitle him to rescind: *ibid*. However, the bribe, or secret profit, was not a benefit obtained by the principal which had to be returned to the third party, on the basis of *restitutio in integrum*, when the principal rescinded the contract: *ibid*.

8. *Industries and General Mortgage Co v Lewis* [1949] 2 All ER 573 at 575 per Slade J.

9. *Mahesan v Malaysia Government Officers' Co-operative Housing Society Ltd* [1978] 2 All ER 405 at 408 per Lord Diplock. Cf *Anangel Atlas Compania Naviera SA v Ishikawajima-Harima Heavy Industries Ltd* [1990] 1 Lloyd's Rep 167 at 171 per Leggatt J.

10. No bribery or conflict of interest occurred, however, where an agent, a former director of a company, had accepted employment with a third party prior to the granting of an option agreement for the sale of shares by the company to the third party: *Amalgamated Industrials v Johnson & Firth Brown* [1981] CLY 18.

20. *Ibid* at 276 see *Davey v Woolley, Hames, Dale & Dingwald* (1982) 133 DLR (3d) 647; *Moore Sequiera* (1985) 55 Nfld & PEIR 128; *Marasco v Bow Bend Trailer Park Ltd* (1982) 36 AR 54, *affd* (1983) 31 Alta LR (2d) 162.

1. [1993] 4 All ER 268.

2. *Ibid* at 274-275.

3. [1928] 1 KB 498. For the possibility of damages if the agent acts for vendor and purchaser at the same time, see *Len Pugh Real Estate Ltd v Romvic Construction Co Ltd* (1974) 1 OR (2d) 539.

Nevertheless, there will be liability to account for the profit received, for the contract between principal and agent is one *uberrimae fidei*. Thus in *De Bussche v Alt*:¹¹

The agent in Japan, to whom had been delegated the task of selling the ship at a certain price, could not find a purchaser at that price. Therefore he bought the ship himself at that price. Later he sold the ship to X at a higher price.

It was held, first of all, that the effect of the principal's consent to the delegation by his agent to the agent in Japan made such delegation valid, and created the relationship of principal and agent between the principal and the agent in Japan. Hence that agent owed the normal duties of an agent. By purchasing the ship himself he had broken one of these duties; and by later making a profit from the transaction, without telling his principal and obtaining his consent, the agent had been guilty of further wrongdoing, for which he was liable to account to the principal. In *Lavigne v Robern*¹² the Ontario Court of Appeal held that, to discourage conduct of this kind, a fiduciary who made a generous profit had to repay the entire amount of such profit, even when a certain percentage of the property sold by the fiduciary on behalf of himself and others was owned by the fiduciary. Here the subject-matter of the sale was a corporation, 50% of the shares in which were owned by the misbehaving fiduciary who arranged the sale and made the secret profit. All of this had to be disgorged, not merely the 50% representing the shareholding interest of the other owners of the corporation. This was not a case where economic initiative was to be encouraged.¹³

Even if the agent is not being paid commission for acting on the principal's behalf, he may not secretly profit from his position. In *Turnbull v Garden*:¹⁴

An agent employed, but without a commission, to purchase an outfit for his principal's son, obtained discounts on the purchase, but sought to charge the principal for the full price. It was held that the principal could not be compelled to reimburse the agent more than the agent had actually spent. The agent could not make a secret profit from the transaction.

The position of agents who make secret profits was considered at length in *Boardman v Phipps*.¹⁵ In that case the defendants were treated as having acted as agents of a trust even though not actually appointed agents, when they made a profit out of certain dealings with companies, involving a reorganisation of shares. It was held that such profit was to be yielded to the beneficiaries of the trust, even though the defendants had not acted dishonestly. In the Court of Appeal¹⁶ Lord Denning made it clear that however an agent obtained an advantage for himself from his special position as an agent, the result was the same:

11 (1878) 8 Ch D 286. See also above, p. 166.

12 (1984) 18 DLR (4th) 759.

13 *Ibid* at 762.

14 (1869) 20 LT 218.

15 [1967] 2 AC 46; see above, pp 178-179.

16 [1965] 1 All ER 849 at 856.

'It is quite clear that if an agent uses *property*, with which he has been entrusted by his principal, so as to make a profit for himself out of it, without his principal's consent, then he is accountable for it to his principal. . . . So, also, if he uses a *position of authority*, to which he has been appointed by his principal, so as to gain money by means of it for himself, then also he is accountable to his principal for it. . . . Likewise with *information or knowledge* which he has been employed by his principal to collect or discover, or which he has otherwise acquired, for the use of his principal, then again if he turns it to his own use, so as to make a profit by means of it for himself, he is accountable. . . . for such information or knowledge is the property of his principal, just as much as an invention is. . . .

The rationale of this liability to account was explained by Lord Denning thus:

'Once it is found that the agent has used his principal's property or his position so as to make money for himself, it matters not that the principal has lost no profits or suffered no damage. . . . Nor does it matter that the principal could not have done the act himself. . . . Nor do you have to find that the act, which brought about the profit, was done within the course of his employment. . . . The reason is simply because it is money which the agent ought not to be allowed to keep. He gained an unjust benefit by the use of his principal's property or his position and must account for it.'

When the case came before the House of Lords the decision of the Court of Appeal was upheld by a majority of the House on the ground that the information about the value of the shares was property belonging to the principal, the misuse of which, by the agent, albeit not a dishonest misuse, rendered the agent liable to account for any profit to the principal. It may be that the information involved in this case was of such a 'special' kind, in Lord Hodson's phrase,¹⁷ possibly by virtue of the source of the information, viz a private company¹⁸ or a trust holding¹⁹ that the liability attached. Thus in *Industrial Development Consultants Ltd v Cooley*:²⁰

The agent was the managing director of a company in the construction industry. He was also an architect. He was approached by the chairman of the Eastern Gas Board to come and work for them although at the time the company of which he was the director were interested in a project for the Gas Board. In his position as managing director he obtained knowledge which should have been passed on to the company. Concealing this knowledge, he obtained his release from the service of the company, basing his request on alleged ill health. The company would never have released him if they had had full knowledge of the facts. The former director thereupon went to work for the Gas Board who gained the advantage of his knowledge. It was held that the director was under a fiduciary obligation in the circumstances: that his interest and duty conflicted: and therefore he was

17 [1967] 2 AC 46 at 109.

18 *Ibid* at 101, 102-103 per Lord Cohen.

19 *Ibid* at 115, per Lord Guest.

20 [1972] 2 All ER 162, [1972] 1 WLR 443. Cf the facts of, and decision in, *Canadian Aero Service Ltd v O'Malley* (1973) 40 DLR (3d) 371.

liable to account to the company of which he was formerly managing director for all the profit he had made by his transfer of services.

Here the case was much clearer: for the agent was fully cognizant of the impropriety of his conduct, unlike the solicitor in the *Boardman* case, who genuinely believed that he was acting with the consent of his 'principals'. What is interesting, however, is that the Court, following the *Boardman* decision, regarded the information possessed by the agent as the key to his obligations as an agent. Thus the *Boardman* case can be used to extend the scope of an agent's responsibilities.

The decision of the House of Lords is capable of being used to extend the scope of an agent's liability for secret profits beyond the boundaries of prior authority. Possibly the rationale of this case is to be found not in the law of agency but in the general law of equity¹ or even in the doctrine of unjust enrichment or restitution.² It is clear that a similar doctrine applies to those who are not agents in the strict sense, but are in a similarly fiduciary relationship. Thus it has been held to apply to policemen and soldiers who have used their position to make a secret (and illegal) profit.³ In *A-G v Goddard*⁴ a police sergeant took bribes to conceal criminal offences. In *Reading v A-G*⁵ a soldier used his uniform to get drugs and other goods illegally through police barriers: for this service he was bribed by large amounts of money. In both cases it was held that the person acting illegally had to hand over his profit to the Crown, despite the fact that the persons involved were not really 'servants' or 'agents' of the Crown,⁶ nor were strictly speaking in a fiduciary relationship, and moreover, were really acting outside the scope of their authority. The rationale of the cases was that the men in question were improperly making use of their special position to profit secretly and illicitly. In this respect, therefore, an agent may not be in any special position.⁷

1 The whole attitude of the House of Lords is consistent with the decision (and the dissent) being based upon general principles of equity dating back to *Keech v Sandford* (1726) 1 Sel Cas Ch 61.

2 For a detailed, general discussion, see Jones 'Unjust Enrichment and the Fiduciary's Duty of Loyalty' (1968) 84 LQR 472, in which the learned author discusses an important aspect of the question, namely, whether the principal's remedy is proprietary, so that he can claim everything, or only personal, which will limit the principal's claim to the profits made by the agent. See also Goff and Jones *Law of Restitution* (4th edn 1993) ch 34; and also ch 2.

3 For an even wider use of the notion of fiduciary duties, leading to the disgorgement of 'secret' profits, or benefits unfairly obtained at the expense of another, to whom such a duty was owed, see the decision of the Supreme Court of Canada in *LAC Minerals Ltd v International Corona Resources Ltd* (1989) 61 DLR (4th) 14. Contrast with this the Australian decision in *Hospital Products Ltd v United States Surgical Corp'n* (1984) 156 CLR 41; see above, p 179, note 16.

4 And to municipal officers, eg a Mayor, although on the facts nothing improper had taken place, according to the Supreme Court of Canada, reversing the Courts below: see *City of Edmonton v Hawrelak* (1972) 24 DLR (3d) 321; on appeal (1973) 31 DLR (3d) 498; affd (1975) 54 DLR (3d) 45.

5 (1929) 98 LJKB 743.

6 [1951] AC 507, [1951] 1 All ER 617.

7 *A-G for New South Wales v Perpetual Trustee Co Ltd* [1955] AC 457, [1955] 1 All ER 846.

8 For the situation of the Law Society vis-à-vis solicitors in England and Wales, see *Swain v Law Society* [1980] 3 All ER 615, [1980] 1 WLR 1335; varied [1981] 3 All ER 797, [1982] 1 WLR 17 where the Court of Appeal held that the society was the agent for solicitors in arranging liability insurance: therefore the society was not allowed to keep commission granted by the insurance company. This was reversed by the House of Lords [1982] 2 All ER 827.

On the other hand an agent may be distinguishable from other fiduciaries, in that if the principal knows about the profit being made by the agent, and consents to his doing so, or does not object, then the agent is entitled to keep the profit he makes, for it is no longer secret.⁸ Furthermore, if the profit, though secretly made, has not been obtained as a result of any fraud practised on the principal, the making of such profit will not deprive the agent of his rights against the principal, though the agent will not be able to keep his secret profit. This is illustrated by *Hippisley v Knee Bros*.⁹

The principal employed the agents to sell goods on commission. The agents did so, and debited the principal with the cost of printing and advertising. From the people with whom they had dealt on these matters the agents had received discounts. This was perfectly honest, and in accordance with custom in the trade. None the less, it was held that to do this was a breach of their obligations as agents, and they could not make an extra profit by debiting the principal with the discount they had obtained. However, since they had not been guilty of fraud, they were entitled to receive their commission.

In *Boardman v Phipps*¹⁰ the House of Lords considered that the defendants, who had not acted fraudulently, deserved some compensation for their work and skill in obtaining the shares and so acquiring a profit for the principals, the beneficiaries of the trust, which the trustees were unwilling to acquire by and for themselves. On what basis this was held is not clear. In the Court of Appeal¹¹ there was a difference of opinion as to the validity of such 'compensation' between Lord Denning MR and Pearson and Russell LJ, the former regarding an honest agent as entitled to something, in the discretion of the court, if he had done valuable work in obtaining the profit, the two latter judges being less inclined to approve such a policy, for which it has been suggested¹² there is some support in earlier authority.¹³

8 *Hippisley v Knee Bros* [1905] 1 KB 1 at 9 per Kennedy J. See *Anangel Atlas Compania Naviera SA v Ishikawajima-Harima Heavy Industries Ltd* [1990] 1 Lloyd's Rep 167, where the plaintiffs knew about the relevant payments which were held not to be bribes. But in *Brown v IRC* [1965] AC 244, [1964] 3 All ER 119, it was held that a solicitor could not allege that there was a valid custom under which he was entitled to invest his clients' money and retain the interest for himself. Although this practice appears to have been accepted in Scotland (where this case arose), and, seemingly adopted by many English solicitors, it was held by the House of Lords to be an infringement of the agency relationship, as not being based upon any consent on the part of the principal. As a result of the uncertainty produced by this case, the Solicitors Act 1974, s 37 provides for the making of rules relating to the interest on client's money.

9 In *Swain v Law Society*, above, it was held by the Court of Appeal that the society could retain the commission obtained from the insurance company, as long as this commission was received after individual solicitors had learned the facts; on appeal see [1982] 2 All ER 827.

10 Above. Contrast *Turnbull v Garden*, above. Cf *Stubbs v Slater* [1910] 1 Ch 632, where a practice of the stock market permitted a broker to charge a small fee for arranging transfers of shares. This was not fraudulent. Cf also the dicta in *Kelly v Cooper* [1993] AC 205.

11 [1967] 2 AC 46.

12 [1965] 1 All ER 849 at 857, 864, 865.

13 Goff and Jones *Law of Restitution* (4th edn 1993) p 664, note 90.

But see, suggesting the contrary, *Guinness plc v Saunders* [1990] 2 AC 663, [1990] 1 All ER 652.

For a secret profit to take the form of a bribe, and therefore give rise to the civil and criminal liabilities that are involved in the giving and taking of such bribes, the profit must have come to the agent through the activity of some third party, who intentionally and secretly offers a commission to the agent for doing something, usually, but not necessarily, for the benefit of the third party. In the event that an agent has accepted a bribe from a third party, the principal has several possible remedies available to him as against both the bribed agent and the briber. This was made clear by the Privy Council in *Mahesan v Malaysian Government Officers' Co-operative Housing Society Ltd.*¹⁴

The director of a housing society conspired with M for the purchase by M of land in Penang and its resale to the society at a considerable profit to the conspirators. M bought the land at the sale price of \$456,000 and sold it to the society for \$944,000. Between the date of purchase and the date of resale to the society, M had to evict certain squatters from the land, at a cost of \$45,000. The gross profit from the arrangement was therefore \$488,000 (net \$433,000 after the eviction of the squatters). M gave the director of the society \$122,000, representing one-quarter of M's gross profit, by way of a bribe to the director. By the time the society discovered the truth, M had escaped to India. The director was prosecuted under anti-corruption legislation and convicted. He was then sued by the society for (i) the amount of the bribe, viz \$122,000; (ii) damages in the amount of \$488,000, being the difference between the price paid by the society for the land and the price paid for it by M. Such damages were claimed on the basis of the director's fraudulent breach of duty. The trial judge awarded the society the amount of the bribe, but did not give the society the damages also claimed. On appeal to the Federal Court of Malaysia, the director's appeal against the judgment awarding the society his bribe was dismissed; and the society's appeal against the denial of their damages was allowed, to the extent that the society was awarded \$488,000 less the sum paid to the squatters, ie, \$45,000. Thus the society was awarded both the \$122,000 and the net profit on the sale made by M, viz, \$443,000. The director appealed to the Privy Council.

The issue was whether the society could obtain what was, virtually, the same amount of money twice over. Prior to this case it had been held that a principal could obtain from his corrupt agent the amount of the bribe he had accepted since this was a 'secret profit'. He could also sue the agent and the person giving the agent the bribe, jointly and severally, to compensate the principal for any loss or damage resulting to him from the agent's acceptance of the bribe. Such liability existed cumulatively with the agent's liability to account for the bribe.¹⁵ The liability to pay damages was for deceit and conspiracy; and on proof that a secret commission had been paid, it was irrebuttably presumed that it was given for a corrupt motive, that it influenced the agent to the detriment of the principal, and

14 [1979] AC 374, [1978] 2 All ER 405: on which see Beatson and Reynolds (1973) 94 LQR 344; Tettenborn 'Bribery Corruption and Restitution—the Strange Case of Mr Mahesan' (1979) 95 LQR 68; Needham 'Recovering the Profits of Bribery' (1979) 95 LQR 536.
15 *Salford Corp'n v Lever* [1891] 1 QB 168.

that it had caused damage (at least to the extent of the bribe).¹⁶ The Privy Council decided, however, that, as against the agent and the briber, the affected principal had alternative, not cumulative, remedies: and he had to make an election which one he wished to pursue, although such election did not have to be made until the time for entry of judgment in the principal's favour on one or other of the alternative causes of action. His alternatives were between (a) claiming the amount of the bribe from the agent, as money had and received by the agent, ie, by a restitutionary claim; and (b) suing for damages for fraud in respect of the actual loss sustained by the principal in consequence of his entering the transaction in relation to which the bribe had been given.

In reaching this conclusion, the Privy Council reconciled differences of opinion that had developed between members of the Court of Appeal in England in several earlier cases;¹⁷ and made it clear that the earlier decision in *Salford Corp'n v Lever*,¹⁸ to the effect that the principal's remedies were cumulative not alternative, was incorrect: to say this was 'flying in the face of a long line of authority',¹⁹ which had been discussed and applied by the House of Lords in *United Australia Ltd v Barclays Bank Ltd*.²⁰ Thus, on the facts of the *Mahesan* case, where, in the absence of the briber, only the corrupt agent was amenable to the court's jurisdiction, the Privy Council held that, because the society was bound to elect which remedy to pursue, and would obviously have chosen to claim the greater amount by way of damages, the judgment of the Federal Court of Malaya would be varied by awarding the society only the sum of \$443,000, with interest, based upon the gross profit of M less the payment to the squatters.

This judgment has been criticised on a number of grounds. For example, one critic²¹ considered that the Privy Council was wrong to deny the society the right to recover both the bribe and the profit on the ground that the society would thus have received an undeserved 'windfall'. This was because, in all cases where a principal recovers a secret profit, the principal obtains a windfall. Nor should the award of bribe have been regarded as diminishing the damages actually suffered by the society because it came out of the original profit. The reason for this was that the purpose of the law was to deter agents from committing corrupt acts and making unauthorised profits, even if this might result in the apparent unjust enrichment of the principal. Moreover, the recovery of the bribe was intended by

16 *Industries and General Mortgage Co v Lewis* [1949] 2 All ER 573 at 578 per Slade J. This was applied by Havers J in *Taylor v Walker* [1958] 1 Lloyd's Rep 490 at 511–512. There the bribe in question was given by an insurance company to assessors, who were the agents of someone injured in a road accident and who was claiming compensation. It was held that the effect of this bribe, given the assessors to get them to make the injured person accept a settlement, was to avoid the settlement.

17 *Grant v Gold Exploration and Development Syndicate Co* [1900] 1 QB 233; *Hovenden & Sons v Millhoff* (1900) 83 LT 41 (applied in respect of the damages recoverable when an agent earned a finder's fee from the third party as well as acting as the agent of the plaintiff: *Wakeford v Yada Tompkins Huntingford & Humphries* (1986) 28 DLR (4th) 481, which was not a case of bribery, merely breach of fiduciary duty).

18 [1891] 1 QB 168.

19 *Mahesan v Malaysian Government Officers' Co-operative Housing Society Ltd*, above at 410 per Lord Diplock.

20 [1941] AC 1, [1940] 4 All ER 20.

1 Tettenborn, (1979) 95 LQR 68 at p 73.

the law to be deterrent, rather than to repair actual loss; and the recovery of damages was not to prevent corruption. Therefore, since the two claims were of a different nature, there was no reason why the two should not co-exist and be available cumulatively.² Although this appears to be a strong argument, it is suggested that the actual decision of the Privy Council is more reasonable and more consistent with true principle, in that it precludes double recovery in respect of the same 'wrong', loss or damage. Furthermore, it was only by reason of the peculiar circumstances of the case, viz, the inability of the society to sue M, that the agent was rendered liable for the bribe and the society's loss, rather than for his own share in the wrongdoing, the bribe that he received. In other situations it may well be that the principal will pursue different remedies against different parties to the corruption. A more significant criticism is that the guilty parties were able to deduct from their liability the amount which they had paid to others, viz, the squatters. It is hard to justify this, unless it be on the ground that what the wrongdoer had done was a benefit to the principal, in that otherwise the principal might have had to pay the squatters to leave. There is authority for this, even when the defendant's action was wrongful³ (and a fortiori when it was innocent).⁴ However, it is still arguable that the effect was to relieve the wrongdoer, albeit in this instance it was the agent who had only received a small proportion of the profit, from some of his otherwise undoubted liability.

Beyond these liabilities both the common law and statute reinforce the agent's duty and make persons who accept bribes guilty of crimes. At common law a person who accepts or agrees to accept a bribe is guilty of conspiracy.⁵ Further criminal liability on the part of the corrupt agents is provided for in the Prevention of Corruption Acts, 1906, 1916.⁶

² Ibid pp 74-75.

³ *Bagnall v Carlton* (1877) 6 Ch D 371; *Lydney and Wigpool Iron Ore Co v Bird* (1886) 33 Ch D 85; *Munro v Wilmour* [1949] 1 KB 295, [1948] 2 All ER 983; *Re Simms, ex p Trustee* [1934] Ch 1; *Needham* (1979) 95 LQR 536 at pp 552-555.

⁴ *Boardman v Phipps* [1967] 2 AC 46, [1966] 3 All ER 721.

⁵ *R v Whitaker* [1914] 3 KB 1283.

⁶ See *R v Barrett* [1976] 3 All ER 895, [1976] 1 WLR 946, where the expression 'agent' in these statutes is considered: and an additional superintendent of registrar of births, deaths and marriages was an agent for these purposes.

CHAPTER 9

The principal's duties

A. Remuneration

Contractual duty. The most important duty of the principal is to remunerate the agent for services rendered. The obligation to pay such remuneration—the agent's 'commission'—exists only where it has been created by an express or implied contract between principal and agent. As already seen, it is possible for an agency relationship to arise from agreement between the parties and yet be gratuitous. It is a question of construction in each case whether it was the intention of the parties that the agent shall work gratuitously or whether an agreement to pay remuneration was expressly made,¹ or can be implied into the relationship.²

The implication of such an agreement may depend upon what is reasonable in the circumstances, particularly the language used by the parties. Where nothing is said on the subject of remuneration, the circumstances may indicate that remuneration is to be paid. As Lord Atkin said, dealing with the facts of *Way v Latilla*:³

'while there is no concluded contract as to the remuneration it is plain that there existed ... a contract of employment ... in circumstances which clearly indicated that the work was not to be gratuitous.'

If the nature of the employment, and the situation of the parties, show that payment was intended, it is immaterial that nothing has been expressly agreed. Payment will be recovered on a quantum meruit basis, ie what is reasonable in the circumstances.⁴ This will be so if there is a trade or other usage or custom

¹ See, eg *Milton Marlowe & Co v Southcut Ltd* (1979) 256 Estates Gazette 293: express agreement found. Cf *Windsor Italian Village Restaurant Ltd v Remo Valente Real Estate Ltd* (1992) 27 RPR (2d) 221, contract not clear on when commission was payable, therefore term dealing with commission was ineffective.

² See, eg *Ellis v Pipe-Chem (Holdings) Ltd* (1980) 258 Estates Gazette 329: no term as to payment implied: as to the implication of a term securing in advance the payment and indemnification of the agent, see *Fraser v Equitorial Shipping Co Ltd and Equitorial Lines Ltd, The Ijaolo* [1979] 1 Lloyd's Rep 103.

³ [1937] 3 All ER 759 at 762.

⁴ *Withy Robinson (a firm) v Edwards* (1985) 277 Estates Gazette 748. In *Lewis and Graves v Harper* (1978) 250 Estates Gazette 1287, although there was no agreement as to the rate of commission, the Court of Appeal upheld a decision that payment had been agreed on a 'commission', rather than a quantum meruit basis: cf *Hampton & Sons v Trade and General Securities* (1978) 250 Estates Gazette 451. Contrast *London Commercial and Land Co Ltd v Beazer Lands Ltd* [1990] CLY para 107, where quantum meruit not commission was awarded.

RODRIGO VALENZUELA CORI

CONFLICTO Y HUMANIDADES

UN ENSAYO SOBRE ARGUMENTACION JURIDICA



00098

RETORICA

Glendower: *Yo soy capaz de llamar a los espíritus de las vastas profundidades.*

Hotspur: *Bueno, yo también y cualquier hombre puede llamarlos. ... ¿Pero vendrán cuando los llames?*

Shakespeare, Enrique IV

I. LA ARGUMENTACION COMO ACCION

Recordemos que en el centro de la actividad del abogado está el problema concreto de alguien a ser resuelto. Es así como su profesión lo sitúa de lleno en la *vida activa*. En esto no difiere ni del médico ni del constructor. Pero, enseguida, el camino del abogado toma un rumbo diferente del de aquellos porque, cualquiera sea la solución que él dé al problema que enfrenta, ella siempre consiste en lograr que otras personas actúen de cierta manera. El litigante debe lograr que un tribunal falle de cierta manera; el asesor debe lograr que terceros no pongan en duda los derechos de su cliente; el tribunal debe lograr que los tribunales superiores no reviertan su fallo y, en todo caso, que las partes —y en algunos casos el grueso público— acepten la decisión como aplicación motivada de la ley y de valores compartidos, y no como un acto de mera arbitrariedad y capricho. Si el abogado no logra en los hechos generar esas acciones y reacciones por parte de su respectivo auditorio, entonces simplemente no ha cumplido con su cometido central cual es dar a ese problema concreto de alguien la solución que estima justa, práctica o adecuada en algún otro sentido.

El abogado produce esa acción mediante su discurso. Más precisamente, como ni el litigante, ni el juez ni el asesor buscan el acuerdo de otros mediante la amenaza de fuerza u otras formas de negociación estratégica de intereses, lo que aquí nos interesa es aquel tipo de discurso que genera *entendimiento*, esto es, que hace que el auditorio reconozca méritos en la acción

propuesta diferentes a su mero carácter de moneda de cambio para alcanzar otros propósitos.

Pero en este punto es fundamental no perder el norte. La finalidad última del abogado no es lograr el entendimiento de otros *per se*, sino lograr *su acción* mediante ese entendimiento. No le basta que el otro reconozca los méritos de sus planteamientos, sino que necesita que el otro *actúe* conforme a ellos. Sólo de ese modo resuelve el problema concreto que le ha sido encomendado resolver.

Pues bien, el lector sabe que no todo discurso que llame a la acción mueve en los hechos a la acción. Se pueden dar excelentes razones a un niño para que estudie —razones que él acepte como correctas— y sin embargo no estudia. Asimismo, cualquiera que dirija una empresa sabe de la distancia que existe entre las irrefutables razones técnicas a favor de un cambio de comportamientos, y el cambio de comportamientos mismo. Y en el proceso que analizamos en el capítulo anterior, por el cual el Tribunal Constitucional aceptó que el plebiscito de 1988 contara con tribunal calificador de elecciones, no bastó el impecable raciocinio de los ministros Ortúzar, Aburto y Urzúa en contra de esta decisión, para que los demás ministros, más allá de seguramente entender la postura, les dieran su voto.

Por cierto que no se puede garantizar que un determinado discurso vaya efectivamente a mover a otra persona a la acción. Esa persona es libre y bien pudiera incluso haber resuelto de antemano que no actuará, se le diga lo que se le diga. Pero la imposibilidad de esa garantía en nada impide estudiar el discurso apto para mover a los demás a la acción, tal como el hecho que no se pueda garantizar el resultado de un partido de tenis en nada impide que el deporte se pueda estudiar y practicar. Ese tipo de discurso se conoce como *retórica*. El primero en llevar a cabo su estudio fue Aristóteles.

2. TRES PILARES DE LA RETORICA

Aristóteles define la retórica como "la habilidad de ver, en cada caso, los medios disponibles de persuasión".³⁹ Notemos cómo, conforme a esta definición, los medios disponibles de persuasión no se reducen a un arsenal predefinido y universal sino que han de ser vistos *en cada caso*. Esto es importante. En otras palabras, la retórica no es expresión de una racionalidad proposicional que vincula unas proposiciones con otras, conforme a ciertas reglas abstractas; sino que refleja una racionalidad instrumental que relaciona proposiciones con situaciones, conforme a prácticas sociales concretas.

Una breve ilustración servirá para dar una primera idea sobre este punto. La regla de inferencia conocida como *modus ponens* es de aquellas a las cuales se circunscribe la racionalidad proposicional y que vinculan proposiciones entre sí, de manera independiente de cada situación y, por tanto, aplicables *a todos los casos*. Esta regla dice que, si A es el caso, y A implica B, entonces B es el caso. Su validez depende de las proposiciones mismas y no de las circunstancias del caso al punto que ni siquiera es necesario precisarlas, bastando la referencia esquemática a "A" y "B". En cambio, como todo abogado sabe, el aforismo *a contrario sensu* no resulta de un vínculo inevitable entre proposiciones y, por lo mismo, su aplicabilidad depende de las circunstancias de cada caso. Si el letrado en una botillería prohíbe vender bebidas alcohólicas a menores de dieciocho años, es razonable concluir que, *a contrario sensu*, se permite venderlas a mayores de dieciocho. En cambio si el letrado en un elegante hotel prohíbe entrar con perros, no es razonable concluir que, *a contrario sensu*, se permite entrar con ovejas. Como se ve, este tradicional aforismo jurídico encuentra su validez o falta de validez no en relaciones abstractas y predefinidas entre proposiciones, sino en su relación con la situación y práctica social concreta a la cual se pretende aplicar, como ser que en Chile se acostumbra vender alcohol a adultos pero no se estila llevar animales a lugares elegantes.

³⁹ Retórica 1355^a, 25-30.

En términos más generales, en tanto que la racionalidad proposicional es un producto de sala de clases, cerrado en sí mismo, de perfil técnico y preciso, que se desenvuelve bajo la mirada controladora de los especialistas; la retórica se desarrolla en la ciudad, al aire libre, sin control funcionario, adaptándose a lo que vaya enfrentando en los espacios públicos de debate comunitario. En tanto que la racionalidad proposicional es un juego, donde el desafío es convencer, *pero* pasando de premisas a conclusiones *mediante sus reglas*; la retórica no conoce más límites que las necesidades de acción del momento. Es *accesorio* que no haya sido posible inferir *conforme a tales o cuales reglas* que no se debía entrar al hotel con una oveja: importa que los involucrados no entren con la oveja. Es *accesorio* que las inferencias del fallo se sujeten a las reglas de tal o cual juego lógico: importa que el plebiscito de 1988 cuente con tribunal calificador de elecciones.

Y no por eso deja de ser racional la retórica. Como expresión de la racionalidad instrumental, ella *es*—valga la redundancia— *racional*. No son caprichos sino *razones*, muchas de ellas abstraibles de la situación misma, aquello sobre cuya base persuadir a otro que no entre al hotel con su oveja, aun cuando mediante una racionalidad proposicional no se haya podido inferir la prohibición a partir del letrero que prohibía entrar con perros. Hay *razones* sobre cuya base el abogado puede lograr que los otros acepten entender que el letrero se ha de aplicar también a las ovejas. Asimismo, el Tribunal Constitucional encontró *razones*, muchas de ellas abstraídas de la situación política del momento, sobre cuya base persuadir a otros que debíamos tener tribunal calificador de elecciones para 1988, aun cuando no se haya podido inferir esa conclusión proposicionalmente a partir de los artículos 11 transitorio y 18 de la Constitución. El Tribunal Constitucional se apoyó en esas razones para invitar a una lectura diferente de los referidos artículos de manera que se entiendan exigir tribunal calificador de elecciones para 1988.

El hombre es racional, pero eso no significa que tenga que jugar siempre este o aquel juego particular de racionalidad. A veces lo que está en juego es demasiado importante para jugar el juego. Es lo que suele ocurrir al abogado que necesita que se produzca determinada acción ante un problema concreto de

alguien. El abogado no está disponible para jugar el juego de *qué se puede inferir del 11 transitorio y 18 mediante el sistema clásico de lógica deóntica*, si lo que está en juego es la legitimidad del futuro institucional de Chile.

Pues bien, esta libertad para usar "*en cada caso, los medios disponibles de persuasión*", es uno de los tres pilares en que se apoya la retórica.

Continuando nuestro análisis de la definición de Aristóteles, cabe ahora preguntar *cuáles son esos medios de persuasión* referidos en la definición comentada, esto es, qué hace que un argumento sea persuasivo. La respuesta del propio Aristóteles es sencilla y de Perogrullo: "Un argumento es persuasivo porque hay alguien a quien persuade".⁴⁰ Dicho de otro modo, y muy en su estilo, Aristóteles nos dice que observemos el mundo y sabremos qué es lo que persuade. Observemos ese mundo, entonces.

Comencemos con lo evidente, a saber, que en todo ejercicio de retórica hay un orador y un auditorio y, parafraseando a Aristóteles, *es persuasivo lo que persuade al auditorio*. Esta afirmación de Aristóteles parece obvia conceptualmente y además inútil como guía práctica, pero en realidad no es ni lo uno ni lo otro. De hecho, es tan poco obvio lo que dice Aristóteles que, normalmente, actuamos como si pensáramos todo lo contrario, vale decir, ¡actuamos como si pensáramos que lo persuasivo es lo que persuade *al orador!* Recordemos todas las veces que hemos presentado a alguien lo que consideramos un excelente argumento para sustentar nuestra posición, y después simplemente *no podemos creer* que ese alguien (nuestro auditorio) sigue impermeable, insiste majaderamente en lo que ya nos ha objetado tres veces antes sin convencernos, *no quiere entender*. Y entonces, como nuestro argumento nos parece excelente, se lo repetimos, tal vez con otras palabras y de seguro en un tono más elevado, pero él sigue sin ver lo obvio, claramente muy prejuiciado o con intereses mezquinos que defender. Nos despedimos en no muy buenos términos, pensando que nuestro argumento era excelente y que la falla estuvo en el otro que simplemente se negó a entender. Pues bien, si fuera tan obvio

⁴⁰ Retórica 1356b 25-28.

lo que dice Aristóteles, no le echaríamos la culpa al otro sino a nuestro propio argumento: es persuasivo lo que persuade al auditorio, de modo que si no persuadimos a nuestra contraparte, significa simplemente que *nuestro argumento no fue persuasivo*, no fue excelente. Así de simple. Y, ahora, lo *útil* de la definición de Aristóteles es que nos impide echar la culpa al empedrado y nos obliga a concentrarnos en los medios efectivos para lograr la acción colectiva que, al fin y al cabo, es la razón última de nuestros desvelos como abogados.

Lo recién dicho es el segundo pilar sobre el cual se apoya la retórica. Esto es, la retórica pretende ser un discurso *actuante* y no meramente comunicativo, de modo que no puede sino evaluarse por el resultado de su acción. El propósito del retórico no es comunicar sus buenas razones, sino lograr *que se actúe colectivamente de cierta manera*. Al retórico no lo consuela saber que *él tenía la razón*, sino que necesita que *se actúe* conforme a sus razones. Es natural, entonces, que la definición que da Aristóteles de lo persuasivo esté a la altura de esta alta exigencia que se autoimpone el discurso retórico: es persuasivo lo que persuadió pero no lo es, en cambio, esa argumentación irrefutable sobre la inocencia del señor pero, claro, el señor terminó en la horca porque el auditorio no fue persuadido.

Algo que a estas alturas ya será evidente para el lector es que el retórico *necesita de su auditorio* si lo que busca es lograr determinada acción colectiva que *ese auditorio* debe realizar, aprobar o impulsar. Esto da al discurso retórico un carácter extraordinariamente abierto *al otro*, especialmente dispuesto a tomar en cuenta al otro como es, sin condena ni tampoco indiferencia, sino asumiendo la visión que ese otro tiene del mundo, visión a partir de la cual el retórico debe comenzar su trabajo. De aquí nace esa regla de oro del retórico y tercer pilar en nuestra descripción, cual es *adaptarse al auditorio*.

Me ha tocado escuchar más de un malentendido acerca de lo que significa esta adaptación al auditorio, de modo que haré de inmediato un par de aclaraciones.

En primer lugar, adaptarse al auditorio no es aceptar la posición del auditorio respecto de qué hacer ante el problema debatido. El retórico no es el político populista que hace de mero eco a su auditorio. Más bien, el retórico actúa con su auditorio como lo

hace el navegante con los vientos y corrientes. No es que el navegante se desplace cual náufrago sobre una tabla a donde lo lleven los vientos y corrientes, sino que toma en cuenta y se apoya en esos vientos y corrientes, pero para seguir el rumbo que él se ha propuesto seguir y llegar donde él se ha propuesto llegar. Así por ejemplo, y como será obvio para el lector, si he logrado persuadir a alguien de algo es porque lo he conducido desde *sus* premisas a *mis* conclusiones. En eso consiste en grandes líneas la adaptación: tomar en cuenta las premisas del auditorio. Y es obviamente necesaria esa adaptación porque, argumentar desde *mis* premisas para llegar a mis conclusiones deja a mi auditorio simplemente al margen de mi monólogo, sin tomarlo en cuenta y, por lo mismo, sin persuadirlo.

Enseguida, adaptarse al auditorio no es manipulación sino consideración del otro. Cuando el lector alguna vez ha simplificado su lenguaje para dar una explicación a un niño, mal podría decirse que ha estado manipulando al niño, sino más bien habría que decir que lo ha tomado en cuenta, que lo ha considerado. Cuando en mi ejercicio profesional explico un negocio empresarial a una autoridad que es contador de profesión, se lo explico con gran énfasis en términos de la naturaleza contable de las operaciones; cuando explico el mismo negocio a una autoridad que es abogado de profesión, se lo explico con gran énfasis en términos de la naturaleza jurídica de las operaciones. Ninguna de estas autoridades está siendo manipulada sino, por el contrario, me estoy adaptando a su lenguaje y visión de los negocios *para incorporarlo* a un diálogo que haga posible el entendimiento.

Estos son entonces los tres pilares que dan su especial configuración a la retórica. La total libertad para usar "*en cada caso*, los medios disponibles de persuasión", sin sujeción a un determinado juego preestablecido de reglas inferenciales; el carácter actuante del discurso, cuyo propósito no es meramente comunicar sino producir acción; y la adaptación al auditorio.

3. LAS HERRAMIENTAS DEL OFICIO

Dado este marco, ¿cuáles son las herramientas concretas con que trabaja el retórico? Para responder, es muy ilustrativo hacer

un paralelo entre la demostración y la persuasión. En ambas hay dos etapas cuales son el establecimiento de premisas y el progreso desde las premisas a las conclusiones, pero con las diferencias que indico enseguida.

En una demostración importa que a las premisas se atribuya el carácter de verdaderas. La verdad que se les atribuye puede ser empírica, metafísica, revelada, meramente convencional, da igual.⁴¹ Una vez establecidas las premisas, la demostración traslada paso a paso hasta la conclusión, el *valor de verdad* que se ha atribuido a las premisas.

En un ejercicio de persuasión, en cambio, importa que las premisas cuenten con la adhesión del auditorio. No basta, por ejemplo, que las premisas sean verdaderas si el auditorio no cree en ellas, ni tampoco basta una mera aceptación convencional de las mismas, ya que esto no genera compromiso suficiente con las conclusiones como para que, al final, se produzca por parte del auditorio la acción buscada. Una vez establecidas las premisas, la persuasión traslada paso a paso a la conclusión *la adhesión* que el auditorio tiene por las premisas.⁴²

La demostración tiene rasgos de juego, más precisamente de un juego de *solitario*. El que demuestra no interactúa con su auditorio, de hecho no necesita auditorio. Uno puede hacer demostraciones sólo en su casa. Si llega a haber auditorio, la demostración no es conversación sino *one man show*. El que demuestra trabaja con ciertas reglas de inferencia y su desafío es llegar desde las premisas hasta las conclusiones utilizando solamente esas reglas. Algo así como el desafío de hacer ciertos dibujos sin levantar el lápiz. Lo particular de las reglas del jue-

⁴¹ Los sistemas axiomáticos modernos no pretenden que sus axiomas *sean* verdaderos, sino que simplemente *suponen* la verdad de los axiomas como hipótesis de trabajo sobre cuya base explorar lo deducible en el sistema. Es un tema instrumental, independiente de consideraciones lógicas, que el sistema resulte ser buen o mal modelo de algún aspecto de la realidad. Por cierto que, salvo en contextos lúdicos, siempre se trata de construir sistemas que modelen lo mejor posible aquello que interesa comprender. Lo interesante es que el éxito de ese esfuerzo requiere que ya de antemano se comprenda el aspecto de la realidad que se busca modelar.

⁴² Chaim Perelman desarrolla la idea de traslado de adhesión en su *Traité de l'Argumentation* escrito junto con Lucie Olbrechts-Tyteca. Hay una excelente síntesis en inglés titulada *The Realm of Rhetoric*.

go demostrativo es que están pensadas para trasladar valor de verdad. Es así como estas reglas se definen de manera que sea imposible que sean verdaderas las premisas pero falsa la conclusión a la cual esas reglas conducen.

El retórico, en cambio, no está para juegos y si las circunstancias requieren levantar el lápiz, lo levantará. No está para juegos porque lo que está en juego lo compromete más que el juego. Aquello que lo compromete tanto es *qué hacer* ante la situación concreta que tiene delante. Lo compromete que alguien sea condenado o absuelto; que tales trabajadores sean o no despedidos; que Chile vote de tal o cual manera en el Consejo de Seguridad. Su opción entre condena o absolución, despido o retención, voto favorable o contrario, no puede quedar entregada a lo que resulte de aplicar ciertas reglas de un juego predefinido, sino que depende de su postura moral, de su visión política, de su entendimiento de la historia que ha conducido a la situación que ahora se enfrenta y, por cierto, *también* del valor que atribuye a las reglas de nuestros juegos de convivencia.

Por su parte, en un ejercicio de persuasión el auditorio ya no es mero espectador pasivo y prescindible. Sin auditorio puede haber demostración y uno salta de la tina gritando ¡Eureka! Pero nadie ha sido persuadido. Enseguida, el involucramiento del auditorio en el ejercicio retórico es extremo, al punto que lo que en definitiva ocurra ocurrirá gracias a *su* acción. Y el auditorio tampoco está para juegos. También le importa la condena, el despido o el voto. Tampoco comprometerá su acción por el solo hecho que el orador haya llegado a ciertas conclusiones sin levantar el lápiz. También sujetará su decisión a su propia postura moral, visión política y comprensión de la historia.

Así, entonces, quien demuestra tiene como desafío llegar a ciertas conclusiones utilizando ciertas herramientas. Puede o no haber un auditorio observando el espectáculo y, si lo hay, puede que entienda o no entienda lo que ve, pero nada de todo esto afecta el éxito de la demostración, esto es, el éxito de encontrar una manera de llegar a las conclusiones usando esas herramientas. El retórico, en cambio, tiene un desafío diferente cual es que el auditorio actúe de determinada manera ante el problema concreto que se enfrenta. Como la acción del auditorio depende de su postura moral, visión política, comprensión histórica, todo ello

condicionado por prejuicios sociales e individuales, el retórico no puede sino buscar en ese amplio mar de elementos, prejuicios incluidos, las herramientas con las cuales trabajar. El retórico sabe que el juego demostrativo es un estrecho foco de luz artificial en medio de la inmensidad oscura e indefinida que es ese vasto fondo de posibilidades sin organizar desde donde se puede construir sentido para las cosas. Si el problema es sobre una publicación pornográfica, el retórico sabe que al auditorio le resuenan, probablemente de manera vaga pero acompañadas de algún juicio de valor, ideas acerca de la libertad de expresión, la responsabilidad social por la educación de los niños, la legitimidad del erotismo, algún sentido estético para distinguir la basura de lo valioso, la importancia de tolerar formas de vida diferentes a la propia, la necesidad de controlar los delitos sexuales, la separación entre lo público y lo privado, el respeto por las reglas de convivencia que hemos acordado, lo indeseable de ofender a terceros, la diferencia entre una sexualidad noble y una degradante, materiales todos con los cuales puede dar a una decisión sobre el caso particular un sentido que armonice con la visión de mundo del auditorio. Ese es el vasto fondo de posibilidades sin organizar con las cuales el retórico construye para cada caso sus herramientas.

Regresemos ahora a esas dos etapas de la persuasión que son el establecimiento de premisas y el movimiento desde éstas hacia las conclusiones. Detengámonos primero en el establecimiento de premisas. Lo que se busca —ya lo sabemos— no pueden sino ser premisas por las cuales el auditorio ya tenga adhesión.

Más de una vez se habrá encontrado el lector en situación de tener un buen conocimiento de las premisas de su auditorio respecto del tema en discusión, porque sucede que su auditorio es un amigo, un compañero de trabajo u otra persona cuyo pensamiento conoce bien. En tal caso el lector sabe qué opiniones o perspectivas son aceptables para su auditorio, construyendo a partir de ellas una argumentación, y sabe también qué planteamientos son inaceptables para su auditorio, haciéndose cargo de ese escollo con especial dedicación. Así también, en la vida profesional, el abogado algunas veces puede averiguar de antemano cuáles son las premisas de su auditorio. Por ejemplo, antes de presentar por ventanilla una petición a la autoridad administrativa, el abogado puede ir a conversar con quienes resolverán, para formarse una idea del pensamiento

de la autoridad sobre el tema e incluirlo después en los argumentos contenidos en su petición, sea como punto de apoyo o como materia de la cual hacerse cargo especialmente. Pero todo esto es inusual y lo normal es no contar de antemano con un conocimiento directo de las premisas del auditorio. ¿Cómo, entonces, podemos conocer la visión que el auditorio tiene de antemano sobre la materia discutida, para buscar apoyo —o sea, elaborar premisas— en aquello que de antemano acepta y hacerse cargo con especial cuidado de aquello que de antemano rechaza? Pues bien, lo hacemos sobre la base de una apuesta muy razonable: el auditorio *probablemente* participa de las opiniones y perspectivas propias de la cultura a la cual pertenece. Esas opiniones y perspectivas se conocen como *tópicos*. Incluyen tanto planteamientos explícitos de formulación estándar, como el vasto fondo de posibilidades de sentido sin organizar al cual me refería anteriormente.

El abogado confía en que podrá apoyar sus planteamientos en opiniones o perspectivas tales como *ley especial deroga ley general, ley posterior deroga ley anterior, hay que escuchar a ambas partes, a lo imposible nadie está obligado, no es legítimo el enriquecimiento sin causa*, porque dichos planteamientos son propios de la cultura jurídica a la cual pertenece su auditorio. Confía igualmente que podrá apoyar sus planteamientos en opiniones y perspectivas tales como *la inocencia merece protección, la familia es un pilar de nuestra sociedad, la democracia es una forma de gobierno deseable, no hay que entorpecer por decreto la productividad de nuestras empresas, Chile necesita ser competitivo*, porque todos éstos constituyen planteamientos que se han decantado en la cultura chilena de esta época.

Quiero destacar las siguientes características de los tópicos:

- Aristóteles, quien dio el nombre a esta materia, comienza su obra indicando que "Nuestro tratado se propone encontrar un camino de investigación por el cual podamos razonar acerca de cualquier problema que se nos presente, a partir de opiniones generalmente aceptadas".⁴³ Es interesante destacar dos cosas en esta cita inicial. En primer lugar, Aristóteles concibe la tópica como un camino de conocimiento, como dice "un camino de investigación por

⁴³ Aristóteles, Tópica 100^a, 18-20.

el cual podamos razonar". No se trata entonces de un uso mañoso de premisas ajenas para ganar una discusión, sino de un instrumento para esclarecer el problema que se tiene delante. El lector verá que esto es obvio si piensa cuántas veces esclarece su propia comprensión de algún problema apoyándose en opiniones o perspectivas como las citadas anteriormente, esto es, sacadas de nuestro acervo compartido y generalmente aceptado de principios y valores. Si el lector tuviera que tomar postura ante un problema relacionado con la publicación y distribución de pornografía, de seguro que en su fuero interno, sin siquiera ocuparse todavía de persuadir a nadie, echaría mano de los mismos tópicos a que apuntaban más arriba mis comentarios sobre este tema. Y, a este respecto, lo que hace al pensar en soledad para dilucidar el asunto no es otra cosa que lo que hace al argumentar con un tercero, todo lo cual es natural ya que, al fin y al cabo, el retórico suele estar imbuido de la misma cultura que su auditorio.

Y, enseguida, es fundamental destacar que, conforme dice Aristóteles en el texto citado, la tópica es un camino de pensamiento para razonar "acerca de cualquier problema". Vale decir, la tópica es una herramienta de pensamiento *centrada en el problema*. Cuando, en lugar de pensarse un problema, se explora lo que es inferible dentro de un sistema, no se echa mano de ese vasto fondo cultural propio o del auditorio. Si quiero determinar si 29 es un número primo, simplemente le aplico la definición de "primo", las reglas del sistema aritmético y llego a la respuesta. Cualquiera sea la visión de mundo del auditorio o mía, todos tendremos que aceptar que el juego aritmético arrojó que 29 es primo. No ocurre lo mismo cuando se piensa un problema, entendiendo por "problema" el *qué hacer* ante una situación concreta. Como dice Viehweg, la tópica es "el arte de pensar los problemas".⁴⁴ Volvemos así una vez más a lo que ha sido un hilo conductor de todo este ensayo: el pensamiento del abogado centrado en resolver el problema, no en dar cuenta de un sistema. Es la marca de la vida activa.

⁴⁴ Theodor Viehweg, *Topics and the Law*, capítulo 3.

- Los tópicos, vale decir estas opiniones y perspectivas de general aceptación, sirven de premisas sobre las cuales apoyar la argumentación. Sirven de premisas precisamente porque su general aceptación implica que serán probablemente compartidas por el auditorio y aceptadas entonces como legítimo punto de apoyo a partir del cual razonar hacia la conclusión buscada por el orador. En este sentido, la tópica es un proceso de búsqueda de premisas, tanto para razonar con otro como para argumentarse a sí mismo. De ahí que Cicerón la identificaba como *ars inveniendi*, arte de la invención de premisas.
- Insistiendo en las diferencias que hemos visto entre demostración y persuasión, es útil contrastar la naturaleza de los tópicos, instrumentos al servicio de resolver el problema que se tiene delante; con aquella de los axiomas, depositarios de la verdad última (o más bien primera) de un sistema. Algunas diferencias importantes son las siguientes:
 - A diferencia de los axiomas, los tópicos no se imponen al razonamiento. Constituyen más bien un acervo inestructurado de sabiduría compartida —el vasto fondo de *posibilidades*— del cual se puede extraer orientación, pero que no obliga. De hecho, y a diferencia de lo que ocurre con los axiomas, los tópicos pueden hasta contradecirse entre sí en su aplicación a un caso concreto, y no por ello pierden su importancia y utilidad. Así, por ejemplo, si estamos ante una ley especial antigua que difiere de una ley general nueva, el primer tópico jurídico que mencionamos arriba apoya la postura de considerar vigente sólo la primera ley (por ser especial) mientras que el segundo tópico que mencionamos apoya la tesis de considerar vigente la segunda ley (por ser posterior). En cada caso concreto, tal vez apoyado además en otros tópicos pertinentes para la situación, el abogado tomará su opción, pero es evidente que, a pesar de esta contradicción, ambos tópicos —el de ley posterior y el de ley especial— continuarán siendo importantes e útiles para guiar el razonamiento en futuras situaciones. Como se sabe, en cambio, en cualquier sistema axiomático una contradicción entre axiomas lisa y llanamente invalida el sistema.

- Los tópicos no son ni verdaderos ni falsos, sino más bien adecuados o inadecuados para iluminar determinadas situaciones concretas. Que la democracia sea una forma de gobierno deseable puede ser una perspectiva inadecuada en ciertos momentos y lugares donde una ausencia de cultura cívica simplemente no permita sostener ese tipo de institucionalidad. Pero eso no invalida el tópico sino que lo hace inadecuado para sustentar la comprensión y acción en ese particular contexto. El tópico es para el pensamiento lo que el hábito para la acción: ambos recogen la experiencia del pasado y por lo mismo sería necedad prescindir de ellos descuidadamente. Pero a la vez, como el mundo es complejo y trae situaciones imprevistas, sería también necedad actuar encadenado por determinados hábitos o determinados tópicos, sin la flexibilidad que la situación concreta requiere. El hábito dejado de lado ante una situación que así lo requiere o el tópico dejado de lado cuando las circunstancias lo exigen, no es un hábito falso o un tópico falso. Simplemente es un hábito o un tópico que no fue adecuado para el caso, pero de seguro seguirá siéndolo en otros escenarios.
- Tampoco tienen los tópicos una formulación canónica, sino que recogen principios y valores compartidos cuya formulación exacta puede variar de uso en uso. A veces se los verá explicitados como un completo aforismo, otras como el esbozo de una idea, un par de palabras. Pueden incluso usarse de manera implícita para una argumentación, sin necesidad de formulación expresa alguna. Así por ejemplo, yo podría dar cuenta como sigue de una situación: "El padre sólo escuchó la versión de uno de los dos hermanos y sobre esa base castigó al otro, cosa que es injusta". Como es obvio, me estoy apoyando en un tópico implícito cual es que es injusto no escuchar a ambas partes.⁴⁵ Nótese que incluso podría apoyarme en

⁴⁵ Esto se conoce como un *enthymema*, esto es, un silogismo incompleto porque no se explicita la premisa mayor, que en este caso sería alguna formulación adecuada del tópico.

ese tópico sin siquiera formular la conclusión, simplemente relatando que "El padre sólo escuchó la versión de un hermano y sobre esa sola base castigó al otro". Este último sería un ejemplo de un juicio incorporado a una narración, con su tópico fundante incluido.

- Los tópicos no son formales sino materiales. Su valor radica en su contenido. Es así como hay tópicos morales, políticos, económicos, jurídicos generales, tributarios, penales, laborales, constitucionales, etc. Su contenido depende de la cultura reinante en cada lugar y momento, lo que da a los tópicos un carácter dinámico en el sentido que van cambiando con los cambios en la cultura. Diferente es la situación, por ejemplo, de los axiomas de la geometría euclidea, los cuales no han cambiado en los últimos dos mil quinientos años.

Una vez establecidas las premisas por las cuales el auditorio tiene adhesión, la segunda etapa del proceso de persuasión es el traslado de esa adhesión a las conclusiones.

Como habrá comprobado muchas veces el lector en su vida cotidiana, las herramientas para trasladar adhesión no son siempre las mismas que sirven para trasladar valores de verdad en una demostración. Así, por ejemplo, un discurso largo y aburrido suele no trasladar la adhesión del auditorio por la sencilla razón que el auditorio dejó de escucharlo. Poco importa la corrección de mis inferencias lógicas si el auditorio se ha dormido. Es así como las herramientas de traslado de adhesión incluyen, entre tantas otras, las que buscan captar la atención del auditorio, tales como ordenación atractiva de la materia, eliminación de detalles excesivos, renuncia al rigor innecesario, un tono de voz y expresión corporal (o estilo escrito) motivantes, uso de imágenes memorables, etc.

Pero ahora quiero centrar la atención del lector sólo en un aspecto de lo que significa trasladar la adhesión del auditorio.⁴⁶ El asunto es a la vez sencillo y crucial. En una demostración, el

⁴⁶ El lector podrá encontrar un comentario detallado de una variedad de otras herramientas de traslado de adhesión en el tratado ya citado de Chaim Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca.

auditorio va siendo acorralado, paso a paso, no quedándole más alternativa al final del recorrido que aceptar la conclusión que se le ha impuesto. En un proceso de persuasión, en cambio, el auditorio es libre en todo momento para desconocer todo lo que ha venido aceptando en el camino.

Un raciocinio lineal no persuade por sí solo. A todos nos ha tocado alguna vez escuchar de alguien un razonamiento a todas luces impecable que conduce desde premisas que nosotros inicialmente aceptamos hasta la conclusión a la cual él quiere llegar, pero esa conclusión a nosotros nos resulta aberrante o, de algún otro modo, nos parece incompatible con nuestra visión de cómo las cosas son o debieran ser. Y, por lo tanto, sin importar las razones escuchadas, no hemos sido persuadidos. Normalmente, si no logramos ver "dónde estaba la falla" en el argumento que se nos dio, *revisaremos nuestra adhesión a las premisas* que inicialmente habíamos aceptado, matizando o condicionando en adelante nuestra aceptación de ellas. En otras palabras, nuestra defensa ante un argumento lineal cuya conclusión no nos resulta aceptable, es una suerte de *reducción al absurdo* informal: a partir de lo inaceptable de la conclusión, terminamos rechazando las premisas que inicialmente habíamos dado por buenas.⁴⁷ Luego, quien nos quiere persuadir necesita asegurarse que tanto las premisas en que se apoya *como también todas las conclusiones intermedias y la misma conclusión final*, armonicen con alguna parte importante de nuestro acervo general de opiniones y valores. Si no hay tal armonía, retiraremos la aceptación que inicialmente habíamos dado a las premisas o conclusiones intermedias que habían servido de apoyo para conducirnos hasta el punto al que habíamos llegado en el razonamiento.

Así, por ejemplo, hoy en día,⁴⁸ podría razonar como sigue con un tercero:

⁴⁷ Digo "una suerte de *reducción al absurdo* informal" porque, en rigor, la reducción al absurdo es una herramienta de inferencia lógica que sólo tiene cabida en sistemas demostrativos formales y no en razonamientos informales desarrollados en lenguaje corriente.

⁴⁸ Estoy escribiendo esto a fines de febrero de 2004.

Yo

Los compromisos deben cumplirse.

Si se ha acordado una sanción por incumplimiento, y no se ha cumplido el compromiso, entonces debe aplicarse la sanción.

Pues bien, en el acuerdo de cese el fuego al término de la guerra del Golfo el año 1991, Irak se comprometió a llevar a cabo, en el plazo de un año, el desarme total respecto de todo armamento químico, biológico, nuclear y de misiles de largo alcance; y la sanción acordada para el caso de incumplimiento, fue el término del cese el fuego. Doce años más tarde Irak aún no cumple su compromiso (por ejemplo, recién en febrero de 2003 ordenó destruir algunos misiles de largo alcance). Luego, como has aceptado mis dos puntos anteriores, estarás de acuerdo con que se aplique la sanción acordada, esto es, que se ponga término al cese el fuego e Irak sea nuevamente atacado.

Mi argumento en este diálogo imaginario es ingenuo, ya que nadie en sus cabales argumentaría de ese modo a un pacifista. Tiene un sabor a diálogo platónico en el sentido que, paso a paso, busca arrinconar al auditorio mediante la aceptación que éste va otorgando a premisas y conclusiones intermedias, con la esperanza que al auditorio *no le quede otra* que aceptar la conclusión. Pero, como se ve en el ejemplo cuya estructura general todos reconocerán de su experiencia personal, no es efectivo que al auditorio *no le quede otra* que aceptar una conclusión que no armoniza con su visión de cómo las cosas son o deben ser en el mundo. En efecto, siempre le queda la posibilidad de retirar la aceptación que había dado anteriormente a premisas o conclusiones intermedias, matizándolas, haciendo distinciones que no había hecho (en nuestro ejemplo, el auditorio dice

El tercero

De acuerdo.

De acuerdo

...No estoy de acuerdo. Es cierto como yo decía que hay que respetar los compromisos, pero... no los que resultan de una guerra. Y hay que aplicar sanciones acordadas, pero no si la sanción es un acto de guerra en que morirán inocentes.

ahora que *es distinto* si el compromiso es forzado por una guerra o si su cumplimiento ha de ser una guerra), o simplemente reconociendo que no había visualizado los alcances de la premisa pero, ahora, ya no le parece aceptable.

Esto es pan de todos los días en el razonamiento legal. Lee-mos la ley, tomamos conocimiento de los hechos, y aplicamos mentalmente la ley a esos hechos... descubriendo que su aplicación en el caso particular arroja consecuencias que estimamos inaceptables. ¿Significa que *no nos queda otra* que aceptar la inaceptable conclusión? Como todo abogado sabe, no es el caso que no nos quede otra. Nos queda siempre la posibilidad de retirar nuestro apoyo inicial a las premisas o conclusiones intermedias. Eso se traduce en quitar nuestro apoyo a lo que fue nuestro entendimiento inicial del texto legal o a lo que fue nuestro entendimiento inicial de los hechos, e introducir matices y distinciones para partir de premisas o conclusiones intermedias diferentes respecto de lo que el derecho dice o de lo que los hechos son.⁴⁹

Tomando un tradicional ejemplo de la literatura, supongamos que la ley reza: "Se aplicará una multa de \$ 100 a cualquiera que duerma en una estación de trenes". Después, un turista que esperaba sentado el tren de las tres de la mañana es pillado infragante en un momento en que se le cierran los ojos, cabecea y se queda dormido apoyado en el respaldo de su banca. ¿Le aplicamos la multa? Si nos atenemos a la aceptación de la primera lectura de las premisas, esto es, de lo que dice la ley y de lo que fueron los hechos, habría que aplicarla. Pero podemos retirar nuestra aceptación de esas premisas si la conclusión de castigar al turista nos parece aberrante. Por ejemplo, podríamos decir que la referencia del texto a "dormir" se aplica a vagabundos que pernocten en la estación, pero no a alguien que dormite de cansancio mientras da a la estación precisamente el uso para el cual fue concebida, cual es esperar y tomar trenes. O podríamos decir que la persona no durmió, porque para los efectos de la

⁴⁹ En lenguaje de los capítulos anteriores, esto no es sino producir una narración diferente de los hechos o dar un uso diferente al derecho, a fin de encontrarle al problema concreto que se tiene delante una solución que nos parezca razonable o deseable.

regla "dormir" no es perder conciencia un instante sino acostarse desenfadadamente sobre las bancas de la estación. Sea cual fuere la distinción que escojamos hacer, estamos utilizando la misma estrategia de salida que usó el pacifista ante las razones del belicista en el ejemplo anterior. Estamos quitando el asentimiento inicial a ciertas premisas o conclusiones intermedias, para evitar aceptar una conclusión que choca con nuestra visión de cómo el mundo es o debiera ser.

De más está decir que es totalmente diferente lo que ocurre cuando se razona dentro de un sistema como, por ejemplo, la matemática. En ese caso no existen los grados de libertad que permitirían introducir matices o distinciones en las premisas o conclusiones intermedias, porque el exacto significado y la validez de cualquier premisa o conclusión están predeterminados y de manera definitiva por las reglas de un juego que ha de respetarse cualesquiera sean las conclusiones a que nos conduzca. Si he aceptado esas reglas, incluyendo que un número primo es cualquier número divisible solamente por 1 y por sí mismo, entonces cuando me obligan a concluir que 29 es primo no puedo replicar, desde mi desagrado con la conclusión, que, repensando el tema, son primos los números mayores que 100, de modo que el 29 no es primo. Más bien, en este caso, realmente *no me queda otra* que aceptar que 29 es primo.

Lo dicho apunta a una diferencia fundamental entre demostrar y persuadir. La demostración es un espolón que fuerza las puertas hasta que se abren. Con cada golpe inferencial, las puertas van quedando irremediabilmente más débiles, hasta que terminan por ceder. La persuasión, en cambio, sólo puede aspirar a que las puertas nos sean abiertas voluntariamente desde adentro. En cualquier momento, incluso a último minuto, nos pueden retirar la buena disposición y permanecerán cerradas. La demostración cobra su fuerza del ámbito artificialmente acotado de los sistemas de inferencia, que no dejan espacios de libertad para que el auditorio escape reconsiderando lo que antes había aceptado. La persuasión, en cambio, actúa en el terreno movedizo de los cambios de postura que siempre son posibles por causa de las múltiples facetas de cualquier problema concreto respecto del cual debe decidirse qué hacer. Como

dice Viehweg, "el pensamiento de un problema siempre escapa a cualquier atadura".⁵⁰

Por lo ilustrativo que resulta, he insistido mucho en el paralelo entre demostración y persuasión. Pero lo dicho no quita que la demostración sea *uno* de los tantos instrumentos útiles para persuadir. Eso es así porque, dentro de su visión general de cómo las cosas son y deben ser, cualquier auditorio suele incluir algún reconocimiento de valor a las inferencias formalmente válidas. Es así como la argumentación persuasiva suele incluir una que otra demostración, normalmente breve.

Pero, repito, la demostración es sólo *uno* de los diversos instrumentos útiles para persuadir. Por lo mismo, no es ni necesario ni usual que un argumento persuasivo incluya como eje una cadena inferencial completa desde premisas aceptadas hasta la conclusión. Prueba de ello es nuestra experiencia cotidiana. Si mi cónyuge me ha persuadido acerca de dónde ir de vacaciones, sería bastante inusual que lo haya logrado con una larga y sesuda cadena de silogismos partiendo de *cogito, ergo sum* hasta llegar a *Termas del Flaco, quod erat demonstrandum*. Probablemente, más bien, me ha dicho algunas cosas sobre la edad de la abuela para un viaje largo, y ha dicho otras cosas sobre los precios altos de lugares alternativos de veraneo, y tal vez otras sobre el asma del niño, sobre lo bonito del paisaje de las fotos de propaganda y sobre que el año anterior ya se hizo lo que yo había querido. Hay, por cierto, algunos silogismos implícitos (entimemas) tales como "Tú prefieres gastar poco dinero en vacaciones; mi alternativa cuesta menos que la tuya; por lo tanto tú prefieres mi alternativa", pero ninguno de ellos constituye una cadena inferencial ni larga ni concluyente (ni siquiera explícita), sino que el esfuerzo de persuasión se apoya más bien en la amplitud de referencias a ese fondo de perspectivas u opiniones compartidos acerca de la abuela, el niño, los precios, el paisaje, la relación conyugal; con todo lo cual armoniza bien la alternativa que ella propone.

En síntesis, rara vez es persuasiva por sí sola una cadena lineal de razones que, una a una, conducen desde las premisas

⁵⁰ Theodor Viehweg, *Topics and the Law*, capítulo 3.

hasta la conclusión. En cambio sí suele ser persuasivo destacarle al auditorio la coherencia que la conclusión guarda con alguna parte importante de su amplia red de opiniones y percepciones, más o menos conexas y más o menos compatibles entre sí, acerca de cómo las cosas son y cómo debieran ser. En su argumentación, nuestro cónyuge del ejemplo intuye que los medios de persuasión no pasan por formular una perfecta derivación lógica sino que pasan por destacar cómo su opción por un determinado lugar de vacaciones se incorpora a la red de mis percepciones y valores, que incluyen preocuparme de la abuela, no gastar mucha plata, cuidar del hijo, ir alternando equitativamente en el tiempo con mi cónyuge las posibilidades de tomar decisiones, gozar de bellos paisajes, etc. Termino abriendo yo mismo las puertas de mi aceptación sin que hayan sido forzadas por un ariete demostrativo.

Es así también como en el caso de Guillermina Toledo la corte hace la siguiente descripción de hechos en el considerando segundo: "Humberto Mora Torres[...] abandona a su mujer para casarse con la reo Guillermina Toledo Manríquez, de 15 años, con quien celebra bodas el 5 de enero de 1961, encontrándose vigente el vínculo anterior. De ésta se separa meses antes de los hechos, después de haber nacido una hija". Como ya hemos visto, el hecho que Humberto Mora haya *abandonado* a su primera mujer, que Guillermina Toledo haya tenido *15 años cuando se casó*, que después Mora se haya *separado* de ella, y que ella haya quedado con una hija de aquél, no tiene relación alguna con el hecho punible contemplado en el artículo 390 del Código Penal cual es que un cónyuge mate a otro. No importa que un cónyuge deje la casa; si es matado por el otro, igual hay parricidio. No importa la edad que un cónyuge haya tenido al casarse; si después mata al otro, igual hay parricidio. No importa que un matrimonio tenga o no tenga hijos; si uno mata al otro, igual hay parricidio. Pero aunque nada tengan que ver estos hechos con aquellos que constituyen la hipótesis contemplada por la ley para castigar o no castigar, tienen valor argumentativo por cuanto predisponen al auditorio a favor de una respuesta ante la pregunta sobre *qué hacer*, y lo predisponen mediante el uso implícito de un tópico que podría formularse como "la inocencia merece protección". La descripción

busca, precisamente, contrastar la "mala vida" de Mora con la inocencia abusada de Toledo. Además, la referencia a estos hechos ajenos a las reglas aplicables ilustra cómo un tribunal no está disponible para un juego de reglas cuando lo que está en juego importa más que el juego, en este caso la vida de Guillermina Toledo.

Algo similar vemos en el considerando 14 del fallo del Tribunal Constitucional acerca de la existencia de tribunal calificador de elecciones para el plebiscito de 1989. Dice que la conclusión a la que ha llegado "la ratifica el hecho de que ese plebiscito será la expresión de la voluntad del pueblo, quien ejerciendo la soberanía, resuelva sobre el acto político más importante con que se inicia el período en que cobrarán plena vigencia todas las disposiciones permanentes de la Carta Fundamental". Al igual que en el caso anterior, nada tiene que ver con las disposiciones constitucionales pertinentes (básicamente el artículo 11 transitorio) el hecho que se trate de un acto político muy importante o poco importante, o que se trate de un acto de aquellos en que se ejerce o de aquellos en que no se ejerce la soberanía popular. Cualquiera sea la importancia y naturaleza del acto regulado por la Constitución, debiera procederse conforme lo regula la Constitución. Sin embargo, es evidente la importancia de la inclusión de consideraciones como ésta en la argumentación. Nuevamente, hay referencia implícita a un tópico que podría formularse como "los actos políticos importantes en que se ejerce la soberanía popular debieran ser fiscalizados por un tribunal independiente que resuelva reclamaciones y proclame los resultados". Nuevamente, también, la referencia a consideraciones ajenas a las reglas aplicables muestra cómo el Tribunal Constitucional no se sujeta a un juego de reglas si lo que está en juego es la legitimidad de la futura institucionalidad de Chile.

Vemos entonces que, tratése de la cónyuge defendiendo ir de vacaciones a determinado lugar, o de la corte buscando evitar la pena de muerte para una niña o del Tribunal Constitucional preocupado por la legitimidad del nuevo orden institucional de Chile; todos ellos argumentan, como diría Aristóteles, ejerciendo la habilidad de ver, en cada caso, los medios disponibles de persuasión adecuados para ese caso; sin sujeción

a un juego preestablecido de reglas inferenciales; echando mano de tópicos que faciliten al auditorio abrir las puertas de su aceptación a la propuesta que se le formula respecto de qué hacer.

TEMAS PARA DISCUSION

1. Examine en detalle el razonamiento de los tribunales en el fallo de primera instancia en el caso Shirizawa y en el fallo del Tribunal Constitucional que se encuentran en el anexo. Identifique i) las cadenas inferenciales lógicas y ii) los recursos retóricos que se emplean en los considerandos de cada sentencia. Responda las siguientes preguntas:
 - a. ¿Los recursos retóricos debilitan o fortalecen la argumentación? Por así decir, ¿son fallas estructurales o fortalezas estructurales de la argumentación?
 - b. ¿Distingue usos de tópicos en los cuales se apoya el discurso? Identifíquelos.
 - c. ¿Hay un único razonamiento lineal que lleva de manera irrefutable desde las premisas (hechos narrados, ley, tópicos) hasta la conclusión, o bien hay una aproximación al problema desde diversos ángulos y con múltiples medios (poéticos, hermenéuticos y retóricos) que va construyendo una visión global sobre el tema?
 - d. ¿Cuál cree usted que es el auditorio en cada caso?
2. Tratándose de lograr la aceptación de otros para determinada respuesta a la pregunta sobre *qué hacer* ante un problema concreto, ¿Es buena retórica un discurso florido y adornado? ¿Es retórico un discurso de estilo austero, aséptico, de vocabulario técnico?
3. Tratándose de lograr la aceptación de otros para determinada respuesta a la pregunta sobre *qué hacer* ante un problema concreto, ¿es posible apoyar una argumentación exclusivamente en lógica, prescindiendo de la poética, la hermenéutica y la retórica?