

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 prolijos 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 provocará 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 al 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 difícil 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.