LA PARÁBOLA DEL ADMINISTRADOR INFIEL

Un estudio sobre los conflictos de intereses y el deber de lealtad

Diego G. Pardow L

§1. Introducción

Cuando a una persona se le otorga una potestad para utilizarla en beneficio de otra, como sucede en el mandato, las guardas o la administración de una sociedad anónima¹, el titular de la potestad se encuentra sujeto a ciertos deberes que impone la naturaleza de su relación con el dueño del patrimonio que administra, y que es al mismo tiempo, beneficiario de la potestad. Además de comportarse de manera prudente y de rendir cuenta de su gestión, el titular de la potestad tiene el deber de ejecutar su cargo con la finalidad de satisfacer el interés del dueño o beneficiario. Conforme a un lenguaje que se ha hecho tradicional en nuestro derecho de sociedades, esto es lo que se conoce como deber de lealtad en el ámbito de las relaciones fiduciarias².

¹ El esquema propuesto utiliza como referencia las reglas de las guardas, el mandato y las sociedades anónimas. Esta opción obedece a que las tres figuras son ampliamente utilizadas y sus reglas pueden extenderse de manera dispositiva a las restantes hipótesis de administración de patrimonios ajenos. Un razonamiento similar en LIRA, Pedro, *El Código Civil y el nuevo derecho* (Santiago, Nascimento, 1944), pp. 118 y ss.

² Ver por ejemplo, BARROS, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006), pp. 813 ss.; CAREY, Guillermo, *De la sociedad anónima y la responsabilidad civil de los directores* (2ª Edición, Santiago, Editorial Universitaria, 1993), pp. 137 ss.; ALCALDE, Enrique, *La sociedad anónima. Autonomía privada, interés social y conflicto de intereses* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007), pp. 47 s. y 75 s.; y, DÍAZ, Regina, *Deber de los administradores de no competir con la sociedad anónima que administran*, en *Revista de Derecho* (U. Valdivia), 2007, Vol. 20,

La doctrina de las relaciones fiduciarias es una antigua categoría dogmática del *common law*, que como suele suceder en derecho privado, tiene su origen en el derecho romano y su equivalente comparado en la doctrina de los derechos subjetivos desarrollada por los sistemas legales continentales³. Lo esencial de estas doctrinas está en reconocer que instituciones como el mandato, las guardas o la administración de personas jurídicas comparten una misma naturaleza funcional: cuando a una persona se le encarga la gestión de un patrimonio ajeno actúa como depositario del interés que tiene el dueño al delegar la administración de sus bienes, y en consecuencia, la finalidad con que el administrador utilice sus potestades definirá materialmente el ámbito legítimo de su ejercicio⁴.

Atendido que el titular de la potestad debe administrar el patrimonio con la finalidad de satisfacer los intereses del dueño, el elemento característico de las infracciones a deberes de lealtad consiste en la presencia de una desviación de fines⁵. A su vez, salvo un acto irracional o de mera venganza, la desviación de fines se produce frente a la existencia de un conflicto de intereses. Durante la administración de un patrimonio ajeno, la presencia de un conflicto de intereses permite al titular de la potestad instrumentalizar un negocio cualquiera para favorecer sus propios intereses o los de un

No. 1, pp. 85-106.

³ Para una descripción de la relación entre estas doctrinas, ver mi *Potestades de administración y deberes fiduciarios*, en *Estudios de Derecho Civil II* (Santiago, LexisNexis, 2007), pp. 89-112.

⁴ BARROS, Enrique, *Límites a los Derechos Subjetivos Privados. Introducción a la Doctrina del Abuso del Derecho*, en *Revista Derecho y Humanidades* (U. de Chile), 1999, Vol. 7, p. 13.

⁵ Respecto de la desviación de fines en las relaciones fiduciarias, GARRIGUES, Joaquín, *Negocios fiduciarios en el derecho mercantil* (Madrid, Civitas, 1981), pp. 21 y ss.

tercero relacionado, aprovechándose de la posición de confianza que ocupa para obtener un beneficio a espaldas del dueño del patrimonio.

De este modo, ser leal significa primeramente evitar los conflictos de intereses. Con todo, el deber de lealtad tiene un cierto sentido altruista que no se agota en evitar un conflicto de intereses y exige que frente a intereses incompatibles el administrador privilegie el interés del dueño del patrimonio, aún a costa del suyo propio⁶. Así, la lealtad proscribiera el conflicto de intereses recogiendo un principio de justicia elemental en contra del oportunismo de quienes ocupan una posición de poder en una relación de confianza, o como puede apreciarse en la parábola bíblica del administrador infiel:

«Ningún administrador puede servir a dos señores, porque aborrecerá al uno y amará al otro; o bien se dedicará a uno y desdeñará al otro» (San Lucas 6-13).

El desafío principal de proteger la finalidad en la administración de un patrimonio ajeno, radica en que los medios de que dispone el derecho privado difícilmente pueden llegar a determinar cuáles son las intenciones reales del administrador. Por ello, mediante la noción de conflicto de intereses es posible recorrer el camino entre un parámetro abstracto de finalidad y una noción sustantiva como el deber de lealtad. En el fondo, al incorporar la noción de conflicto de intereses, la valoración sobre la finalidad de un negocio se centra en un aspecto del proceso de toma de decisiones: el deber de lealtad requiere que la selección de la contraparte en

⁶ Sobre la naturaleza altruista de las relaciones fiduciarias, DABIN, Jean, *El Derecho Subjetivo* (traducción castellana de F. J. Osset, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955), p. 276.

un contrato por parte del administrador sea consecuencia de una decisión imparcial.

Por eso, el estándar de comportamiento que debe cumplir el titular de la potestad viene dado por la actitud que debe seguir frente a un conflicto de intereses. Sin embargo, la búsqueda de este estándar se enfrenta con la dificultad de que las reglas donde se recoge se encuentran dispersas en distintas instituciones que, a primera vista, no consagran una solución armónica. El objetivo de esta ponencia es demostrar que existe un deber general de lealtad aplicable a todo aquel que administra un patrimonio ajeno y que las distintas reglas sobre conflicto de intereses en el mandato, las guardas o la administración de sociedades, pueden explicarse de manera coherente a partir de la disciplina del autocontrato, ampliamente desarrollada por la doctrina nacional⁷.

§2. Conflicto de intereses en el autocontrato y deber de lealtad

De acuerdo con ALESSANDRI⁸, un contrato supone dos partes independientes y diferenciadas, cuyos intereses contrapuestos terminan por armonizarse como resultado de la finalidad económica que cada una persigue. Puede ocurrir, sin embargo, que una misma persona tenga a su cargo varios patrimonios y pueda disponer, por lo tanto, de intereses que debieran estar opuestos en un contrato. Es lo que sucede con

⁷ Ver por ejemplo, el clásico estudio de ALESSANDRI, Arturo, *La autocontratación o el acto jurídico consigo mismo*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 1931, No. 28, pp. 5-107; el más reciente de LYON, Alberto, *Conflicto de Intereses en las Sociedades*, en *Revista Chilena de Derecho* (U. Católica), 2002, Vol. 29, No. 1, pp. 47-39; y en general, la extensa obra de la profesora María Sara Rodríguez citada en esta ponencia.

⁸ ALESSANDRI, Arturo, cit. (n. 7), p.5.

todo el que administra un patrimonio ajeno, quien puede disponer tanto de los bienes de su propiedad como de los bienes que se le ha confiado administrar. Por ello, la manera más sencilla en que puede presentarse un conflicto de intereses es la que se produce en el autocontrato⁹.

En una primera forma (contrato consigo mismo), el autocontrato consiste en un acto jurídico donde una persona actúa, a la vez, como parte directa y como representante de la otra. Al concurrir en una misma operación los patrimonios del titular de la potestad y del dueño del patrimonio, se produce un conflicto entre el interés personal con que el titular de la potestad gobierna su propio patrimonio y el interés ajeno con que debiera administrar el patrimonio del dueño. Si bien la presencia de intereses en conflicto no sólo resulta lícita sino inherente a todo contrato, en el contrato consigo mismo esos intereses en conflicto no se organizarán en atención a la finalidad económica perseguida por las partes, sino en atención a la sola voluntad del titular¹⁰.

Bajo esta forma se agrupan todos los casos en que el titular de una potestad se sitúa como contraparte del dueño del patrimonio en una relación de intercambio. En este sentido, distintas reglas de los códigos civil y de comercio prohíben actuar simultáneamente por cuenta propia y ajena en contratos de compraventa, permuta y mutuo¹¹. Algo similar ocurre con las restricciones que afectan al comisionista y a los directores de sociedades anónimas para intervenir en la fijación de sus propias remuneraciones¹². Lo que se encuentra detrás de estas

disposiciones es la idea de que en toda relación de intercambio las ganancias se obtienen a costa de la contraparte, por lo que cada vez que el titular de la potestad organice el autocontrato en función de su propio interés, necesariamente deberá sacrificar el patrimonio del dueño.

También se agrupan como formas de contrato consigo mismo los préstamos gratuitos, donaciones y regalos en beneficio del administrador o titular de la potestad, y en general, toda forma de utilización en beneficio propio de los bienes que se le encomienda administrar. Al final del día, en estos casos también hay un traspaso pero sin contraprestación correlativa¹³. En este sentido, respecto de las sociedades anónimas hay una prohibición expresa de utilizar el patrimonio social para servir el uso personal de directores y gerentes¹⁴. De hecho, incluso en las sociedades colectivas, donde los socios son simultáneamente administradores y dueños, la ley no permite que esa duplicidad de roles se extienda al punto de confundir sus bienes personales con los de la sociedad¹⁵.

En su segunda forma (contrato con doble representación), el autocontrato consiste en un acto jurídico donde ambas partes actúan representadas por la misma persona. Aunque aquí sí se produce un choque legítimo de intereses

⁹ FLUME, Werner, *El negocio jurídico* (traducción castellana de J. M. Miquel y E. Gómez, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998), p. 943.

¹⁰ ALESSANDRI, Arturo, cit. (n. 7), p. 8.

¹¹ Artículos 410, 1800, 2144 y 2145 del Código Civil; y especialmente, artículo 271 del Código de Comercio.

¹² Artículos 275 del Código de Comercio, 33 de la Ley de Sociedades

Anónimas y 33 del Reglamento de Sociedades Anónimas.

¹³ Como los préstamos se perfeccionan por la simple entrega, es difícil distinguir cuando el titular de la potestad se apropia de los bienes que administra y cuando autocontrata un comodato. Por ello, resulta más sencillo suponer el préstamo por el sólo hecho del traspaso, siguiendo la misma lógica del inciso segundo del artículo 2195 del Código Civil respecto del comodato precario.

¹⁴ Artículo 42 N°5 de la Ley de Sociedades Anónimas.

¹⁵ Artículos 2081 del Código Civil y 404 del Código de Comercio. Una regla similar puede construirse *a fortiori* en las asociaciones sin fines de lucro, a partir de los Artículos 549 del Código Civil y 259 del Código del Trabajo, que establecen que los bienes de la asociación no pertenecen en todo ni en parte a sus miembros.

entre las partes directas; al igual en el contrato consigo mismo, la organización de los intereses en conflicto no se realizará en atención a la finalidad económica que persigue cada parte, sino solamente en atención a la voluntad del representante común¹⁶. De esta manera, el conflicto de intereses se traduce en que el titular de las potestades sobre ambos patrimonios puede beneficiar a una parte directa a costa de la otra, inclinando hacia ella la balanza de las condiciones del contrato.

Bajo esta forma se agrupan los tipos de intercambio, préstamos y regalos señalados anteriormente, con la diferencia de que en estos casos quien se encuentra al otro lado de la operación no será directamente el titular de la potestad, sino un tercero con quien el titular de la potestad tiene algún tipo de vínculo o relación que puede impedir una decisión imparcial. En este sentido, en el mandato las prohibiciones de autocontratar se extienden a todos quienes actúan por interpósita persona. Algo similar ocurre en las guardas, donde se restringen las facultades para representar al pupilo en los actos celebrados con parientes o socios del titular de la potestad¹⁷. Con mayor claridad, en las sociedades anónimas la ley presume que existe un interés incompatible en los actos que celebre la compañía con personas relacionadas a los directores y gerentes¹⁸.

De esta manera, las distintas reglas sobre autocontrato

establecidas para las guardas, el mandato o la sociedad anónima, revelan un intensa preocupación por el riesgo de un conflicto intereses que se encuentra implícito en esta forma negocial. En este sentido, la tendencia en derecho comparado conduce a una mayor cercanía conceptual entre las nociones de conflicto de intereses y autocontrato. Así por ejemplo, los Principios de Derecho Europeo de Contratos presumen *iuris tantum* que existe conflicto de intereses tanto en las hipótesis de contrato consigo mismo, como en la hipótesis de contrato con doble representación. Como señala RODRÍGUEZ¹⁹, la intención detrás de suponer la existencia de un conflicto de interés en todo autocontrato, consiste en radicar en el titular de la potestad la carga de probar que sus intereses estaban alineados con los del dueño del patrimonio, o bien, que la precisión en cuanto al contenido del contrato excluía la posibilidad de conflictos.

En definitiva, la disciplina del autocontrato permite vincular distintas disposiciones dispersas sobre administración de patrimonios ajenos mediante la noción de conflicto de intereses. Ello demuestra que la parábola del administrador infiel puede encontrarse en distintos rincones de nuestra legislación. También demuestra que en todos estos casos los administradores o representantes se encuentran sujetos a un deber de lealtad similar cuya observancia peligró, cuando al otro lado de una transferencia de los bienes que se le han encomendado administrar, se encuentran ellos mismos o terceros relacionados.

§3. Las prohibiciones legales como reglas de procedimiento

Inicialmente, el autocontrato debía enfrentar serios cuestionamientos acerca de su licitud y era generalmente abordado como un atentado al principio de autonomía de la

¹⁶ RODRÍGUEZ, María Sara, *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos y el conflicto de interés en la representación*, en *Anuario de Derecho Civil*, 2002, tom. 55, fas. 4, p. 1755.

¹⁷ Artículo 412 del Código Civil.

¹⁸ Los artículos 44 y 49 de la Ley de Sociedades Anónimas presumen de derecho un interés incompatible cuando intervienen en la operación el mismo director o sus parientes; empresas en que el director o sus parientes sean dueños, directores o gerentes; personas respecto de las cuales el director actúe como representante; y, personas a las que el director preste asesoría para celebrar el contrato.

¹⁹ RODRÍGUEZ, María Sara, *Los Principios...*, p. 1759.

voluntad, que se oponía incluso a la idea misma de contrato. En efecto, si se entiende que la voluntad es una propiedad inherente a las personas y representativa de su dignidad, resulta absurdo que un mismo sujeto pueda sostener simultáneamente dos o más voluntades²⁰. Según lo expone HUPKA²¹ en su célebre máxima, nadie puede partir su alma en dos mitades y hacer que traten y contraten la una con la otra.

Sin embargo, esta manera de enfrentarse al autocontrato se encontraba en pugna con una extendida práctica comercial. Al decir de DEMOGUE²², era la construcción técnica la que debía plegarse a la utilidad práctica y no al revés. Consecuentemente, el autocontrato comenzó a analizarse como una manera lícita de hacer negocios y las prohibiciones legales como reglas de procedimiento que imponen el cumplimiento de una serie de requisitos: el titular de la potestad debe informar la

existencia del conflicto de intereses, obtener la autorización del dueño del patrimonio para autocontratar, y además en ciertos casos, adecuar el contenido de la operación a condiciones de equidad.

En primer lugar, la obligación de informar sobre la existencia del conflicto de intereses constituye el punto de partida de los deberes de lealtad del titular de la potestad. De acuerdo con DIEZ-PICAZO²³, lo que se prohíbe en el autocontrato no es celebrarlo, sino hacerlo a espaldas del mandante o representado. Una de las consecuencias evidentes de esta proposición, es que quien administra un patrimonio ajeno debe informar al dueño acerca de su interés particular en el contrato que pretende celebrar. Si bien esta obligación no se encuentra expresamente establecida en ley, su existencia se desprende de deber general de buena fe que obliga al titular a ejercer sus potestades en beneficio del dueño del patrimonio²⁴.

En derecho comparado, este deber de informar comprende todos los aspectos relevantes de la operación, incluyendo la naturaleza del interés incompatible y cualquier riesgo que en su opinión merezca la selección de la contraparte en un contrato²⁵. Así por ejemplo, si el implicado conoce el mal estado de los negocios de la contraparte o la existencia de una mejor alternativa en el mercado, debe revelar estas circunstancias al momento de divulgar su conflicto de interés. En el fondo, la buena fe exige que el titular de la potestad realice un ejercicio de honestidad que permita al dueño del patrimonio dar su consentimiento informado respecto del

²⁰ En verdad, detrás de estas objeciones se encuentra problema ético. En la tradición del racionalismo, los objetos se aprecian según su valor y los sujetos según su dignidad. Atendido que los sujetos se aprecian según su dignidad precisamente porque tienen voluntad, es la posibilidad de actuar voluntariamente lo que permite diferenciar a una persona de una cosa. Desde esta perspectiva, el autocontrato constituye una figura ilícita porque implica privar de su dignidad al representado y tratarlo como si fuera una cosa. Una extensa exposición de este argumento en HATTENHAUER, Hans, *Conceptos fundamentales del Derecho Civil* (Madrid, Ariel, 1987), p. 48 ss.

²¹ HUPKA, Josef, *La representación voluntaria en los negocios jurídicos* (Madrid, Revista Derecho Privado, 1930), p. 251.

²² DEMOGUE, René, *Traité des Obligations en Générale* (Paris, Rosseau, 1933) I, p. 11. Resulta ilustrativo el cambio de posición que realiza ALESSANDRI, quién en una etapa temprana de su obra opuso serias objeciones al autocontrato, para luego abogar en su defensa sobre la base de su utilidad para el tráfico jurídico (ALESSANDRI, Arturo, cit. (n. 7), p. 7). Para una excelente descripción del desarrollo de la doctrina europea sobre el autocontrato, RODRÍGUEZ, María Sara, *Autocontratación y conflictos de intereses en el derecho privado español* (Madrid, Colegio de Registradores, 2005), pp. 47 ss.

²³ DIEZ-PICAZO, Luis, *La representación en el Derecho Privado* (Madrid, Tecnos, 1979), p. 206.

²⁴ RODRÍGUEZ, María Sara, *Los principios...*, p. 1756, con referencia al artículo 3:205 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos, que recoge expresamente el deber de divulgar el conflicto de intereses.

²⁵ MARKESINIS, Basil y MUNDLEY, Roderic, *An outline of the law of agency* (Londres, Butterworths, 1992), pp. 92 ss.

autocontrato²⁶.

Enseguida, la autorización del dueño del patrimonio es el requisito formal que permite al titular de la potestad levantar la prohibición legal y celebrar el autocontrato. En el mandato, la autorización se materializa en un poder especial otorgado previamente o en una ratificación posterior del autocontrato²⁷. Tratándose de las guardas, la incapacidad del dueño del patrimonio exige que sea un representante legal diferente quién otorgue la autorización, típicamente los otros guardadores cuando la representación sea conjunta o el juez en subsidio. Algo similar ocurre en con las personas jurídicas, cuya naturaleza artificial les obliga a actuar siempre por intermedio de representantes, correspondiendo a los restantes miembros del órgano de administración o directamente a los socios, autorizar el autocontrato²⁸.

Según FLUME²⁹, también existirían casos donde la autorización se entiende implícita en los usos del tráfico jurídico, como cuando un cajero cambia monedas con su propio dinero o un empleado de taquilla compra una entrada para sí. Ello parece ser recogido por los Principios de Derecho Europeo de Contratos, que presumen una autorización tácita del dueño del patrimonio cuando éste razonablemente no podía ignorar el autocontrato celebrado por el titular³⁰. Al contrario, en el derecho chileno la mayoría de las disposiciones legales exigen

que la autorización del autocontrato sea expresa o formal, por lo que la posibilidad de entenderla implícita en los usos normativos tiene un campo de actuación bastante restringido³¹.

Por último, a veces no es suficiente la autorización del dueño y se exige adecuar el contenido del autocontrato a condiciones de equidad. Es lo que sucede en las sociedades anónimas, donde los contratos entre partes relacionadas deben aprobarse por el directorio, y además, ajustarse a las condiciones habituales de mercado³². Algo semejante ocurre con el mutuo en las guardas, cuya celebración exige copulativamente cumplir un procedimiento de autorización y respetar el límite del interés corriente³³. Ambos casos incorporan una forma de justo precio como consecuencia de la intervención de un nuevo representante en la autorización del autocontrato, ya sea el directorio de la sociedad, los otros guardadores o el juez en subsidio³⁴. Al faltar una manifestación directa de la voluntad del dueño, la ley pone un límite sustantivo a la autorización del autocontrato y se asegura de que este recibirá al menos, un beneficio normal según el tipo de operación.

Tratándose del mandato, las reglas para el mutuo también hacen referencia al contenido del autocontrato pero con un

²⁶ FRIEDMAN, GHL, *Law of agency* (7ª edición, Londres, Butterworths, 1996), p. 175.

²⁷ ALESSANDRI, Arturo, cit. (n. 7), pp. 49 y ss.

²⁸ En las sociedades anónimas, la autorización para autocontratar normalmente corresponde otorgarla al directorio. Con todo, para determinar las remuneraciones de los directores, la junta de accionistas mantiene una competencia privativa (artículos 33 de la Ley de Sociedades Anónimas y 35 del Reglamento de Sociedades Anónimas).

²⁹ FLUME, Werner, cit., (n. 9) pp. 955-956.

³⁰ RODRÍGUEZ, María Sara, *Los principios...*, p. 1759.

³¹ Así sucede en los casos donde existe un procedimiento reglado de autorización (artículos 410 del Código Civil y 44 de la Ley de Sociedades Anónimas) o una regla legal que exija autorización expresa (artículos 271 del Código de Comercio y 2144 del Código Civil).

³² Para una revisión de algunos criterios para determinar la equidad de la operación, LYON, Alberto, cit. (n. 7), p. 56.

³³ Artículo 410 del Código Civil.

³⁴ En general, la administración del patrimonio de incapaces y de personas jurídicas se agrupa conjuntamente como una *simple representación de intereses*, que está sujeta a reglas más estrictas porque en ambos casos los dueños no pueden sostener una voluntad autónoma e independiente. Sobre esta distinción, RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil* (Buenos Aires, La Ley, 1965), V [2ª parte], p. 160.

objetivo diferente. En efecto, la ley permite al mandatario prestar dinero al mandante al interés corriente, aún si no existe autorización para ello. De este modo, el recurso a un justo precio sustituye la regla de procedimiento porque al regular el valor del dinero se elimina el único riesgo asociado a este tipo de autocontratos, y en esas condiciones, la selección del prestamista pasa a ser irrelevante. Al decir de ALESSANDRI³⁵, el sentido de esta regla se confirma porque no permite realizar la misma operación en sentido contrario: el mandatario no debe tomar en préstamo dinero del mandante, precisamente, porque en este caso la solvencia del deudor sí resulta relevante para elegir a la contraparte en un contrato.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que las disposiciones legales que regulan el contenido del autocontrato son excepcionales. Como lo expone ATIYAH³⁶, el derecho privado no suele preocuparse de los problemas de contenido en los contratos, porque prefiere recurrir a procedimientos que aseguren que el precio y otras condiciones sean consecuencia de una negociación entre partes independientes. Siguiendo está lógica, la mayor parte de las reglas sobre autocontrato suplen la ausencia de negociación entre las partes directas exigiendo solamente la autorización del dueño y sin tomar en cuenta el resultado de la operación. En otros términos, lo relevante normalmente es que el dueño del patrimonio autorice el autocontrato y no que su resultado le beneficie.

³⁵ ALESSANDRI, Arturo, cit. (n. 7), p. 50.

³⁶ ATIYAH, Patrick, *An introduction to the law of contract* (Oxford, Clarendon Press, 1989), pp. 300 ss., quien distingue entre: (i) justicia de procedimiento, que evalúa el procedimiento de negociación y celebración de un contrato; y, (ii) justicia de contenido, que evalúa el resultado de la negociación y el precio del contrato. De este modo, lo usual es que las reglas sobre derecho de contratos se preocupen de la justicia de procedimiento antes que de la justicia de contenido.

§4. Sanciones que acarrea la falta de autorización del dueño

De acuerdo con FLUME³⁷, el autocontrato genera dos tipos de problemas con los que debe lidiar el derecho privado. Por una parte, los problemas formales se relacionan con la manera de hacer patente el negocio, ya que la voluntad interna del titular de la potestad no puede ser suficiente. Por otra, los problemas materiales consisten en el peligro de actuación desleal que existe cada vez que el titular de la potestad se encuentra, de alguna manera, en ambos lados de una transferencia de los bienes que se le encomienda administrar.

Respecto de los problemas formales, la ley revela una preocupación secundaria por la evidencia del autocontrato y suele enfocarse en este aspecto solo una vez que el problema del conflicto de intereses ya está resuelto. Así sucede en las empresas individuales de responsabilidad limitada, donde únicamente se regula la publicidad del autocontrato, atendido que por definición los intereses del administrador y del dueño están alineados³⁸. No obstante, cuando la autorización para autocontratar es otorgada a través de uno o más intermediarios, la publicidad del acto es una formalidad adicional dirigida a que el dueño del patrimonio pueda conocer su existencia. En este sentido, el directorio de las sociedades anónimas debe comunicar la aprobación del autocontrato a la junta de accionistas y los guardadores muchas veces deben obtener un decreto judicial.

Respecto de los problemas materiales, las distintas

³⁷ FLUME, Werner, cit. (n. 9), pp. 941 ss.

³⁸ RODRÍGUEZ, María Sara, *La autocontratación en empresas individuales de responsabilidad limitada*, en *Cuadernos de Extensión Jurídica* (U. Andes), 2004, no. 8, pp. 120 y 125.

reglas sobre autocontrato en las guardas, el mandato y las sociedades anónimas se integran en torno a la idea central de corregir el riesgo asociado a un conflicto de intereses, mediante a un procedimiento de autorización que permita al dueño del patrimonio decidir si quiere o no asumir ese riesgo. En este sentido, las sanciones para la infracción al procedimiento de autorización cumplen la función de reafirmar la voluntad del dueño, suprimiendo los efectos que cause en su patrimonio un autocontrato celebrado sin el concurso de su voluntad.

Según GARRIGUES³⁹, desde una perspectiva comparada existen dos maneras de sancionar la falta de autorización. Por un lado, el modelo germanista supone que las facultades del titular de la potestad están sometidas a una condición resolutoria y la falta de autorización del dueño se sanciona con alguna forma de ineficacia del acto. Por otro, el modelo romanista entiende que las facultades del titular de la potestad son ilimitadas frente a terceros y la falta de autorización del dueño solo genera responsabilidad civil frente al dueño. La doctrina nacional del autocontrato parece seguir el primer modelo, al entender que la autorización del dueño del patrimonio es una formalidad habilitante y que su omisión produce la nulidad relativa del acto⁴⁰.

En el caso de las guardas, este esquema de formalidad habilitante y nulidad relativa simplemente reproduce las reglas generales para administrar los bienes de un incapaz. Como anota LIRA⁴¹, en general se exige cumplir un procedimiento de autorización en toda actuación importante del guardador, tratándose de enajenación de bienes muebles preciosos y todo tipo de inmuebles, constitución de fianzas, repudiación de herencias u otros. En todas estas situaciones, la infracción de la regla de

procedimiento es causal para pedir la nulidad relativa del acto. Por ello, en las guardas la sanción a la falta de autorización para autocontratar no obedece una característica particular de este tipo de operación, sino al hecho de que el dueño del patrimonio es un sujeto protegido por el orden público.

No sucede lo mismo en el mandato, donde la sanción al procedimiento de autorización constituye un caso especial en que la extralimitación en los poderes conferidos se sanciona con la nulidad relativa del acto. En general, celebrar un acto sin facultades suficientes solo hace que sea inoponible al mandante, pero ello no afecta la validez del acto, e incluso bajo ciertas circunstancias, deja a salvo la relación entre el mandatario y el tercero⁴². En efecto, aunque los casos de autocontrato no son los únicos donde se exige un poder especial, la escasa jurisprudencia que entiende la autorización del mandante para transigir o hipotecar como una formalidad habilitante ha sido duramente criticada⁴³. Por ello, lo que se encuentra detrás de la sanción de nulidad a la falta de autorización del autocontrato en el mandato, es la idea de que no existe realmente un tercero cuyos intereses deban ser protegidos.

Tratándose de las sociedades anónimas, su primera regulación también recogía el modelo germanista, al recurrir a la nulidad relativa para sancionar la falta de autorización del directorio en los contratos que sus miembros celebraran con la sociedad⁴⁴. El fundamento de esta regla se encontraba en la así

³⁹ GARRIGUES, Joaquín, cit. (n. 5), p. 24.

⁴⁰ ALESSANDRI, Arturo, cit. (n. 7), pp. 13 y 32 y ss.

⁴¹ LIRA, Pedro, cit. (n. 1), p. 118.

⁴² Artículo 2154 del Código Civil.

⁴³ Por ejemplo, STITCHKIN, David, *El mandato civil* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1950), pp. 418 y ss.

⁴⁴ El artículo 3º del Reglamento sobre Sociedades Anónimas de 1920, exigía que la autorización para autocontratar fuera aprobada por las tres cuartas partes del directorio, sin contar a los implicados. Este procedimiento debía incorporarse como mención obligatoria en los estatutos y su omisión hacía que la solicitud de constitución tuviera que

denominada doctrina del mandato, según la cual, los directores son mandatarios de la sociedad, y en consecuencia, están sujetos al mismo esquema de formalidad habilitante y nulidad relativa respecto de la celebración de autocontratos⁴⁵. Sin embargo, esta situación cambió con la entrada en vigor de la actual legislación, que adoptando la doctrina del órgano, concibió un directorio que no requiere probar la suficiencia de sus poderes frente a terceros.

Una de las consecuencias de adoptar la doctrina del órgano es que la función de los directores se reduce a participar en la instancia colectiva del directorio, disminuyendo así su capacidad para alterar la organización de intereses en un contrato⁴⁶. En la actual legislación los directores carecen de poder para representar individualmente a la compañía, por lo que la sanción que acarrea infringir el procedimiento de autorización adopta un perfil más sutil y amplio que en el mandato o las guardas. A diferencia del mandatario o el guardador, que tienen poder para organizar el autocontrato con su sola voluntad, los directores solamente pueden influir en la toma de decisiones de la compañía. Al decir de RIPERT⁴⁷, administrar es un asunto propio de una persona, los miembros del directorio solo pueden deliberar.

rechazarse por no ofrecer suficientes garantías de buena administración. Una explicación detallada de estas reglas en ALESSANDRI, Arturo, cit. (n. 7), p. 62).

⁴⁵ De acuerdo con el antiguo artículo 457 del Código de Comercio, la sociedad anónima era administrada por mandatarios temporales y revocables. Para una referencia a esta doctrina, PUELMA, Álvaro, *Sociedades* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995), II, p. 186.

⁴⁶ KRAAKMAN, Reiner, DAVIES, Paul, HANSMANN, Henry, HERTIG, Gerard, HOPT, Klaus, KANDA Hideki y ROCK, Edward, *Anatomy of corporate law* (Nueva York, Oxford University Press, 2004), p. 13.

⁴⁷ RIPERT, Georges, *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno* (traducción castellana de J. Quero, Granada, Comares, 2001), p. 108.

Al cambiar la inspiración de sus instituciones, desde la doctrina del mandato a la doctrina del órgano, la ley también se aparta del modelo germanista y establece expresamente que la falta de aprobación del directorio no acarrea la nulidad del autocontrato sino solo la responsabilidad civil de los directores implicados⁴⁸. Así, lo que en el mandato o en las guardas constituía una formalidad habilitante que condicionaba la validez del autocontrato, en las sociedades anónimas pasa a transformarse en el estándar de culpa que regula la conducta de los directores en sus relaciones internas con la sociedad.

En el fondo, la reforma legislativa de 1981 adaptó los principios tradicionales del autocontrato a una nueva realidad, siguiendo la lógica del dolo en el acto jurídico. Según las reglas generales, cuando la voluntad del agente pasa de ser determinante a ser incidental, el dolo deja de ser una causal de nulidad del acto para transformarse simplemente en una obligación de responder civilmente⁴⁹. Del mismo modo, cuando los directores dejan de poder organizar el autocontrato con su sola voluntad individual, la sanción al procedimiento de autorización deja de lado la nulidad del acto para centrarse en la responsabilidad civil del implicado⁵⁰.

§5. Justificación de las sanciones que protegen la voluntad del dueño

En general, el derecho privado puede ser visto como un sistema normativo donde interactúan consideraciones de

⁴⁸ Artículo 44 de la Ley de Sociedades Anónimas, inciso final.

⁴⁹ Artículo 1458 del Código Civil.

⁵⁰ En general, este cambio de enfoque siguió una tendencia en derecho comparado de legislar sobre sociedad anónima fomentando la confianza de los acreedores, al poner sus intereses como terceros a salvo de una eventual sanción de nulidad. Para una revisión de este argumento, KRAAKMAN, Reiner y otros, cit. (n. 46) p. 28..

justicia distributiva y de justicia correctiva. Como lo explica GORDLEY⁵¹, mientras las primeras intentan asegurar que cada uno tenga los recursos que necesite para desarrollar su vida, las segundas permiten que cada uno los obtenga sin interferir ilícitamente en las posibilidades que tengan otros de hacer lo mismo. En otros términos, las reglas de justicia distributiva configuran las características del dominio y determinan los modos de adquirirlo, en tanto que las reglas de justicia correctiva conservan esa distribución, protegiendo al dueño cuando se le priva de sus bienes sin su consentimiento.

Desde una perspectiva de justicia distributiva, el hecho de entregar la administración de un patrimonio a un tercero no altera los principios generales para distribuir los riesgos asociados a un negocio. Así, el pupilo, el mandante o la sociedad anónima se aprovechan de las utilidades que genere el negocio por extensión de su derecho de dominio (*res fructificat domino*), pero deben también soportar las pérdidas que genere como consecuencia de que las cosas perecen para su dueño (*res pereat domino*)⁵². Las sanciones a la falta de autorización en el autocontrato reproducen estas premisas: la nulidad debe ser declarada judicialmente para invalidar los efectos de una transferencia, y en el ámbito de la responsabilidad civil, en principio los daños los sufre la víctima.

Desde una perspectiva de justicia correctiva, la

confianza depositada por el dueño del patrimonio para que el titular de la potestad administre sus bienes, debe entenderse limitada por el deber de lealtad que impone la naturaleza de su relación. De este modo, mientras la conducta de guardadores, mandatarios y directores se mantenga dentro del parámetro de lealtad que les obliga a seguir un procedimiento de autorización para autocontratar, consideraciones de justicia distributiva exigen que los riesgos derivados de una decisión de negocios sean soportados por el dueño. Al contrario, cuando ellos infringen el procedimiento de autorización, consideraciones de justicia correctiva exigen que se proteja el patrimonio del dueño, sancionando la nulidad del autocontrato o la responsabilidad civil del titular.

Según una antigua distinción, las sanciones que se inspiran en consideraciones de justicia correctiva derivan del simple hecho de tener un bien ajeno (*ipsa res accepta*), o bien, de la manera en que ese bien ajeno fue adquirido, como por ejemplo, cuando se adquirió de manera ilícita (*acceptio rei*)⁵³. La sanción de nulidad pertenece al primer grupo porque ataca la validez del autocontrato como título traslativo, y mediante la consecuente acción reivindicatoria, restituye al dueño los bienes que salieron de su patrimonio sin su autorización. Al contrario, la responsabilidad civil obliga al titular de la potestad a compensar los daños derivados del autocontrato, entendiendo que el procedimiento de autorización constituye un estándar de culpa y que su infracción provoca un ilícito civil.

Tanto nulidad como responsabilidad civil cumplen una misma función de justicia correctiva, reafirmando la voluntad del dueño al suprimir los efectos que haya causado en su patrimonio el autocontrato celebrado sin autorización. Sin embargo, mientras la nulidad persigue los bienes del dueño del

⁵¹ GORDLEY, James, *Foundations of private law* (Nueva York, Oxford University Press, 2006), pp. 433 ss.

⁵² Una de las consecuencias naturales de los principios de justicia distributiva que inspiran nuestro sistema de propiedad individual, es que ninguna persona está obligada a compartir los beneficios derivados de sus éxitos, pero tampoco puede obligar a otros a compartir las pérdidas derivadas de sus fracasos. De este modo, las cosas *producen* para su dueño por la misma razón por la que *perecen* para su dueño. Una extensa exposición de este argumento en GORDLEY, James, cit. (n. 51), pp. 10-11.

⁵³ AQUINO, Tomás, *Suma Teológica* (Salamanca, Biblioteca de Autores Cristianos, 1955) II-II, q. 62, r. 6.

patrimonio a través de acciones reales, la responsabilidad civil persigue su valor mediante acciones personales. Esta diferencia provoca que en el tránsito de una acción a otra, el dueño del patrimonio vea disminuido su ámbito de protección. Así sucede en las sociedades anónimas, donde solo procede una sanción de responsabilidad civil y el titular de la potestad adquiere igualmente los bienes objeto del autocontrato ilícito, pudiendo aprovecharse del eventual mayor valor que lleguen a tener.

Para resolver este vacío, el legislador recurrió al antiguo mecanismo romano de suplir la pérdida de la acción reivindicatoria otorgando al afectado una *condictio*⁵⁴. En efecto, junto con la acción para indemnizar perjuicios, se permite también a la sociedad anónima reclamar el reembolso de las ganancias que le reporte al director implicado el autocontrato. La idea de entender al directorio como un órgano, presentaba el desafío de adaptar los principios del autocontrato ofreciendo al dueño del patrimonio un nivel de protección similar⁵⁵. Por ello, se siguió la tendencia del derecho comparado, configurando la infracción al procedimiento de autorización como un ilícito especial que concede, al mismo tiempo, una acción compensatoria para los daños y una acción restitutoria para los beneficios⁵⁶.

No obstante, la justificación de este esquema debe enfrentar la limitación de que las razones de justicia correctiva son relacionales, por cuanto se imponen a quien tiene un bien

ajeno o causa un daño, solamente respecto del dueño de los bienes o de la víctima del daño. Según lo señala COLEMAN⁵⁷, cuando una persona priva a otra de su propiedad solo ella tiene el deber de devolverlo, y si de algún modo la destruye, solo ella debe compensar al dueño por los daños. El problema está en que el ámbito de protección en las sociedades anónimas incluye activos sobre los cuales no existe propiedad en sentido técnico, como sucede con la información comercial o las oportunidades de negocios⁵⁸. Por ello, si se obliga al director a devolver las ganancias por un autocontrato ilícito sobre este tipo de activos, técnicamente, no estará restituyéndole al dueño⁵⁹.

Aunque obligar a devolver las ganancias derivadas de un ilícito parece justificarse porque nadie puede aprovecharse de su propia culpa o dolo (*nemo auditur*), el hecho de que el destinatario de la restitución no sea el dueño de los bienes que permitieron producir la ganancia, dificulta entender esta sanción en términos de justicia correctiva⁶⁰. Ello obedece a que

⁵⁴ V. SAVIGNY, Friedrich, *Sistema de derecho romano actual* (traducción castellana de J. Mesía, Granada, Comares, 2005), pp. 1771 y ss.

⁵⁵ RODRÍGUEZ, María Sara, *Empresas individuales...*, p. 120.

⁵⁶ BIRKS, Peter, *Unjust Enrichment* (Oxford, Oxford University Press, 2005), p. 25. La idea de que la comisión de un ilícito civil puede dar lugar a una acción para restituir ganancias, es una tradición arraigada en los sistemas legales del *common law* y cuyo origen parece encontrarse en el antiguo caso *Moses v. Macferlan*, resuelto por el célebre Lord Mansfield (1760, 2 Burr. 1005, 97 ER 676).

⁵⁷ COLEMAN, Jules, *La concepción mixta de la justicia correctiva*, en ROSENKRATZ, Carlos (comp.), *La responsabilidad extracontractual* (Barcelona, Gedisa, 2005), pp. 75 ss.

⁵⁸ Artículos 42 N°6 y 43 de la Ley de Sociedades Anónimas. Este ámbito de protección resulta difícil de delimitar porque la información comercial y las oportunidades de negocios constituyen lo que en teoría económica se denomina bienes públicos, esto es, aquellos que no se consumen por el uso que haga de ellos un individuo en particular y en que los costos de excluir del uso a una persona o grupo son elevados. Sobre este razonamiento, EASTERBROOK, Frank y FISCHER, Daniel, *The Economic Structure of Corporate Law* (Cambridge, Harvard University Press, 1996), pp. 276-300.

⁵⁹ Este problema puede apreciarse con mayor claridad en la Ley de Mercado de Valores, cuyo artículo 172 también otorga una acción restitutoria para perseguir las ganancias derivadas de un ilícito, pero con la diferencia de que su destinatario no solamente puede ser la sociedad, sino derechamente el Fisco.

⁶⁰ En este sentido, *Restatement of Restitution*, American Law Institute, St. Paul, 1937, sec. 3.

las razones de justicia correctiva se fundan en la relación que existe entre quién sufre el daño y quien lo provoca (razones agencialmente relativas), en contraste, las razones de justicia distributiva se fundan en la relación que se produce entre la víctima o el autor con el resto de la comunidad (razones agencialmente neutras)⁶¹. De este modo, a medida que la restitución se enfoca exclusivamente en evitar que una persona obtenga las ganancias derivadas de su propio ilícito, las razones de esta sanción abandonan el campo de la justicia correctiva para entrar en el de la justicia distributiva.

En síntesis, la deslealtad implícita en la parábola del administrador infiel justifica la nulidad del autocontrato o la responsabilidad civil del titular como una manera de restablecer el equilibrio en una relación de confianza, pero para decidir acerca de la manera de repartir bienes o ganancias cuya propiedad es difícil de determinar se requiere de otro tipo de argumentos⁶². Sobre el particular, si bien respecto de las sociedades anónimas concurren tanto finalidades privadas como públicas, resulta necesario diferenciarlas precisamente porque las segundas adoptan una perspectiva instrumental que resulta extraña al derecho privado. Por ello, si la intención es evitar un incentivo adverso al impedir a los directores aprovecharse de las ganancias derivadas de sus ilícitos, parece una mejor alternativa recurrir derechamente a sanciones administrativas.

⁶¹ Sobre esta distinción y sus distintas revisiones críticas, LUCY, William, *Philosophy of private law* (Nueva York, Oxford University Press, 2007), pp. 316 y ss.

⁶² En general, la justicia correctiva solo regula el reparto de beneficios y pérdidas entre individuos determinados, en contraste, la justicia distributiva regula el reparto común de beneficios y pérdidas entre un grupo de individuos. Para una perspectiva general sobre este tópico, WEINRIB, Ernest, *The Idea of Private Law* (Cambridge, Harvard University Press, 1995), pp. 56 y ss.

Con su célebre discurso preliminar al Código Civil francés, PORTALIS⁶³ apuntaba que siempre es útil conservar todo cuanto no es necesario destruir. Este aserto sobre el espíritu de la codificación, refleja que el derecho privado se arraiga en instituciones tradicionales y corresponde al intérprete adaptar las viejas soluciones a los nuevos desafíos⁶⁴. Esta ponencia intenta ofrecer una manera de enfocar el problema general del conflicto de intereses en la administración de un patrimonio ajeno, desde la doctrina del autocontrato. En el fondo, apunta a entender las distintas reglas sobre autocontrato en el mandato, las guardas y las sociedades anónimas como mecanismos de justicia correctiva, cuyo aspecto determinante es que los conflictos de intereses entrañan un riesgo de actuación desleal que debe ser expresamente asumido por el dueño del patrimonio mediante su autorización.

⁶³ PORTALIS, Jean, *Discurso preliminar al Código Civil francés* (traducción castellana de M. Rivacoba, Valparaíso, Editorial EDEVAL, 1978) p. 13.

⁶⁴ Para una revisión del pensamiento de Andrés Bello en este sentido, GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello Codificador* (Santiago, Editorial Universitaria, 1982); y más recientemente, JAKSIC, Ivan, *Andrés bello. La pasión por el orden* (Santiago, Editorial Universitaria, 2001).