

*Derecho Civil y
Principios generales*

El conflicto de intereses. Ensayo sobre la determinación de un principio jurídico en derecho privado*

PIERRE-FRANÇOIS CUIF

SUMARIO: I. Premisa.- II. Sobre el conflicto de intereses.- III. Los tipos de conflicto de intereses.- A. El interés superior.- B. El interés propio.- IV. Conflicto de intereses y nociones vecinas.- V. El principio que regula los conflictos de intereses.- VI. La solución de los conflictos de intereses.- VII. Sanción del conflicto de intereses.

I. PREMISA

El conflicto de intereses se puede definir como la situación en la cual los intereses personales de alguien se oponen a sus deberes. El conflicto, en principio, debe solucionarse a favor de los deberes: es una exigencia moral existente desde la antigüedad bajo el adagio *nemo in rem suam auctor esse potest*. La cuestión concernió en un principio a los mandatarios, y poco a poco se fue extendiendo a otro tipo de actores, para cobijar a los prestatarios de servicios o a quienes ejercen una profesión liberal, o también a los profesionales encargados de una misión de interés general como los revisores fiscales o los peritos. Cabe destacar la multiplicación de normas en la materia que se hace desde hace algunos años, no obstante, el trato que la ley y la jurisprudencia dan al conflicto de intereses es desordenado y presenta

* Artículo aparecido en la *Revue Trimestrielle de droit commercial* del mes de marzo de 2005 página 1 ss. El autor agradece al profesor A.C. MULLER por sus preciosas observaciones. Traducción del francés, ADRIANA MARÍA CELY R.

vacíos. La idea fundamental es que quienes ejercen una función o actividad que implique el tener que velar por los intereses de otro, deben evitar todo conflicto entre sus intereses personales y los deberes que sus cargos imponen; lo cual se justifica por la necesidad de proteger ciertos intereses individuales, pero también el interés general.

La prohibición de los conflictos de intereses podría llegar a ser un principio jurídico. Con este objetivo, trataremos de delimitar el concepto así como su campo de aplicación: ¿en qué situaciones concretas aparece el conflicto? Posteriormente nos cuestionaremos sobre el trato que le brinda el ordenamiento jurídico: ¿de qué manera el derecho resuelve el conflicto? El reconocimiento de la existencia de un principio jurídico –“Nadie podrá hacer prevalecer su interés personal sobre aquéllos intereses que tiene a su cargo”– debería permitir el tratamiento de los conflictos de intereses de manera unitaria y concedería al juez una herramienta jurídica de la que carece cuando falta norma legal aplicable al caso concreto.

II. SOBRE EL CONFLICTO DE INTERESES

El derecho, por ser el arte de la conciliación, es la disciplina natural donde se crean conflictos: conflictos de ley, conflictos entre la jurisdicciones, conflictos entre actos jurídicos, de tal forma que es entonces normal que abarque también los conflictos de intereses. Pero la similitud de términos no debe inducirnos a error. A diferencia de lo que ocurre con otros conflictos, el conflicto de intereses no implica el tener que escoger entre dos normas de valor equivalente. Consiste en la situación en la cual los intereses personales de alguien entran en conflicto con otros intereses que esa misma persona tiene a su cargo. Y como debe darse protección a estos últimos, el conflicto debe resolverse siempre en favor de éstos, en detrimento del interés personal.

El conflicto de intereses estigmatiza de cierta manera el interés personal¹. Como nos conduce a percibir las debilidades humanas, nos lleva inexorablemente a sospechar que el provecho personal tomará ventaja sobre el deber. Por ser conflicto, evoca una lucha entre fuerzas opuestas, que no puede dejar de ser asumida ni por el derecho ni por la moral.

La noción permaneció ignorada durante mucho tiempo por el derecho², pero hoy la situación es otra, ya que las normas en la materia tienden a multiplicarse. ¿Será que esa multiplicación se debe a una tendencia pesimista de la sociedad o será, por el contrario, la manifestación de una toma de conciencia realista sobre

1 Las virtudes se pierden en el interés, como los ríos en el mar, LA ROCHEFOUILCAUD, “*Réflexions morales*”, 171, Ver también VALIVENARGES, “*Réflexions et maximes*”, XLIII.

2 Ver Diccionario de la academia francesa, 6.º ed., 1832. La expresión, cuyo origen remontaría al año 1686, no tenía ningún sentido jurídico en ese entonces. Aun está ausente de los diccionarios jurídicos.

un cierto número de comportamientos desviados? ¿No deberíamos entonces asombrarnos de la ausencia prolongada de texto legal en la materia?

En realidad, la expresión resulta ser verdaderamente novedosa, contrariamente a su significado. Podría tratarse de un anglicismo, es decir, de la traducción de la noción inglesa de *conflict of interests*. El conflicto de intereses tiene una significación precisa en derecho inglés: en un importante precedente del año 1896, los jueces ingleses ordenaron que las personas sometidas a deberes fiduciarios³ (*fiduciary duties*) deberes impuestos por la equidad (*equity law*), debían abstenerse de entrar en un contexto de conflicto de intereses, es decir, debían evitar crear un conflicto entre sus intereses propios y sus deberes⁴. Esta idea no es totalmente desconocida por el jurista francés. El código civil la impone desde su redacción inicial, más o menos explícitamente: aquéllas personas sobre quienes recae la confianza ajena no podrán privilegiar sus intereses personales en detrimento de los intereses que tienen a su cargo. Tal es el caso del tutor, quien debe eclipsarse detrás del tutor subrogado cuando, de acuerdo con el antiguo artículo 420, existe *oposición de intereses* con el menor⁵. La misma idea es subyacente en el mandato, especialmente cuando el artículo 1596 prohíbe a los tutores, administradores u otros mandatarios, aprovecharse de su posición y volverse contraparte en el contrato de compraventa que están encargados de celebrar por cuenta de otro⁶.

Que se emplee el término inglés o francés, las expresiones *conflicto de intereses* y *oposición de intereses* deben ser consideradas sinónimas⁷. La observación no debe sorprender, pues las reglas en materia de conflicto de intereses no están exentas de consideraciones de derecho natural⁸; hasta en los Evangelios⁹ se estigmatiza al gerente que abusa de su situación con fines personales: "nadie puede servir a dos amos a la vez". Estas reglas se alimentan de una inspiración común sobre el adagio latino *nemo in rem suam auctor esse potest*. Este precepto según el cual "nadie puede

3 Los *Trustees*, mandatarios, son ciertos profesionales como los abogados o los notarios, y algunas partes comerciales (como el franquiciante). Ver N. DION "Les obligations fiduciaires des dirigeants de sociétés commerciales" Tesis, Orléans, 1994, n°25 y ss.

4 *Bray v. Ford* (1896) AC 44 y la opinión de Lord HERSCHELL quien básicamente afirma que no se permite a quien está obligado por deberes fiduciarios ponerse en una situación en la que sus intereses entren en conflicto con sus deberes. Ver igualmente, Ex parte Lacey (1802) 6 Ves 625, en la cual Lord ELDON impone la regla del conflicto de intereses tratándose de un *trustee* que adquiere los bienes objeto del *trust*: poco importa que el *trustee* sea honesto y que el precio de la compraventa sea el del mercado.

5 Ver artículo 420 antiguo, inciso 2 del Código Civil francés de 1804, actual 383-3 inciso 2.

6 Ver igualmente el artículo 85 del Código de Comercio de 1807 que prohíbe a los corredores de cambio e intermediarios realizar operaciones comerciales por su propia cuenta.

7 Ver por ej. J. HÉMARD, F. TERRÉ y MABILAT, "Les sociétés commerciales", t. 1, D. 1972 n.º 1011, quienes utilizan la expresión «oposición de intereses» en materia de convenciones reglamentadas.

8 Ver la opinión del juez HERSCHELL, *cit.*

9 Luc. 16,1: parábola del gerente injusto.

ser garante de un asunto propio", es extenso debido a la noción amplia de *auctor*: es *auctor* el titular de un oficio o de una carga, que no necesariamente deben ser públicos¹⁰. PORTALIS mismo utilizó el adagio concibiéndolo de manera amplia al exponer los motivos de la regla: "*Resulta repugnante ser juez y parte. Cuando se autoriza a alguien se es juez, y se es parte cuando se contrata. Es posible, como parte, buscar su beneficio propio y particular, el que autoriza debe, por el contrario, perseguir el beneficio ajeno*"¹¹. Estas consideraciones coincidieron con las de FAURE, quien afirmó en su reporte al *Tribunat*: "*Nada es más laudable que los motivos de esta disposición. Hemos querido extraerle al deber el propio interés de quien lo tiene a su cargo*"¹².

El adagio, así como los pocos textos que lo consagran, no permanecieron mucho tiempo aislados. El observador constatará que desde hace algunos años hay una profusión de reglas directamente referentes a los conflictos de intereses, en todas las ramas del derecho. Los estudios realizados en derecho comercial y particularmente en derecho de sociedades¹³ y en derecho financiero¹⁴ nos demuestran, por un lado, que el legislador¹⁵ incorporó la noción en materias que tienen gran influencia del derecho anglo-americano, y que la expresión también deriva de la transposición de las Directivas comunitarias¹⁶. El derecho privado no es el único implicado; también en el derecho público¹⁷ o en el derecho de

10 H. ROLAND y H. BOYER, «*Adages du droit français*», 4.º ed. Litec, 1999, 255, 501.

11 Exposición de motivos de la ley relativa a la venta, por el consejero de Estado PORTALIS en *Code Civil*, t. VI, Firmin Didot impr. 1820 n.º 70 9 (V. artículo 1595).

12 Reporte presentado al *Tribunat* por el tribuno FAURE en *Code Civil*, seguido de la exposición de motivos, *cit.* n.º 71 51 (V. art. 1596). Compara con DOMAT, quien estigmatiza el riesgo de fraude cuando el tutor compra los bienes del menor. *Las leyes civiles en su orden natural*, 2º ed. Título II Libro II Tit. I secc. III, XIV.

13 D. SCHMIDT, «*Les conflits d'intérêt dans la société anonyme*», Joly Editions, reed. 2004. V. anteriormente J. DAVID, «*La solution aux conflits d'intérêts nés des conventions conclues par les sociétés commerciales*», tesis, Poitiers 1967. Y. BALENSI, «*Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants*», Economica, 1975.

14 F. ECHARD, «*Conflits d'intérêts et déontologie en droit boursier en France et en Grande Bretagne*», Tesis Paris II, 1995.

15 O las autoridades administrativas independientes por delegación de la ley. Ver las reglas de la Autoridad de Mercados Financieros, especialmente el reglamento general de esa autoridad, homologada por los decretos del 12 de octubre y 12 de noviembre de 2004 (JO 29 de octubre y 24 de noviembre de 2004), que utilizan varias veces la expresión.

16 Cfr. por ejemplo, la Directiva europea 2003/125/CE del 22 de diciembre de 2003 sobre la presentación justa de recomendaciones de inversión, menciona los conflictos de intereses, así como el proyecto de directiva 2004/39/CE del 21 de abril de 2004 en materia de mercado de instrumentos financieros.

17 J.D. DREYFUS, «*Les conflits d'intérêts en droit public*», Petites Affiches n.º 120, 17 de junio de 2002, 5 ss. Ver también Consejo de Estado, 31 de Julio de 1996, n.º 126594, en materia de concesión, *Sté des téléphériques des massifs du mont blanc*: "la modificación del capital de la sociedad concesionaria autorizaba al concedente, por causa de los riesgos de conflicto de intereses que representaba... a pronunciar la resiliación del contrato de concesión."

la salud¹⁸. El conflicto de intereses está omnipresente en las materias jurídicas, pero también aparece en otras disciplinas, como en la ciencia política¹⁹ o en la economía financiera²⁰. ¿Cómo explicar este fenómeno relativamente reciente y por qué tal multitud de textos?

Hasta una época reciente la cuestión era objeto del tratamiento particular que daba cada profesión por medio de normas deontológicas. Pero el legislador tomó nota de las insuficiencias de la autorregulación. Esto no significa que el problema estuviera ignorado por el derecho. Otras nociones jurídicas ya lo abarcaban de alguna manera. Por ejemplo, mediante incriminaciones penales que sancionan la satisfacción del interés personal en detrimento de los deberes, como el abuso de bienes sociales o la toma ilícita de ventajas o beneficios. Pero resultaba evidente que no todas las situaciones de oposición entre el interés y el deber eran abarcadas por el derecho en términos de conflicto de intereses; la expresión era sólo subyacente.

Dos críticas pueden ser hechas al tratamiento jurídico de los conflictos de intereses. Por un lado, la situación de conflicto entre el interés ajeno a cargo de una persona y sus propios intereses, debería tener un tratamiento único por el Derecho. Por otro lado, esta situación se puede encontrar en un gran número de casos que sería imposible para el legislador preverlos todos. Esto nos invita a reflexionar sobre la posibilidad de que exista un principio general, aplicable a todas las situaciones de conflicto de intereses, y que pudiera ser utilizado por el juez en caso de ausencia de texto legal específico. Esta idea del principio general es la que se expone en este trabajo.

Primero conviene identificar todas las situaciones de conflicto de intereses, mediante el establecimiento, si es el caso, de una tipología. Los aspectos de derecho procesal no serán aquí tratados. La situación del juez y de todos los que participan en una misión de justicia deriva más de su deber de imparcialidad, tal y como lo interpretan la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte de Casación²¹; y en el conflicto de intereses que deriva de la producción de pruebas, es la lealtad de los debates la que estará en discusión²². Esto nos permite delimitar los términos del estudio.

Conviene luego explicar el trato que el derecho da a esos conflictos. Las soluciones de derecho positivo deben considerarse teniendo en cuenta dos cosas:

- 18 M.A. RODWIN, *Medecine, Money and Morals. Physicians conflicts of interests*, Oxford University Press, 1993. Ibid, "*Le Nouveau contrat médical*", vol. VIII, n.º 1 (nov.- dic. 2000).
- 19 Y. MÉNY, "*La corruption de la République*", Fayard 1992. M. C. PONTTHOREAU, "*Ethique et conflits d'intérêts. La fausse anomalie italienne mais un vrai problème constitutionnel*", D. 2003 Chron. 1051.
- 20 Revista Económica y Financiera, 1997 n.º 42, 100 y ss.
- 21 Para un ejemplo de conflicto de intereses que se refiere a un juez comercial, C. A. COLMART, RTD Com 2001.247 y ss., obs. VALLENS. Mas en general, ver Crocq, "*Le droit à un tribunal impartial*", in Libertés et droits fondamentaux, 10.º ed., D.2004 n.º 604.
- 22 J. CARBONNIER, "*Introduction générale*", 27.º ed. PUF 2002, sobre el principio del derecho según el cual "nadie puede nombrarse a si mismo"

una idea afable que pondría la cuestión por fuera del derecho, insertándolo en su sola deontología; y un riesgo de sospecha generalizado creado por un derecho generador de prohibiciones. El examen de esas condiciones permite considerar, desde un punto de vista crítico, el modo de regulación de los conflictos de intereses.

III. LOS TIPOS DE CONFLICTO DE INTERESES

Para empezar, conviene examinar qué tipo de intereses son capaces de entrar en conflicto, con el fin de identificar las situaciones de conflicto de intereses. Este primer estudio será descriptivo y por esa razón, deberá hacerse además un estudio analítico; además se debe determinar si las reglas relativas a los conflictos de intereses son novedosas o si constituyen sólo la aplicación de nociones jurídicas conocidas. En fin, se debe verificar la posible existencia de unicidad detrás de la abundancia de reglas; lo que nos conduce a interrogarnos sobre la naturaleza jurídica del conflicto de intereses.

Los intereses en conflicto. El interés hace parte de las nociones jurídicas a las que se puede dar una pluralidad de definiciones. Es un término que tiene "extensión variable, objeto múltiple y titulares difusos", evocador a la vez del derecho subjetivo, de la acción judicial o de la ley expresión del interés general²³. La expresión designa fundamentalmente aquello que es tomado en consideración por una persona; lo que cuenta para ella. Una parte de la doctrina puso en evidencia dos significados de la noción, una centrada sobre el sujeto de derecho y otra sobre la persona titular de su propio interés: "El interés aparece como una utilidad material o moral, actual o futura, en general egoísta pero a veces altruista"²⁴. Según su naturaleza, los intereses podrán entonces ser jerarquizados. De manera general, toda persona puede buscar la satisfacción de su interés personal siempre y cuando no cause daño a otro. Excepcionalmente, ciertas personas estarán obligadas a respetar un interés superior y entonces deberán abstenerse de perseguir su propio interés, ya que esto las desviaría de su deber. El conflicto de intereses resulta de una oposición entre un interés superior y un interés personal.

A. El interés superior

El derecho, al resolver un conflicto, tiende a asegurar la protección de ciertos intereses. Puede tratarse de intereses individuales, pero también generales, caso en el cual la intervención del legislador será aún más notable. La base natural de

23 F. OST, "Droit et intérêt", t. II, "Entre droit et non droit: l'intérêt", dir. GÉRARD, F. OST y M. VAN de KERCHOVE, Pub. Fac Univ Saint Louis, Bruxelles 1990, 21 y ss.

24 A. GERVAIS, "Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts", Mélanges Roubier, t. I, 1961, D. 241.

los conflictos de intereses es la relación por la cual el mandatario toma a su cargo los intereses del mandante. Pero esos conflictos tienden a surgir de manera más general en otros contratos, y también en los grupos. El interés individual que debe ser protegido será entonces o el de la contraparte en la relación contractual o el del grupo y podrá tratarse del interés del mandante o del cliente de un prestatario de servicios.

El interés del mandante. El acto jurídico celebrado por cuenta de otro puede ser fuente de conflictos de interés ya que el mandatario podrá eventualmente utilizar su posición para privilegiar sus intereses personales en detrimento de los de su mandante. Así, el mandatario se puede convertir en contraparte en el acto que está encargado de cumplir, y entonces podría fijar condiciones en la convención que le sean personalmente ventajosas. En este caso existiría "conflicto entre el deber y el interés"²⁵. Desde un punto de vista técnico, los autores estiman que esta operación es un "contrato consigo mismo", y es sabido que su realización no tiene objeción alguna²⁶. Desde la perspectiva de la oportunidad, esa operación, sin embargo, es considerada sospechosa por el legislador. La ley impone un doble principio, de prohibición y de autorización. Primero el acto celebrado por el mandatario consigo mismo está prohibido si se trata de una compraventa, prohibición impuesta por el artículo 1556 del código civil, atrás referida. El principio se refiere a todos los administradores del patrimonio ajeno, en especial los tutores²⁷, solución que ha sido extendida por la jurisprudencia a todos los mandatarios²⁸ y a los comisionistas²⁹, y ha sido retomada por textos especiales propios de ciertos mandatarios³⁰. La disposición se aplica a todas las compraventas³¹, aún si el "bien objeto de la venta no es de propiedad del mandante"³²; sin importar si ha sido el mandante quien

25 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Y. GAUTHIER, «*Les contrats spéciaux*», Défrénois 2003 n.º 177. En el mismo sentido, PLANIOL y RIPERT, «*Traité pratique de droit civil français*», T. X 2.º ed. 1956 por Hamel n.º 55; R. RODIÈRE, Rép. Civ. Dalloz 1950, V. «mandat» n.º 181; R. QUENAUDON, J.-Cl Civ. Art 1984 fasc. 20 espec n.º 44 y ss.; Huet, «*Les principaux contrats spéciaux*», 2.º ed. LGDJ 2001, n.º 31151.

26 F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, «*Les obligations*», 8.º ed. D. 2002 n.º 182.

27 Ver art. 450 inc. 3 y art. 495 C.Civ.

28 F. COLLARD DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz 7.º ed. 2004 n.º 40 y 636.

29 Cas. Civ, 10 de diciembre de 1912, S, 1916.1.41, N. NAQUET.

30 Ver B. STARCK, L. BOYER et H. ROLAND, *Droit Civil, Les obligations*, 6.º ed. Litec, n.º 306 en materia de un corredor encargado de realizar una venta pública, o del liquidador de una sociedad.

31 Cas. Primera civ, 2 de octubre de 1980, Bul. civ I n.º 241. Ver F. COLLARD DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *cit.*

32 Cas. Primera civ., 19 de diciembre de 1995, Bul. Civ. I n.º 474; Contr. Conc. Cons 1996 n.º 57, obs Leveneur, el mandatario estaba encargado de vender un bien de propiedad del deudor de su mandante.

ha fijado el precio de la operación³³. Pero la cuestión del campo de aplicación de esa prohibición se mantiene: ¿deberá extenderse a otros contratos distintos de la compraventa? Los autores manifiestan sus dudas, a falta de texto legal³⁴, y por tanto, se debe admitir que la razón de ser de la sospecha subsiste, cualquiera que sea la naturaleza del acto o convención celebrado por el mandatario³⁵. Faltará encontrar el fundamento jurídico de esa prohibición.

Tenemos también dudas respecto de una situación cercana a la precedente, cuya validez es admitida por la Corte de Casación. Se trata del "doble mandato", pero preferimos hablar de "doble misión" ya que la cuestión no se limita solo al mandato³⁶. El mandato doble sería, para la Corte de Casación³⁷, lícito ya que la doble representación no se confunde con el interés personal que vuelve ilícito el contrato consigo mismo³⁸. Esta justificación no convence porque el profesional a cargo de dos intereses distintos va necesariamente a sacrificar uno de los dos y puede atentar así contra el interés ajeno. En efecto, el intermediario –prestario de servicios o mandatario– se encuentra en posición de sopesar los intereses opuestos y de privilegiar por ejemplo al representado que ofrece mejor comisión³⁹, de donde necesariamente se deriva un conflicto de intereses⁴⁰. La situación en la cual los mandatarios y algunos prestarios de servicios toman a su cargo dos intereses opuestos debe, por esta razón, ser mirada con desconfianza: se trata de algo prohibido de todas maneras por el Código de deontología en el caso de los abogados⁴¹. La prohibición debería extenderse a otros casos de mandato doble.

33 Cas. Primera civ. 27 de enero de 1987, Bul. Civ. I. n° 32.

34 En este sentido A. ROUAST, *La représentation dans les actes juridiques, Cours de droit civil approfondi, Cours de droit DES droit privé* 1953-1954 Paris, *Les cours de droit*, 49 ss. Contrariamente BENABENT, «*Les contrats spéciaux*», 6° ed. Montchrétien 2004 n°652.

35 Ver en este sentido, art. 2.2.7 de los principios Unidroit (2004) sobre contratos de comercio internacional, titulado *conflicto de intereses*: "1) Si el contrato celebrado por el representante lo implica en un conflicto de intereses con el representado, conflicto que el tercero conocía o debía conocer, el representado podrá anular el contrato, conforme a las disposiciones de los artículos 3.12 y 3.14 a 3.17.

2) Sin embargo el representado no podrá anular el contrato:

- a) Si consintió a la implicación del representante en el conflicto de intereses, o si lo sabía o debió saberlo; o
- b) Si el representante reveló el conflicto al representado y este último no lo objetó en un término razonable".

36 Cas. Primera Civ, 13 de mayo de 1998 Bul civ. I n° 169; RTD Civ 1998.927 obs. GAUTIER; Cas. Primera civ. 16 de marzo de 1999, inédito, n° 96-17909.

37 V. por ej. Cas. Primera civ, 13 de abril de 1983, bul. Civ. I n° 119.

38 Ph. DELEBECQUE y M. GERMAIN, *Traité de droit comercial*, t. II 15 ed LGDJ n°2651.

39 Ph. PÉTEL, *Les obligations du mandataire*, Litec 1988, n°221.

40 V. por ej. Cas 1 civ, 16 de marzo de 1999 que liga el mandato doble al conflicto de intereses.

41 Art. 155 inciso 1 del Decreto n° 91-1197, 27 de noviembre de 1991 que organiza la profesión de abogado. Cas Primera civ, 30 de junio de 1981, bul civ. I n°237.

El interés del beneficiario de un servicio. Por un fenómeno de contagio, las reglas relativas a los conflictos de intereses se extendieron a diversos prestatarios de servicios, ajenos al calificativo de mandatarios. No habría sido posible oponerles a éstos el artículo 1596 del C. C., a pesar de ciertas decisiones judiciales donde se ve la voluntad del juez de aplicar de manera extensiva ese texto, sobre todo tratándose de agentes comerciales⁴². La extensión se obtiene, al menos en un primer momento, gracias a la deontología⁴³, pues la mayor parte de las profesiones, liberales o comerciales, están sometidas a reglas deontológicas que tratan la cuestión de los conflictos de intereses. Resultaría fastidioso realizar un inventario estricto de esas reglas profesionales, por cuanto son muy numerosas, pero de manera general, los conflictos de intereses están regulados en el campo infra-jurídico y su tratamiento carece entonces de unidad.

Esas reglas se refieren a los profesionales que tienen a su cargo intereses ajenos, poco importa la calificación de la convención que los une a la contraparte: el abogado, el notario, el asesor financiero, el prestatario de servicios de inversión, el banquero, el agente de publicidad⁴⁴, el agente inmobiliario o el médico. Su competencia, así como la confianza que les es depositada, orientan, necesariamente, la elección y decisión de sus clientes; su posición revela un riesgo permanente de "abuso de influencia" de acuerdo con la expresión de un doctrinante⁴⁵. El código civil de Québec expresa perfectamente esta idea al indicar de manera general que los contratistas están obligados a "comportarse de la mejor manera conforme a los intereses de sus clientes". No podrán privilegiar sus intereses personales en detrimento de los intereses ajenos. Esta exigencia parece evidente cuando se trata de contratos de asesoría. Por ejemplo, en la ley que regula la actividad de redacción de actos y de asesoría jurídica, el profesional debe abstenerse de intervenir si tiene un interés directo o indirecto en el objeto de la prestación ejecutada⁴⁶. También se presenta en los textos que regulan la consejería en inversiones financieras⁴⁷ y

42 Cas. Primera civ, 13 de abril de 1983, bul civ. I n°119, para un agente inmobiliario. COLLARD DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *cit.* n° 40.

43 Se entiende por reglas deontológicas el conjunto de deberes de comportamiento inherentes al ejercicio de una actividad profesional y que representan un interés para la profesión misma, salvo los deberes de conducta que impone la ley a todo profesional. Importa poco que esas reglas emanen de los mismos profesionales o de los poderes públicos directamente o por delegación a una autoridad administrativa independiente: J-L BERGEL, *Du concept de déontologie sa consécration juridique*, en *Droit et déontologies professionnelles*, dir J-L BERGEL, Libr. Univ. d'Aix-en-Provence éd. 1997 14., Ph. STOFFEL-MUNCK, *Déontologie et morale*, en *Droit et déontologie*, *cit.*, 65.

44 La ley que regula la situación de ese profesional tiende a asegurar también la protección del interés general.

45 G. CORNU, RTD civ. 1971. 172.

46 Art. 55 inc. 3 de la ley n.º 71-1130 del 31 de dic. de 1971 que reforma ciertas profesiones judiciales y jurídicas.

47 Com. art. 541-4-1 y 5 c. mon. y fin.

debería ser extendido a todas las actividades de consejo, sobre todo en materia bancaria⁴⁸. En efecto, "aconsejar" significa "declarar en interés de alguien"⁴⁹. Pero la actividad de consejo no es evidentemente la única prestación posible. El legislador ha precisado que todos los prestatarios en materia de inversiones deben "actuar [...] de la mejor manera posible conforme al interés de sus clientes [...]" y "esforzarse por evitar caer en conflicto de intereses [...]"⁵⁰

Esta intervención directa del legislador merece ser resaltada: los conflictos de intereses no derivan exclusivamente de órdenes u organismos profesionales ya que también son tratados por el legislador. Pero existen algunas situaciones en las cuales, a falta de texto especial, conviene que las partes mismas o el juez se refieran a situaciones de conflicto. Así, en los contratos de distribución, pueden estar estipuladas "cláusulas de conflicto de interés"⁵¹. En ausencia de tales previsiones, corresponde al juez sancionar al distribuidor que representa productos que hacen competencia a los de su mandante⁵². De igual manera, los contratos de explotación de derechos de autor pueden dar lugar a tales conflictos. Así, el juez sanciona al editor que no respeta los derechos de autor⁵³, o también en materia de derechos

48 J. STOUFFLET, *Conflits d'intérêts dans l'activité bancaire*, Estudios jurídicos en memoria del profesor Rodolfo Mezzema Alvarez, Ed Fundacion de cultura Universitaria, Montevideo 1999 540; J. GAVALDA y J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, 5 ed. Litec 2002 n.º 181; BORDAS, J.-Cl Banque, Crédit, Bourse, fasc. 10, 2003 n.º 58.

49 Le Grand Robert, diccionario de lengua francesa, V. Intérêt.

50 Art. L 533-4 C. mon. et fin. V. el reglamento general de la Autoridad de los mercados financieros del 12 de octubre y 12 de noviembre de 2004, JO 29 de oct y 24 de nov de 2004, art. 322-31 y 322-33: "la sociedad de gestión de portafolio debe promover los intereses de sus mandantes o portadores de OPCVM gerenciadas... la sociedad de gestión de portafolio debe abstenerse de cualquier iniciativa que tenga por objeto privilegiar sus propios intereses, o los de sus socios, accionistas o asociados en detrimento de los intereses de sus mandatarios o portadores. La sociedad de gestión de portafolio debe prevenir los conflictos de intereses, y dado el caso, resolverlos con equidad en interés de los mandantes o los portadores. Si la sociedad está en posición de conflicto de intereses, debe informar a los mandantes o portadores de la manera más apropiada"

51 J.- M. MOUSSERON, *Techniques contractuelles*, 2a ed. 1999 n.º 1155. Para una ilustración, ver por ejemplo jurisprudencia comercial del 26 de mayo de 2004 inédita, n.º 02-15748: cláusula que prohíbe el ejercicio de una profesión concurrente "a cualquier título, directa o indirectamente, en todo o en parte, o también estar interesado a esa actividad, aun como simples comanditarios o asalariados". Com Com. 17 de julio de 2001 inédito, n.º 99-20119.

52 Jur. Com. 16 de marzo de 1993, Bull. Civ. IV n.º 109 (caso de un mandatario distribuidor). Ver igualmente en derecho comunitario de la concurrencia, la jurisprudencia que sanciona el conflicto de intereses constitutivo de una práctica anticoncurrencial, CJCE 13 de diciembre de 1009, C-18/88, citado *infra* n.º 49.

53 C.A. Paris, 4 ch, sec. A, 12 de febrero de 2003, *Rev. Communication – commerce électronique* n.º 57, obs. C. CARON.

de autor, sanciona la competencia que hace el cedente al cesionario⁵⁴. Pero el conflicto de intereses puede también aparecer en grupos.

El interés del grupo. El interés de un grupo puede ser el interés de la empresa, que no puede ser quebrantado por sus trabajadores; también puede referirse al interés social que debe siempre ser respetado por los órganos sociales.

El interés de la empresa y el asalariado. La situación jurídica del empleado no está exclusivamente determinada en su contrato de trabajo. También depende de su pertenencia a la empresa. En otros términos, el trabajador está obligado a no desconocer el interés de la empresa en la que trabaja, a no buscar satisfacer su propio interés o los de un tercero en detrimento de los de ésta. Algunos autores estiman que el empleado se encuentra sometido a una obligación de fidelidad o lealtad⁵⁵, pero también admiten que tal obligación no solo se encuentra fundada en el artículo 1134 del código civil⁵⁶. En efecto, en las decisiones jurisprudenciales, el comportamiento del asalariado se aprecia más a la luz del interés de la empresa que conforme al texto mismo del contrato. Por consiguiente, el trabajador estará obligado a respetar el interés superior de la empresa y no podrá privilegiar ni su interés personal ni el de algún tercero: el interés que en este caso se protege es el de la empresa⁵⁷.

Varias decisiones reconocen la existencia de conflictos de intereses en derecho laboral, y una de ellas se refiere expresamente a éstos⁵⁸. En la mayoría, se recuerda que el trabajador tiene una obligación de no hacer, lo cual implica abstenerse de competir con la empresa en donde trabaja, aún en ausencia de estipulación expresa en este sentido dentro del contrato de trabajo⁵⁹: no debe ni contratar por su propia cuenta con el cliente de su empleador⁶⁰, ni desviar una parte de la clientela de éste. Pero el respeto del interés superior de la empresa no se limita al respeto del deber

54 CA Paris, Primero de marzo de 1996, *RTD. Civ.* 1996.901 obs. MESTRE, en un caso en el cual un club deportivo había cedido los derechos de retransmisión televisiva a un canal de televisión, y luego el mismo club autorizó a otra cadena concurrente para emitir publicidad sobre el terreno de juego durante los partidos.

55 D. CORRIGAN-CARSIN, *Loyauté et droit du travail*, Mélanges Blaise, Economica 1995, 125, espec. n° 35 y ss.; M. BUY, *L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail*, en *Le juge et l'exécution du contrat* (dir. MESTRE), Coloquio de Aix-en-Provence del 28 de mayo de 1993, 77 y ss.; J.-E. RAY, *Fidélité et exécution du contrat de travail*, *Dr. Soc.* 1991. 376 y ss.

56 O aún el artículo L. 120-4 del código de trabajo, que recuerda esta obligación de buena fe en los contratos de trabajo desde una ley del 17 de enero de 2002. Sobre este análisis, M. BUY, *J.Cl. droit du travail*, fasc. 18-1, *droits et obligations des parties*, espec. n° 174.

57 B. TEYSSIE, *L'intérêt de l'entreprise, aspects du droit de travail*, D. 2004, chron. 1680 ; M.-C. ESCANDE VARNIOL, *La cour de cassation et le standard de l'entreprise*, *RJS* 4/2000.260.

58 Soc. 13 de octubre de 1998, n.° 96-42110.

59 Soc. 5 de mayo de 1971, *Bull. Civ. V*, n.° 327; Soc. 18 de diciembre de 1972, *Bull. Civ. V*, n.° 701.

60 Soc. 30 de abril de 1987, *Bull. Civ. v*, n.° 237, *RTD civ.* 1988.531, obs J. MESTRE; Soc. 10 de Julio 1990, *JCP* 1990 éd. G.IV.342.

de no competir, ya que el trabajador no debe utilizar el material de la empresa con fines personales; tampoco debe aprovecharse de su situación para obtener ventajas de la clientela⁶¹. Debe señalarse que la obligación que recae sobre el trabajador, de no ubicarse en una situación de conflicto de intereses, subsiste durante el tiempo de suspensión del contrato de trabajo⁶². El conflicto no resulta entonces del simple incumplimiento, por parte del asalariado de sus obligaciones contractuales. En ausencia de normas específicas, las partes deben organizar ellas mismas el trato que darían a una situación conflictual. Nada se opone a que el contrato de trabajo contenga estipulaciones relativas a cubrir los riesgos de conflicto de intereses. En la medida en que esas reglas tengan carácter disciplinario, podrán también figurar en el reglamento interno⁶³ siempre que satisfagan las exigencias legales⁶⁴. Pero no podrán en todo caso atentar contra de la vida privada del asalariado⁶⁵.

El interés social. La pertenencia a un grupo exige la toma de decisiones que comprometan a la colectividad. La voluntad del grupo puede entonces expresarse por la asamblea en la cual cada miembro es titular de su derecho a voto. Es así en la asamblea de socios o la junta directiva de una sociedad anónima, el consejo de familia o también en los colegios deliberativos de las autoridades administrativas independientes⁶⁶. El miembro de una de esas asambleas se encontrará en situación de conflicto de intereses cuando no ejerza su derecho a voto conforme al interés de grupo, sino conforme a su interés personal. Su voto será entonces interesado⁶⁷. Estas situaciones justificaron la intervención del legislador de tal forma que el socio o administrador de una sociedad anónima no podrá votar cuando la ley lo considera como interesado⁶⁸. Así mismo, el tutor asiste a los consejos de familia pero no podrá tomar parte en el voto⁶⁹.

61 Descuentos, regalos. Ver más generalmente M. BUY, *cit.* n°165 y ss.

62 V. por ejemplo Soc. 21 de octubre de 2003, n° 01-43.943.

63 J.MOREL-BAILLY, «Les sources des déontologies en droit positif», en *Droit et déontologies professionnelles*, préc., 39.

64 Se exigen condiciones de previsibilidad y precisión de la norma contenida en el reglamento interno y la idea según la cual el interés de la empresa no puede ser apreciada unilateralmente por el empleador. V. Soc. 9 de junio de 1998, Bull. Civ. IV, n°315, D. 1999 Somm. 35, obs. GIRAUDET. No es seguro que las reglas deontológicas puedan figurar en un reglamento interno. V. J. PELISSIER, A. SUPLOT y A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, 21° ed., D. 2002 n° 880. Opinión afirmativa: CE 18 de marzo de 1998, RJS 6/98 n°734 (para una sociedad inscrita en la bolsa).

65 V. por ej. Soc. 22 de enero de 1992, Dr. Sociétés 1992.329 (primera es), M. SAVATIER, TGI Nanterre, 6 de octubre de 2004 inédito, Rev. Lamy droit civil, nov. 2004 33.

66 Por ejemplo para la autoridad de mercados financieros, art. L621-4 del código monetario y financiero.

67 G. ROUJOU de BOUBÉE, *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ 1961 140 y ss.

68 D. SCHMIDT, *cit.* n. 87.

69 Art. 415 inc. 2 C.Civ, anterior 423 en su redacción de 1804.

La gestión de la sociedad es igualmente una ocasión de conflicto de intereses. El dirigente social estará tentado de abusar de su posición con el fin de satisfacer sus intereses personales en detrimento del interés social⁷⁰, así, el administrador se encuentra en posible conflicto de intereses. El legislador sometió los convenios celebrados entre la sociedad anónima y sus dirigentes a la autorización de un órgano social, hoy denominado consejo de administración. Es el "interés directo o indirecto que puede tener o conservar el administrador" que será sancionado por el texto original de 1867. Desde entonces, el legislador no ha cesado de extender el campo de aplicación de las convenciones sometidas a autorización: una ley reciente estableció así varias disposiciones relativas a "la prevención de los conflictos de intereses"⁷¹. La cuestión del conflicto no es sólo de las sociedades anónimas sino que se refiere a todo tipo de sociedades. Pero el legislador lo trata de manera desigual según el tipo de sociedad⁷². De manera general, el régimen jurídico puesto en marcha se considera incompleto por no abarcar todos los conflictos de intereses en derecho de sociedades⁷³.

Sea que se trate del interés de una parte en un contrato o del de un grupo societario, el tratamiento de los conflictos asegura su protección en cuanto intereses individuales. Pero la misma exigencia surge en materia de interés general.

El interés general. Contrariamente a lo que ocurre con los mandatarios o las personas que participan en la vida de un grupo social, algunos profesionales no actúan a la luz de ningún interés particular identificable, pero se les exige neutralidad o imparcialidad en el ejercicio de su actividad⁷⁴. Los notarios están sometidos a una regla deontológica que les prohíbe "interesarse en algún asunto al que prestaren su ministerio"⁷⁵. Tratándose de profesionales que no participan en ninguna función jurisdiccional, este deber de imparcialidad no puede estar fundado sobre exigencias procesales. Sin embargo, aún si ningún interés particular se ve afectado, el comportamiento del profesional que persigue exclusivamente su interés propio es sancionado por desconocer el interés general. El interés general debe ser comprendido como aquél que "obedece al bien público y al beneficio de todos"⁷⁶. Existen entonces situaciones de conflicto cuando el interés personal de alguien se sobrepone frente al interés general, como en caso del perito que interviene por fuera de todo proceso, del revisor fiscal o del analista financiero.

70 A. SMITH, *The wealth of nations*, (1776).

71 Capítulo III de la ley del 15 de mayo de 2001 en materia de nuevas regulaciones económicas, insertado en el código de comercio (art. L 225-38 y ss.), Ley n° 2003-706 del Primero de agosto de 2003.

72 C. PRIETO, *La société contractante*, préf. J. MESTRE, PUI Aix Marseille 1994, espec. n° 142, 231 y ss.

73 P. le CANNU, *Droit des sociétés*, 2^a ed. Monschretien 2003 n°700.

74 F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *cit*, n° 640.

75 Art. 13-4, Decr.64-742 del 20 de julio de 1964.

76 Vocabulario jurídico, *cit*

El perito. El perito es un experto que da una opinión técnica en una materia determinada. Sólo nos importa acá el experto que interviene por fuera del marco de un proceso judicial. En efecto, el perito se encuentra sometido a las reglas de neutralidad establecidas por el código de procedimiento civil⁷⁷ y a la exigencia de imparcialidad impuesta por el artículo sexto de la Convención Europea de Derechos Humanos⁷⁸. Este no es el caso del experto no judicial, quien se encuentra sometido a la obligación de no ponerse en situación de conflicto de intereses, así como lo recuerdan la ley y la jurisprudencia. El legislador trata en un primer momento el caso del experto oficial que interviene en materia de ventas públicas mobiliarias. De acuerdo con una norma prohibitiva que evoca aquélla impuesta por el artículo 1596 del código civil, no puede estimar o vender un bien que personalmente le pertenezca, y no puede ser comprador de un bien vendido en la subasta pública en la que él mismo participa⁷⁹. La ley establece también para los expertos en diagnósticos de empresas, quienes no son peritos judiciales⁸⁰, el deber de no tener ningún interés en el mandato que se les confiere. Es decir, no pueden ni haber sido retribuidos por la empresa sometida a un procedimiento colectivo, ni haber sido empleados de la misma dentro de los cinco años anteriores a la fecha de su intervención, de acuerdo con los términos de la norma⁸¹. Otros peritos, como los revisores fiscales, ejecutan una misión de interés general que les exige no ponerse en posición de conflicto de intereses⁸². La misma idea precede a todas estas soluciones. ¿Pero cómo aplicarla a otros expertos, en ausencia de disposición especial⁸³?

El revisor fiscal. El revisor recibe la misión legal de controlar y certificar las cuentas sociales⁸⁴. La naturaleza jurídica de sus funciones ha sido discutida, pero en la actualidad se le considera como un órgano de control de la sociedad, al servicio del conjunto que la compone y también de la colectividad pública⁸⁵. No se encuentra por consiguiente al servicio de ningún interés particular. El legislador siempre se ha esforzado en guardar la independencia de este profesional, sobre todo

77 Nuevo Código de Procedimiento Civil, art.237 y ss.

78 V.A. PENNEAU, *L'expertise, l'impartialité et le conflit d'intérêts*, Dalloz, 2003, 2260, bajo Casación 2a sala civil del 5 de diciembre de 2002.

79 C. com., art L321-35.

80 Com. 23 de junio de 1998, Bull. Civ. IV, n. 206.

81 C. com., art L813-1.

82 V. N. DAVOULT, *Déontologie des professions comptables*, en *Déontologies professionnelles*, cit, 151 y SS, espec. 166; A. BERNARD, a propósito de la guerra del número y el derecho, Dalloz, 2004 1580, espec. 1586.

83 Ver por ejemplo Casación Primera Civil del 2 de mayo 1961, JCP 1961 ed. G.II.12332, que se niega a aplicar el artículo 1596 del C.civ. a un perito judicial.

84 C. com., art. L225-218 y ss.

85 Y. GUIYON, *Droit des affaires*, t.1, 12 ed., Economica, 2003, n.360. Comp. Y. CHAPUT, *Le commissaire aux comptes, partenaire de l'entreprise*, Presses de Sciences Po/Creda, 1999, 10.

frente a los dirigentes sociales, por ello la ley impuso reglas de incompatibilidad, reforzadas por la ley de seguridad financiera⁸⁶. Sin abandonar totalmente las incompatibilidades, el legislador razona ahora en términos de conflicto de intereses, sancionando así la oposición que puede surgir entre los intereses del auditor y los de la sociedad controlada o de sus dirigentes. En adelante es posible afirmar, como principio general, que el "revisor fiscal no podrá tener, tomar o conservar, directa o indirectamente un interés frente a la persona a quien debe certificar las cuentas⁸⁷".

El analista financiero. La ley recientemente otorgó un estatuto a los profesionales del análisis financiero. Se trata de quienes difunden su opinión sobre las personas jurídicas que realizan llamado público al ahorro, y sobre los títulos que éstas emiten⁸⁸. Las recomendaciones de inversión que comunican tienen como destinatario al público en general; por ello no ejercen su actividad en un interés particular⁸⁹. El legislador trata los conflictos de interés que conciernen a los analistas financieros, y establece que los dirigentes de una empresa que remunera los servicios de un analista no deben privilegiar sus intereses propios en detrimento de una información sincera⁹⁰. La información difundida debe serlo en beneficio de todos, de un interés superior que el analista no puede desconocer.

Todas las situaciones tratadas tienen en común que a alguien se le exige privilegiar un interés superior, que puede ser un interés particular o general. Pero esta clasificación del interés superior no debe esconder una realidad bastante más compleja: que el interés que debe primar puede abarcar a la vez consideraciones de orden privado y de orden general. Así, una persona puede a la vez tener a su cargo intereses particulares e intereses generales, como por ejemplo los intereses de los inversionistas y el buen funcionamiento del mercado⁹¹, el servicio del paciente y la salud pública⁹², etc. Inversamente el interés general puede justificar las adecuaciones en el tratamiento de los conflictos y permitir que la atención no esté exclusivamente plasmada en la protección de los intereses individuales: una preocupación de realismo explica en ciertos casos la tolerancia del legislador⁹³.

86 Ley n°2003-706 del primero de agosto de 2003. V. A. COURET y M. TUDEL, *Le nouveau contrôle légal des comptes*, Dalloz 2003, 2290.

87 C. com. Art. L 822-11.

88 Art. L544-2 c. mon y fin.

89 A. COURET, *Banques d'affaires, analystes et conflits d'intérêts*, Dalloz 2004.335, espec. n°5, que recuerda la diferencia entre los analistas que trabajan para las empresas de inversión y aquéllos que difunden sus recomendaciones al público.

90 Art. L544-2 código monetario y financiero.

91 Art.533-4 del código monetario y financiero. Ver igualmente la directiva europea 2004/39/CE, *ob.cit.*

92 Artículo 2 del decreto 95-10000, del 6 de septiembre de 1995 en materia de código de deontología médica.

93 Ver *infra* n° 51.

Una vez identificado el interés superior, conviene tratar el interés personal que lo desvía.

B. El interés personal

El interés personal debe ser entendido aquí como la consideración capaz de motivar un acto, lo que nos evoca los motivos o los móviles en el derecho de contratos⁹⁴. El interés personal se aleja del interés superior, orienta a quien tiene la carga de respetarlo a privilegiar sus preocupaciones personales –directas o indirectas–, desvía al sujeto de sus deberes y en ello resulta insurrecto. Conviene primero determinar esa noción antes de precisar sus caracteres.

Concepto. El interés personal surge cuando una persona toma ventaja de su posición particular. El conflicto de intereses es latente puesto que el interés superior resulta sacrificado en provecho del interés personal. De manera general, poco importa la naturaleza de ese interés; por ejemplo, el interés personal del empleado se caracteriza por actos de indelicadeza o malversaciones, de donde constituye culpa grave la utilización por el asalariado, sin autorización, del material de la empresa para sus fines personales⁹⁵; así como el hecho de percibir una remuneración o ventaja por los proveedores de la empresa donde trabaja⁹⁶. Es suficiente haber tenido un beneficio cualquiera para caracterizar el interés personal. Poco importa que ese beneficio radique o no en una remuneración; puede consistir en la utilización de una información privilegiada, como ocurriría en caso del dirigente social⁹⁷.

Una situación de conflicto de intereses resulta del interés personal latente pero todavía no realizado. En efecto, una consideración que puede provocar una desviación del interés superior existiría en ese caso. El interés se encuentra entonces constituido por vínculos, esto es, por una relación jurídica que une a dos o más personas alrededor de un acto o de un hecho jurídico⁹⁸. Existe conflicto de intereses porque el vínculo es revelador de un interés personal. La ley precisó recientemente,

94 J. CARBONNIER, *Les obligations*, PUF 2001 n°58; más generalmente J. ROCHFELD, *Causa y tipo de contrato*, LGDJ 1999, espec. n.85 y ss.

95 Soc. 28 de octubre de 1991, cah. Prud'h. 1992 65.

96 Soc. 8 de enero de 1997, D. 1997. IR.36.V. Sin embargo, la jurisprudencia Soc. del 13 de octubre de 1998, n°96-42110 no retiene la culpa grave por "no estar establecido que el precio de adquisición ante ese proveedor en particular haya sido aumentado, ni que proveedores concurrentes hayan sido descartados por el empleado o por las instrucciones dadas por éste". Por el contrario, no hay lugar a sancionar al empleado cuando éste ha actuado no en su interés personal sino en el de la empresa. Soc. 5 de enero de 1995, Juris-Data n°1995-000399.

97 Com. 12 de mayo de 1994, Dalloz 2004.1599 obs. LIENHARD; Com. 27 de febrero de 1996, JCP 1996 E.II.838, SCHMIDT y DION.

98 Diccionario jurídico, *cit.*, V. *vínculo*.

tratándose de revisores fiscales, que este interés podía ser de una triple naturaleza⁹⁹: por un lado, puede ser personal y resultar, por ejemplo, de un vínculo de familia. La consideración de este tipo de relaciones explica numerosas incompatibilidades resueltas por la ley o por reglas deontológicas¹⁰⁰. El interés puede también ser profesional. Esto ocurre por ejemplo cuando se ejerce una función dentro de una sociedad, o una función asalariada, o se es parte en una relación de negocios. Así, se prohíbe a los médicos dar consultas en locales comerciales donde están a la venta los aparatos que son utilizados en la consulta¹⁰¹. Por último, puede tratarse de un interés financiero que tome la forma, por ejemplo, de una participación en el capital de una sociedad.

La ley no se refiere únicamente a vínculos actuales. En un cierto número de casos, el legislador toma en cuenta las relaciones que han existido en el pasado entre dos personas y que dejan presumir la existencia actual de un interés personal. La ley va hasta determinar el término en el cual ese interés permanece supuesto¹⁰². Lo más común es que sea de cinco años, como en el caso de aprovechamiento ilegal de ventajas o beneficios por un exfuncionario¹⁰³. Así, los administradores y liquidadores judiciales no podrán intervenir en el procedimiento concursal de la sociedad que los empleó y les pagó una remuneración dentro de los cinco años anteriores¹⁰⁴. La misma limitación se impone a los auditores contables que desean cesar su actividad de control con el fin de ejercer un mandato social o una función asalariada¹⁰⁵.

Cualquiera que sea el interés, se requiere que sea significativo, es decir, debe ser capaz de ejercer una influencia sobre aquél que tiene a su cargo el interés superior y desviarlo de su deber¹⁰⁶. El juez deberá entonces pronunciarse no solamente sobre su existencia sino también sobre su pertinencia.

Tipos de interés. Es indiferente que la ventaja sea recibida de manera directa o indirecta. Esta solución aparece tanto en las normas del derecho de sociedades, como en la jurisprudencia que le confiere un carácter general.

99 Art. L822-11, inc.3 C.com, tratándose de reglas deontológicas relativas a los conflictos de intereses en materia de auditores contables (ley 2003-706 del 1 de agosto de 2003).

100 Como por ejemplo tratándose del notario, el art. 2 del Decreto 71-941 del 26 de nov. de 1971 relativo a los actos establecidos por los notarios, que les prohíbe adelantar los actos en los cuales sus familiares próximos son parte.

101 Art. L4113-4 del C. de salud pública.

102 Período llamado en la práctica «período de viudez» (*délai de viduité*).

103 Art. 432-13 del C.penal.

104 Art.L811-2 inc.3 y 812-2 inc.3 de C.com.

105 Art. L822-12 del C. com.

106 Por ej. Cas. Primera civil del 29 de abril de 1997, RGAT 1997.389 sobre un abogado de una compañía de seguros; Cas. Com, 26 de nov. de 2002, inédito, n.99-12155, sobre un administrador judicial en su calidad de redactor de actos jurídicos.

El interés directo. El interés directo es de fácil identificación: aparece cuando quien tiene a su cargo un interés superior realiza también su interés personal gracias a su situación, que le permite intervenir directamente por su propia cuenta. En otros términos, cuando el encargo que debe ejecutar es al mismo tiempo el "objeto directo" de su propia prestación. La hipótesis natural es la de la contrapartida obtenida por el profesional que se beneficia de la operación que estaba encargado de concluir, de estimar o de aconsejar¹⁰⁷. Por ejemplo en una compraventa, cuando el asesor jurídico del comprador es al mismo tiempo vendedor, o cuando el perito evaluador es al mismo tiempo comprador. La idea siempre es la misma: este profesional obtendrá un beneficio directo porque su intervención le permite convertirse en contraparte en un contrato donde se encuentra en posición de fijar las condiciones. El asesor incita a la venta de sus productos, el experto o perito sobrevalúa el bien que él mismo compra¹⁰⁸; el analista financiero difunde una opinión que va a influir en el valor de los títulos cotizados en bolsa que él mismo detiene¹⁰⁹. De igual manera, el empleado que contrata por su propia cuenta con la contraparte de la empresa realiza directamente su interés, como el dirigente social que celebra una convención con la sociedad por cuenta personal. Esta situación es también tratada por el código de deontología médica de la siguiente manera: "El médico no podrá abusar de su influencia con el fin de obtener un mandato o un contrato a título oneroso, con condiciones que le serán anormalmente favorables"¹¹⁰.

El interés indirecto. El interés personal puede satisfacerse de manera indirecta. En este caso resultará más difícil de poner en evidencia. Es suficiente con que aquél que esté a cargo de un interés superior obtenga un beneficio cualquiera de la operación que requiera su intervención, sin haber participado, por lo tanto, directamente en su realización. Tal es el caso del profesional que utiliza sus funciones con el fin de obtener una ventaja de un tercero, por ejemplo el médico que divide ilícitamente los honorarios con otro médico de quien percibe además una remuneración por remitirle un paciente que, por consejo suyo, acepta someterse a una intervención quirúrgica¹¹¹, o que recibe una remuneración de los laboratorios farmacéuticos productores de los medicamentos que él prescribe¹¹².

107 Paris 11 de junio de 1997, inédito, sobre un miembro del consejo de mercados financieros.

108 Reglamento general del consejo de los mercados financieros, art. 3-2-5 (del 29 de Julio de 1998): el analista financiero no podrá adquirir los instrumentos financieros emitidos por una sociedad de la cual debe dar su opinión. Comparar con el art. 321-37 del reglamento general de la Autoridad de los Mercados Financieros.

109 Art. 5, dir. 2003/125/CE, *ob.cit.*

110 Art.52, decreto del 6 de septiembre de 1995, *ob.cit.*

111 El autor habla en este caso de una dicotomía como una división ilícita de honorarios entre dos médicos, el uno que trata la consulta y aconseja a su paciente someterse a una intervención quirúrgica en contrapartida del pago por este último, de una remuneración. Art. L4113-5 del c. de salud pública, aplicable también a los dentistas cirujanos y a las parteras.

112 Art. L4113-6 del c. de salud pública que prohíbe recibir intereses o retornos (*ristournes*) en función del número de órdenes médicas.

La sospecha de la existencia de un interés indirecto explica que se prohíba la doble remuneración de ciertos mandatarios y profesionales que están al servicio de otro. Así la agencia de publicidad¹¹³ o el administrador de bienes¹¹⁴ no pueden aceptar remuneraciones de un tercero sino únicamente de su cliente. Pero la extensión de esta prohibición a todo profesional es discutible¹¹⁵. El interés indirecto también es tomado en cuenta por el derecho de sociedades cuando el régimen de las convenciones reglamentadas en las sociedades anónimas se aplica a situaciones en las cuales el dirigente solo está indirectamente interesado¹¹⁶. En otros campos, ese interés es realizado cuando un prestatario de servicios de inversión favorece a uno de sus acreedores proponiéndole vender sus títulos¹¹⁷, o cuando un analista financiero privilegia a uno de los clientes del establecimiento en que trabaja en detrimento de un competidor¹¹⁸.

Por último, el interés indirecto puede también aparecer cuando un profesional representa dos intereses contradictorios, como por ejemplo el interés general y el de uno de sus clientes. Es el caso del revisor fiscal que controla las cuentas de una sociedad y al mismo tiempo la aconseja. De manera similar, el analista financiero no puede dar una información objetiva sobre una sociedad que él mismo asesora. Al parecer, este provecho no resulta ser sólo pecuniario; puede consistir en cualquier ventaja, como por ejemplo el mantenimiento del interesado en su puesto o función¹¹⁹. Puede también aparecer por interpuesta persona, como lo establece la ley¹²⁰ y lo recuerdan los tribunales¹²¹.

113 Art. 21 y 25 de la ley n. 93-122 del 29 de enero de 1993 relativa a la prevención de la corrupción y a la transparencia de los procedimientos públicos (JO 30 de enero de 1993 1588). M. MALAURIE, *L'agence de publicité, l'éditeur et l'imprimeur*, D. 1993, chron. p215.

114 Art. 66 Decr. 72-678 del 20 de julio de 1972 que fija las condiciones de aplicación de la ley del 2 de enero de 1970.

115 Ver *supra* n. 15.

116 Art. L225-38 c.com. Sobre la noción de interés indirecto en la materia, Cas. Com. 4 de oct de 1988: el dirigente debe haber retirado un provecho cualquiera de la operación y debe haber ejercido una influencia determinante en el sentido de la decisión de la sociedad. (Rev.Soc. 1989.216). Esta decisión recuerda la del juez administrativo sobre la validez de una deliberación que otorga una ventaja a un miembro del consejo municipal. (CE 30 dic. 2002, n.º 229099).

117 En este sentido, CA Paris, 27 de septiembre de 1996, Rev. Banque et Droit, 1997 n.º 51 38, obs crit. Vauplane. Com CA Paris 16 de febrero de 1996, Rev Dr. Soc. 1996 n.º 200, nota H. HOVASSE.

118 T. Com. Paris, Primera, suppl. 12 de enero de 2004, *Morgan Stanley c/ LVMH*, Juris-Data n.º 2004-2276911; Dr. Sociétés abril 2004 n.º 66 34, nota Th. BONNEAU; J. DAIGRE, JCP 2004 ed. G. Act. 78; D. Schmidt, Bull. Joly sociétés, marzo 2004 §70 388.

119 En este sentido, D. BUREAU, J-Class. Soc., Ver *Administration, contrats entre les administrateurs et la société*, fasc. 130-50, espec. n.º 15 y las referencias citadas.

120 Ver por ejemplo en derecho de sociedades el artículo L225-38 inc. 1 C.com., aplicable a las convenciones reglamentadas.

121 Cas. Primera civil, 17 de junio de 1986, bull. Civ. I n.º 170 para una aplicación del artículo

Las situaciones donde surgen conflictos de intereses pueden estar circunscritas a partir de criterios de interés superior e interés personal; en este sentido el conflicto nace de la contradicción entre esos dos intereses. El examen de esta confluencia nos permite observar que a pesar de tratarse siempre de la misma problemática, nos parece que al tratamiento de los conflictos le falta coherencia. Los conflictos se encuentran sometidos a reglas por un lado jurídicas y por otro lado deontológicas, lo cual trae como consecuencia que las soluciones difieran a veces unas de otras. Por otro lado, pretender abarcar todos los conflictos nos parece incorrecto, ya que todas las situaciones no pueden ser previstas por los textos. Esta observación nos conduce a la crítica, además porque las distintas situaciones no producen nociones jurídicas que puedan asegurar un tratamiento satisfactorio. Será entonces la naturaleza jurídica del conflicto la que, en adelante, deba ser considerada con el fin de determinar qué tipo de regla asegura la solución.

IV. CONFLICTO DE INTERESES Y NOCIONES VECINAS

¿Será que los conflictos de intereses corresponden a situaciones jurídicas conocidas, o será más bien que la regla que los sanciona constituye un principio de derecho autónomo? La comparación entre el conflicto de intereses y nociones jurídicas vecinas revela su originalidad. El conflicto de intereses debe estar sometido a una regla general, que constituya un principio del cual los textos de derecho positivo no haga sino algunas aplicaciones.

Conviene considerar en qué medida ciertas nociones jurídicas toman en cuenta algunas situaciones de conflicto de intereses, como el desvío de poder y el abuso del derecho.

Conflicto de intereses y desvío de poder. Algún doctrinante analizó la cuestión de los conflictos de intereses a partir de la noción de representación. Así, el tratamiento de los conflictos de intereses apareció como la respuesta jurídica al "riesgo de agencia" puesto en evidencia en el análisis económico¹²²: toda persona detentadora de un poder, denominado agente, corre el riesgo de abusar de ese poder en detrimento del interesado principal que se lo confirió, sobre todo por virtud de una asimetría en la información entre ambas personas. Es verdad que el mecanismo de la representación, por cuanto implica el otorgamiento de un poder, constituye el modelo de referencia para la comprensión de los conflictos de intereses. Pero habría que cuestionarse si las tesis económicas son de verdadera utilidad ya que el código civil puso en evidencia el riesgo de que todo mandatario pudiera utilizar sus poderes con fines personales. Puede reprocharse al estudio el haber limitado

1596 C.civ.

122 Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ 2000, espec. n.º 206.

la cuestión de los conflictos de intereses al campo exclusivo de la representación, aún si la noción puede entenderse de manera amplia¹²³.

En efecto, el poder del representante no es la única prerrogativa susceptible de utilización abusiva, sino que existe una categoría de derechos conocida con el nombre de poder cuyo ejercicio constituye el objeto de un control en términos de desvío¹²⁴. Estas prerrogativas particulares son el campo natural de los conflictos de intereses: su titular no puede ejercerlas en interés personal o en un interés que sea contrario a su finalidad. El conflicto de intereses no es otra cosa, en este caso, que una desviación del poder¹²⁵. Este análisis toma en cuenta los conflictos aplicables al mandatario o al órgano social. Una concepción amplia del poder permite igualmente incluir el caso del asalariado o, en derecho público, del funcionario.

El análisis tiene el mérito, sobre todo, de incitar a la reflexión tratándose de ciertas prerrogativas en las cuales cabe preguntarse si cabe el conflicto. Tal es el caso del derecho de voto. Bajo la óptica del conflicto de intereses, parece que la doctrina considera de manera general el derecho de voto como un derecho-función o como un derecho mixto. Según un autor, "la exclusión de los votos interesados hace parte del derecho común de las asambleas, [...] constituye una regla necesaria"¹²⁶. Compartimos esta opinión¹²⁷. Sin embargo, algunos votos como los que se tienen en virtud de derechos societarios, son susceptibles de presentar dificultades. La cuestión de saber si se debe, fuera de las decisiones legales puntuales¹²⁸, generalizar el principio de prohibición del voto interesado del socio, es discutible¹²⁹. Este problema depende en buena medida de la naturaleza jurídica del derecho de voto del socio¹³⁰.

Si el desvío de poder rinde cuenta de un cierto número de casos de conflicto de intereses, en la realidad sufre importantes dificultades probatorias. La prueba

123 *Ibid*, *Passim*.

124 E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica 1985, espec. n°60 ; J. CARBONNIER, *Introduction au droit*, PUF 2002, n°162. Por ejemplo el poder de uno de los esposos sobre los bienes de la comunidad.

125 E. GAILLARD, *ob.cit.* n°146.

126 G. ROUJOU de BOUBÉE, *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ 1961, espec. 140 y ss.

127 Por ejemplo tratándose de los miembros del consejo de administración de una SA. En este sentido, Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, 12 ed., Economica 2003 n°336. La opinión se encuentra retomada por la antigua Comisión de operaciones de bolsa y por un cierto número de actores económicos (V. rap CNPF-AFEP). *Contra* Com, 24 de febrero de 1975, Rev. Soc. 1976.92, nota B. OPPETIT. En el mismo sentido CA Amiens 2 sala, 10 de marzo de 1977, Rev. Soc. 1977.258.

128 Sobre las disposiciones legales, V. A. VIANDIER y M. COZIAN, *Droit des sociétés*, Litec 2003, espec. n°730; SCHMIDT, *cit.*, n°87.

129 A favor D. SCHMIDT, *cit.*, n° 84; M. JEANTIN, *Droit des sociétés*, 2 ed., Montchretien, Paris 1992, n°203 108. *Contra*, P. LEDOUX, *Le droit de vote des actionnaires*, LGDJ 2002 n°76 ss.

130 Este derecho es considerado por algunos autores como un derecho-función o un derecho mixto. *Contra* P. LEDOUX, *cit.*, Ph. DIDIER, *Droit commercial*, t.2, 3 ed. PUF 1999 321 y ss.

del desvío resulta tan delicada¹³¹ que sería mejor razonar en términos de conflicto de intereses para encontrar un interés personal que esté al origen de ese desvío. El desvío de poder no constituye todas las hipótesis de conflicto encontradas. El profesional deudor de una obligación de asesoría no es titular de un poder, como no lo es tampoco el analista financiero encargado de formular una opinión con destino a una colectividad de inversionistas. El poder da lugar a situaciones de conflicto de intereses pero no todo conflicto de esta índole nace necesariamente del ejercicio del poder. ¿No sería entonces útil aplicar la noción de abuso del derecho a esos otros casos?

Conflicto de intereses y abuso del derecho. ¿Será que el abuso del derecho podrá servir de fundamento para sancionar a quien desconoce un interés superior que tiene a su cargo? De manera general, existe abuso cuando una persona ejerce un derecho, si no es con intención directa de dañar a otra, por lo menos sí de manera culposa por faltar a su deber de prudencia¹³². La respuesta, entonces, *a priori* es evidente. El titular de un derecho subjetivo podrá ejercer ese derecho en su interés personal siempre y cuando no cometa culpa. En principio, el titular no está obligado a respetar un interés superior ya que su derecho no es un derecho-función sino una prerrogativa que le es acordada en su propio interés.

La Corte de Casación confirma claramente esta solución en un caso en que el titular de un derecho lo ejerció con el fin de satisfacer un interés personal, que en el caso concreto era de naturaleza política. Los hechos son elocuentes: el presidente de dos asociaciones paramédicas, que también era el alcalde de un municipio, decidió dejar de adquirir los medicamentos en el laboratorio de un farmacéuta cuyo cónyuge era candidato a la alcaldía¹³³. Para la Corte de Casación, la decisión de la Corte de Apelaciones que consideró el abuso del derecho carecía de base legal ya que los hechos probados no resultaban suficientes para caracterizar la culpa¹³⁴. No cabe entonces el conflicto de intereses cuando una persona ejerce un derecho subjetivo. En efecto, ese derecho se confiere en beneficio únicamente de su titular, quien permanece como el único dueño de sus intereses. Esto no quiere decir que no es lícito que se cometan abusos. El abuso no sale a la luz por el solo hecho de que el titular ejerza su derecho con fines egoístas, que se encuentre en conflicto con los intereses de otro. En otras palabras, es el criterio de la finalidad social del derecho, característico del abuso del derecho, el que está en discusión¹³⁵.

131 E. GAILLARD, *cit.* n. 185 ss.

132 FLOUR, AUBERT, SAVALUX, *Les obligations, le fait juridique*, 10 ed., Armand Colin 2003, n°124.

133 Com, 5 de julio de 1994, JCP 1994.II.22323, nota J. LEONET.; RTDCiv. 1995.119 obs. JOURDAIN, 96 obs. MESTRE; JCP G.I.3828 n.1 obs. FABRE-MAGNAN.

134 Estaban en discusión la libertad de aprovisionarse con otro comerciante y el derecho a romper las relaciones comerciales.

135 Según una opinión conocida de Josserand.

El derecho subjetivo no tiene una finalidad altruista que pudiera invocar quien se considera víctima de su ejercicio.

Si retomamos la definición anteriormente formulada de abuso del derecho, vemos que la situación de la que nace el abuso es inversa a la del conflicto de intereses. El titular de un derecho subjetivo puede, en principio, ejercerlo en su propio interés sin causar daño a otro; el titular de una prerrogativa en interés ajeno no puede ejercerla en su interés personal sin correr el riesgo de situarse en conflicto de intereses y, por consiguiente, desviarse de su función. El abuso de poder no es una aplicación particular del abuso del derecho¹³⁶. Finalmente, la teoría del abuso del derecho no toma en cuenta la situación en que pudiera haber conflicto: no podría haber conflicto de intereses solamente por ejercer alguien un derecho subjetivo. Pero cuando esa prerrogativa termina, ¿será que el conflicto de intereses no resultaría más bien de la violación a un principio más general de derecho?

V. EL PRINCIPIO QUE REGULA LOS CONFLICTOS DE INTERESES

A pesar de su diversidad, las reglas relativas a los conflictos de intereses derivan todas de un deber moral de lealtad y constituyen diversas aplicaciones de un principio del derecho.

El incumplimiento de una exigencia de lealtad. La lealtad es ante todo una virtud moral: la más alta de las cualidades según Cicerón, quien la ubica por encima de la habilidad, puesto que primero inspira la confianza y posteriormente la conserva¹³⁷. La lealtad exige el abstenerse de perjudicar, de mentir o de engañar. Fundamentalmente, excluye proceder con una actitud doble¹³⁸. Y es precisamente un comportamiento doble el que se presenta en una situación de conflicto de intereses, ya que una persona no puede actuar a la vez con respeto de un interés superior y por su cuenta propia. La lealtad implica una unidad de comportamiento que el conflicto de intereses vulnera. Poco importa que la discusión se base sobre las nociones de buena fe, de neutralidad, imparcialidad u objetividad del profesional; siempre la exigencia de lealtad será requerida y el comportamiento estigmatizado será el de quien prefiera privilegiar sus intereses propios en detrimento de intereses superiores.

Las reglas relativas a los conflictos de intereses ponen en evidencia el fenómeno conocido como inclusión de la moral en el derecho¹³⁹. Su profusión a través de normas profesionales o deontológicas pone en evidencia una demanda de ética

136 En este sentido AUBERT, *Introduction au droit*, 10^o ed. Armand Collin 2004 n^o 125. *Contra* Ph. Le TOURNEAU y L. CADIET, *Rép. Civ.* Dalloz, V. *Abus de droit*; D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts*, cit.

137 CICERÓN, *De officiis*, Libro II, IX.

138 L. AYNÈS, *L'obligation de loyauté*, APD t 44, Dalloz 1999.197.

139 G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^o ed. LGDJ 1949.

en el mundo de los negocios, sólo que el objetivo buscado no es tanto moralizar el medio económico sino mantener la confianza necesaria en ese orden¹⁴⁰. La ambivalencia de la "moral de los negocios" justifica que la cuestión de los conflictos de intereses no se limite tan solo a lo infra-jurídico.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, el conflicto de intereses puede ser considerado como la no observancia de una obligación de lealtad. A veces ocurre que el legislador o la jurisprudencia liguen estrechamente las dos nociones: el prestatario de servicios de inversión, sometido a una obligación de lealtad, no debe ubicarse en una situación de conflicto de intereses¹⁴¹; lo mismo ocurre en la jurisprudencia relativa a los mandatarios¹⁴². Es posible en este caso hablar de "lealtad contractual" ya que la ley o el juez adicionan una obligación a ciertas convenciones en función de su economía con el fin de hacer útil su ejecución¹⁴³. De esta manera, se le recuerda al contratante que debe actuar también en interés de su contraparte. Pero la búsqueda de esa obligación de lealtad en cada convención resultará vana y no podrá servir de base a una situación de conflicto de intereses. Sólo importa que en la convención una de las partes esté a cargo de un interés superior. La lealtad en el contrato no se limita a la "lealtad contractual". Toda convención, cualquiera que sea su naturaleza, implica una "lealtad de la contraparte", quien debe abstenerse de poner en peligro la buena ejecución del contrato. La lealtad se impone al deudor en la ejecución de su prestación¹⁴⁴. Ya no es una cuestión de obligación sino de un deber extra-contractual de lealtad, un deber absoluto que se impone a cada uno en su relación con otro¹⁴⁵.

No resulta sorprendente que se encuentren situaciones de conflicto de intereses por fuera del marco contractual. Esto ocurre en caso del dirigente social o del asalariado durante la suspensión de su contrato de trabajo, a quienes se impone un deber de lealtad. La lealtad puede igualmente exigirse de profesionales encargados de velar sobre un interés general; en ello se acerca a la objetividad y a la imparcialidad. Esta lealtad nos remite a los deberes fiduciarios en el derecho anglo-americano, cuyas aplicaciones desbordan largamente el derecho de los contratos¹⁴⁶. El deber de lealtad impondría entonces el no ubicarse en situaciones de conflicto de intereses. Sin embargo, estas nociones no deben confundirse. La lealtad es un estándar jurídico que engloba un conjunto de normas de comportamiento¹⁴⁷: "el

140B. OPPETIT, *L'éthique in Droit et modernité*, PUF 1998 261, espec., 120.

141 Art. L 533-4 del cod. Monetario y financiero.

142 Req. 14 de abril de 1908, DP 1908.1.344; Ph. PÉTEL, *Les obligations du mandataire*, préc., n.196, ss.

143 Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ 1989; Ph. Le TOURNEAU et L.

CADIET, cit. n° 3675 y ss; Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, LGDJ 2000 n° 81 y ss.

144 Art.1134 inc.3 c.civ.

145 L. AYNÈS, , 195 y espec. 199; Ph. STOFFEL-MUNCK, cit, n°86 ss.

146 N. DION, Tesis, Orleáns 1994, n° 19 a 33.

147 Y. PICOD, cit, 87 ss; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, tesis Paris II, Panthéon-Assas 1999, n° 67.

estándar en sí mismo no prescribe, ni proscribire, ni autoriza una conducta.¹⁴⁸ Por el contrario, la regla que regula la situación de los conflictos de intereses es una norma de comportamiento particular, que hace que nos cuestionemos acerca de si no constituiría un verdadero principio del derecho.

El acceso al rango de principio jurídico. Las reglas que tratan los conflictos de intereses son sólo aplicaciones particulares de un principio jurídico. El "principio jurídico designa una idea general [...] común a una cierta categoría de reglas jurídicas y desprendida de éstas por vía de inducción, procediendo de una abstracción lógica que elimine las particularidades de cada regla"¹⁴⁹. En efecto, las situaciones de conflicto de intereses no se limitan a hipótesis previstas específicamente por el legislador o las órdenes profesionales. También es posible la regla según la cual quien tiene a su cargo un interés superior no podrá contrariarlo persiguiendo un interés que lo hace desvincularse de aquél. El campo de aplicación de las reglas relativas a los conflictos cubre entonces un espacio preciso, se refiere a todos aquéllos que aseguran una función, esto es, un servicio orientado a un objetivo superior¹⁵⁰. La función consiste en que alguien pone a disposición su actividad en provecho del público o de un grupo de personas para una labor determinada, bien sea de manera directa, bien sea a través de un intermediario bajo la fachada de una organización que puede ser privada o pública¹⁵¹. Ante todo, la función implica que quien la asume maneje un interés distinto del suyo propio; un interés superior que puede ser particular o general. Una vez este principio general identificado, nos podemos preguntar si podría constituir una regla de derecho positivo, o en otras palabras, un principio de derecho privado¹⁵².

La consagración jurisdiccional de una regla de esta naturaleza no sería sorprendente¹⁵³. Expresada ya en un adagio antiguo¹⁵⁴, sus aplicaciones, comunes a distintas ramas del derecho privado, encuentran una justificación racional en la necesidad de perfeccionar, en el plano jurídico, una exigencia de lealtad¹⁵⁵. ¿No admitió ya la jurisprudencia el principio según el cual "nadie puede ser nombrado por sí mismo" o, en un campo vecino, "nadie puede ser juez y parte"¹⁵⁶? De hecho cabe preguntarse en qué medida la admisión de este principio resulta ser perceptible a la luz de ciertas soluciones jurisprudenciales¹⁵⁷.

148 MORVAN, *cit*, n°65.

149 STATI, «*Le standard juridique*», tesis, París 1927, 59.

150 Vocabulario jurídico Capitant, V. *Fonction*, primera acepción.

151 P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, D. 1963 n°22 y ss.177; J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz 1952.249.

152 G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ 1955 n.132 ss; P. MORVAN, Tesis, *cit*.

153 Sobre los criterios del principio de derecho, V. P. MORVAN, Tesis, *cit*.

154 V. *supra* n°5.

155 Sobre el fundamento racional de esas reglas, V. G. RIPERT, *cit*. n° 135.

156 P. MORVAN, Tesis, *cit*. n° 79 y ss y n° 565 y ss.

157 El Consejo de Estado sin embargo dudó consagrar un principio de prohibición de los

En efecto, basándose en reglas antiguas, Ripert formuló: "No se debe hacer por interés aquello que se debe hacer por deber"¹⁵⁸. Así se estigmatizaban ciertas prácticas que correspondían a situaciones de conflictos de interés, como por ejemplo la dicotomía o aquélla en que una persona exigía remuneración a cambio de cumplir con su deber¹⁵⁹. De este modo se reconoció un principio no escrito de orden público y de buenas costumbres¹⁶⁰, que se prolonga en la regla según la cual "nadie puede producir un conflicto entre sus intereses personales y aquéllos que tiene a su cargo".

Al parecer, los tribunales nunca mencionaron este precepto, sin embargo, entre las líneas de las decisiones judiciales que sancionaban ciertas convenciones, aparecía que se atentaba contra el orden público o las buenas costumbres. El notario no podrá a la vez realizar un acto y ser mandatario de una de las partes, ya que sus funciones "implican, en virtud de una exigencia de orden público, una imparcialidad que resulta incompatible con la calidad de mandatario de una de las partes"¹⁶¹; el veterinario encargado de realizar un control sanitario no podrá estar subordinado a la persona que debe controlar, ya que "la conciencia pública no puede admitir que sean acumuladas ambas calidades de controlador y de arrendatario de servicios"¹⁶²; el director de una sociedad no podrá obtener un complemento de su salario como remuneración de su complicidad en las malversaciones cometidas por el presidente o el director general en perjuicio de la sociedad¹⁶³; así como un asesor en seguros que es contratado por un cliente asegurado, debe defender los intereses de éste y no puede recibir remuneración de las compañías aseguradoras¹⁶⁴. La misma justificación se encuentra en todos estos casos: la voluntad del juez de sancionar a quien ha hecho prevalecer su interés personal sobre sus deberes. Este análisis es hoy compartido por el juez comunitario en materia de derecho de la competencia, que considera que el conflicto de intereses en sí mismo es un abuso¹⁶⁵.

conflictos de intereses en la función pública y prefirió incriminar la toma ilegal de intereses. V. CE 6 de dic. 1996, Dalloz 1997.57. Sobre la cuestión, DIDIER, *Le pantouflage et les commissions de déontologie de la fonction publique*, in *Droit et déontologie*, ob cit 229 y ss.

158 G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, cit n°30.

159 *Idem* n° 27 y ss.

160 Sobre los principios de orden público, V. P. MORVAN, cit n° 224 y ss.

161 M. PLANIOL y G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2° ed. t. XI por R. SAVATIER; Cass. Civ, 3 de feb de 1892, S 92.1.84.

162 Cas. Civ. 5 de diciembre de 1911, Rec. S.1913.1.497, nota R. DEMOGUE.

163 Soc. 6 de oct. 1965, bul. Civ n°613.

164 Req. 24 de sept. 1940, Rec. S. 1940, Tables, V. Obligations, n°1.

165 CJCE 13 de dic. 1991, aff. C-18/88, GB- Inno-BM, Rec. 91.I.59-41 (sol.impl.). V. sobre todo la decisión de la Comisión del 23 de oct. 2001, 2002/344/CE (JO n.1120, 7 de mayo de 2002 19 y ss), espec. Par. 64: "[...] la Corte ha establecido que el conflicto de intereses es un abuso en sí mismo [...] Confiarle a una empresa comercializadora de aparatos [...] la

Las normas relativas a los conflictos de intereses son numerosas y están muy dispersas. De esta manera, el problema no tiene un tratamiento satisfactorio. Se debe no obstante señalar que cada una de esas normas traduce una misma exigencia: quien tiene a su cargo un interés superior no podrá buscar satisfacción de su interés personal puesto que ello lo desviaría de su deber. No resulta sin embargo suficiente identificar este principio. Debemos también determinar su contenido, o dicho de otro modo, apreciar la manera como se puede solucionar una situación de conflicto de intereses.

VI. LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES

El legislador es realista en el tratamiento de los conflictos de intereses¹⁶⁶. Existen conflictos que de acuerdo con las circunstancias son inevitables, y que la ley tolera. Por ejemplo, los conflictos que derivan de la infracción de una apropiación ilícita de beneficios o ventajas carecen de sanción en las pequeñas aglomeraciones¹⁶⁷. El legislador puede, por otro lado, tomar en consideración otro tipo de intereses distintos a los vinculados con el fin de admitir la existencia de un conflicto. Es el caso, por ejemplo, en materia de derecho financiero, cuando ciertos negocios se autorizan sin que intervenga el concepto de mandato doble¹⁶⁸, o también, a veces, en caso de ser contraparte¹⁶⁹. Además de esas particularidades, conviene cuestionarse sobre la manera de solucionar, desde un ámbito general, los conflictos de intereses. La admisión de un principio que sancione los conflictos debe permitir llenar los vacíos del derecho positivo, por medio de soluciones generales que serían particularmente útiles en términos de responsabilidad o de sanción del acto jurídico celebrado. Una unidad en el tratamiento de los conflictos de intereses ya

tarea de establecer las especificaciones que éstos deben reunir, y de aceptar los mismos es conferirle el poder de determinar, a su voluntad, cuáles de esos podrán ser conectados a la red pública y de este modo otorgarle una ventaja evidente sobre sus competidores".

166 Pero no siempre es así: por ejemplo, en caso de incompatibilidades aplicables a los revisores contables, se ha criticado el rigorismo del legislador. Ver Y. GUYON, *cit* n° 362.

167 Art. 432-12 inc. 2 y ss C. penal. En cuanto la extensión de este texto, Ver B. SOINNE, *La incomprensión, a propósito del voto de la Asamblea Nacional sobre el estatuto de los mandatarios judiciales*, Rev. Proc. Coll, 2001 n. 3 117 y ss, espec. °. 10.

168 T. BONNEAU y F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, Economica 2002, n°763 ss. Sobre las especificidades del mercado y su incidencia en los contratos, ver A6C. MULLER, *Droit des marchés financiers et droit des contrats*, Tesis, Paris II, 2001.

169 M. GERMAIN y Ph. DELEBECQUE, *Traité de droit commercial*, T.2, 17° ed. LGDJ 2004 n° 2650; T. BONNEAU y F. DRUMMOND, *cit*, n° 755 ss. Inicialmente, el aceptar ser contraparte era en general prohibido al agente de cambio: Ver art. 85 C.com. de 1807. Comparar hoy con el art. 321-49 inc.2 del reglamento general de la AMF de 2004: "El prestatario habilitado debe informar a su cliente cuando, en la medida en que la reglamentación vigente se lo permita, sea contraparte en una orden emitida por su cliente sobre un instrumento financiero admitido a negociaciones en un mercado reglamentado".

aparece en algunas soluciones legales y jurisprudenciales que nos permiten ver que el problema se trata desde dos perspectivas: la prevención y la sanción.

La prevención de conflictos de intereses. Las incompatibilidades legales. Existen medidas disuasivas tendientes a evitar que se produzcan situaciones de conflicto de intereses. En caso tal que los conflictos existan, algunas reglas permiten su neutralización. Dos tipos de reglas disuaden al autor de ubicarse en una situación de conflicto: se trata de las incompatibilidades legales, y de las reglas deontológicas de separación funcional, destinadas a permitir el ejercicio aislado de varias actividades al seno de una misma empresa.

En estricto sentido, la incompatibilidad es la imposibilidad legal de acumular ciertas actividades, funciones o situaciones¹⁷⁰. El fundamento de esta prohibición es la exigencia de buena conciencia profesional¹⁷¹; así, la función pública es incompatible con una actividad comercial¹⁷². De manera más puntual, la prohibición puede ser expresamente mencionada con el objetivo de evitar situaciones específicas de conflicto, por ejemplo, no es posible que un familiar del profesional ejecute ciertos actos profesionales¹⁷³. Este tipo de incompatibilidad tiende hoy a definirse de manera general en términos de intereses¹⁷⁴, pues se evita el ejercicio de una actividad específica cuando existen vínculos o intereses. Esta concepción de la incompatibilidad resulta ser más amplia que la clásica establecida por el legislador, ya que deja un margen de apreciación al juez mientras que el legislador la define de manera estricta¹⁷⁵.

Pero la aparición de dificultades no se debe tanto a la noción de incompatibilidad como a los efectos de la violación de las reglas a que se refiere. La incompatibilidad no equivale a una incapacidad profesional¹⁷⁶, ni es una simple regla deontológica¹⁷⁷, su incumplimiento conduce a ejercer ilícitamente una actividad profesional, y ello nos invita a apreciar todas las consecuencias de esta situación¹⁷⁸. Al parecer, se

170 G. CORNU, *Vocabulaire juridique, incompatibilité*.

171 Y. GUYON, *cit*, n°48.

172 V. por ej. Com 30 de enero de 1996, Bul. Civ IV n.30.

173 Para los *huissiers*, los notarios los revisores contables... (*nota del traductor: el término francés *huissiers* es más extenso que el de simple notificador. Se trata de un ayudante de justicia, que deriva del *executor* romano, que se encarga no sólo de notificar los actos judiciales identificando previamente a las personas destinatarias, sino de ejecutar las sentencias judiciales, proceder al pago de las acreencias, y levantar las actas que servirán en caso de litigio).

174 Art. L822-11 inc. 1 C.com, en materia de revisores fiscales. Este texto sintetiza las reglas anteriores que establecían incompatibilidades (V. art. L225-222 C.com, suprimidos). Más generalmente, V. D. PORACCHIA, *La loi de sécurité financière et la réforme des commissaires aux comptes*, *Rev Dr et patr.*, enero 2004 n°122 62 ss.

175 Lo que facilita la interpretación estricta por los tribunales, Y. GUYON, *cit* n° 362.

176 L. TOPOR, Rép. Civ. Dalloz, *Etat et capacité des personnes*, n°300.

177 J.-L. BERGEL, *cit*.

178 B. SAVELLI, *L'exercice illicite d'une activité professionnelle*, PUAM 1995.

acepta el principio según el cual la sanción que se aplica a todo nombramiento que se haga a una función determinada, con violación a una regla de incompatibilidad, es la nulidad¹⁷⁹. Pero existe una incertidumbre en cuanto a la validez de los actos que han sido celebrados por el profesional. De manera general, los jueces en este caso se abstienen de pronunciar la sanción de nulidad¹⁸⁰. Esta posición encuentra críticas fundadas: una parte de la doctrina estima que la nulidad se debe reservar únicamente a las profesiones "orgánicas" que tengan una finalidad altruista, como la del notario, revisor fiscal o dirigente social, y se debe excluir de aquéllas que se consideren "autónomas", como son las profesiones comerciales donde la actividad se ejerce de modo egoísta¹⁸¹. En efecto, las profesiones "orgánicas" tienen la particularidad de que quienes las practican "celebran actos jurídicos que traspasan sus propios intereses". Esta es la razón por la cual la inobservancia de las normas de ejercicio de la profesión influye en la validez de los actos celebrados¹⁸². La solución tiene el mérito de tener en cuenta la finalidad de la incompatibilidad: cada vez que ésta tenga por objeto prevenir un conflicto de intereses, la sanción será la nulidad. Esta regla no solo sirve para organizar el ejercicio de una profesión; también permite asegurar la protección de quienes han celebrado contratos con el profesional, al evitar que este último privilegie su interés personal, que puede ser directo o indirecto¹⁸³.

Las reglas deontológicas de separación funcional. Algunas reglas no llegan a prohibir el ejercicio simultáneo de dos profesiones o actividades, sino que prevén la separación de su ejercicio al interior de una misma empresa. Dicho de otra manera, imponen una separación funcional con el objeto de evitar conflictos de intereses; lo que la deontología financiera llama "Muralla China"¹⁸⁴. Esta separación tiene por objeto evitar la circulación de informaciones privilegiadas entre las diferentes áreas de una misma empresa. Permite también que una empresa actúe revistiendo dos calidades distintas sin que los diferentes intereses a su cargo entren en conflicto. El ejercicio de cada función es asegurada de manera separada, y de este modo le resulta difícil al profesional obtener satisfacción indirecta a sus propios intereses, en virtud de la acción combinada de los diferentes servicios dentro de la empresa. Sin embargo, el campo de acción de esta regla es incierto, sobre todo cuando se invoca con ocasión del ejercicio de una acción en responsabilidad contra el profesional. Así,

179 Soc. 20 de oct. 1976, Rev. Soc 1977.277.

180 Cas. Primera Civ., 15 de feb. 1961, Bull. Civ. I n° 105; Cas. Primera Civ, 21 de oct. 1968, Dalloz 1069.81; Com. 30 de ene. 1996, Bull. civ. IV n° 30.

181 B. SAVELLI, .cit, n° 281 ss. m Ms generalmente, J. MESTRE, *L'activité professionnelle du professionnel en situation irrégulière*, en *Liber amicorum*, B. SAVELLI, PUAM 1998.1 y ss.; obs. Cas Primera civ. 30 de marzo 1994, RTD. Civ. 1995 100; B. SAVELLI en *Grands arrêts du droit des affaires*, D. 1995 n° 10 27.

182 Bajo reserva del rol eventual de la apariencia.

183 J. MESTRE, *L'activité*, cit.

184 T. BONNEAU y F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, Cit, n° 406.

de conformidad con una decisión de la Corte de Apelaciones de París, la regla de la separación no es oponible al cliente que se considera víctima de un conflicto de intereses¹⁸⁵. Adicionalmente, de acuerdo con una decisión del Tribunal de Comercio de París, una falta a la regla de separación fundamentaría la demanda contra el profesional, que en el caso concreto era un analista financiero¹⁸⁶.

Estas soluciones tienen una explicación. La ausencia de separación funcional no es suficiente para caracterizar una situación de conflicto de intereses. Esta separación sólo constituye un elemento, entre otros, capaz de ser tomado en consideración, aún más si tenemos en cuenta que se trata de una regla que no existe de manera general en todos los sectores de actividad (ya que la deontología no puede preverlo todo). En efecto, la existencia de una separación funcional no excluye el conflicto por la simple razón de que pueda ser infringida. La separación hace presumir la no inclusión del interés personal, pero debería ser posible la prueba contraria que demostrara el interés personal del profesional. A la inversa, la ausencia de esa separación no implica necesariamente una situación de conflicto de intereses. Se debe además demostrar el interés indirecto, significativo para influir en la persona que tiene a su cargo un interés superior. Surge entonces la necesidad de tener esas reglas, y paralelamente se resalta su insuficiencia. Como las incompatibilidades, no son sino medidas de disuasión que limitan el riesgo de conflicto, sin excluirlo. Pero una vez surgido el conflicto, será en todo caso posible neutralizarlo.

La neutralización de los conflictos de intereses. La revelación. El derecho considera que el interés superior se encuentra suficientemente protegido si el interés personal es revelado o autorizado. En efecto, una vez surgido el conflicto, puede ser desarmado o por la revelación del interés opuesto, o por una autorización dada a quien se encuentra en situación de conflicto. Casi siempre se exige de quien se encuentra en una situación de conflicto, que revele la existencia de intereses que le sean propios y que puedan eventualmente entrar en conflicto con sus deberes. De este modo, se observa que más que tener un interés personal, es sobre todo el hecho mantenerlo oculto lo que genera sospecha. Por un lado, el deber de revelar es conforme a la ley. Algunas veces la información que debe ser suministrada es especial, así como lo ilustran los textos legales sobre dirigentes sociales¹⁸⁷ o los profesionales del sector de la salud. Los profesionales de la salud que tienen vínculos con las empresas del sector, están obligados a informar al público –por ejemplo mediante publicaciones en diarios nacionales–¹⁸⁸ la existencia de ese vínculo. También los consultores en inversiones financieras deben indicar a sus clientes los lazos que

185 CA París, 27 sept. 1996; 18 oct. 1996 inédito, *Sogeva vs. CRCA Ile-de-France*.

186 T. com. Paris, *Morgan Stanley vs. LVMH*, *ob.cit.*

187 Arts. L225-40 C.com, art. L225-102-1 C.com, art. 135 decr 23 de marzo 1967 en aplicación de la ley del 24 de julio de 1966. Más generalmente, V. D. SCHMIDT, *ob.cit.* n°30 y 31.

188 Art. L4113-13 C.salud púb.

los unen a las empresas proveedoras de productos financieros¹⁸⁹. Los analistas financieros¹⁹⁰ y los prestatarios de servicios de inversión¹⁹¹ deben mencionar sus intereses y los posibles conflictos.

La ley o las normas profesionales pueden imponer que se revelen los intereses previamente al ejercicio de toda actividad, en documento especial denominado "declaración de intereses". Esta declaración incumbe a los miembros de varios organismos administrativos independientes, como la Autoridad de Mercados Financieros¹⁹², o la Agencia Francesa de Seguridad Sanitaria de Alimentos¹⁹³, pero no ha sido extendida a los jueces de los tribunales de comercio tal como lo proponía un proyecto de reforma de la institución¹⁹⁴. La obligación concierne también a profesionales tales como el arquitecto, quien debe hacer esa declaración a su contraparte con anterioridad a la firma de todo contrato¹⁹⁵.

Este deber de información puede también ser impuesto por el juez. El silencio en la manifestación de un interés por el cocontratante puede ser considerada reticencia dolosa y puede traer como consecuencia la nulidad de la convención. Tal es el fundamento tradicionalmente sostenido por la jurisprudencia al sancionar a la contraparte silenciosa en la mención de sus intereses ocultos¹⁹⁶. De manera general, los jueces estiman que los mandatarios están obligados a revelar la existencia de un conflicto de intereses. En este sentido, la Corte de Casación dijo, en materia de determinación por un tercero del precio de la compraventa, que "el experto sometido a la aplicación del artículo 1592 del código civil no podrá seguir ejerciendo su misión por haber mantenido vínculos profesionales con una de las partes"¹⁹⁷. Para la Corte, el experto debe "tener la calidad de tercero, es decir, no debe estar bajo la dependencia de una de las partes del contrato". Del mismo modo, el dirigente social encargado de los intereses de los accionistas debe,

189 Art. L541-4 C. mon. y fin. El texto indica así mismo que el consultor debe suministrar « informaciones útiles a sus clientes para su toma de decisiones », lo que podría ser interpretado como una exigencia general de información de todo elemento capaz de generar conflicto de intereses.

190 Art. 6 dir. 2003/125/CE, 22 dic. de 2003.

191 Art. 16 del proyecto de directiva sobre los mercados de instrumentos financieros.

192 AMF, Art. L621-4 C. mon. y fin.

193 V. art. 1323-9-2 C. salud púb.

194 V. proyecto de ley n°2545 sobre la reforma a los tribunales de comercio- Reporte Colcombet, justicia comercial: reforma a los tribunales de comercio, n° 2912, 22 de feb. 2001.

195 V. art. 15 y 29 C. Deont. Arq. El arquitecto debe declarar los intereses, personales o profesionales, que lo unan a toda persona, natural o jurídica, que ejerza una actividad cuyo objeto sea beneficiarse de la construcción.

196 Ph. PÉTEL, *cit.* n° 213 y ss.

197 Cas. Primera civil, 24 de febr. 1998, Bull. Joly 1998 par. 157, obs. DAIGRE. La Corte califica este experto de mandatario común de las partes contratantes, y por lo tanto sometido al deber de abstenerse de favorecer los intereses de una u otra de ellas.

cuando cede acciones, revelar el conflicto que exista entre su interés personal y el del accionista cesionario¹⁹⁸.

Sería conveniente generalizar ese deber de información e imponerlo a quienes se encuentren en una situación de conflicto de intereses, como por ejemplo al banquero que asesora a un cliente¹⁹⁹, o al intermediario financiero²⁰⁰. La Corte de apelaciones de París condenó a un banco por no haberle advertido a uno de sus clientes que los títulos que le vendía provenían de una sociedad deudora²⁰¹.

Una vez admitido el derecho a la información, deben fijarse sus límites. Primero, sólo se refiere a los intereses verdaderamente significativos, y no se aplica a los hechos que son de conocimiento público²⁰². Se podría aplicar el secreto profesional y entonces en caso de conflicto, el interesado debería abstenerse de actuar. Finalmente, se debe tomar en cuenta el caso particular del empleado²⁰³, de quien una situación conflictiva sólo es relevante si ha ejercido actos positivos. En todo caso, su contrato de trabajo, o el reglamento interno pueden imponerle el informar a su empleador sobre ciertos de sus intereses²⁰⁴.

La autorización. Cuando se revela un conflicto de intereses, se puede desembocar en una autorización, y esto levantaría el obstáculo de la prohibición²⁰⁵. De este modo, operaciones como el mandato doble podrían ser autorizados por aquellos a quienes el conflicto resultare perjudicial. Esta solución se admite en caso del mandatario²⁰⁶ o del comisionado contraparte y en el caso de un mandato doble²⁰⁷. En algunos casos, el legislador señala cuál es el órgano encargado de dar la autorización: junta directiva en materia de convenciones reglamentadas celebradas por las sociedades; consejo de familia en caso del tutor-contraparte. Lo anterior, debería generalizarse aunque sólo debería ser admitido en caso de intervención de intereses privados, es decir, cuando el interés superior no es el mismo interés general. Pero el legislador no quiso aplicarlo en caso de un perito evaluador de bienes vendidos en pública subasta, a quien se autoriza vender un bien personal suyo siempre y cuando hiciera pública esa información²⁰⁸. La autorización tiene el mérito de evitar futuras parálisis consecuentes al conflicto de intereses. Por ser una

198 En este sentido, Com, 12 de mayo de 2004, Dalloz 2004.1599, obs. LIENHARD.

199 J. STOUFFLET, *cit.* n° 13.

200 En este sentido, art. 16 del proyecto de directiva sobre los mercados de instrumentos financieros: cuando el profesional no logra evitar la creación del conflicto, debe informar a sus clientes, si es necesario mediante una publicidad de carácter general.

201 CA Paris, 27 de sept. 1996, Rev. Banque et droit, ene-feb. 1997 38.

202 En este sentido, Cas. Primera civil, 24 de febrero de 1998, *ob. cit.*

203 V. *infra*. n° 67.

204 Soc. 24 de febrero de 1993, Juri-soc, UIIMM, n° 93-563, 255.

205 B. THUILLIER, *L'autorisation, étude de droit privé*, LGDJ 1996 n° 22.

206 R. RODIÈRE, *cit.* n° 182.

207 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Y. GAUTIER, *cit.* n° 566.

208 Art. L321-35 C.com, mod. por Ley 2004-130 del 11 de febrero de 2004.

simple facultad, permite apreciar los riesgos y así tomarlos o no. La ley autoriza de este modo al tutor para celebrar un arrendamiento consigo mismo siempre y cuando la operación haya sido autorizada por el consejo de familia²⁰⁹.

Aquél que se encuentra en una situación de conflicto de intereses dispone de dos opciones: o bien se abstiene de actuar y pone así fin al conflicto²¹⁰, o bien decide actuar pero debe entonces revelar su interés en conflicto, con el objetivo de obtener una autorización. Por fuera de estos casos, si actúa no obstante la situación conflictiva, se expone a sanciones.

VII. SANCIÓN DEL CONFLICTO DE INTERESES

La sanción al conflicto de intereses puede recaer sobre su autor o sobre el acto jurídico celebrado por éste.

La situación del autor. La responsabilidad. El autor de un conflicto de intereses puede comprometer su responsabilidad. En ciertos casos el conflicto puede justificar que sea removido de su misión.

La existencia de una norma deontológica en materia de conflictos de intereses no es suficiente para fundamentar una acción en responsabilidad. Toda confusión que se haga entre reglas profesionales y un deber que encuentra sanción en el campo de la responsabilidad civil se opone a la jerarquía de las fuentes del derecho. El juez tiene facultad para hacer producir efectos jurídicos a ciertas reglas deontológicas que consagren deberes sancionados también por la responsabilidad civil²¹¹. La regla según la cual nadie debe buscar la satisfacción de su interés personal en detrimento del interés superior que tiene a su cargo constituye precisamente esta regla de comportamiento. Su inobservancia puede entonces ser sancionada sobre el fundamento de la responsabilidad civil: la culpa retenida tiene una cierta gravedad debido a su carácter intencional.

De este modo, se estableció la responsabilidad del gestor de cartera²¹², del dirigente social²¹³, o del analista financiero, que privilegiaron su propio interés sobre aquél que debían privilegiar. Generalmente, el juez sanciona los mandatarios "cuyos actos [...] tuvieron por objeto y resultado lesionar los intereses [del mandante], en su provecho personal"²¹⁴. Una vez confirmado, el conflicto de intereses trae como consecuencia una sanción para el asalariado. Los jueces aprecian de manera

209Cas. Civ, art. 450 inc. 3 *ob.cit.* Ver más generalmente el art. 420 inc.2 C.civ. que incluye el tutor subrogado.

210V. por ej. Cas. Primera civ., 2 de dic. de 2003, n° 0100343 inédito; Paris, sala 25 B, 19 de dic. 2003, RTD civ. 2004.289.

211Ph. MALAURIE, L. AYNÈS y MORVAN, *Introduction au droit*, Défrénois, 2003, n°24.

212Com, 27 de mayo de 1997, JCP 1997 G II 22930 nota STORCK (abuso de mandato).

213Com, 7 de octubre de 1997, JCP 1997 E I 710, obs. VIANDIER y CAUSSAIN (culpa en la gestión)

214Req. 14 de abril de 1908, DP 1908.1.344

soberana los deberes del empleado de acuerdo con las circunstancias para lo que tienen en cuenta su función dentro de la empresa, y sobre todo su calidad o no de ejecutivo, que lo identificaría con el grupo al que pertenece²¹⁵.

Junto a la responsabilidad civil, existen también responsabilidades de tipo particular que representan posibilidades de sanción ante la producción de conflictos de intereses. En materia de enderezamiento judicial, la mayoría de las causales que justifican una extensión del procedimiento colectivo a los dirigentes sociales corresponden a situaciones de conflicto de interés, ya que por lo general el dirigente ha satisfecho su interés personal en detrimento del de la empresa²¹⁶. Por último, las situaciones de conflicto de intereses pueden también dar lugar a sanciones penales. Varios delitos llamados "funcionales", como el abuso de bienes sociales o el abuso de poder, sancionan el comportamiento conflictivo en derecho de sociedades. La represión de esos conflictos se encuentra asegurada más generalmente por el abuso de confianza²¹⁷ y las sanciones en caso de "infracciones al deber de probidad"²¹⁸.

La "revocación". El legislador prevé en ciertos casos que el conflicto de intereses pueda ser una causa de terminación de la misión o actividad de quien ha desconocido sus deberes. Un ejemplo tradicional es el del tutor subrogado al tutor inicial, designado por la ley para reemplazarlo en caso de oposición de intereses²¹⁹. Las tutelas están por lo general expuestas a situaciones de conflicto de intereses. El conflicto entre un tutor y un incapaz se resuelve mediante el nombramiento de un administrador *ad hoc* que se encargará de cumplir con la misión que el administrador inicial no estuvo en medida de desempeñar correctamente²²⁰. Esta solución se extiende a los menores, como cuando el tutor debe actuar defendiendo los intereses de éstos en un procedimiento judicial²²¹. La existencia de un conflicto no impone que el administrador sea el único facultado para pedir el nombramiento de su reemplazo. Sin embargo, fue necesario esperar una reforma legislativa reciente que facultara a otras personas y sobre todo al juez para ejercer ese derecho²²². Podríamos acercar esta situación del ejercicio de la acción *ut singuli* en derecho de sociedades²²³. Mediante esta acción, la ley permite a los socios demandar la

215 Y. PICOD, *cit.*, n°121 y 125 y ss.

216 Art. L.624-5-1 a 4, C. Com.

217 Art. L 314-1 C. Penal.

218 V. art. L.432-10 y ss C. Penal. (*Nota del traductor: constituyen infracciones al deber de probidad, la corrupción pasiva y el tráfico de influencias cometidos por personas que ejercen una función pública, entre otros)

219 V. *supra* n° 4

220 Art. 389-3 inc. 2 C. civ.

221 Art. 388-2 C.civ.

222 L. n° 93-22 del 8 de enero de 1993 que modifica los artículos citados anteriormente.

223 Acercar esta solución a la consagrada por el derecho administrativo en el art. 2132-5 del código general de las colectividades territoriales, que permite a los contribuyentes de un

responsabilidad del administrador y vencer de este modo la inercia del dirigente causante del perjuicio, quien de manera general se abstendrá de demandarse a sí mismo en nombre de la sociedad damnificada. Los administradores no son los únicos implicados por una medida de revocación. El conflicto de intereses justifica también que se declare la revocación judicial del revisor fiscal²²⁴.

A falta de disposición especial, el conflicto de intereses debe permitir que se ponga fin a la actividad de quien incumple sus deberes²²⁵. En un marco contractual, permite que el juez pronuncie la resolución del contrato de trabajo o declare el despido justificado del trabajador. La sanción es radical y solo requiere la prueba de un comportamiento desleal. El estudio de la jurisprudencia muestra que a veces se sanciona la apariencia. El juez solamente tiene en cuenta un riesgo serio de conflicto de intereses para tomar esas decisiones. Esto ocurre también, por ejemplo en materia de tutela²²⁶. Esta solución debería extenderse a todas las profesiones que reposan sobre un vínculo de confianza²²⁷.

Tomar en cuenta el simple riesgo de conflicto, causa reacciones en derecho laboral por la tendencia de éste de proteger al trabajador. Al parecer existe en este aspecto una evolución jurisprudencial. Antes se decidía que simples contactos entre un empleado y una empresa competidora podían justificar el despido²²⁸. Pero más recientemente, la sala laboral de la Corte de Casación consideró que sólo preparar una actividad competidora no generaba culpa, siempre y cuando el asalariado no hubiera realizado ningún acto efectivo de competencia antes de la fecha de terminación de su contrato de trabajo²²⁹. Al parecer, el simple riesgo de conflicto de intereses no es asimilable al conflicto consumado²³⁰. En adelante, la Corte de Casación exige actos materiales que revelen la certeza del conflicto de intereses,

municipio actuar en justicia, con autorización de un tribunal administrativo, cuando el municipio mismo se abstiene de actuar. ver por ej. CE 30 de abril de 1997, Mun. de Cahors, D. 1997 IR 131; se da la autorización de actuar contra la alcaldía por toma ilegal de interés y corrupción pasiva.

224 T. com. Paris, 17 de febrero de 1999, JCP 1999 G I 134.

225 Para ello la Corte de Casación ha descartado la competencia exclusiva de la orden profesional y ha admitido la competencia del juez *des référés* (quien es competente para decidir de urgencia cada vez que una medida de ese tipo deba ser tomada, o cuando la demanda tiene por objeto poner fin a un acto manifiestamente ilícito o que no tiene una contestación seria) en materia de conflicto de intereses relativo a un abogado. V. Cass. Primera, 27 de marzo 2001, Dalloz 2001.1280. Esta solución se justificaría también en caso de carencia de una orden profesional.

226 V. por ej. Paris, 18 de nov. 1965, Dalloz 1996.149.

227 V. art. 155 inc. 1 decreto 27 nov. 1991 *ob.cit.* que exige un "riesgo serio" en materia de abogados.

228 Soc. 24 de nov. de 1965, Dalloz 1966.238.

229 Soc. 9 de oct. de 2001, n° 99-13717.

230 Una evolución similar se produjo en materia del deber de discreción del asalariado: terminando con el antecedente jurisprudencial, la sala laboral ya no se contenta de un

y no que demuestren un conflicto eventual. Por esta razón los jueces del fondo han decidido que no hay culpa en la toma de participación de un asalariado, aún sea éste mayoritario en el capital de una sociedad competidora de su empresa²³¹. El empleado que no ha tenido parte activa en la gestión de esa sociedad y que no ha percibido por ese concepto remuneración alguna, se encuentra en una situación de simple riesgo de conflicto que por lo tanto no debe dar lugar a sanción alguna²³². Soluciones idénticas son pronunciadas por la jurisdicción comercial. Salvo convención contraria²³³, el acto de competencia desleal debe resultar de actuaciones personales y no de un simple interés indirecto²³⁴.

Algunas situaciones generan dudas en cuanto a la posibilidad que tiene el juez de recurrir a la revocación o a la exclusión. Por ejemplo en el caso del accionista, quien puede privilegiar su interés personal en detrimento del interés social, principalmente cuando ejerce su derecho de voto. Esta situación es constitutiva de un conflicto de intereses o también de un abuso del derecho de voto²³⁵. La sanción será la condena al pago de daños y perjuicios y la anulación de la deliberación²³⁶. Pero estas sanciones no están bien adaptadas cuando la divergencia de intereses tiende a durar. ¿Será que otras medidas, esta vez más radicales, debieran ser consideradas, como por ejemplo la exclusión o retiro del accionista, o aun el sacrificio de la sociedad misma, es decir su disolución²³⁷? Cualquiera que sea la sanción contra el autor del conflicto de intereses, no excluirá otra que castigue el acto mismo celebrado por interés.

Sanción del acto celebrado por interés. La hipótesis es la siguiente: aquél que se encuentra en una situación de conflicto de intereses celebra un convenio o ejerce su derecho de voto en interés personal. Un solo principio debe ser aplicado en esa circunstancia y debe conducir a la anulación del acto. Pero la nulidad no siempre es la sanción más adecuada, sobre todo porque priva a la contraparte de la operación esperada. Por esta razón sería mejor recurrir a otros medios de sanción de manera

simple riesgo o información en la comunicación, por ejemplo cuando el marido de una empleada trabaja en una empresa competidora.

231 Soc. 8 de nov. de 1989, RJS I/90 n°6; Soc. 23 de sept. de 1992, Bul. Civ. v n°470. *contra Soc.* 27 de feb. de 1991, Cah. Soc. Barreau n° 43 B 130.

232 Dijon, ch. Soc., 28 de sept. de 2000, juris-data n.137446.

233 V. por ej. com, 26 de mayo de 2004, n. 02-15748 *ob. Cit.* Sobre las cláusulas de conflicto de intereses ver *supra* n. 18.

234 V. por ej. com, 17 de julio de 2001, inédito, n° 99-20119.

235 La calificación de la situación exige que optemos por la naturaleza jurídica del derecho a voto, derecho-función o derecho subjetivo. Ver *supra* n° 37.

236 El juez considera hoy que la situación produce un abuso de mayoría, sancionado bajo ciertas condiciones: v. Com, 18 de abril de 1961, *Société des anciens établissements Picquard*, Bul. Civ. III n° 175. A favor de la sanción del conflicto de intereses, fundamentada en los artículos 1833 y 1844-10 inc. 1 del código civil, V. SCHMIDT, *cit* n° 346 y ss.

237 Sobre todas estas sanciones, V. SCHMIDT, *cit* n° 371 y ss.

que se prive al autor del conflicto de la ventaja deseada sin poner en entredicho el acto celebrado. Así, en caso de doble mandato, algunos demandantes han pedido que se declare la caducidad del derecho a percibir comisiones²³⁸. Tratándose del derecho a voto, el conflicto de intereses debería privar solo puntualmente a su titular para ejercerlo, como lo prevé el legislador en derecho de sociedades²³⁹. En los casos en que se declare la nulidad, conviene distinguir según que se busque proteger o intereses particulares o el interés general.

Violación de los intereses particulares. Tratándose de la protección de intereses privados, la nulidad de un convenio celebrado dentro del marco de un conflicto de intereses sólo podrá ser pronunciada si un texto preciso ha sido violado, como por ejemplo el artículo 1596 del código civil*, o el texto que regula las convenciones reglamentadas en derecho de sociedades. En los demás casos, se debe considerar, *a priori*, válido el convenio. Así en el mandato, el acto del mandatario que ha desviado su poder sólo se anulará de llegar a demostrarse el fraude, lo que implica la complicidad activa de un tercero²⁴⁰. El reconocimiento del principio según el cual "nadie puede poner en conflicto sus intereses con aquéllos que tiene a su cargo", milita, sin embargo, a favor de la anulación de tales convenios. Del mismo modo, permite justificar la anulación de convenciones en las hipótesis en las cuales la sanción, deseada por los autores, no tiene fundamento textual, como por ejemplo en caso de mandato doble o en los contratos celebrados por el mandatario consigo mismo en materias distintas de la venta.

Violación del interés general. La protección del interés general justifica que el juez pueda sancionar una convención que sea contraria al orden público o las buenas costumbres. Ciertas convenciones pueden ser anuladas sobre el fundamento de la causa ilícita o inmoral, aun si no vulneran ningún texto especial²⁴¹. El juez

238 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Y. GAUTIER, *cit*, n° 566.

* Nota de la traductora: El artículo 1596 del código civil francés dispone: "No podrán ser adjudicatarios, bajo pena de nulidad, ni por sí mismos ni por personas intermediarias: Los tutores, de los bienes de aquellos que tuvieran bajo su tutela; Los mandatarios, de los bienes de los que tuvieran el encargo de vender; Los administradores, de aquellos bienes pertenecientes a los ayuntamientos o a los establecimientos públicos, confiados a su cargo; Los oficiales públicos, de los bienes nacionales cuya venta se realizara por medio de su ministerio".

239 Art. L.225-40 inc. 1 (voto de la junta directiva). V. sin embargo el art. L.235-2-1, incluido por la ley del primero de agosto de 2003 sobre reglas que regulan el derecho a voto de las acciones, aplicable probablemente cuando el accionista interesado está legalmente privado de su derecho a voto (por ej. Art. L.225-10 c.com). Com en der. Admin. el art. L.2131 del código general de las colectividades territoriales: "Serán ilegales las deliberaciones en las cuales uno o más miembros de la junta, interesados en el asunto objeto de las mismas, han tomado parte, a su nombre personal o como mandatarios".

240 V. por ej. Req. 14 de abril de 1908, DP 1908.I.344; Cas. Primera civil, 9 de junio de 1958, bul. Civ. I n°285; Cas. 3 civil, 29 de noviembre de 1972, bul. Civ. III n. 647, V. Ph. PÉTEL, *cit*. n° 203.

241 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Cit* n. 646 y ss.

puede también referirse en ciertos casos a una norma penal, como la que sanciona la corrupción o el tráfico de influencias²⁴². Sin embargo, cuando no es así, el contenido de "buena moral" carece de determinación. Es por eso que el principio sancionatorio de los conflictos de intereses permite que se supere esa falta de precisión. Toda convención contraria a ese principio deberá entonces ser anulada sobre el fundamento de la causa ilícita o inmoral contenida en el artículo 1133 del código civil. Y será suficiente con probar el motivo determinante e inmoral del cocontratante, sin importar si éste fue o no conocido por la otra parte²⁴³. Varias decisiones aplican implícitamente este principio. Algunos ejemplos ya fueron presentados anteriormente²⁴⁴.

El principio relativo a los conflictos de intereses tiende a asegurar la protección de los intereses individuales o generales. En todos los casos se trata de sancionar el comportamiento de quien ha buscado satisfacer su interés personal incumpliendo con sus deberes. La pregunta que surge es si se debe distinguir entre intereses privados o generales. Pero es delicado separar entre los intereses que relevan de un orden público de protección y los que relevan de un orden público de dirección²⁴⁵, sobre todo porque a veces ocurre que un mismo profesional tiene a la vez la carga de velar por un interés individual y por un interés social²⁴⁶. ¿No será que el principio que sanciona el conflicto de intereses es producto mejor de la moral y las buenas costumbres, o en otras palabras, de las "costumbres de la gente honesta"²⁴⁷? ¿Las buenas costumbres no son acaso constitutivas de una "buena moral en los negocios, que se emplea para restaurar la legitimidad de la economía de mercado al no abandonarla a sus peores desviaciones"²⁴⁸? Aun cuando asegura la protección de los intereses individuales, la lucha contra los conflictos de intereses parece estar al servicio de una causa de interés general, que se traduce en la exigencia de moralidad en los negocios, reflejada en las buenas costumbres establecidas por el código civil.

Para concluir, diremos que el derecho trata la materia de los conflictos de intereses de manera empírica y con vacíos. Los textos legales que los mencionan se encuentran dispersos y derivan más a menudo de la deontología propia a cada profesión. Las normas se multiplican sin una verdadera coherencia, no obstante la similitud de las situaciones en que puede presentarse el conflicto. Es suficiente con que una persona privilegie sus propios intereses sobre los de aquélla persona cuyos

242 V. por ej. Com, 7 de marzo de 1961, bul. Civ. III, n. 125. Más generalmente, R. OTTENHOF, *Le droit pénal et la formation du contrat civil*, LGDJ 1970, n° 111 ss.

243 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *cit* n° 626 ss.

244 V. *supra* n° 49.

245 F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *cit*, n° 38.

246 V. *supra* n° 28.

247 J. CARBONNIER, *Les obligations*, *cit*, n° 74.

248 F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *cit*, n° 38, B. OPPETTIT, *L'âbrique*, *cit*.

intereses tiene a su cargo, y que conforman un interés superior, sin importar que sea de orden privado o general. El interés personal se identifica con una ventaja que le hace desviarse del respeto de ese interés superior; ventaja que puede ser pecuniaria o relacional, financiera o profesional. Y poco importa la manera como ese interés sea satisfecho, si directa o indirectamente.

Pero la situación de conflicto de intereses no siempre corresponde a una desviación del poder ya que un conflicto específico puede surgir en alguien desprovisto de poder alguno, en el sentido que da al poder el derecho privado. El conflicto no puede presentarse cuando se ejerce un derecho subjetivo, ya que el individuo que no tiene a su cargo un interés ajeno superior, puede ejercer libremente su derecho, así lo haga de manera egoísta. Cualquiera que sea la circunstancia que esté en el origen de esta situación, consiste en un principio general inspirado en una exigencia de lealtad, cuyos textos y soluciones jurisprudenciales no constituyen sino aplicaciones particulares: "nadie puede hacer entrar en conflicto sus intereses personales con los intereses ajenos que tiene a su cargo". Este principio aparece en algunas soluciones jurisprudenciales. Y aparece una unidad cuando se trata de solucionar los conflictos, enfocada a dos objetivos: prevención y sanción. Existe una articulación de esos objetivos que tiende a evitar la parálisis derivada de la situación de conflicto: la revelación de un interés en conflicto es susceptible de conducir a su neutralización, sobre todo mediante la autorización. Teniendo en cuenta la cantidad de materias en las cuales la solución de los conflictos de intereses tiene vocación a existir, y tomando en consideración su fundamento racional, la regla debería ser objeto de una consagración directa por el juez.

