Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO 227-228 (1-2): 7-59, 2010 ISSN 0303-9986

LA CONFIANZA EN DERECHO PRIVADO LA FIDUCIA EN EL DERECHO CHILENO

DANIEL PEÑAILILLO ARÉVALO
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Concepción

SUMARIO: Objetivo. I. Sobre la Confianza en Derecho Privado. II. Instituciones Fiduciarias en el Derecho Comparado. A. El Negocio Fiduciario. B. La Fiducia en el Derecho Europeo Continental y Latinoamericano. III. El Estado del Derecho Chileno. Conclusión.

OBJETIVO

El objetivo de este estudio es contribuir a difundir en nuestro medio la noción, estructura y efectos del denominado negocio jurídico fiduciario; observar el desarrollo de una forma más evolucionada llamada fiducia, cercana al "trust" anglosajón, que se ha diseminado en la legislación europea continental y latinoamericana; y examinar las posibilidades de aplicación en el Derecho chileno (teniendo presente la ya efectiva penetración entre nosotros de una modalidad especializada de la fiducia).

Para ese efecto parece al menos conveniente primero formular esquemáticamente algunas puntualizaciones sobre el rol que cumple la confianza en el Derecho y, particularmente, en el Derecho Privado. Luego se formulará una descripción del negocio jurídico fiduciario tal como lo tiene concebido la doctrina y alguna jurisprudencia extranjeras, con sus acuerdos y discrepancias. A continuación se reseñarán los rasgos más distintivos de la denominada fiducia en Europa y Latinoamérica. Y finalmente se examinará el estado del Derecho nacional en la materia y las posibilidades de recepción.

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

I. SOBRE LA CONFIANZA EN DERECHO PRIVADO

La confianza es un estado mental que genera una actitud. En el análisis del concepto pueden percibirse diversas modalidades que derivan de la presencia de elementos que fundan la actitud de confiar; desde una esperanza puramente azarosa de que algo acontecerá (confiamos en que…) hasta la esperanza sólidamente fundada de esa ocurrencia, debido a experiencias e informaciones de diversa naturaleza (conocimiento directamente adquirido, datos estadísticos e históricos, aportaciones científicas, testimonios de terceros, etc.)[1].

En la confianza siempre hay un riesgo que se asume. En el primer extremo es máximo y puede llegar a confundirse con la negligencia; en el segundo se está ante una actitud racionalmente fundada, por lo mismo, con un riesgo tenido generalizadamente como mínimo y que, asimismo, es frecuentemente estimado como necesario de asumir para la fluidez de la vida asociativa.

Es a esta confianza suficientemente fundada a la que continuaremos refiriéndonos.

La confianza, pues, debe distinguirse de la ingenuidad y de la actitud temeraria. Por una parte, quien entra a actuar y confiar en otro debe estar mínimamente preparado, conociendo las imperfecciones del espíritu humano (en la vida social suele mentirse, defraudarse, apropiarse de lo ajeno, etc.); ignorar o prescindir de esas posibilidades (que importan riesgo) constituye ingenuidad o simple negligencia. Y quien sabe de esas imperfecciones debe adoptar algunas precauciones; con ellas queda en mejores condiciones de reclamar por la defraudación.

Llevada al extremo la necesidad de precaución, pareciere que luego de una primera frustración no sería posible aducir la confianza, lamentarse por la decepción y reclamar alguna consecuencia protectora. Pero, aparte de resultar ineficiente, esa conclusión no parece realista; en la vida social se actúa con base en la confianza, y lo conveniente para que el tráfico resulte productivo es considerarla y, en ciertas circunstancias, proteger a quien justificadamente confió.

[1] La primera acepción de "confianza" que proporciona el Diccionario de la Real Academia Española es "Esperanza firme que se tiene de una persona o cosa"; y la primera de "confianzudo" es "crédulo, imprevisor".

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Para que constituya una esperanza respetable y protegible, ha de estar fundada en antecedentes que el grupo social estima suficientes. Esa suficiencia emana de un mínimo de cuidado, diligencia o prudencia que el depositante ha demostrado al confiar.

Un examen de la incidencia de esa actitud humana que llamamos confianza (o ese comportamiento que llamamos confiado), en la estructura y funcionamiento de las instituciones de Derecho Privado permite derivar algunas conclusiones elementales.

En apreciación general, una buena parte del Derecho Privado se explica por la falta de confianza, y otra zona se funda en ella.

Se explican por la desconfianza (a veces junto a otras justificaciones), entre otras: las formalidades; ciertas reglas probatorias; la regulación de la simulación; la regulación del fraude a la ley; la presunción de conocimiento de la ley, la exclusión del error de Derecho.

Por cierto, el ordenamiento jurídico disminuiría y se simplificaría mucho si despareciera la desconfianza; pero la desconfianza es una actitud realista (conociendo la imperfección ética del ser humano); incluso, debe considerarse la imperfección somática y funcional, pues los sentidos y la capacidad intelectual de percepción del ser humano son imperfectos; entonces, suele ocurrir que, aun de buena fe, el sujeto actúa creyendo que cierta situación es de ciertas características, y no es así.

Se explican por la confianza (es decir, por la necesidad de confiar, sin perjuicio de otros fundamentos), en primer lugar, muchas normas e instituciones del Derecho comercial, en donde es fundamental; es bien sabido que en Derecho mercantil la rapidez es indispensable a su funcionamiento, y la rapidez sólo es posible confiando; sin confianza no hay rapidez (por ej. en los títulos de crédito, en el Derecho societario). La protección al tráfico mediante la apariencia se sustenta en la confianza (los terceros confían en que lo que aparece como realidad, lo es); asimismo la doctrina de los actos propios, la responsabilidad precontractual.

Constituyendo una necesidad, debe protegerse a quien razonablemente confía. Entonces, el análisis sociológico (y aun psicológico) adquiere importancia para la adopción de medidas de política legislativa y para la aplicación de la normativa a casos.

En suma, confiar es necesario; al menos conveniente. La confianza genera rapidez en las actuaciones (porque se evita una etapa, la de las precauciones, como las pruebas preconstituidas, formalidades, o garantías); así, es fácilmente perceptible que la desconfianza es retardante.

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Entonces, parece aceptable la conclusión de que la confianza digna de protección es la que está acompañada de la diligencia[2]. El Derecho no está para proteger a los ingenuos, ni a los negligentes ni a los temerarios. En la ingenuidad frecuentemente se llega a la constatación de una negligencia; cuando se cree que todo es corrección, es porque ha faltado preocupación de conocer bien el mundo en el que se vive. En la temeridad hay que suponer que se asume el riesgo al actuar ciegamente, sin unas precauciones mínimas; si no es así, si no se tiene conciencia del riesgo, entonces volvemos al inicio: se actúa simplemente con descuido.

Atada a la diligencia, puede desprenderse que el gran límite de la confianza (al menos de la protegible) se expresa, concisamente, en esa expresión tradicional que abreviamos *nemo auditur*…[3].

II. INSTITUCIONES FIDUCIARIAS EN EL DERECHO COMPARADO

A. El negocio fiduciario

1. Aquí nos ocuparemos de una destacada manifestación de la confianza; o, dicho casuísticamente, de una situación negocial en la cual la confianza ejerce directa y visiblemente su influencia en su creación y sus efectos: el llamado negocio jurídico fiduciario (aunque, como se verá, la doctrina lo ha dogmatizado tanto que parece haber quedado lejana la incidencia de aquel elemento).

En el variado ámbito de la contratación suelen presentarse situaciones en las que un dueño adeuda la cosa que domina y, por lo mismo, mientras mantiene su titularidad, debe custodiarla para otro (como la de la venta en la cual el dueño aún no ha entregado la cosa vendida, la del dueño de una cosa que la debe bajo una condición que para él tiene efecto resolutorio). En otras un sujeto, sin ser propiamente dueño, con o sin derecho real sobre la cosa, debe su entrega física (como las del usufructuario, arrendatario, comodatario, depositario).

[2] Si se pretende también la presencia de la buena fe, en realidad la buena fe es un elemento más bien aparente; el que dice confiar sabiendo de elementos que inducen a concluir que la situación no discurrirá de cierto modo, o que eso es lo más probable, no está confiando.

[3] Queda pendiente, por cierto, el grado de diligencia que será exigido; constituye todo un tema, que supera los objetivos de este trabajo. Al menos sí puede apuntarse que, por regla general, será la mediana, pero las características de los sujetos y la naturaleza de la actuación podrán alterar esa regla.

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Pero, además, hay otras situaciones en las que, debido a diversas motivaciones, aquellos compromisos (de futura transferencia y entretanto custodia) no son ostensibles (por lo mismo, a un primer examen pueden provocar extrañeza, por una al menos aparente fisonomía contradictoria). Como hipótesis, pueden tenerse presente: un mandatario a quien se le ha transferido (en propiedad) uno o varios bienes para que los administre durante un tiempo y luego los restituya; un acreedor a quien se le ha transferido la propiedad de un bien, pero en garantía del pago del crédito, que deberá restituir una vez efectuado el pago.

2. Sustantivamente, el negocio fiduciario no es un nuevo o particular negocio; es una característica que se agrega a ciertos contratos en un ambiente en el que se celebran. La característica, generalizadamente descrita en la doctrina, consiste en producir una atribución patrimonial que excede el fin perseguido, obligándose el que la recibe a utilizarla dentro de los límites del fin y a su posterior restitución. El ambiente es el de perceptible confianza, cuya intensidad supera la que habitualmente interviene en la celebración de contratos; su consideración o influencia soporta el acuerdo de que los efectos trascienden después de producidos los normales del acto celebrado.

En un sentido amplio, en todo negocio está presente la confianza. En algunos su incidencia es más fácilmente perceptible: el mandato, el depósito, el comodato, la sociedad (en lo que tiene de contrato); genéricamente, en los llamados contratos *intuito personae*[4]. Pero, restringidamente, se ha reservado la expresión "negocio fiduciario" al que presenta ese mencionado exceso respecto del fin perseguido, que aparece como su rasgo tipificante (al menos en su noción clásica). En ese exceso, habitualmente no declarado, la confianza aparece realzada o adquiere particular relevancia[5] (es por este

[4] Aun en los contratos que no son calificados de *intuito personae* basta que se postergue, que quede pendiente, una o más prestaciones, incorporándose un plazo para su ejecución, para que ya se introduzca en ellos la confianza. Todavía más, incluso en un contrato "frío" y de ejecución instantánea, como una compraventa de cosa mueble con entrega inmediata y precio pagado en el acto, hay un grado de confianza incorporada (por ej., por el saneamiento).

[5] Pero debe dejarse constancia de inmediato que algunos autores han llegado a negar que exista un efectivo exceso o han cambiado el sentido inicial y más visible. El Prof. Jordano Barea, en una Nota Crítica a una obra italiana, plantea el punto y, coincidiendo con el autor cuya obra comenta, estima que realmente no hay tal desproporción; las partes llegan a celebrar ese negocio porque –en la realidad– no hay otro medio para lograr el fin que persiguen; la transferencia de la propiedad es necesaria para el fin que persiguen; piénsese, por ejemplo, en situaciones de fiducia cum amico, en que se transfieren bienes para que el adquirente los administre y luego los restituya, como las siguientes: un extranjero residente, temiendo confiscaciones, transfiere a un nacional sus bienes, para que los administre y los restituya luego de cambiadas las circunstancias; un disipador transfiere sus bienes a un hermano suyo para que los administre, pague cuentas y más tarde los restituya; allí parece no haber otra opción; la transferencia

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

conducto por el cual se ha llegado a concluir que en todo negocio fiduciario hay una simulación relativa; el negocio fiduciario es un negocio simulado relativamente; pronto se añadirán más antecedentes sobre esta calificación).

3. Los personajes son: fiduciante (a veces llamado también constituyente) y fiduciario.

Y (recordando las hipótesis antes mencionadas) se han ido tipificando dos modalidades bastante definidas en la práctica (sin perjuicios de otras variantes): la fiducia *cum amico* (un sujeto transfiere –en propiedad– uno o más bienes a otro, para que éste los administre durante un tiempo y luego los restituya)[6], y la *cum creditore* (un deudor transfiere –en propiedad– uno o

(aparentemente excesiva) es la única posibilidad de lograr el fin perseguido (Jordano Barea, Juan: "Sobre el Negocio Fiduciario." A propósito de un libro de Messina. Nota Crítica. En *Anuario de Derecho Civil*. Madrid, 1950, p. 129 y sgts.); (sin embargo, aún puede percibirse exceso, al menos ante el uso de las instituciones más allá de su función natural, y que se demuestra en el deber que surge de más tarde tener que restituir). Pero, además, el exceso también se diluye en alguna medida cuando la situación se matiza con las doctrinas sobre el grado de efectividad que se atribuye a la transferencia de la propiedad del fiduciante al fiduciario; como en la doctrina de la propiedad formal –que se examinará más adelante– el poder que obtiene es muy limitado, entonces en ese supuesto el exceso se desvanece o, al menos, disminuye (y eso puede llegar a convertirse en una crítica a la doctrina de la propiedad formal, en cuanto termina desnaturalizando al negocio fiduciario, cuya característica distintiva viene a ser el peligro que envuelve derivado de la confianza intensa que se deposita al transferir la propiedad). Ver también al respecto, Messineo, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Trad. de Sentis Melendo. Edics. Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1971, T. II, p. 453 y sgts., quien también intenta convencer que el acto es causado, no abstracto, punto que se verá más adelante).
Pero más tarde, en otra Nota Crítica, esta vez a una obra de Navarro Martorell, el Prof. Jordano cambia de opinión (dejemos constancia de que a esta altura el Prof. Jordano todavía era partidario de la doctrina del doble efecto). Rectificando su opinión anterior, concluye que hay exceso; pero no en el sentido generalmente empleado, sino en el sentido de que el fiduciario adquiere la titularidad para un fin determinado y no para todos los fines posibles, de modo que la posición que viene a crearse en el fiduciario al recibir es de tal naturaleza y está provista de tales efectos que no puede compaginarse absolutamente con el fin tenido en vista. En otras palabras, hay una desproporción porque no se transfiere *por un fin* (como sucede en la compraventa, permuta, donación) sino *para un fin*, que no agota totalmente el medio. De ahí la necesidad de poner los límites obligacionales, que –a su vez– originan la posibilidad de abuso y dan campo a la confianza como factor decisivo (y cita el clásico estudio de Regelsberger, al que se continuará aludiendo)(Jordano Barea, Juan: "Propiedad Fiduciaria y Negocio Fiduciario". Nota crítica. En *Anuario de Derecho Civil*. Madrid, 1950, p. 1258 y sgts.).
Volviendo sobre el punto del exceso como característica del negocio fiduciario, Jordano Barea concluye que no es tanto que exista una desproporción entre el fin perseguido y el medio empleado (como comúnmente se entiende); en las circunstancias en que se actúa, la transferencia es requerida, es indispensable, y no hay tal desproporción. Al fiduciario no se le confiere un poder más fuerte del necesario al fin, sino que la titularidad plena es necesaria para el fin económico-jurídico perseguido. Se trata de una falta de adecuación (que podría tomarse como desproporción o exceso) y esta falta de adecuación no consiste en que el medio es pleno y el fin limitado o restringido (mandato, o hipoteca o prenda), sino en que el medio es definitivo y el fin es temporal o transitorio; por tanto, la titularidad ha de ser plena, pero transitoria (Jordano Barea, Juan: "Problemática del Negocio Fiduciario". En *Rev. de Derecho Privado*. Madrid, junio, 1958, p. 515 y sgts.)(pero más tarde se retractará, ahora sobre la concepción de fondo, como se verá más adelante).

[6] La situación del mandato para adquirir, sin representación, en la que el mandatario habrá de actuar a nombre propio, se nos presenta como (a lo menos) cercana a la del negocio fiduciario. Si admitimos como característica fundamental del negocio fiduciario (al menos formalmente) el llamado exceso

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

del medio empleado respecto del fin perseguido, ese rasgo no aparece aquí directamente. Pero la cercanía surge cuando tomamos la hipótesis (por demás muy probable) en la que, luego de adquirir, el mandatario no transfiere al mandante de inmediato el bien adquirido, manteniéndolo durante un tiempo en su poder; entonces lo tendrá que administrar, configurándose ahí una situación como la del negocio *cum amico*. Se produce entonces una yuxtaposición entre ambos: el mandato para adquirir, sin representación (que en la doctrina extranjera suele llamarse representación indirecta), y la fiducia *cum amico*. V. en este sentido Díez-Picazo, Luis: *La Representación en el Derecho Privado*. Edit. Civitas. Madrid, 1979, p. 279 y sgts.

Comentando una sentencia del Tribunal Supremo español (de 16 de mayo de 1983), el Prof. Jordano Barea se refiere al punto específico del mandato para adquirir sin representación, y derechamente lo califica de negocio fiduciario (aun prescindiendo de que luego de la adquisición lo administre). Un mandatario recibió el encargo de su madre y dos hermanos del mandatario, de que adquiriera una finca para los cuatro, por iguales partes, sin representación, actuando el mandatario a nombre propio. El mandatario la adquirió. Luego de más de 10 años, los mandantes reivindican. El mandatario alega la prescripción adquisitiva, pretendiendo justo título y buena fe (conforme a las reglas del CC español). La sentencia resolvió: ese mandato para adquirir reposa en una *contemplatio domini*, al actuar parcialmente por cuenta de otros, con la obligación de transferir, mediante un nuevo acto, porque si bien al actuar a nombre propio el objeto ingresó al patrimonio del mandatario, esa titularidad es "provisional, en tránsito hacia el patrimonio del mandante". En cuanto a la usucapión, ni tiene justo título, ni buena fe, ni siquiera posesión en concepto de dueño, sin que se haya demostrado actos inequívocos con clara manifestación externa en el tráfico, que sustenten la interversión.

Luego el comentarista cita un precedente lejano: una sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1950. Aquí se confirió mandato para adquirir una finca, sin representación, actuando el mandatario a nombre propio. El mandatario recibió el dinero, adquirió la finca a su nombre y luego la enajenó a un tercero (no hubo prueba sobre la complicidad del tercero). El Tribunal dio al mandato un matiz de negocio fiduciario. Y el tercero queda protegido porque es adquirente de buena fe a título oneroso (y se cita el art. 34 de la Ley Hipotecaria española)(el tercero queda protegido no porque adquiriese del verdadero dueño, que es más bien aparente, sino porque la ley protege al tráfico mediante la apariencia).

A propósito de este último fallo el autor relata que hay quienes distinguen el negocio fiduciario de la representación indirecta *ad adquirendum* (que sería este caso), aunque los reconocen semejantes. Son distintos: por una parte no hay transferencia inicial del que después recibe (antes el mandante no había transferido al mandatario); y, por otra, porque en la transferencia del tercero enajenante al mandatario adquirente falta todo convenio fiduciario.

El autor responde que no es exactamente así. Generalmente el mandante primero dio el dinero al mandatario para que adquiriera; en tal caso, hay una subrogación real: ese dinero es subrogado por la cosa adquirida, que debe ser restituída al mandante (el dinero, ahora convertido en cosa, retorna al mandante) (y cita el art. 1720 del Código Civil español). El hecho de que la inicial transferencia del precio no tenga causa manifestada no significa que no la tenga (así también conforme a nuestros textos). La actividad gestora del mandatario consiste, precisamente, en producir (facilitar) esa subrogación. Si no ha habido previa provisión del precio del mandante al mandatario, el mandatario lo ha anticipado (que después el mandante deberá pagarle, con intereses). Así, ese dinero, provisto o anticipado, queda en el patrimonio del mandatario, pero afecto sub fiducia (por el pacto fiduciario) al fin preciso de la adquisición de la cosa; esa suma está marcada o sellada en virtud del pacto fiduciario, como "cosa destinada", lo que supone mantenerla separada del patrimonio personal del mandatario (el autor cita en ese sentido una antigua Resolución –de 1922– de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de España).

Tratándose de inmuebles, para la posterior transferencia del predio del mandatario al mandante, se celebrará un nuevo negocio (a veces será una venta simulada, que entonces tendrá causa falsa, pero habiendo causa verdadera lícita no habrá problema, agrega) en el cual la causa es el cumplimiento del encargo. Cita a Díez-Picazo y Gullón ("Sistema….", vol. II, 3ª edic. Madrid, 1982, p. 474), quienes sostienen que desde el comienzo, desde que el mandatario adquiere, el objeto es del mandante, sin necesidad de ningún negocio de transferencia; la obligación del mandatario es otorgar la escritura de "reconocimiento" de la propiedad en el mandante y dejarlo en posesión de la cosa; todo apoyado en el mandato. Jordano agrega que la adquisición de la posesión por el mandante no es abstracta, sino, también, fundada en el mandato.

En un estudio particular, con un detenido examen de la jurisprudencia española hasta su tiempo, el Prof. Gullón (ahora solo) relata que en ella predomina ampliamente la conclusión de que el mandante adquiere directa e inmediatamente el objeto y, por tanto, no procede una posterior transferencia del

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

mandatario al mandante (sólo una escritura de reconocimiento, para efectos registrales, si es inmueble); desata las varias consecuencias de ese postulado fundamental (por ej. en cuanto al embargo de la cosa en manos del mandatario por acreedores del mandatario, por acreedores del mandante, etc.), advierte del límite de protección a los terceros por la protección al tráfico mediante la apariencia (adquirentes de buena fe a título oneroso) y comparte la solución jurisprudencial (Gullón Ballesteros, Antonio: "Mandatario que Adquiere en Nombre Propio". En *Estudios Jurídicos* en homenaje al profesor Federico de Castro. Edit. Tecnos. Madrid, 1976, T. I, p. 759 y sgts.).

El planteamiento es interesante; en todo caso no pacífico; la conclusión contrasta con otras como la adoptada expresamente por el Código Civil peruano, conforme al cual: "El mandatario que actúa a nombre propio adquiere los derechos y asume las obligaciones derivadas de los actos que celebre en interés y por cuenta del mandante, aun cuando los terceros hayan tenido conocimiento del mandato" (art. 1809).

A continuación el Prof. Jordano aborda el tema del efecto de la adquisición por el fiduciario en la situación del mandato para adquirir, sin representación, que es a lo que se refiere el fallo que comenta. Aquí hay que formular una advertencia para comprender mejor al Prof. Jordano. A esta altura, él ha renegado de la doctrina del doble efecto, que sostuvo en su juventud (importándola desde Italia); reconoce (lo que según él es) su error y adhiere a la doctrina de la propiedad formal, patrocinada por De Castro y Bravo (y que nosotros expondremos más adelante). Entonces, primero expone la doctrina del doble efecto (citando a Ferrara, Scaduto, Cariota Ferrara, Núñez Lagos, Navarro Martorell) y luego la de la propiedad formal, y procede a aplicar esta última a la situación del mandato para adquirir, sin representación, que es a lo que se refiere el fallo que comenta.

En esta labor de aplicar la doctrina de la propiedad formal al supuesto de mandato para adquirir, sin representación, el autor sostiene que en el supuesto de mandato, la autorización o permiso del mandante para que el mandatario actúe a su propio nombre provoca un efecto real inmediato. (incluso lo aplica al mandato para vender, y cita a un autor portugués, Jorge Pessoa; pero eso es más difícil de aceptar).

Así, la titularidad del mandatario (que adquiere para el mandante pero sin representación), a. es una titularidad sólo aparente, externa, relativa o formal, que legitima sólo frente a terceros de buena fe, pero no frente a otros o al mandante; b. es una titularidad subordinada a la relación jurídica básica constituida por el mandato y, por tanto, provisional y transitoria (lo dice la sentencia comentada, de 1983). Se llega a concluir que frente a terceros la titularidad del mandatario es formal cuando es notorio que el objeto no le pertenece. Así lo ha dicho la sentencia comentada (1983), que cita a sentencias anteriores.

Con esos precedentes el autor concluye que hay doctrina jurisprudencial en el sentido de que el mandatario tiene una "titularidad fiduciaria" que implica una propiedad sólo formal, no esgrimible ante el mandante, rechazando la doctrina del doble efecto.

La doctrina de la propiedad formal es también bifronte. En las relaciones internas, entre fiduciante (mandante) y fiduciario (mandatario), el mandatario es dueño formal, sólo es un mandatario o depositario; el dueño material es el mandante (lo mismo frente a terceros de mala fe o a título gratuito); en las relaciones externas (terceros de buena fe a título oneroso) el mandatario es el titular. Cita en el mismo sentido las resoluciones de la D.G.R.N. de 1922 y 1946. En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (español) menciona como única excepción la sentencia de 18 de febrero de 1965, que sigue hasta sus últimas consecuencias lógicas la doctrina del doble efecto, incluso ante un tercer adquirente de mala fe, que sabía del pacto fiduciario, entendiendo que adquiría *vero domino*.

Los caracteres de provisionalidad y transitoriedad vienen impuestos por la subordinación de la titularidad adquirida al pacto fiduciario principal, ínsito en el mandato para adquirir a nombre propio. De esto se desprende que el mandante puede reivindicar como suyo lo confiado (el bien objeto del encargo) y sólo no puede hacerlo frente a un tercero protegido de la reivindicación (de buena fe adquirente a título oneroso).

Se refiere también al punto de si el mandatario puede adquirir por usucapión. La sentencia comentada (1983) responde que no.

Se explica porque no tiene justo título ni buena fe (eso lo deja –al menos en Chile– sin posibilidad de la posesión regular y prescripción ordinaria, pero podría ser la extraordinaria). El autor dice, además, que carece de (lo que en España llaman) posesión en concepto de dueño, salvo interversión (que requiere de signos inequívocos con clara manifestación externa en el tráfico), que en el caso no surgió (Jordano Barea, Juan: "Mandato para Adquirir y Titularidad Fiduciaria". En *Anuario de Derecho Civil*. Madrid, 1983 (octubre-diciembre), p. 1435 y sgts.). Nosotros (que no empleamos esa nomenclatura ni formulamos esa distinción entre: posesión en concepto de dueño y no en concepto de dueño, sino posesión y tenencia) diremos simplemente que no estaba poseyendo, salvo interversión; y ahí puede surgir nuestro conflicto del art. 730 con el art. 2510 regla 3ª.

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

más bienes al acreedor, en garantía del pago del crédito, que deberá restituir una vez producido el pago)[7, 8].

Ambas (particularmente la primera) han llegado a tener una persistente aplicación en el ámbito mercantil; sobre títulos de crédito (transferidos mediante endosos, traslaticios para cobro y en garantía) y sobre acciones (transferidas para variadas actividades que ha de desarrollar el receptor en el funcionamiento de la respectiva sociedad, y aun para simple custodia con percepción de beneficios)[9, 10].

[7] En un estudio sobre la distinción, que viene desde Roma, el Prof. Jordano ofrece algunos antecedentes históricos. Añade una extensa nota sobre un debate entre romanistas acerca del origen de la distinción, en un texto de Gayo. En base a interpretación del texto, Heck estimaba que ambas eran de garantía; en la *cum creditore* se entregaba la cosa directamente al acreedor, y en la *cum amico* se entregaba a un amigo del deudor, para que la tuviera en interés del acreedor; según el autor, ha permanecido aislado.
La *cum amico* se contrae en interés ajeno (del fiduciante o de un tercero). La *cum creditore* se contrae preferentemente en interés propio, del fiduciario (acreedor).
En ambos hay una titularidad en nombre propio; pero en la *cum amico* es en nombre propio pero por cuenta ajena; en la *cum creditore* es en nombre propio pero por cuenta propia. Por eso se ha hablado de fiducia altruista y egoísta.
La *cum amico* es en interés ajeno; por tanto, es siempre al mismo tiempo un negocio de confianza. La *cum creditore* es de garantía; como tal –dice el autor– está fuera de los negocios de confianza (aunque al celebrarse puede también estar influido por la confianza).
Agrega que algunos autores llaman negocios fiduciarios sólo a los llamados "negocios fiduciarios puros", o genuinos, a los *cum amico*; los impuros (*cum creditore*) serían figuras extrañas.
Según el autor esta escisión se debe a una diferencia en la determinación del apoyo esencial del negocio fiduciario. A su juicio, la esencia del negocio fiduciario está en la *fides*, entendida como confianza en la palabra por el mero hecho de ser dada. Así, la raíz del negocio fiduciario está en la confianza que el fiduciante deposita en la palabra empeñada por el adquirente (fiduciario) de obrar conforme al fin propuesto y retransmitir. Siendo así, no hay categorías; ambos son negocios fiduciarios; son especies de una misma categoría unitaria. Hay sí alguna diferencia en cuanto en el *cum amico* ya existen condiciones de conocimiento de la lealtad y rectitud del fiduciario, que dan una base más sólida y duradera al negocio, mientras en el *cum creditore* la relación se apoya sólo en la confianza específica en la palabra empeñada (que puede darse entre personas que no están unidas por vínculos previos). En suma, la base común es la *fides*, y la confianza o amistad (fiducia) es un elemento accesorio, que puede faltar sin menoscabo de la calificación fiduciaria (Jordano Barea, Juan: "El Negocio Fiduciario". En *Rev. de Derecho Privado*. Madrid (marzo), 1958, p. 211 y sgts.) (pronto se ofrecerán más datos para el estudio histórico).

[8] También es admitida la fiducia de liberalidad, en la que el fiduciante transfiere un bien al fiduciario para que éste lo transfiera a un tercero, o lo administre (explote) a favor de un tercero (esta última modalidad –que, como puede verse es semejante a la *cum amico*– es la que en Derecho anglosajón ha desarrollado el "trust").
Dentro de la fiducia *cum amico*, la modernamente llamada "fiducia de gestión" soslaya la situación de pura transferencia al fiduciario para que éste luego de un tiempo restituya, y se concentra en la transferencia al fiduciario para que éste administre (explote el objeto) y luego restituya.

[9] V. al respecto Garrigues, Joaquín: "Negocios Fiduciarios en Derecho Mercantil." Discurso en su recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación española. Impr. viuda de Galo Sáez. Madrid, 1955, p. 40 y sgts.

[10] También se ha distinguido entre fiducia dinámica, que implica un traslado de la propiedad del fiduciante al fiduciario, y estática, en la que el fiduciario ya es propietario del objeto pero en virtud del pacto de fiducia se obliga a ejercitar su derecho conforme a las instrucciones del fiduciante y transmitírselo cuando sea requerido.

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

4. En la doctrina se han distinguido dos concepciones del negocio fiduciario: la romana y la germánica (construida en torno al "Salmann").

• En la concepción romana se confiere al fiduciario una titularidad pura y simple; el fiduciario queda, al menos aparentemente, como dueño (si absoluto y definitivo o no es característica que va a depender de diversas precisiones doctrinarias que se verán pronto). Siendo o pareciendo titular sin restricciones, por cierto queda la posibilidad de que terceros entren en relaciones con el fiduciario y que el fiduciario abuse, transgrediendo acuerdos con el fiduciante; ahí está manifestado el componente de confianza y el peligro que el negocio encierra (qué actitud puede adoptar el fiduciante si el abuso se consuma, traducible en acciones que pueda ejercitar, también depende de las proposiciones doctrinarias que se verán, o de los textos que, al estar la fiducia regulada, estén previstos).

– En la germánica, en cambio, el fiduciario adquiere una titularidad condicionada resolutoriamente (que queda ostensible), con eficacia real *erga omnes*, de modo que ya está predispuesto que es ineficaz todo uso contrario al fin perseguido, el cual provoca *ipso jure* el retorno de la cosa al fiduciante, incluso en perjuicio del tercero adquirente (el cual no puede lamentarse, al estar ostensible el carácter condicionado de la titularidad de su antecesor). Puede notarse entonces que, con ese dispositivo, aquí aparece diluido el elemento de confianza y el peligro que trae consigo, propio de la concepción romana[11].

[11] Para la noción germánica puede verse, por ej., Coing, Helmut: *Derecho Privado Europeo*. Trad. de Pérez Martin. Edit. Fundación Cultural del Notariado. Madrid, 1996. T. II, p. 529. Es de ahí de donde –se ha dicho– habría surgido el "trust" anglosajón (Cfr. Castro y Bravo, Federico: *El Negocio Jurídico*. Edic. facsimilar (de la edic. original de 1971). Edit. Civitas. Madrid, 1991, p. 395.
Puede estimarse que cuando no existe la posibilidad de abuso se produce (no un exceso) una correspondencia entre el medio y el fin y, entonces, la llamada concepción germánica podría considerarse una institución jurídica distinta. Cariota Ferrara mantiene que la germánica es negocio fiduciario porque en todo caso hay excedencia del medio respecto del fin pues, por ejemplo, resulta propietario quien debiera ser sólo mandatario (Cariota Ferrara, Luigi: *El Negocio Jurídico*. Trad. y notas de Manuel Albaladejo. Edit. Aguilar. Madrid, 1956, N° 65, p. 197 y sgts.). Jordano tiene otro significado del exceso, y eso lo conduce a objetar la apreciación de Cariota; Jordano entiende que el exceso consiste más bien en que debiendo la titularidad ser transitoria, es definitiva; con esta comprensión deriva que en la germánica no hay excedencia; en la titularidad condicionada se da la armonía entre medio y fin (Jordano Barea, Juan. *El Negocio Fiduciario* cit. p. 211 y sgts.).
Ante estas diferencias nos surgen dos observaciones. Por una parte, en cuanto a las expresiones del Prof. Jordano, él parece concluir que porque la titularidad es condicional, es transitoria, y por eso no hay exceso; asumiendo su significado de exceso, estimamos que no es lo mismo condicional que transitorio (lo condicional es incierto; por lo mismo, ante la disyuntiva "definitivo o transitorio" simplemente hay incertidumbre, no se sabe si la situación será definitiva o transitoria). Por otra, conviene advertir que para evaluar aquella diferencia entre las dos concepciones, debe cotejarse con la discrepancia doctrinaria que se ha conformado al interior de la concepción romana (que se verá

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

5. Luego de antecedentes romanos que se fueron debilitando hasta dejar de aparecer en la compilación justinianea[12], el negocio estuvo casi ausente en el Derecho común[13] y no apareció en las codificaciones del S. XIX.

pronto): la diferencia es claramente perceptible concebido el negocio con la llamada doctrina del doble efecto, en la que la propiedad es efectiva y plenamente transferida al fiduciario, pero se debilita con la doctrina de la propiedad formal, en la que no hay tal efectiva y plena transferencia (y tal vez Jordano revisaría este punto porque –como se ha dicho– más tarde cambió su preferencia desde la doctrina del doble efecto hacia la de la propiedad formal).

[12] Además de la obra de Coing ya citada, para el desarrollo histórico puede verse De Castro y Bravo, Federico. Ob. cit. ps. 380 y sgts. y 390 y sgts.; Jordano Barea, Juan. *El Negocio Fiduciario* cit.; Navarro Martorell, M.: *La Propiedad Fiduciaria*. Edit. Bosch. Barcelona, 1950; Guzmán Brito, Alejandro: *Derecho Privado Romano*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 1996, T. II, p. 108 y sgts.; también la bibliografía mencionada en Tomás Martínez, Gema: "Fiducia, Negocio Fiduciario y Titularidad Fiduciaria: un Recorrido a través de la Doctrina y la Jurisprudencia." En *Rev. Estudios de Deusto*, vol. 52/1. Bilbao, 2004, p. 289 y sgts.; y Fuenteseca, Cristina: *El Negocio Fiduciario en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Edit. Bosch. Barcelona, 1997, p. 21 y sgts. y conclusiones.
En este último estudio la autora entra a una interesante controversia, presentando una interpretación de la fiducia romana distinta a la (tradicional) de la pandectística; según ella, en el que puede llamarse modelo clásico romano, la mancipatio fiducia causa no transmitía la propiedad, porque no era una venta efectiva sino ficticia; el adquirente sólo obtenía un usus o ejercicio fiduciario del dominio, no una verdadera propiedad; no podía servir de base a la usucapio y el fiduciario no podía pretender la calidad de *dominus* quiritario. En el prólogo, el Prof. Albaladejo precisa que "en ningún caso se transmitía el derecho de propiedad puesto que incluso hasta fines de la República el concepto de *dominium* no se hallaba suficientemente configurado".
Más tarde Belda Mercado, sin dejarnos en completa claridad, parece mantener la idea de transferencia plena (por ej. en p. 41 y sgts. de la versión digital del estudio que luego será precisado), estimando que las funciones de la cláusula fiducia causa en la *mancipatio* (en la fiducia *cum creditore*, que es a la que se refiere directamente) era dejar al dans con un crédito para recuperar la cosa (para una *remancipatio*) (p. 20 y notas 69 y 70, de la versión digital), quedando el adquirente con una propiedad temporal (implicaba –dice– que el *dare* no era definitivo) (que no equivale a propiedad débil) y de conferir al fiduciario el *jus vendendi*. Agrega que si la *mancipatio* es fiducia causa es de ahí (de la *mancipatio*) que nace la obligación de restituir. Relata que se ha sostenido la otra alternativa, de una transferencia limitada, no plena, pero no la enjuicia ni expresamente se pronuncia a su respecto (nota 157; pero en la misma pág., en el cuerpo, ofrece un párrafo favorable a aquella opinión, divergente de los anteriores que aquí se han expuesto…). Finalmente, concluye que, al menos en la fiducia *cum creditore*, la fiducia en Roma no es una figura contractual sino "pertenece al tipo de *negotium per aes et libram* realizado *fiduciae* causa" (p. 50 de la versión digital, conclusión que, al parecer, para los fines de su estudio tiene particular importancia)(Belda Mercado, Javier: "La Mancipatio fiduciae causa como garantía crediticia". En *Rev. General de Derecho Romano*, N° 9. Univ. Autónoma de Madrid. Madrid, 2007).
Por último, v. también un estudio sobre el origen de la fiducia como base del "trust" anglosajón, en Fuenteseca Degeneffe, Cristina: "Análisis de la Posible Relación entre la Fiducia Romana y el Trust Anglosajón". En *Rev. de Derecho Privado*, enero. Madrid, 1998, p. 41 y sgts.

[13] Coing da cuenta de alguna presencia. Relata que la concepción romana del negocio fiduciario fue revivida por la pandectística recién en el S. XIX, pero la germánica –esa que lleva condición resolutoria en caso de incumplimiento– es propia del "Derecho Privado alemán común". Y agrega que al menos las transmisiones a título de garantía existieron ya en la época del "Derecho común más antiguo" (p. 530). También en Suiza y en Austria; y siempre sobre la base de un negocio fiduciario (sólo que negando la aceptación de transmisiones en garantía cuando el fiduciante mantenía la posesión del bien). En Francia, en cambio la transmisión en garantía "no encontró ningún reconocimiento"; aunque en el

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Pero persiste en la práctica. Y, al menos en su estado puro, autónomo y entre particulares, en la actualidad el negocio fiduciario permanece predominantemente sin regulación; incluso en ocasiones ha sido expresamente proscrito (como en el Código Civil holandés)[14]. Esa presencia sólo práctica habitualmente implica jurisprudencia y doctrina densas.

A continuación formularemos una descripción del tratamiento doctrinario (en la concepción llamada romana, observando principalmente doctrina y jurisprudencia españolas).

6. La construcción doctrinaria moderna fue iniciada por la pandectística alemana (en la que el aporte de Regelsberger ha sido siempre destacado) y sólo en las últimas dos décadas del S. XIX, con especial referencia a la fiducia *cum creditore* (antes sólo se apuntaba su existencia en Roma, y en el ambiente alemán no fue considerada como institución del Derecho romano –se decía– "hoy" vigente)[15]. Ciertamente, también debe tenerse en cuenta que se estaba desenvolviendo en un medio donde rige la transferencia abstracta (circunstancia que –como se verá– estará siempre presente en el debate de su admisibilidad y estructura). El producto fue una concepción del negocio fiduciario después llamada "doctrina del doble efecto", que de allí fue difundida a Italia y, con nuevos aportes, a España[16].

Conforme a esta inicial proposición, el negocio está compuesto por dos actos, que producen respectivamente un efecto real y un efecto obligatorio (o personal). Por el primero, *erga omnes* el fiduciario queda pleno dueño; el fiduciario adquiere el dominio absoluto del objeto; ilimitado

Antiguo Régimen, en la zona del Derecho escrito, se aplicó la fiducia, si bien muy limitadamente: en el Derecho sucesorio (en las sustituciones fideicomisarias); y subsistió durante el código civil a pesar de la prohibición (en el art. 896) de las sustituciones; pero al final del S. XIX estaba en total desuso (Coing, Helmut. Ob. cit. T. II, p. 525 y sgts.).

[14] "Si un título traslaticio de dominio es otorgado para otro propósito que dejar al adquirente como dueño, no vale" (Bock 3, art. 84, párr. 3º).

[15] Coing formula una interesante observación metodológica: la fiducia no formaba parte del Derecho de Pandectas (no estaba en el Derecho justinianeo), pero desde mediados del siglo (XIX) se estimaba que la ciencia jurídica orientada históricamente no debía limitarse a describir las formas del Derecho del pasado, sino que debía tender a la elaboración de modelos para la configuración jurídica a base del material histórico (Coing, Helmut. Ob. cit. T. II, p. 528).

[16] El código alemán no reguló el negocio fiduciario, pero lo facilitó; por una parte al implantar el sistema de traslación abstracta del dominio (para lo cual puede verse nuestro estudio sobre derechos reales; Peñailillo Arévalo, Daniel: *Los Bienes. La Propiedad y otros Derechos Reales*. Versión ampliada. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 2006, Nº 73, nota 248); y, por otra, al dedicar una regla para –y, de ese modo, admitir– la transmisión de un derecho en garantía (art.223, par. 2).

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

y definitivo; tal efecto real generado en el negocio es reconocido incluso respecto del fiduciante; y por el segundo se produce –además– un efecto obligatorio: el fiduciario tiene para con el fiduciante la obligación de emplear el objeto conforme al fin convenido y restituir (transferir) el dominio, o indemnizarle si, infringiendo el pacto, enajena o grava el objeto o abusa de él (correlativamente, el fiduciante tiene –solamente– el derecho personal a adquirir el dominio del objeto de que se trata, o exigir la indemnización). Siendo dueño, si el fiduciario (defraudando al fiduciante) enajena, la enajenación es válida, y lo es con prescindencia de la fe del adquirente[17, 18].

[17] Antes de trasladarse (reconociendo lo acertado del Prof. De Castro y Bravo) a la tesis de la propiedad formal, el Prof. Jordano Barea matizó el postulado de la propiedad plena con la característica de la transitoriedad. Primero cita a Grassetti cuando este autor propone que la adquisición es plena pero temporal (la titularidad en el fiduciario sería plena temporal, no plena definitiva; en los ordenamientos en los que la temporalidad de la propiedad es admisible). Y luego cambia la morigeración; observa que aunque el ordenamiento admita la propiedad temporal, se adapta mal al negocio fiduciario: porque la temporal exige un plazo (no siempre posible de fijar en el negocio fiduciario; hágase el ejercicio de un plazo fijo en la cum amico y en la *cum creditore*, y se verá que en ambas eso no es factible); y porque dentro del plazo el titular puede usar la cosa en su propio beneficio, lo que tampoco se adapta al negocio fiduciario. Y postula que la titularidad debe ser plena sí, pero (no temporal) "transitoria" (Jordano Barea, Juan: "Problemática del Negocio Fiduciario". En *Rev. de Derecho Privado*. Madrid (junio), 1958, p. 515 y sgts.).

[18] Una descripción bastante completa de los efectos del negocio sobre la base de la doctrina del doble efecto puede encontrarse en uno de los trabajos del Prof. Jordano Barea, en el que los despliega ampliamente (por cierto, en los tiempos en los que adhería a ella). Ahí entiende que los efectos son consecuencia lógica de la estructura. Se generan un efecto real (la transferencia) y un efecto obligatorio (la restitución).
Para desplegarlos, distingue la situación normal de la anormal.
En situación normal, el fiduciario se convierte en propietario o acreedor, absoluto y pleno; aun respecto del fiduciante; y el fiduciario se obliga: a emplear la cosa o derecho sólo para el fin convenido y a restituir. En la *cum amico* restituye la cosa y los frutos, al cumplirse el fin. En la *cum creditore*, si el fiduciante paga, el fiduciario restituye, con sus frutos (si no media pacto anticrético); o efectúa la sola restitución jurídica (tradición) si el fiduciante mantuvo la tenencia. Si el deudor no paga, el acreedor tiene el *jus vendendi*, siendo dueño o titular de la cosa; esta actitud del fiduciario está limitada, por una parte, por lo que se haya dicho en el pacto y, por otra, por las normas legales al respecto, dirigidas a evitar perjuicio de los legítimos intereses del deudor (normas sobre el pacto comisorio en las garantías).
En situación anormal (el fiduciario abusa de su posición, violando el pacto, la palabra empeñada) surgen distintas consecuencias.
El fiduciario puede enajenar válidamente (la cosa o los frutos); y aunque el adquirente supiera de la calidad de fiduciario que tiene su enajenante (salvo el caso de concilio para el fraude).
Pero no sólo hay abuso cuando enajena; también cuando destruye la cosa, la disfruta o retiene, contraviniendo el fin. Esos no son actos ilegítimos de apropiación o daño, puesto que constituyen ejercicio legítimo de un derecho que tiene, sino abusivos atendiendo a los límites obligacionales; al fiduciante sólo le queda el remedio mediante su derecho personal; así, si hay enajenación no puede actuar contra el tercero (ni real ni personalmente), sino sólo contra el fiduciario; si retiene, el fiduciante puede llegar hasta la ejecución forzosa de su crédito (y obligación correlativa del fiduciario). Si quiebra el fiduciante y éste conservaba la posesión de la cosa, el fiduciario tiene derecho a separar el bien de la masa; los acreedores del fiduciante podrán también ejercer el derecho (del fiduciante) de restitución para traer el bien y sus frutos a la masa, si están dados los presupuestos para la restitución.

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En el Derecho italiano conviene resumir la exposición del Prof. Ferrara quien: por una parte, distingue el negocio fiduciario del simulado y, por otra, describe la doctrina del doble efecto en plenitud.

Postula que los negocios fiduciarios son serios, concluidos realmente para obtener un fin práctico determinado. El negocio es querido con todas sus consecuencias jurídicas, aunque sea empleado para un fin económico distinto. El negocio simulado es fingido, no real; es celebrado para producir una apariencia, un engaño; es único y vacío de consentimiento. El fiduciario es la combinación de dos negocios serios: uno real (en el sentido de generador de derecho real) y el otro obligatorio. El negocio simulado no quiere alcanzar un resultado económico ni jurídico; el fiduciario quiere el resultado jurídico, pero no el resultado económico que correspondería normalmente al acto realizado. El negocio simulado es absolutamente nulo, no lleva transferencia alguna de derechos. Y, por eso, el que simula sigue siendo propietario; y puede reivindicar la cosa desde la masa (en caso de quiebra); en el endoso simulado (que es posible si falta la voluntad de transferir) pueden oponerse las excepciones personales que se tenían contra el acreedor original, al endosatario, que no es sino un *alter ego* del acreedor; lo que no ocurre en el endoso fiduciario.

Si quiebra el fiduciario el bien va a la masa; dice el autor que está muy discutido si el fiduciante tiene derecho a separar el bien de la masa (él, con la doctrina del doble efecto a la que –en ese tiempo– adhiere, debe responder que no puede pedir separación; siguiendo esa tesis, sólo tiene un crédito, ahora contra la masa). Algunos acuden a razones de equidad para permitir que reivindique y al enriquecimiento sin causa (los acreedores se enriquecerían a costa del fiduciante); otros aducen que no tiene la separación porque es un riesgo asumido. El autor, aduciendo textos de su país (España), concluye que lo que el fiduciante tendría sería una acción de restitución contra la masa por enriquecimiento sin causa; por tanto es personal, mientras el bien esté en el patrimonio del fallido. Agrega que el fiduciante tiene la cualidad de "acreedor de dominio" porque el fiduciario está obligado a un dare (cuando dice "acreedor de dominio" la situación nos evoca el llamado *jus ad rem*). Otro presupuesto para la pretensión es que al quebrado en un pasado próximo se le entregaron bienes para un fin o destino que, al quedar incluidos en la masa resulta frustrado; su permanencia en la masa implica un cambio de destino; por eso procede una *condictio ob causam finitum* o *condictio causa data causa non secuta*, para evitar el enriquecimiento de los acreedores.
En la fiducia *cum amico* es claro que el cambio de destino hace imposible el logro del fin; y no es aceptable una subrogación real porque el negocio fiduciario es de confianza. En la fiducia *cum creditore* no es tan clara la frustración del fin por la inclusión de la cosa en la masa; podría estimarse que la masa de subroga en los derechos del fallido en la cosa siempre que cumpliese las obligaciones de su parte: fundamentalmente restituir cuando el fiduciante pague. Y por su parte el fiduciante tiene su derecho de reclamar la cosa pagando; es decir, tiene una especie de separación (condicional) mediante el pago de su deuda.
En suma –concluye– con el principio del enriquecimiento sin causa se puede avanzar en las soluciones (Jordano Barea, Juan: "Naturaleza, Estructura y Efectos del Negocio Fiduciario". En *Rev. de Derecho Privado*; Madrid, 1958; p. 827 y sgts.).

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Queda a la fe del adquirente servirse del objeto sólo para el fin convenido. Si abusa, la disposición es válida, pero queda obligado a la indemnización.

En cuanto a la estructura del negocio, observa que es una forma compleja que resulta de la unión de dos negocios diferentes en posición recíproca: un contrato real positivo (de transferencia) y un contrato obligatorio negativo (para usar el objeto sólo en el fin convenido y restituirlo al transferente o a un tercero)[19].

Existe un medio más fuerte para un resultado más débil; va más allá del fin; supera al fin; genera más consecuencias jurídicas que las que serían necesarias para obtener el fin. Hay pues una incongruencia entre el aspecto económico y el jurídico del negocio. Niega que sea una mezcla de verdad y apariencia (como –dice– pretende Goltz); que sea una situación intermedia entre negocios reales y simulados. El negocio es serio en su envoltura jurídica y el fin perseguido carece de importancia desde el punto de vista del Derecho.

La forma típica, e históricamente la primera –continúa– del negocio fiduciario es la transmisión de la propiedad para fines de garantía (es la *mancipatio fiduciae* causa del Derecho romano; cita al Derecho inglés, con la *mort-gage*, que se inicia en el Common Law y se morigera con la Equity, que al pagarse el crédito concede una facultad de rescate, Equity to reddeem). Agrega: "En todas las varias formas de la propiedad fiduciaria ésta aparece como una propiedad normal, no limitada, no condicionada, no relativa, puesto que el fiduciario es propietario frente a todos, incluso al transferente, y no está ligado por un vínculo real, sino por una mera obligación personal en cuanto al empleo del derecho adquirido"[20].

Añade que en las instituciones de cambio el negocio fiduciario ha tenido un destacado florecimiento (endoso traslaticio para cobro, letra para caucionar una eventual deuda futura); y puntualiza que el endoso traslaticio para cobro no es simulado, es fiduciario.

Luego Ferrara desenvuelve efectos más específicos, aplicando el postulado básico de que el negocio fiduciario produce la transferencia absoluta y definitiva del derecho y que el fin perseguido no limita jurídicamente la disposición (criticando a Dernburg por distinguir dos relaciones, la externa,

[19] Pero, en cuanto a la estructura, dentro de los seguidores de la doctrina del doble efecto hay algunas diferencias, como se verá luego.

[20] Pero recuérdese la postura de Fuenteseca, antes citada, conforme a la cual la *mancipatio fiducia causa* no transfería plenamente la propiedad.

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

respecto de terceros es dueño, y la interna, respecto del fiduciario es sólo un mandatario). Puede enajenar y la enajenación es válida aunque el adquirente conozca su cualidad (éste es un preciso punto que –como se verá– repugna intensamente a la doctrina adversa).

En exacta referencia al endoso traslaticio para cobro, impide que puedan oponerse excepciones personales que el deudor tenía contra el endosante (aunque admite que es muy discutido). Llega a advertir que, impulsados por compasión al deudor le conceden una *exceptio doli*, contra el fiduciario, pero que esas consideraciones reposan sólo en respectos del fin económico y no de la forma jurídica del negocio. Estima que el deudor cambiario desde un principio está expuesto a la eventualidad de la pérdida de sus excepciones; y si esto sucede con el endoso común no hay razón para que no ocurra con una transmisión fiduciaria, máxime cuando el fin económico a que esta última obedece cae por fuera del negocio y no tiene influencia alguna sobre su significación jurídica.

Tratándose de la quiebra del fiduciario resuelve que el objeto entra a la masa del concurso, sin que al fiduciante corresponda derecho alguno de separación; y agrega que también aquí han enturbiado el problema sentimientos de equidad mal entendidos al postularse que debe admitirse una *reivindicatio utilis* porque las partes sólo querían conseguir un fin económico del mandato.

Enfatiza que en esa diferencia está la esencia del negocio fiduciario y que el que celebra este negocio se expone a un peligro que le puede ser fatal. Y agrega que eso es justo, porque de otra manera el enajenante tendría todas las ventajas sin correr riesgo alguno, y ello puede servir de correctivo contra las posibilidades de abuso de esta forma jurídica.

El efecto obligatorio se resume en que el fiduciario debe usar el objeto sólo para el fin convenido y luego restituirlo, al fiduciante o a un tercero. Si abusa, debe indemnizar; ésta es la única defensa del fiduciante si el fiduciario traiciona sus esperanzas[21].

Ante esta síntesis, para la secuela de la discusión sólo resta observar: esta es la doctrina del doble efecto en su esencia y sin vacilaciones; y exhibe un esquema lógico bien ensamblado.

[21] Ferrara, Francisco: "La Simulación de los Negocios Jurídicos". Trad. de Atard y De la Puente. Edit. *Rev. de Derecho Privado*. Madrid, 1953, p. 65 y sgts.

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

7. En el Derecho español (en doctrina y jurisprudencia) la recepción del tratamiento del negocio tuvo un trayecto de etapas bastante definidas.

• A comienzos del siglo XX es introducido (proviniendo de Alemania e Italia) a través de una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (de 14 de junio de 1922, dictada con motivo de un recurso sobre un caso de adjudicación para pago de deudas hereditarias), y de una sentencia del Tribunal Supremo (de 23 de mayo de 1935, también en un caso de adjudicación para pago de deudas hereditarias), y ambas con la influencia del Prof. Jerónimo González. Debido a esta última circunstancia la noción admitida no fue exactamente la caracterizada por la pandectística alemana (en los términos ya expuestos aquí) sino con importantes correcciones, que implicaban adaptarla a un sistema causalista como el español. Fundamentalmente, se entiende que el fiduciario adquiere una propiedad formal, con poderes limitados, que le permiten actuar frente a terceros como dueño pero prevaleciendo su condición de mandatario frente al fiduciante; así, actúa en nombre propio pero en interés ajeno (en los casos sometidos, de adjudicación para pago de deudas, puede disponer pero para pagar [las respectivas] deudas).

– Más tarde, sin embargo (en la que se ha llamado segunda etapa), se incorporó a la doctrina y jurisprudencia española la concepción más pura de la doctrina del doble efecto[22], principalmente en la versión de Ferrara (en los términos que aquí ya se han descrito), y así fue divulgada y aplicada por largo tiempo, aun cuando ya en Italia era objetada (por ej. por Messina y Cariota Ferrara, debido al carácter abstracto que presenta el acto traslativo de eficacia real, inadmisible en un medio causalista como el italiano). Con todo, como

[22] Para su acogida suele destacarse la influencia del Prof. Castán Tobeñas, en su magisterio en el Tribunal Supremo (v. principalmente la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1944, de la que fue ponente y que es mencionada como la que inicia la época), en su obra que luego será citada y en la Cátedra; también puede verse su Contestación al Discurso de ingreso a la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia española del Prof. Joaquín Garrigues (pero debe dejarse constancia de que en una edición de 1982 de su tratado, el Prof. Castán primero expone la doctrina del doble efecto, sin mostrar una expresa adhesión, y a continuación la del Prof. de Castro y Bravo, sin objetarla. Incluso, glosando una sentencia de 21 de marzo de 1969, consigna que en la fiducia *cum creditore* "mientras el fiduciante no devuelva el préstamo, se le niega, frente al fiduciario, la acción reivindicatoria, pero no la acción declarativa de dominio". Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Decimotercera edición; rev. y puesta al día por De los Mozos. Edit. Reus. Madrid, 1982, T. I, vol. II, p. 730). En la misma dirección deben incluirse a Garrigues, Joaquín. Ob. cit., especialmente p. 18 y sgts.; Jordano Barea, Juan, en varios de sus estudios –los de su primera época– ya citados aquí; Navarro Martorell, M. Ob. cit.; Albaladejo, Manuel (asimismo en estudios de su primera época, como en su *El Negocio Jurídico*, edición de 1958).

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

se ha advertido por varios comentaristas, generalmente esa postura (aplicada sobre todo en la venta en garantía) en los tribunales no fue llevada hasta sus últimas consecuencias. Siempre se mantuvo un sector doctrinario crítico (entre ellos Roca Sastre, Pérez González y Alguer, Hernández Gil), que prefería una versión adaptada, como la inicial (incluso algunos seguidores de la doctrina del doble efecto, como Jordano Barea y Albaladejo antes de su cambio de posición, intentaron sortear el obstáculo de la abstracción –que era uno frecuentemente denunciado– proponiendo una causa fiducia, que justificara la transferencia del dominio, con base en la libertad contractual y una interpretación de los textos que admitía el número abierto de derechos reales, por cierto no del todo convincente).

– Por último, transcurre una tercera etapa (la actual) iniciada con el aporte del Prof. De Castro y Bravo, quien (en una conferencia[23], cuyo contenido fue reelaborado e incorporado a su "El Negocio Jurídico", citado), critica intensamente (y, según algunos, fulmina) la doctrina del doble efecto[24].

El tema discrepante central es el de la efectividad de la transferencia de la propiedad al fiduciario, en el que la afirmación de una transferencia

[23] Pronunciada el 14 de noviembre de 1966, en la Academia Matritense del Notariado, publicada en la *Rev. de Derecho Notarial*, N°s. 53-54. Madrid, 1966, p. 7 y sgts. , y más tarde en los Anales de la Academia Matritense del Notariado (XVII). Madrid, 1972, p. 5 y sgts.

[24] De Castro y Bravo, Federico. Ob. cit. p. 379 y sgts.
El autor trata el negocio fiduciario en un Capítulo sobre "Los negocios anómalos". En ellos distingue: el simulado, el fraudulento, el indirecto, el fiduciario (aunque hay autores que, reconociendo que mayoritariamente se formulan diferencias entre el indirecto y el fiduciario, las rehúsan, como Orgaz, Alfredo: *Hechos y Actos o Negocios Jurídicos*. Edit. Zavalía. Buenos Aires, 1963, p. 93). El uso reiterado ha provocado una tipificación social, y se les da una denominación. No son verdaderos tipos de negocios, ya que no atienden a una finalidad específica y regulada como tal por el Derecho.
Las anomalías no se excluyen entre sí; el negocio puede ser simulado, fraudulento y fiduciario.
Postula que debe abandonarse todo prejuicio; no son condenados ni estimulados por el Derecho. Por ser artificiosos, son sospechosos; pero aduciendo la libertad se tiende a aceptarlos. Se les ha presentado como expresión de rebeldía frente a normas odiosas, rígidas o demasiado estrechas; también como signos de indisciplina social o insuficiente formación moral de asesores jurídicos. No están condenados, pero no deben servir para evadir normas imperativas ni para privar de eficacia a principios fundamentales del sistema jurídico (y recuerda que el sistema español es "espiritualista" en cuanto debe atenderse a la causa concreta).
Sin antecedentes en el Derecho común (nosotros ya vimos que hay opinión en no llevar esa afirmación al extremo), es más bien una creación de la pandectística alemana, que se desarrolla apoyada en la concepción abstracta del negocio jurídico; pero implantado en un medio causalista, provoca disonancias y contradicciones.
El autor expone la doctrina del doble efecto, partiendo de la definición de negocio fiduciario ofrecida por Regelsberger, construida con base en ella: aquel en que "las partes eligen para su fin práctico un negocio jurídico cuyos efectos jurídicos –como ellas saben– exceden de aquel fin". Después de exponerla (nosotros aquí ya la lo hicimos), concluye que el resultado es inaceptable y producto del viejo método dogmático de calificar los hechos conforme a un esquema preconcebido y luego desencadenar los efectos pre-establecidos; en lugar de proceder a la inversa.

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

plena, absoluta (formulada por la doctrina del doble efecto), es frontalmente rechazada. El autor postula que: la doctrina del doble efecto no tiene sólido antecedente histórico[25]; su argumento de autoridad se ha debilitado (las doctrinas italiana y alemana la han abandonado, al menos en gran medida); sus consecuencias son injustas (completa desprotección al fiduciante, protección infundada a terceros adquirentes de mala fe); la autonomía de la voluntad, que pretende constituir su base, queda contradicha, en cuanto si bien por una parte quisieron celebrar el acto, por otra nunca quisieron la transferencia de la propiedad; y, destacadamente, el planteamiento no ensambla con un sistema causalista (como el español) porque, concebido el negocio fiduciario como lo propone la doctrina del doble efecto, la transferencia de esa plena, absoluta propiedad, queda como inadmisiblemente abstracta (esta última objeción será más explicada pronto, separadamente) .

Pues bien, en lugar de una transferencia absoluta y definitiva de la propiedad al fiduciario, se postula en éste una "titularidad fiduciaria", mientras el fiduciante mantiene la propiedad, que ha sido lo realmente querido. Termina distinguiéndose una propiedad que suele llamarse "propiedad material", la del fiduciante, y una "propiedad formal", en manos del fiduciario, con unos poderes tenues, restringidos, sobre la cosa (que variarán según los términos del convenio, y es en donde quedan establecidos). Así, la eficacia de las actuaciones del fiduciario desplegadas mientras tiene el objeto en su poder viene a derivar sólo de su apariencia de dueño; son eficaces sólo en cuanto se atienen al fin convenido y, más precisamente, al pacto fiduciario y, si lo contravienen, sólo para proteger a los terceros de buena fe que adquieran a título oneroso; es decir, en función de la seguridad del tráfico, fundada en la apariencia; no, pues, respecto de cualquier tercero. La decisión tiene importancia, a continuación, en diversas situaciones específicas (como el embargo por los acreedores del fiduciante y del fiduciario y el eventual éxito de la tercería de dominio en cada situación; la quiebra de uno y otro y el eventual derecho de separación para distraer el objeto de la masa concursal; la suerte del bien si en la fiducia *cum creditore* el fiduciante finalmente no paga la deuda, teniendo presente que no están admitidos los pactos comisorios

[25] Para lo cual v. una nota anterior en la que se ha formulado alcance, con la observación de Fuenteseca, que recientemente ha vuelto sobre el comentario histórico de Castro y Bravo, manifestando que la *mancipatio fiducia causa* no transfería efectivamente la propiedad.

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

y es dudosa la admisibilidad del "pacto marciano"[26, 27, 28]; extremos que no siempre han quedado resueltos a general satisfacción)[29].

Puede constatarse que esta proposición viene a revivir aquellas ideas iniciales que adaptaban el negocio fiduciario al sistema español.

Este planteamiento ha terminado imponiéndose, y la doctrina del doble efecto está siendo abandonada (incluso, algunos autores que antes habían adherido a la doctrina del doble efecto se trasladaron a la nueva

[26] Excepcionalmente se ha admitido la apropiación (llamada "consolidación") de la cosa por parte del fiduciario (son citadas las sentencias de 30 de junio de 1998 y 7 de marzo de 1990); generalizadamente se ha estimado que debe seguirse el procedimiento de ejecución forzosa de créditos, pues se trata de normas de orden público, restituyéndose al fiduciante el saldo si lo hubiere. Puede verse también, en sentido semejante, la postura de Cámara Lapuente, Sergio: "Operaciones Fiduciarias o Trusts en Derecho Español". En *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 654. Madrid, 1999, p. 1801 y sgts.; el autor distingue situaciones; si no se ha celebrado pacto comisorio, ante el impago de la deuda el fiduciario no podría apropiarse de la cosa; si se ha celebrado el pacto, entra a su vez a distinguir si hay pacto comisorio puro o hay pacto marciano (si falta proporción entre el valor de la deuda y el valor del objeto dado en garantía o existe esa proporción).

[27] En la fiducia *cum amico* se entiende que el fiduciante puede pedir la cosa al fiduciario (o a sus herederos) si el fiduciario incumple o simplemente porque lo decide, ya que es el dueño; si es necesario, entablará la acción reivindicatoria y, si es del caso, con indemnización por el incumplimiento, sin derecho de retención, salvo para garantizar el pago de los gastos por la gestión (sentencias en este sentido pueden verse en Tomás Martínez, Gema. Ob. cit. p. 309).

[28] La tercería de dominio ha sido controvertida. En una fiducia *cum creditore*, un acreedor del fiduciario embargó la finca; el fiduciante interpuso tercería de dominio. El Tribunal Supremo (español) rechazó la tercería, protegiendo al tercero (acreedor del fiduciario) de buena fe. Con la doctrina del doble efecto, el rechazo a la tercería resulta fácilmente explicable. Con la de la propiedad formal y material –aducida en el fallo– se resolvió igualmente la desestimación porque, si bien el dueño material es el fiduciante tercerista, esta doctrina proclama la protección al tercero adquirente de buena fe a título oneroso. Sólo que no es tan claro que el embargante sea un "adquirente"; en todo caso, en una noción amplia de la protección al tráfico en base a la apariencia, preocupada sobre todo de la protección a terceros de buena fe, podría quedar incluido. Hay que añadir también que la protección al tercero acreedor del fiduciario es más fácil de justificar cuando su crédito es posterior a la compra en garantía, ya que la solvencia que exhibía su deudor (nuestro fiduciario) al conferirle el crédito estaba engrosada por el bien que había recibido en garantía y que ostentaba como suyo (más aún, recuérdese que, siendo inmueble, el predio está inscrito a nombre del fiduciario). En un comentario (a ese fallo), en el que se muestra resistencia a ese desdoblamiento de la propiedad que implica la doctrina de la propiedad formal y material, se propone que pudo haberse rechazado la tercería aplicando la doctrina de los actos propios, ya que con su inicial conducta el fiduciante contribuyó a crear la titularidad que ahora refuta (Arroyo I Amayuelas, Esther. Comentario a una sentencia de 17 de septiembre de 2003. En *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 64. Madrid, 2004, p. 661 y sgts.). Otro comentarista de la misma sentencia estima inadmisible el embargo (procedente la tercería): concordando (con el fallo) en la postura de la propiedad formal y material, y también en que los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso deben ser protegidos, estima que el embargante no es tercero adquirente; el embargo (aun anotado) no confiere preferencia frente al dueño; y el dueño ha sido siempre (lo reconoce el fallo, dice) el fiduciante (tercerista)(Espejo Lerdo de Tejada, Manuel: "Fiducia cum creditore: acreedores del fiduciario y ejercicio por el fiduciante de la tercería de dominio". Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2003. En *Rev. de Derecho Patrimonial*, Nº 14. Thompson-Aranzadi. Madrid, 2005, p. 327 y sgts.

[29] Sosteniéndose que no hay efectiva transferencia de la propiedad al fiduciario, evidentemente desaparece el requerimiento causal, que se le exige a la doctrina del doble efecto al pretender que sí hay transferencia.

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

posición)[30]. Por seguir los conceptos abstractos, formales, que, obedeciendo a la titularidad formal tienen por dueño al fiduciario, quedan consagrados los actos de éste que defraudan al fiduciante, sin importar la actitud, conducta o fe de los terceros que contratan con el fiduciario, lo que provoca su rechazo. La jurisprudencia asimismo la ha acogido (son habitualmente citados: un fallo de 8 de marzo de 1963 y, sobre todo, consolidando la nueva tesis, las sentencias de 19 de mayo y de 2 de junio, ambas de 1982, todas del Tribunal Supremo español); aunque quedan extremos indecisos (como aquí se irá viendo)[31, 32, 33].

El Prof. De Castro formula también otras precisiones.

• En cuanto a la validez, luego de mostrar una actitud adversa al negocio (sobre todo con la doctrina del doble efecto), con una proposición como la de la propiedad formal concluye que el negocio fiduciario resulta más aceptable (manteniendo que no es categoría, sino un negocio anómalo); depurada de sus principales defectos, estima preferible admitirlo considerando que se usa en la práctica y los tribunales también lo admiten.

Con la doctrina de la propiedad formal la propiedad no es transmitida de modo absoluto y definitivo, sino limitada a una eficacia externa y

[30] Aunque en el propio medio español hay quienes vuelven a sostener la transmisión plena de la propiedad (por ej. Vidal Martínez y Rodríguez Rosado, según Cámara Lapuente, Sergio. Ob. cit. p. 1781). Y también en Italia; por ej. Galgano, Francesco: *Atlas de Derecho Privado Comparado*. Trad. de Fernández y Verdera. Edit. Fundación Cultural del Notariado. Madrid, 2000, pp. 323 y 324.

[31] Para el esquema general de la doctrina española hemos seguido a Tomás Martínez, Gema, en su estudio ya citado.

[32] Para Martín observa que pocas sentencias han aplicado la doctrina del doble efecto, y una sola hasta las últimas consecuencias (la de 18 de febrero de 1965). Más bien se ha impuesto la idea de propiedad formal, con las solas facultades concedidas en el pacto (en ocasiones los fallos conciben la plena transmisión de la propiedad pero son supuestos en que se consolida la propiedad en el fiduciario por impago de la deuda garantizada). Agrega que en el Registro generalmente se inscribe la propiedad (pura y simplemente), a nombre del fiduciario (en venta transmisiva) si no consta el pacto fiduciario (y si consta, hay resolución de la Dirección General de los Registros que niega la inscripción)(Para Martín, Antonio: "En Torno a la Fiducia cum Creditore". En *Estudios Jurídicos* en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Edit. Thompson-Civitas. Madrid, 2003, T. I, p. 723 y sgts.).

[33] Para la comprensión del código alemán en la actualidad en el punto particular de la transferencia de la propiedad en garantía, puede verse la clara alusión de Wacke, Andreas: "La Codificación del Bürgerliches Gesetzbuch Alemán Después de un Siglo". En el *Código Civil de Chile*. Libro colectivo con los trabajos expuestos en el Congreso Internacional para conmemorar su promulgación (a los 150 años). Edit. Lexis Nexis. Santiago, 2007, p. 698; ahí relata la temprana (en 1902) actitud del Tribunal Supremo del Imperio, favorable a la transferencia en garantía, no obstante que el parágr. 223-2, hoy 216-2, la menciona "de paso" y a un propósito muy específico.

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

condicionada a su finalidad fiduciaria. Si el fiduciario enajena, el tercero adquiere sólo si es tercero de buena fe y a título oneroso. El fiduciante mantiene la propiedad material; mantiene la reivindicatoria contra otros terceros y contra el fiduciario cumplidos los supuestos; y tiene el *jus separationis*.

– Ha sido objetado el desdoblamiento entre dos propiedades, que conforman una situación dominical extraña, no reconocida (lo que conduce al debate sobre el número abierto o cerrado de los derechos reales). Se contesta que un derecho real típico puede quedar debilitado por el título constitutivo; no es aceptable una concepción extremadamente rígida sobre los tipos de derechos reales; y el reproche parece dirigido más a la nomenclatura (propiedad formal y material) que a los resultados[34].

• En una referencia a la simulación, advierte que en ella el adquirente simulado carece de todo poder; en la titularidad fiduciaria queda un residuo: tiene el poder que le confiera el pacto (que puede ser muy variado). Sea que se le llame propiedad formal o titularidad fiduciaria, ella no se basa en el negocio transmisor (la venta simulada), sino en el pacto fiduciario subyacente (mandato, o garantía de préstamo disimulado). Prescindiendo del negocio transmisor (simulado) el pacto puede otorgar ciertos poderes, limitados (al mandatario o receptor de la garantía). Y los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso adquieren porque el fiduciante creó la situación de apariencia (y debe responder, dice el autor; actualmente se precisa: no se trata de una responsabilidad civil; el tercero queda protegido por la necesidad

[34] Estando discutido con sus textos, en el Derecho español parece predominar la conclusión de un número abierto de los derechos reales, aunque con importantes restricciones. Pero debemos tener presente que en el Derecho chileno generalizadamente se entiende que adoptamos el régimen de número cerrado (o, según preferimos plantearlo, el de reserva legal); en esas condiciones, entre nosotros podría presentarse dificultad: podría estimarse que esta doctrina de la propiedad formal y material dejaría a cada uno, fiduciante y fiduciario, con un derecho real que no es efectivamente propiedad, ni es derecho real alguno dentro de los legalmente admitidos. Pero puede responderse que no hay objeción, porque la propiedad la tiene el fiduciante y el fiduciario no tiene derecho real alguno, sino sólo una titularidad fiduciaria, (con un dominio aparente, pero con los efectivos poderes que le confiere el pacto fiduciario); de ahí que cuando un tercero adquirente recibe el objeto del fiduciario, si está de buena fe y ha adquirido a título oneroso, el dominio no lo recibe de él (del fiduciario) sino de la ley, tal como es postulado en la doctrina de la protección al tráfico mediante la apariencia (a este respecto, puede verse nuestros *Obligaciones. Teoría General y Clasificaciones*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 2003, p. 54 y sgts.; y "La Protección a la Apariencia en el Derecho Civil". En *Estudios sobre Reformas al Código Civil y Código de Comercio*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 2002. T. II, p. 389 y sgts.

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de protección al tráfico mediante la apariencia, y el titular originario quedará desprotegido porque creó o contribuyó a crear esa apariencia).

En la fiducia *cum amico*, prescindiendo del negocio transmisor (simulado) la validez del encargo no es dudosa (siempre que no se esté persiguiendo un fraude, para evadir una prohibición legal).

La fiducia *cum creditore* tiene una validez más difícil. La enajenación no puede fundarse en la venta, porque ella es inválida al faltarle la causa; ha de fundarse pues en el pacto fiduciario, por la que se entrega la cosa (real o simbólicamente) a fines de garantía. Pero la garantía es de algo principal; de ahí que el pacto no puede considerarse separadamente del, por ej., préstamo, apertura de crédito, prórroga del crédito vencido, próximo a vencer, etc.

La venta al fiduciario supone por sí misma una garantía porque la titularidad del fiduciante está prácticamente bloqueada, y el fiduciario queda con una práctica preferencia respecto de otros acreedores. Además, el pacto fiduciario obliga al fiduciante a respetar la situación anómala creada. Con base en el pacto fiduciario el fiduciario no puede ser obligado a restituir mientras no se den los supuestos previstos.

La dificultad de la eficacia real de la venta en garantía se revela cuando el fiduciario pretende una preferencia real frente a otros acreedores del fiduciante; admitirlo equivaldría a darle eficacia semejante a una hipoteca o prenda (para lo cual se requiere norma); es cierto que la separación del patrimonio del fiduciante se hizo visible, pero esa circunstancia es insuficiente.

• Con base en el pacto fiduciario el fiduciante tiene la propiedad real, material, y el fiduciario una formal, con los poderes emergentes del pacto. El fiduciante es el real dueño; por tanto, de él son los frutos (naturales y civiles), y también las cargas de contribuciones, depreciación de lo confiado, responsabilidad por daños que la cosa pueda ocasionar, etc. La extinción del préstamo garantizado arrastra la de la garantía y con ello la titularidad misma del fiduciario; y el fiduciante tiene derecho a que todo ello sea declarado judicialmente.

Finalmente, el autor estima que el fiduciario (o su heredero) no puede usucapir ni alegar la prescripción extintiva del derecho a recuperar. No hay prescripción adquisitiva de la cosa porque –dice– no hay posesión en concepto de dueño (en Derecho chileno diremos –simplemente– no hay posesión, hay sólo tenencia); y no hay extintiva del derecho a recuperar porque el dominio no se pierde mientras otro no lo adquiera (por usucapión, o porque adquirió

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de buena fe a título oneroso, etc.)[35, 36, 37].

Se ha añadido también que, conforme al pacto, el fiduciario no tendrá un "título para adquirir" pero sí un "título para retener", de modo que, en el caso del traspaso en garantía, mientras no pague el crédito garantizado el fiduciante no tendría la reivindicatoria[38] pero sí la acción declarativa de dominio[39].

Al fin, puede apreciarse que la magnitud del poder que sobre el objeto tiene el fiduciario respecto del fiduciante y de los terceros constituye un punto crucial para el funcionamiento práctico del contrato y ha provocado persistente controversia doctrinaria.

• Otros temas que han ocupado a la doctrina en la configuración del negocio son los de la estructura y la causa.

– En cuanto a la estructura, ha sido en la doctrina del doble efecto en donde se han presentado discrepancias (y el debate ha estado habitualmente conectado a la precisión de la causa). Inicialmente se estimó que había dos negocios, el real y el obligacional, con una relación de subordinación del obligatorio al real. Luego, en busca de la vinculación causal, se planteó la

[35] La sentencia de 17 de septiembre de 2003 antes aludida también examinó la situación de la prescripción adquisitiva pretendida por el fiduciante. Para fortalecer su tercería de dominio luego del embargo (en manos del fiduciario) del bien que había vendido en garantía, y así recuperarlo, alegó haberlo usucapido. Se desestimó el planteamiento porque nunca había dejado de ser propietario (sólo que la tercería no prosperaba por la protección al tercero –embargante– de buena fe; además, no se apreciaba comportamiento desleal del fiduciario)(datos del fallo y comentario, en la nota aludida).

[36] Antes de su adhesión a la doctrina de la propiedad formal el Prof. Jordano Barea –como ya se ha dicho– fue uno de los que importó (desde Italia) la doctrina del doble efecto, y como ya habían surgido críticas y proposiciones discrepantes, en ese tiempo se ocupó de objetar esas discrepancias. Así, expone la doctrina de la propiedad formal, aludiendo a Dernburg. Este autor postula que en el negocio fiduciario debe distinguirse entre el lado externo y el interno. En el externo, frente a terceros, el fiduciario es un dueño pleno y absoluto; en el interno, sólo es un simple mandatario; tiene la propiedad formal. Otros ven una propiedad dividida: el fiduciario tendría la propiedad formal y el fiduciante la propiedad material. Jordano replica que esa propiedad dividida es inconcebible; no existe; y la doctrina la rechaza. Agrega que esa propiedad dividida no es permitida por la ley; y aunque la permitiera, requeriría un acuerdo expreso de las partes. Añade que si falta la voluntad de transferir la propiedad plena, no hay negocio fiduciario (Jordano Barea, Juan: "Problemática del Negocio Fiduciario". En *Rev. de Derecho Privado*. Madrid (junio), 1958, p. 515 y sgts.).

[37] Una crítica más reciente puede verse en Badosa Coll, Ferrán: "Examen de Tres 'Esquemas Fiduciarios' en el Derecho Español (la venta en garantía, la legitimación dispositiva sobre bienes con titular y la gestión de patrimonios sin titular)". En *Estudios Jurídicos* en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Edit. Thompson-Civitas. Madrid, 2003, T. I, p. 221 y sgts.

[38] Puede verse un fallo en este sentido en Díez-Picazo, Luis: "Estudios sobre la Jurisprudencia Civil." Edit. Tecnos. Madrid, 1979, p. 160 y sgts.

[39] Castán Tobeñas, José. Ob. cit. T. I, vol. II, p. 730.

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

dualidad en estado de interdependencia, con mutua subordinación, como actos conexos (se llegó a postular que el real sería abstracto y el obligatorio causal). Y, por último, se ha propuesto que se trata de un solo acto (real-obligacional), en términos que los efectos reales y los obligatorios tendrían el mismo fundamento causal que informa todo el negocio, y el fundamento de la obligación de restituir deriva del carácter transitorio de la llamada causa fiducia[40].

• El examen del capítulo de la causa debe iniciarse con las siguientes consideraciones:

a. El tema es pertinente en los países en los que (como España, Italia o Chile) impera un régimen negocial causalista (debe prescindirse aquí, pues, de los ordenamientos en los que la abstracción es generalizadamente admitida y, específicamente, en los que la traslación del dominio es efectuada mediante el llamado "negocio traslativo abstracto", como el alemán). En los ordenamientos causalistas los contratos requieren de causa (y eso es aplicable, particularmente, al negocio por el que es trasladado el dominio; en los que la transferencia se efectúa por la dualidad título y modo –como el español o el chileno– la tradición requiere de un antecedente causal, función que cumplen los llamados títulos traslaticios de dominio).

b. El punto está vinculado a las doctrinas que se han visto sobre la efectividad de la transferencia de la propiedad del fiduciante al fiduciario; específicamente, porque la doctrina del doble efecto postula una transferencia plena, absoluta, del dominio del fiduciante al fiduciario.

c. Y también está relacionado con la estructura con la que se concibe al negocio fiduciario. Tal como aquí se ha dicho, ha sido concebido: como dos negocios independientes aunque conexos, o como un negocio complejo; entonces, en la primera alternativa surgirá la pregunta cuál es la causa de cada uno (del de transferencia y del obligatorio), en tanto que en la segunda la pregunta será cuál es la causa del (único) negocio.

En los sistemas causalistas, quienes sostienen la doctrina del doble efecto han debido abordar la precisión de la causa porque postulan la transferencia plena, absoluta, del dominio; adicionalmente, porque han mantenido un debate interno: entre ellos discuten la dualidad o unidad en la estructura del negocio. Con esos elementos, la interrogante acerca de cuál es la causa de esa transferencia dominical surge con mucha vivacidad y en términos bien acuciantes.

Por cierto, generalizadamente se ha asumido la actitud de desplegar intentos por sortear la dificultad de la abstracción, presentando un negocio causado.

[40] El debate, algo más extendido, puede verse en Cámara Lapuente, Sergio. Ob. cit. p. 1774 y sgts.

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Concebido como dos negocios conexos, se ha propuesto que la causa de la transferencia de la propiedad está en el acto obligacional; el negocio obligatorio actúa como justificante del negocio real. Concibiéndose el conjunto como un solo acto, se ha propuesto que la transferencia encuentra su justificación, su causa, en la llamada causa fiducia: el fin de administrar (en el *cum amico*) o proporcionar la garantía (en el *cum creditore*).

El Prof. De Castro y Bravo objeta esas explicaciones, concluyendo que la transferencia plena, absoluta, del dominio, como lo propone la doctrina del doble efecto, conduce a una transferencia irremediable e inadmisiblemente abstracta. Si se trata de dos negocios independientes, la venta, en el primero, carece de causa, puesto que no hay precio; si se pretende que la causa de la traslación está en el acto obligacional, no podría estar allí, primero, porque es un acto distinto y, segundo, porque lo que allí se encuentran son obligaciones impuestas al fiduciario de emplear el objeto para el fin convenido y finalmente de restituir, contenido que no constituye una causa idónea para justificar un traslado de dominio. Si, dentro de la misma doctrina, se cambia de fórmula y se sostiene la unidad del negocio, postulándose, para ese único negocio, la llamada causa fiducia, la proposición es artificiosa y no hay gran mejoría, ya que no hay reciprocidad de prestaciones, propia de un contrato oneroso: a la entrega de la cosa no corresponde un precio sino un fin de mandato o garantía (según sea un fiducia, respectivamente, *cum amico* o *cum creditore*). Si se conduce la situación a la simulación, al eliminarse la venta (acto ostensible) por simulada, queda el acto disimulado (oculto), de garantía o mandato, insuficientes para transferir la propiedad. Así, en un sistema causalista la llamada causa fiducia resulta inadecuada (no constituye causa) para transferir la propiedad.

Esa objeción ha sido estimada extremadamente sólida y ha contribuido decisivamente al abandono –al menos en el Derecho español– de la doctrina del doble efecto (como se dijo)[41, 42].

[41] Concebido como un solo negocio se ha propuesto –dice Castro y Bravo– que tendría la llamada causa fiducia. Sería (en el Derecho español, con el art. 1274 del Código Civil) el deber del fiduciario de servirse de la cosa o derecho conforme a la instrucción del fiduciante, y restituirlo; esa finalidad, visible en el aspecto obligatorio, sería la causa del (único) negocio complejo. El autor denuncia que esas son sólo explicaciones ingeniosas. ¿Dónde está la reciprocidad de prestaciones? A la entrega de la cosa confiada no corresponde el precio, que no existe; las obligaciones asumidas por el fiduciario no pueden ser valoradas como contraprestación a la pérdida de la propiedad. El fiduciante no ha recibido nada por lo que ha dado; y el fiduciario recibe la propiedad plena (es como donación con carga o modo). Entre nosotros lo que se nos presenta es venta (no *mancipatio* ni convenio real abstracto alemán); y esa venta requiere una causa; al no haber precio, la venta aparece como simulada. Parece –añade– que no hay una figura unitaria; es distinto la fiducia *cum amico* de la fiducia *cum creditore* (De Castro y Bravo, Federico. Ob. cit. p. 379 y sgts.).

[42] En otro estudio sobre el negocio fiduciario el ya citado Prof. Jordano Barea aborda el tema (también debe tenerse presente aquí que en ese tiempo el autor todavía era partidario de la doctrina

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

– Por último, debe consignarse la postura de la simulación. Ha sido el Prof. Albaladejo quien se ha manifestado más tajantemente por calificar al negocio fiduciario como un negocio simulado. En su estudio sobre la simulación el autor parte adoptando la misma actitud que adoptó el Prof. Jordano Barea (a quien también recuerda en la obra): reniega de su opinión

del doble efecto). Observa que algunos estiman, refiriéndose a la venta en garantía, que se requieren dos negocios: uno causal (el mutuo) y uno abstracto (el que transfiere el dominio de la cosa dada en garantía); este último produce su efecto real aunque el fin de garantía no es la causa (ni remota ni próxima); de modo que la transmisión se funda exclusivamente en la voluntad recíproca de transferir y adquirir el dominio (lo cual es habitual en un régimen que admite la abstracción, como el alemán; concretamente que adopta un régimen de transferencia de bienes mediante el llamado "negocio traslativo abstracto").

Ha habido esfuerzos –dice– para construir una "causa fiducia" como causa de la atribución, que justifique el efecto jurídico real, y así el punto ha quedado bastante discutido. Por ej. Cariota Ferrara adhiere al planteamiento de que hay un negocio traslativo abstracto y encuentra su "razón justificante" en la simple causa fiducia correspondiente a los fines de mandato o garantía, que se refleja en la constitución de un derecho de crédito a favor del fiduciante para exigir la restitución cumplido cierto supuesto (Cariota Ferrara, Luigi. Ob. cit. N° 65, p. 197 y sgts.). Menciona también a Grassetti quien (para lograr la admisión del negocio fiduciario en el Derecho italiano) llega a afirmar el carácter causal del negocio fiduciario (aunque se reduce a examinar la fiducia *cum amico*, tal vez porque ve a la fiducia *cum creditore* como "anómala")(Jordano Barea, Juan: "Problemática del Negocio Fiduciario". En *Rev. de Derecho Privado*. Madrid (junio), 1958, p. 515 y sgts.).

Más tarde Jordano vuelve sobre el tema causal. Primero menciona a varios autores (como Cariota Ferrara) para los cuales la abstracción es nota característica del negocio fiduciario, y agrega que para muchos otros es un negocio causal; Grassetti postula que tiene una causa fiducia atípica como causa de la atribución patrimonial; según este autor, el efecto real tendría como causa justificante el efecto obligatorio del mismo negocio; ambos estarían así en recíproca relación de interdependencia.

Jordano por su parte estima que no es necesariamente abstracto (como dice Cariota Ferrara) ni necesariamente causal (como dice Grassetti); es normalmente causal. Puede ser abstracto o causado. En el primer caso, la transferencia se efectúa desvinculada de su causa, la cual jugaría un rol sólo secundario en el enriquecimiento injustificado; y en el segundo, la causa informa el negocio y determina el consentimiento de las partes, y provoca y justifica el traspaso de la propiedad. En los ordenamientos causados (como el español), se puede acudir así a la modalidad causal. Claro que, especialmente para los terceros, no es indiferente una u otra modalidad. Si es causal, se hace patente a todos el fin perseguido; no si es abstracto. En la cum amico, al hacerlo causal generalmente quedará frustrado el fin perseguido; por eso es que en el *cum amico* se tratará de mostrar el negocio más esquemáticamente; si no se puede celebrar el abstracto no quedará más remedio que la simulación (Jordano Barea, Juan: "Naturaleza, Estructura y Efectos del Negocio Fiduciario". En *Rev. de Derecho Privado*; Madrid, 1958; p. 827 y sgts.).

En otra ocasión, siguiendo a Grassetti y reconociendo la vinculación entre los temas de la estructura y causal, Jordano descarta la duplicidad negocial; es arbitraria, artificiosa y priva de autonomía a la figura. La causa fiducia atípica informa el contenido total del negocio; "los efectos reales y obligatorios tienen el mismo fundamento causal". Lo ve como distintos aspectos de un único negocio, conectados. El fiduciario adquiere la titularidad absoluta (*erga omnes*) y plena (no puramente formal), pero debe restituir debido al carácter transitorio de la causa fiducia, que limita temporalmente el poder de disposición del fiduciario.

(Fuchs ve la titularidad como un derecho "sin poder de ejercicio"; el autor lo niega; el fiduciario recibe la titularidad plena, con el límite, que es personal, obligacional; así, el fiduciante libremente asumió el riesgo de abuso que, entonces, es posible); la *fides* es, precisamente, el puente que une el lado real con el lado obligatorio (Jordano Barea, Juan: "Naturaleza, Estructura y Efectos del Negocio Fiduciario." En *Rev. de Derecho Privado*; Madrid, 1958; p. 827 y sgts.). V. también Fuenteseca, Cristina. Ob. cit. p. 63 y sgts. Para la doctrina italiana v. también Messineo, Francesco. Ob. cit. T. II, p. 453 y sgts., insistiendo también en el carácter causado.

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

anterior, se declara convencido por el Prof. De Castro y abandona la doctrina del doble efecto. Sólo que (a diferencia de Jordano), concluye que el negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente. Y, como tal, lo estima inadmisible (en el Derecho español). Más precisamente, concluye que el negocio externo es nulo (por falta de voluntad y por falta de causa)[43, 44, 45].

[43] Albaladejo, Manuel: "La Simulación". Edit. Edisofer. Madrid, 2005, p. 87 y sgts. Aquí el autor dedica un capítulo especial a la afirmación de que el negocio fiduciario es un negocio simulado. En su obra sobre el Negocio Jurídico (antes citada), Castro y Bravo ya daba a entender que habría simulación relativa (p. 424, nota); pero deja a salvo la validez de los actos con terceros de buena fe a título oneroso; en otros términos –sin decirlo– por la protección al tráfico mediante la apariencia. V. también Fuenteseca, Cristina. Ob. cit. p. 195 y sgts., y conclusiones; en ellas resume que, en la venta para administrar y en la cesión de créditos para cobro (*cum amico*) el negocio disimulado es un mandato para administrar, y en la venta en garantía (*cum creditore*) propone dos alternativas: o sería un mandato sin representación al acreedor para que tenga el bien en garantía y lo restituya al ser pagado, o, lo cual parece preferible, al transferir el objeto se constituiría un derecho real de garantía atípico que proporciona al acreedor un poder directo sobre la cosa por causa de garantía.
Para las relaciones entre el negocio fiduciario y l a simulación v. también Clavería Gosálbez, Luis: Comentario a la sentencia de 15 de junio de 1999. En *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 51. Madrid, 1999, p. 1243 y sgts.; también, Rodríguez Guitián, Alma María: "Celebración de un negocio fiduciario entre la viuda y los hijos del fallecido durante la comunidad postganancial." Comentario a una sentencia del Tribunal Supremo (español) de 27 de febrero de 2007. En *Rev. de Derecho Patrimonial*, Nº 20; Thompson-Aranzadi. Madrid, 2008, p. 309 y sgts.; la autora resuelve el caso, con el mismo resultado, pero con la declaración de que se trata de una simulación (esta vez absoluta); y, asimismo comentando un caso, Díez-Picazo, Luis. Estudios sobre la Jurisprudencia…. cit. p. 160 y sgts. (eran tiempos en que predominaba –aunque más en los conceptos que en las soluciones reales– la doctrina del doble efecto, pero ya se sugería por el autor un cierto "desdoblamiento" de la propiedad).
Flume considera distinto el negocio fiduciario del simulado, pero luego agrega: a menos que en el pacto se silenciara que la transferencia es sólo en garantía o sólo para administrar, en cuyo caso –dice– sí habría simulación; el negocio simulado sería la transferencia y el disimulado sería la garantía o el mandato para administrar (Flume, Werner: *El Negocio Jurídico*. Trad. de la 4ª. edic. de J. M. Miquel y Esther Gómez. Fundación Cultural del Notariado. Madrid, 1998, p. 485). Pero –agreguemos– es así como se procede habitualmente; ostensiblemente, sólo se transfiere, y ocultamente se conviene que es sólo para garantía o para administración.

[44] En este sentido, v. De la Iglesia Monje, María Isabel: "El Pacto de Retroventa: sus Relaciones con el Negocio Fiduciario y con el Negocio Simulado". En *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 644 (año 74). Madrid, 1998, p. 57 y sgts. Parece –dice la autora– que para llegar a calificar al negocio fiduciario de negocio simulado es necesario pasar de la teoría del doble efecto a la de la propiedad formal; así, el negocio fiduciario se transforma en uno simulado en cuanto la transmisión es sólo formal y lo que realmente se quiere es el negocio de garantía (cuando estamos en esa hipótesis), que es encubierto con la venta. Esto ya lo planteó De Castro y Bravo y lo desarrolla, con afirmación categórica, Albaladejo. Agrega que en el negocio fiduciario venta en garantía no hay una verdadera venta; desde luego, no hay precio; y el "enajenante" se obliga a devolver el préstamo recibido. En la compraventa con pacto de retro sí hay una verdadera venta; en ella el vendedor se reserva una facultad jurídica: recuperar la cosa pagando el precio y gastos dentro del plazo; el vendedor no contrae ninguna obligación, ni tiene por qué ser un deudor anterior del comprador.

[45] También ha sido diferenciado el negocio fiduciario de otras figuras semejantes. Ha sido distinguido del lease-back, para lo cual v. Marques, Remédio J. P. : "Locação Financiera Restitutiva (Sale and Lease-Back) e a Proibição dos Pactos Comissórios- Negócio Fiduciário, Mútuo e Acção Ejecutiva". En *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra, vol. LXXVII. Coimbra, 2001, p. 575 y sgts., especialmente p. 593 y sgts. Y, siendo distinto del negocio fraudulento, puede también ser utilizado para consumar un fraude (a una norma legal indisponible o a acreedores), situación en la cual tendrá que concluirse en su nulidad (entre nosotros, sea por objeto –art. 1466– o causa –art. 1467– ilícitos).

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Recientemente, Para Martín concluye que la Jurisprudencia (española) se niega a calificar el negocio fiduciario como simulado; lo considera un contrato realmente querido (aunque podría haber un cambio de rumbo: se avanzaría al simulado en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1999). Y concluye que las soluciones generadas por la doctrina de la propiedad formal y la postura de la simulación son aproximadamente las mismas[46, 47].

[46] Para Martín, Antonio. Ob. cit. T. I, p. 723 y sgts. La similitud de soluciones la expone en los siguientes términos.
a. En cuanto a las relaciones entre fiduciante y tercero adquirente del fiduciario: con la tesis del doble efecto, el tercero quedaría defendido aun de mala fe. Con la tesis de la simulación, en base a los principios de responsabilidad y confianza (el fiduciante crea la apariencia) el tercero de buena fe (desconocedor de la simulación) a título oneroso queda protegido. Con la tesis de la propiedad formal y material, la solución es la misma; se aplica por analogía el art. 34 de la Ley Hipotecaria, y si el fiduciario es titular registral, se aplica directamente ese texto; y si es cosa mueble, se aplica el art. 464 (conforme al cual, en materia de muebles la posesión equivale a título).
b. En las relaciones entre fiduciante y sus acreedores: con la tesis del doble efecto los acreedores ya no podrían embargar la cosa. Con la tesis de la simulación, el tercero puede pedir la declaración de nulidad del acto ostensible por simulación (venta), siendo válido el disimulado; si este supone transferencia en garantía, como derecho real atípico, el acreedor podría embargar la cosa con la carga existente, siempre que el derecho real le sea oponible (así fallo del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1944). Con la tesis de la propiedad formal y material la solución es la misma; el acreedor podría embargar la propiedad material y el adjudicatario en remate podría readquirir la propiedad formal (y con ella el bien íntegro), abonando el crédito existente a favor del fiduciario.
c. En las relaciones entre fiduciante y acreedores del fiduciario: con la tesis del doble efecto, los acreedores del fiduciario podrían embargar la especie dada en fiducia al fiduciario. Con las otras dos tesis prosperaría la tercería de dominio interpuesta por el fiduciante, pues la propiedad (en tesis de simulación) o la propiedad material (en tesis de propiedad formal y material) le pertenece; y no puede embargarse un bien que no es del deudor (en tesis de simulación) o que es del deudor sólo en propiedad formal (en tesis de propiedad formal y material); los acreedores del fiduciario sólo podrían embargar el crédito que el fiduciario tiene contra el fiduciante y, al obtener su titularidad en la fase de ejecución, podrían actuar contra el bien dado en fiducia en la forma que corresponda (quedarse con la propiedad adjudicándoselo, etc.). En síntesis, en la tesis de la simulación el negocio fiduciario no existe; siempre hay simulación relativa; el fiduciante siempre podrá obtener la declaración de existencia de venta en garantía como constitución de derecho real atípico y obtener del fiduciario: si paga la deuda, la restitución material de la cosa o su restitución material y jurídica (según el caso) o la no entrega material ni jurídica (si la había conservado), todo conforme a lo acordado en el pacto; y si no paga, el fiduciario podrá obtener la ejecución de la garantía. Y algo semejante ocurre en la tesis de la propiedad formal y material; sólo que es calificado de negocio fiduciario (prescindiéndose de la simulación). Si hay abuso del fiduciario, que enajena o grava, el tercero queda protegido si está de buena fe a título oneroso; no en caso contrario, quedando expuesto a la acción del fiduciante.
El pacto entre fiduciante y fiduciario (sea calificado de acto disimulado o de negocio fiduciario) es el que diseña los derechos de uno y otro (salvo que incluya actos prohibidos, como préstamo usurario), y el derecho del fiduciante sólo será inútil frente a tercero adquirente de buena fe a título oneroso.
En la venta en garantía el autor opta por la tesis de la simulación: la venta es un negocio simulado, que encubre otro disimulado calificable de fiduciario que establece un derecho real atípico de garantía.
La jurisprudencia –dice– viene resolviendo así los conflictos (aunque con la tesis del negocio fiduciario, y sólo últimamente con alguna dirección hacia la simulación). Y la única duda que permanece es la de la eficacia de un pacto comisorio que las partes incluyan.

[47] Así, una nutrida jurisprudencia y los aportes doctrinarios han configurado en el Derecho español lo que ha sido llamado el "modelo" del negocio fiduciario, en el cual, con todo, persisten algunas disidencias (como se ha consignado aquí); una descripción crítica, con desconfianza en la construcción de un esquema dogmático satisfactorio, puede verse en Carrasco Perera, Angel. Comentario a la sentencia de 30 de mayo de 2008. En *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 78. Madrid, 2008, p. 1515 y sgts.

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Pero es cierto que si el negocio fiduciario es reconducido a uno simulado (en simulación relativa) queda con la amenaza de desaparecer como figura autónoma[48].

8. La calificación del negocio como fiduciario (cuando en los hechos estamos ante uno) es importante y delicada. A este respecto deben tenerse en cuenta diversas consideraciones: puede tratarse de un negocio fiduciario en beneficio del fiduciante (mandato) o del fiduciario (venta en garantía); es (al menos cuando en el respectivo ordenamiento no está normativamente organizada) una figura anómala; hay que decidir entre esta y otras cercanas alternativas de calificación; en fin, debe recordarse que su estructura puede facilitar el fraude. Por cierto, junto a la definición en las querellas doctrinarias que se han comentado, la calificación determina las acciones que podrán ejercitarse[49].

9. En una apreciación crítica del debate antes descrito puede derivarse que es con la concepción de la doctrina del doble efecto como el negocio fiduciario queda tipificado (generalmente no por la ley, sino en la práctica) como figura autónoma, de máxima confianza y, por lo mismo, de máximo peligro; en ella hay transferencia en plenitud y en plenitud queda configurado el riesgo para el fiduciante. Las enmiendas pueden acercarlo y hasta subsumirlo en las otras modalidades (fiducia o aun "trust"), con la eventual consecuencia de distorsionarlo o suprimirlo. Siendo el exceso del medio respecto del fin la gran característica del negocio (de donde surge el peligro y, por lo mismo, su máxima expresión de confianza), en la medida que se disminuya la sustancia de la transferencia (hasta desaparecer o quedar reducida a una pura propiedad formal), la incidencia de la confianza y la intensidad del peligro van despareciendo (debilitada o eliminada la transferencia al fiduciario, él ya no podrá defraudar, o será fácilmente esterilizado su intento).

Por otra parte, en la misma medida en que se debilite la efectiva transferencia de la propiedad al fiduciario, los conflictos (producidos por las enajenaciones efectuadas por el fiduciario, o por el embargo o quiebra) conquistan soluciones de mayor equidad (por eso es que los antiguos

[48] En este sentido Cámara Lapuente, Sergio. Ob. cit. p. 1816.

[49] Puede verse discutida la calificación (sin controvertir las consecuencias de un negocio fiduciario los demandados sostenían que el de autos no lo era) en la sentencia del Tribunal Supremo (español) de 30 de mayo de 2008, cuyo comentario por el Prof. Carrasco Perera ya fue citado.

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

paladines de la doctrina del doble efecto advertían que las objeciones a sus planteamientos eran motivadas por una actitud compasiva con el fiduciante o una equidad mal entendida, porque al celebrar el acto él tenía que haber asumido las consecuencias, los riesgos de su proceder y, por otra parte, que si no hay peligro entonces no hay acto fiduciario). Es claro, pues, que el planteamiento del Prof. De Castro está construido para evitar soluciones que en muchos casos no satisfacen por su rigor o injusticia (como él lo ha declarado expresamente); con el costo de llegar a alterar los efectos del negocio no obstante lo manifestado por los contratantes, se repudia enérgicamente que el Derecho consagre la defraudación de la confianza (que es donde los problemas se presentan con mayor agudeza).

En todo caso, hay toda una zona de situaciones en las que la diferencia entre las dos tesis queda eliminada: cuando el fiduciario enajena o grava apartándose del pacto y el tercero está de buena fe y adquiere a título oneroso; ahí el tercero queda protegido cualquiera sea la concepción que se adopte. Así, las enajenaciones gratuitas, las efectuadas a terceros de mala fe (que sabían del negocio fiduciario) y los embargos y la quiebra son las situaciones en las que la diferencia se presenta.

En esos términos, en las discrepantes posturas vemos una lucha entre dos actitudes: la de mantener a quien contrata (el fiduciante) sujeto al riesgo (a las consecuencias) que decidió asumir, y la de acudir en su ayuda cuando más tarde surgen consecuencias que resultan efectivamente inicuas (la de someterlo a las consecuencias que –se supone– libremente decidió asumir, o la de asistirle cuando, consumándose el riesgo, ha quedado expuesto a una defraudación con resultado injusto).

Tal vez el factor que puede definir en la resolución práctica de casos es uno que –estimamos– con frecuencia está latente pero habitualmente no expresado: el grado de efectiva libertad de que haya disfrutado la voluntad del fiduciante al contratar y entregarse a ese peligro. Y si logra detectarlo en el proceso, ese elemento es el que muchas veces inducirá al juzgador a decidir, empleando luego la proposición apropiada entre las que la dogmática le ofrece.

En fin, no debe olvidarse que si por acoger la doctrina del doble efecto se despliegan consecuencias gravosas para el fiduciante, en ese postulado al perjudicado fiduciante le restan –como se ha visto– herramientas reparadoras (indemnización de perjuicios, acción por enriquecimiento injustificado, etc.), las cuales –por cierto– no siempre podrán concretarse.

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

10. Ha podido percibirse que como el negocio fiduciario (en sus diversas modalidades) surge persistentemente en la práctica de los negocios, la ausencia de una legislación sobre la materia genera una creciente masa doctrinaria y jurisprudencial, que florece a veces hasta la sofisticación (parece ser la situación española)[50].

Pero en otras latitudes la decisión legislativa ha discurrido más bien por otras alternativas. Cualquier asomo a ellas conduce de inmediato al "trust" anglosajón, y a las adaptaciones que han surgido en el Derecho continental (europeo y latinoamericano) como "fiducias" o "fideicomisos", que constituyen una forma más reciente de la contratación fiduciaria (esta sí legislada), y que veremos a continuación.

B. La fiducia en el derecho europeo continental y latinoamericano

1. La convocatoria al examen del Derecho comparado desde el emplazamiento del negocio fiduciario conduce a un campo de mayor amplitud en el cual se inserta; junto a él está el conocido "trust" anglosajón y la llamada fiducia (que, reconociéndose como denominación genérica, ostenta variadas denominaciones algo más locales: "trust" internacional, "trust" adaptado, fideicomiso, fideicomiso bancario)[51].

Con un origen común en la fiducia romana, el "trust" anglosajón y la fiducia parecen constituir formas evolucionadas, que surgen por la concurrencia de los diversos factores que habitualmente han provocado evolución en las instituciones jurídicas.

[50] En España se han dictado algunas leyes especiales, más bien declarativas de situaciones existentes, como fiducia *cum amico*. Tales han sido las leyes de 11 de julio de 1941 y de 1 de enero de 1942 (para que ciertas Órdenes religiosas recuperaran bienes traspasados durante la Segunda República; años después se amplió su alcance a personas naturales, por Decreto-Ley 24/62 de 28 de junio de 1962). En el Derecho foral de Navarra (Compilación o Fuero Nuevo de Navarra, de 1973) es regulada la fiducia *cum creditore* (en Ley 466) y un tipo especial de fiducia *cum amico*, la "donación fiduciaria" (en Ley 163).

[51] La denominación "trust de Europa continental" no es apropiado porque, como se verá, se ha instalado también, y tal vez antes que en Europa, en Latinoamérica; y si se sustituye por un descriptivo y (excesivamente) extenso "trust europeo continental y latinoamericano" tampoco es suficiente, porque también ha sido acogido en otros continentes.
El adjetivo "internacional", además de justificarse por la amplitud territorial de su vigencia, parece estar influido por la circunstancia de estar acogido en una Convención internacional para los efectos de ley aplicable y su calificación: la Convención de La Haya (como se dirá pronto).

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En el Common Law el "trust" ha tenido un prolongado e interesante desarrollo, con el destacado aporte de la Equity, y se ha llegado a consolidar hasta erigirse, desde hace ya mucho tiempo, en una institución sustantivamente tipificante de esa familia jurídica, con admirable flexibilidad para acoger una gran variedad de requerimientos y que ha llegado a conquistar una importancia económica poco comparable (por cierto, su construcción institucional está determinada por las fuentes y las técnicas propias de ese sistema jurídico). Aquí no será descrito; sólo baste evocarlo para conformar el esquema de instrumentos fiduciarios del Derecho actual[52].

[52] Tal como ya lo hemos insinuado, estimamos que el grado de semejanza con el negocio fiduciario va a depender del resultado de un debate que se presenta en cada uno; en ambos versa aproximadamente sobre lo mismo: el vigor del poder del titular (fiduciario y "trustee"). Ese debate se manifiesta cuando hay actitudes o actividades del titular que –eventualmente– se separan del fin, aun sin enajenar; y destacadamente en las relaciones con terceros cuando hay enajenaciones abusivas o pretensiones de terceros por deudas del titular.
En el negocio fiduciario –como ya se ha visto– se trata del debate sobre la naturaleza (y vigor) de la titularidad del fiduciario (propiedad plena en la doctrina del doble efecto, o propiedad sólo formal en la doctrina –al parecer actualmente dominante– que distingue entre propiedad formal y material). En el "trust" se trata del debate sobre la naturaleza del poder del "trustee" (un poder pleno, o –en posición al parecer dominante– de una propiedad dividida entre el "trustee" y el beneficiario).
Si (en cada uno) hay propiedad plena, el beneficiario o el constituyente sólo tienen una acción personal contra el fiduciario o el "trustee"; los terceros no podrían perseguir esos bienes por deudas del constituyente o del beneficiario, y sí podrían perseguirlos por deudas del fiduciario o "trustee".
Si (en el negocio fiduciario) hay propiedad sólo formal (la llamada "titularidad fiduciaria", o (en el "trust") propiedad dividida, el constituyente o, en su caso, beneficiario, tendrían una acción real, contra el "trustee" o el tercero; y los terceros podrían perseguir los bienes por deudas del constituyente o del beneficiario y no podrían perseguirlos por deudas del fiduciario o "trustee".
Desde el punto de vista de los terceros, con las tesis de la propiedad plena en manos del fiduciario (en el negocio fiduciario) y de la propiedad plena del "trustee" (en el "trust"), los terceros que adquieren de manos del fiduciario o del "trustee" quedan, semejantemente, muy protegidos; con las tesis (que parecen ser en cada uno las dominantes) de la propiedad sólo formal en manos del fiduciario y de la propiedad dividida entre "trustee" y beneficiario, respectivamente, los terceros que adquieren de manos del fiduciario o del "trustee" quedan, asimismo semejantemente, protegidos solamente si están de buena fe y adquirieron a título oneroso (para el negocio fiduciario así se concluye expresa y generalizadamente por los expositores de la doctrina de la propiedad formal, en las obras que se han venido citando; para el "trust" así se consigna también en el estudio de Jordano Barea sobre el negocio fiduciario, citado y, más recientemente, en Lawson, F. H. and Rudden, Bernard: *The Law of Property*. Clarendon Series; third ed. Oxford University Press. New York, 2002, p. 173 y sgts. Al fondo se trata –como hemos dicho– de una importante aplicación del principio de protección al tráfico mediante la apariencia).
En suma, con ciertas tesis sobre el poder del fiduciario o del "trustee", quedan bastante semejantes. Pero persisten algunas diferencias: el (aunque discutido) exceso en el negocio fiduciario, no se presenta en el "trust"; en el negocio fiduciario siempre la titularidad del fiduciario (sea fiducia *cum amico* o *cum creditore*) es temporal; en el "trust" puede serlo, pero frecuentemente es definitiva (en el "trust for sale" es temporal; así Malaguti, María Chiara: *El Trust*. En Galgano, Francesco. Ob. cit. p. 337; también p. 332). Y puede continuar el paralelo, que no procede extenderlo aquí.

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Por otra parte, luego de experiencias más o menos prolongadas con el solo negocio fiduciario, en muchos ordenamientos del Derecho europeo continental y destacadamente en el latinoamericano (comenzando en México, a comienzos del siglo XX) se ha optado por organizar una fiducia semejante al "trust" anglosajón pero con el que exhibe asimismo diferencias. Emplea elementos y caracteres del "trust", como su dirección funcional principalmente hacia la administración de bienes (en la modalidad fiducia *cum amico*), y orgánicamente con un fiduciario reservado generalmente a sociedades del medio financiero, pero con adaptaciones a las diversas realidades nacionales y a las características (impuestas por principios y normas legales, y constitucionales) del respectivo ordenamiento.

Debe también darse cuenta del Convenio de La Haya (de 1 de julio de 1985), el cual, si bien no está destinado a conferir una reglamentación sustantiva de la institución (trata sobre la ley aplicable y su reconocimiento), consigna caracteres para su calificación. Conforme al Convenio "el término trust se refiere a las relaciones jurídicas creadas –por actos entre vivos o por causa de muerte– por una persona, el constituyente, mediante la atribución de bienes o derechos bajo el control de un fiduciario (trustee) en interés de un beneficiario o para un fin determinado" (art. 2).

– Suele proclamarse que los tres tienen la base común de la confianza y, tal como ya se ha dicho y se continuará viendo, a su vez se separan de los otros contratos tipificados en los que la confianza incide (como el depósito, el comodato, el mandato, etc.).

Pero debe reconocerse que, con diferencia respecto del negocio fiduciario, en el "trust" y la fiducia la (efectiva) confianza como elemento unificador está algo lejana; aquí habitualmente se trata de actos masivos en los que está ausente el conocimiento personal de los asociados entre ellos y de cada uno de ellos con el encargado de la administración o explotación del objeto. En todo caso, si se indaga por algún elemento de confianza, inicialmente se encontrará reposando en la solvencia, eficiencia y honestidad del administrador pero, al fondo, está más bien en la voluntad y eficiencia fiscalizadora del Estado, que las autoriza y sigue tolerando su presencia con oferta pública[53].

[53] En esta dirección, algún control es efectuado mediante las denominadas "Superintendencias" (de Bancos, de Bancos e Instituciones Financieras, etc.). A este respecto es útil al menos mencionar el llamado Comité de Basilea que, desde 1975, desarrolla labores de supervisión y recomendaciones en el sector financiero, y actualmente también en el ámbito específicamente (institucional) fiduciario.

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

– Frente al negocio fiduciario el "trust" anglosajón y la fiducia presentan también una visible diferencia formal. Mientras en la generalidad de los ordenamientos (en el Derecho europeo continental y latinoamericano) el negocio fiduciario surge, espontáneamente, como un contrato entre particulares, empleando algunos mecanismos del Derecho vigente que son compuestos para el efecto (como que ha podido calificarse de "figura anómala" y de "negocio simulado relativamente", según ha quedado aquí relatado), y es defendido con base en la libertad contractual, el "trust" anglosajón y luego la fiducia están consolidados (el segundo en grado ostensiblemente inferior al primero) como instituciones bien perfiladas (aunque mantengan facetas aún discutibles) y con un funcionamiento que puede denominarse profesional.

– En cuanto a su función, el negocio fiduciario (tal como aquí ya ha quedado descrito) cumple principalmente roles de administración de bienes (en beneficio del fiduciante) y garantía (en beneficio del fiduciario); en tanto, el "trust" y la fiducia se orientan a una gama más amplia de funciones: administración de bienes (la fiducia toma el nombre de fiducia de gestión), de garantía, de inversión (financiera, inmobiliaria), y aun combinada (administración e inversión), y con una variedad de finalidades y beneficiados.

– En cuanto a la calificación jurídica del objeto del acto, decisión que trae variadas consecuencias tanto para los directamente involucrados como para los terceros que entran en relaciones con ellos, en el "trust" y la fiducia se configura el llamado "patrimonio de afectación", a veces por expresión de los textos reguladores y frecuentemente por deducción doctrinaria con base en ellos. Esa calificación introduce claridad y seguridad, en cuanto los bienes quedan fuera del alcance de los acreedores del fiduciante y del fiduciario, sin perjuicio de la responsabilidad del fiduciario por su conducta como gestor; y sus aplicaciones aquí constituyen ejemplos demostrativos de la utilidad de esta elaboración (el patrimonio de afectación) erigida –como es sabido– en alternativa a la concepción clásica del patrimonio (en el negocio fiduciario también se ha insinuado la posibilidad de que al ser transferido, el objeto vaya a radicarse en manos del fiduciario pero conformando un patrimonio de afectación)[54].

– Ambos, "trust" y fiducia, presentan otra importante diferencia con el negocio fiduciario: en el exceso del medio empleado respecto del fin

[54] V. en infra nota 54, las referencias a Cámara Lapuente y Jordano Barea.

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

perseguido. Tal como se dijo, es rasgo distintivo del negocio fiduciario que la atribución patrimonial excede el fin perseguido (sin olvidar las discusiones que se han desatado al respecto); se logra con más lo que podría obtenerse con menos (se transfiere el bien, pero sólo para garantizar o para que sea administrado); ese exceso se convierte en característica distintiva del negocio fiduciario y, simultáneamente, en la fuente de varias consecuencias íntimamente conectadas: la eventual (discutida) abstracción de la transferencia, la confianza (y el peligro) que trae consigo (cuyo grado depende también de un debate) y la (también discutida) simulación que envuelve. Ese exceso se debilita o desaparece en el "trust" y en la fiducia, aunque no siempre (en algunas regulaciones es admitida la fiducia en garantía); en todo caso, como en ellos está declarado que se transfiere para administrar, no hay un fin oculto que, cotejado con la transferencia de la propiedad, configure una supuesta simulación; y, por otra parte, cuentan con regulaciones que atribuyen poderes e imponen obligaciones y a veces sanciones, bastante definidas. En estas condiciones desaparecen: el exceso (al menos oculto) y la posibilidad de ver ahí una simulación. En tales circunstancias la confianza y los riesgos quedan reducidos a los términos normales de negociaciones de su clase; específicamente, en cuanto al riesgo, aparece aquí distribuido (y hasta en alguna medida diluido), entre la autoridad pública, por el rigor de los controles impuestos en las regulaciones y su cumplimiento efectivo, y el fiduciario (más bien la institución fiduciaria, generalmente una sociedad), por la eficiencia y honestidad de su gestión.

– Concebido el negocio fiduciario como lo construye la doctrina de la propiedad formal y material (o de la "titularidad fiduciaria"), se acerca bastante a la fiducia. Por otra parte, si se opta por la doctrina del doble efecto, también podría producirse un acercamiento a ella, aunque introduciéndole una modificación; podría estimarse que si bien el objeto es transferido efectivamente (saliendo del patrimonio del fiduciante), esa transferencia no lleva el objeto al patrimonio del fiduciario sino queda como "patrimonio de afectación", administrado por él, pero destinado al fin mencionado en el pacto[55]; así, quedaría fuera del alcance de los terceros acreedores del fiduciario

[55] V. por ej. Cámara Lapuente, Sergio. Ob. cit. p. 1779; cita la sentencia del Tribunal Supremo español de 23 de mayo de 1935. Ya se había formulado sugerencia en ese sentido por Jordano Barea, Juan, en "Mandato para Adquirir y Titularidad Fiduciaria" cit. p. 1440, quien a su vez menciona aquella Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de junio 1922 (aquí también ya citada).

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

y del fiduciante; por lo mismo, el peligro disminuiría; sólo persistiría el peligro de que el fiduciario (en cuanto administrador, formalmente facultado) lo enajenare o gravare apartándose del fin convenido, transgrediendo el pacto. En estas circunstancias, en definitiva el negocio fiduciario estaría generando una fiducia, y prácticamente desaparece.

2. En la alternativa de la fiducia hay legislaciones que incorporan un texto con alcance general y otras que sólo llegan a diseñar instrumentos específicos, frecuentemente para el ámbito mercantil y operados por la banca u otras sociedades del área, tan impregnados del ambiente financiero que suele ser discutible o poco convincente definirlos como pertenecientes a las operaciones propiamente fiduciarias.

Cuando se regula una fiducia entregada a instituciones profesionales, junto a ella permanece en vigencia real el negocio fiduciario (descrito al comienzo), habitualmente no tipificado, con sus variadas dudas y conflictos, que se va completando y perfilando con el debate doctrinario y las soluciones jurisprudenciales (como asimismo se ha descrito aquí).

Debe también advertirse que –como es bien conocido– la generalidad de los ordenamientos del Derecho europeo y latinoamericano cuentan con un elenco de conceptos, mecanismos y módulos contractuales tradicionales, históricamente probados, que mitigan la urgencia de una legislación fiduciaria de aplicación general o, al menos, para el específico negocio fiduciario tal como lo ha diseñado la doctrina; esos conceptos e instituciones, por otra parte, suelen aducirse por quienes rehúsan una nueva legislación: el mandato (con y sin representación), el albaceazgo (en particular el fiduciario), la estipulación a favor de otro, el dominio modal, el endoso traslativo y en garantía, el pacto de retroventa[56].

En cuanto a sede normativa, cuando se regula la fiducia, a veces es incorporada al respectivo Código Civil (sea al dictarse un código nuevo o al reformarse el antiguo)[57]; en otras ocasiones queda consignada simplemente

[56] En este sentido, por ej., Garrigues, quien refiriéndose precisamente a los llamados en España "Departamentos Fiduciarios" de los Bancos (entre nosotros, Departamentos de Comisiones de Confianza de los Bancos), concluye que para la calificación de sus servicios no hace falta recurrir a los conceptos de fiducia o negocio fiduciario, porque se trata de modalidades de actos tradicionalmente tipificados en Derecho civil y comercial, como el mandato, la comisión, el depósito; las circunstancia de conferir al mandato el carácter de irrevocable o añadir al depositario amplias facultades de disposición, no convierte a esos actos en negocios fiduciarios; falta para ello la transferencia de un bien, tras lo cual el adquirente actuará a nombre propio (Garrigues, Joaquín. Ob. cit. p. 48 y sgts.).

[57] Y en ocasiones al código de comercio, como acontece en Colombia (arts. 1226 a 1244: "De la Fiducia").

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en una ley extravagante. Cuando se opta por un estatuto de aplicación general y entregado a la contratación tanto individual como corporativa, es frecuente que sea incorporado al Código Civil; las operaciones fiduciarias especializadas (generalmente financieras), en cambio, quedan descodificadas (en leyes especiales)[58].

Al indagar sobre textos latinoamericanos, como notable antecedente que ha inspirado muchos cuerpos normativos siempre sobresale un Proyecto para Panamá, del Prof. Ricardo Alfaro, de 1920. Actualmente, la gran mayoría de los países latinoamericanos cuenta con textos legales sobre la materia. Generalmente con aplicación restringida al ámbito financiero, con actos especificados, con un fiduciario profesional organizado como sociedad (banco u otra institución financiera o, aun, dedicada exclusivamente a la fiducia), regulada en ley especial para ella o en algún texto financiero algo más genérico (como la Ley General de Bancos); incluso en ocasiones se van dictando sucesivamente varios textos, cada uno para un ámbito determinado (fondos de inversión, fondos de previsión, etc.).

Pero hay también textos que lo regulan en términos que resultan aplicables tanto para el financiero como para la generalidad de los negocios, y en algunas situaciones entregados sólo a sociedades administradoras y en las demás con libre contratación privada (como es la opción argentina); en tal eventualidad, parece quedar regulado, simultáneamente, el llamado fideicomiso financiero y el simple negocio fiduciario.

[58] Algunas apreciaciones sobre el "trust" con adaptaciones en Latinoamérica, aunque teniendo en cuenta legislaciones ya antiguas, pueden verse en Fueyo, Fernando: "Fideicomiso Anglo-sajón y su Aplicación en la Legislación Chilena". En *Rev. de Derecho de la Univ. de Concepción*, N° 118. Concepción, 1961, p. 3 y sgts. Allí se da cuenta de un acuerdo tomado en las Jornadas Uruguayo-Chilenas, celebradas en Montevideo en 1961, por el cual se recomendó que se adoptara el "trust" anglosajón, con adaptaciones. Y se sugirieron características como: reservar la función de fiduciario sólo a Bancos, Compañías de Seguro y otras instituciones especializadas; constituirlo por contrato y por testamento; si recae sobre inmuebles, constituirlo por escritura pública, con la siguiente inscripción a nombre del fiduciario; mantener los bienes separados de los activos de la respectiva institución (y entonces sería preferible declararlo directamente como un patrimonio de afectación); establecer una remuneración al fiduciario; imponer prohibición de celebrar actos y contratos sobre los bienes, salvo autorización judicial; imponer la rendición de cuentas por parte del fiduciario; evitar que por este medio se vulneren las asignaciones forzosas; conferir al constituyente y al beneficiario acciones para exigir al fiduciario el cumplimiento de sus obligaciones y, particularmente, para evitar que se aparte del fin; prohibir la fiducia secreta.
Para un panorama doctrinario sobre la materia, en Derecho externo al medio anglosajón, puede verse: Cámara Lapuente, Sergio. Ob. cit. p. 1761, quien cita muchas otras obras, por países (destacando los trabajos de Lupoi), que incluyen textos legales; Rodríguez Azuero, Sergio: *Negocios Fiduciarios*. Edit. Legis. Bogotá, 2005 (para el Trust anglosajón, la literatura es simplemente innumerable).

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Conviene conocer algunos ejemplos[59].

– Luego de un extenso período en el que el negocio fiduciario y la fiducia fueron ignorados, debido al vigor de la práctica y a algunos estudios de doctrina en Francia se optó por legislar. Primero surgieron algunas leyes específicas (que permanecen); fue presentado también un proyecto general (en 1991) que no prosperó; finalmente fue dictada una ley de 19 de febrero de 2007, que regula el contrato de fiducia, incorporándose las reglas en el Código Civil (arts. 2011 a 2031); las normas fueron ampliadas por una ley de 2008 (4 de agosto) y una ordenanza de 2009 (30 de enero).

Una extrema síntesis es ésta: el constituyente puede ser una persona natural o jurídica; el plazo máximo de duración llega hoy a los 99 años; se admite la fiducia en garantía y de gestión (está prohibida la fiducia de liberalidad); puede establecerse por ley o por contrato; en la fiducia de garantía se disponen los efectos en caso de incumplimiento; es posible la fiducia en garantía sin desposeimiento; el patrimonio fiduciario sólo es garantía para los acreedores cuyo derecho se deriva del funcionamiento de la fiducia (no para los acreedores personales del fiduciario); si el fiduciario cae en insolvencia, no queda afectado el patrimonio fiduciario; el fiduciario tiene prohibición de enajenar; en la fiducia de garantía, en caso de incumplimiento del fiduciante el fiduciario se convierte en dueño ordinario; tanto en la fiducia de garantía como en la de gestión el bien lo administra sólo el fiduciario; los bienes en fiducia se mantienen en manos del fiduciario separados de su patrimonio (en forma de patrimonio de afectación); como, en manos del fiduciario, los bienes de la fiducia no son suyos, la unidad de su patrimonio sólo aparece rota en apariencia; se ha estimado que la unidad patrimonial se rompe más bien en el constituyente: él tiene, por una parte, su patrimonio y, por otra, los bienes entregados en fiducia (pero estos ahora tampoco son suyos); por eso es que la ley dispone que los acreedores del constituyente pueden acudir a los bienes en fiducia si se han transferido en fraude de ellos, y, además, permite a los acreedores de la fiducia, a falta de activos fiduciarios, embargar bienes personales del constituyente[60].

[59] Debe dejarse constancia de que, tratándose de la que aquí se está llamando fiducia, en Latinoamérica las experiencias más antiguas están en México (según ya se apuntó), Panamá, Venezuela y Colombia. Haber considerado los ordenamientos que aquí se mencionarán, obedece a diferentes factores: disponibilidad de textos recientes, clara definición de características y variedad de opciones reguladoras (formales y sustantivas), que ostentan cierta virtud pedagógica, particularmente desde el emplazamiento del Derecho civil.

[60] Para el Derecho francés hemos seguido la exposición sobre el tema del Prof. Grimaldi, Michel: "Introducción a la Fiducia en el Derecho Francés". En *Las Transformaciones del Derecho Civil Francés*. Jornadas Colombianas. Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française y Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2010, p. 61 y sgts.

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En suma, parecen destacables como características del estatuto: que se trata de un régimen de vigencia general, aplicable a personas naturales y jurídicas; es reconocible en el texto una orientación civil (no sólo mercantil); se impone decididamente un funcionamiento como patrimonio de afectación.

– Incorporando las normas en el Código Civil (de 1991, en vigor desde 1994, aunque ya venía una regulación en el código anterior, de 1888), Québec regula una institución equivalente al "trust"[61]. Teniendo en principio fines de administración, con un tercero beneficiario, también puede tener por finalidad garantizar la ejecución de una obligación.

En las reglas se aprecia también una vigencia general y, en todo caso, no exclusivamente financiera o mercantil (sin perjuicio de legislación especial para sociedades fiduciarias). Es calificado igualmente como un patrimonio de afectación.

– El Código Civil brasileño (de 2002) regula la que llama "propiedad fiduciaria", en su modalidad *cum creditore* (arts. 1361 a 1368). La concibe como una forma de propiedad resoluble, y la reduce a cosa mueble infungible; con retención de la cosa en manos del deudor (que queda como "poseedor directo" de la cosa). Al constituirse, por escrito registrado, debe determinarse el monto de la deuda, la época del pago y la identificación de la cosa; el fiduciante puede usarla según su destino y custodiarla como depositario, debiendo entregarla al acreedor si no paga; el acreedor debe venderla, judicial o extrajudicialmente, y aplicar el precio al crédito y a los gastos del cobro, restituyendo al fiduciante el saldo si lo hubiere; la estipulación por la cual el acreedor se quedará con la cosa si la deuda no es pagada, es nula; pero después del vencimiento puede convenirse dar la cosa en pago de la deuda; si vendida la cosa el precio no alcanza a pagar la deuda, el saldo permanece adeudado; el tercero que paga la deuda queda subrogado de pleno derecho en el crédito y en la propiedad fiduciaria; para algunos pormenores son aplicables ciertos textos de la prenda y de la hipoteca.

Pero además en Brasil hay varias leyes para operaciones fiduciarias especiales (para transferencia de inmuebles en garantía, para transferencia fiduciaria de acciones, fondos de inversión inmobiliaria).

– En el Derecho argentino la evolución ha sido la siguiente. Bajo la sola vigencia del Código Civil, que carecía de reglas al respecto, la doctrina

[61] "Titre Sixième: De certains patrimoines d'affectation. Chapitre deuxième: de la Fiducie". Arts. 1260 y sgts.

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

discutía la admisibilidad del negocio fiduciario. Por una parte, se postulaba su asimilación a los actos simulados[62] y, por otra, se estimaba ampliamente admisible sobre la base de la autonomía de la voluntad, considerando la amplia autorización para la celebración actos innominados y la admisión de un dominio fiduciario (en el art. 2662 del Código Civil, que contenía una propiedad fiduciaria semejante a la nuestra; posteriormente este texto fue modificado por una ley especial, como se dirá, para que el concepto – general– de dominio fiduciario ahí consignado quedara en armonía con la ley, a la cual hace una referencia expresa el próximo art. 2670, asimismo por reforma de la aludida ley)[63].

Luego de algunos intentos frustrados, finalmente se dictó la Ley 24.441, de 16 de enero de 1995, por la que se implanta un fideicomiso (cercano al "trust" anglosajón, aunque con reconocida influencia de legislaciones latinoamericanas, como las de Colombia, México, Panamá, Chile y, señaladamente, del Código Civil de Québec, aquí recién aludido)[64].

Está definido así: "Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario". (art. 1° de la Ley).

Puede verse que (evocando nuestra tradicional propiedad fiduciaria) queda sometido a condición o plazo.

Está concebido para bienes (no tanto para dinero como acontece con las fiducias chilenas según se verá).

El fiduciario puede ser persona natural o jurídica; sin embargo, para ofrecerse como fiduciario al público, debe tratarse de una sociedad financiera autorizada.

El fiduciario es un propietario, pero se dispone que debe administrar los bienes respondiendo a la confianza depositada en él, de modo que su

[62] Por ej. Borda, Guillermo: *Tratado de Derecho Civil*. Parte General. Edit. Perrot. 7ª. edic. Buenos Aires, 1980, T. II, N° 1180, p. 358, con cita de otros.

[63] V. Compagnucci de Caso, Rubén H.: *El Negocio Jurídico*. Edit. Astrea. Buenos Aires, 1992, p. 195 y sgts., con cita de otros.

[64] V. Musto, Néstor: *Derechos Reales*. Edit. Astrea. Buenos Aires, 2000, T. I, p. 367 y sgts. Hay comentaristas argentinos que han formulado agudas críticas al régimen (según se apunta en Mariño López, Andrés: "El Fideicomiso de Garantía en el Derecho Uruguayo". En *Estudios sobre Garantías Reales y Personales*. Libro Homenaje al Prof. Manuel Somarriva Undurraga. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 2000, p. 504 nota).

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

dominio no es absoluto, y está limitado no sólo en el tiempo sino también por el fin. Y debe rendir cuentas. En todo caso, mientras, el beneficiario está excluido de la propiedad.

Los bienes entregados en fideicomiso constituyen un patrimonio separado de los patrimonios de fiduciario y fiduciante. Son administrados por el fiduciario con amplias facultades (limitadas por el fin); y, por cierto, no responden por las deudas personales del fiduciario ni del fiduciante. Se trata también, pues, de un patrimonio de afectación.

No puede ser declarado en quiebra; sólo procede su liquidación (sin quiebra), respetándose las causales legales de preferencia.

Puede constituirse por contrato (que es oneroso) o testamento. Si recae sobre inmuebles, el contrato requiere escritura pública, para los efectos registrales.

El plazo máximo es de 30 años (salvo que el beneficiario sea incapaz, en cuyo caso puede durar hasta su muerte o hasta el cese de la incapacidad).

Sobre los bienes se constituye una "propiedad fiduciaria" sometida a las reglas del Código Civil y a esta ley (cuando se trate de cosas, que deben entenderse: materiales) o sometida a las reglas que corresponda a la naturaleza de los bienes (cuando no sean cosas). Si se trata de inmuebles, la transferencia debe inscribirse; igualmente deben inscribirse (si corresponde) los bienes que se adquieren con los frutos producidos por los bienes en fideicomiso.

El beneficiario debe estar individualizado, aunque no exista al tiempo de la constitución; puede ser persona natural o jurídica; puede haber más de uno, y puede haber sustitutos. Su derecho (en contra del fiduciario) es personal y, salvo disposición en contrario, transmisible.

El fideicomisario es el llamado a recibir los bienes al extinguirse el fideicomiso (es un destinatario residual).

Se extingue por el plazo o condición, por revocación del fiduciante (si se hubiere reservado esa facultad, sin efecto retroactivo) y por cualquier otra causa prevista en el contrato. Extinguido, el fiduciario deberá entregar los bienes al fideicomisario o a sus sucesores.

Dos rasgos parecen destacables para caracterizar la opción argentina: se proporciona una regulación general en la que pueden ser fiduciarios tanto personas naturales como jurídicas, pero si el fiduciario se ofrece al público, hay reserva profesional: debe ser persona jurídica, sociedad financiera autorizada; y los bienes constituyen un patrimonio de afectación.

– La legislación uruguaya recibió la influencia inmediata del texto argentino. Antes de 2003 se discutía en Uruguay la admisibilidad del negocio fiduciario. Por Ley 17.703 de 2003 (y Decreto reglamentario 516 del mismo año) se ha regulado el que es llamado "fideicomiso" (pero no es el que nosotros conocemos, sino la fiducia a que se está aquí haciendo referencia). Se contemplan el fideicomiso contractual, el testamentario y el

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

financiero. Dentro del contractual se distingue el de garantía (*cum creditore*) y el de gestión (*cum amico*). Está sometido a un plazo o condición. Puede ser fiduciario cualquier persona natural o jurídica, pero queda reservada a las entidades de intermediación financiera y a fiduciarios profesionales la actuación "habitual y profesional".

La estructura básica de la fiducia de garantía, sobre la cual se admiten variantes, es ésta: A confiere un préstamo a B y le impone que constituya un fideicomiso de garantía, quedando como beneficiario A. B (fiduciante y deudor) transfiere un bien a C (fiduciario) con la condición de que si paga el total del crédito a A, el derecho transferido se extingue. Además, B instruye a C (fiduciario) para que, si se produce incumplimiento hacia A, proceda a enajenar el bien afectado y pague la deuda, restituyendo el saldo (si quedare) al fiduciante. Está prohibido que el beneficiario sea el mismo fiduciario, salvo que se trate de una entidad de intermediación financiera (excepción que ha sido objetada por la doctrina). En todo caso, el fiduciario no puede adjudicarse el bien dado en fideicomiso (que debe ser enajenado para pagar la deuda con el producto). Se organiza un Registro público de fiduciarios. Los bienes constituyen un patrimonio de afectación; por lo mismo, no están al alcance de acreedores del fiduciante ni del fiduciario (ni del beneficiario); a ellos pueden acudir sólo los acreedores surgidos en la gestión del fideicomiso[65].

III. EL ESTADO DEL DERECHO CHILENO

– En primer lugar dejemos constancia de que la institución regulada en los arts. 733 y sgts. del Código Civil (la "propiedad fiduciaria") tiene un origen común con la que aquí estamos tratando[66]; pertenece, puede decirse, al género de las fiducias; pero es diferente al negocio fiduciario y a la fiducia (general).

En todo caso, es una propiedad fiduciaria, pero no emerge de un negocio fiduciario (al menos no de un negocio fiduciario como el que ha sido descrito al comienzo de este estudio).

[65] Más antecedentes en Mariño López, Andrés. Ob. cit. p. 497 y sgts.; también Rodríguez Azuero, Sergio. Ob. cit. p. 94.

[66] Para antecedentes históricos puede verse Claro Solar, Luis: *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Edic. facsimilar. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 1979, T. IV, p. 11 y sgts.; Guzmán Brito, Alejandro. Ob. cit. T. II, p. 733 y sgts.

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Por una parte, difiere de la propiedad absoluta al menos por estos dos rasgos:

a. Es resoluble; existe la posibilidad de que se extinga para el actual propietario (el fiduciario) si se cumple la condición (de modo que es la perpetuidad la característica que queda en albur).

b. Es restringida (preferimos emplear ese término que el de "limitada"). Desde luego, puede considerarse una restricción la circunstancia de que es posible que se extinga (su resolubilidad); también el tener que mantenerse indivisa; pero lo más sustantivo es que su contenido, el poder del propietario (fiduciario), tiene restricciones, las que se explican precisamente por la posibilidad de tener que ser restituida (y es también explicable, por lo mismo, que en su comportamiento respecto del objeto responda de la culpa leve).

En todo caso, la explotación y utilidades del objeto no son conducidas a un fin determinado; la explotación específica la decide el propietario (fiduciario), aunque, como tiene las cargas del usufructuario, deberá mantener la cosa conservando su forma y sustancia (en cuanto a la forma, con el matiz del art. 758), de modo que hay una restricción genérica derivada de la naturaleza, función y valor del objeto; y las utilidades (aprovechamiento) no están destinadas a un fin externo: son suyas. En fin, nuestro fiduciario ni siquiera tiene el deber de explotar el objeto (como no sea por aquel concepto genérico aplicado a toda forma de dominio, de la función social de la propiedad).

Y, por otra parte, no emerge de un negocio fiduciario (como el ya descrito). Desde luego, no hay un exceso del medio empleado respecto al fin perseguido. Por eso, no existe un peligro de defraudación, como no sea el de negarse a cumplir su obligación de restituir si se cumple la condición, pero ese es un riesgo común a toda obligación (el que se incumpla). Por lo mismo, no hay un pacto, ni oculto ni ostensible, que altere los efectos de la traslación del dominio; todo en él queda declarado; por tanto, los terceros quedan enterados de lo que se trata, por si pretenden entrar en relaciones con el fiduciario, y si adquieren la cosa, la adquieren igualmente con el gravamen de tener que transferirla al fideicomisario se la condición se cumple (si es inmueble, la situación queda incorporada a los títulos y, por tanto, con la publicidad registral); no hay, pues, caracteres que conduzcan a vincular el negocio con la simulación.

– Ahora bien, presentando el negocio fiduciario y la fiducia en nuestro ordenamiento, se obtienen resultados como los siguientes.

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

– En cuanto al negocio fiduciario, como parece ser la regla muy general, nuestra legislación simplemente lo ignora.

La aplicación práctica del negocio ha sido escasa (aunque una revisión prolija, sobre todo en el medio mercantil –en donde en muchas latitudes siempre ha cobrado bastante vigencia real, como ya lo hemos consignado aquí [v. Cap. II, Nº 3]– puede proporcionarnos antecedentes más definitivos y probablemente de cierto empleo). Por lo mismo, no se cuenta con el aporte de edificantes decisiones jurisprudenciales.

El discreto empleo en la materia civil parece relacionarse con la preferencia por someterse a los conceptos e instituciones existentes (antes mencionadas, sobre todo al mandato y a las cauciones tipificadas) que, al parecer, satisfacen las necesidades de los interesados, y tal vez con las aprehensiones de tropezar con dificultades que suele traer la simulación (que, como se ha dicho aquí, puede surgir y de hecho ha surgido en experiencias extranjeras, en la práctica de los negocios fiduciarios).

La doctrina nacional se ha ocupado del tema, aunque no en gran medida y, en todo caso, con poca difusión.

En el *Curso de Derecho Civil* de los Profs. Alessandri, Somarriva y Vodanovic, en un párrafo dentro del tratamiento de los actos jurídicos, se expresa que "ningún precepto de nuestro derecho se opone a los actos fiduciarios"[67]. El Prof. Vodanovic lo considera también brevemente; relata que aunque se ha sostenido la invalidez porque se desvirtúa o cambia la causa propia del acto de que se trata, la mayoría de la doctrina lo estima válido siempre que no se dirija a una finalidad ilícita o fraudulenta. Y lo trata dando como cierta la "doctrina del doble efecto"[68].

En su artículo sobre el tema el Prof. Fueyo formula algunos pronunciamientos en puntos específicos. En cuanto a la estructura opta por la existencia de dos negocios y, sin expresarlo, se manifiesta por la doctrina del doble efecto; casi no le ve posición antagonista, y la enjuicia poco (siguiendo en gran medida a la exposición de Ferrara, aquí ya consignada). Termina sosteniendo la validez del negocio fiduciario en el Derecho chileno,

[67] Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio: *Curso de Derecho Civil*. Edit. Nascimento. 3ª edic. Santiago, 1961, T. I, vol. I, Parte general, p. 458 y sgts. especialmente p. 460. En la última edición (de 2005) ese párrafo no aparece, pero al parecer no debe verse en esa circunstancia un cambio de opinión al respecto (v. p. 371 y sgts.).

[68] Vodanovic, Antonio: *Manual de Derecho Civil*. Edit. Lexis Nexis. Santiago, 2003, T. II. Parte preliminar y general, p. 224 y sgts.

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

con algunos argumentos. Desde luego, no están prohibidos. Más aún –agrega– hay principios y disposiciones que armonizan con él: la figura afín de la simulación (lícita) vale (cita el art. 1707), lo que fortalece la conclusión de la validez del negocio fiduciario que es –dice– real, querido; la libertad contractual y la obligatoriedad de lo pactado (art. 1545), que incluye los contratos innominados; la adopción entre nosotros de la doctrina clásica de la voluntad real por sobre la declarada (cita los arts. 1437, 1560, 1707). Y, enfrentando la dificultad de la causa, estima que el negocio fiduciario es negocio causal; tiene la causa fiducia; no es un negocio abstracto; tiene el requisito de la causa, pedido en los arts. 1445 y 1467 (la causa –dice– está en el negocio obligacional)[69].

Don Francisco Pérez asimismo estima admisible el negocio, entendiendo que el fiduciante transfiere plena y absolutamente la propiedad del objeto al fiduciario; y despliega de esa afirmación varias consecuencias, adhiriendo así a la doctrina del doble efecto[70].

Don Octavio Calle adopta una actitud semejante[71].

[69] Fueyo, Fernando: "Algunos Aspectos del Negocio Fiduciario." En *Rev. de Derecho y Jurisprudencia* T. 56, Prim. Parte, p. 49 y sgts. Cita a Navarro Martorell, quien dice que el negocio real de transferencia es abstracto en el sentido de que la causa está fuera del negocio, pero no es que no tenga causa (pero, agreguemos, en eso consiste la abstracción); y el negocio obligacional, en el que se expresa la causa de los tres, de los dos singulares y del complejo; es la causa fiducia. Esa causa será la causa de garantía, de mandato, etc. Por último, si la causa del negocio final es falsa, puede tener otra verdadera que, siendo lícita, es suficiente. Cita también algunos fallos españoles y uno de segunda instancia de Uruguay (en el que la cesión de derechos hereditarios para garantía de un préstamo se calificó de negocio fiduciario, y se resolvió que no tiene causa simulada; citado por Orestes Araujo y otros: *Código Civil Anotado*. Montevideo, 1952, T. III, p. 46.)(pero no debe olvidarse que el Código Civil uruguayo tiene el art. 1289).

[70] Aunque no la nomine; Pérez Errázuriz, Francisco: "El Negocio Fiduciario en nuestra Legislación". Memoria de Prueba. Univ. Católica de Chile. Santiago, 1955, especialmente ps. 2 y sgts., 63 y sgts. y 75 y sgts. Como una de las consecuencias de la transferencia plena formula un especial alcance a la posibilidad de ejercitar una acción Pauliana por parte de los acreedores del fiduciante si transfirió en perjuicio de ellos. Rehúsa un desdoblamiento de la propiedad, y aduce que al negarse la transferencia desaparecería el elemento confianza, y el riesgo que trae consigo, que el fiduciante ha asumido. Y acude al origen para apoyar la transferencia plena, lo cual, como aquí se ha dicho, no es pacífico.

[71] Calle Ávila, Octavio: *El Negocio Fiduciario*. Univ. de Chile. Santiago, 1983; el autor lo estima admisible en el Derecho chileno, considerando que no hay norma que lo prohíba (p. 182), y en cuanto a su estructura y efectos (incluyendo el importante punto de la efectiva transferencia de la propiedad del fiduciante al fiduciario) simplemente da como ciencia cierta la que aquí hemos llamado "doctrina del doble efecto" (pp. 48 y sgts., 92 y 94).

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En el mismo sentido se ha pronunciado más recientemente don Adolfo Wegmann, también con la doctrina del doble efecto[72].

En suma, estos autores admiten para el Derecho chileno el negocio fiduciario (no proponen en modo alguno la nulidad).

Por nuestra parte también lo estimamos admisible; pero preferimos la concepción de la propiedad formal y material (con las explicaciones que hemos consignado al describir esa doctrina).

Debe añadirse que entre nosotros también están presentes dos factores que han de ser respetados al pretender el encaje de la institución y que inciden en la conformación doctrinaria: a. Por una parte, nuestro sistema es también causalista (en lo que deben considerarse los arts. 1444, 1445, 1467 del Código Civil para la generalidad de los actos, y 675 del mismo código para la transferencia del dominio por acto entre vivos). b. Por otra, aunque no hay una norma general expresa, los pactos comisorios tampoco son aceptables (lo decimos para los efectos, en la fiducia *cum creditore*, del destino de la cosa en manos del fiduciario, si el deudor fiduciante no paga el crédito garantizado)[73]. Por cierto, la definición legislativa, en cualquier sentido, sería conveniente.

La advertencia de la simulación, siempre susceptible de ser formulada, debe ser enfrentada también en nuestro medio. Aunque el negocio fiduciario fuere calificado de negocio simulado, esa sola circunstancia no conduce a su exclusión. Si bien en el código no se contiene una regla expresa que admita o repudie los actos simulados, parece haber acuerdo en la doctrina nacional en el sentido de que, si no es ilícita (lo que implica que no perjudique a terceros, no persiga evadir prohibiciones legales u otras normas de orden público) es admisible; y que si es relativa, entre las partes vale el acto real si a su vez reúne los requisitos legales (arts. 1545, 1560, 1707). Así, entre las partes es válido el acto real y respecto de los terceros es aplicable el principio de protección al tráfico mediante la apariencia, es decir, quedan protegidos los adquirentes

[72] Wegmann Stockebrand, Adolfo: "El Pacto de Retroventa como Negocio Jurídico Indirecto. Un Estudio de su Aplicabilidad como Fiducia cum Creditore". Memoria de Prueba. Univ. Católica de Chile. Santiago, 2006, pp. 158, 183, 198, 300, etc.; aunque está dispuesto a admitir algunas normas excepcionales para evitar excesos (por ej. pp. 171 y 174).

[73] Debe tenerse en cuenta el art. 2397, para la prenda, aplicable también a la hipoteca por el art. 2424 (ambos del Código Civil). Para más antecedentes entre nosotros, sobre el pacto en relación con la venta en garantía, v. Wegmann Stockebrand, Adolfo. Ob. cit. p. 355 y sgts., especialmente p. 363 y sgts.

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de buena fe a título oneroso cuando han actuado guiándose por el acto ostensible. Pero también debemos dejar constancia de una adversidad; si el acto ostensible es nulo, en cuanto a los actos con terceros entre nosotros es difícil validarlos por la protección al tráfico mediante la apariencia, debido al art. 1689: la nulidad da acción reivindicatoria (indiscriminadamente) contra terceros poseedores (sin importar la fe del tercero)(regla que –en otra ocasión lo hemos propuesto– debe ser modificada). Aunque es también cierto que en el art. 1707 (sólo que con referencia literal a los instrumentos) se dispone inoponibilidad si hay buena fe del tercero (es lo que se desprende como espíritu).

Por otra parte, el código acepta expresamente que el mandatario puede actuar a nombre propio (sin representación; lo dispone en el mandato, art. 2151 y la regla es repetida en el art. 254 y sgts. del código de comercio para la comisión). Entonces, podría estimarse que, al menos en el mandato (no en la modalidad *cum amico*, de transferir para administrar, sino en la de mandato para adquirir, que suele llamarse fiducia de transmisión), la ley estaría permitiendo la situación (la cual, como antes se ha visto, se ha llegado a sostener que importa un negocio fiduciario)[74].

– Tampoco disponemos de un estatuto que consagre la fiducia con aplicación general, como la implantan otras legislaciones de Europa continental

[74] Un fallo reciente se ha pronunciado sobre lo que el demandante llamó "mandato fiduciario", sin objeciones a este respecto, y que constituía precisamente un mandato para adquirir. El actor (un ciudadano extranjero) demandó de cumplimiento de contrato con indemnización de perjuicios, sosteniendo que había encargado al demandado la adquisición de cuatro inmuebles, para lo cual lo proveyó de los fondos necesarios. El mandato se habría conferido verbalmente (lo que es aceptable considerando que –como lo estima la Corte– el mandato es por regla general consensual y esa calificación no se altera por la circunstancia de que el encargo sea un acto solemne; el mandato para otorgar actos solemnes no es necesariamente solemne, salvo norma expresa, que no es del caso; por lo demás, y aunque aquí no se trató el tema preciso de la representación puesto que el mandatario actuó a nombre propio, predomina, desde mucho tiempo, la doctrina de la representación modalidad de los actos jurídicos, conforme a la cual la voluntad que contrata no es la del representado sino la del representante, y es esa la voluntad que ha de estar rodeada de la solemnidad al celebrar el acto encargado). El mandatario adquirió un primer inmueble como agente oficioso, manifestando que adquiría para el actor (inscribiéndose el predio a nombre de éste) y los restantes tres los adquirió a nombre propio. El demandado respondió que no había tal mandato aunque que sí había otras negociaciones entre ellos, y que los tres predios que adquirió a su propio nombre no fueron adquiridos para el demandante. Al fin, el problema se redujo a determinar si estaba suficientemente probado el mandato. En primera instancia se rechazó la demanda; la Corte de Apelaciones revocó y decidió acogerla; con algunos instrumentos, confesión, testigos y presunciones, concluyó que estaba acreditado que el demandado había adquirido en cuanto mandatario, actuando a nombre propio, y que procedía entonces acoger la demanda, ordenando transferir los inmuebles al demandante; y la casación en el fondo fue rechazada (Corte Suprema, 15 de noviembre de 2010).

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

y Latinoamérica, según se ha dicho. Pero sí se han instalado (y desde hace ya bastante tiempo) diversas modalidades de operaciones fiduciarias específicas, de esas que han sido llamadas fiducias financieras, entregadas a entidades bancarias y otras sociedades; por lo mismo, profesionalizadas y sometidas, en mayor o menor medida, al control estatal.

Desde luego, estimamos que para que se esté en presencia de una institución que, distinta del negocio fiduciario, pueda calificarse de una forma de fiducia de aquellas que han sido reseñadas aquí, debe tratarse de patrimonios separados del patrimonio de quien administre (constituyendo un "patrimonio de afectación"); y, aunque no parece ser esencial, ciertamente contribuye a su mejor definición o configuración autónoma la circunstancia de que el objeto no sea dinero (que esté constituido por bienes que no sean dinero).

En todo caso, debe tenerse presente la debilidad del elemento confianza, como ya lo hemos manifestado.

Con estas señales, pueden mencionarse destacadamente dos: las Comisiones de Confianza de los Bancos y los Fondos de Inversión.

Ambos están regulados en leyes especiales.

Las Comisiones de Confianza, desde su primera formal regulación por D. L. 559, de 26 de septiembre de 1925, han aparecido siempre en las sucesivas leyes generales de Bancos, en un capítulo especial (sin perjuicio de algunas modificaciones por leyes con otros contenidos).

Los Fondos de Inversión (mobiliaria e inmobiliaria) se incluyen en el género que ha sido llamado "fondos de inversión colectiva". En Chile fueron creados por Ley 18.815, de 29 de julio de 1989, con modificaciones posteriores en leyes económicas de variado contenido[75].

En su organización, ambos están entregados a sociedades especializadas (Bancos y sociedades administradoras de Fondos); funcionalmente, pueden desarrollar sólo las actividades específicas que la normativa establece y, en conjunto, están dirigidos fundamentalmente al rol de administración de bienes[76].

[75] En otras legislaciones estos fondos han sido calificados como fiducias; así, por ej. Galgano, Francesco. Ob. cit. p. 322; Cámara Lapuente, Sergio. Ob. cit. p. 1842.

[76] Los principales textos son los siguientes.
1. Para las Comisiones de Confianza:
– *D. L. 559*, de 26 de septiembre de 1925 (dictado con la asesoría de la Misión Kemmerer). Versa sobre "Legislación Bancaria" (es una Ley General de Bancos). En 6 arts. (50 a 55) establece, Tít. VII:

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

– Por último, debe también tenerse en cuenta el afán recaudador del legislador tributario; no olvida la situación, aunque las reglas que la atrapan, cuidadamente bien genéricas, lo delatan con conceptos difusos. Algunas reglas son las siguientes:

a. El art. 28 del cód. tributario dispone que el gestor "de cualquier encargo fiduciario" será responsable exclusivo del cumplimiento de las obligaciones tributarias referente a las operaciones que constituyan el objeto del encargo.

"De las Comisiones de Confianza".
– *Ley 4827*, de 17 de febrero de 1930. Agrega nuevas normas en la organización y funcionamiento de las Comisiones de Confianza de los Bancos. Es importante la regla conforme a la cual, en caso de quiebra del Banco, el encargo será transferido a otra institución bancaria, lo que genera la conclusión de separación patrimonial (esa dirección separatista era manifestada expresamente en el Mensaje de la ley). Estos caracteres ofrecen fundamento para concluir en un patrimonio de afectación.
– *DFL. 252*, de 4 de abril de 1960. Es una nueva Ley General de Bancos. En los arts. 48 a 53 regula las "Comisiones de Confianza". Mantiene la regla de que en caso de quiebra del Banco, el encargo será transferido a otra institución bancaria, lo que traduce –como se dijo– la idea de separación patrimonial.
– *DFL. 3*, D. O. de 26 de noviembre de 1997; es el texto actual (con leves modificaciones) de la Ley General de Bancos. En los arts. 86 a 90 regula las Comisiones de Confianza; en su art. 90 mantiene la norma conductora a la separación patrimonial; conforme a ella en caso de quiebra o liquidación de un Banco el Superintendente o el liquidador (con autorización del primero) podrán encomendar a otro Banco "la atención de las Comisiones de Confianza que estaban a cargo de la empresa declarada en quiebra o en liquidación."
2. Para los Fondos de Inversión:
– *Ley 18.815*, de 29 de julio de 1989. Establece los Fondos de Inversión. Están concebidos con aporte sólo en dinero; y luego los aportes se representan en cuotas. Pueden invertir en valores y también en bienes raíces. Están sometidos a varias restricciones.
– *Ley 19.301*, de 19 de marzo de 1994. Modifica diversos cuerpos legales: Mercado de Valores, Administradoras de Fondos Mutuos, Fondos de Inversión, Fondos de Pensiones, Compañías de Seguros y otras materias. Conforme al nuevo art. 6 los Fondos de Inversión se clasificarán en los siguientes tipos, según sus objetivos de inversión: a. Fondos de Inversión mobiliaria; b. Fondos de Inversión de desarrollo de empresas; c. Fondos de Inversión inmobiliaria; y d. Fondos de Inversión de créditos securitizados.
– *Ley 19.705*, de 20 de diciembre de 2000 (es la llamada Ley de Opa: oferta pública de acciones). En su art. 7 introduce modificaciones a la Ley 18.815, sobre Fondos de Inversión. En 4 arts. regula los Fondos de Inversión Privados.
– *Ley 20.190*, de 5 de junio de 2007 (es la llamada Ley de Mercado de Capitales 2) que dice continuar la modernización del Mercado de Capitales. En su art. 8 introduce modificaciones a la Ley 18.815, sobre Fondos de Inversión. Aquí se dispone más claramente que los bienes (además de los valores) son del Fondo, el cual está separado de los bienes de la sociedad que lo administra. Dispone que las operaciones serán ejecutadas por la administradora en nombre del Fondo, el cual será titular de los instrumentos representativos de las inversiones y de los bienes adquiridos, los cuales serán registrados y contabilizados separadamente de las operaciones que la administradora efectúe con recursos propios. Estos caracteres confieren también, por cierto, fundamento para concluir en un patrimonio de afectación.

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

b. El art. 52 de la ley de impuesto a la renta, en relación con el art. 7 N° 3 de la misma ley, dispone el pago del impuesto global complementario por los "bienes que tenga una persona a cualquier título fiduciario y mientras no se acredite quiénes son los verdaderos beneficiarios de las rentas respectivas".

c. El art. 65 inc. final de la ley de impuesto a la renta obliga a presentar declaración anual de rentas a los "encargados fiduciarios".

d. El art. 3 inc. 1° del DFL N° 3, Reglamento del sistema de rol único tributario[77], ordena al Servicio de Impuestos Internos identificar, incorporando al rol, a los "patrimonios fiduciarios y aquellos sin titular, ... siempre que causen y/o deban retener impuestos, en razón de las actividades que desarrollan".

Teniendo presente lo expuesto tanto respecto del negocio fiduciario como de la fiducia, ciertamente surgen algunas dudas interpretativas sobre el sentido de algunas expresiones empleadas en esos textos.

En una primera aproximación, estimamos que esos preceptos pueden ser aplicados sin gran dificultad a las fiducias (algunas de las cuales aquí hemos identificado), recordando que constituyen patrimonios de afectación. Si lo que hay es un bien determinado que alguien (generalmente una persona natural) tiene como fiduciario en virtud de un negocio de esta clase (en fiducia *cum amico* o *cum creditore*), y se considere que ahí no hay un patrimonio de afectación (porque –como se dijo– esa calificación ha sido concebida), la aplicación de algunos de esos preceptos se torna más dudosa[78].

[77] D. O. de 15 de febrero de 1969.

[78] Tratándose de un negocio fiduciario (específico), el art. 28 del cód. tributario citado parece susceptible de ser aplicado. Cuando el art. 52 de la ley de impuesto a la renta, en relación con el art. 7 N° 3 de la misma ley, impone el pago del impuesto global complementario, habrá que entender que el fiduciario tendría que incluir en sus (propias) rentas generales las que produzca el bien que tiene en titularidad fiduciaria. Cuando el art. 65 inc. final de la ley de impuesto a la renta obliga a presentar declaración anual de rentas a los "encargados fiduciarios", no queda claro si la declaración será la misma del encargado, en la que incluye el bien que tiene fiduciariamente, o debe presentar una declaración separada por él o ellos (la existencia o inexistencia ahí de un patrimonio de afectación parece muy influyente en la decisión). Y en cuanto a la incorporación al rol único tributario (conforme al art. 3 inc. 1° del DFL N° 3), tampoco es claro si debe obtenerse un rol separado para los efectos de la eventual actividad que el fiduciario pueda desarrollar con el bien recibido (no parece muy justificado, sobre todo en la fiducia *cum creditore*, en la que, al menos como principio, mientras espera el pago del crédito, el fiduciario sólo ha de mantener en su poder, simplemente retenido, el bien recibido en garantía).

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

CONCLUSIÓN

En el estado actual, estimamos que para el Derecho chileno es posible extraer las siguientes conclusiones.

1. El negocio fiduciario no está legislativamente tipificado.

2. Es admisible, con los planteamientos doctrinarios que se han descrito.

3. Si bien hay algunas situaciones que pueden ser solucionadas con instituciones reguladas (estipulación a favor de otro, mandato con y sin representación, albaceazgo, pacto de retroventa, etc.), en la realidad, en la práctica de los negocios, siempre surgen conflictos por situaciones en las que esas instituciones no son suficientes y, puestos en la necesidad de tener que resolverlos equitativamente, la doctrina acumulada en el negocio fiduciario servirá para tales efectos.

En todo caso, en nuestro medio civil parece no ser frecuentemente solicitado; pero sí, a veces sin plena conciencia, en el ámbito mercantil (endosos traslaticios para cobro, transferencia de acciones para su depósito o su administración, etc.); y allí se presentará la tarea de interpretación del contrato y de calificación.

4. Sería conveniente una decisión legislativa frente al negocio fiduciario, sea para dejarlo nulo (como lo han decidido algunos ordenamientos, según se ha visto) o para regularlo, en su campo de aplicación, forma, efectos y restricciones (en general, con las características que se le han ido atribuyendo a costa de la solución de casos, por doctrina y jurisprudencia que aquí ha sido consignada).

5. Mientras no se regule, planteada la situación la tarea fundamental para el juez es determinar la propiedad del objeto o, más precisamente, si al celebrarse el negocio se transfiere la propiedad plena y absoluta del objeto (como lo propone la doctrina del doble efecto) o si, en cambio, no obstante la apariencia, la propiedad material (efectiva) la mantiene el fiduciante y el fiduciario sólo logra una propiedad formal (con restringidos poderes definidos en el pacto fiduciario). Por nuestra parte ya hemos optado (por esta última alternativa, de la titularidad fiduciaria, o de la propiedad formal y material).

Es claro que de allí surgen varias consecuencias específicas, que asimismo deben ser resueltas, como las del embargo por terceros acreedores del fiduciante y del fiduciario, el efecto de la quiebra de uno y otro en la cosa entregada y la suerte de los actos (enajenación y constitución de gravámenes)

Artículo: La confianza en derecho privado La fiducia en el Derecho chileno
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

celebrados por el fiduciario con terceros apartándose del convenio, en lo que somos partidarios decididos de la aplicación de la protección al tráfico mediante la apariencia, en los términos que aquí se han descrito.

6. La regulación entre nosotros de una fiducia, semejante al "trust" anglosajón, parece bastante conveniente, con características generales como éstas: debidamente adaptada a nuestro sistema, con aplicación general (para personas naturales y jurídicas), flexible para acoger diversas modalidades negociales, configurando un patrimonio de afectación, y cuando el fiduciario se ofrezca al público, operada por sociedades especializadas y con un organizado control estatal (como se ha decidido en legislaciones de Europa continental y Latinoamérica).

Pudiere propiciarse la conclusión de que, en tales condiciones, quedaría superada la necesidad de regular el negocio fiduciario. Pero, siendo distintos (distintos aun concebido el negocio con la transferencia sólo formal de la propiedad), las regulaciones son compatibles y justificadas, sobre todo si en la fiducia el rol de fiduciario es reservado sólo a sociedades (del ámbito financiero); aunque se regule una fiducia, siempre van a celebrarse, fuera del esquema legalmente diseñado (oficial), negocios fiduciarios entre particulares (constituidos con el consabido exceso, transfiriendo bienes para garantizar créditos o para administrar bienes) y, con ellos, llegarán dificultades.

Con todo, tal vez sí hay una incompatibilidad: debido al exceso del medio empleado respecto del fin perseguido, controlado con el pacto de confianza (pacto fiducia), pareciera que esa creación de la práctica que es el negocio fiduciario no se aviene con una regulación oficial. Dicho de otro modo, parece que la legislación no puede descender a consagrar la situación debido a la composición de elementos ostensibles y ocultos que constituye este complejo acuerdo, como no fuere para expresamente proscribirlo; y es que, al fin, aunque se postule que el negocio fiduciario es distinto del simulado, tiene suficiente fisonomía (si no componente) de simulación como para que el legislador quiera desdeñarlo o mantenerse lejos, y prefiera dejar su suerte en otras manos (quizás al tiempo menos pudorosas y más dúctiles).