



UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**SOBRE LA PROCEDENCIA DEL NEGOCIO FIDUCIARIO Y EL
FIDEICOMISO EN EL DERECHO CHILENO**

POR

GONZALO ANDRÉS WINKLER CORNEJO

**Tesis presentada a la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción para optar al grado
académico de Magíster en Derecho**

Profesor Guía: Dr. MAXIMILIANO ESCOBAR SAAVEDRA

Septiembre 2018

Concepción – Chile



© 2018 GONZALO ANDRÉS WINKLER CORNEJO

Se autoriza la reproducción total o parcial, con fines académicos, por cualquier medio o procedimiento, incluyendo la cita bibliográfica del documento.



A Dios, por sus incontables oportunidades.
A mi madre, por su incondicionalidad y sabios consejos.
A mi padre, por perenne apoyo y amparo.
A ti, por encontrarnos y encauzarme en esta empresa.

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA	iii
RESUMEN	vi
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: LA CONFIANZA COMO PRESUPUESTO DE TODO NEGOCIO JURÍDICO	5
SECCIÓN 1: SOBRE LA CONFIANZA	5
SECCIÓN 2: LA CONFIANZA COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO	12
CAPÍTULO II: ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL NEGOCIO FIDUCIARIO	25
SECCIÓN 1: EL <i>FIDEICOMMISSUM</i>	25
SECCIÓN 2: FIDUCIA	30
SECCIÓN 3: FIDUCIA GERMÁNICA	40
CAPÍTULO III: EL <i>TRUST</i>	43
SECCIÓN 1: INTRODUCCIÓN.....	43
SECCIÓN 2: EL <i>USE</i>	45
1.- Aparición de los usos hasta principios del siglo XV	50
2.- Principios del siglo XV a la promulgación de la Ley de Usos	51
3.- De 1535 a fines del siglo XVII	51
4.- Fines del siglo XVII a la época contemporánea	52
SECCIÓN 3: NATURALEZA JURÍDICA DEL <i>TRUST</i>	54
SECCIÓN 4: CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL <i>TRUST</i>	56
1) El constituyente o <i>settlor</i>	59
2) <i>Trustee</i>	59
3) El beneficiario o <i>cestui que trust</i>	61
SECCIÓN 5: CLASES DE <i>TRUST</i>	64
CAPÍTULO IV: EL NEGOCIO FIDUCIARIO	68
SECCIÓN 1: GENERALIDADES	68
SECCIÓN 2: CLASIFICACIÓN DEL NEGOCIO FIDUCIARIO.....	73
SECCIÓN 3: CARACTERÍSTICAS.....	79

SECCIÓN 4: ESTRUCTURA DEL NEGOCIO FIDUCIARIO Y LA TEORÍA DEL DOBLE EFECTO.....	82
SECCIÓN 5: CRÍTICA A LA TEORÍA DEL DOBLE EFECTO.....	89
SECCIÓN 6: DE LA CAUSA DEL NEGOCIO FIDUCIARIO.....	92
SECCIÓN 7: EL FIDUCIARIO Y LA COSA DADA EN FIDUCIA	95
SECCIÓN 8: CONFIGURACIÓN PRÁCTICA DE NEGOCIO FIDUCIARIO	108
CAPÍTULO V: EL FIDEICOMISO	111
SECCIÓN 1: GENERALIDADES	111
SECCIÓN 2: NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO.....	117
SECCIÓN 3: EL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL COLOMBIANO.....	123
SECCIÓN 4: EL FIDEICOMISO.....	131
CAPÍTULO VI: DEL NEGOCIO FIDUCIARIO Y DEL FIDEICOMISO EN CHILE.....	137
SECCIÓN 1: TERMINOLOGÍA	137
SECCIÓN 2: DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD	138
SECCIÓN 3: DE LOS CONTRATOS TÍPICOS Y ATÍPICOS.....	142
SECCIÓN 4: EL NEGOCIO FIDUCIARIO EN CHILE.....	155
PÁRRAFO 1: DEL NEGOCIO JURÍDICO ABSTRACTO	158
PÁRRAFO 2: DE LA CAUSA Y DE LA CAUSA DEL NEGOCIO FIDUCIARIO.....	162
PÁRRAFO 3: DE LA PROPIEDAD DEL FIDUCIARIO	194
SECCIÓN 5: EL FIDEICOMISO.....	197
PÁRRAFO 1: DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO.....	198
PÁRRAFO 2: DE LA PROPIEDAD FIDUCIARIA	216
CONCLUSIONES.....	222
BIBLIOGRAFÍA	225

RESUMEN

El negocio fiduciario, cuya raíz -según algunos- se encuentra en el derecho romano, y el fideicomiso, que es producto de la importación del *trust* anglosajón en el Derecho latinoamericano (distinto a la propiedad fiduciaria regulada decimonómicamente en los códigos civiles de esta zona), no se encuentran regulados en el Derecho chileno, pese a que la mayoría de los países de esta parcela continental lo reglan expresamente, verbi gracia: Argentina, Perú, Colombia, Uruguay, Brasil, etc.

Ambas figuras implican una relación de confianza, aun cuando es en el negocio fiduciario donde resulta ser superlativo. Ambas figuras implican que un sujeto (fiduciante) transfiere una cosa de su dominio a otro (fiduciario), enajenación transitoria que tiene un fin determinado, que puede consistir en una garantía o en una administración para cumplir un determinado objetivo. Es decir, se transfiere una cosa para asegurar una deuda o para que quien recibe la administre, debiendo luego, concluido el fin, enajenar la cosa a quien al fiduciante o a otra persona designada por él.

Ambos institutos tienen cabida en nuestra realidad jurídica, lo que es posible gracias al principio de la autonomía de la voluntad que se recoge en varios preceptos del Código Civil.

Pero no basta esta conclusión para quedar satisfechos. Es necesario fijar las reglas con que se regirá el dominio de quien lo recibe para un fin determinado. Al no estar expresamente regulados, y habida cuenta que, salvo excepciones, el dominio es absoluto, no puede predicarse de ellos un régimen similar al patrimonio afectación o separado. Empero, con las normas dadas en el Libro II, Título VIII, artículos 733 y siguientes del Código Civil, es posible limitar el dominio del fiduciario y de esta manera evitar abusos a la confianza que en él depositó el fiduciante, haciendo entonces esta figura plenamente aplicable, no obstante se aconseja su reglamentación.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto de estudio el negocio fiduciario y el fideicomiso, dos negocios jurídicos de aplicación en el derecho comparado, no obstante, lo controvertido que resulta el primero.

El negocio fiduciario o también llamado fiducia, es una creación pandectística cuyos orígenes se remontan al Derecho Romano. Empero, no faltan quienes critican la construcción que de él se hizo, señalándose que la fiducia romana no funcionó como creyeron los pandectistas; discutiéndose, además, su origen y efectos. En verdad, todo lo dicho sobre el negocio fiduciario es controvertido, razón por la cual es fuente fecunda de discordia.

Lo dicho, corresponde a la experiencia europea, sobre todo española, en cuya realidad pasó de ser aceptado sin tapujos a concluirse luego lo simulado que él es, siendo esta, al parecer, la posición hoy dominante en el referido ordenamiento jurídico.

España es el último país que acogió dicha figura, no existiendo réplica en otro país europeo ni latinoamericano, en donde se ha preferido legislar sobre una figura afín, el *trust*, posición derivada del mundo globalizado que hoy enfrentamos, caracterizada por la contrataciones entre nacionales de distintos países e incluso entre estados diferentes, que exigen reglas y principios

comunes de contratación, al menos en lo esencial, además de la constante im(ex)portación de negocios u operaciones de distintas familias jurídicas, antaño disparares, pero que hoy se han acercado a consecuencia de lo dicho. El *trust*, nacido de la fiducia según algunos, otros de creación original, en el caso de haber tenido una cuna común, no obstante, siguieron un derrotero diferente, convirtiéndose el *trust* en toda una institución y, quizás, el bastión y tarjeta de presentación del Derecho angloamericano, considerándose la creación, por antonomasia, del Derecho inglés, resultante de la doble jurisdicción que existe en dicho ordenamiento jurídico, según se expondrá. Es una institución perfectamente perfilada, a diferencia de la fiducia, cuya existencia como negocio es incluso cuestionada.

Veremos entonces, en este trabajo, los orígenes, características, elementos, efectos y opiniones doctrinales sobre el negocio fiduciario.

En cuanto al fideicomiso (distinto, en rigor, de la propiedad fiduciaria regulada en el Código Civil), ya se dijo que es de impronta latinoamericana, resultante de la importación del *trust* anglosajón, que por las características de dicho derecho, es imposible aplicarlo tal cual opera, acomodándose a las particularidades de nuestra familia jurídica (*civil law*); El fideicomiso está regulado en el derecho latinoamericano, siendo Chile el único que no la ha reglado con los matices propios de dichos ordenamientos jurídicos.

No obstante, sostenemos en este trabajo que el fideicomiso, a la usanza latinoamericana, puede utilizarse en Chile, sirviéndonos de las reglas que el Código Civil da respecto de la propiedad fiduciaria, mas no con la exhaustividad y particularidad que le han dado, por ejemplo, el Código de Comercio colombiano o el Derecho argentino, donde lo delinear y le dan un contorno especial, fijando los efectos patrimoniales de dicho negocio, y separándolo del fideicomiso que nosotros tenemos. En el fondo, el fideicomiso chileno no permite un desarrollo a gran envergadura del fideicomiso, a diferencia de los demás países latinoamericanos.

La finalidad de esta investigación es defender la aplicación de ambas figuras contractuales, por cuanto son útiles para el desarrollo económico, y prestan, según veremos, usos distintos y más amplios que otras figuras contractuales más acotadas en sus efectos. La regulación del fideicomiso, y la acepción del negocio fiduciario, permiten el desarrollo de diversas actividades económicas, por ejemplo, en tanto permiten obtener financiamiento; lo que hace necesario su adaptación a nuestro Derecho.

De esta manera queremos expresar que no se abordarán figuras que puedan implicar relaciones fiduciarias, es decir, operaciones o negocios en donde puedan reconocerse elementos fiduciarios, como por ejemplo, el lease-back, el pacto de retroventa o el mandato, comisión o endoso para cobrar. Se abordará, a secas, el negocio fiduciario y el fideicomiso propiamente tal, definiendo su utilización en Chile, su construcción y efectos. Nada más.

Antes bien, se tratará la confianza, por cuanto creemos que además de ser un principio general del Derecho, es un elemento caracterizador de los actos jurídicos que estudiaremos, no obstante estar presente más intensamente en la fiducia o negocio fiduciario.



CAPÍTULO I: LA CONFIANZA COMO PRESUPUESTO DE TODO NEGOCIO JURÍDICO

SECCIÓN 1: SOBRE LA CONFIANZA

Conviene abocarnos en esta parte del trabajo, y previo al objeto de esta investigación, a la confianza, actitud mental que muchas veces nos insta a actuar de una forma cierta, para el logro de un determinado cometido; abordando su consistencia y características y la razón del Derecho para otorgarle una protección, cuando está sólidamente fundada.

Así, para empezar y en términos generales, adelantemos que la confianza, entonces, es una actitud mental de quien la tiene, que puede referirse a uno mismo, en el sentido de fiarse sobre lo que se tiene (que puede ser una cosa o una característica de su personalidad), respecto de otra persona, en el entendido de que es de una determinada guisa, que algo hará o se conducirá de cierta manera, y/o sobre un acontecer, donde incluso puede estar involucrada la naturaleza (como por ejemplo, tener confianza en que lloverá), pero que, cualquiera sea el caso, envuelve la idea de que algo sucederá, o no, de cierta y determinada manera.

Como explica Daniel Peñailillo, esa actitud puede deberse a 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.

Así, la confianza siempre tiene una base sobre la cual descansa, pero esta resulta ser variada, y variable la probabilidad de que acontezca o no, eso sobre lo que se confía. Es decir, la confianza siempre está fundada, pudiendo estribar desde el alea hasta en conocimientos científicos que la sustenten.

El autor antes citado, y luego de decir lo que transcribí más arriba, señala que *“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 para la fluidez de la vida asociativa”².*

Vale decir, y conforme se indicó al principio, eso que se espera o confía que suceda o no acaezca, puede acontecer o no, de manera entonces que siempre la confianza entraña un riesgo, que puede ser mayor o menor en la medida de que esté suficiente y diligentemente fundada.

Ahora bien, según Daniel Peñailillo, la confianza debe diferenciarse de la ingenuidad y del proceder temerario. Sin embargo, discrepamos de tal distingo.

¹ Peñailillo Arévalo, Daniel: “La Confianza en Derecho Privado. La Fiducia en el Derecho Chileno”. En Rev. De Derecho. Univ. De Concepción, N° 227-228. Año LXXXVIII. Concepción, Enero-Junio, Julio-Diciembre 2010, p. 8.

² Peñailillo Arévalo, Daniel: Ob. Cit., p. 8.

En efecto, la confianza del sujeto, sea ingenua, temeraria o diligente, está vinculada a que algo acaezca o no, y que puede ser fundada o no serlo, lo que conllevará a que hablemos de una diligencia en el actuar, o en un obrar temerario o ingenuo. Es decir, sea que se proceda movido por una actitud temeraria o ingenua, la confianza está presente, lo que ocurre es que ella se ha adoptado no existiendo justificación suficiente para su nacimiento, a diferencia de cuando está motivada por antecedentes que la respalden.

Cualquiera sea el caso, actuar o no actuar, mediando una confianza motivada o inmotivada, puede producir el efecto deseado o graves consecuencias. Dicho obrar (o no), no escapa al mundo del derecho.

Enfocada la cuestión de la confianza en las acciones u omisiones humanas impulsadas por ella, dentro del campo del Derecho Privado, advertimos que las personas, para la satisfacción de sus intereses individuales, se relacionan entre sí para obtener del otro, eso de lo que se carece o el servicio del que no se es capaz de realizar, pero que es menester para cubrir una necesidad determinada. En ese contexto, por la importancia que tiene el intercambio, la confianza juega un rol fundamental, en tanto mueve a la vinculación referida. Por más que el Derecho, y en particular el Derecho Privado, regule la conducta de los particulares, para así encauzarlos en sus negocios importantes, en aras de cumplir con determinados valores que por su importancia merece la protección del Derecho, la confianza siempre está presente. Es más, una parcela del Derecho Privado puede tener un ámbito de regulación estricta,

disponiéndose las condiciones para proceder de determinada manera y, sin embargo, la confianza es de suyo importante, no dejando nunca de estar presente. Así, por ejemplo, el Derecho Privado puede contener copiosos y efectivos remedios frente a la defraudación de la confianza, pero requiere de una actitud tendiente a hacer efectiva dicha solución legal, lo que implicará, como última ratio, una voluntad dirigida a acudir al órgano jurisdiccional encargado de la administración de justicia de cada país, para hacer efectivo el remedio en particular, lo que nadie quiere por los a veces ingentes recursos que ello significa y la consecuente frustración que conlleva, en especial respecto de quienes ejecutan con habitualidad actos de comercio. Daniel Peñailillo, sobre lo último que he señalado, indica que *“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, o es), asimismo la doctrina de los actos propios, la responsabilidad precontractual”*. Sin perjuicio de lo dicho, no toda confianza debe ser tutelada, sino aquella que podemos calificar de fundada, es decir, la que estriba en antecedentes, aún subjetivos, pero que justifiquen dicha disposición del espíritu y no la que descansa en la mera suerte. Por lo dicho,

“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 confiar”³.

Como corolario, hago más las conclusiones a que arriba el autor mencionado: *“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.*

Entonces, parece aceptable la conclusión de que la confianza digna de protección es la que está acompañada de la diligencia. 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”⁴.

³ Peñailillo Arévalo, Daniel: Ob. Cit., p. 9.

⁴ Peñailillo Arévalo, Daniel: Ob. Cit., p, 9 y10.

Como se indicó más arriba, la confianza que merece la protección del Derecho es aquella que es fundada, conforme así lo entiende el grupo social, estimándose que lo es, cuando obedece a una actitud diligente o prudente en el obrar. Sin perjuicio de lo dicho, surge la duda de cuándo la confianza merece ser tutelada por el Derecho. Pues bien, aun cuando puedan darse prototipos de confianza protegible, lo que implica establecer reglas abstractas y a priori, lo cierto es que podrá determinarse dicha circunstancia de forma casuística. Desde luego, como regla abstracta general, si la confianza prudente es la digna de tutelarse, se entenderá que ella es diligente cuando descansa en manifestaciones que su contraria le proporciona, mediante el suministro de información suficiente de que obrará de una concreta manera y/o que reúne ciertas condiciones, creando en quien confía la convicción, más allá de que acontezca o no lo prometido sobre el cual uno se entrega, de que se comportará de una precisa manera.

No obstante lo expuesto, ello resulta insuficiente: Quien confía no solo debe recibir información de la forma propuesta, debe tomar también una actitud indagadora, en atención a sus posibilidades y particularidades, en orden a refrendar lo que recibe del expedidor de confianza.

Como se ve, la confianza digna de protección supone una actitud activa de quien confía, debiendo tutelarse la esperanza creada a partir de los datos que logran recabarse en conjunto con las declaraciones y manifestaciones realizadas por quien evoca confianza. Así, por ejemplo, por mucho que una persona de

reputada condición jure que un inmueble es suyo, en cuanto es dueño de él, si el comprador de ella no verifica dicha circunstancia, de la manera que corresponde en nuestro Derecho, es decir, consultando el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces del Departamento al que está ligado, su confianza en el vendedor no será tutelada, engendrándose las consecuencias jurídicas del caso. Lo ejemplos pueden multiplicarse, pero baste lo dicho para ilustrar lo que se quiso significar.

Como conclusión, deberá verse el caso concreto para determinar si la esperanza creada en quien confía es o no digna de tutela. Ahora bien, establecida la protección, corresponde abocarnos a las consecuencias que puede devenir de ella. Como en la situación anterior, las consecuencias de la tutela también serán casuísticas. Así por ejemplo, en un contrato de mandato, contrato intuito persona por antonomasia, la consideración del cocontratante es primordial, en tanto la confianza resulta ser una condición indispensable del negocio, de manera tal que, frente a su defraudación, vale decir, ante la pérdida de la confianza, y conforme lo autoriza el artículo 2163 del Código Civil, es causal de terminación de dicho contrato, la revocación del mandante, lo que obedecerá, en el común de los casos, por la defraudación de la esperanza creada en el mandante.

Establecida lo insigne de la confianza, resulta útil catalogarla como un principio general del derecho.

SECCIÓN 2: LA CONFIANZA COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO

No se abordará en extenso el tema de los principios generales del Derecho, por cuanto no es objeto de este trabajo, y porque existen otros que específicamente se refieren a él, que emanan de reputados juristas.

Empero, conviene saber qué es un principio general del Derecho, como contexto para avanzar en el estudio de la confianza.

Para comenzar, digamos que no existe una voz unívoca sobre lo que debe entenderse por principios generales del Derecho, por cuanto son varias las opiniones al respecto y cambiantes según el lugar y tiempo. Así, se ha dicho que *“durante la Ilustración los principios generales parecían como manifestaciones o concreciones del derecho natural, según la concepción racionalista de aquél. Posteriormente, como reflejos del “espíritu del pueblo”; para considerarlos, después, como ideas jurídicas formales, nociones fundamentales, etc. Por último, ya bien entrado el siglo XX, como formulación de valores esenciales. Y a lo largo de todas estas épocas, constituyendo además otra alternativa “positivista”, más dogmática, han sido también entendidos como directrices legislativas o jurisprudenciales, espíritu del ordenamiento jurídico, etc. Por lo mismo concluimos que ha conspirado en contra de su adecuada conceptualización una suerte de promiscuidad al momento de tratar sobre la significación de los principios, sin discriminar mayormente entre las funciones*

que han sido llamados a cumplir dentro de la realidad jurídica y confundiéndolos, o muchas veces identificándolos, con otras nociones, v. gr. “estándares”, “conceptos jurídicos indeterminados”, “cláusulas generales”, “reglas jurídicas”, “aforismos”, “máximas jurisprudenciales”, “directrices políticas”, etcétera”⁵.

Siguiendo con lo antes expuesto, y según Cristián Boetsch Gillet⁶, existen, a lo largo del tiempo y en los distintos lugares, variadas concepciones sobre lo que debe entenderse por principios generales del Derecho:

Así, según una concepción romanista, los principios son ciertas máximas o principios de justicia propios del Derecho Romano, que se denominan reglas de Derecho.

La concepción iusnaturalista entiende que los principios generales del Derecho son determinadas directrices anteriores y superiores al ordenamiento jurídico positivo, de manera tal que dan vida e informan a la totalidad del ordenamiento jurídico. Estos principios corresponden a los primeros principios del Derecho natural o Ley Natural.

El Derecho natural se compone de una serie de principios de justicia que, por ser evidentes, todos deben estar en posición de conocer y practicar.

⁵ Alcalde Rodríguez, Enrique: “Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno”. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 2016, p. 39.

⁶ Boetsch Gillet, Cristián: “La Buena Fe Contractual”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2011, p, 14 y sgts.

La Ley Natural, por su parte, es la formulación intelectual que el hombre hace de su propia ley natural, compuesta por los principios primarios, que son verdades universales e inmutables que emanan de la naturaleza humana sin necesidad de elaboración intelectual, en tanto son evidentes. De estos principios, mediando un razonamiento sencillo que todos son capaces de realizar, surgen los principios secundarios dentro de los cuales se encuentran los principios generales del Derecho.

Por ser expresión de la Ley Natural, los principios jurídicos tienen fuerza obligatoria universal y permanente, y por ende son fuente o norma de Derecho, sea que tengan o no una consagración positiva, y así porque su fuerza emana precisamente de la Ley Natural, la cual es superior a la ley positiva.

Entendidos así, los principios generales del Derecho se nos presentan como manifestaciones de los valores esenciales del hombre, y que éste percibe como método de la deducción, que poseen una existencia anterior al Derecho y que sobrepasan a los diversos ordenamientos jurídicos concretos, por tener un carácter atemporal y universal.

La doctrina positivista dice que los principios generales del Derecho son fuente supletoria de la ley, teniendo aplicación en tanto tengan consagración positiva. Ergo, los principios no son atemporales y universales, sino que particulares de cada ordenamiento jurídico.

Mediante el método de la inducción, previo análisis del ordenamiento jurídico positivo determinado, podrá establecerse un principio en particular.

Por su parte, la doctrina culturista del Derecho señala que los primeros principios se extraen de lo que una comunidad determinada estima como valioso. Estos valores, preexistentes a la ley positiva, son el fundamento de todo el Derecho, siendo valores jurídico-ético de la comunidad, y propios de cada cultura.

Pero lo cierto, cualquiera sea el significado que quieran atribuírsele –lo que no es indiferente-, los principios generales del Derecho resultan ser de capital importancia, de tal suerte que, como dice Enrique Alcalde, *“constituyen o forman parte de la base del ordenamiento jurídico, toda vez que en ellos se halla cimentado el propio sistema legal. Representan, además, los “elementos” que sirven de nexo para entrelazar las distintas figuras jurídicas, permitiendo su conceptualización dentro de un todo orgánico que responde a una misma razón lógica. Así mirados, tales principios se nos revelan como el torrente sanguíneo que recorre las arterias de las diversas instituciones que integran el Derecho, insuflándoles vida y sentido, de modo que, sin ellos, estas últimas quedan irremediabilmente condenadas a la atrofia y descomposición”*⁷.

Estos principios, como apunta Enrique Alcalde, son Derecho, distintos de los “principios científicos” de la ciencia jurídica, que son instrumentos y

⁷ Alcalde Rodríguez, Enrique: Ob. Cit. p. 40.

enunciados lógicos en que estriba aquella, en tanto que los principios jurídicos son una realidad jurídica y objeto de la Ciencia del Derecho⁸.

Igual criterio siguen Luis Diez-Picazo y Antonio Gullón: *“lo que sí resplandece en todo caso es su función vertebradora o estructuradora del mismo (del ordenamiento jurídico. El paréntesis es nuestro) porque: 1. ° Tienen un carácter básico y fundamental en la organización del grupo humano que por él se conduce. 2. ° Revelan de modo espontáneo el sistema de creencias y convicciones en que reposa la organización de tal grupo social. Y ello porque si el Derecho es una ordenación organizadora de la comunidad social, no hay que olvidar que descansa en definitiva en un conjunto de creencias o de convicciones del grupo humano a que va destinado. La norma jurídica, es una concepción democrática, no es más que la expresión de la voluntad de la comunidad, que plasma así sus convicciones.*

Estas normas gozan de una característica especial: no se encuentran fundadas en la autoridad del Estado, como ley, ni en los usos o prácticas de determinadas fuerzas o grupos sociales, como la costumbre. Tiene su fundamento en la comunidad entera, a través de sus convicciones y creencias, de forma que es ella el auténtico poder creador de las normas de que tratamos”⁹.

⁸ Alcalde Rodríguez, Enrique: Ob. Cit. p. 41.

⁹ Diez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio: “Sistema de Derecho Civil”. Editorial Tecnos. Reimpresión de la 12ª Edición. Madrid, 2015, Volumen I, p. 144.

De Castro¹⁰, citado por Luis Diez-Picazo y Antonio Gullón, sostiene que existen tres tipos de principios generales:

1.- Los de Derecho Natural, siendo este aquel base del Derecho Positivo e informador de todo el ordenamiento jurídico.

2.- Los principios sociales y tradicionales, que constituyen las creencias de una sociedad y son impuestas por ella a cada uno de sus miembros.

3.- Los Principios políticos, que son aquellos que movilizan el aparato estatal y forman una fuerza renovadora de la vida social. Son principios constituyentes que, en caso de mutar, aun cuando no lo haga una ley en particular, mutan su sentido y alcance.

Los principios generales del Derecho, independiente de dónde emanen (según la tesis que se adopte), son ideas, directrices y lineamientos abstractos y generales, adoptados por una comunidad determinada, que constituyen la base de toda organización jurídica, y que sirven de fuente de normas jurídicas, la integran, suplen o informan. Por lo dicho, coincidimos con Cristián Boetsch cuando dice que los principios generales del Derecho *“son ciertas ideas normativas de orden general, anteriores al ordenamiento positivo, y que son recogidos por el mismo para las más diversas materias... podemos señalar que*

¹⁰ Diez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio: Ob. Cit. p, 143-144.

*los principios constituyen la base sobre la cual descansa la organización jurídica*¹¹.

Nuevamente, siguiendo a Cristián Boetsch¹², los principios generales del Derecho cumplen una triple función: informan, integran e interpretan.

Que los principios cumplen una función informadora significa que ellos inspiran a las normas jurídicas, de manera tal que ellas deben dictarse conforme a ellos. Por lo dicho, el autor citado señala que “en nuestra opinión los principios generales del Derecho son precisamente los que le dan la sistematicidad y unidad al ordenamiento jurídico, pues son el único instrumento que tiene la suficiente generalidad y principalidad para informar a todo el ordenamiento jurídico. Por lo demás, aparecen como el único instrumento con la capacidad de darle una cabal coherencia a todo un ordenamiento.

A su turno, que los principios realizan una función integradora, implica que, frente a la imposibilidad de abarcar con la norma jurídica positiva todos los aspectos de la vida jurídica (lagunas legales), los principios generales del Derecho se revelan como el método para colmar el silencio de la ley positiva. Por *ello son una real fuente directa de derechos y obligaciones*.

Finalmente, los principios cumplen una función interpretativa, por cuanto sirven para fijar el sentido y alcance de las normas legales, añadiendo el autor

¹¹ Boetsch Gillet, Cristián: Ob. Cit. p. 22.

¹² Boetsch Gillet, Cristián: Ob. Cit. p, 28 y sgts.

referido en cuanto a que esta tercera función de cumplen los principios juegan un rol fundamental en la interpretación de la norma jurídica, especialmente las de naturaleza legal y contractual¹³.

Realizadas las generalidades en torno a los principios generales del Derecho, estamos en posición de señalar que la confianza, o más bien, su protección, es uno de dichos principios.

Este principio consiste en la protección de quien confía, siempre que haya sido motivado por el actuar de otro, a lo cual debe sumársele, las condiciones necesarias para completar dicha actitud (actitud indagatoria, según se dijo), por cuanto lo tutelado no es cualquier confianza, sino aquella que es diligente.

No debe confundirse la confianza con la buena fe, aun cuando una misma persona puede reunir ambas. La buena fe, en términos generales implica conducirse de manera recta y leal tanto en sus acciones como en sus abstenciones. Por ello, Jorge López Santa María señala que *“mencionar la buena fe es evocar la idea de rectitud, de corrección, de lealtad. En sede no jurídica, la expresión “buena fe” designa a una persuasión subjetiva interna (de carácter ético) de estar actuando o haber actuado correctamente. Proyectada al terreno del Derecho Civil, la buena fe asume dos direcciones. La primera, la buena fe subjetiva, conserva aquella fisonomía psicológica. La segunda, la buena fe objetiva, que es la que mayormente interesa en materia de contratos, la pierde”*.

¹³ Boetsch Gillet, Cristián: Ob. Cit. p. 30.

Luego añade que la buena fe subjetiva es la convicción interna o psicológica de encontrarse un sujeto en una situación jurídica regular, aunque objetivamente no sea así; aunque haya error. Una manifestación de esta buena fe está recogida en el artículo 706, inciso 1° del Código Civil.

En cambio, la buena fe objetiva, importa que los contratantes deben comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas, desde los tratos preliminares hasta momentos ulteriores de la terminación del contrato. El artículo 1546 consagra esta buena fe¹⁴⁻¹⁵.

En términos simples, aun cuando se discuta si la buena fe es divisible en objetiva y subjetiva¹⁶, ella implica en todo caso proceder de manera leal, correcta, fiel y honradamente, ya sea que se tenga esa creencia o se compare la conducta particular con la que debería realizarse.

Ergo, una persona puede actuar confiado y movido por la buena o mala fe. Entonces, la diferencia entre ambas figuras está dada en que mediante la confianza se especula sobre algo o alguien, en tanto que la buena supone actuar, sea mediante una acción o una omisión, de manera leal y correcta para con otros o, por entender que se es conforme con la realidad de las cosas, según la buena

¹⁴ López Santa María, Jorge: "Los contratos. Parte General. Abeledo Perrot, Legal Publishing. 5ª Edición Actualizada por Fabián Elorriaga De Bonis. Santiago, 2010, p, 340.

¹⁵ Para un estudio de la buena fe, tanto objetiva como subjetiva, ver: Boetsch Gillet, Cristián: Ob. Cit. p, 48 y sgts.

¹⁶ Jorge López, en la obra que se indica, en nota al pie, señala que no todos están de acuerdo con la distinción: López Santa María, Jorge: Ob. Cit. P, 340.

fe objetiva o subjetiva. La buena fe se plasma en el actuar, mientras que la confianza se asienta en lo que se cree que (no) sucederá (y que motiva o no a actuar).

Evidentemente la relevancia de este principio resaltarán no en los casos en que la norma jurídica establezca remedios o soluciones frente a su defraudación, como ocurre, *verbi gracia*, con la revocación del mandato por parte del mandante; sino que lo será en aquellas situaciones no regladas, como ocurre con la protección de la apariencia, que más que una tutela de dicha circunstancia, ella es consecuencia, en verdad de una protección de la confianza que proyecta quien actúa aparentemente en cierto sentido.

Este principio será de mucha importancia en materia de Derecho Mercantil, por cuando es en esta rama del derecho donde la confianza es un elemento superlativo, por cuanto la rapidez que exigen los negocios u operaciones comerciales ordenan una confianza en sus celebraciones, para evitar las trabas que pueden significar, entre otras cosas, las formalidades en general, que son una expresión de desconfianza del legislador.

La confianza será especialmente importante en el negocio jurídico objeto de este trabajo, cual es, el negocio fiduciario y en el fideicomiso, en tanto constituye un elemento que permite distinguirlo y advertir que estamos en presencia de dichos actos jurídicos, de manera de descubrir lo realmente querido por las partes, máxime cuando ellas no han sido claras en su celebración, lo que

puede ocurrir, según tendremos ocasión de estudiar. Por esta razón, es que en este trabajo se quiso principiar con el análisis de la confianza, sin haberse agotado todo lo que pueda decirse sobre ella¹⁷.

Que la protección de la confianza es un principio general del Derecho no es ninguna novedad ni una invención nuestra. Dicha protección es un principio

¹⁷ La confianza ha conducido a algunos a distinguir dos tipos de negocios jurídicos, atendiendo a la intensidad con que se presenta.

Así, pueden existir los negocios de confianza y los negocios fiduciarios. Según Juan Jordano Barea, *“existen algunos contratos, como el depósito y el mandato, en los que la consideración de las cualidades personales de una de las partes (lealtad, probidad, etc.) influye como motivo psicológico determinante de la conclusión del negocio. Esta categoría de negocios suele ser denominada por la doctrina “negocios de confianza”, en contraposición a los negocios fiduciarios”*. Jordano Barea, Juan B.: “El Negocio Fiduciario”. J. M. Bosch Editor. Barcelona, 1959, p. 13.

Igual distinción realiza Joaquín Garrigues, quien enseña que la diferencia entre los contratos de confianza y el fideicomiso radica en que *“el negocio de confianza es un negocio jurídico unitario previsto y regulado en todos sus efectos por la ley, la cual concede al que confía a otro sus intereses los recursos apropiados que garantizan la leal ejecución del contrato. Las facultades del deudor están limitadas por la ley, y es ella la que expresamente impone un deber de lealtad al mandatario, al comisionista, al socio colectivo, etc.: y la que regula las consecuencias de la falta de lealtad. Pero en el verdadero negocio fiduciario el fiduciante lo juega todo a la pura confianza. MESSINA, en su monografía sobre los negocios fiduciarios, los caracteriza porque en ellos la confianza en la persona que recibe una atribución patrimonial (fiduciario) se considera como correctivo único de la heterogeneidad de los medios jurídicos empleados respecto a la finalidad económica. Dicho más claramente, la característica del negocio fiduciario reside en la potestad de abuso por parte de la persona en quien se confía”*. Garrigues Díaz-Cañabate, Joaquín: “Negocio Fiduciarios en Derecho Mercantil”. Publicación autorizada por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Imprenta Viuda de Galo Sáez de Paños. Madrid, 1955, p. 12 y 13.

En igual sentido, Mariano Navarro Martorell quien refiere que es la confianza la base del negocio fiduciario, de tal suerte que un negocio no puede ser considerado fiduciario puro cuando el cumplimiento de las obligaciones del fiduciario está revestida de protección legal. Navarro Mariano Martorell: “La Propiedad Fiduciaria”. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1950, p. 79 y siguientes.

general del Derecho Administrativo, el que se denomina: “principio de la confianza legítima” o “principio de la protección de la confianza legítima”¹⁸.

¹⁸ Bermúdez Soto, Jorge: “Derecho Administrativo General”. Legal Publishing Chile. Tercera Edición Actualizada. Santiago, 2014, P, 110 y siguientes. El autor, refiriéndose al principio en comento señala: “Las actuaciones de los poderes públicos suscitan la confianza entre los destinatarios de sus decisiones”. Luego, cita a Silvia Diez Sastre, quien dice: “En este sentido, es razonable entender que las actuaciones precedentes de la Administración pueden generar en los administrados la confianza de que se actuará de igual manera en situaciones semejantes”. Luego, Bermúdez procede a indicar qué debe entenderse por este principio: “Como concepto jurídico, puede entenderse al principio de protección de la confianza legítima (*vertrauensschutz*) como el amparo que debe dar el juez al ciudadano frente a la Administración Pública, la que como ha venido actuando de una determinada manera, lo seguirá haciendo de esa misma manera en lo sucesivo y bajo circunstancias (políticas, sociales, económicas) similares”. Posteriormente, cita a la autora antes mencionada, quien reza: “La confianza que deposita el particular en la actuación administrativa merece amparo, puesto que “una práctica administrativa continuada puede generar –y de hecho genera- la confianza en el ciudadano de que se le tratará del mismo modo que en los casos anteriores. Por ello, no parece justo que la Administración pueda cambiar su práctica con efectos retroactivos o de forma sorpresiva””.

A lo largo de la obra citada al pie, el autor desarrolla el contenido de este principio, señalando que son deberes que entraña este principio: 1) Deber de actuación coherente: Para el autor dicho deber implica “en una actitud lógica y consecuente con una posición propia anterior. Este deber se encuentra en la base de las exigencias realizadas al órgano administrativo en lo que respecta a su actuación jurídica, ya que, si no existiera u actuar coherente de parte de los entes públicos, se produciría una afectación no sólo a la confianza digna de protección, sino que también a otros distintos principios que informan el ordenamiento jurídico, tales como el deber de motivación y el respeto a la seguridad jurídica”. 2) Deber de vinculatoriedad del precedente administrativo: que, según el autor, “la práctica administrativista consiste en el conjunto de actos sucesivos y reiterados en el mismo sentido, constituyéndose en un verdadero precedente administrativo”. 3) Deber de anticipación o anuncio del cambio de conducta: que, en atención a un cambio de criterio en la actuación de la Administración, “es necesario comunicar o anunciar un cambio de criterio en sus actuaciones futuras. Ello se logrará a través de diversos mecanismos, de acuerdo a la naturaleza y características de la potestad que ejerza”. 4) Deber de otorgar un plazo para el conocimiento o plazo de transitoriedad: El autor en referencia, citando a Silvia Diez Sastre, dice: “otra alternativa consiste en que la Administración, antes de cambiar una práctica constante, debe establecer algún tipo de disposición transitoria, o avisar con tiempo suficiente del cambio, para así garantizar la protección de la confianza, sin que la Administración tenga que renunciar a cambiar en el futuro una interpretación reconocidamente antijurídica de la norma”. 5) Deber de actuación legal en la nueva actuación: Finalmente dice el autor: “Es fundamental que el acto posterior que suscita este cambio de criterio se ajuste a Derecho, independiente si el acto precedente que suscitó la confianza fuera ilegal o,

Así, la confianza merece protección, debiendo erigirse como un principio de aplicación extensivo a todo el Derecho y no a una subrama de él. En el Derecho Privado dará lugar a nuevas soluciones frente a incógnitas jurídicas, actuando desde la interpretación integración de normas y negocios jurídicos, así como también, directriz informadora del ordenamiento jurídico.



que, siendo legal, se produjera un posterior cambio de circunstancias que justifique el nuevo criterio”.

Para un estudio más profundo, ver la obra citada.

CAPÍTULO II: ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL NEGOCIO FIDUCIARIO

Superado el tratamiento de la confianza, corresponde abocarnos al estudio del negocio fiduciario. Sin embargo, para entender su configuración actual es necesario repasar sus orígenes, por cuanto no puede entenderse una realidad determinada sin atender a la o a las causas que le dieron origen. Por esa razón, expondremos sintéticamente el *fideicommissum*, la fiducia romana y la fiducia germana. De las primeras dos instituciones nombradas se dice que emanó el negocio fiduciario de creación pandectística. La *fiducia* germana se estudia por su relación con la fiducia romana, por cuanto algunos sostienen que nació de ella.

SECCIÓN 1: EL FIDEICOMMISSUM

Hay quienes ven en esta antiquísima figura romana el origen de la moderna fiducia. Por ello el interés en saber qué fue el *fideicommissum*.

En palabras de Álvaro D'Ors, el *fideicommissum* "es un encargo que una persona, llamada fideicomitente, deja a otra, llamada fiduciario, que de algún modo va a adquirir algo a consecuencia de la muerte de aquél, para que

entonces lo cumpla, dentro de los límites de su adquisición y en provecho de un tercero, llamado fideicomisario”¹⁹.

Por su parte Alejandro Guzmán Brito señala: *“Toda persona puede dejar encargada (commendare) a la fe (fides) de un asignatario suyo, especialmente de un heredero o de un legatario, traspasar entre vivos el todo o una parte del emolumento de su asignación a un tercero o destinarlo a cierto fin; una disposición de esta naturaleza recibe el nombre de fideicommissum, por la fórmula (no prescrita) que suele usarse: “encomiendo a tu fe” (“fidei tuae committo”). Se trata, pues, de comisiones de confianza o fiduciarias. Su función original fue obtener el fin práctico de que personas inhabilitadas por el ius civile o las leyes para adquirir herencias y legados, pudieran, sin embargo, recibir el emolumento patrimonial con que determinado causante deseaba favorecerlas; no pudiendo éste, pues, hacerlas herederos o legatarios, se designaba como tales a personas de confianza, con la misión de traspasar, después de morir el causante, determinaos bienes o cuotas de la herencia, o toda ella, a la persona designada. La que hace el encargo se llama “fideicomitente” (fideicommittens); la que lo recibe, “fiduciario”, y la favorecida, “fideicomisario” (fideicommissarius)”²⁰.*

En el fondo, el fideicomiso es un encargo que hace el causante a cualquier persona que vaya a obtener un beneficio a causa de su muerte, para que esta

¹⁹ D’Ors, Álvaro: “Derecho Privado Romano”. Ediciones Universidad de Navarra S.A. (EUNSA). Décima edición, Segunda reimpresión, Pamplona, 2008, p. 323.

²⁰ Guzmán Brito, Alejandro: “Derecho Romano Privado”. Legalpublishing-Thomson Reuters. 2ª edic. Santiago, 2013, T. II, p, 828 y sgts.

cumpla alguna liberalidad a favor de un tercero: el encargado dicese fiduciario y el tercero beneficiado recibe el nombre de fideicomisario²¹.

En el comienzo, el *fideicommissum* careció de reglamentación en el Derecho civil y pretorio, quedando su ejecución sujeta a la buena fe del fiduciario, careciendo el fideicomisario de una acción para exigir el cumplimiento del encargo. De manera que el fundamento está en la *fides*, no en el *ius*. En un comienzo, el fideicomisario, en cuanto a su cumplimiento, queda entregado a la lealtad que el fiduciario, no existiendo recurso jurídico alguno para exigir la liberalidad.²²

Desde Augusto, hubo casos en que se dispuso que los cónsules conocieran de estos asuntos, surgiendo, paulatinamente, y desde entonces, la idea de que los fideicomisos debían recibir protección jurídica, pasando dicha tutela a ser permanente desde el emperador Claudio, quien creó dos *praetores fideicommissarii*, correspondiendo a los gobernadores de las provincias su competencia²³, hasta que, en el derecho justiniano, se fusiona totalmente con los legados²⁴.

Sergio Rodríguez Azuero señala que el *fideicommissum* parece haber tenido sus orígenes en las múltiples incapacidades para heredar que consagraba

²¹ Samper Polo, Francisco: "Derecho Romano". Ediciones Universidad Católica de Chile. Reimpresión de Tercera Edición. Santiago, 2014, p. 250.

²² Guzmán Brito, Alejandro: Ob. Cit. p. 829; y Samper Polo, Francisco: Ob. Cit. p. 250.

²³ Guzmán Brito, Alejandro: Ob. Cit. p. 829.

²⁴ Samper Polo, Francisco: Ob. Cit. p. 250.

el derecho y en la necesidad de poder realizar la voluntad del testador a través de una figura que, soslayando los inconvenientes legales, pudiese hacer efectiva su última voluntad. En lo fundamental, consistió esta figura en que una persona transfería a otra, por vía testamentaria, uno o más bienes con el objeto de que ésta, apareciendo externamente como propietario, los empleara en beneficio de otra u otras personas a las cuales, más adelante, si ello era posible, debían ser transmitidos los bienes. La existencia esencial de la confianza en un primer estadio era evidente, pues el adquirente por vía testamentaria, propietario para todos los efectos, podía abusar de su posición, negándose a transferir los bienes al beneficiario, guardando para sí los frutos producidos por ellos e incluso enajenándolos a un tercero, frustrando en esta forma la voluntad del causante. Es por eso que en esta etapa puede hablarse de un negocio fiduciario puro, donde la confianza es absoluta y se traduce en la posibilidad de abuso por parte del fiduciario²⁵.

Por su referencia a la *fides*, este tipo de encargos no siguen el estricto régimen jurídico de los *legata*, sino otro mucho más libre; de hecho, surgió esta institución para gratificar a extranjeros, que carecían de la *testamenti factio* necesaria para recibir legados, y luego se utilizó para soslayar las limitaciones de las leyes *Furia* y *Voconia*, y de las *caducarias*, o para dejar liberalidades a ciudades y *personae incertae*.

²⁵ Rodríguez Azuero, Sergio: "Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina". Legis Editores S.A. Primera Edición. Colombia, 2005, p. 11.

Estos encargos no requerían una forma especial: se podían hacer, no sólo en un testamento, sino en cualquier tipo de codicilo, hasta de palabra, incluso con un simple gesto; consecuentemente, se podían revocar también de cualquier forma.

El fiduciario podía ser, no sólo el heredero testamentario, sino el heredero *ab intestato*, un legatario, otro fideicomisario, incluso un donatario *mortis causa*: cualquiera que, sobreviviendo al fideicomitente, reciba algo de él²⁶.

Como enseña Guzmán Brito, el fideicomiso es parecido al legado *per damnationem*, en tanto existen tres intervinientes, y el fideicomisario como el legatario del legado en comento, consiguen el beneficio, por un intermediario: el fiduciario²⁷.

El autor citado expresa que el fideicomiso puede tener por objeto la totalidad de una herencia o una cuota de ella, el otorgamiento de la libertad a un esclavo del fideicomitente, del fiduciario o de terceros; o, “*cualquier prestación que pueda ser dejada mediante legatum per damnationem, es decir, corpora designados por su género, species, presentes o futuros, propios o ajenos; e iura: la constitución de derechos reales, créditos de fideicomitente (para cederlos al fideicomisario) y deudas de éste (para liberarlo)*”²⁸.

²⁶ D’Ors, Álvaro: Ob. Cit. p, 323 y 324.

²⁷ Guzmán Brito, Alejandro: Ob. Cit. p. 831.

²⁸ Guzmán Brito, Alejandro: Ob. Cit. p. 833.

SECCIÓN 2: FIDUCIA

Para algunos, el negocio fiduciario actual nace a la luz de la fiducia romana. He ahí la importancia de abordar esta figura decimonónica.

Álvaro D'Ors define a la fiducia romana (histórica) como *“Un contrato formal por el que un propietario confía la propiedad de una res Mancipi a alguien, llamado fiduciario, el cual se obliga a restituir en determinado momento aquella propiedad al fiduciante o a otra persona designada por éste. Para exigir tal restitución, el enajenante dispone de una acción civil que sirvió de modelo a las acciones de buena fe: la actio fiduciae”*^{29,30}

Por su parte, Alejandro Guzmán Brito la define como *“un contrato formal y real al mismo tiempo, que consiste en la transferencia que el dueño de una res Mancipi, al que llamamos fiduciante, hace al fiduciario, mediante Mancipatio o in iure cessio, contrayendo éste la obligación de comportarse de determinada manera con la cosa y frecuentemente de restituir el dominio de ella al fiduciante (o a un tercero) en un momento posterior predeterminado, mediante una remancipatio o in iure cessio”*^{31,32}.

²⁹ D'Ors, Álvaro: Ob. Cit. p. 464.

³⁰ He denominado fiducia romana a aquella que se desarrolló en Roma para distinguirla que la fiducia o negocio fiduciario creada por la Pandectística alemana y a la que se hará referencia luego.

³¹ Guzmán Brito, Alejandro: Ob. Cit. p. 120.

³² Útil resulta recordar la distinción que en el derecho romano se hizo respecto de las *“cosas del Mancipio” (res Mancipi)* y *“cosas que no son del Mancipio” (res nec Mancipi)*. Como explica Alejandro Guzmán Brito, esta distinción obedece a la época clásica, donde la expresión *res Mancipi* se reservó para un número taxativo de cosas, a saber:

los fundos sitios en Italia y sus edificios, los esclavos, los animales de tiro y carga como bueyes, caballos, asnos o mulas, y las servidumbres rústicas de los fundos itálicos. Estas cosas sólo podían ser transferidas mediante *mancipatio* o *in iure cessio*. En cambio, las cosas que no son del *mancipatio*, cuales son todas aquellas demás cosas, excluidas las *res Mancipi*, podían ser transferidas mediante *traditio*. Añade el profesor citado que en el ocaso del periodo clásico romano la distinción perdió importancia, por cuanto el pretor determinó que las *res Mancipi* podían transferirse mediante *traditio*. Empero, la distinción se conservó hasta que fue abolida por Justiniano.

Por su parte, sostiene el autor señalado, la *in iure cessio* consistió en una forma de transferir las cosas, donde en presencia de la cosa o de algo representativo de ella, comparecen dos personas, una de las cuales, cogiendo la cosa, pronuncia la fórmula prescrita “Yo digo que este esclavo es mío según el Derecho de los quirites”. Lo normal, es que no existiese contradicción de la otra persona compareciente, quien se limitaba a guardar silencio o a manifestar que no hacía vindicación alguna. Esto es así, porque previamente existió un acuerdo entre los comparecientes para operar en tal sentido. El magistrado pronuncia su *addictio*, atribuyendo en dominio la cosa al vindicante.

Alejandro Guzman añade que la *mancipatio*, en la época arcaica del Derecho Romano, funcionó de la siguiente manera: “en presencia de no menos de cinco ciudadanos romanos púberes y un *libripens* (“pensador”) de igual condición, premunido de una balanza (*libra*), y teniendo ante sí a la *res Mancipi* de que se trata, un *mancipio accipiens* la coge con sus manos y pronuncia una fórmula ritual, hecho lo cual entrega cierta cantidad de cobre (*res*) al *libripens*, quien lo pesa hasta determinar la exacta medida convenida y lo entrega a un *mancipio dans*... El *mancipio accipiens* (“el que adquiere en *mancipium*”) es un comprador que adquiere la cosa y proporciona el precio en cobre. El *mancipio dans* (“el que da en *mancipium*) es el vendedor de la cosa que recibe el precio. Pero él permanece en silencio y en actitud pasiva... La fórmula que recita el *mancipio accipiens* es la siguiente: “Yo afirmo de este esclavo ser mío según el Derecho de los quirites y sea él tomado por mí con este cobre y esta balanza de bronce” ... El adquirente, pues, comienza por declarar ser suya la *res Mancipi* de que se trata, y en seguida dice “tomarla para sí (*emere*) por el bronce y la balanza”.

En el derecho clásico, la *mancipatio* sufrió modificaciones en su configuración como consecuencia del dinero acuñado. Alejandro Guzmán señala: “A partir de entonces ya ni siquiera fue necesario pesar el cobre, porque resultó suficiente contar las monedas (*numerare nummos, precuniam numerare*); en tales condiciones, el *libripens* perdió su función original y se transformó en un sexto testigos, aunque formalmente calificado porque todavía llevó consigo una balanza. El antiguo pesaje del cobre fue reemplazado por un gesto simbólico, consiste en tocar con una pieza o moneda de cobre la balanza el *mancipio accipiens*, y de entregarla luego al *dans* “como en lugar del precio” (*quasi pretio loco*). El acto tomó el nombre de *mancipatio nummo uno* (“con una moneda”), por lo que Gayo la califica de “venta imaginaria” (*imaginaria venditio*)”.

Finalmente, el autor citado enseña que la *mancipatio* funcionó durante toda la época clásica, más al abolir Justiniano la distinción entre *res Mancipi* y *res nec Mancipio*, dicha institución desapareció con ella.

Respecto a todo lo dicho en esta nota al pie, ver: Guzmán Brito, Alejandro. Ob. Cit. T. I, p, 482 y sgts., y 587 y sgts.

La transmisión de la propiedad a través de un negocio abstracto (*mancipatio* o *in iure cessio*) se morigera con la obligación que asume el fiduciario de retransmitir el dominio al fiduciante (o a un tercero), lo que supone una confianza en que ello sucederá, y explica su transmisión, pero no la causa de ella, ya que, al operar la transferencia por un negocio abstracto, no se requiere de causa para que produzca sus efectos³³.

Se dice que la fiducia romana³⁴ se encuentra presente en las Instituciones de Gayo, en las Sentencias de Paulo, la *Collatio*, en los fragmentos del Vaticano, en el Código Teodosiano, en numerosos textos de la época, en un tríptico de Pompeyo del siglo I y en na *tabula* de la antigua Bética, probablemente del siglo II.

Como explica Álvaro D'Ors³⁵, al señalar la fiducia como causa del acto (*mancipatio* o *in iure cessio*), sólo se deriva una obligación de restitución, mas no explica cuándo ni cómo. Para su precisión, fue menester un pacto especial, dotando de contenido al derecho del fiduciario, con lo cual, además, se podía calificar a la fiducia como *cum amico* o *cum creditore*.

³³ Rodríguez-Rosado, Bruno: "Fiducia y Pacto de Retro en Garantía". Marcial Pons. Madrid, 1998, p. 15.

³⁴ Navarro Mariano Martorell: "La Propiedad Fiduciaria". Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1950, p, 27 y siguientes.

³⁵ D'Ors, Álvaro. Ob. Cit. p, 464 y siguientes.

El carácter formal de la fiducia, dice Alejandro Guzmán Brito³⁶, descansa en la *mancipatio* o en la *in iure cessio*; y su carácter real, en su transferencia o *datio*. El fiduciante se hace dueño civil de la cosa. La adquisición del dominio por alguno de los actos formales se calificaba como *fiducia* si se le introducía la cláusula “*fidei fiduciae causa*” (“por causa de fe y fiducia”). Con ello, el fiduciante adquiere la cosa para un cometido específico, que implica además su devolución al fiduciante o a un tercero. La época de restitución y el fin a que debe destinar el fiduciario la cosa adquirida depende de un pacto separado que convienen las partes al tiempo de celebrar el negocio, denominado “pacto de fiducia” (“*pactum fiduciae*”).

La fiducia, según su finalidad, podía ser: con fines de depósito, administración o comodato, llamada fiducia *cum amico*, y fiducia *cum creditore*, si su finalidad era garantizar un crédito de fiduciario contra el fiduciante. Bruno Rodríguez-Rosado dice que “*el pacto adjunto, llamado pactum fiduciae o pactum conventum, es el que determina las condiciones en que debe realizarse la devolución por parte del fiduciario al fiduciante, y, por tanto, el que aclara si nos encontramos en presencia de una fiducia cum amico o cum creditore. En el caso de la fiducia cum amico, tal obligación de retransmitir la cosa por parte del fiduciario no depende de ningún evento, de forma que el fiduciante tiene expedita la vía para ejercitar la actio fiduciae y reintegrar a su patrimonio el bien fiduciado.*

³⁶ Guzmán Brito, Alejandro. Ob. Cit. p, 120 y siguientes.

En cambio, la *fiducia cum creditore*, la obligación de retransmitir se halla condicionada al cobro del crédito garantizado. El *pactum fiduciae supedita* aquí la devolución de la cosa al previo pago por el fiduciante al fiduciario de la deuda garantizada; si excluir que el fiduciante o fiduciario actúen en determinados casos como fiadores o mandatarios, es decir, sin descartar la existencia de relaciones complejas en las que el binomio acreedor-fiduciario deudor-fiduciante se desmembre³⁷.

Dicho de otra manera, dos eran los elementos de la *fiducia*³⁸:

a) Material: consistente en la transmisión de la propiedad que se realizaba, según se dijo, mediante *mancipatio* o *in iure cessio*, con lo cual el fiduciante adquiriría la propiedad de la cosa transferida.

b) Obligacional: subsumida en el *pactum fiduciae* que fue una convención exenta de formalidades, distinta y adjunta a la *mancipatio* o *in iure cessio*.

La *fiducia* no produjo una acción de derecho estricto, sino una *actio bonae fidei*, cuyo alcance quedó entregado al juez. La *fiducia* es el primer contrato que no produce obligaciones literales y estrictas, donde su contenido varía según las circunstancias y del criterio de un hombre bueno³⁹.

³⁷ Rodríguez-Rosado, Bruno. Ob. Cit. p. 16.

³⁸ Navarro Martorell, Mariano. Ob. Cit. p. 31.

³⁹ Navarro Martorell, Mariano. Ob. Cit. p. 32.

El fiduciante contó con la *actio fiduciae* y el fiduciario con la *actio fiduciae contraria*. Dicha acción era de carácter infamante, de buena fe y transmisible activa y pasivamente⁴⁰.

Bruno Rodríguez Rosano expresa que la responsabilidad derivada de la *actio fiduciae* devino del dolo, pero en la época clásica, por el carácter de buena fe que ella tuvo, fue suficiente la culpa para condenar al demandado.

La finalidad de la *actio fiduciae* fue la de reclamar la transmisión de la cosa transferida, tras superarse el fin de la transferencia, que en el caso de la fiducia *cum creditore* significó el pago previo de la deuda⁴¹.

Alejandro Guzman Brito explica cómo operó la *actio fiduciae*: “El fiduciario está obligado al cumplimiento de lo señalado en el “*pactum fiduciae*”, y a no comportarse con el bien como lo puede hacer un dueño ordinario; así, por ejemplo, no debe enajenarlo o gravarlo (si no está autorizado en el pacto); de su integridad responde por *dolus* y *culpa*. Debe, además, restituirlo en el momento previsto al fiduciante a través de una *remantipatio* o una *in iure cessio*”⁴².

El profesor referido señala seguidamente: “La fiducia está sancionada por una acción *in ius* y *ex bona fide*... es la *actio fiduciae* de carácter infamante. En la época arcaica posiblemente estuvo regida por la *actio legis per iudicis arbitrive postulationem*”. Luego añade que la *actio fiduciae* no nace del “*pactum fiduciae*”,

⁴⁰ Rodríguez-Rosado, Bruno. Ob. Cit. p. 19.

⁴¹ Rodríguez-Rosado, Bruno. Ob. Cit. p. 20.

⁴² Guzmán Brito, Alejandro. Ob. Cit. P, 122.

sino del contrato mismo a que éste va anexado, pero la acción lo cubre y permite que su contenido se haga exigible. Al mismo tiempo, sirve al fiduciario para limitar el ejercicio de la acción, por ejemplo, en cuanto al plazo de restitución y en general a las demás circunstancias reguladas en el pacto y que le permiten actuar con la cosa. Gayo incluye a la *actio fiduciae* entre los *bonae fidei iudicia*, aunque su fórmula no lleva la cláusula *ex fide bona* (Gai. 4,62). La *actio fiduciae* puede ser ejercida por el fiduciante para exigir del fiduciario el cumplimiento de sus obligaciones, entre ellas la de restituir. El fiduciario también podía ejercer dicha *actio* para obtener del fiduciante las indemnizaciones a que haya lugar, además de reclamar la cosa si ésta quedó en poder del fiduciante como precarista o arrendatario⁴³.

La fiducia transmitía el dominio al fiduciario, más no necesariamente la posesión. Podía suceder que no se produjese el traspaso físico de la cosa, o bien, concretándose, el fiduciante recuperase el poder físico de la cosa. En tal evento se configuraba en su favor la *usucapio*, que no requería justo título ni buena fe, cumpliéndose en el transcurso de un año, aún respecto de inmuebles. Se producía así la *usureceptio* o “readquisición por el uso (posesión)”, ya que el fiduciante recuperó lo que le perteneció. Cuando la fiducia era *cum creditore*, “el fiduciario puede evitar la *usureceptio*” del fiduciante dejándole la cosa como precarista o arrendatario, y aquella no puede empezar porque entonces se trata

⁴³ Guzmán Brito, Alejandro. Ob. Cit. Pp, 123.

*de un mero tenedor; aun así, cuando la deuda garantizada es pagada, puede usucapir el fiduciante, porque se entienden extinguidos el arrendamiento o el precario. De no haber tomado esta precaución el fiduciario, el fiduciante recobra el dominio en un año, aunque la deuda no sea pagada*⁴⁴.

La *mancipatio* y la *in iure cessio* con el tiempo fue perdiendo utilidad, usándose como forma de transferencia a la *traditio*, con el cual se podía traspasar tanto las *res Mancipi* como las *res nec Mancipi*. Además, el dominio que se adquiría mediante *traditio*, llamada propiedad pretoria, fue tan firme como la propiedad del Derecho civil que se transmitía por *mancipatio* o *in iure cessio*, máxime si a favor del *accipiens* existió la *actio publiciana*.

Así entonces, con el desuso y luego desaparición de la *mancipatio* y la *in iure cessio*, devino también el de la fiducia⁴⁵.

Puede agregarse como condición para la inutilización de la fiducia – siguiendo a Mariano Navarro Martorell- el siguiente aspecto: “*Por cuanto se lleva dicho, bien claro es que en la fiducia con fin de garantía resultaba el acreedor muy favorecido, puesto que recibía la propiedad quiritaria de la cosa, con todas las facultades que ella implicaba y con una limitación puramente personal, casi basada únicamente en su moralidad, que le obligaba a no hacer uso de tales facultades en perjuicio del deudor fiduciante. Pero, en cambio, a éste la situación*

⁴⁴ Guzmán Brito, Alejandro. Ob. Cit. Pp, 124.

⁴⁵ Rodríguez-Rosado, Bruno. Ob. Cit. p. 21.

le resultaba en extremo desventajosa, porque si aquél, sin esperar a que transcurriese el plazo para saldar la deuda, enajenaba la cosa, sólo podía reclamarle una indemnización por el incumplimiento del pactum fiduciae y, en su caso, el exceso de valor obtenido en la venta; por lo tanto, estaba en continuo peligro de perder la cosa, sin poderla reivindicar de terceros adquirentes, puesto que su acción personal sólo se dirigía contra el acreedor o sus herederos.

Así, esta institución nacida a impulsos de una verdadera necesidad del comercio jurídico fue perdiendo eficacia por sus inconvenientes para el deudor, en su función de garantía⁴⁶.

La *fiducia* es un negocio de Derecho arcaico, que surgió para cumplir las cuatro primeras funciones antes indicadas, cuando aún no existían negocios típicos que las operaran. Cuando surgen el comodato, el depósito y el mandato, la *fiducia* fue desplazada, pero se conservó en función de prenda, porque ofrece evidentes ventajas para el acreedor, quien no es sólo un mero tenedor del bien pignorado, sino un verdadero dueño.

Mas infrecuente resultó ser la *fiducia* en función de comodato, depósito o mandato, por los peligros que entrañó para el fiduciante; salvo cuando bajo tales funciones quedara oculta además una función “fiduciaria” no tipificada, consistente en la guarda o depósito de los bienes en interés del fiduciante, para

⁴⁶ Navarro Martorell, Mariano. Ob. Cit. p. 32.

ocultarlos jurídicamente a fin de evitar embargos, por ejemplo, u otros riesgos de pérdida, como confiscaciones.

La *fiducia* se mantuvo vigente toda la época clásica, especialmente en función de prenda; pero su suerte estuvo ligada a la *mancipatio* y a la *in iure cessio*, de modo que desapareció con ambas en la época postclásica. Justiniano sustituyó sistemáticamente las referencias a ella que aparecían en las obras de los juristas clásicos como el *pignus*, el *commodatum*, el *depositum* y el *mandatum*⁴⁷.

Antes se dijo que por la fiducia se transmitía la propiedad (quiritaria) de la cosa objeto del negocio. Empero, Manuel Albadalejo y Cristina Fuenteseca (el primero prologando la obra de la segunda), sostienen que con dicha figura no existió jamás una transferencia del derecho de propiedad. Esta visión de la fiducia romana ha sido determinante en España para sostener que el negocio fiduciario es un caso de simulación relativa y no un negocio jurídico propiamente tal⁴⁸.

⁴⁷ Guzmán Brito, Alejandro. Ob. Cit. Pp, 121-122.

⁴⁸ Para profundizar sobre esta corriente de pensamiento respecto de la fiducia romana ver: Fuenteseca, Cristina: "El Negocio Fiduciario en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo". José María Bosh Editor. Barcelona. 1997.

SECCIÓN 3: FIDUCIA GERMÁNICA

Aun cuando la mayoría de los autores que tratan el negocio fiduciario indican que él no emana de la fiducia germánica, existen posturas que establecen que esta fiducia sí emana de la romana, por lo cual resalta la utilidad en abordarla, aun someramente.

Como indica Juan B. Jordano Barea, existen dos formas de concebir el negocio fiduciario: la fiducia de tipo romano y el de tipo germánico⁴⁹.

En el Derecho germánico, como ocurrió en el Derecho romano, la fiducia significó también, en la práctica –y siguiendo a Mariano Navarro Martorell- una desproporción entre el medio y fin causada por el exceso de aquel (entrega de una potestad jurídica amplísima) sobre éste (fin de garantía, de administración, etc.)⁵⁰. En cuanto a su origen, el autor citado indica que la fiducia germánica nació de la fiducia romana⁵¹.

Empero, como advierte el autor citado, el poder del fiduciario (llamado *Salmann* o *Treuhänder*⁵²) es morigerado, por cuanto se encuentra condicionado

⁴⁹ Jordano Barea, Juan B.: “El Negocio Fiduciario”. J. M. Bosch Editor. Barcelona, 1959, p. 27.

⁵⁰ Navarro Martorell, Mariano. Ob. Cit. p. 42.

⁵¹ Navarro Martorell, Mariano. Ob. Cit. p. 43.

⁵² El concepto de *Treuhänder* resulta ser más amplio que el de fiduciario, por dicho vocablo, se usa también, para referirse a personas facultadas para intervenir en la administración o en la disposición de derechos ajenos: nota al pie (10): Enneccerus, Ludwig; Kipp, Theodor; y Wolff, Martín: “Derecho Civil, Parte General. 13° Edición revisada por Hans Carl Nipperdey. 39° Trad. De Blas Pérez y José Alguer. Bosch, Publicaciones Jurídicas. Buenos Aires, 1948. Primer Tomo, Parte General II, Vol 2°. p. 81.

resolutoriamente al fin propuesto con la dicha figura. En efecto, indica Navarro Martorelli, *“en el Derecho germánico, por el contrario, el poder del fiduciario (Salmann, Treuhänder) era ya adquirido por éste limitado realmente, y así resultaba resolutoriamente condicionado al uso predeterminado, de forma que cuando se violaba esta obligación el uso contrario al fin era ineficaz realmente y podía producirse la reivindicación de la cosa por el fiduciante o sus herederos, incluso en perjuicio de terceros adquirentes, porque ya la enajenación hecha a éstos había sido realmente ineficaz”*⁵³.

Daniel Peñailillo agrega que la titularidad condicionada resolutoriamente tiene eficacia *erga omnes*, siendo ineficaz un uso distinto al fin perseguido con la fiducia germánica, resultando *ipso jure*, en dicho evento, el regreso de la cosa al fiduciante, así, *“aparece diluido el elemento de confianza y el peligro que trae consigo, propio de la concepción romana”*⁵⁴.

Por su parte, Jordano Barea sostiene que la fiducia de tipo germánico se diferencia de la fiducia de tipo romano porque mientras en esta última el poder de abuso del fiduciario encuentra un correctivo imperfecto en el vínculo obligacional, en la primera, dicho poder queda eliminado totalmente por un remedio legal. Ergo, carece de aquella característica situación de peligro limitada

⁵³ Navarro Martorell, Mariano. Ob. Cit. p, 41-42.

⁵⁴ Peñailillo Arévalo, Daniel: Ob. Cit., p. 16.

por el juego de la *fides*, propia del negocio del negocio fiduciario romano. Además, sostiene que cuando no existe posibilidad de abuso del fiduciario, estamos frente a un caso de fiducia legal y no a aquella de origen romano, siendo ambas instituciones completamente diferentes⁵⁵.



⁵⁵ Jordano Barea, Juan B.: Ob. Cit. p, 27-28.

CAPÍTULO III: EL TRUST

SECCIÓN 1: INTRODUCCIÓN

Conviene dedicarnos, aun sintéticamente, a aquella figura que le predicamos ser la invención del Derecho inglés; a aquella institución que por antonomasia ilustra la realidad jurisdiccional que existe en dicho ordenamiento jurídico, y no porque sea derivado remotamente de la fiducia, sino porque de esta figura nace el fideicomiso que la mayoría de los países latinoamericanos recogieron y adaptaron a nuestra familia jurídica.

El vocablo *trust*, de origen anglosajón, tiene en la actualidad una dimensión económica y otra jurídica. Desde el primer punto de vista, siguiendo a Rodolfo Batiza y Marcial Luján, se identifica con las organizaciones monopolistas constituidas para eliminar *“la libre competencia mediante el acaparamiento de la producción, la regulación del abastecimiento y la fijación de precios”*⁵⁶.

Distinta resulta ser su acepción jurídica. En este capítulo, como se dijo, se abordará someramente el *trust* -por cuanto no es el objetivo de esta investigación su tratamiento-, expresando su origen, desarrollo actual e influencia en lo que podemos identificar como el fideicomiso propio del *civil law*.

⁵⁶ Batiza, Rodolfo; Luján, Marcial: “El Fideicomiso. Teoría y Práctica. Editorial Porrúa. Décima Edición. México, 2011, p. 1.

Como observa Rodríguez Azuero, el *trust* es el mayor aporte que el derecho inglés ha realizado a la cultura jurídica universal. Un inglés probablemente desconozca sus pormenores, pero la reconoce con nitidez. El autor mencionado, respecto a su uso señala que *“los numerosos campos de aplicación en la planeación patrimonial, en el derecho de familia, en el régimen sucesoral, en su manejo para fines de beneficencia o de estímulo a las ciencias y a las artes, su utilización para apoyar las decisiones de las cortes, en fin, su vinculación más moderna al mundo de los negocios, hacen del trust la figura característica, sin duda, del derecho angloamericano”*⁵⁷.

El término *trust* se emplea en el sistema angloamericano para incluir a todas las relaciones fiduciarias, tales como el depósito, el albaceazgo, la tutela, el mandato, el directivo de una empresa, entre otros, y en términos generales se refiere a todas aquellas relaciones en donde la confianza está presente. Empero, en sentido estricto, se reserva la expresión *trust* para la especial relación fiduciaria que debe su origen y desenvolvimiento a la separación entre tribunales de derecho estricto (*common law*) y tribunales de equidad (*equity*), que subsistió en Inglaterra durante cuatro siglos⁵⁸.

Hechas estas generalidades, conozcamos los orígenes de esta institución, debiendo, en consecuencia, remontarnos al *use* y a la formación histórica del Derecho inglés.

⁵⁷ Rodríguez Azuero, Sergio: OB. Cit. p, 23 y 24.

⁵⁸ Batiza, Rodolfo; Luján, Marcial: Ob. Cit. p. 1.

SECCIÓN 2: EI USE

Como explica Mario Carregal, en un comienzo, el Derecho inglés se compuso de una doble jurisdicción. La *Equity law*, a cargo del Tribunal de la Cancillería o *Equity jurisdiction*, que surgió como forma de atenuar la rigurosidad del *Common law*, nacido con la conquista normanda y como medio para unificar las costumbres locales. Así, era posible distinguir (aún hoy) las acciones de equidad de las legales, conforme el demandante estribe su petición en el *Common law* o en el *Equity Law*⁵⁹.

Sergio Rodríguez Azuero añade que, resultaba difícil acudir a la jurisdicción tradicional, pues era menester, como requisito de procedibilidad, lograr la previa aceptación de competencia por la Corte Real, además de ser el procedimiento tremendamente complejo y formalista. Así, quienes no podían acceder a dicha jurisdicción, acudían directamente al rey para que este, en conciencia, resolviera los conflictos, lo cual originó la aplicación de reglas de equidad, esto es, del *equity law*, cuya administración fue delegada en el Canciller. La *equity law* no desconocía la existencia ni la validez del *common law*, pero permitía adoptar soluciones basadas en principios morales y de buen juicio,

⁵⁹ Carregal, Mario A.: "El Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los Negocios. Editorial Heliasta S.R.L. Primera Edición. Buenos Aires, 2008 p. 42.

alejado del extremo formalismo que este manejaba, además de no requerir la intervención de un jurado.

A fines del reinado de Enrique V (1413-1422) fue reconocido el tribunal de la cancillería (*Equity Jurisdiction*) y bajo el reinado de Enrique VIII, logró el máximo desarrollo. Se distinguió entre acciones legales (*Action in Law*) y procedimiento de equidad (*Proceeding in Equity*), según se apoyará el interesado en el *Common law* o en el *Equity Law*. Las dos jurisdicciones continuaron paralelamente a través del tiempo, hasta fusionarse en 1873, aunque la parte sustantiva continuó formada por principios autónomos, inspirados cada uno en su fuente respectiva⁶⁰.

Entrando de lleno en el use, Pierre Lepaulle⁶¹ añade que *“el poder central, todavía joven y débil, siente que dos fuerzas se le oponen: las congregaciones religiosas y los feudatarios. Para limitar la fuerza de las primeras, utiliza el “statute of mortmain” o “ley sobre la mano muerta”; para mantener a los segundos bajo su imperio, confisca los bienes de los vasallos que toman las armas contra él”*.

⁶⁰ Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. Cit. p, 15 y 16.

⁶¹ Lepaulle, Pierre: “Tratado Teórico y Práctico de los Trusts”. Editorial Porrúa S.A. Primera Edición en español. México, 1975, p. 11.

Es dable indicar, como señala Sergio Rodríguez Azuero, que el *use* se utilizó, también, para testar a favor de personas prohibidas por la ley o en fraude de acreedores⁶².

Por su parte, Pompeyo Claret y Martí, quien utiliza el vocablo fiducia para referirse al *use*, usando ambos indistintamente como sinonimia, en tanto entiende que el segundo dimana del primero, enseña que, en Inglaterra, durante la Edad Media, las leyes “contra las manos muertas” prohibían las donaciones de bienes inmuebles a los conventos e iglesias. Para eludir estas leyes, el clero inglés ideó el procedimiento de que estas donaciones en vez de ser directas, en cuyo caso hubiesen incurrido en la prohibición legal, se hiciesen a un tercero, pero en provecho del establecimiento religioso que se quería beneficiar: *to the use*.

Durante las largas guerras con Francia y la de las Dos Rosas, entre las casas de York y de Lancaster, se generalizó mucho este procedimiento para testar en favor de los hijos, al abrigo de posibles confiscaciones, testando en favor de un hombre de confianza, pero en provecho de los hijos.

El derecho común inglés, *common law*, no reconoce otras fuentes de obligaciones, a excepción de los derechos creados por una ley *statute*, que los contratos y los *torts* (delitos o cuasidelitos).

⁶² Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. Cit. p. 17.

El *use*, entrañaba una confianza, aceptada por el fiduciario y que comprometía su conciencia para con el beneficiario, mientras que la *common law* no daba sanción a esta obligación que asumía el fiduciario de no disponer de la cosa dada, que sólo nacía de la conciencia o de la confianza que el que disponía de los bienes depositaba en la persona del fiduciario.

El *common law* solo reconocía el contrato de donación entre el que disponía de los bienes y el fiduciario. El efecto, era trasladar al fiduciario el título o derecho de propiedad que pertenecía al que disponía de los bienes. Como la fiducia tomaba la forma de una donación o un legado hecho al fiduciario, con la promesa de este último de entregar la cosa al término convenido al beneficiario, la donación era traslativo de dominio y, por su parte, la misión de confianza que el fiduciario había aceptado estaba desprovista de toda acción. En resumen, frente a los tribunales de derecho común la situación del beneficiario queda a merced del arbitrio del fiduciario.

Empero, a parte del *common law*, existía el Lord Canciller, guardián de la conciencia del rey, y los magistrados del Tribunal de la Cancillería del cual era presidente. Para la Corte o Tribunal de la Cancillería, la obligación de conciencia o de confianza crea un derecho verdadero, pero de naturaleza equitativa: *equitable right*, y para hacerlo cumplir tenía un poderoso medio de acción, su jurisdicción *in personam*, comprendiendo en caso de repulsa a la obediencia u constreñimiento sobre el cuerpo y utilizando una ordenanza, llamada breve *sub*

paena, para forzar al fiduciario a cumplir la misión que fiduciariamente le había sido confiada, bajo pena de prisión y de secuestro de sus bienes.

Ergo, si para el tribunal de derecho común no había más que un propietario, el fiduciario, para el Tribunal de la Cancillería este fiduciario no era más que un intermediario encargado de la administración de los bienes y el propietario en verdad era el beneficiario. El derecho del fiduciario era un derecho legal: *legal right* y el derecho del beneficiario era un derecho equitativo: *equitable right*, pero más poderoso aún que el legal.

El derecho formado en Inglaterra por el Tribunal de la Cancillería fundado en la equidad no negaba la propiedad legal, porque no se permitía ponerse enfrente de la ley, pero en el ejercicio de su jurisdicción sobre las conciencias, obligaba al propietario legal a no usar de este título más que en provecho de aquellos a quienes el que dispuso de los bienes había querido realmente beneficiar. Así si A entregaba un bien a B en provecho de C, los términos en provecho de *to the of*, obligaban a B en conciencia y si omitía entregar los frutos del dominio a C, se rendía, frente a los Tribunales de equidad, culpable de abuso de confianza⁶³.

Por su parte, Rodolfo Batiza y Marcial Luján distinguen cuatro periodos de desarrollo del *trust*⁶⁴:

⁶³ Claret y Martí, Pompeyo: "De la Fiducia y del Trust". Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1946, p, 41 y sgts.

⁶⁴ Batiza, Rodolfo; Luján, Marcial: Ob. Cit. p, 7 y siguientes.

1.- Aparición de los usos hasta principios del siglo XV

Se desconoce el momento exacto en que apareció el uso, empero, los autores citados, siguiendo a Maitland, indican que su utilización se inició en el siglo XIII, originándose de las transmisiones de tierras “para el uso” de los frailes franciscanos, a quienes les estaba proscrito el dominio de bienes. En los albores del siglo XV, la mayor parte de los bienes estaban sujetos al régimen de los usos.

Respecto a las características que tuvo el *use* en este periodo, destaca el carácter moral de las obligaciones que derivan de él. El beneficiario del *use*, llamado *cestui que use*, se encontraba desprotegido de todo derecho sobre la propiedad transferida en dicha condición, como asimismo libre de los tributos y cargas que pesaban sobre la propiedad.

Durante este periodo se dictaron leyes para impedir su utilización para propósitos contrarios al orden público. Así, en 1376, el Parlamento prohibió las transmisiones en fraude de acreedores por las que una persona se reservaba el *uso* de la cosa.

En 1377 nació una ley que anuló los actos en que el despojante (*disseisor*) de tierras transfería a *lords* u otros magnates o a personas desconocidas para su propio *uso*, imposibilitando o trabando la restitución al verdadero dueño.

2.- Principios del siglo XV a la promulgación de la Ley de Usos

En el inicio del siglo XV se extendió el desamparo jurídico de los beneficiarios de los *usos*, quienes encontraron su cortapisa en la estricta aplicación del derecho por parte de los tribunales del *common law*. No obstante, a mediados de dicho siglo comienza a recurrirse a la cancillería y al consejo del rey ante la infidelidad de los *feoffees*, quienes intervienen para constreñir a los *feoffees* al cumplimiento de sus obligaciones morales. Los usos fueron considerados de competencia de la *equidad*. Los cancilleres consideraron a los *usos* como derechos reales de equidad y no como simples derechos de créditos, haciéndoles aplicables algunas reglas del *common law* propias de la propiedad.

3.- De 1535 a fines del siglo XVII

Los *usos* ciertamente implicaban un beneficio para quienes lo utilizaban, mas como contrapartida, significaron en contra de quienes se utilizaron, innegables perjuicios, sobre todo para el rey. Por ello, es que Enrique VIII luchó por su supresión, promulgándose en 1535 la “Ley de Usos”.

La Ley de Usos no prohibió los *usos*. Por el contrario, los legitimó legalmente. Empero, les dio otro efecto: Cuando una persona tuviese e dominio de una cosa para *uso*, *trust* o confianza de una o varias personas, a ellas les

correspondería exclusivamente la propiedad sobre los bienes, eliminándose la figura del *feoffee to use*.

Los momentos álgidos que sucedieron a la lucha entre Carlos I y sus súbditos estimularon nuevamente el surgimiento de los *usos* a situaciones no comprendidas en la *Ley de Usos*.

4.- Fines del siglo XVII a la época contemporánea

A pesar de la existencia de la Ley de Usos, los jueces del *common law* y los cancilleres coincidieron en que dicho cuerpo normativo debía aplicarse estrictamente a los casos que consagraba. Por consiguiente, subsistieron las situaciones en que el dueño en equidad seguía siéndolo en tal calidad y no conforme al *common law*.

Se indican como ejemplos de lo dicho los usos activos. Cuando el *feoffee* tenía instrucciones de permitir al *cestui que use* el cobro de frutos y rentas (*uso pasivo*), el *use* quedaba *ejecutado*. En cambio, cuando correspondía al *feoffee* el cobro de los frutos y rentas, y luego su entrega al *cestui que use*, se entendió que el título legal permanecía en el primero.

Otra situación que se menciona divorciada de la *Ley de Usos* es el caso del *uso* constituido sobre otro *uso*, es decir, cuando una cosa se transfería a una persona para el *uso* de otra, para el *uso* de una tercera persona. Por la Ley de

Uso la primera adquiriría el título legal, careciendo la segunda de todo derecho. A partir del caso *Tyrrel*, fallado en 1557, el segundo *use* se encontraba desembarazado de la aplicación de la ley.

Frente a las situaciones no descritas en la ley en comento, condujeron a darle efectos jurídicos a negocios semejantes a los *usos*, conocidos posteriormente como *trusts*.

Se indica que en el siglo XVII fue un principio general el que la equidad sigue al derecho estricto, el cual logró su mayor impulso entre los años 1673-1682, por la influencia del canciller Lord Nottingham. Este principio significó que los *trusts* fueran paulatinamente sistematizados y se evitara su utilización para evadir normas legales mediante subterfugios. Además –se añade- los tribunales de *equidad* representaban una determinada situación como interpretación fiel de la realidad o significaban tecnicismo o concepciones superadas. Los *uses*, con la progresiva intervención de los tribunales de *equidad*, dio paso a una elaboración de los *trusts* basadas en el orden público y en la naturaleza y fines del derecho.

Al llegar al siglo XIX los *trusts* alcanzaron pleno desarrollo, gestándose su utilización en complejos servicios especializados a cargos también de instituciones especializadas.

SECCIÓN 3: NATURALEZA JURÍDICA DEL TRUST

En cuanto a la naturaleza jurídica del *trust*, resulta ser un hecho que su naturaleza es el resultado del hecho histórico de que en Inglaterra en el siglo XV y durante los cuatro siglos siguientes, los tribunales de *derecho estricto* y los tribunales de *equidad* existían como entidades separadas e independientes. Y si a eso le sumamos que los tribunales de equidad fueron más allá de la simple imposición de deberes u obligaciones personales a quien tenía el título sobre la cosa, confiriéndole al beneficiario un derecho sobre ella, con lo cual se le protege en su goce, la consecuencia resultante, es único: una forma dual del derecho de propiedad en que, de una parte, está el *trustee*, a quien corresponde el título legal; de otra, el beneficiario, quien tiene la propiedad de *equidad*⁶⁵.

Ernesto Rengifo García señala que en el *trust* existen dos derechos de propiedad: *“mientras al trustee corresponde el título legal de propiedad, de acuerdo con el derecho estricto, el cestui que trust mantiene la propiedad emanada del derecho de equidad. Es decir que en el trust anglosajón coexisten dos derechos de dominio, o mejor, dos intereses atribuidos a sujetos distintos sobre un mismo bien, cada uno de los reposa en una fuente normativa diferente: un trust ownership (configurado como un legal state) por un lado, y un beneficial ownership (configurado como un equitable state) por otro. De este modo, tanto*

⁶⁵ Batiza, Rodolfo; Luján, Marcial: Ob. Cit. p. 19.

*el trustee como el cestui que trust tienene un derecho real sobre el bien, el cual resulta oponible erga omnes*⁶⁶.

El autor mencionado explica que en el derecho inglés la palabra *state* no significa propiedad, sino más bien interés, de tal suerte que sobre un objeto pueden existir distintos intereses⁶⁷.

Por su parte, Pierre Lepaulle, sobre la naturaleza jurídica, dice que existen dos posiciones⁶⁸:

a) En el *trust* el *cestui que trust* tiene un derecho personal contra el trustee, lo que implica que el primero es acreedor del segundo. Como corolario, el *trustee* es el único propietario de la cosa objeto del *trust*.

b) En el *trust* existe una división del derecho de propiedad entre el *cestui que trust* y el *trustee*. El primero no tiene un derecho a administrar, pero sí detenta todas las demás ventajas del dominio.

Sin embargo, agrega el autor, la naturaleza del *trust* no es ninguna de las tendencias de los antes referidas. Para el autor, su naturaleza es el ser un patrimonio de afectación⁶⁹.

⁶⁶ Rengifo García, Ernesto: "La Fiducia Mercantil y Pública en Colombia". Universidad Externado de Colombia. 3ª edición. Colombia, 2012, p, 30 y 31.

⁶⁷ Rengifo García, Ernesto: Ob. Cit. p. 18 y 19.

⁶⁸ Lepaulle, Pierre: Ob. Cit. p. 18 y 19.

⁶⁹ Para ver las fundamentaciones en que estriba esta posición, ver Lepaulle, Pierre: Ob. Cit. p. 20.

SECCIÓN 4: CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL TRUST

Como se indicó precedentemente, y siguiendo a Batiza y Luján, el *trust*, en el derecho angloamericano, no solo abarca esta institución propiamente tal, sino que en general, su uso es más amplio, abarcando todas aquellas relaciones de confianza, tales como el depósito, el albaceazgo, la tutela, el mandato, etc. Además, según explican, “es una relación de naturaleza fiduciaria con respecto a bienes que, aparte de implicar obligaciones de carácter personal, presupone la existencia de obligaciones de equidad impuestas sobre la persona investida del título legal a efecto de que, al manejar los bienes, se conduzca en beneficio de otra”⁷⁰.

En lo que respecta al concepto, el *trust* es una relación jurídica en virtud de la cual el *trustee* se obliga a negociar con una propiedad sobre la cual tiene un control (llamada *trust property*), para el beneficio de unas personas llamadas *beneficiaries*, dentro de las cuales él también puede estar incluido. Se trata, de una transmisión de bienes que una persona (*settlor*) hace a otra (*trustee*), en quien tienen confianza, para que ésta persiga un fin lícito en favor de sí mismo o de una tercera persona (*cestui que trust*)⁷¹.

⁷⁰ Batiza, Rodolfo; Luján, Marcial: Ob. Cit. p, 20 y 21.

⁷¹ Rengifo García, Ernesto: Ob. Cit. p. 29.

Pompeyo Claret y Martí, quien parte de la premisa de que el *trust* inglés dimana de la *fiducia cum amico contracta* del derecho romano, hace suya la definición que sobre él hizo Franceschelli, conceptualizándolo como “*una relación fiduciaria, derivada de la voluntad privada y de la ley, en virtud de la cual aquel que tiene sobre determinados bienes o derechos la propiedad formal o la titularidad, está obligado, por efecto de la propiedad substancial que no recae en él, a custodiarlos o administrarlos o ambas cosas, y de todos modos servirse en provecho de uno o más beneficiarios, entre los cuales puede incluso estar comprendido, o de un fin*”⁷².

Rodríguez Azuero indica que la *Restatement of the law of trust* define a este último, como “*una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes por la cual la persona que los posee (trustee) está obligada en derecho de equidad a manejarlos en beneficio de un tercero (cestui que trust). Este negocio surge como resultado de un acto volitivo expreso de la persona que crea el trust (settlor)*”⁷³.

Batiza y Luján, por su parte, indican que en Estado Unidos, El Instituto de Derecho Norteamericano (*American Law Institute*), el *Trust* se define así: “*El trust, según el término, se emplea en el Restatement (Third), Trusts Sección 2, cuando no está restringido por la palabras ‘resultante’ o ‘interpretativo’ es una relación fiduciaria con respecto a bienes, que surge de una manifestación de la*

⁷² Claret y Martí, Pompeyo: Ob. Cit. p. 35.

⁷³ Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. Cit. p. 24.

voluntad para crear esa relación que sujeta a la persona que tiene título sobre ellos a obligaciones que cumplir para manejarlos en beneficio de otra u otras personas”.

Otra definición, prosiguen los autores referidos, es aquel contenido en el Código Uniforme de *Trust (Uniform Trust Code)*, que, si bien no lo conceptualiza, indica en su sección 402, los requisitos para crearlo: 1) Capacidad de *settlor* para crearlo, 2) intención de crearlo, 3) la existencia de un beneficiario, 4) las obligaciones del *trustee* y 5) que el *trustee* no sea al mismo tiempo el beneficiario⁷⁴.

Sin perjuicio de todo lo indicado, definir el *trust* puede no sólo resultar difícil en tanto se satisfaga a todos con su conceptualización, sino que, además, resulta una empresa inalcanzable. Por eso, conviene enfatizar en lo dicho por los autores más arriba señalados, en cuanto a que mejor que definir, es destacar las características distintivas de esta figura. Así, y siguiendo a Powell, señalan *“la idea fundamental que sustenta al concepto de trust descansa sobre una base esencialmente simple, que consiste en la escisión de un derecho de propiedad por lo que hace a su administración y a su provecho económico; de acuerdo con ella, una o varias personas tienen la propiedad de ciertos bienes, mismos que administran en beneficio de otras o para un fin preestablecido”*⁷⁵.

⁷⁴ Batiza, Rodolfo; Luján, Marcial: Ob. Cit. p. 18.

⁷⁵ Batiza, Rodolfo; Luján, Marcial: Ob. Cit. p. 19.

En cuanto a los elementos del *trust*, éste tiene elementos personales y patrimoniales⁷⁶.

El elemento personal está constituido por quienes intervienen en su creación y funcionamiento: 1) El constituyente o *settlor*, 2) el *trustee*, y 3) el beneficiario o *cestui que trust*.

1) El constituyente o *settlor*

Es quien crea el *trust* expreso. Su intervención es efímera, por cuanto luego de destinar un derecho que forma parte de su patrimonio a una finalidad determinada, desaparece. Puede ser *settlor* todo aquel que puede disponer de un derecho legal o de equidad transferible.

2) *Trustee*

Puede ser una persona natural o jurídica, que tiene el título legal de los derechos que adquiere. Debe tener capacidad de adquirir y retener a título legal los bienes que se le transfieren; detentar capacidad natural y jurídica para desempeñar el *trust*, además de tener su domicilio dentro de la jurisdicción del tribunal competente.

⁷⁶ Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. Cit. p. 26.

Puede ocurrir, cuando así se declara, que una persona reúna en sí la calidad de *settlor* y *trustee*. En este evento más que una transferencia de bienes, opera una separación de patrimonios.

El *trust* no deja de existir o es inválido si el *settlor* no designa al *trustee* o porque éste no acepta el cargo. En dichos casos, es el juez quien procede a su designación.

El *trustee* puede aceptar expresa o tácitamente. Hecho, su acepción tiene efectos retroactivos. Su renuncia, sólo puede acontecer ante un juez competente o de la guisa prevista en su constitución. Su renuncia, no perjudica los derechos del beneficiario.

Se indica que el *trustee* dista mucho de ser un propietario de la manera como se entiende en el derecho civil. Por ende, no tiene posibilidad de abuso. No existe una desproporción entre el medio y el fin. Las obligaciones del *trustee* están señaladas en la ley. El beneficiario, por su parte, es el propietario de los bienes transferidos conforme a la equidad, con las facultades inherente a dicho dominio.

El *trustee* debe conservar los bienes que recibe. Además, debe propender a su incremento, evitando las inversiones especulativas y arriesgadas. El aumento, entonces, debe ser consecuencia de la dedicación y habilidad que ponga en el manejo de los bienes. Se señala que puede enajenarlos para

reemplazarlos por otros de mayor rendimiento o seguridad, mientras no esté proscrito.

Debe actuar con imparcialidad, de manera tal que, de existir un conflicto de interés entre los beneficiarios, debe actuar conforme al interés general.

Tiene la obligación de rendir cuenta de su gestión a los beneficiarios al término del *trust*.

En caso de duda sobre la conducción de su encargo, puede pedir el consejo y la aprobación de sus actuaciones al *judge in chamber*, cuando así lo estime conducente.

3) El beneficiario o *cestui que trust*

Es aquel a cuyo favor existe el *trust*. Su derecho se denomina *equitable state*, rigiéndose por el “derecho de equidad” y no por el “derecho común”.

Todo aquel que puede adquirir la propiedad legal, puede adquirirla por la equidad. Los incapaces pueden ser beneficiarios.

El *trust* puede existir en favor de programas o actividades, más que en relación a personas, como, por ejemplo, un *trust* constituido para favorecer una investigación científica.

Los bienes que conforman el *trust* no forman parte del patrimonio del beneficiario. No obstante, tiene un derecho o interés respecto de los rendimientos y a la posterior entrega de los bienes, derecho comerciable, salvo

excepciones. Al decir de Rodríguez Azuero, “En consonancia con sus derechos el beneficiario puede ejercitar un conjunto de acciones encaminadas a que el *trustee* lleve a cabo una operación o celebre un contrato, o a que se abstenga de hacerlo; unas para obtener su remoción y otras para invocar la subrogación real, es decir, reclamar como bienes del *trust* los que han sido adquiridos con su dinero. También puede perseguir los bienes del *trust* en poder de terceros, mientras la venta no corresponda a las facultades del *trustee*, salvo que aquellos hayan dado una contraprestación y no conociesen la violación de los términos del *trust*”⁷⁷.

Por su parte Batiza y Luján señalan que el beneficiario puede no estar designado, pero debe ser determinable para que exista un *trust* válido⁷⁸.

El elemento patrimonial ⁷⁹ está conformado por un conjunto de bienes que constituyen una unidad y afectos a un fin determinado.

Batiza y Luján añaden que *“la doctrina anglosajona sostiene que, por definición no puede haber trust sin bienes específicos que constituyan su objeto. También admite que toda clase de bienes, ya sean muebles o inmuebles, legales o de equidad, tangibles o intangibles, son susceptibles, salvo prohibición legal expresa, ser objeto de trust”*. Después señalan que *“los bienes dados en trust se designan en el Restatement con la expresión “bienes del trust” (the trust*

⁷⁷ Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. Cit. p. 34.

⁷⁸ Batiza, Rodolfo; Luján, Marcial: Ob. Cit. p, 23.

⁷⁹ Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. Cit. p. 35.

property); cuando se hace referencia a ellos como un todo, la denominación empleada es “patrimonio del trust” (*the trust state*); y cuando se trata de diferenciar el derecho que corresponde al trustee de la cosa sobre la cual recae, la designación para identificar a ésta es “materia del trust” (*the subject matter of the trust*), que en ocasiones cambia a “res o caso del trust” (*the trust res*)⁸⁰.

En cuanto a los términos del *trust*, los autores citados señalan que en general los principios y normas que rigen al *trust* son supletorios de la voluntad de los intervinientes de este negocio.

Son derechos o principios no modificables: 1) El *settlor* no puede interferir con las decisiones de la corte; 2) el *settlor* no puede perjudicar derechos de terceros o de acreedores; 3) Le está impedido al *settlor* crear un *trust* en oposición al orden público o de una norma de interés.

Además, los autores mencionados agregan que “*al constituir un trust, dice Scott, el settlor puede insertar las disposiciones que estime convenientes con respecto a las obligaciones y facultades del trustee y a los derechos de los beneficiarios, siendo válidas y legalmente exigibles de no contravenir normas o principios jurídicos; las reglas referentes al trust, en su mayoría, tienen carácter supletorio, por lo cual sólo se aplican cuando el settlor no haya indicado una intención diversa, habiéndose convenido en que la expresión “términos del trust” significa la manifestación de voluntad del settlor, exteriorizada en forma*

⁸⁰ Batiza, Rodolfo; Luján, Marcial: Ob. Cit. p. 24.

*susceptible de prueba judicial. La expresión, empero, no se limita a las disposiciones expresas, sino que también comprende las manifestaciones inferidas, ya de actos del settlor, o de las circunstancias que rodearon a la creación del trust*⁸¹.

SECCIÓN 5: CLASES DE TRUST

El *trust* puede ser de diversas clases que dependerán de cómo nazca a la vida del derecho, de sus intervinientes, de su objeto, etc. Someramente pasaremos a expresar las principales clases de *trust*⁸²⁻⁸³:

1) El *trust* puede ser voluntario, el que a su vez en cuyo caso, a su vez, se divide en: *express trusts* (*trust* expreso) e *implied trust* (*trust* implícito).

El primero, de más común ocurrencia, es aquel que requiere una manifestación expresa del *settlor* para su creación. El segundo, se infiere tácitamente de la voluntad de las partes o de las reglas del derecho o de la equidad. En el fondo, en el primero existe una voluntad explícita en crearlo, manifestándose claramente su voluntad en tal sentido. En el otro, en cambio, su creación se deduce de ciertas circunstancias, dentro de las cuales puede ser la voluntad tácita de las partes.

⁸¹ Batiza, Rodolfo; Luján, Marcial: Ob. Cit. p, 25.

⁸² Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. Cit. p. 37.

⁸³ Rengifo García, Ernesto: Ob. Cit. p. 32.

El *trust* implícito, lo podemos advertir en el siguiente caso: una persona proporciona a otro dinero para que adquiera una propiedad. Como se ve, la propiedad que tiene quien recibe el dinero es un *trust* implícito, aun cuando quien compra tenga pleno título sobre el bien adquirido.

2) El *trust* expreso puede ser, también:

a) Expreso ejecutado (*executed trust*): cuando una vez constituidos, no requiere de ningún acto posterior para producir efectos.

b) Expreso por ejecutarse (*executory trust*): que implica que tras la transferencia del bien, viene una disposición acerca de los beneficios, es decir, luego de la creación, devienen actos que determinan los efectos del *trust*.

c) Discrecional o *Discretionary trust*: Es aquel en que queda a discreción del *trustee* la forma de distribuir los beneficios, vale decir, tiene un amplio poder de apreciación.

d) Imperativo o *instrumental trust*: Es aquel en que el *trustee* debe ceñirse a las instrucciones del *settlor*.

3) El *Trust* puede ser establecido por el ministerio de la ley, y en este caso, el *trust* puede ser:

a) Interpretativo o *constructive trust*: que son aquellos impuestos por el derecho con independencia de la intención de las personas. En este tipo de

trusts, se le impone esta figura a quien teniendo una posición fiduciaria obtiene ventajas personales de la misma.

Ejemplo, un *trustee* mejora el valor de la propiedad que se le ha transferido quizá con la intención de beneficiarse él mismo. En este evento, el aumento en el valor de la cosa va para los beneficiarios.

b) Resultante o *trust resulting*: Es aquel con el cual se grava a quien tiene unos bienes destinados a formar un trust que no puede existir como tal, durante el tiempo que permanecen en su poder. Un ejemplo: Cuando en una compraventa el bien termina en manos de una persona distinta del comprador, que ha pagado por él un precio, en este caso se presume, debiendo probarse lo contrario, que aquella lo tiene, no como dueño, sino como *trustee* en beneficio de quien dio la contraprestación

4) Simple o especial: El *trust* simple es lo que antes se conocía como “uso pasivo”, que consiste en servir al *trustee* como intermediario entre el *settlor* y el *cestui que trust*.

En cambio, el *trust* especial, como se le conoce en la actualidad, es un conjunto de obligaciones determinadas y complejas encaminadas a cumplir con la voluntad del *settlor*.

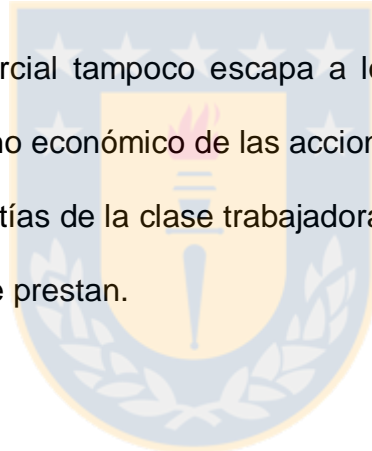
5) *Trust* público o privado: Los primeros están establecidos en beneficio de un gran número de miembros., estando dentro de la categoría de los *charitable trusts*, vale decir, fiducias caritativas destinados al desarrollo de la

ciencia, de la medicina o para apoyar organizaciones religiosas, promover la educación, evitar los efectos de la pobreza, etc.

Los *trusts* privados son destinados a una o más personas determinadas, mas no a la comunidad, por tanto, no son de beneficio para ciertos grupos.

Además, los *trusts* se han aplicado como medidas de seguridad para las familias: Por testamento, los bienes del causante son colocados en un *trust* e invertidos de manera tal que con el producto se beneficien a los herederos.

El sector comercial tampoco escapa a los *trust*. Los *trusts companies* administran el provecho económico de las acciones, los fondos provenientes de las pensiones y cesantías de la clase trabajadora con fines especiales, además de otras utilidades que prestan.



CAPÍTULO IV: EL NEGOCIO FIDUCIARIO

SECCIÓN 1: GENERALIDADES

En el presente capítulo se tratará el negocio fiduciario o fiducia, de la manera como fue fraguado por el pandectismo alemán, cuyo origen se remonta, según ellos, en la fiducia romana que vimos en uno de los capítulos anteriores. Por ahora, baste señalar que todo lo que se ha dicho del negocio el fiduciario se discute. Esta afirmación se extiende al origen del negocio fiduciario, pasando por su concepto, estructura y efectos. No en vano se ha indicado que, cada autor que emprende la tarea de abordar el negocio fiduciario, arriba a una propia concepción de este⁸⁴.

Cristina Fuenteseca señala la evolución del actual negocio fiduciario: *“El negocio fiduciario actual es el resultado de una recuperación de la fiducia romana por obra de los pandectistas en su afán de analizar las diversas manifestaciones del negocio jurídico. Pese a la recepción del Derecho romano en los códigos de tradición romanista, y, en primer lugar, en el Code Napoleon, no aparece en ellos la fiducia debido a que en la Compilación de Justiniano fue suprimida, porque cuando los compiladores del Digesto hallaron menciones de la fiducia en los*

⁸⁴ Martín León, Antonio: “Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la Propiedad. Cuadernos de Aranzadi Civil. Editorial Aranzadi S.A. Pamplona, 2012, p. 29.

textos de los juristas clásicos (época en que ésta todavía tenía aplicación en Roma) interpolaron dichas menciones sustituyendo la palabra fiducia por el vocablo pignus, como hemos dicho ya al referirnos a este problema a propósito de las fuentes de la fiducia. La investigación romanística ha identificado muchos textos referentes a ésta y pertenecientes a época clásica. Esta revitalización pandectística de la fiducia fue recibida de modo especial en Italia y desde la civilística italiana pasó a España y provocó la recepción en la doctrina española del negocio fiduciario, especialmente por el influjo de Castán, e incluso el Tribunal Supremo comenzó a admitir la posibilidad del negocio fiduciario, principalmente bajo la forma de venta en garantía, mientras que antes había operado con la venta con pacto de retro⁸⁵⁻⁸⁶.

⁸⁵ Fuenteseca, Cristina: Ob. Cit. p. 49.

⁸⁶ Alejandro Guzmán Brito relata brevemente el origen de la Pandectística: “Los países alemanes que hasta 1806 habían integrado el Reich, año en que Napoleón lo disolvió, por diversas causas no se sumaron a la corriente de la codificación durante el siglo XIX. Antes, sólo Baviera (1756) y Prusia (1794) habían codificado su Derecho. Durante todo el siglo XIX, pues, el ius commune (en su versión de usus modernus Pandectarum) se mantuvo como Derecho vigente en esos países, salvo en Sajonia, que se dio un código en 1863. Pero a comienzos del mismo siglo, y como reacción inmediata a la vieja metodología del romanismo jusnaturalista, se inició ahí una nueva tendencia de estudio de las fuentes romanas, cuyas premisas fueron halladas en el historicismo (en oposición al viejo racionalismo del Derecho natural). Se trata de la que llamamos “escuela histórica”, fundada por Federico Von Savigny (1779-1861). Pese a tales bases, una de las vertientes de esta escuela, que llamamos “pandectística”, terminó por adquirir un marcado carácter dogmático, ya presente en el propio Savigny (y que era una herencia del jusnaturalismo), de modo que durante todo el siglo Alemania produjo una vasta legión de juristas que sobre la base del Derecho de las Pandectas crearon una ciencia romanística de nuevo cuño, la cual permitió al país proporcionarse un código propio que no fuera imitación del francés, sino el resultado de una madura ciencia nacional. En 1900, en efecto, entro en vigencia un “Código Civil” (Bürgerliches Gesetzbuch) en todo el nuevo Reich de la Alemania ya unificada en 1871. A partir de entonces, el Derecho romano vino a adquirir también ahí la situación exclusivamente académica que había

Manuel Albadalejo, por su parte, cuando prologa la obra de Fuentesecca, advierte el error en que incurrieron los pandectistas (error que desarrolla Fuetesecca en su obra referida), al entender que el negocio fiduciario implicó una transferencia de la propiedad con la obligación de devolver la cosa (*pactum fiduciae*), al igual que la *fiducia* romana, por cuanto en el Derecho romano lo transmitido era una cosa en función de dueño, para el efecto de cumplir un cometido, pero jamás significó una transferencia de la propiedad, ya que incluso hasta fines de la república el concepto de *dominium* no estaba totalmente definido⁸⁷.

Sin embargo, la mayoría de los autores, incluidos los estudiosos del Derecho romano, entienden la *fiducia* de la manera como ha sido explicada en los capítulos anteriores y que el negocio fiduciario es heredero de la *fiducia* romana.

Notable resulta ser la observación que Federico de Castro y Bravo realiza del negocio fiduciario, cuando dice que éste *“ofrece la peculiaridad de que no ha sido regulada por las leyes y de que carece de antecedentes en el Derecho común. Es una figura sin los cuarteles de nobleza de la elaboración medieval. Puede calificársela a la vez de advenediza y de forastera a nuestro Derecho. Hasta fines del siglo pasado no fue inventada y se le dio nombre. Se ha*

alcanzado en los demás países que mucho antes se habían dado códigos civiles”.
Guzmán Brito, Alejandro. Ob. Cit. p. 77.

⁸⁷ Fuentesecca, Cristina: Ob. Cit. p, 11 y 12.

presentada en el mundo jurídico, eso sí, ungida con el doble carisma del Derecho romano clásico y de la dogmática del pandectismo. Su importancia en Italia y en España, países de sistemas causalistas, puede calificársele de sensacional, pues ha venido a conmover los cimientos mismos de su secular doctrina. Creación del pandectismo alemán, nace y se extiende apoyada en la concepción abstracta del negocio jurídico; recibida en uno de los dichos sistemas causalistas, origina disonancias o contradicciones insalvables; si no actúa como caballo de Troya para subvertir el régimen tradicional”⁸⁸. Como se ve, y conforme a lo expresado, la problemática del negocio fiduciario arranca desde su nacimiento, discordia que se mantiene al flanquearlo desde todas sus perspectivas, como se verá a lo largo de este capítulo.

Federico de Castro y Bravo sostiene que Ferdinand Regelsberger denominó al negocio fiduciario de esa manera, y de quien dimana también, su primera definición. El autor señalado, indica que Regelsberger conceptualizó al negocio fiduciario así: *“El negocio fiduciario se caracteriza en que las partes eligen para su fin práctico un negocio jurídico, cuyos efectos jurídicos –como ellas saben- excede de aquel fin; por ejemplo, transmisión de la propiedad para garantizar un crédito, cesión de un crédito para su cobro. Del negocio fiduciario nace el efecto jurídico correspondiente a su tipo, sin disminución: el fiduciario se hace propietario, acreedor crediticio o cambiario, como si la transmisión lo fuera*

⁸⁸ De Castro y Bravo, Federico: “El Negocio Jurídico”. Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil. Vol. X. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1967, p. 380.

para otro fin material, pues no existe un derecho de crédito, de propiedad o cambiario limitado a un solo fin. El fiduciario recibe un poder jurídico del que no ha de abusar para fines distintos del propuesto. Quien transmite le hace confianza de que no lo hará. El aseguramiento jurídico contra el abuso no va más allá de una obligación exigible”⁸⁹.

En lo que respecta al concepto del negocio fiduciario (que más adelante se abordará), lleva la razón Martín León cuando indica que el negocio fiduciario tiene una conceptualización que dista de la originalmente propuesta para ella, cuando señala que *“debe subrayarse el eclecticismo actualmente imperante en doctrina y jurisprudencia en orden a proporcionar un concepto de negocio fiduciario: en claro contraste con lo que ocurría en épocas anteriores, en las que se definía el negocio fiduciario con arreglo a las premisas de la teoría del doble efecto y se le caracterizaba como un negocio que operaba una transmisión plena y efectiva de la propiedad, a día de hoy, se prefiere una concepción más aséptica del mismo, que se distancia de la desprestigiada teoría del doble efecto y que, con suma prudencia, no se pronuncia acerca el traspaso o no de la propiedad”⁹⁰.*

En definitiva, lo que se pretende es enfatizar lo discutido que resulta ser el negocio fiduciario, lo que es fuente fecunda de discusiones a su respecto.

⁸⁹ De Castro y Bravo, Federico. Ob. Cit. p. 381

⁹⁰ Martín León, Antonio: Ob. Cit. p. 29.

SECCIÓN 2: CLASIFICACIÓN DEL NEGOCIO FIDUCIARIO

El negocio fiduciario, doctrinariamente, tiene varias clasificaciones. Pasemos a revisar sucintamente alguno de ellos.

Se ha distinguido el negocio fiduciario de tipo romano y germánico⁹¹. El negocio fiduciario admite esta clasificación atendiendo al origen sobre el cual descansa, es decir, según su origen romano o germánico, aquel será, actualmente, de uno u otro tipo.

En la fiducia de tipo romano, se ha dicho, se confiere al fiduciario un poder jurídico ilimitado, que implica una titularidad plena y definitiva sobre un bien, estando personalmente obligado a retransmitir al fiduciante o a otra persona la cosa transferida, alcanzando, previamente, el objeto previsto con esta figura. Si el fiduciante no utiliza la cosa objeto del negocio para el fin propuesto, al fiduciante solo le cabe un remedio de carácter personal, consistente en la reparación de los perjuicios que el fiduciario le ha ocasionado con su deslealtad.

En la fiducia de tipo germánico se confiere al *Treuhänder* (fiduciario) una titularidad sobre la cosa de manera condicionada resolutoriamente con eficacia real *erga omnes*. De esta guisa, todo uso contrario al fin perseguido con la fiducia

⁹¹ Jordado Barea, Juan B.: Ob. Cit. p, 12 y 13.

es ineficaz, produciéndose *ipso iure* el regreso de la cosa al fiduciante o a sus herederos, aún en perjuicio del tercer adquirente.

Puede adivinarse inmediatamente la diferencia entre uno y otro. En la fiducia romana además de la transferencia plena y definitiva del dominio de la cosa por el fiduciante al fiduciario, las posibilidades de este último de deshonorar su palabra son intrínseca al negocio mismo. No ocurre lo mismo con la fiducia germánica, en que el desvío del fiduciario respecto a su cometido a realizar con el negocio fiduciario, produce *ipso iure* el retorno de la cosa al fiduciante, incluso en perjuicio del tercer adquirente.

Respecto del negocio fiduciario de tipo romano, puede ser de dos tipos: *cum amico* (llamado por alguno de gestión o administración) y *cum creditore* (denominado también de garantía). Se ha dicho que la primera se contrae en interés ajeno, mientras la segunda en interés propio. Así, Jordano Barea dice: *“La fiducia cum creditore se concluye más bien en el interés del fiduciario, que es el acreedor cuyo crédito se pretende garantizar; la fiducia cum amico, en el interés del fiduciante o de un tercer beneficiario. En la primera existe una titularidad de una cosa a nombre propio y por cuanto ajena; en la segunda hay una titularidad en nombre por cuenta ajena”*⁹².

Como indica Martín León, tradicionalmente se ha entendido que ambos son subtipos de la fiducia romana, empero, existe una posición que señala que

⁹² Jordano Barea, Juan B.: Ob. Cit. p. 21.

no emanan de un concepto unívoco e indiferenciado, por cuanto ambas llevan a funciones dispares, por eso “se ha llegado a decir que resulta <<antinatural>> incluir bajo una misma rúbrica la *fiducia cum creditore*, en la que la situación fiduciaria se impone por el fiduciario y en su exclusivo beneficio, como acreedor que obtiene de este modo una enérgica garantía, y la *fiducia cum amico*, en la que el fiduciario actúa a la conveniencia del fiduciante, pues la situación fiduciaria es creada en interés de este último. Más, no sólo por ello, sino también por el distinto grado de confianza existente en cada una de dichas clases de *fiducia*”⁹³.

Lo antes expresado nos lleva a otra clasificación del negocio fiduciario de tipo romano: *fiducia pura* o *impura*.

Como expone Jordano Barea, la *fiducia cum amico* es un verdadero negocio de confianza, en tanto no ocurre lo mismo en la *fiducia cum creditore*, por cuanto se trata de negocios en interés propio, lo que ha llevado a algunos a distinguir entre negocios fiduciarios puros o genuinos, siendo de ese tipo la *fiducia cum amico*, y negocios fiduciarios impuros o mixtos, siendo de este tipo el negocio fiduciario *cum creditore*. La razón para sostener esto estriba en que, como el negocio fiduciario implica confianza del transmitente en el adquirente, ello es anómalo en la *fiducia cum creditore*, mientras es característico en la *fiducia cum amico*⁹⁴.

⁹³ Martín León, Antonio: Ob. Cit. p. 39

⁹⁴ Jordano Barea, Juan B.: Ob. Cit. p. 21

Por su parte, Navarro Martorell señala que la fiducia romana *cum amico* se denomina pura, como contrapartida al negocio fiduciario *cum creditore*, llamado impuro o mixto, añadiendo que los primeros son además “altruistas”, mientras que los segundos son llamados también “egoístas”.

El motivo de esas denominaciones, siguiendo al autor citado, descansa en que los “puros”, el dominio se transfiere para satisfacer un interés ajeno del fiduciario, a diferencia de los “impuros” o “mixtos”, donde se satisface un interés del fiduciante y del fiduciario. Dice el autor mencionado: *“ha sido repetidamente observado que esta fiducia o típica confianza es absoluta en aquellos negocios fiduciarios que exclusivamente dependen, tanto en su desarrollo normal como en la anormalidad –no cumplimiento por el fiduciario de lo convenido-, de la mera obligación personal asumida por éste. Es entonces sólo cuando puede verdaderamente decirse que se confía en su persona y que en esa confianza descansa todo el negocio. No sucede así, en cambio, cuando por una u otra circunstancia el fiduciante cuenta con un poder de exigir diverso y más fuerte que el que otorga la mera acción personal (siempre que sea relacionado con el negocio)”*⁹⁵.

No obstante, esta clasificación, y siguiendo a Jordano Barea nuevamente, *“siendo la fides la base necesaria y suficiente de los negocios fiduciarios, puede decirse que tanto la fiducia cum amico como la fiducia cum creditore son*

⁹⁵ Navarro Martorell, Mariano. Ob. Cit. p, 121 y 122.

especies de una misma categoría unitaria. Ni siquiera cabe hablar de una clase de negocios fiduciarios más puros y genuinos que otros. Lo que sucede es que en los casos de fiducia cum amico, normalmente, el fiduciante cuenta también con aquellas condiciones personales de amistad, lealtad, probidad, rectitud de conciencia, etc., que fortalecen la fides y dan al negocio una base más sólida y duradera. Por el contrario, en el supuesto de un negocio fiduciario de garantía, en el que por regla general suele ser tan marcada la oposición de intereses entre deudor y acreedor, la relación fiduciaria se apoya tan sólo en la confianza específica en la palabra empeñada, que puede darse incluso entre dos sujetos que no estén unidos por vínculo alguno de amistad.

La antítesis fiducia cum amico-fiducia cum creditore, fiducia pura-fiducia impura, puede, por tanto, ser superada por medio de la fides, haciendo de la relación de confianza o amistad (fiducia) un elemento accesorio que puede faltar sin menoscabo de la calificación fiduciaria”⁹⁶.

No comparte dicha conclusión Sergio Cámara Lapuente, para quien “el tratamiento indiferenciado del negocio fiduciario, como rúbrica única, sin distinguir entre sus dos modalidades clásicas, resulta antinatural, habida cuenta no sólo del diferente grado de confianza existente en cada una, sino del dispar status generado por la fiducia cum creditore, en que la situación fiduciaria se impone por el fiduciario y en su exclusivo beneficio, como acreedor, en relación

⁹⁶ Jordado Barea, Juan B.: Ob. Cit. p, 26

*con la fiducia cum amico, en la que el fiduciario actúa a la conveniencia del fiduciante y en su interés. Distinguir ambos tipos no obedece sólo a la sagacidad conceptual o al prurito terminológico, sino que presenta importantes consecuencias: acabamos de ver cómo los límites y la orientación del fraude son diferentes en ambos tipos de fiducia, como también lo son, para cada una, las figuras afines, las consecuencias registrales y, sobre todo, como examinaremos a continuación, los efectos de la titularidad fiduciaria según sea su finalidad de garantía o de gestión. Es importante, por tanto, no generalizar, no hablar del negocio fiduciario en sentido unívoco, usualmente identificado con la fiducia cum creditore*⁹⁷.

Volviendo a la clasificación de la fiducia, y según señalé más arriba, ella puede ser: fiducia de gestión, de garantía y de liberalidad. Conforme a Sergio Cámara Lapuente: *“En la fiducia para fines de gestión o administración, fiducia gestión o, simplemente, fiducia-gestión, el fiduciante transfiere al fiduciante la titularidad de los bienes con el único objeto de gestionarlos mejor, dadas las cualidades del fiduciario o la especial situación del fiduciante. Cuando la gestión sea en beneficio de un tercero al que se quiere beneficiar con dichos bienes, estaremos ante una fiducia-liberalidad (término que incluye la fiducia sucesoria y la fiducia de liberalidad inter vivos), mientras que si la gestión es en propio*

⁹⁷ Cámara Lapuente, Sergio: Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español. En Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N° 654, Septiembre – Octubre, 1999, páginas 1757-1865. Descargado en Word, el 4 de julio de 2014 desde la página web: <http://vlex.com/vid/327427>, P, 23.

*interés del fiduciante nos encontramos ante una fiducia-gestión por cuenta del fiduciante. En la <<fiducia de garantía>> el fiduciante-deudor comunica la titularidad de los bienes o derechos al fiduciario, que asegura su crédito contra aquél en virtud de una sólida posición en relación con la cosa hasta que le sea satisfecho el débito*⁹⁸.

SECCIÓN 3: CARACTERÍSTICAS

En cuanto a las características del negocio fiduciario, se ha señalado que él es el resultado de dos elementos consistentes en la desproporción, de naturaleza objetiva, y la confianza, elemento subjetivo.

La desproporción guarda relación con el medio jurídico empleado y la finalidad que las partes persiguen con el negocio, de tal suerte que los efectos de este exceden el propósito práctico que las partes quieren lograr con el medio utilizado.

La confianza inspira a los cocontratantes a proceder de la manera como lo hacen, de la suerte que ambos elementos –desproporción y confianza- están íntimamente conectados, en tanto la desproporción del medio con el fin deriva

⁹⁸ Cámara Lapuente, Sergio: Ob. Cit. 23.

de la potestad de abuso del fiduciario respecto al fiduciante y la confianza del fiduciante sobre el fiduciario, de que éste último no procederá deslealmente⁹⁹.

Por su parte, Cámara Lapuente señala que, conforme a la jurisprudencia española, son elementos constitutivos del negocio fiduciario: a) el uso de un medio indirecto para la obtención de un fin a que no está destinado la vía directa y típica sancionada en el ordenamiento jurídico; b) desproporción entre el medio jurídico utilizado y el fin tenido en vista; c) Riesgo de abuso del fiduciario, que está dado por la posibilidad de quiebre de la confianza depositada en el fiduciario, si éste se encauza deslealmente, creando terceros adquirentes frente a los cuales el fiduciante carece de amparo jurídico; d) Rango superlativo de la confianza.¹⁰⁰

En lo que respecta al vínculo o no entre la fiducia y el negocio jurídico indirecto, Antonio Martín León señala que son tres las tesis que se propugnan: a) una relación identificadora, en tanto ambos son lo mismo; b) una relación integradora, que implica que el negocio fiduciario es una clase de negocio indirecto, y c) una relación diferenciadora, que entiende que el negocio fiduciario es distinto del negocio indirecto¹⁰¹⁻¹⁰².

⁹⁹ Martín León, Antonio: Ob. Cit. p. 31.

¹⁰⁰ Cámara Lapuente, Sergio: Ob. Cit. p. 9.

¹⁰¹ Martín León, Antonio: Ob. Cit. p. 33.

¹⁰² Sobre los negocios jurídicos indirectos, Alessandri, Somarriva y Vodanovic señalan: *“Mejor que de actos directos e indirectos debe hablarse de procedimientos directos e indirectos para lograr el efecto jurídico perseguido por las partes. Si, por ejemplo, quiero donar un bien a un amigo, puedo hacerle lisa y llanamente la liberalidad (procedimiento directo) o bien, y por cualquier circunstancia, puedo darle el bien en administración sin*

obligación de rendir cuenta y con facultad de enajenar- Negocio jurídico indirecto, es, pues, el acto jurídico que representa una vía indirecta oblicua o transversal para alcanzar el efecto jurídico que las partes buscan. En verdad, no constituye una categoría jurídica. Se diferencia de los actos simulados porque la operación que lo constituye es real y visible, y no fingida.

Las figuras más importantes de actos indirectos, como se verá oportunamente, son los actos fiduciarios y los actos fraudulentos: aquéllos, como anotan los tratadistas, persiguen un fin económico fuera de la ley, y los últimos, contra la ley". Alessandri R., Arturo, Somarriva U., Manuel, Vodanovic H., Antonio: Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General. Editorial Jurídica de Chile. 7ª edición. Santiago, 2005, Tomo II, p. 190.

Puede advertirse la opinión de los autores referidos: el negocio fiduciario no es una categoría jurídica independiente. Además, es una especie de negocio indirecto.

Raúl Diez Duarte, por su parte, considera al negocio fiduciario, a los actos celebrados en fraude de la ley y a los actos aparentes como las tres especies de negocio indirecto u oblicuo que pueden presentarse, (y distintos de la simulación) y al que define como *“una reunión de formas jurídicas diversas, cada una con sus caracteres propios; pero que combinados, producen un resultado diverso al que pudo conducir cada una de ellas aisladamente.*

Generalmente, se acude a estos métodos, ya porque la ley prohíbe obtener el resultado producido por la combinación de estas formas, ya porque el fin que se desea obtener no puede conseguirse directamente por una sola forma contractual que condiciones este resultado". Diez Duarte, Raúl: *“La Simulación de Contrato en el Código Civil Chileno. Teoría Jurídica y Práctica Forense”*. Sociedad Editora Metropolitana Ltda. Tercera Edición. Santiago, 2014, p, 301.

Manuel Albaladejo entiende que existe un negocio indirecto *“cuando, presupuesto su fin inmediato objetivo y típico (causa), se le utiliza, además, para un fin objetivo distinto de aquél”*.

Luego, añade que *“el negocio indirecto sólo es posible en tanto en cuanto se admita que, aun persiguiendo otro fin, el negocio en su conjunto sigue perteneciendo a la clase de negocios propia del primer fin perseguido; pues, de no admitir esto, el segundo fin no se conseguiría por un negocio extraño a él (negocio indirecto), sino por otro negocio específicamente adecuado (negocio directo)”*.

Posteriormente da un ejemplo para ilustrar lo dicho. Se trata de una compraventa celebrada entre A y B donde el precio es inferior a su justo precio, lo que se hace para enriquecer a B. En este evento estamos en presencia de un negocio indirecto, dice Albaladejo, *“pues se utilizaría un negocio (compraventa) para un fin (enriquecimiento liberal) distinto del suyo típico (intercambio de cosa por precio).*

Respecto a si es o no una categoría especial de negocio jurídico, Albaladejo señala que *“no es un tipo especial de negocio –no puede hablarse de él como categoría dogmática- sino que es un negocio cualquiera –el negocio causal empleado- aplicado a otro fin, además de al suyo típico. Ahora bien, otra cosa es que el sistema de servirse de negocios para fines diversos de los suyos dé lugar a una serie de cuestiones, procedente no del negocio utilizado, sino de la utilización para un fin diverso”*.

Finalmente, en cuanto a las normas aplicables al negocio indirecto, Albaladejo es claro: *“Al negocio indirecto se le aplican las normas propias del negocio que es. Pero al fin –indirecto- perseguido por él, se le aplican las normas que la ley establezca en*

Federico de Castro y Bravo, por su parte, considera que el negocio fiduciario es un negocio anómalo, éste último constituido también por los negocios simulados y los indirectos¹⁰³.

SECCIÓN 4: ESTRUCTURA DEL NEGOCIO FIDUCIARIO Y LA TEORÍA DEL DOBLE EFECTO

En esta sección se abordará la estructura del negocio fiduciario, como, asimismo, sus efectos, todo lo cual depende de la teoría que sobre este instituto se siga.

orden a tal fin, normas que se refieren a éste –en cuanto supone consecución de un resultado- y no al medio por el que se consigue (normas fiscales, sobre colación y reducción de liberalidades, sobre incapacidades, etc.)”. Albaladejo, Manuel: “El Negocio Jurídico”. Publicaciones del Real Colegio de España de Bolonia. José Ma Bosch, Editor. Barcelona, 1958, p, 213 y siguientes.

¹⁰³ De Castro y Bravo, Federico. Ob. Cit. p, 329 y siguientes. En efecto, dice este autor: *“Los negocios jurídicos, para su existencia y luego para su eficacia, han de reunir ciertos requisitos, unos exigidos para todos los negocios, otros propios de cada tipo y también, en su caso, habrá que no olvidar los peculiares de cada negocio en concreto. Cuando algunos de esos requisitos no son como debieran, se dice que el negocio jurídico es incompleto, irregular, falso o aparente. Denominaciones correspondientes a clasificaciones varias, que los autores entienden con diverso alcance y que aquí, por el momento no interesan. Ahora se trata tan sólo de un grupo especial de anomalías, que inciden en el negocio de tal modo, hasta imprimirle esa peculiar naturaleza que resulta de la simulación, el fraude, y la finalidad indirecta o fiduciaria”.*

Diez Duarte señala que los actos aparentes son una especie de negocio indirecto e indica que *“son los mismos actos fiduciarios o fraudulentos a los cuales la jurisprudencia ha reconocido su eficacia. En consecuencia, actos aparentes son aquellos actos fiduciarios o fraudulentos, que la jurisprudencia se ha visto en la necesidad de respetar a causa de que la vida de los negocios con su insistencia en repetirlos, han demostrado que son instituciones que deben existir para el Derecho”.* Diez Duarte, Raúl: Ob. Cit. P, 305-306.

Como señala De Castro y Bravo, la manera tradicional de comprender el negocio fiduciario es mediante la teoría del doble efecto, que es la forma como la configuró la pandectística alemana y como la definió Ferdinand Regelsberger, cuyo concepto se anotó más arriba¹⁰⁴.

Podemos citar otros autores que siguen esta corriente:

Juan Jordano Barea, dice que el negocio fiduciario *“consiste en la transmisión definitiva de una cosa o de un derecho para un fin de administración o garantía que no exige esa transmisión definitiva.*

*De la falta de correspondencia exacta entre el lado real y el lado obligatorio del negocio brota la idea de peligro. El fiduciante coloca al fiduciario (adquirente) en una situación que hace posible el abuso. El acto traslativo le confiere una titularidad definitiva erga omnes; aunque el fiduciario está personalmente obligado frente al fiduciante a devolver el bien transmitido una vez alcanzado el fin propuesto, su posición jurídica real le proporciona siempre la oportunidad de abusar enajenando la res fiduciaria o contraviniendo de otro modo el pactum fiduciae. Por eso el fiduciante pone en práctica voluntariamente el negocio confiando en la lealtad del fiduciario”*¹⁰⁵

Francisco Messineo indica que en el negocio fiduciario *“se está en presencia del traspaso (efectivo) de un derecho de una persona (fiduciante) a*

¹⁰⁴ De Castro y Bravo, Federico. Ob. Cit. p. 381.

¹⁰⁵ Jordano Barea, Juan B.: Ob. Cit. p, 12-13.

otra persona (fiduciario), estando de acuerdo en que tal traspaso debe servir para fines determinados. A la verdad, en definitiva, el derecho o debe retornar al patrimonio del transferente, o bien debe salir del patrimonio del fiduciario, o también ser destinado por él a determinado empleo”¹⁰⁶.

Según algunos, enseña De Castro y Bravo, el negocio fiduciario es un negocio jurídico de naturaleza compleja compuesto por dos contratos independientes. Uno de ellos de carácter real que implica la transmisión plena del dominio con su correspondiente atribución patrimonial, eficaz erga omnes, y otro de carácter obligacional, que solo es válido entre las partes, conforme al cual el adquirente debe actuar dentro de lo convenido, que permita al transmitente recuperar lo transferido, con el consiguiente deber de indemnizar perjuicios en caso contrario. El fiduciante enajena al fiduciario el dominio de modo definitivo e ilimitado, de manera que el fiduciario será desde entonces el dueño, con todas las facultades de tal, frente al fiduciante y frente a todos. El fiduciante queda con un derecho de crédito contra el fiduciario, el correspondiente a la obligación de utilizar la titularidad adquirida de modo que no contradiga la finalidad para la que se le ha confiado¹⁰⁷.

Es decir, se consideró que el negocio fiduciario se constituía por dos contratos independientes, pero el obligacional se hallaba subyugado al real. Más

¹⁰⁶ Messineo Francesco: Manual de Derecho Civil y Comercial. Trad. De Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1954, T. II, p.453.

¹⁰⁷ De Castro y Bravo, Federico. Ob. Cit. p. 381.

tarde se entendió que era una forma compleja conformada por dos negocios, conexos, con mutua subordinación, pero distintos. Luego, se buscó el enlace causal del negocio, perfilándose en dos direcciones: 1) habría una conexión de contratos, o un acto jurídico complejo, causal, en el cual, uno de los contratos es de transmisión real abstracto (en el sentido de que la causa reside fuera de él, no de que no tenga causa) y otro obligatorio, causal, en que se expresa la causa de los tres –los dos simples y el complejo- que es única, y denominada causa *fiduciae*. Para otros, en negocio fiduciario es único (real-obligacional) y unitario, donde los efectos reales y los obligatorios tienen el mismo fundamento causal, que informa a todo el negocio. La obligación de retransmitir surge por el carácter transitorio o temporal de la causa *fiduciae*, que morigera personalmente la facultad de disposición del fiduciario, pero no existe duplicidad negocial, sino un único negocio causal¹⁰⁸.

Para enfatizar esta última forma de entender el negocio fiduciario, siguiendo a Martín León, el negocio fiduciario, aún dentro de la teoría del doble efecto, están aquellos que, apartándose de la dualidad negocial, consideran al negocio fiduciario como un todo, con su propia y peculiar causa (*causa fiduciae*): es decir, es un negocio único, con causa también única, aunque con estructura compleja¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Cámara Lapuente, Sergio: Ob. Cit. p. 12.

¹⁰⁹ Martín León, Antonio: Ob. Cit. p. 41.

Esa causa *fiduciae* es causa suficiente del negocio. El autor antes citado señala: *“De cualquier modo, la invocada causa fiduciae produce el efecto de transferir la propiedad al fiduciario y aquí está la clave para comprender tanto los rasgos del negocio desde esta teoría (desproporción, potestad de abuso), como las injusticias materiales que ocasiona su rotulación precisa pero artificiosa. Conscientes de ello, algunos autores trataron de suavizar los efectos nocivos, sosteniendo la invalidez de la transmisión efectuada por el fiduciario en favor de terceros que conociesen su auténtica calidad de tal y la obligación contraída, y careciesen, por ende, de buena fe. Sin embargo, quedan sin resolver otros muchos problemas, ente los que descolla la intervención de los terceros acreedores, ya del fiduciante, ya del fiduciario”*¹¹⁰.

Mariano Navarro Martorel, quien entiende que el negocio fiduciario como uno de carácter complejo, que se caracteriza por la conexión de contratos, señala que implica una conexión de contratos con dependencia recíproca, lo cual supone contratos distintos que en la intención de las partes son queridos como un todo. Pues bien, habiendo ya descrito los dos contratos, el real y el obligatorio, y hecho lo posible por esclarecer su relación de dependencia recíproca, ya en dos ocasiones nos hemos visto forzados a poner vagamente de relieve el valor causal del obligatorio con relación al patrimonial.

¹¹⁰ Cámara Lapuente, Sergio: Ob. Cit. p. 13.

Bruno Rodríguez-Rosado, quien se inclina por entender el negocio fiduciario unitariamente, con su única causa, señala: *“volviendo a la distinción entre causa de la obligación, del contrato y de la tradición, hay que recordar que lo fundamental es, en primer lugar que cada obligación tenga su causa, conforme con las establecidas en el art. 1.274 del Código Civil; en segundo lugar, que la finalidad o motivación común al realizar el contrato –la causa del contrato- no sea contraria a las leyes, a la moral u al orden público; y, en ese caso, dicho contrato existe por ser conformes al resto de requisitos, éste sería título o causa para, unido a la tradición, operar la transmisión de la propiedad. Luego agrega: Por lo que se refiere a la causa de la obligación, siendo la fiducia la transmisión de la propiedad con la promesa de retransmitir del fiduciario, la causa para el fiduciante será la obligación que el fiduciario adquiere de retransmitir la propiedad; y para el fiduciario la transmisión que le ha hecho a la otra parte. La causa de la obligación para uno será la obligación o la prestación que lleva a cabo el otro, y que explica que no se produzca un enriquecimiento sin causa. El fiduciante da, pero a la vez, le surge un crédito sobre la cosa transmitida; el fiduciario recibe, pero no se enriquece, porque paralelamente a la entrada del bien en su patrimonio nace la obligación de retransmitirlo. La prestación del fiduciante encuentra su causa en la obligación del fiduciario y viceversa. Posteriormente añade: “Creo que esta causa tiene plena eficacia en el Derecho español. Se trata de una interrelación de causas semejante a la que se produce en los negocios credendi causa, de los que la fiducia no es más que una especie.*

En aquellos contratos, por ejemplo, en el mutuo o en el comodato, la causa de la transmisión del mutuante o del comodante es la obligación del mutuario o del comodatario de devolver; y la causa de ésta no será nunca la mera liberalidad, como apunta el art. 1.274 del Código Civil, sino la entrega que ha realizado antes la otra parte. Si el mutuo, idéntica estructura causal que la fiducia, sirve para transmitir la propiedad de lo entregado, no veo defecto en la causa para negarle este efecto a la fiducia”¹¹¹.

Joaquín Garrigues, quien es de la misma línea que Rodríguez-Rosado, explica que según el artículo 1274 del Código Civil Español, la simple promesa de una cosa o servicio puede ser causa en los contratos onerosos. Este servicio consiste en el deber del fiduciario de servirse de la cosa o del derecho conforme a las instrucciones convenidas. La *causa fiduciae*, identificada con la finalidad mandato o de garantía, visible en el negocio fiduciario, es la que constituye la causa de ese negocio complejo que llamamos fiduciario¹¹².

Empero de todo lo dicho, fue Federico de Castro Y Bravo quien expuso las supuestas deficiencias que tiene esta figura, resultando en el declive de la teoría del doble efecto; denuncia que efectuó en una conferencia impartida el 14 de noviembre de 1966 en la Academia Matrisense del Notariado”¹¹³.

¹¹¹ Rodríguez-Rosado, Bruno. Ob. Cit. p., 107.

¹¹² Garrigues Díaz-Cañabate, Joaquín: “Negocio Fiduciaros en Derecho Mercantil”. Publicación autorizada por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Imprenta Viuda de Galo Sáez de Paños. Madrid, 1955, p. 29.

¹¹³ Cámara Lapuente, Sergio: Ob. Cit. p.13.

SECCIÓN 5: CRÍTICA A LA TEORÍA DEL DOBLE EFECTO

Como se anotó más arriba, fue Federico de Castro y Bravo, cual verdugo, quien desveló -a su entender- las deficiencias de la teoría del doble efecto. En efecto, el interfecto, a propósito de la estructura del negocio fiduciario, se pregunta “*¿Las entregas hechas a fines de garantía o de cobro pueden determinar la transmisión plena y definitiva de la propiedad en favor del fiduciario?*” Luego añade: “*Su respuesta exige inquirir: cuál sea la causa o fundamento jurídico de esa transmisión plena y definitiva, examinar las disposiciones legales que parecen en contradicción con la teoría del doble efecto y, en fin, contrastar la acusación que se le hace de venir a favorecer el fraude a la ley*”¹¹⁴.

A reglón seguido, dice que, en cuanto a la causa y al negocio fiduciario, habrá que atender si éste es el resultado de dos negocios distintos, conexos, pero jurídicamente independientes o comprenderlo como un negocio de naturaleza compleja. Así, dice que habrá que preguntarnos por la causa del negocio real transmisivo y también por la causa del negocio obligatorio; Al entender el negocio fiduciario de la segunda manera antes señalado, habrá que averiguar cuál sea la causa única, causa *fiduciae*, de ese negocio complejo. La teoría del negocio fiduciario como resultante de la conclusión de dos negocios,

¹¹⁴ De Castro y Bravo, Federico. Ob. Cit. p. 381.

no es impedimento en el antiguo Derecho romano ni tampoco en el Derecho alemán, gracias al carácter abstracto de la *"mancipatio"* y del *"dingliches Vertrag"*. Sin embargo –dice- sí tiene repercusión en los sistemas causalistas. Para la existencia de cada contrato –razona- se requiere una causa propia y adecuada. La transmisión de la propiedad se produce por consecuencia de los contratos traslativos y mediante la tradición. Así, en la venta de garantía, resulta que el negocio transmisor de la propiedad (la venta) carece de causa propia, al no haber precio, no teniendo otra causa, ya que no puede servir como tal el pacto fiduciario, al haberse predicado la independencia total entre los negocios transmisivos de eficacia real y el pacto de mera eficacia obligatoria¹¹⁵.

Por lo expuesto, los defensores de la teoría del doble efecto han abandonado en el Derecho español la teoría de la dualidad negocial y consideran el negocio fiduciario como un solo negocio, con su propia causa, que llaman *"causa fiduciae"*. Según el artículo 1.274 del Código Civil español, la causa puede ser la simple promesa de una cosa o servicio en los contratos onerosos, por lo tanto, este servicio consistirá, en el negocio fiduciario, en el deber del fiduciario de servirse de la cosa conforme a las instrucciones del fiduciante y de restituirlos de acuerdo con estas instrucciones. La *causa fiduciae*, identificada con la finalidad de mandato o garantía, visible en el negocio obligatorio, es la que constituye la causa del negocio fiduciario. Dicha causa atípica, implica el juego

¹¹⁵ De Castro y Bravo, Federico. Ob. Cit. p. 406.

de una prestación o atribución patrimonial contra la promesa obligacional del fiduciario de servirse de la cosa conforme a lo pactado y de restituir, al fiduciante o a un tercero, la misma cosa¹¹⁶.

Frente a la construcción expuesta en el párrafo anterior, De Castro y Bravo se cuestiona: ¿Puede servir a tal efecto la venta en garantía? ¿Dónde se encuentra aquí la reciprocidad de prestaciones propia del contrato con causa onerosa? Luego, se responde: *“A la entrega de la cosa confiada no corresponde precio, que aquí no existe. Las obligaciones asumidas por el fiduciario no pueden ser valoradas como contraprestación de la pérdida de la propiedad que sufriría el fiduciante; no son un <<quid pro quo>>. El fiduciante no ha recibido nada por lo que ha dado. Las obligaciones del fiduciario harán tan sólo que su beneficio sea inferior del que lo sería por una donación simple, por la que se adquiere plena y definitivamente la propiedad, sin abonar precio; pues se dice que adquiere la propiedad plena y definitivamente, con la promesa de tener en cuenta que la recibe a fines de garantía; a la manera, si se quiere, de quien es favorecido con algo, bajo una carga o modo. El fiduciario recibe la propiedad, recibe también la garantía y en contraprestación nada ha dado, de nada se ha desprendido; el fiduciante pierda la propiedad, se desprende de ella para garantizar a otro y nada ha recibido, ni por lo uno ni por lo otro. En la venta en garantía, por tanto, no parece posible encontrar una causa que merezca el calificativo de onerosa y que*

¹¹⁶ De Castro y Bravo, Federico. Ob. Cit. p. 407.

así justifique el paso pleno y definitivo de la propiedad del fiduciante al fiduciario”¹¹⁷.

De Castro y Bravo prosigue con su análisis crítico sobre esta configuración de la fiducia: *“La construcción examinada del negocio fiduciario choca todavía con otro obstáculo: la inadecuación de la <<causa fiduciae>> respecto al efecto de transmitir una propiedad, de modo pleno y definitivo. Eliminada la compraventa como tal título transmisivo, por ser simulada e inexistente, queda como único título el disimulado de garantía o de mandato. La transmisión de la propiedad requiere un título o causa adecuada. El garantizar un cobro o el cumplir un encargo no son títulos que puedan justificar, respectivamente, una pérdida y una adquisición de propiedad, de modo pleno y definitivo”¹¹⁸.*

SECCIÓN 6: DE LA CAUSA DEL NEGOCIO FIDUCIARIO

Abordar la causa como elemento del negocio jurídico, y aterrizarlo en el plano del negocio fiduciario, resulta de la mayor importancia, la que está dada, finalmente, por la recepción o no de simulación de dicho negocio. Entonces, siguiendo a Antonio Martín León¹¹⁹, las teorías que se ciernen en torno a la causa

¹¹⁷ De Castro y Bravo, Federico. Ob. Cit. p, 406.

¹¹⁸ De Castro y Bravo, Federico. Ob. Cit. p, 409.

¹¹⁹ Martín León, Antonio: Ob. Cit. p, 101 y sgtes.

del negocio fiduciario son las siguientes, las que, en todo caso, dependen de la distinción entre causa de la obligación, de la atribución patrimonial y del contrato.

Si se entiende la causa *fiduciae*, como causa de la obligación, atendiendo al negocio fiduciario como un acto unitario y causal, y habida cuenta al artículo 1274 del Código Civil español¹²⁰, la promesa de una cosa o servicio puede ser causa de los contratos onerosos, en el negocio fiduciario, dicho servicios consiste en el deber del fiduciario de servirse de la cosa o del derecho conforme a las instrucciones del fiduciante y de restituirlos de acuerdo con esas instrucciones. La causa *fiduciae*, se identifica con la finalidad de mandato o de garantía, visible en el negocio obligatorio, y constituye la causa de ese negocio complejo denominado fiduciario. Es una causa atípica, consistente en el juego de una prestación o atribución patrimonial frente a la promesa obligacional del fiduciario de servirse de la a cosa dada en fiducia conforme a lo pactado y de restituir, al fiduciante o a un tercero, la misma cosa o derecho recibidos.

Respecto a la crítica a esta posición doctrinaria, valga lo dicho por De Castro y transcrito en la sección precedente.

Respecto a la causa de la atribución patrimonial, se señala que, para algunos, es posible la configuración de una causa *fiduciae* autónoma conforme

¹²⁰ Dice dicha norma: “En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor”.

al art. 1901 CC, gracias a que no existe una enumeración cerrada de las causas de la tradición frente a la enumeración taxativa de las causas de la obligación contenida en el art. 1274CC. El negocio fiduciario es concebido como un negocio real de transmisión de la propiedad (no como un contrato) con causa de garantía alojada en la <<otra justa causa>> del art. 1901 CC. En definitiva, la consecuencia de esta tesis es que, en virtud del negocio fiduciario, el fiduciante transfiere la propiedad de la cosa al fiduciario para garantizar el pago de una deuda, si bien la causa del negocio provoca que la propiedad quede temporalmente limitada.

En cuanto a la causa *fiduciae* como causa del negocio, Martín León, siguiendo a De Castro, señala que, al ser simulada o con causa falsa la compraventa, por ejemplo, la causa de la fiducia constará en el pacto fiduciario disimulado y consistirá, bien en proporcionar una seguridad de cobro al crédito (*fiducia cum creditore*), bien en conceder un poder de administración (*fiducia cum amico*).

En consecuencia, dice Martín León, la causa de garantía sólo puede emplearse en el sentido de causa del contrato o del negocio (no en el de causa de la obligación), pues hace referencia a la función económico-social que desarrolla el negocio, o, si se prefiere, al contenido genérico del contrato. La causa de garantía consistirá en el reforzamiento de la posición acreedora

mediante la incorporación de un nuevo derecho subjetivo de carácter personal o real al derecho de crédito cuyo cumplimiento se quiere asegurar¹²¹.

SECCIÓN 7: EL FIDUCIARIO Y LA COSA DADA EN FIDUCIA

Luego de explorar las alternativas que se traman sobre la causa del negocio fiduciario, conviene atender la situación jurídica que adopta el fiduciario con respecto a la cosa dada en fiducia. Esto, dependerá, como podrá adelantarse, de la teoría que se siga en torno al negocio fiduciario.

Martín León se pregunta si la causa de garantía o de administración es justa causa para la transmisión de la propiedad, teniendo en consideración que *“como es bien sabido, en nuestro Derecho rige la teoría del título y el modo en la transmisión de derechos reales; se trata de un sistema de transmisión causal, en el que el contrato hábil para la transmisión (título o justa causa) ha de ir seguido de la entrega o tradición (modo) ex art. 609-2 CC”*. Tras lo anterior, expone las variantes que sobre este punto existen en el Derecho Español: *“Los autores partidarios de la causa fiduciae como causa de la obligación, la configuran como una causa atípica, fruto de la autonomía de la voluntad, lo que eleva al negocio fiduciario a la condición de tipo específico y autónomo. Mas, por lo que se refiere a lo que ahora nos interesa, consideran que tal causa es apta y bastante para la transmisión del dominio. Según este sector doctrinal, la fiducia es un negocio*

¹²¹ Martín León, Antonio: Ob. Cit. p. 107.

atípico –basado en una causa también atípica- que produce una transmisión plena y definitiva de la propiedad”. A reglón seguido añade: “Otros autores admiten una causa fiduciae de naturaleza atípica, que se entiende hábil y suficiente para producir un traspaso de la propiedad efectivo –es decir, ni pleno ni meramente formal- pero de carácter temporal, transitorio o no definitivo¹²²”.

Para el interfecto *“un apreciable sector doctrinal, y, como veremos más adelante, nuestra jurisprudencia, considera que la atípica causa fiduciae, que se identifica con el fin de garantía o de administración perseguidos, no provoca una verdadera y auténtica traslación dominical, sino que tiene una <<limitada eficacia real>>, esto es, que sólo es apta para producir una transmisión formal, o, si se prefiere, para transmitir una propiedad o titularidad formal.*

Por último, una también considerable parte de nuestra doctrina entiende que el negocio fiduciario no provoca ningún tipo de transmisión de la propiedad: ni plena, ni definitiva, ni temporal, ni siquiera formal. La mayoría de los autores aquí encuadrables entienden que el negocio fiduciario es un negocio simulado relativamente, y que descartada la compraventa como contrato transmisión por ser simulada, quedaría únicamente el contrato disimulado de garantía o de mandato, que en modo alguno es apto para transmitir la propiedad¹²³”.

Para él, si existe o no voluntad de transmitir la propiedad es indiferente, por cuanto en un medio como el español, para que opere una enajenación, es

¹²² Martín León, Antonio: Ob. Cit. p. 109.

¹²³ Martín León, Antonio: Ob. Cit. p. 110.

menester la ecuación: título-modo, de forma tal que *“el desplazamiento de los derechos reales no puede concebirse operado por virtud de un mero acuerdo abstracto de transmitir y adquirir. En consecuencia, el efecto jurídico de la transmisión de la propiedad no se concede, por más que sea realmente querido por las partes, sino cuando concurre una causa bastante, una justa causa para ello, y, ni la causa de garantía, ni la de administración de una cosa o gestión del ejercicio de un derecho son causas bastantes para transmitir la propiedad de las cosas o la titularidad de los derechos”*. Ergo, la mera voluntad de transferir el dominio de una cosa es insuficiente, *“sino que para dar cauce a sus propósitos deberán utilizar una estructura comercial que se considera apta a tales efectos*. Por consiguiente, de lo que se viene diciendo, es menester un título traslativo de dominio que conlleve luego la tradición de la cosa determinada.

Entonces, y siguiente aún a Martín León, *“como consecuencia de la simulación, la eficacia del negocio no se va a corresponder con la declarada querida por las partes, sino que para determinar la eficacia del negocio fiduciario habrá que atender a lo establecido por las partes en el acuerdo o pacto fiduciario. Así, se ha dicho que el poder que ostente el fiduciario sobre la cosa ha de estar en consonancia con la causa que informe el negocio fiduciario, y que el negocio fiduciario vale como negocio del tipo que resulte justificado por el fin perseguido (garantizar al fiduciario su crédito o que administre la cosa de que se trate, o que sobre el crédito que se le cedió), y, por tanto, transmite al fiduciario un poder adecuado a ese fin. La eficacia, pues, de la fiducia cum creditore no puede ser*

*otra que la de constituir una garantía en favor del fiduciario, mientras que la eficacia de la fiducia cum amico será la propia de un mandato*¹²⁴.

En atención a la tesis de De Castro, quien advirtió las irregularidades de la estructura del negocio fiduciario, se arribó al convencimiento mayoritario que él se identifica con la simulación, como ha quedado dicho más arriba. Al respecto Antonio Martín León dice: *“Vayamos por parte. En nuestra opinión, no es necesario descender a prolijas disquisiciones en orden a distinguir fiducia y simulación absoluta; todo se reduce a considerar que en la simulación absoluta las partes no persiguen ningún propósito negocial, sino sólo la creación de una apariencia falsa o engañosa, mientras que el negocio fiduciario pretende obtener un determinado fin de autonomía privada... En consecuencia, el auténtico problema radicaría en distinguir la fiducia de la simulación relativa, pues en este caso la distinción no sería de perfiles nítidos*¹²⁵.

El autor citado expone: *“En primer lugar, queremos dejar claro que concebimos la fiducia no como un tipo negocial dotado de una causa propia y específica, sino, y al igual que en la simulación, como un simple procedimiento anómalo y deformador del negocio jurídico. Tomamos partido, pues, en cuanto a la consideración de la simulación, ante todo, como un fenómeno, proceso, o mejor, un procedimiento*¹²⁶.

¹²⁴ Martín León, Antonio: Ob. Cit. p, 114-117.

¹²⁵ Martín León, Antonio: Ob. Cit. p 107.

¹²⁶ Martín León, Antonio: Ob. Cit. p 68.

Martín León, luego, manifiesta su opinión sobre el negocio fiduciario y la simulación, calificando al primero como un caso de simulación relativa, destacando que en ambas existe “el contraste o divergencia entre dos declaraciones de voluntad, una externa, operante frente a terceros, y otra interna o contradecación, operante entre las partes y en la cual consta la efectiva y auténtica voluntad. A nuestro juicio, en la fiducia, en tanto que constitutiva de simulación relativa, coexisten y se combinan dos declaraciones de voluntad, externa (la del negocio simulado) e interna (la del acuerdo o pacto fiduciario) conformando ambas la verdadera voluntad de las partes”¹²⁷.

Para salvar el defecto denunciado por De Castro, y según expone el mismo autor, se dice que el fiduciario recibe una propiedad formal que confiere un poder dispositivo, mientras que la fiduciante conserva la propiedad material (poder de goce); distinguiéndose correlativamente una relación interna, entre el fiduciante y fiduciario, y otra externa entre el fiduciario y terceros. No obstante, lo antes expuesto no resulta convincente, en tanto conlleva la creación de un tipo especial de derecho real, lo que iría contra la tendencia al número clausus de los derechos reales, además que supone admitir el negocio fiduciario como un negocio jurídico, cuando en la realidad es un procedimiento anómalo o deformador del negocio jurídico¹²⁸.

¹²⁷ Martín León, Antonio: Ob. Cit. p 75.

¹²⁸ De Castro y Bravo, Federico. Ob. Cit. p. 409.

Luego, De Castro propone una mirada del negocio fiduciaria, partiendo de los defectos que advirtió en la teoría del doble efecto. Al efecto propone: *“Del estudio hecho de la teoría del doble efecto en el sistema jurídico español se obtiene como resultado la imposibilidad de aceptar dicha teoría. La función confirmativa del negocio, que tiene la causa en nuestro Derecho, no permite que el fiduciario, como tal, adquiera la propiedad plena y definitiva de la cosa confiada. Las disposiciones legales que son aplicables expresa o implícitamente a ciertos negocios fiduciarios se oponen o niegan dicha eficacia de modo claro y decisivo. También ha de tenerse muy en cuenta que los resultados injustos a que la repetida doctrina inexorablemente conduce, dando preferencia a la forma externa sobre la realidad interna, son irreconciliables con la concepción del <<ius aequum>> propia de nuestro Derecho. Igualmente, que la protección del adquirente de mala fe, que se dice consecuencia ineludible de la tal teoría, repugna al principio general de la buena fe, que hace considerar indignas de protección jurídica normal las adquisiciones hechas de mala fe”¹²⁹.*

La doctrina española -advierde De Castro- arribó primero la figura del negocio fiduciario, no conforme la teoría del doble efecto, sino a favor de la posterior variante, según la que el fiduciante retienen la propiedad material de la cosa confiada, entregando al fiduciario la propiedad formal. Las razones de esta predilección inicial radica en no lleva a la señalada desarmonía insalvable entre

¹²⁹ De Castro y Bravo, Federico. Ob. Cit. p, 420.

la causa y la eficacia del negocio; pues la propiedad no se entiende transmitida de modo pleno y definitivo, sino limitada a la eficacia externa y condicionada a la finalidad fiduciaria: *“El fiduciante conserva la propiedad material de la cosa confiada y ello se compagina bien con el que pueda ejercitar –según los preceptos legales- el <<ius separationis>> en la quiebra del fiduciario y la acción reivindicatoria contra <<el interpósito>> y sus herederos. Con ella, también, se evita el resultado, repugnante al sentido de la justicia, de que el fiduciante quede indemne frente a los terceros adquirentes de la cosa confiada, cómplice del fiduciario desleal”*¹³⁰.

De Castro, eso sí, más que de propiedad formal, prefiere hablar de titularidad fiduciaria, pero cualquiera sea el caso, es decir, ya sea usando el término de propiedad formal o el de titularidad fiduciaria, lo que importa es que la tenencia del fiduciario no descansa en el negocio transmisor de la propiedad (la venta simulada), sino que en el pacto fiduciario (mandato o garantía de préstamo disimulado). Con ello no se niega la posible trascendencia real de la titularidad fiduciaria. Así, de Castro dice: *“Como en todo negocio simulado, los actos dispositivos que realice el fiduciario como titular dominical serán plenamente eficaces en favor del tercero de buena fe por título oneroso, en virtud de la responsabilidad del fiduciante al haber creado tal situación. Además, los pactos fiduciarios pueden otorgar ciertos poderes al fiduciario respecto o en la*

¹³⁰ De Castro y Bravo, Federico. Ob. Cit. p, 421.

cosa confiada. La representación no manifestada, la autorización implícita o explícita pueden llevar consigo la atribución de poderes de administración y disposición. La entrega de la cosa al fiduciario con finalidad de garantía puede – aunque sea discutible- originar un privilegio real en favor de quien conjuntamente es acreedor y fiduciario”¹³¹.

Respecto a la titularidad del fiduciario en la “*fiducia cum amico*”, según De Castro, el fiduciante no deja de ser propietario de la cosa confiada y puesta a nombre del amigo. Empero, la validez del encargo hecho por el fiduciante al fiduciario no es dudosa, sin perjuicio que no se le utilice como instrumento de fraude¹³².

En la venta en garantía, De Castro señala que ofrece dificultades para su validez superiores a las que pueda encontrar la *fiducia cum amico*, por cuanto supone siempre, además de la creación de una titularidad fiduciaria, la transmisión al fiduciario de un poder en la cosa confiada (irrevocable por el fiduciante, en interés del fiduciario).

Dicha enajenación de poder no puede fundarse en la venta, ya que ésta es inválida al faltarle su propia causa. Ha de reposar, por tanto, en el pacto fiduciario extraño a la escritura de venta, por el que se pone la cosa a disposición del fiduciario, a fines de garantía. Más la garantía depende, a su vez, de que

¹³¹ De Castro y Bravo, Federico. Ob. Cit. p, 424.

¹³² De Castro y Bravo, Federico. Ob. Cit. p, 424.

haya algo que se garantice y del por qué se garantiza. De ahí que la situación fiduciaria no puede considerarse separadamente de, por ejemplo, el préstamo concedido, la apertura de crédito o la concesión de prórroga respecto de un crédito vencido o próximo a vencer¹³³.

Nada se opone a la validez entre partes de la venta en garantía. Su eficacia derivará de la entrega de la cosa confiada (de hecho, o simbólica) que en concepto de venta se haya hecho al fiduciario. En virtud del pacto fiduciario, mientras no se den los presupuestos para la restitución (p. ej., impago de lo debido) el fiduciante no puede ser obligado a ser obligado a restituir y parece además que estará autorizado a retener (de hecho, o simbólicamente) la cosa confiada. Así, *“el significado de la titularidad del fiduciario en la <<fiducia cum creditore>> queda esbozado con lo ya dicho. El fiduciario no adquiere la propiedad (si se prefiere, <<la propiedad material>>) de la cosa confiada; ésta sigue siendo propiedad del fiduciante, aunque con la carga de haberla dejado en garantía al fiduciario, que queda en apariencia como su dueño (lo que se ha llamado <<propiedad formal>>). Esta distribución <<realista>> de poderes corresponde al interés legítimo del fiduciante, pero también libera adecuadamente de responsabilidades al fiduciario. Frutos naturales y civiles, accesiones de la cosa, bonos, nuevas acciones, premios atribuidos a los valores confiados, etc., corresponden al fiduciante. Pero también el fiduciante –y no el*

¹³³ De Castro y Bravo, Federico. Ob. Cit. p. 424.

fiduciario- pecha con la responsabilidad por el impago de cargas y contribuciones, de los daños que ocasionen animales, heredad de caza, edificios y explotaciones industriales (arts. 1.905-1.908) y soportará, además, la depreciación de lo confiado”¹³⁴.

La titularidad del fiduciario resulta, entonces, del pacto de fiducia. Como corolario, la extinción del préstamo garantizado conducirá al de la garantía, y con ella, la titularidad del fiduciario¹³⁵.

Relativo a la relación externa, los terceros de buena fe y a título onerosos que contraten con el fiduciario no podrán ser perjudicados por confiar en la plena eficacia de la titularidad dominical que el fiduciante confirió al fiduciario, sin exteriorizar su limitada condición de fiduciario¹³⁶.

A modo de síntesis, y para condensar todo lo dicho sobre la titularidad con que queda el fiduciario, conviene seguir a Martín León en este aspecto, quien da un recuento respecto del negocio fiduciario y la transmisión de la propiedad:

Para los seguidores de la teoría del doble efecto, en cualquiera de sus variantes, la propiedad se transfiere al fiduciario de forma plena y definitiva. El fiduciario sería el verdadero dueño con características *erga omnes*, es decir, no sólo frente a los terceros, sino también frente al fiduciante, o, lo que es lo mismo.

¹³⁴ De Castro y Bravo, Federico. Ob. Cit. p. 431.

¹³⁵ De Castro y Bravo, Federico. Ob. Cit. p. 434.

¹³⁶ De Castro y Bravo, Federico. Ob. Cit. p. 435.

Empero, en la actualidad, existe una casi total unanimidad doctrinal en torno al carácter pleno y definitivo de la transmisión de la propiedad. Las teorías que rechazan la transferencia con ese carácter tienen un común punto de partida, cual es: la negación de la existencia de una transmisión plena y definitiva de la propiedad en el negocio fiduciario. Algunas de ellas sostienen que la transmisión es limitada, bien se trate de una transmisión formal, bien de una transmisión temporal. Otras, en cambio, niegan que se produzca cualquier tipo de transmisión. Mas, como ya dijimos, el factor común de todas ellas radica en oponerse al carácter pleno y definitivo de la transmisión de la propiedad¹³⁷.

Por consiguiente, para enmendar los inconvenientes que originaba la transmisión plena y definitiva de la propiedad propugnada por la teoría del doble efecto, fueron propuestas otras formas de configurar la titularidad dominical del fiduciario. Ante todo, se trataba de limitar la eficacia transmisiva del negocio fiduciario. En este sentido, una de las fórmulas con mayor éxito es aquella según la cual el fiduciario recibe una propiedad formal, mientras que la fiduciante conserva la propiedad material, lo que a su vez conlleva el establecimiento de una doble relación (entre fiduciante y fiduciario) y externa (entre el fiduciario y terceros). En definitiva, esta teoría determina una especie de división o desdoblamiento del derecho de propiedad: mientras que en la relación interna el fiduciante es el auténtico propietario de la relación externa el fiduciario aparece

¹³⁷ Martín León, Antonio: Ob. Cit. p. 90.

ante terceros como titular dominical. La propiedad del fiduciario no sería absoluta, sino relativa, en el sentido de externa o de cara a terceros¹³⁸.

Sin embargo, el principal reproche que se erige sobre esta posición es la división de la propiedad en material y formal, lo que es ajena al Derecho español, pues atenta contra el concepto unitario e indiviso de la propiedad.

En segundo lugar, se ha objetado que esta teoría implica la creación de un tipo especial de derecho real poco acorde con la tendencia al cierre del número de derechos reales.

Por último, también se le achaca a la teoría de la transmisión formal la falta de determinación del contenido de la propiedad formal, pues no se aclara en absoluto cuál es su naturaleza, alcance y eficacia¹³⁹.

Una tercera posición es la que habla de la transmisión temporal, para quien el negocio fiduciario no origina una transmisión plena y definitiva de la propiedad, ni tampoco una transmisión meramente formal, sino que provoca una transmisión efectiva, aunque de carácter temporal. Sin embargo, esta teoría ha sido también rechazada por la doctrina dominante.

Finalmente existe la teoría que niega cualquier tipo de transmisión, por cuanto el negocio fiduciario no un caso de simulación relativa, ya que, en el

¹³⁸ Martín León, Antonio: Ob. Cit. p. 92.

¹³⁹ Martín León, Antonio: Ob. Cit. p. 495.

fondo, bajo la –falsa- apariencia de un negocio transmisivo de la propiedad subyace otro negocio, bien de garantía, bien de administración.

Así, como se indicó, De Castro, tras negar que el negocio fiduciario provoque una transmisión plena y definitiva de la propiedad, propone un nuevo concepto: la de titularidad fiduciaria. El efecto del negocio fiduciario no sería la transmisión de la propiedad sino la creación o constitución de una titularidad fiduciaria. A su juicio, dicha titularidad fiduciaria es algo parecido –que no iguala la titularidad aparente del que adquiere a través de un negocio simulado, y esta orientación es la que prevalece actualmente en la doctrina. Así, se habla de que nos encontramos ante una transmisión aparente, falsa, fingida, presunta o simulada. El negocio fiduciario no transmite la propiedad *inter partes* ni frente a terceros. No transfiere nada en absoluto.

Luego, según esta teoría, la protección de los terceros que adquieran del fiduciario debe resolverse con arreglo a los criterios generales de la doctrina de la simulación. Así, declarada judicialmente la simulación, valdrá lo real frente a lo antes aparente, tanto entre las partes como frente a los terceros. No obstante, por aplicación de los principios de protección de la apariencia que, de buena fe y a título oneroso, hubiese adquirido del titular aparente. En cambio, otros autores consideran que la protección del tercer adquirente sólo podrá ser plena

si, además, concurren los requisitos exigidos para las adquisiciones a *non domino*¹⁴⁰.

SECCIÓN 8: CONFIGURACIÓN PRÁCTICA DE NEGOCIO FIDUCIARIO

En cuanto a la manera práctica de celebrar este negocio, el iter para su configuración es el siguiente¹⁴¹:

1.- El acuerdo fiduciario limita la transferencia de la propiedad realizada mediante la escritura pública de compraventa, señalando que dicha transferencia se hizo con fines de garantía, agregando que el fiduciario debe retransmitir la cosa cuando la obligación garantizada se haya cumplido.

2.- En el acuerdo interno figura el carácter fiduciario de la operación en su conjunto, explicitándose las finalidades perseguidas por las partes y los límites de la transmisión.

3.- El acuerdo fiduciario contiene la obligación de retransmitir la cosa, cuando el fiduciante lo requiera (en la fiducia *cum amico*), o cuando el fiduciante

¹⁴⁰ Martín León, Antonio: Ob. Cit. p, 97-99.

¹⁴¹ Martín León, Antonio: Ob. Cit. p. 41.

cumpla con su obligación (*fiducia cum creditore*). Suele acudir a la estipulación de un pacto de retro o la concesión al fiduciante de una opción de recompra.

Materialmente, la manera usual de llevar a la práctica dicho negocio es mediante una escritura pública donde conste la transferencia, en tanto el pacto fiduciario se expresa en un instrumento privado. Así, siguiendo a Martín León, “No obstante, se admiten otras combinaciones formales como constitutivas de negocio fiduciario:

1.- Transmisión en documento privado y acuerdo de retransmisión verbal.

2.- transmisión en escritura pública y pacto fiduciario de carácter verbal.

Como es obvio, tanto esta fórmula como la anterior no resulta en absoluto recomendable debido a las enormes dificultades de índole probatoria que conllevan;

3.- transmisión en escritura pública y acuerdo de retransmisión también otorgado, pero separadamente, en otra escritura pública.

A nuestro juicio, lo más correcto es concebir el negocio fiduciario a la manera de la STS 14 de marzo de 1964, es decir, como un negocio complejo que es resultado de la combinación de una <<dualidad de convenciones>>, una de carácter transmisivo (contrato traslativo, v. gr. Venta), y otra de carácter

complementario, modificativa de la primera (pacto fiduciario o complementario)¹⁴².

De igual opinión es Cámara Lapuente, quien expresa: “La forma usual de plantearse esa dicotomía en la práctica pasa por instrumentar el negocio fiduciario complejo en dos actos jurídicos diversos: por una parte, suele otorgarse una escritura pública en la que se transfiere la titularidad del bien o derecho, y acto seguido (incluso en la misma Notaría), se firma un documento privado en el que se expresa el convenio con los motivos reales de las partes y los límites de dicha titularidad. Este procedimiento es perfectamente lícito, a tenor del artículo 1.230 del Código Civil. El acuerdo o aspecto interno también puede plasmarse verbalmente. Por lo tanto, el negocio fiduciario, en toda su complejidad, no puede aparecer en un solo documento, puesto que supondría la constitución de un derecho real atípico que destruiría la apariencia generadora de riesgos y posibles abusos, al estar estos limitados realmente, per se, en el negocio constitutivo. Como consecuencia de esta estructura, el Tribunal Supremo suele sancionar la elevación del documento privado a escritura pública, para darle plena validez erga omnes, cuando se reclama por alguna de las partes el cumplimiento de la relación interna en todos sus términos”¹⁴³.

¹⁴² Martín León, Antonio: Ob. Cit. p, 47 y 48.

¹⁴³ Cámara Lapuente, Sergio: Ob. Cit.

CAPÍTULO V: EL FIDEICOMISO

SECCIÓN 1: GENERALIDADES

Federico de Castro y Bravo, ya en 1967, en su obra sobre el Negocio Jurídico, tantas veces citada a lo largo de este trabajo, señaló la suerte que corrió el negocio fiduciario en el Derecho alemán y en el Derecho italiano, no sin antes destacar que son esos ordenamientos jurídicos los que ponen de moda dicha figura, en su versión del doble efecto, siendo el Derecho alemán quien lo crea y el Derecho italiano quien la distribuye¹⁴⁴.

En el Derecho alemán, especialmente la jurisprudencia es quien reemplaza la manera tradicional de entender el negocio fiduciario, sustituyéndola por una configuración similar a la fiducia germánica¹⁴⁵.

En tanto que, respecto del ordenamiento italiano, (que se caracteriza por ser causal al igual que el español), como no se admite el negocio abstracto en general, el negocio fiduciario no puede ser válido¹⁴⁶. Al respecto De Castro enseña que *“Cerrada la posibilidad del negocio abstracto de transmisión de propiedad y, con ella, la del doble negocio (el real y el obligacional), quedaba ensayar la teoría de la unidad del negocio, con su consiguiente única causa*

¹⁴⁴ De Castro y Bravo, Federico. Ob. Cit. p, 396.

¹⁴⁵ De Castro y Bravo, Federico. Ob. Cit. p, 399.

¹⁴⁶ De Castro y Bravo, Federico. Ob. Cit. p, 435.

(acercándose así a la figura de la <<Treuhand>>); la que se llamará entonces <<causa fiduciae>>. La transmisión de la propiedad se basaría entonces, no es una de las causas conocidas (típicas) sino en la de conseguir un determinado fin jurídico (el del pacto de fiducia)”¹⁴⁷.

Finalmente, agrega: “Abandonada la <<construcción>> de la <<causa fiduciae>>, se entenderá que el pacto fiduciario queda reducido a la condición de mero motivo, inapto así para reaccionar sobre el negocio. Habrá que ser atendido tan solo cuando se le utilice para eludir una norma imperativa y, entonces, tomará el negocio el carácter de ilícito. Y sobre la existencia de esa ilicitud se ha hecho notar, que está implícita siempre como fraude a la ley en la venta en garantía, por contradecir la prohibición del pacto comisorio, aplicable a todos los negocios de garantía real y que, no siendo hoy necesario utilizar los negocios fiduciarios (no hay insuficiencia de formas, ni falta de reconocimiento de causas), la causa se ocultará para evitar se impida el efecto empírico buscado; impedido, porque al ser conocido el efecto empírico éste resultará prohibido o ser irrealizable”¹⁴⁸.

Luego, vendrá la discusión de dicha figura en el Derecho español, con los resultados expuestos en el capítulo anterior.

¹⁴⁷ De Castro y Bravo, Federico. Ob. Cit. p, 402.

¹⁴⁸ De Castro y Bravo, Federico. Ob. Cit. p, 402.

Así, relativo al negocio fiduciario, con la controversia que significa, los ordenamientos jurídicos de los países de América Latina no entraron en la reyerta que implica dicha figura (ni aún los demás países del continente europeo¹⁴⁹). En efecto, no importaron desde Europa el negocio fiduciario, y, por ende, no cayeron en el entrampado mundo del negocio fiduciario ni en disquisiciones.

Por el contrario, lo obviaron en términos prácticos, y como en pocos casos se ha visto en nuestra cultura jurídica, acomodaron a la realidad del *civil law*, una figura jurídica propia del sistema *common law*: el *trust* (salvo Chile, que no lo ha importado).

Los ordenamientos jurídicos latinoamericanos (entre ellos: Argentina, Colombia, Brasil, Uruguay, Perú, México), advirtiendo la utilidad del *trust*,

¹⁴⁹ En efecto, en Europa, como método para unificar criterios y como consecuencia de la globalización, existe la Convención de La Haya relativa a la ley aplicable al *Trust*, suscrito en 1985 y en vigor desde 1992. Ver Rodríguez Azuero, Sergio: OB. Cit. p, 23 y 24. Incluso más, en Francia, se legisló sobre la figura de la fiducia, con lo cual se escapó de la discusión sobre el negocio fiduciario y resultó en una modificación al *Code*, agregando varios artículos dedicados a dicha figura. Así, el artículo 2062 reza (según la traducción del francés al español, de Sergio Cámara Lapuente): “*La fiducia resulta de un contrato por el cual un constituyente transfiere derechos de toda naturaleza a una persona física o jurídica denominada fiduciario, con la carga para ella de administrarlos o de disponer en provecho de uno o varios beneficiarios de acuerdo con las estipulaciones del contrato con fines de gestión, de garantía o de transmisión a título oneroso, exclusiva o cumulativamente. La transferencia se opera a un patrimonio de afectación, llamado patrimonio fiduciario, distinto del patrimonio personal del fiduciario y de cualquier otro patrimonio fiduciario, deviniendo el fiduciario titular o propietario fiduciario de los derechos transferidos*”. Ver: Cámara Lapuente, Sergio: *Trust a la francesa*. InDret, Revista para el Análisis del Derecho, descargado el 20 de mayo de 2017 desde <http://www.indret.com/es/index.php?str=trust%252525252Ba%252525252Bla%252525252Bfrancesa&a=10&fc=212&sn=40>.

además de reparar que su funcionamiento, en nuestro sistema jurídico, dista de la familia jurídica continental europea, adapta a la realidad del *civil law*, el *trust* anglosajón.

Rodolfo Batiza y Marcial Luján se sorprenden del tardío interés que nuestros ordenamientos jurídicos le prestaron al *trust*, no obstante, su notable utilidad: *“no puede menos de sorprender que una institución de la antigüedad y la excepcional utilidad práctica del trust sólo haya venido a suscitar el interés de los juristas formados en la tradición del derecho romano hasta época tan tardía. La aplicación podría encontrarse en el elevado prestigio de las instituciones del derecho público anglosajón que opacaban a las de su derecho privado, y sobre todo a la indiferencia de dichos juristas hacia el common law, por el convencimiento de que ese sistema no podía enseñar nada nuevo a los herederos de la “razón escrita”. De ahí la actitud de falta de curiosidad, a la que se añadía la barrera del lenguaje que complicaba por diferencias conceptuales y terminológicas, y por la creencia errónea de que el trust era sólo un instrumento para vincular la circulación de los bienes, resabio feudal superado hacía mucho por las leyes más liberales de la Europa continental.*

Pero el trust ha venido imponiéndose por méritos propios y ha trascendido las fronteras de su tierra de origen y las de los países del common law para ser acogido en los de derecho codificado. La fuerza interna de expansión del trust

*permite augurarle, con el tiempo, su reconocimiento como institución prácticamente universal*¹⁵⁰.

En cuanto al primer país que acogió el *trust* a la usanza de nuestra tradición jurídica, fue México. Los interfectos explican este acontecimiento: *“Corresponde a México el haber iniciado, hace más de cien años, la primera cristalización del movimiento de expansión internacional del trust y de las trusts companies. En efecto, a fines del año 1905, el entonces Secretario de Hacienda José I. Limantour, envió al Congreso de la Unión un proyecto de iniciativa que facultaba al Ejecutivo para expedir la ley por cuya virtud pudieran constituirse en la república instituciones comerciales encargadas de desempeñar funciones de “agentes fideicomisarios” que no llegó a aprobarse.*

*La adopción del trust, propiamente, se realiza en Panamá en 1920 con el proyecto del doctor Alfaro, sancionado como ley cinco años después, y algo más tarde en Puerto Rico en 1928. A partir de entonces, ha sido Hispanoamérica el suelo más fértil de adopción del trust y de las trusts companies*¹⁵¹.

Por su parte, Ernesto Rengifo García, explica la motivación en cuanto a considerar el *trust* como instrumento jurídico: *“Juristas de tradición romanista han planteado serias objeciones a la introducción del trust dentro de sus ordenamientos jurídicos porque, básicamente, el concepto de propiedad de cuño*

¹⁵⁰ Batiza, Rodolfo; Luján, Marcial: Ob. Cit. p, 54-55.

¹⁵¹ Batiza, Rodolfo; Luján, Marcial: Ob. Cit. p, 55.

*romanista no admite la idea de la doble propiedad sobre un mismo bien, la cual sí es fundamental en el trust por cuanto en él se presenta una escisión de derechos, o mejor, de intereses, entre el trustee y el beneficiary. Desde el punto de vista del civil law, quien tiene el beneficio de la propiedad es su titular y tiene además el derecho de disponer de ella a su arbitrio. La idea de quitarle la facultad de disposición al verdadero titular del derecho resulta incompatible con las tradicionales reglas del derecho civil. Sin embargo, por el peso de las circunstancias –y ya no por el de las ideas o de las categorías mentales- el trust ha sido objeto de recibo en países de tradición romana. En efecto, la figura ha sido introducida en Suráfrica, Quebec, Liechtenstein, Panamá, Puerto Rico, México, Venezuela, Costa Rica, Argentina, Perú, Colombia, etc. En Latinoamérica la recepción ha sido influenciada, de manera especial en México, por el escritor francés Pierre Lépaulle, quien en su *Traité théorique et pratique des trust*, publicado en 1932, explicó a los abogados entrenados en un sistema de civil law la naturaleza de la institución y os derechos y deberes que ella contiene. Así mismo Ricardo Alfaro, jurista panameño considerado por muchos, fundador de la doctrina latinoamericana del fideicomiso, hacia el año 1920 lo identificó como un mandato irrevocable. En julio de 1985, se estableció la Convención de La Haya relativa a la ley aplicable a la fiducia y a su reconocimiento; como quedó dicho, el hecho que exista ya una convención*

*internacional que regula la materia significa que la figura tiene vigencia en muchas partes del mundo*¹⁵².

El presente trabajo no pretende hacer un ejercicio comparativo de las decisiones legislativas de cada país americano que recepcionó el fideicomiso, sino sólo exponer sus rasgos fundamentales para así poder identificarlo y distinguirlo de las demás figuras fiduciarias¹⁵³.

SECCIÓN 2: NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO

En lo que respecta a la naturaleza jurídica del fideicomiso, varias tesis se han planteado al respecto. Según Batiza y Luján, “puede afirmarse que no fue sino hasta el año 1932, con la aparición del *Traité* de Lepaulle, cuando se ensaya la interpretación sistemática del *trust* con vistas a explicarlo al público jurisdiccional. Poco después, en 1935, se publica la obra de Franceschelli”¹⁵⁴.

Las teorías son las siguientes:

1.- Teoría del patrimonio de afectación: Sostenida por Pierre Lepaulle (en estricto rigor, el autor señalado no se refiere a la naturaleza jurídica del

¹⁵² Rengifo García, Ernesto: Ob. Cit. p. 36.

¹⁵³ Para ver las características del fideicomiso en cada país que lo reguló, ver: Urquiza Cavallé (Dir.), Rivas Nieto, Estela M. (Coord.): “El Fideicomiso en Latinoamérica. Integración Jurídico-financiera”. Marcial Pons. Buenos Aires, Madrid, Barcelona, 2010.

¹⁵⁴ Batiza, Rodolfo; Luján, Marcial: Ob. Cit. p, 60-61

fideicomiso latinoamericano, sino más bien al del *Trust*, quien dice: “La única manera de abordar el problema consiste, evidentemente, en buscar cuáles son los elementos esenciales para la formación y vida del “trust”. Estos elementos son dos: un patrimonio determinado y una afectación”¹⁵⁵.

Por la razón anterior, dicho autor define el trust como *“una institución jurídica que consiste en un patrimonio independiente del todo sujeto de derecho y cuya unidad está constituida por una afectación libre, en los límites de las leyes en vigor y del orden público”*¹⁵⁶.

Añade que los bienes que componen ese patrimonio no son de del *trustee*, no pasan a sus herederos y no constituyen una prenda para sus acreedores. Por fin, la cosa tampoco está en el patrimonio del beneficiario. Sin perjuicio de lo dicho, esos bienes tienen un guardián responsable encargado de administrarlos y tienen una ley, el *“trust deed”*, que determina su gestión y su destino”¹⁵⁷.

Al fin, dice Lepaulle: *“la “res” constituye una universalidad... La identidad del patrimonio perdurará sin solución de continuidad a través de todas estas transformaciones sucesivas”*¹⁵⁸.

Por último, añade que *“afectar un bien es, por así decirlo, separarse de él después de haberle asignado una misión; es como si se pusieran provisiones en*

¹⁵⁵ Lepaulle, Pierre: Ob. Cit. p. 20.

¹⁵⁶ Lepaulle, Pierre: Ob. Cit. p. 23-24.

¹⁵⁷ Lepaulle, Pierre: Ob. Cit. p. 20.

¹⁵⁸ Lepaulle, Pierre: Ob. Cit. p. 21.

el morral de un sirviente, encomendándole una misión lejana, indicándole el camino a seguir y cerrando la puerta cuando haya desaparecido detrás de la colina; o bien un patrimonio afectado es alfo así como un niño que necesita un tutor, pero que va a crecer y desarrollarse en el perpetuo renovarse de la vida surgente e imprevisible”¹⁵⁹.

2.- Hay quienes entienden al fideicomiso como una especie de negocio fiduciario, así, por ejemplo, Franceschelli, quien es citado por Batiza y Luján¹⁶⁰.

No se abordará sobre este tópico en tanto en el capítulo anterior atendimos la configuración del negocio fiduciario.

3.- Otros, entienden que el fideicomiso es un mandato. Jorge Alfredo Domínguez Martínez señala: *“Corresponde a Alfaro, jurista panameño, haber pretendido por primera vez una adaptación del trust anglosajón a los sistemas jurídicos latinoamericanos de ascendencia romana. Propuso que se hiciera mediante el fideicomiso, al que consideró una especie de mandato”¹⁶¹.*

Según el autor citado, para Alfaro, el fiduciario desempeña un encargo del fideicomitente, siendo el primero un mandatario del segundo¹⁶².

¹⁵⁹ Lepaulle, Pierre: Ob. Cit. p. 22.

¹⁶⁰ Batiza, Rodolfo; Luján, Marcial: Ob. Cit. p, 63 y siguientes.

¹⁶¹ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo: “El Fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico”. Editorial Porrúa S.A. Tercera edición. México 12, D. F., 1982, p, 145-146.

¹⁶² Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Ob. Cit. p, 146.

Añade Domínguez que Alfaro entiende que el fideicomiso, en tanto mandato, se diferencia de este último por cuanto en el mandato común y corriente es revocable, característica que no tiene el fideicomiso, además de que en este último existe transferencia de la propiedad, no así en el simple mandato¹⁶³.

En consecuencia –prosigue Domínguez- el fideicomiso es un contrato *sui generis*, que define como “*un mandato irrevocable en virtud de la cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada FIDUCIARIO, para que disponga de ellos conforme lo ordene el que los transmite, llamado FIDEICOMITENTE, a beneficio de un tercero llamado FIDEICOMISARIO*”¹⁶⁴.

4.- Hay quienes entienden que el fideicomiso es un desdoblamiento del derecho de propiedad. Como apunta Domínguez, en el fideicomiso, sobre la cosa fideicometida recaen dos derechos reales: el del fiduciario, carente de contenido económico, pero con todas las facultades para reivindicar de un tercero quien detente o posea la cosa sin justo título; y el del fideicomisario, cuyo derecho real tiene valor económico, cuyas facultades son más bien tendientes a proteger al fideicomiso de los abusos del fiduciario.

¹⁶³ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Ob. Cit. p, 146.

¹⁶⁴ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Ob. Cit. p, 146.

De todo lo expuesto, siguiendo a José Fernando Márquez¹⁶⁵, la adopción del fideicomiso implica la adopción de varios modelos para su funcionamiento:

a) Dos propiedades distintas sobre los mismos bienes, como ocurre con el trust anglosajón. Su adopción plantea dificultades en nuestro sistema romanista, por cuanto en él no existe la doble jurisdicción de *common law* y el *equity*, como, asimismo, la tradición unitaria del dominio se opone a la recepción anglosajona, sin más, del *trust*.

b) Propiedad del fiduciario y derechos personales para defensa de sus derechos. Tesis que no ha sido acogida en el derecho latinoamericano por los riesgos que entraña la figura del negocio fiduciario.

c) Propiedad del fiduciante y legitimación del fiduciario: Según el autor citado, esta posición, que descansa sobre la fiducia germánica, estriba en una idiosincrasia legal que involucra conceptos extraños a nuestro sistema, como la propiedad sin facultades, y también supone peligros de insolvencia del fiduciante.

d) Propiedad del beneficiario y pura administración del fiduciario, sin transmitirle el dominio. El autor señala que esta posición se condice con el *Bewind* holandés, en donde el *Bewindvoerder* es agente del beneficiario, con poderes exclusivos de administración y disposición de bienes, que, al no ser de

¹⁶⁵ Márquez, José Fernando: "Fideicomiso. Facultades de administración y disposición del fiduciario. Deudas del fiduciario. Insolvencia. Acciones de fraude y simulación". Editorial La Ley. Buenos Aires, 2008, P, 20 y siguientes.

su propiedad, no se ven afectados por la suerte del mandatario. Los acreedores del beneficiario no pueden agredir el patrimonio sino sólo por deudas generadas por el administrador en sus funciones.

e) Personalidad jurídica del fideicomiso. El autor citado señala: “En el sistema de derecho continental el otorgamiento de personalidad jurídica implica, por lo general, rígidos requisitos formales y sustanciales, y la existencia de una estructura organizativa, incompatibles con la flexibilidad e informalidad que se reconoce al fideicomiso”.

f) Patrimonio de afectación, sin propietario. Según Márquez, “el fiduciario es un administrador de patrimonio ajeno, con facultades de disposición; el beneficiario carece también de titularidad real alguna, pues su derecho es de crédito, aunque tanto él como el fiduciante pueden impugnar el acto realizado en fraude de su derecho.

Es el modelo del Código Civil de Quebec”.

g) Patrimonio separado, propiedad del fiduciario. “este modelo implica la autorización legal para segregar ciertos bienes del patrimonio de una persona, para crear uno nuevo, distinto y separado, cuyo titular es el fiduciario (quien actúa en beneficio de otro).

Los derechos de uso, goce y disposición recaen en el titular del patrimonio.

Es el modelo seguido por las legislaciones latinoamericanas, la Convención de la Haya de 1985”.

En lo que, respecto a un concepto del fideicomiso, resulta difícil tan empresa, por cuanto, como señala Sergio Rodríguez Azuero, *“no es fácil dar un concepto universal sobre la fiducia o fideicomiso por cuanto en Latinoamérica se han adoptado distintas nociones que obedecen a diferentes teorías sobre la naturaleza jurídica del negocio. Ellas han incorporado la teoría del mandato irrevocable en algunos casos, la del patrimonio de afectación en otros, y la de la transmisión de la propiedad u otros derechos con el objeto de cumplir con ellos una determinada finalidad señalada por el constituyente, fideicomitente o fiduciante”*¹⁶⁶.

Advertido en términos sumarios lo que es el fideicomiso, veamos cómo funciona, sucintamente, en los ordenamientos jurídicos colombiano y argentino.

SECCIÓN 3: EL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL COLOMBIANO

En el Código de Comercio Colombiano, que es donde se regula el fideicomiso, esta figura se llama (legalmente) fiducia mercantil, reservándose el uso del vocablo fideicomiso para referirse a aquella institución regulada en el

¹⁶⁶ Rodríguez Azuero, Sergio: OB. Cit. p, 182.

Código Civil. La fiducia está definida en el artículo 1226 como *“un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”*.

Como señala Ernesto Rengifo, la fiducia mercantil es un contrato típico, principal y especial, *“cuyos elementos esenciales son la transferencia del fideicomitente al fiduciario y la afectación del patrimonio autónomo, que con tal transferencia se produce, a una finalidad específica”*¹⁶⁷. Además, añade el autor, es un medio o instrumento para la realización de múltiples propósitos, el que se adapta a varias finalidades. Este carácter instrumental, dice, se rescata del artículo 1234 del Código de Comercio, que se refiere a los deberes indelegables del fiduciario, cuando dispone que el fiduciario debe realizar con diligencia los actos necesarios para la consecución del fin de la fiducia¹⁶⁸.

En lo que respecta a su nacimiento, el artículo 1228 del Código de Comercio colombiano señala que *“la fiducia constituida entre vivos deberá*

¹⁶⁷ Rengifo García, Ernesto: Ob. Cit. p. 59.

¹⁶⁸ Rengifo García, Ernesto: Ob. Cit. p. 63.

*constar en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes. La constituida mortis causa, deberá serlo por testamento*¹⁶⁹.

En cuanto al objeto del contrato, son susceptibles de este contrato, todos los bienes que se encuentren en el comercio, salvo los derechos personalísimos. Por lo tanto, la fiducia mercantil puede constituirse sobre bienes corporales e incorporeales muebles e inmuebles¹⁷⁰, salvo, como señala Rodríguez Azuero,

¹⁶⁹ Resulta útil señalar lo dicho por Sergio Azuero respecto a la exigencia de la escritura pública como requisito de la fiducia mercantil colombiana, relacionado con el principio general de que los contratos mercantiles son consensuales. Dice el autor: *“El Código de Comercio partió de la clara exigencia de la escritura pública para la constitución del negocio, y así lo consagró en el artículo 1228. No obstante, lo cual, y dada la rigidez derivada de tal previsión, pronto se suscitó un debate enderezado a buscar la interpretación de la norma, cuyo tenor literal, por cierto, dejaba poco espacio para hacerlo”*. Luego añade: *“Sin embargo y dado los inconvenientes prácticos que la forma notarial demandaba, se arguyó que el principio general de los contratos mercantiles era el de la consensualidad, que la referencia al registro “según la naturaleza de los bienes” debía entenderse en el obvio sentido de que el requisito de la escritura se mencionaba para aquellos negocios fiduciarios constituidos sobre inmuebles, que naturalmente la requieren como requisito esencial dentro del sistema registral colombiano que rige la propiedad inmobiliaria, y que, por lo demás, especialmente cuando se trataba de fideicomisos sobre dinero, resultaba contrario, a los usos, imaginar la escritura”*. Finalmente, *“la materia vino a definirse con motivo de la expedición de la Ley 35 de 1993, reglamentada por el Decreto 663 del mismo año y por la forma como la Circular Básica Jurídica 007 de 1996, lo regula en una forma harto curiosa. En efecto, en Colombia podríamos decir que el negocio fiduciario es consensual, solemne y real, dependiendo de los bienes. Si de dinero u otros bienes se trata, cuya enajenación no está sujeta a registro, el negocio es consensual y la tradición se perfecciona por la entrega de los mismo; si los bienes muebles requieren de registro –como ocurriría con la enajenación de vehículos automotores- el contrato es solemne pues es preciso que conste por escrito y la tradición dependerá, entonces, de que él se lleve a cabo; y, por último, cuando el contrato verse sobre inmuebles, el mismo no se perfeccionará hasta que se produzca el registro en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos correspondiente. Como, en tratándose de inmuebles (sic), solo en ese comentario la tradición se produce, el contrato es real, sin duda, en el último evento”*. Rodríguez Azuero, Sergio: OB. Cit. p, 191-192.

¹⁷⁰ Rengifo García, Ernesto: Ob. Cit. p. 67.

“sólo cabe enajenar bienes singulares, es decir, no cabe la transferencia de universalidades”¹⁷¹.

Por otro lado, la intervención del fiduciario es transitoria, imponiéndose un límite máximo de duración de 20 años, salvo que se trate de fiducias constituidos en favor de incapaces y entidades de beneficencia pública o de utilidad común¹⁷².

Conforme al artículo 1244 del Código de Comercio Colombiano, el fiduciario jamás podrá hacerse dueño de los bienes fideicomitidos. En efecto, dice dicha disposición: *“Será ineficaz toda disposición que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente, por causa del negocio fiduciario, el dominio de los bienes fideicomitidos”*.

Se trata de un contrato esencialmente remunerado, según se establece en el artículo 1237 del Código de Comercial, que dice que “todo negocio fiduciario será remunerado conforme a las tarifas que al efecto expida la Superintendencia Bancaria”.

En lo que respecta al estatuto jurídico aplicable a el o los bienes que conforman la fiducia, el artículo 1227 del Código de Comercio Colombiano establece que *“los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida”*. Es decir, estos bienes

¹⁷¹ Rodríguez Azuero, Sergio: OB. Cit. p, 196.

¹⁷² Rengifo García, Ernesto: Ob. Cit. p. 64.

escapan del denominado “Derecho de Prenda General”, en el sentido de que con estos bienes no se responde de obligaciones personales del fiduciario.

Por otro lado, y quizás uno de los rasgos más importante de este contrato radica en que con él se crea un patrimonio autónomo. El artículo 1233 del Código de Comercio dice: *“Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo”*.

Respecto a la primera parte de la norma transcrita, Rodríguez Azuero dice que *“la separación es jurídica, pero debe, ante todo, reflejarse en los registros contables y busca que los bienes constituidos en fideicomiso no se confundan con los propios del fiduciario ni con aquellos correspondientes a otros fideicomisos en cabeza de la entidad, esto es, que en el cualquier momento sea posible identificarlos todos de manera inequívoca. Supone la existencia de cuentas separadas para cada uno de los fideicomisos con indicaciones precisas sobre el constituyente, el beneficiario, etc., en forma que no deje ninguna duda sobre la manera como están constituidos los incrementos recibidos, los cargos hechos, etc.”*¹⁷³.

Por su parte Ernesto Rengifo dice que *“la separación de los bienes de un fideicomitente de los bienes de otros y de los activos que conforman el patrimonio*

¹⁷³ Rodríguez Azuero, Sergio: OB. Cit. p, 198-199.

de la sociedad fiduciaria es una separación no solamente contable y jurídica, sino también física. Esto es precisamente lo que le da la categoría de patrimonio autónomo a los bienes que un constituyente transfiere al fiduciario para el desarrollo de una finalidad específica estipulada en el contrato. Lo que equivale a decir que, si la sociedad fiduciaria X recibe fiducias de A, B y C, ella es titular de tres patrimonios autónomos. Tendrá tantos patrimonios como fideicomisos tenga bajo su titularidad”¹⁷⁴.

Para finalizar sobre este tema del patrimonio autónomo, merece transcribir lo dicho por el autor antes citado. Señala que, en el derecho colombiano, *“tratándose del patrimonio autónomo que se crea con la fiducia mercantil no se está frente a un patrimonio sin sujeto sino con sujeto por cuanto el ente fiduciario deviene titular de los bienes fideicomitidos, y es especial en la medida que está conformado por un conjunto de bienes afectos a una finalidad específica y en ciertas ocasiones responde incluso por obligaciones contraídas por el fideicomitente o constituyente (art. 1238 C.Co.). De modo pues que la figura jurídica o categoría dogmática del patrimonio autónomo, pese a su mención en el Código de Comercio, no ha sido acogida en su plenitud en la experiencia jurídica nacional.*

El patrimonio fiduciario es pues un patrimonio autónomo con titular constituido por bienes afectados a cumplir la finalidad establecida en el acto

¹⁷⁴ Rengifo García, Ernesto: Ob. Cit. p. 70.

constitutivo. Así como la ley establece qué bienes son inembargables, respecto de los bienes fideicomitidos ella los ha sustraído de la garantía general de que gozan los acreedores respecto del patrimonio de las personas (arts. 2488, 1677 y 2492 C.C.), es decir, los ha aislado mediante su autonomía para quedar, en principio, ajenos a la prenda común de los acreedores del fiduciario, del constituyente y del beneficiario, salvo fraude a terceros. Sin embargo, se debe insistir en que la figura del patrimonio autónomo no ha sido recogida en toda su extensión en nuestro derecho, porque si bien se acepta normativamente la derogación del principio de la libre utilización y disposición de los bienes que lo constituyen por parte de su titular, no se acogió la regla según la cual los bienes fideicomitidos quedan exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario, fiduciante y beneficiario por cuanto, tratándose de los segundos, el artículo 1238 C.Co. los legitima para perseguir los bienes objeto del negocio fiduciario si sus acreencias son anteriores a la constitución del mismo”¹⁷⁵.

En lo que respecta a las partes que intervienen, una de ellas es el fiduciante o fideicomitente, que es aquel que, teniendo la facultad de disponer de sus bienes, constituye un fideicomiso. Puede ser una persona natural o jurídica. El fiduciante, conforme al artículo 1226 del Código de Comercio Colombiano, puede ser también beneficiario.

¹⁷⁵ Rengifo García, Ernesto: Ob. Cit. p. 71-72.

El fiduciario, *“es quien adquiere los bienes y se compromete a administrarlos o enajenarlos para la consecución de la finalidad señalada en el acto constitutivo. Es pues, no solo un propietario frente a terceros, sino el ejecutor de la voluntad de la constituyente expresada por acto entre vivos o por testamento. Su función es cardinal. De su competencia, de la diligencia que emplee en el cumplimiento de las instrucciones recibidas y del buen juicio con que tome las decisiones requeridas para el cumplimiento de la finalidad, dependerán la suerte y eficacia de la figura”*¹⁷⁶.

Una particularidad que tiene el fiduciario en el Derecho colombiano es la calidad que debe reunir, en tanto no cualquiera puede actuar como tal, en dicho contrato. En efecto, el artículo 1226, inciso final del Código de Comercio dispone que *“solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios”*; exigencia con la cual se quiere lograr una profesionalización y asegurar el éxito en las operaciones que involucra la fiducia mercantil.

El beneficiario o fideicomisario es la persona que en virtud del negocio jurídico debe recibir los beneficios derivados del cumplimiento del encargo y, eventualmente, los mismos bienes fideicomitados al vencimiento del término estipulado.

¹⁷⁶ Rodríguez Azuero, Sergio: OB. Cit. p, 198-199.

Con lo todo lo dicho se ha querido expresar las particularidades de este negocio, dentro de lo que una vista sintética pueda permitir. Mucho queda por decir de la fiducia mercantil colombiana. Empero, ello excede la intensidad de este trabajo, el que no abarca un estado del arte. Par profundizar sobre este contrato, en el Derecho colombiano, ver las obras de los autores que se ha tenido en cuenta para efectuar este compendio.

SECCIÓN 4: EL FIDEICOMISO

El fideicomiso constituye en Argentina un contrato típico, sancionado primeramente en la ley 24.441, y luego, tras la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (1 de agosto de 2015), pasó a ser regulado en los artículos 1666 y siguientes.

El artículo antes mencionado da una definición del fideicomiso, cuando señala que existe esta figura, cuando *“una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario”*.

Al igual que en la experiencia colombiana, tres son los protagonistas de esta obra, a saber, el fiduciante, el fiduciario y el beneficiario. Pero se añade uno: el fideicomisario.

El fiduciante es la persona natural o jurídica que transfiere o, se obliga a hacerlo, un bien o bienes de su propiedad.

El fiduciario es quien recibe los bienes en dominio. A diferencia del Derecho colombiano, puede ser cualquier persona natural o jurídica. Empero, de conformidad al inciso 2° del artículo 1673, *“sólo pueden ofrecerse al público para actuar como fiduciarios las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales, sujetas a las disposiciones de la ley respectiva y las personas jurídicas que autoriza el organismo de contralor de los mercados de valores, que debe establecer los requisitos que deben cumplir”*. Con esto, no obstante, la regla amplia de que cualquiera puede ser fiduciario, cuando el servicio se ofrece al público, deben ser entidades calificadas para desarrollar tal cometido.

El fiduciario puede ser también beneficiario.

El artículo 1671 establece que quien puede ser beneficiario. Al respecto dice que puede ser *“una persona humana o jurídica, que puede existir o no al tiempo del otorgamiento del contrato; en este último caso deben constar los datos que permitan su individualización futura. Pueden ser beneficiarios el fiduciante, el fiduciario o el fideicomisario”*.

Finalmente, el fideicomisario *“es la persona a quien se transmite la propiedad al concluir el fideicomiso. Puede ser el fiduciante, el beneficiario, o una persona distinta de ellos. No puede ser fideicomisario el fiduciario”*.

En cuanto a la duración del fideicomiso, el artículo 1668 ordena que *“el fideicomiso no puede durar más de treinta años desde la celebración del contrato, excepto que el beneficiario sea una persona incapaz o con capacidad restringida, caso en el que puede durar hasta el cese de la incapacidad o de la restricción a su capacidad, o su muerte. Si se pacta un plazo superior, se reduce al tiempo máximo previsto. Cumplida la condición o pasados treinta años desde el contrato sin haberse cumplido, cesa el fideicomiso y los bienes deben transmitirse por el fiduciario a quien se designa en el contrato. A falta de estipulación deben transmitirse al fiduciante o a sus herederos”*.

El artículo 1669 establece las condiciones para constituirlo. Dicha disposición establece que *“el contrato, que debe inscribirse en el Registro Público que corresponda, puede celebrarse por instrumento público o privado, excepto cuando se refiere a bienes cuya transmisión debe ser celebrada por instrumento público. En este caso, cuando no se cumple dicha formalidad, el contrato vale como promesa de otorgarlo. Si la incorporación de esta clase de bienes es posterior a la celebración del contrato, es suficiente con el cumplimiento, en esa oportunidad, de las formalidades necesarias para su transferencia, debiéndose transcribir en el acto respectivo el contrato de fideicomiso”*.

Conforme a la norma transcrita, el fideicomiso puede celebrarse por instrumento público o privado, a elección de las partes, salvo que, estando en presencia de cosas para cuya la transferencia se requiere instrumento público, la celebración de dicho contrato es mediante un instrumento de tal naturaleza. El contrato, debe inscribirse en el registro público que corresponda.

Llama la atención que el legislador argentino quiere que el fideicomiso sobreviva a toda costa, por cuanto la norma en comento dice que, cuando no se cumpla con su respectiva formalidad, el fideicomiso vale como promesa de celebrarlo. La parte final de la norma obedece también a esta intención del legislador.

Respecto al objeto, al igual que en la experiencia colombiana, el artículo 1670 del Código Civil y Comercio de la Nación, establece que pueden serlo todos aquellos bienes que están dentro del comercio, incluso (y acá existe una diferencia con el ordenamiento colombiano) las universalidades, mas no las sucesiones futuras.

Sobre el régimen jurídico de los bienes fideicomitados, el código establece varias reglas que aseguran su integridad. Así, el artículo el artículo 1682 reza: *“Sobre los bienes fideicomitados se constituye una propiedad fiduciaria, regida por las disposiciones de este Capítulo y por las que correspondan a la naturaleza de los bienes”*. De entrada, el legislador argentino le da un nombre al patrimonio

conformado por los bienes objeto del fideicomiso, con lo cual marca distancia con el patrimonio común.

Pero ello no basta, por cuanto el artículo 1683 establece los efectos que dichos bienes tienen respecto de terceros. Al respecto señala: *“El carácter fiduciario de la propiedad tiene efectos frente a terceros desde el momento en que se cumplen los requisitos exigidos de acuerdo con la naturaleza de los bienes respectivos”*. Expresamente el código establece, para difuminar cualquier discusión, que el patrimonio es fiduciario, respecto de terceros, desde el momento que se cumplen con las leyes asignadas a los bienes, según su naturaleza.

El rasgo más importante, quizá, es el carácter que tendrá el patrimonio fiduciario. Así, el artículo 1685 dice que *“los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario”*. Expresamente en Argentina se optó por darle al patrimonio fiduciario el carácter de patrimonio separado, distinguiéndolo del patrimonio particular de todos los intervinientes en esta forma de contratación.

Pero, además, se le impuso al fiduciario una obligación, cual es: *“sin perjuicio de su responsabilidad, el fiduciario tiene la obligación de contratar un seguro contra la responsabilidad civil que cubra los daños causados por las*

cosas objeto del fideicomiso. Los riesgos y montos por los que debe contratar el seguro son los que establezca la reglamentación y, en defecto de ésta, los que sean razonables. El fiduciario es responsable en los términos de los artículos 1757 y concordantes cuando no haya contratado seguro o cuando éste resulte irrazonable en la cobertura de riesgos o montos” (artículo 1685, inciso final).



CAPÍTULO VI: DEL NEGOCIO FIDUCIARIO Y DEL FIDEICOMISO EN CHILE

SECCIÓN 1: TERMINOLOGÍA

Hemos llegado al capítulo final de esta obra, que consiste en importar el negocio fiduciario o el fideicomiso, según corresponda¹⁷⁷, determinar si tienen cabida y aplicación en nuestro derecho, y dejar establecido su estatuto jurídico, obviando, por cuanto excede los fines de este trabajo, la regulación de sus efectos. Es decir, sólo se abordará la viabilidad o no de utilizar esta figura en el Derecho chileno.

Poco se ha escrito en Chile sobre el negocio fiduciario y el fideicomiso, lo que parece ser una consecuencia de la indiferencia que existe respecto de ellas. Empero, algo se ha hecho¹⁷⁸⁻¹⁷⁹, no obstante ser del todo insuficientes.

¹⁷⁷ Para efectos de esta obra, por fiducia o negocio fiduciario me refiero a la figura desarrollada por la pandectística que desarrolló aquella sobre la base de la fiducia romana aludida antes. Por fideicomiso, para igual fin, entenderé que se refiere a aquel adoptado del trust anglosajón dentro del derecho continental latinoamericano e indistintamente con el fideicomiso regulado en el Código Civil Chileno.

¹⁷⁸ Sobre el trust y su implantación en Chile, ver: Fueyo Laneri, Fernando: "Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en la legislación chilena". Revista de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Concepción, N° 118, Concepción, 1961, p. 4 y siguientes. Fuenzalida Puelma, Sergio: "El trust o fideicomiso angloamericano y sus adaptaciones latinoamericanas". Prensas de la Escuela de Derecho de Valparaíso. Universidad de Chile. 1963. Además, las siguientes memorias de prueba: Hughes González, Eduardo: "El trust anglo-americano y nuestra legislación civil. Memoria de prueba para optar al Grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Santiago, 1946. Olgún julio, Cristián: "Fideicomiso Mercantil. Aspectos Teóricos y Prácticos". Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Santiago, 1993.

¹⁷⁹ Respecto al negocio fiduciario, ver: Pardow L., Diego G.: "Potestades de administración y deberes fiduciarios una aproximación analítica a los deberes asociados

Como se señaló, en Chile no se encuentra reglamentado el negocio fiduciario ni el fideicomiso (en el Código Civil lo que se regula es la propiedad fiduciaria, mas no el fideicomiso que han reglado determinados países latinoamericanos). Habrá que abordarse su estatuto jurídico, tras aceptar su aplicación en nuestro país.

SECCIÓN 2: DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Es útil abordar este principio orientador de nuestro Derecho Privado, por cuanto, es en su virtud que, primeramente, puede sostenerse la validez de celebrar el negocio fiduciario y el fideicomiso, lo que permitirá luego calificarlos como negocios atípicos, lo que se abordará en la sección 3 de este trabajo.

Previamente, realicemos sintéticamente, algunas anotaciones sobre este insigne principio.

a la administración de un patrimonio ajeno”. Estudios de Derecho Civil II. Jornadas nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2006. Editorial LexisNexis. Santiago, 2007, p, 89-112. Wegmann Stockebrand, Adolfo: “Fiducia cum creditore y simulación. La validez de la venta en garantía”. Estudios de Derecho Civil III. Jornadas nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2007. Editorial LexisNexis. Santiago, 2008, p, 599 y sgts. Estudios Sobre Garantía Reales y Personales. Libro Homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga. Editorial Jurídica de Chile. Reimpresión de 1era Edición 2008. Santiago, 2009 T. I y II. Peñailillo Arévalo, Daniel: “La confianza en Derecho Privado. La fiducia en el Derecho Chileno”. Revista de Derecho. Universidad de Concepción, N°s 227-228, Concepción, 2010, p. 7 y siguientes. Gómez Salazar, Paulina Alejandra: “La fiducia cum creditore en el Derecho Romano. Sus proyecciones en algunas instituciones jurídicas actuales. Memoria de prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Concepción. Concepción, 2013.

Siguiendo a Raúl Díez Duarte, el principio en comento se define como *“la facultad que tiene el hombre para crear, por un acto volitivo, una situación de hecho que es amparada jurídicamente, siempre que tenga una causa lícita y no vaya contra intereses ajenos”*¹⁸⁰. Jorge López Santa María, por su parte la conceptualiza así: *“El principio de la autonomía de la voluntad es una doctrina de filosofía jurídica, según la cual toda obligación reposa esencialmente sobre la voluntad de las partes. Esta es, a la vez, la fuente y la medida de los derechos y de las obligaciones que el contrato produce”*¹⁸¹.

*“En suma –dice Francisco Saavedra Galleguillos- los autores modernos conciben la autonomía privada en un sentido amplio y otro específico. Dentro del primer sentido, le permite al hombre una genérica autodeterminación; en el segundo sentido, le permite autorregular sus intereses privados, a condición de que éstos merezcan el reconocimiento y la tutela del ordenamiento jurídico. En la autonomía de la voluntad existe, además, un poder de gobierno sobre la esfera jurídica de las personas, lo que significa que el acto es libre, eficaz, vinculante y preceptivo. Por tanto, el orden jurídico tiene una función subsidiaria, limitadora y ordenadora, que no puede reemplazar a los particulares. Lo único que podría hacer la ley sería delimitar el contenido del negocio”*¹⁸².

¹⁸⁰ Díez Duarte, Raúl: “Estructura civil y procesal del contrato”. Editorial Jurídica Ediar-Conosur Limitada. p. 11.

¹⁸¹ López Santa María, Jorge: Ob. Cit. p. 191.

¹⁸² Saavedra Galleguillos, Francisco Javier: “Teoría del Consentimiento” Editorial Jurídica Conosur. Santiago., 1994, p. 78.

Que la voluntad sea autónoma -se ha dicho- equivale a sostener que es libre para establecer los derechos y obligaciones que le plazca, que inspira constantemente soluciones jurídicas para problemas de igual carácter¹⁸³.

Como manifestación de este principio, se dice que la autonomía privada es un poder que sirve para la constitución de relaciones jurídicas. Francisco Saavedra Galleguillos señala que *“se sostiene, acertadamente, que el negocio jurídico viene a ser el corpus normativo central de la regulación de la autonomía privada, el cauce para dar entrada a la iniciativa privada”*; además, de que constituye un poder de reglamentación de contenido de las relaciones jurídicas¹⁸⁴.

Por consiguiente, el principio abordado, y aterrizándolo a la constitución del negocio fiduciario, deriva en la libertad de contractual, de la cual es su corolario; implica una libertad de conclusión, que significa que las partes pueden contratar o no, y a elegir a su cocontratante. Además, deriva una libertad de configuración interna, significa que las partes pueden establecer el clausulado o contenido del contrato según se avengan a sus intereses y circunstancias¹⁸⁵.

Siguiendo a Arturo Alessandri, como consecuencia de la autonomía de la voluntad *“los particulares pueden pactar toda clase de contratos, sean o no de los especialmente reglados por la ley, combinar unos y otros entre sí; atribuir a*

¹⁸³ López Santa María, Jorge: Ob. Cit. p. 191.

¹⁸⁴ Saavedra Galleguillos, Francisco Javier: Ob. Cit. p. 77.

¹⁸⁵ López Santa María, Jorge: Ob. Cit. p. 213.

los contratos que celebren efectos diferentes de los que les atribuye la ley y aun modificar su estructura, por ejemplo, estipulando un pacto comisorio en un contrato unilateral, subordinando la existencia de un contrato consensual al otorgamiento de una escritura (arts. 1802 y 1921 del C.C.) o convirtiendo en bilateral un contrato que por su naturaleza es unilateral; alterar, modificar y aún suprimir las obligaciones que son de la naturaleza de un contrato, determinar el contenido del contrato, principalmente su objeto, y la extensión y efectos de los derechos y obligaciones que engendre; fijar su duración; señalar las modalidades que han de afectarles; determinar, entre las legislaciones de los diversos Estado, aquella por la cual ha de regirse el contrato, etc. De ahí que las leyes relativas a los contratos sean, por lo general, supletorias de la voluntad de las partes, sólo se aplican en el silencio de éstas. Y que la misión del juez, en caso de litigio, sea interpretar o restablecer esa voluntad, pero no crearla, ni mucho menos sustituirla por la suya”¹⁸⁶.

Como se adelantó, el principio de la autonomía de la voluntad no es absoluto. Encuentra su cortapisa en que ella no puede significar una alteración o modificación de las cosas que son esenciales a un contrato, como tampoco puede pactarse nada que contravenga una prohibición legal, o que atente contra el orden público y las buenas costumbres¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Alessandri Rodríguez, Arturo: Ob. Cit. p. 10.

¹⁸⁷ Alessandri Rodríguez, Arturo: Ob. Cit. p. 11.

El principio de la autonomía de la voluntad y su corolario, la libertad contractual, encuentra asilo en nuestro Código Civil, si bien no en una norma expresa. Se dice que ellos están contenidos en los artículos 12, 1545, 1560, 1567, inciso 1º, todos del Código Civil, entre otras disposiciones¹⁸⁸.

Lo que se ha dicho del principio de la autonomía privada, se hizo con el objeto de dejar sentado que todo sujeto de derecho, capaz de goce y de ejercicio, ante la ausencia de tipos contractuales adecuados que satisfagan sus necesidades, puede alterar los modelos contractuales establecidos, o recurrir a su ingenio para entrelazar contratos o crear nuevas figuras convencionales. De esta manera, en nuestro ordenamiento jurídico las posibilidades de iniciativa antes señaladas están consagradas, de manera que, además de ser la piedra angular en materia de contratación, es el punto de partida desde donde comienza nuestro derrotero de estudio para aplicar en Chile la fiducia de tipo romana.

SECCIÓN 3: DE LOS CONTRATOS TÍPICOS Y ATÍPICOS

Conviene recordar la clasificación que desde antaño se nos ha enseñado, y que distingue entre contratos nominados o típicos y los innominados o atípicos. La razón, para identificar el negocio fiduciario y el fideicomiso en uno u otro

¹⁸⁸ Saavedra Galleguillos, Francisco Javier: Ob. Cit. p. 77.

grupo, y determinar, como sucede con ambas clasificaciones, su estatuto jurídico.

Como se sabe, existen negocios jurídicos regulados por la ley, en atención a la importancia que ellos revisten para el comercio y tráfico jurídico, como también por la frecuencia que se incurre en su utilización. Sobre esto, Arturo Alessandri dice: *“El legislador los ha reglamentado en razón de su importancia y frecuencia, a fin de ahorrar a las partes la necesidad de ocuparse de los detalles relativos a sus efectos, alcance, etc.”*¹⁸⁹. Sin embargo, existen negocios y particularmente contratos, que no están regulados en la ley, aun cuando sean conocidos por algún determinado nombre.

Mediante la libertad contractual, pueden celebrar contratos sin ajustarse a tipos reglados por la ley, pudiendo además modificarlos o sustituir su disciplina jurídica, según los intereses que pretendan satisfacerse¹⁹⁰. En igual sentido López Santa María, quien señala que *“es evidente que las partes interesadas pueden celebrar contratos no regulados por el legislador, que ellas moldearán en función de sus intereses en juego. La autonomía de la voluntad subsiste en suficiente medida, como para que su derivado, el principio de la libertad contractual, permita a los cocontratantes que, en conjunto, den a la luz contratos*

¹⁸⁹ Alessandri Rodríguez, Arturo: “De los contratos”. Editorial Jurídica de Chile. Reimpresión de la 1ª Edición. Santiago, 2015, p. 37.

¹⁹⁰ Díez-Picazo, Luis: “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato. Editorial Aranzadi, SA. Sexta edición. Navarra, 2007, Volumen Primero, p. 487.

no previstos ni normados de antemano por el legislador. La Corte Suprema muchas veces ha reconocido esta situación, que desemboca directamente en el contrato atípico, y cuya única limitación es el respecto de las exigencias comunes a todos los negocios jurídicos, en especial la licitud del objeto y de la causa”¹⁹¹.

Esto nos lleva a lo que se conoce doctrinariamente como negocios jurídicos típicos o nominados y atípicos o innominados. Jorge López Santa María señala que los contratos nominados o típicos son aquellos que *“han sido expresamente reglamentados por el legislador en códigos o en leyes especiales e innominados o atípicos a los que no lo han sido”¹⁹²*. Se ha dicho que es más conveniente hablar de contratos típicos y atípicos y no en nominados e innominados, en tanto estos últimos significan que no tienen nombre. Bien puede suceder que existan contratos con un nombre, pero no estar regulado en la ley. Por ejemplo, los contratos de mudanza, de hospitalización, de talaje, de *cuotalitis* o iguala, de hospedaje, de opción, de colaboración empresarial (en particular, el *joint venture*), o de *leasing* ordinario.¹⁹³

La importancia de los contratos atípicos es expuesta por Díez-Picazo: *“Son unos instrumentos para que la vida social y económica, siempre varia y cambiante, pueda desarrollarse. El desarrollo económico –el paso de la sociedad preindustrial y el de esta última a la sociedad posindustrial- se realizan casi*

¹⁹¹ López Santa María, Jorge: Ob. Cit. p. 106.

¹⁹² López Santa María, Jorge: Ob. Cit. p. 105.

¹⁹³ López Santa María, Jorge: Ob. Cit. p. 55.

siempre por la vía de los contratos atípicos, que se multiplican incesantemente”¹⁹⁴⁻¹⁹⁵.

Según Jorge López Santa María¹⁹⁶, los contratos atípicos pueden ser: a) Contratos atípicos propiamente tales, que son inéditos, en el sentido de que no se corresponden en nada o en casi nada a los reglamentados en la ley; y b) Contratos mixtos o complejos: que son aquellos que resultan de una combinación de dos o más contratos típicos.

La falta de ajuste entre el contrato particular que las partes celebran y los tipos prestablecidos por la ley puede producirse de una diferente manera: Las partes crean un contrato ciñéndose, en principio, a los moldes y a la función

¹⁹⁴ Díez-Picazo, Luis: Ob. Cit. p, 488.

¹⁹⁵ Díez-Picazo, Luis: Ob. Cit. P, 489; se refiere a una tipicidad legislativa y una social, que se distinguen de los absolutamente atípicos. Dice: “La distinción entre una tipicidad social y una tipicidad legislativa fue apuntada por Betti y recogida, en la doctrina italiana, por Grasetti. En nuestro país introdujo la distinción Jordano Barea y la acepta Puig Brutau. Se habla de una tipicidad legislativa para designar a aquellos contratos que tiene una calificación técnico-legislativa, que opera además por el establecimiento de una disciplina normativa en la legislación. Dicho de otro modo y más claramente: es la ley la que les asigna un *nomen iuris* y la que establece su disciplina o su régimen jurídico.

En cambio, se puede hablar de una tipicidad social, para hacer referencia a aquellos contratos que tiene por base las concepciones dominantes en la consciencia social de una época y que se individualizan por obra de la doctrina y de la jurisprudencia. Son socialmente típicos aquellos contratos que, aunque carezcan de una disciplina normativa consagrada por la ley, poseen una reiteración o una frecuencia en orden a su aparición como fenómeno social, de manera que su reiterada celebración les dota de un *nomen iuris* por el que son conocidos y de una disciplina que se consagra por vía doctrinal o jurisprudencial (por ejemplo, el contrato de mediación).

Frente a los contratos que poseen tipicidad legislativa o tipicidad social, cabe contraponer los contratos absolutamente atípicos, que constituyen un fenómeno absolutamente nuevo, una *res nova*, como dice Jordano Barea, y que carecen por consiguiente de un régimen jurídico conocido”.

¹⁹⁶ López Santa María, Jorge: Ob. Cit. p. 106.

económico-social de un tipo establecido, pero separarse de él, en algún punto concreto mediante la adición de pactos o de cláusulas que no corresponden a dicho tipo. Por ejemplo, se conviene la cesión temporal del uso de una cosa a cambio de una prestación diferente del dinero o a cambio de la realización de un servicio. El convenio celebrado se mantiene dentro del marco contractual típico, en tanto la desviación producida sea anodina desde el punto de vista de la naturaleza del contrato.

Al otro extremo, se sitúan los contratos se escinden de los tipos disciplinados por la ley. Es decir, los particulares crean, completamente fuera de la tipología legislativa e incluso de la tipología doctrinal y jurisprudencial, un supuesto contractual absolutamente atípico.

En una zona intermedia, en cambio, hay que situar aquellos casos en que las partes, para conseguir los fines empíricos que pretenden, conciertan el contrato singular sirviéndose de elementos que correspondan a diferentes contratos típicos. Aparecen así las categorías de los contratos mixtos, coligados y complejos¹⁹⁷.

Los primeramente nombrados son aquellos que dentro de un único contrato existen elementos propios de otros contratos. Los segundos, consisten en que las partes yuxtaponen varios contratos típicos dentro de un único negocio, para tratar de alcanzar con la unión de todos ellos, la finalidad que persiguen.

¹⁹⁷ Díez-Picazo, Luis: Ob. Cit. p, 489-490.

Finalmente, con contratos complejos, son aquellos en que las prestaciones de cada una de las partes, las obligaciones asumidas o los pactos establecidos, aisladamente considerados, pertenecen a un tipo contractual preexistente del cual parcialmente se aíslan para integrarse en el negocio. En este tipo de contrato atípico, no hay yuxtaposición de contratos, sino una fusión de prestaciones, obligaciones o contratos típicos¹⁹⁸.

Se ha dicho que, en los tres tipos de contratos atípicos referidos, se discute si nos encontramos en presencia de un único contrato o de una pluralidad de ellos. Luis Díez-Picazo dice que, en los contratos mixtos y contratos complejos, la unidad contractual es evidente, si se mira tanto en lo que respecta a su intencionalidad como en su función. La cuestión aparece más difícil de resolver en los contratos coligados. Así, para algunos, partiendo de la idea de que cada uno de los contratos yuxtapuestos conserva su propia fisonomía, entienden que existe una pluralidad de contratos, cada uno de los cuales jugaría separado y sometido a su propio régimen. Sin embargo, lo cierto es que el fenómeno jurídico constituye una auténtica unidad económica, puesto que obedece a una unidad de interés y de función que exige que el fenómeno sea considerado como una unidad jurídica y que, por consiguiente, se entienda que exista un solo contrato. Ello no es obstáculo para distinguir dentro de la unidad contractual diferentes partes en su contenido y calificar a cada una de ellas como esencial o no

¹⁹⁸ Díez-Picazo, Luis: Ob. Cit. p. 490.

esencial, lo que puede tener una evidente repercusión práctica en orden a la posible nulidad parcial o a las consecuencias de la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones, pero ellos no es una característica específica de este tipo de contratos, sino que, como ya hemos visto, se produce en toda clase de contratos¹⁹⁹.

Los contratos atípicos presentan fundamentalmente dos problemas: el primero de ellos se refiere a su admisibilidad y validez; mientras que el segundo alude a la disciplina a que deben someterse dichos contratos, ante ausencia de ley que la reglamente²⁰⁰. En efecto, como enseña Jorge López Santa María: *“el contrato atípico, de acuerdo al artículo 1545 del Código Civil, también es una ley para las partes, o sea, tiene plena fuerza obligatoria. El contrato atípico no plantea problema particular sobre su obligatoriedad, puesto que respecto al número de los contratos éstos son ilimitados, sin que pueda siquiera imaginarse un numerus clausus. El problema de los contratos típicos es otro: ¿Cómo quedan regulados sus efectos, si las partes no previeron las dificultades sobrevinientes? Vale decir que el problema es determinar la legislación superlativa por la cual se rigen”*²⁰¹.

En cuanto a la admisibilidad y validez de los contratos atípicos, Díez-Picazo sostiene que *“en primer lugar, debe hacerse referencia a la función*

¹⁹⁹ Díez-Picazo, Luis: Ob. Cit. p. 491.

²⁰⁰ Díez-Picazo, Luis: Ob. Cit. p. 491.

²⁰¹ López Santa María, Jorge: Ob. Cit. p. 106.

económico-social del tipo contractual en cuestión para resolver su conformidad o disconformidad con los principios rectores del ordenamiento moral imperante. En un segundo plano, el problema de admisibilidad del contrato atípico habrá de plantearse en relación con los límites generales a la autonomía privada, es decir, en relación con los fines concretos que las partes pretenden obtener. En este punto juegan los límites genéricos de artículo 1.255 CC y las ideas de causa ilícita y causa torpe del art. 1.275 CC. Por ejemplo: aunque los contratos de hospedaje y de educación, atípicos en el plano de su reconocimiento legal son en general lícitos, pueden ser considerados como inadmisibles y por consiguiente como inválidos, si con ellos se pretende conseguir fines inmorales que la ley no puede amparar²⁰².

En cuanto a la disciplina normativa del contrato atípico, en primer término, debe atenderse a las reglas contractuales establecidas por las partes, las que deben ser consideradas ellas mismas como lícitas y admisibles. Ellas también están sometidas a la disciplina jurídica general aplicable a las obligaciones y contratos. Sin embargo, con todo ello la cuestión no queda resuelta. Pueden plantearse cuestiones de interpretación o de puntualización de alguna laguna del negocio, respecto de las cuales los pactos de las partes y la disciplina genérica de las obligaciones y contratos no dejen resuelto el tema. De esta manera, se hace preciso todavía establecer una fuente supletoria de la reglamentación

²⁰² Díez-Picazo, Luis: Ob. Cit. p. 492.

contractual y del régimen general de las obligaciones y contratos. ¿Cuál es esta fuente supletoria? Se plantea Diez-Picazo. Para resolver esta cuestión, la doctrina ha formulado dos tesis: teoría de la absorción y la teoría de la combinación²⁰³.

Para la primera tesis, debe buscarse en los contratos típicos un elemento común que se contenga en un contrato atípico y aplicar al conjunto la disciplina normativa del contrato típico al que pertenezca dicho elemento preponderante. Diez-Picazo, siguiendo a Roca Juan, sostiene: *“La teoría de la absorción opera con un amplio margen de actuación en aquellos casos en que es posible averiguar cuál de las prestaciones de los contratos atípicos es la principal o en tal forma prevalente que las demás pueden ser simplemente consideradas como accesorias. Sin embargo, es inaplicable en todos aquellos casos en que las diferentes prestaciones cooperan a la obtención de un resultado unitario con la misma intensidad y, por consiguiente, sin que pueda encontrarse el elemento preponderante. Por ejemplo, en el contrato de hospedaje existe una prestación de habitación típica del arrendamiento de cosas, una prestación de actividad propia del arrendamiento de servicios y una prestación de suministro, que puede configurarse grosso modo como típica de un contrato de compraventa, sin que ninguna de ellas pueda considerarse como esencial o preponderante”*²⁰⁴.

²⁰³ Diez-Picazo, Luis: Ob. Cit. p. 493.

²⁰⁴ Diez-Picazo, Luis: Ob. Cit. p. 493.

Conforme a la teoría de la combinación, cuando en el contrato atípico existan prestaciones o elementos propios de contratos típicos, el régimen jurídico aplicable deberá configurarse entrelazando las normas correspondientes a cada uno de los contratos típicos.

A juicio de Luis Díez-Picazo, la teoría de la combinación es aplicable a los contratos coligados y mixtos. En tanto que, respecto de los complejos y los contratos que no pueden ser reconducidos a prestaciones típicas, resulta ser más discutida, inclinándose por la teoría de la absorción²⁰⁵.

En los contratos absolutamente atípicos desde un punto de vista legislativo, no puede aplicarse ninguna de las teorías anteriores –sostiene Díez-Picazo: *“En tales casos, cuando se trate de contratos que no obstante su atipicidad legislativa posean una tipicidad social, la fuente supletoria de la reglamentación contractual se podrá establecer acudiendo a las normas o criterios ya sentados por los usos, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por la doctrina de los autores”*²⁰⁶.

En Chile, Jorge López Santa María enseña que *“todo contrato se rige por las normas establecidas por el legislador para las obligaciones (incluidas las normas que conciernen a los negocios jurídicos a los contratos en general). Frente a las controversias específicas que engendran los contratos, dichas*

²⁰⁵ Díez-Picazo, Luis: Ob. Cit. p. 494.

²⁰⁶ Díez-Picazo, Luis: Ob. Cit. p. 494.

normas suelen ser insuficientes. Los contratos típicos se rigen, además, por las reglas particulares que configuran la reglamentación legislativa de cada uno de ellos. En estas reglas particulares, si nada diverso han previsto las partes, es habitual que el sentenciador encuentre la norma que, aplicada a los hechos, le permitirá dirimir la controversia.

La dificultad se presenta en los contratos atípicos, si las partes no han sido previsoras, estableciendo reglas de creación autónoma para las controversias que después acaezcan, pues la ausencia de reglamentación legal particular conduce a un limbo. No hay norma, ni legal ni contractual, que resuelva la dificultad no que permita establecer el alcance de los derechos y las obligaciones de las partes²⁰⁷.

Sobre este punto, el autor citado se inclina, al parecer, por la tesis de la absorción: *“el criterio que se ha impuesto para superar este inconveniente es el de la asimilación del contrato atípico al contrato o contratos típicos más parecidos, a fin de aplicarle al primero las reglas legales de los últimos... Lo que ocurre en este caso, es que el contrato que han otorgado las partes termina por ser típico, ya que los efectos de la normativa aplicable, se gobierna por la regla que la ley ha previsto para el contrato reglado²⁰⁸.*

²⁰⁷ López Santa María, Jorge: Ob. Cit. p, 108.

²⁰⁸ López Santa María, Jorge: Ob. Cit. p, 108-109.

Conforme al interfecto, esta asimilación del contrato atípico al típico conlleva la actividad de calificarlo, lo que implica establecer su naturaleza jurídica, encuadrándolo en alguno de los tipos definidos por la ley, sobre la base de la esencia de las circunstancias que configuren el contrato, prescindiendo de la denominación que las partes hayan empleado²⁰⁹. Si embargo, esta tarea puede resultar difusa, máxime si las cláusulas del contrato atípico contienen derechos y obligaciones que lo asemejen a más de un tipo contractual.

En este caso, una primera opción es buscar en el contrato atípico un elemento esencial, para luego cotejar este elemento esencial con los contratos reglados más semejantes. Por ejemplo, si el contrato es título traslativo de dominio, si es de garantía o de prestación de servicios. Ello permitirá atribuirle al contrato no reglado la normativa de los contratos que contengan este elemento esencial. Por ello, parte de la doctrina estima que la alternativa más correcta es buscar la causa común que pueda tener el contrato atípico con uno de los contratos reglados por el ordenamiento jurídico, entendiendo por ella como la función económica y social del contrato. Si ambos obedecen a la misma causa, la convención atípica será absorbida por la que tiene tipo legal. Se parte de la base que el legislador tipifica ciertos contratos que contienen relaciones interpersonales que satisfacen necesidades económicas y sociales dignas de regulación. De ahí que deba pesquisarse cuál es la causa del contrato atípico

²⁰⁹ López Santa María, Jorge: Ob. Cit. p, 110.

que han otorgado las partes, para, una vez hecho, aplicársele las normas del contrato típico que obedezca a igual necesidad.

Si lo anterior resulta insuficiente, deberá inquirirse en otros elementos comunes entre el contrato celebrado y los contratos reglados y que sean diferenciadores del tipo. Un elemento es la condición personal de las partes: Si una de ellas es una compañía de seguros o el Estado, puede recurrirse a las normas de los contratos que usualmente celebran dichas entidades y que están regladas. También el elemento temporal puede servir para determinar, por ejemplo, que un contrato que se ha extendido en el tiempo es, por tanto, de trabajo, y el que queda reducido a una gestión particular, es de prestación de servicios. Otro elemento común puede ser la existencia o no de subordinación de una parte a la otra, lo que puede permitir asociar el contrato innominado a un mandato o la prestación de servicios si es que dicho elemento no existe, o el contrato de trabajo si se presenta alguna forma de dependencia laboral.

La principal importancia de la calificación de un contrato reside en que por ella se determina la legislación supletoria o supletiva de la voluntad de las partes, que deberá aplicarse a todo lo no previsto por los contratantes. En el caso del contrato atípico, asimilado éste al o a los contratos típico que más se le asemejen, en definitiva, la normativa supletoria resultará de los modelos reglados *a priori* por el legislador.

Si la equidad y la analogía son los dos elementos clásicos que sirven para integrar o zanjar las lagunas del Derecho, en el estado actual de la elaboración chilena en torno al contrato atípico, tanto doctrinal como jurisprudencia, parecería que la primera es enteramente desplazada por la segunda. Las lagunas contractuales en los contratos atípicos se dirimen recurriendo a las normas de los contratos más parecidos, es decir, por analogía²¹⁰.

En igual sentido Alessandri, quien señala que los contratos atípicos: *“Se rigen por las reglas aplicables a todo acto y declaración de voluntad y por lo que estipulen las partes, sin perjuicio de que en caso necesario se pueda recurrir, por analogía, a las reglas del contrato nominado más similar”*²¹¹.

Por todo lo dicho, podemos concluir que tanto el negocio fiduciario como el fideicomiso, al no estar reglado en nuestro ordenamiento Jurídico, son atípicos (y nominados), debiendo seguir el iter antes expuesto, para determinar su normativa aplicable.

SECCIÓN 4: EL NEGOCIO FIDUCIARIO EN CHILE

Expuesta la situación en que se hayan los contratos típicos y los atípicos, y entendido que el negocio fiduciario en Chile es un negocio no reglado, y, por

²¹⁰ López Santa María, Jorge: Ob. Cit. p, 111-112.

²¹¹ Alessandri Rodríguez, Arturo: Ob. Cit. p 38.

ende, atípico, el que es posible celebrar conforme al principio de la autonomía de la voluntad, corresponde verificar si él puede funcionar en nuestro ordenamiento jurídico. Dejaremos para el final la situación del fideicomiso.

Resulta paradójico el negocio fiduciario, por cuanto al definirlo, no pareciera que tuviese alguna dificultad, en tanto se entiende, según las definiciones antes anotadas, como la transferencia de una cosa, hecha por el fiduciante al fiduciario, para que éste cumpla con el cometido tenido en vista al tiempo de celebrar el negocio en cuestión, pudiendo tener un fin de garantía o de administración. Como puede observarse, no es inimaginable un contrato de estas características. No sé ve por qué no pueda existir un contrato que implique enajenar una cosa para cumplir con los fines antes señalados.

Cuando procede a definirse el negocio fiduciario se parte siempre del efecto que se persigue con él: transferencia de una cosa para un fin determinado; no se alude, al principio, a su forma de construcción, y sólo cuando se atiende dicha circunstancia, es que empiezan las discusiones sobre él.

Así, los inconvenientes surgen cuando se analiza dicha figura y nos percatamos que no es un negocio que se baste a sí mismo, como lo es la compraventa, por ejemplo, en donde tenemos dos partes que se obligan recíprocamente: uno a entregar o dar una cosa (según la teoría que se siga) y el otro a pagar por ella un precio determinado.

En la fiducia no ocurre lo mismo: se utiliza un negocio bien perfilado, que cumple una función económica y social nítidamente configurada, pero no se usa para cumplir con el propósito de dicho negocio, que por cierto sirve para transferir una cosa, sea por intercambio, sea por beneficencia; sino que el fin es otro, cual es: enajenar la cosa para así garantizar una deuda o para que otro administre libremente la cosa tradida, debiéndose dejar constancia de dicha intención, lo que conlleva la celebración de un pacto posterior que contenga el fin perseguido con el acto traslativo de dominio.

En el capítulo concerniente al negocio fiduciario, vimos las variantes que pueden presentarse en torno a la construcción de esta figura negocial.

Veamos cómo se presentaría la fiducia si quisiéramos aplicarlo en nuestra realidad jurídica: Si bien se nos quiere presentar la fiducia como un negocio que por sí mismo es suficiente para producir el efecto que por él se persigue, lo cierto es que no es así, al menos conforme a la fiducia con su doble efecto y de la manera construida por la pandectística alemana, seguida por el Derecho italiano y luego por el español. Si quisiéramos entenderlo como un solo contrato, supondría desde luego el abandono del negocio fiduciario originario, como heredero de la fiducia romana, para pasar a uno “impuro”, que requiere texto legal expreso, o importarlo como fideicomiso tal cual.

Mas, si se quiere insistir en aplicar la fiducia heredera del Derecho romano, debe asumirse que ella funciona en dos momentos: mediante el negocio traslativo del dominio, y luego, el negocio morigerador del acto enajenante. Vale

decir, si aceptamos la existencia de los contratos atípicos y dentro de ellos, los mixtos o complejos, resulta que el negocio fiduciario es un negocio jurídico que se encuadraría dentro de éstos últimos.

Previamente, consideramos de suma importancia tratar el negocio jurídico abstracto, ya que el contexto en que se acogió este negocio, a la usanza de la fiducia romana, por el pandectismo, que significó su aceptación en el Derecho alemán, fue su configuración como acto abstracto. He ahí el éxito que tuvo en dicho ordenamiento jurídico, y a la vez el obstáculo para aceptar, sin más, este negocio en derechos donde prima un sistema causalista, como el italiano, español, y, por cierto, el chileno.

PÁRRAFO 1: DEL NEGOCIO JURÍDICO ABSTRACTO

Como se anotó, son los actos jurídicos abstractos (a la usanza de la mancipatio y la *in iure cesio* romana) los que posibilitan directamente, y sin reservas, el funcionamiento del negocio fiduciario.

Al respecto, Alessandri, Somarriva y Vodanovic señalan que los actos abstractos *“son aquellos en cuyo perfeccionamiento no entra la causa como elemento esencial. Se constituyen y funcionan separados o “abstraídos” (de ahí*

su nombre) de la causa, desvinculados de ella. Por tanto, si falta la causa o es ilícita, el acto queda válido y produce sus efectos”²¹².

Luego, los interfectos precisan la consistencia del acto: *“La clasificación de los actos jurídicos en causales y abstractos no se funda en que algunos actos existen con causa y otros sin ella. Sería absurdo concebir un acto sin causa, sin un fin o una función que cumplir. La cuestión es otra. Tratándose de los actos abstractos, al revés de los que sucede con los causales o concretos, la causa no es requisito esencial en el perfeccionamiento de ellos, no se toma en cuenta para la constitución de los mismos y, por ende, para la producción de sus efectos; pero esto es muy distinto a decir que no exista. Y si bien en un primer momento, en el de la formación del acto abstracto, la causa es intrascendente, su existencia y licitud pueden adquirir relieve después, sea para remover los efectos producidos del acto, sea para detenerlos o paralizarlos”*²¹³.

La abstracción del acto puede ser absoluta y relativa. La primera, significa que la causa no se toma en cuenta en el perfeccionamiento del acto ni en las situaciones que surgen con posterioridad. La causa es fútil en todo aspecto del acto, su licitud o ilicitud no pueden invocarse con relación a la formación del acto y, tampoco, para remediar o paralizar consecuencias injustas. Reina el adagio *“Promisisti, solve”* (prometiste, pues paga). El deudor debe pagar por la simple

²¹² Alessandri R., Arturo, Somarriva U., Manuel, Vodanovic H., Antonio: Ob. Cit., Tomo II, p. 297.

²¹³ Alessandri R., Arturo, Somarriva U., Manuel, Vodanovic H., Antonio: Ob. Cit. p. 298.

razón formal de haberlo prometido, aunque no exista una razón sustancial que justifique la deuda; carece de recurso alguno para corregir las consecuencias del acto abstracto y debe sufrirlas como un mal irreparable.

Por el contrario, la abstracción relativa importa considerar la causa sólo fuera del acto, en tanto la parte perjudicada puede alegar la falta o ilicitud de la causa para remover los efectos del acto que se ha cumplido o paralizar los que se va a cumplir, y con este objeto se le concede o reconoce la acción o la excepción de enriquecimiento sin causa²¹⁴.

Sin perjuicio de todo lo dicho, en nuestro derecho no se acepta en términos generales los actos abstractos, siendo la regla general, *a contrario sensu*, los actos causados. En efecto, los autores antes referidos señalan: *“Pero dentro del ordenamiento jurídico chileno debe concluirse que sólo el legislador puede establecer actos abstractos. Porque según nuestro Código Civil la causa es requisito esencial del acto o declaración de voluntad (art. 1445, inc. 1°), un elemento constitutivo del acto, de su naturaleza intrínseca, y la omisión de esos requisitos está sancionada con la nulidad absoluta (art. 1682), sanción que también corresponde a la causa ilícita. El carácter de esta sanción pone de manifiesto que la causa, como todos los elementos constitutivos del acto jurídico, es de orden público, o sea, los particulares no pueden prescindir de ella. En consecuencia, la desvinculación de la causa respecto del acto está sustraída a*

²¹⁴ Alessandri R., Arturo, Somarriva U., Manuel, Vodanovic H., Antonio: Ob. Cit. p. 298.

*la autonomía de la voluntad particular. Sólo el legislador puede apartarse de la regla de que los actos son causales, y establecer por vía excepcional actos abstractos*²¹⁵.

Es importante mencionar la opinión que este acto le merece a Cariota Ferrada, en relación con el negocio fiduciario, cuando señala que *“todo esto es claro y seguro cuando el negocio de transferencia es abstracto: la causa fiduciae es la razón subyacente, justificadora del negocio traslativo abstracto. No hay necesidad de más. El negocio abstracto produce sus efectos normales, con tal de que haya voluntad y forma; para justificar tales efectos e impedir una acción tendente de rescindirlos es necesaria, pero suficiente, una cualquiera causa justificadora, sobre la base de la cual haya de excluir que la transferencia produzca un enriquecimiento sin causa.*

Si en nuestro ordenamiento jurídico existieran la transferencia, la cesión, etcétera, como negocios abstractos, incoloros, el propio problema no tendría razón de ser: en efecto, los negocios fiduciarios se actúan indudablemente por medio de negocios abstractos y son incontestablemente admitidos en los ordenamientos que acogen las transferencias abstractas (Derecho romano, Derecho alemán actual).

²¹⁵ Alessandri R., Arturo, Somarriva U., Manuel, Vodanovic H., Antonio: Ob. Cit. p. 303.

*Pero en nuestro derecho (italiano. El paréntesis es mío) no existen los negocios de transferencia abstractos, sino los singulares negocios causales que producen transferencia (venta, donación, permuta, etc.)*²¹⁶.

Ergo de todo lo expuesto, no podremos salvar la discusión que pesa sobre el negocio fiduciario, celebrando un negocio abstracto, por cuanto según las autorizadas opiniones de Alessandri, Somarriva y Vodanovic, la regla general es el negocio jurídico causal, siendo la excepción el negocio abstracto, que en nuestro ordenamiento jurídico requiere de ley expresa, no existiendo una que se refiera en dicho término al negocio fiduciario.

PÁRRAFO 2: DE LA CAUSA Y DE LA CAUSA DEL NEGOCIO FIDUCIARIO

Veamos ahora si el negocio fiduciario, con su teoría del doble efecto, en su versión que entiende que él es un negocio complejo y único, que tiene su propia causa atípica, tiene cabida en nuestro derecho o, al igual que en España, debe ser catalogado como un procedimiento anómalo similar a un negocio simulado.

El negocio fiduciario, a pesar de ser considerado un solo negocio, podemos abocarnos a su estudio considerándolo como un todo, es decir, atendiéndolo con un miramiento sintético, a pesar de que esté configurado por

²¹⁶ Cariota Ferrara, Luigi: "El Negocio Jurídico". Traducción del italiano, Prólogo y Notas de Manuel Albaladejo. Aguilar, S.A. de Ediciones. Madrid, 1956, p. 201.

negocios diversos, de tal suerte que debemos juzgarlo en cuanto negocio jurídico propiamente tal, o, por el contrario, a pesar de ser una unidad, su crítica descansa sobre su análisis, esto es, al estudio de todas sus partes para luego juzgar su existencia y validez en cuanto negocio jurídico atípico. ¿Llegaremos a soluciones diversas o, por el contrario, su desigual tratamiento, según las circunstancias anotadas, conduce a una dirección disímil o igual?

Como mencioné antes, cuando se principia en el estudio del negocio fiduciario, los autores parten definiéndolo sin señalar cómo se configura. Como puede advertirse, si sólo atendiéramos a la definición, arribaríamos al convencimiento de que es una figura que sólo funciona en un sistema jurídico que recoge, en términos generales, un sistema abstracto del negocio jurídico, o, que existe un contrato así expresamente perfilado, como lo es el fideicomiso.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con el negocio fiduciario, por cuanto al desentrañarlo para hacerlo funcionar en un sistema causalista, como el nuestro, vemos que en su interior se haya un contrato de compraventa, o, al menos, un negocio traslativo de dominio, el que es menester para hacerlo funcionar. De esta guisa, no puede soslayarse dicho contrato, que sirve de título para la transferencia, cuando acometemos el estudio de la fiducia.

Si consideramos a la fiducia como un todo, ella debe tener una causa, al igual que todo acto jurídico. En España, los que defienden que ella tiene su propia causa, la que reconocen atípica, dicen, como antes se señaló, que

consiste en la atribución patrimonial que hace el fiduciante frente a la obligación del fiduciario de servirse de la cosa conforme a lo pactado y de restituirla al fiduciante o a un tercero.

Es decir, extraen del contrato traslativo de dominio, la obligación de quien se obliga a tradir, vinculándola luego con las obligaciones mencionadas del fiduciario, y respecto de esa parcela de la realidad, identifican el lugar que ocupa la causa de la obligación.

¿Puede procederse de la misma manera en nuestro país? Antes de emprender la tarea de resolver la interrogante anotada, conviene señalar que el problema de la causa, de la forma planteada, no es exclusivo del negocio fiduciario, sino más bien, es aplicable respecto de todo contrato atípico, especialmente de aquellos compuestos por varios contratos sucesivos.

Analizando la fiducia, podemos concluir que el contrato de compraventa contenido en ella (u otro contrato traslativo de dominio) debe cumplir con sus propios requisitos de existencia y validez, de manera tal que, si falta uno o algunos de ellos, dicho contrato tendrá un vicio de invalidez, reflejándose en el negocio fiduciario que también tendrá un vicio de invalidez.

Ahora bien, suponiendo que el negocio traslativo de dominio contenido en la fiducia cumple con todas sus condiciones de existencia y validez, resulta menester identificar la causa del negocio fiduciario, por cuanto es justamente la

inexistencia de este elemento, lo que lleva a sostener, por algunos (en el Derecho español, por ejemplo), la improcedencia de dicha categoría jurídica.

Sin querer adentrarme en el arduo dilema de la causa en nuestro Derecho (que es profuso), resulta útil recorrer someramente, y siguiendo a Víctor Vial del Río (quien hace una exposición pedagógica del tema), la posición que sobre la causa se ha adoptado, doctrinariamente, en nuestro país.

Así, según lo expuesto por el autor mencionado, en nuestro país, hay quienes sostienen que son las obligaciones las que requieren de causa, mientras otros la exigen respecto del acto o contrato. Añade, luego, los argumentos de uno y otros²¹⁷. En igual sentido Rodrigo Barcia Lehmann, quien señala: *“En torno al acto jurídico, aplicando la tesis de Pothier, se pueden distinguir diferentes clases de causa. Respecto del acto jurídico, la causa eficiente es la voluntad o acuerdo de voluntades y la causa final es el fin perseguido por los contratantes, que es una obligación. En cambio, respecto de la obligación la causa eficiente está constituida por las fuentes de las obligaciones y la causa final es la razón o propósito que índice a obligarse.*

La doctrina discute si la teoría de la causa se refiere al acto o contrato o a la obligación. ALESSANDRI entiende que la teoría de la causa se refiere al acto o contrato. DUCCI C., aunque plantea esta discusión, no toma posición al

²¹⁷ Vial del Río, Víctor: “Teoría General de Acto Jurídico”. Editorial Jurídica de Chile. Quinta Edición actualizada y aumentada. Santiago, 2014, p, 200 y siguiente.

respecto. CLARO S. entiende que causa se refiere a la obligación y no al contrato.

A pesar de esta diversidad de opiniones, para la mayoría de la doctrina la teoría de la causa se refiere a la obligación y si falta la causa de la obligación, ésta al ser nula afecta consecuentemente al acto o contrato. De esta forma, toda obligación tiene una causa real y lícita, y a la vez todo contrato se suscribe para crear obligaciones. En consecuencia, si la falta la causa final del contrato, es decir, la obligación, se afecta la causa de la obligación, que es el fin o propósito que se tiene al obligarse. En este sentido el artículo 1467 del C.C. define la causa como el motivo que induce al contrato, es decir, la causa del contrato es el fin que se persigue e induce a obligarse²¹⁸.

Posteriormente, señala que, en lo que respecta a qué se entiende por causa, existen dos posiciones al respecto: unos –dice- entienden que el significado de la causa que sigue nuestro Código Civil es conforme al criterio objetivo de la doctrina tradicional, mientras otros entienden que el Código de Bello sigue la doctrina subjetiva de la causa. Agrega después las razones de una y otra posición²¹⁹.

²¹⁸ Barcia Lehmann, Rodrigo: "Lecciones de Derecho Civil Chileno. Del Acto Jurídico". Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2007, Tomo I, p, 98-99.

²¹⁹ Vial del Río, Víctor: Ob. Cit. p, 201 y siguientes.

Es útil recordar que respecto al vocablo causa, en términos jurídicos, existen tres acepciones. Así, siguiendo a José Maximiliano Rivera Restrepo²²⁰, la causa puede ser entendida como:

a) Causa eficiente: es el antecedente que genera el efecto. Es la fuente, fundamento y origen de algo.

b) Causa final: Es el interés jurídico-patrimonial que persiguen los autores de un acto o contrato.

c) Causa ocasional: Es entendida como la razón o las razones subjetivas que motivan a una persona a celebrar un negocio jurídico. A esta causa se le denomina también como causa impulsiva, psicológica o subjetiva.

El autor mencionado dice: *“estas razones subjetivas son los motivos, por lo tanto, son esencialmente diversos, en mil contratos de compraventa, capaz que existan mil <motivos> distintos por los cuales los compradores celebraron el respectivo negocio”*²²¹.

Respecto a las teorías que se han elaborado sobre la causa, está aquella que se denomina doctrina clásica, que, siguiendo a Ramón Domínguez A., tiene sus orígenes en Domat y Pothier.

²²⁰ Rivera Restrepo, José Maximiliano: Ob. Cit. p,73 y sgts.

²²¹ Rivera Restrepo, José Maximiliano: “La Causa en el Derecho Chileno”. Legal Publishing Chile. Santiago, 2012, p. 78.

Dice el autor mencionado que la doctrina en comento “sostiene que la causa del contrato se encuentra en el fin perseguido por las partes, pero distingue fin y motivos. Estos son individuales, propios a cada parte, tal vez desconocidos de la otra y distintos en cada caso. La causa, por el contrario, es siempre la misma para cada tipo de negocio. No se trata de buscar los motivos que se ha tenido para celebrar el negocio, porque ellos son causa remota y no próxima, directa e inmediata, que es lo que el juez debe buscar en todo contrato”²²².

A reglón seguido expone: “De este modo, se llega a una formulación de la causa según los tipos de negocios: en los onerosos, la obligación de cada parte tiene por causa la obligación de la otra, o, de modo más general, la ventaja que se espera obtener del negocio. Y las obligaciones de cada parte se sirven recíprocamente de causa. En los contratos unilaterales, como el comodato o el mutuo, si alguna de las partes se obliga a devolver la cosa o la suma entregada, es porque la otra parte le ha hecho antes la prestación de la cosa o suma y esa entrega anterior es la causa de la obligación que surge del contrato. Cuando se trata de negocios gratuitos, el solo ánimo de hacer la liberalidad sirve de causa”²²³.

²²² Domínguez Águila, Ramón: “Teoría General del Negocio Jurídico”. Editorial Jurídica de Chile. Segunda Edición actualizada. Santiago, 2012, p. 153.

²²³ Domínguez Águila, Ramón: Ob. Cit. p.153.

Sobre esta tesis, Vial del Río señala que lo determinante para comprender lo que postula la teoría clásica es tener en consideración que ésta requiere que la obligación que nace de un contrato tenga una causa, con lo que se centra en la causa de las obligaciones que emanan de los contratos, descartando así la causa de la obligación que emana de otra fuente de la obligación que no sean el contrato y la causa del contrato mismo²²⁴. Luego añade: *“La pregunta que se formula la teoría clásica es cuál es la causa de la obligación que contrae una de las partes en un contrato, o lo que es lo mismo, por qué se obliga una de las partes que celebra un contrato. La respuesta a dicha pregunta es lo que constituye, precisamente, la causa de la obligación”*²²⁵.

Para determinar el funcionamiento de la causa conforma a esta esta doctrina, debe distinguirse las siguientes categorías de contratos.

Así, tratándose de contratos bilaterales, la causa de la obligación de una de las partes *“es la obligación correlativa de la otra parte. Esta es la regla que con un criterio rigurosamente objetivo y ajeno a las motivaciones personales o subjetivas que pudieran haber tenido las partes obligadas asienta la teoría clásica y que es aplicable a todas las obligaciones que emanan de contratos bilaterales, sea cual fuere el contrato específico de que se trata, lo que determina*

²²⁴ Vial del Río, Víctor: Ob. Cit. p, 191-192.

²²⁵ Vial del Río, Víctor: Ob. Cit. p. 192.

*que para establecer la causa de la obligación que emana de todos los contratos bilaterales basta aplicar la regla antes mencionada*²²⁶.

En tanto que, respecto de las obligaciones nacidas de los contratos reales, *“al analizar la causa de la obligación de restituir la cosa que contrae la parte obligada en el contrato real y luego preguntarse por qué se obliga dicha parte, establece que la causa de la obligación de restitución de la cosa que contrae una de las partes en el contrato real es la entrega que de la misma se le hizo por la parte en virtud de un título que obligaba a su restitución. Si no hubiera efectuado la entrega de la cosa, la obligación de restituirla que contrae una de las partes que celebran el contrato carece de causa, por lo que dicha obligación sería ineficaz*²²⁷.

Finalmente, relativo a las obligaciones que nacen de los contratos gratuitos, Víctor Vial del Río señala que *“para Domat, la causa de la obligación de una de las partes en el contrato gratuito se encuentra en el motivo racional y justo en que se dunda la obligación, colocando el autor citado como ejemplo de motivo raciones y justo que sirve de causa a la obligación del donante de dar la cosa, esto es, hacer la tradición al donatario, la existencia de algún servicio que ha prestado el donatario al donante, o el solo placer que tiene éste de hacer el bien.*

²²⁶ Vial del Río, Víctor: Ob. Cit. p, 192-193.

²²⁷ Vial del Río, Víctor: Ob. Cit. p, 193-194.

La concepción original de Domat es modificada posteriormente por Pothier, quien señala que la causa de la obligación en los contratos gratuitos es la intención liberal, es decir, el propósito de hacer una liberalidad.

Al separar Pothier la intención liberal de los móviles o motivos concretos del donante permite que se formule una regla objetiva común a toda obligación que emana de un contrato gratuito: la causa de la obligación en dichos contratos es la intención liberal o el propósito de hacer una liberalidad”²²⁸.

Otra doctrina sobre la causa es aquella denominada “de los móviles y motivos psicológicos”, o “del Móvil o motivo determinante”, que según Vial del Río es eminentemente subjetivo, y descansa sobre el acto o contrato y no atiende a la obligación²²⁹. Gonzalo Ruz Lártiga, dice que “*es de corte claramente psicológico, ya que da importancia no sólo a los motivos abstractos y permanentes, sino también a los móviles y motivos individuales y concretos, esencialmente variables, que son los que en un caso determinado han inducido a la parte a contratar y que son determinantes en la celebración del acto jurídico*”²³⁰.

A continuación, señala que “*los móviles o motivos que llevan a las partes a contratar pueden ser variados y según él (Louis Josserand. El paréntesis es*

²²⁸ Vial del Río, Víctor: Ob. Cit. p, 194-195.

²²⁹ Vial del Río, Víctor: Ob. Cit. p, 196.

²³⁰ Ruz Lártiga, Gonzalo: “Explicaciones de derecho civil. Parte general y acto jurídico”. Legal Publishing Chile. Santiago, 2011, Tomo I, p. 425.

mío), habrá que determinar cuál habrá sido el motivo o móvil determinante en los contratantes para celebrar el contrato en cuestión. Él lo denomina *causa impulsiva u ocasional*²³¹.

Josserand -sigue Ruz Lártiga- distingue entre contratos gratuitos y onerosos.

“En el contrato gratuito, basta que los motivos o móviles del autor del acto sean ilícitos para anular el contrato por causa ilícita, aunque la otra parte lo desconozca. Por ejemplo, el donatario que recibe una donación hecha con el solo ánimo de defraudar al Fisco o a los acreedores.

*En el contrato oneroso, se requiere que ambas partes tengan conocimiento de la ilicitud del motivo. Por ejemplo, arrendamos un inmueble para establecer un negocio ilícito, para que adolezca de causa ilícita, ambas partes deberían haber arrendado el inmueble con conocimiento de este motivo ilícito*²³².

Las teorías indicadas son las principales, sin embargo, luego se han elaborado otras que pasamos a exponer brevemente.

George Capitant –siguiendo a Gonzalo Ruz- realizó una teoría que deriva de la de los motivos, “pero constatando que es difícil precisar el motivo

²³¹ Ruz Lártiga, Gonzalo: Ob. Cit. p,425-426.

²³² Ruz Lártiga, Gonzalo: Ob. Cit. p. 426.

determinante, de manera que basta cualquier motivo ilícito para viciar el acto, aun cuando ese motivo no sea conocido de la otra parte.

*Esta teoría se enmarca en el movimiento moralizador del contrato*²³³.

Henry Capitant, con su teoría del fin económico, se encuadra en las teorías denominadas neocausalistas. Su tesis sostiene que es necesario tener en consideración la razón que ha impulsado a celebrar un contrato. La causa, no es meramente subjetiva, es también objetiva, ya que establece una relación entre la voluntad y un hecho exterior totalmente ajeno o extraño a ella. Capitant sostiene que la causa es la misma para cada clase de contrato, distinguiendo al efecto entre los bilaterales, unilaterales y a título gratuito. Tratándose de los contratos bilaterales, la causa que induce a cada parte a contratar es el deseo de obtener la prestación prometida, a cambio de la suya. En los contratos unilaterales, específicamente de los reales, salvo el depósito, no son unilaterales, sino más bien bilaterales: la prestación de una de las partes se realiza en el momento mismo en que se perfecciona el contrato²³⁴.

Luego, Gonzalo Ruz expone el funcionamiento de la causa conforme a esta teoría: *“La causa de la obligación del comodatario, mutuario y acreedor prendario de devolver la cosa que se le entregó, radia en la entrega de la cosa*

²³³ Ruz Lártiga, Gonzalo: Ob. Cit. p, 426-427.

²³⁴ Ruz Lártiga, Gonzalo: Ob. Cit. p, 429.

que le hizo la otra parte. Pero en cuanto a la causa de la obligación, hay que hacer distinciones:

En el comodato y en el mutuo con intereses, la causa del comodante y mutuante es doble: por un lado, el servicio al comodatario o mutuario; y, por otro, recobrar la cosa que él entregó.

En el mutuo con interés, la causa de la obligación del mutuante es obtener el cumplimiento de la obligación de pagar intereses.

En la prenda, la causa de la obligación del deudor prendario es obtener un crédito del acreedor. El deudor prendario entrega la cosa en prenda, con el objeto de que el acreedor le otorgue un crédito.

En cuanto al depósito, sería el único contrato unilateral, ya que el único obligado sería el depositario, siendo su obligación la de devolver la cosa que se le entregó en depósito.

La causa de su obligación sería la de prestar un servicio al depositante, ya que eso fue lo que lo motivó a recibir la cosa que se entregó en depósito²³⁵.

Finalmente, en los contratos gratuitos, Capitant sigue la corriente clásica, más en ciertos casos, la causa atiende a otros fines más específicos, como, por ejemplo, en la dote o donación causa del matrimonio, donde la causa es el

²³⁵ Ruz Lártiga, Gonzalo: Ob. Cit. p. 430.

matrimonio y no la mera liberalidad, de forma tal que, si el matrimonio no se celebra, la dote carece de causa²³⁶.

Por su parte, Vial del Río dice que en la doctrina se elaboró una tesis de la causa conforme a un criterio objetivo, más consideran a la causa como un requisito del acto jurídico y no de la obligación. Añade que la causa del negocio o acto jurídico es la función económica social que caracteriza al tipo de negocio²³⁷. Sobre esto, Ramón Domínguez expone: *“Otra corriente doctrinaria, de especial importancia en Italia, donde incluso ha recibido acogida en el propio Código Civil de 1942, tiene raíces filosóficas más acentuadas. Se trata de la idea de causa como función social del negocio. A quienes no aceptan que el negocio sea un medio individual de creación de normas y que esté sujeto a la regulación que cada cual hace soberanamente de sus intereses, las concepciones individualistas subjetivas u objetivas de la causa no pueden satisfacer. Por ello, un fuerte sector doctrinario pone el acento en la idea de que el derecho acepta que ciertos intereses sean regulados por los particulares, pero para cumplir ciertos valores sociales o económicos. La causa es entonces definida como “función económica-jurídica del negocio” o bien, como “la función económico-social del negocio” reconocida y garantizada por el derecho. Así, en los negocios onerosos, la causa consiste no en motivos personales, ni aún en motivos*

²³⁶ Ruz Lártiga, Gonzalo: Ob. Cit. p. 430.

²³⁷ Vial del Río, Víctor: Ob. Cit. p. 195.

*individuales objetivos de equivalencia, sino en su función propia de producir un cambio de prestaciones*²³⁸.

Dicho todo lo anterior, surge la pregunta ¿Cuál es la doctrina de la causa que sigue nuestro Código Civil?

Sobre este tópico, se ha dicho que se sigue la teoría clásica de la causa. En efecto, Ruz Lártiga señala que *“nuestro Código Civil sigue la teoría clásica por los siguientes motivos: 1° Porque Andrés Bello siguió en esta parte al Código Civil francés, basado en la teoría clásica. 2° En los actos jurídicos donde más motivos personales podría haber (actos jurídicos gratuitos), la ley no quiso indagar en ellos y señaló que en esos casos la sola liberalidad sirve como causa. 3° En los ejemplos de que se valió precisamente el Código civil chileno, pues en ellos se demuestra que no importa el motivo personal, no es necesario indagar e las razones particulares que hayan tenido para actuar. Una prueba es el mismo 1467. 4° La razón más fuerte es quizás que la causa se presume y, por lo mismo, no es necesario expresarla. ¿Cómo podrían presumirse los motivos particulares que lleva a una persona a dar, hacer o no hacer algo, sino es una razón objetiva que es el objeto de la prestación contraria, o el dese de que se cumpla la prestación que se le prometió a cambio de la suya?”*²³⁹.

²³⁸ Domínguez Águila, Ramón: Ob. Cit. p.157.

²³⁹ Ruz Lártiga, Gonzalo: Ob. Cit. p, 430-431

Ramón Domínguez, por su parte, indica que *“es claro que Bello siguió a Domat y Pothier, lo que se aprecia con los ejemplos mismos del art. 1467 inc. 3º, que son propios de la teoría clásica. De ahí que la doctrina haya considerado en forma mayoritaria que la teoría aceptada por el Código sea la clásica. En el mismo sentido se han pronunciado los tribunales de justicia”*²⁴⁰.

Avelino León Hurtado expresa que *“de lo expuesto más arriba aparece que la ley al hablar de causa del acto o contrato, o de causa de la obligación (arts. 1.445 y 1.467), se está refiriendo a la causa final. En efecto, como hemos dicho, no se ha referido a la causa eficiente; y tampoco ha podido referirse a la causa ocasional, pues si se atiende a los móviles o motivos psicológicos de cada contratante, a sus representaciones psíquicas, que varían hasta el infinito, se crearía la total inestabilidad jurídica. Así, lo resuelve la generalidad de la doctrina.*

O sea, en cada tipo de contrato, habrá siempre una misma causa de valor constante y abstracto, precisada de antemano por el Derecho.

*Lo cierto es que por la razón ya dada, debemos entender que este artículo se refiere a la causa de la obligación, a la causa final y, en consecuencia, cuando habla de motivo, quiere decir la razón jurídica que determina a obligarse”*²⁴¹.

No obstante lo anterior, el autor mencionado hace una reserva a lo dicho: *“Pero aun aceptando como válido el principio general de que el Código se refiere*

²⁴⁰ Domínguez Águila, Ramón: Ob. Cit. p.157.

²⁴¹ León Hurtado, Avelino: “La Causa”. Colección de Estudios Jurídicos y Sociales. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1961, N° 49, p, 27-28.

*a la causa final, es forzoso reconocer que cuando se plantea (sic) un problema de causa ilícita debe atenderse a la intención real de las partes, es decir, a los motivos individuales, a la causa ocasional”, que determinó a contratar*²⁴².

Prosigue ejemplificando lo que se dijo antes: *“Quien pide un préstamo para instalar un prostíbulo, o hace una donación para iniciar o mantener relaciones sexuales extramatrimoniales, no podrá invocar la causa final, abstracta, de todo préstamo o donación y pretender que tales actos se consideren válidos. El juez invalidará el contrato si comprueba los móviles concretos ilícitos que determinaron a las partes a contratar. O sea, debe juzgar la causa ocasional.*

No hay, pues, en el Código una doctrina unitaria de la causa, sino dual. Es ésta la única solución posible, atendidos nuestros confusos textos legales.

*Sin duda, el sistema del Código es equivocado, pues la doctrina de la causa final se desvirtúa totalmente cuando se la confunde con los motivos. De consiguiente, si debe invalidarse un acto por motivos ilícitos, no es necesario hablar de causa ilícita, sino, específicamente, de motivos ilícitos, y disciplinar esta materia fuera de la causa, como se hace, por ejemplo, con los motivos falsos o equivocados que se sancionan en el error*²⁴³.

²⁴² León Hurtado, Avelino: Ob. Cit. p, 28-29.

²⁴³ León Hurtado, Avelino: Ob. Cit. p, 29-30.

Víctor Vial realiza una distinción en materia de causa, para así determinar qué causa exige el Código Civil, diferenciándose del proceder de Avelino León. Él dice: *“En nuestra opinión, para analizar la causa se hace necesario distinguir previamente entre causa del acto o contrato y causa de la obligación, como lo hacen la doctrina y jurisprudencia en Francia, distinción que no resulta extraña a nuestra legislación toda vez que el Código Civil la contempla implícitamente”*²⁴⁴.

Relativo a la causa del acto o contrato, expone: *“De acuerdo con la propia definición que da la ley, la causa del acto o contrato es el motivo que induce a su celebración. La palabra motivo, según el uso general que ésta tiene, es la causa o la razón que induce a algo, y la razón que induce a algo son los móviles psicológicos, individuales y subjetivos que se ha representado el sujeto y que lo inducen a actuar”*²⁴⁵.

En tanto que, respecto a la causa de la obligación, defiende que *“de varias de las disposiciones del Código Civil referidas a la causa se desprende que, si bien el acto o contrato debe tener una causa, también debe tenerla la obligación que el contrato crea. La interpretación que corresponde dar a la causa de la obligación es la que sustenta la teoría clásica, lo que determina la necesidad de analizar la causal de la obligación con un criterio objetivo, que lleva a un concepto de causa abstracto e idéntico para cada categoría de contratos.*

²⁴⁴ Vial del Río, Víctor: Ob. Cit. p. 204.

²⁴⁵ Vial del Río, Víctor: Ob. Cit. p. 204.

La distinción entre causa del contrato y causa de la obligación no presenta nada de novedoso, pues, como hemos visto, aparece formulada por la doctrina y la jurisprudencia en Francia. Sin embargo, es interesante tener en consideración que el intérprete del Código Civil francés no encuentra sustento en ninguna disposición que le permita fácilmente llegar a la noción de causa del acto o contrato, y ésta referida a los motivos o móviles del sujeto. La situación es radicalmente diferente para el intérprete del Código Civil chileno, pues cuenta con un elemento poderoso en que apoyar la tesis de que la causa no sólo se requiere para la obligación, sino que también para el acto, y que en este último caso se la encuentra el motivo: la propia definición de que causa contiene el artículo 1467 y que constituye una de las disposiciones en que no se puede menos que admirar el espíritu innovador del redactor del Código Civil, quien se anticipa a los postulados de la teoría de los motivos psicológicos con anterioridad a su formulación”²⁴⁶.

No está demás exponer la existencia de una moderna opinión que defiende una teoría unitaria de la causa como requisito del contrato y de la obligación. José Maximiliano Rivera Restrepo expone: *“Tradicionalmente, se ha dicho que nuestro Código Civil, siguiendo al Código Civil francés, regula la <Teoría de la causa final>, es decir, lo que requiere causa es el contrato, causa*

²⁴⁶ Vial del Río, Víctor: Ob. Cit. p, 204-205.

que asumo un rol objetivo, siendo la misma, atendiendo al tipo de contrato de que se trate.

Con todo, planteamos que la causa, entendida como la razón que justifica la relación jurídica que surge de un contrato, asume un carácter unitario y sirve, tanto para justificar al contrato como para explicar la obligación que de él surge.

La <teoría unitaria de la causa>, plantea que la causa asume un doble carácter: es decir, equivale a un concepto unívoco que sirve para tutelar los intereses individuales del contrato (el <interés> de la sociedad). Así, en cuanto al interés individual de los contratantes, la causa aparece con una faceta objetiva en la fase de la obligación, que se traduce en el requisito de la <realidad> de la causa, la segunda, en cambio, se manifiesta en el requisito de la <licitud> de la causa, esto es, como la causa subjetiva que el Derecho le exige a cada contrato.

Si aceptamos lo anterior, la causa aparecería como el gran principio que tutela tanto el interés individual (causa de la obligación), como el interés colectivo (causa del contrato).

Ambas facetas de la causa están presentes y sirven de control de los objetivos o intereses de las partes o de la colectividad en el contrato. En efecto, en la actualidad, existe un renovado consenso en Francia, e cuanto a que tanto las nociones de causa objetiva (causa real) como causa subjetiva (causa lícita) son necesarias. La primera, es decir, la <realidad> de la causa o teoría objetiva, principalmente en el ámbito de la obligación, se erige como el medio más

poderosos de dejar sin efecto el contrato al denudar la ausencia de la contraprestación recíproca, resguardando el interés privado de las partes; y, la segunda, en el ámbito del acto jurídico o contrato y su formación, a través de la <licitud> de la causa o teoría subjetiva, como medio para proteger el interés general, al controlar los motivos contrarios a la moral, el orden público o las buenas costumbres, que se esconden en la voluntad generadora del acto”²⁴⁷.

Alberto Lyon Puelma, en su obra que se indica al pie, propone (y cree) que la causa no se identifica con la causa final clásica ni con los motivos psicológicos, individuales o remotos²⁴⁸. Señala al efecto: *“Conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1467 del Código Civil, la causa es el motivo que induce al acto. A su vez, el motivo de un contrato es siempre la satisfacción de una necesidad o interés concreto de las partes, que se obtiene, salvo contadas excepciones, por la representación del resultado que se produce en forma inmediata y directa del cumplimiento perfecto de las obligaciones del contrato, porque ese resultado ha sido diseñado por las partes para producir la satisfacción de esa necesidad o interés, ya sea por la sola existencia del acto mismo, ya por el cumplimiento de las obligaciones concebidas en él, que es la regla general, como se ha insinuado. En este último caso, la causa es el*

²⁴⁷ Rivera Restrepo, José Maximiliano: Ob. Cit., p, 168 y sgte.

²⁴⁸ Lyon Puelma, Alberto: “Integración, Interpretación y Cumplimiento de los Contratos”. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 2017, p. 104.

*resultado que se representan las partes con motivo del cumplimiento perfecto de las obligaciones contraídas*²⁴⁹.

Luego profundiza sobre esto: *“La satisfacción de la necesidad o interés de las partes está compuesta ya por el resultado práctico inmediato y directo que se representan las partes después del cumplimiento perfecto de las obligaciones, ya por una situación jurídica tal que sea igual o superior a la necesaria para ampararlo, ya, en fin, por ambas conjuntamente. Las dos primeras cuestiones son diferentes entre sí: el cumplimiento del contrato genera un statu quo, una realidad que es el resultado del contrato querido o representado por las partes, y que surge normalmente del cumplimiento de las obligaciones; en cambio, la situación jurídica que debería surgir, y que surge de ser necesario, es aquella reclamada por ese mismo resultado como un determinado amparo jurídico.*

Así, si el objetivo práctico de una de las partes es el uso y el goce de un tractor, de una casa, de un avión, tendrá el uso y el goce cuando se le entregue alguna de esas cosas en buen estado, pero para garantizar el uso y goce permanente de cualquiera de tales cosas, necesitará del dominio de las mismas o del derecho real de usufructo. El fin práctico se satisface con la tenencia de la cosa, que se obtiene con la entrega, pero para garantizar ese uso y goce permanente, necesitará de una situación jurídica que lo ampare, lo que se satisface cuando adquiera alguno de los derechos reales mencionadas, que es

²⁴⁹ Lyon Puelma, Alberto: Ob. Cit. p, 78-79.

la situación jurídica que ampara el resultado práctico constituido por el uso y el goce efectivo, real o concreto.

Ahora bien, puede que el que adquiera un bien determinado no tenga pensado un uso o goce específico, o no quiera ni usar ni gozar del bien, sino simplemente obtener un sobreprecio al transferir a terceros el uso y goce potencial que ha obtenido, lo que constituye de suyo un goce determinado. En tal caso, el resultado concreto se encuentra en el uso y goce de la situación jurídica que le entrega el dominio o el usufructo de la cosa o, incluso, un derecho personal como es el que le entregaría la calidad de arrendatario o comodatario de tales cosas.

En resumen, el resultado final del contrato está compuesto fundamentalmente por los efectos jurídicos del acto, si este no genera obligaciones; o por los efectos prácticos inmediatos o directos que acarrea para las partes el cumplimiento íntegro y perfecto de las obligaciones, si las genera, más la situación jurídica que la ampara; o solo esta última, como se ha explicado, cuando el contratante solo pretenda usufructuar de ese uso y goce potencial, en el caso ejemplarizado²⁵⁰.

Dicho de otra manera, según el autor, la causa es el motivo que induce al contrato, motivo que consiste en la satisfacción de una necesidad o interés

²⁵⁰ Lyon Puelma, Alberto: Ob. Cit. p, 80-82.

concreto que se logra con el resultado final del contrato y/o con la situación jurídica que lo ampara.

El resultado final del contrato depende de si genera o no obligaciones. Si no las genera, la causa son los efectos jurídicos del contrato. Si engendra obligaciones, la causa será la representación de los efectos prácticos inmediatos o directos que acarrea para las partes el cumplimiento íntegro y perfecto de las obligaciones con o sin la situación jurídica que la ampara, o, sólo esta última, cuando quiera valerse de la protección jurídica del derecho respecto de los efectos prácticos del contrato.

Acto seguido, el interfecto explica en detalle el funcionamiento de su posición que el resultado se genera con sólo los efectos jurídicos del contrato cuando el acto, por su solo mérito, produce la situación jurídica que es el fin en sí mismo buscado por el autor de dicho acto o declaración de voluntad y, por ende, sin que sea necesario para obtención de ese fin que se haya cumplido una determinada prestación, como ocurre en el caso de la revocación de un testamento, del reconocimiento de la filiación matrimonial o no matrimonial, la aceptación o repudiación de una herencia, la remisión de una deuda, todos estos casos en que la causa es lícita...

En cambio, el resultado se genera mediante el cumplimiento de obligaciones, cuando la satisfacción del interés o necesidad de las partes se produce por la verificación de un hecho material –que es la consecuencia

inmediata y directa del cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud del contrato-, debiendo distinguirse, a su vez, si ese resultado requiere o no de una situación jurídica posterior que ampare el resultado.

No requiere de una situación jurídica, cuando el propio hacer del deudor satisface la necesidad del acreedor y dicha realidad se mantiene de hecho sin necesidad de que existan derechos reales o personales que deban subsistir o nacer como consecuencia de la relación jurídica. Sí requiere de una situación jurídica cuando, además del cumplimiento de la obligación jurídica conformada por derechos reales o personales para asegurar el resultado del contrato.

Por ejemplo, en un contrato de aseo, una vez que se hayan cumplido las obligaciones de limpieza, no surgen consecuencia jurídicas ulteriores, cosa que sí ocurre en un contrato de compraventa en el que después de cumplidas las obligaciones, nace a favor de las partes el derecho de dominio para amparar el resultado querido por ellas (derechos reales) o la obligación de saneamiento que es imprescriptible (derechos personales), lo que permite al comprador asegurar el dominio adquirido sobre la cosa a título de compraventa²⁵¹.

¿Para determinar la causa de la fiducia es necesario abstraernos de las convenciones que lo integran, esto es, desatendernos del título traslativo de

²⁵¹ Lyon Puelma, Alberto: Ob. Cit. p. 84.

dominio que se use y del pacto *fiduciae*, debiendo considerar solamente el negocio jurídico que significa la fiducia?

Previo a responder esta interrogante, es de suyo importante señalar que, como puede advertirse de lo dicho sobre la causa, existen varias posiciones a su respecto en el Derecho chileno, de manera tal que no abordaré la causa de la fiducia utilizando todos los sentidos y alcances de quienes la han tratado, para así demostrar que cualquiera sea la posición que se adopte al respecto, el negocio fiduciario tiene causa y qué significa. En definitiva, lo que quiero decir es que cuando hablo de la causa, quiero darle el significado de causa final de la teoría clásica, que es la doctrina que, según algunos, es la que aún impera en Chile y respecto de las obligaciones.

Sin embargo, lo expresado al comienzo de este capítulo debe ser matizado. En efecto, el negocio fiduciario tiene causa, pero no puede obviarse que él está compuesto por un negocio jurídico traslativo de dominio que también es causal.

Se aprecia de la discusión española sobre la causa del negocio fiduciario, que de alguna manera ambas llevan algo de razón. Es decir, tanto la posición que reza que el negocio fiduciario tiene su *causa fiduciae*, como los que dicen que no la tiene, porque la venta, que es el negocio habitualmente utilizado para configurarlo, carece de una causa real (por falta de causa), por ende, es un acto jurídico relativamente simulado; están en lo cierto.

Por lo tanto, para construir correctamente el negocio fiduciario, es menester previamente celebrar el negocio jurídico traslativo, cumpliendo al efecto con todos sus requisitos de existencia y validez, dentro de los cuales se encuentra la causa. Si bien, conforme al principio de libertad contractual, se permite la combinación de elementos pertenecientes a distintos contratos, e incluso, el uso combinado de diversos tipos contractuales, para así celebrar convenciones innominadas, no existe norma alguna que, en tales situaciones, libere del cumplimiento individual de todas las exigencias legales necesarias para celebrar un contrato tipo.

Ergo, si el acto jurídico elegido es el contrato de compraventa, es menester que, además de contar con todas sus condiciones para nacer válido, tenga una cosa y un precio. Así, la causa de la obligación del vendedor de entregar la cosa es la obligación asumida por el comprador de pagar el precio, en tanto que la causa de la obligación del comprador de pagar el precio es la obligación del vendedor de enajenar la cosa.

Si existe lo antes señalado, a más de cosa, precio y demás exigencias legales, existe un contrato de compraventa válidamente celebrado. Al respecto, resulta indiferente si las partes tienen la intención de que los efectos del contrato de compraventa, por ejemplo, sean permanentes, es decir, si el vendedor quiere deshacerse de la cosa a cambio del precio y el comprador pagar el precio por la cosa de un modo definitivo. Las personas son libres de utilizar los mecanismos que el Derecho pone a su disposición para satisfacer sus intereses, respetando,

obviamente, la legislación vigente. Lo importante es que, al tiempo de celebrar el contrato, exista consentimiento en crearlo, objeto, causa y cumplimiento de las solemnidades si el acto o contrato lo merece por ley.

Se aprecia de la discusión española sobre el negocio fiduciario que, los que lo tildan de ser simulado relativamente, lo hacen porque al tiempo de construirlo las partes no quieren en definitiva los efectos del contrato de compraventa, lo que se refleja en que, no obstante, la estipulación de un precio, en la práctica nunca se paga. Solo el vendedor (fiduciante) cumple con el contrato, enajenando a posteriori la cosa.

Lo que acaba de decirse es correcto, pero solo a medias. Da lo mismo si las partes quieren en términos definitivos los efectos del contrato traslativo de dominio, lo enjundioso es que quieran los efectos al tiempo de la celebración del contrato. De manera tal que, no por no querer efectos definitivos, pueda tacharse el negocio fiduciario como relativamente simulado. De esta guisa, si las partes contratantes quieren los derechos y obligaciones del contrato traslativo, aunque sea para lograr otros fines que los dispuestos en esencia para él, y de un modo transitorio, el contrato existe y es válido.

Sin embargo, coincido con lo expuesto por quienes lo califican de simulado relativamente, en cuanto a que no basta con querer los efectos, también deben ceñirse a las exigencias legales del contrato traslativo de dominio. Consecuencialmente, si las partes, al celebrar el contrato de

compraventa, no solo se conforman con pactar el precio y la cosa vendida, sino que luego se produce el intercambio de una por otra, no puede tildarse a la compraventa como simulado relativamente, por cuanto el vendedor transfirió la cosa a que se obligó por el contrato y a su turno el comprador, pagó el precio por la cosa vendida.

El proceder de esta manera es consecuencia de la verdadera intención de las partes, en tanto quieren celebrar el contrato traslativo, de manera tal que encauzan su acción para el logro de ese objetivo. Por consiguiente, para celebrarse adecuadamente el negocio fiduciario, partiendo del contrato traslativo que le sirve de base, es imperioso que, sea que se trate de la fiducia *cum creditore* o *cum amico*, el contrato en cuestión debe contener las obligaciones propias de su esencia y operar, luego, las enajenaciones que corresponda. Con lo que se dice se quiere significar que, si el contrato elegido para empezar a configurar el negocio fiduciario es la compraventa, y la fiducia escogida es la *cum creditore*, con lo cual se quiere garantizar una deuda anterior al contrato, ciertamente la compraventa que ahora se celebra será simulada, por cuanto el precio, más allá de pactarse, nunca se pagará, habida consideración a que el precio, en verdad, se corresponde con el préstamo que antes el comprador-fiduciario le hizo al vendedor-fiduciante, de forma tal que jamás saldrá del patrimonio de este última suma de dinero alguna.

En la misma línea, si se opta por la fiducia *cum amico*, y se elige a la compraventa como título traslativo de dominio, estamos en situación de

adelantarnos a la idea sobre la suerte del contrato, ya que por mucho que las partes quieran los efectos de dicha convención, este resultará relativamente simulado. Los fines de la fiducia en comento es la administración de la cosa transferida, pero el fiduciario la detentará en dominio, de manera tal que jamás existirá pago de precio alguno (salvo que consideremos que el precio que se paga es el costo de administración).

Como corolario de todo lo dicho, el contrato traslativo que se utilice debe condecirse con la fiducia celebrada, y, elegida sabiamente, debe contener los elementos esenciales generales y específicos de la convención preferida.

Aun cuando las partes quieran el contrato, podría decirse que, en el fondo, las partes quieren un contrato que signifique caución, de manera tal que en verdad quieren una hipoteca o una prenda, según el caso, o, un mandato para el evento de que la fiducia sea *cum amico*. A ello podemos responder que, en la compraventa, por ejemplo, el artículo 1881 del Código Civil la regula con el pacto de retroventa, conforme al cual, y siguiendo a la norma aludida, *“el vendedor se reserva la facultad de recobrar la cosa vendida, reembolsando al comprador la cantidad determinada que se estipulare, o en defecto de esta estipulación lo que le haya costado la compra”*. Es decir, aun cuando no lo dice expresamente la norma, la compraventa puede ser usada como una manera de obtener financiamiento para algún cometido del vendedor.

En este contexto, la compraventa con este pacto puede significar un préstamo que se garantiza con este título (y posterior transferencia), y no por ello dejará de ser una compraventa.

Al contrato seleccionado le sigue el pacto de *fiducia*, conforme al cual se expresa la razón del contrato que le antecede. Es decir, en él se expresa qué hará el fiduciario con la cosa transferida, además de contener su obligación de devolverlo o transferirlo a la persona señalada en el contrato.

Este pacto es plenamente válido a la luz de los artículos sobre los que descansa la autonomía privada en general y la libertad contractual en especial, que antes se han indicado. Y, tratándose del contrato de compraventa, que es el título traslativo que por antonomasia se usa para configurar la fiducia, en Chile tenemos el artículo 1887 del Código Civil que autoriza para incorporar en dicha convención cualesquiera otros pactos accesorios lícitos, los que se regirán por las reglas generales de los contratos.

Este pacto, que integrará al título traslativo de dominio, estarán ambos fusionados en un mismo instrumento, según si la compraventa requiere o no de una solemnidad, pero si no la requiere, la ausencia de escrituración del contrato haría difícil su prueba, razón por la cual se aconseja proceder siempre escriturando el contrato.

Dicho todo lo que antecede, estamos en condiciones de responder la siguiente interrogante: ¿Cuál es la causa de la fiducia?

Para resolver esta pregunta es menester considerar al negocio en cuestión como un todo.

La fiducia, como se sabe, pretende producir como efectos principales: 1) Encargo efectuado por el fiduciante al fiduciario; 2) Transferencia del dominio de una cosa del dominio del fiduciante a otro. 3) El adquirente-fiduciario debe servirse de la cosa en los términos contenidos en el *pactum fiduciae*, cumpliendo con el encargo que le efectuó el fiduciante. 4) Retransmitir la cosa al beneficiario.

Así las cosas, atendiendo a la posición mayoritaria que sobre la causa impera en nuestro Derecho, a saber, que la teoría de la causa al que se adscriben mayoritariamente los autores chilenos y la jurisprudencia, es la clásica, entendiéndola como causa final, y con respecto a la obligación, y teniendo en cuenta que el negocio fiduciario es bilateral y oneroso, la causa de la obligación del fiduciante de transferir la cosa al fiduciario, es la obligación de éste de cumplir con el encargo que le efectuó, servirse de la cosa conforme al negocio tras el cual, retransmitirlo al beneficiario; y la causa de la obligación del fiduciario es la obligación del fiduciante de transferirle la cosa de acuerdo al encargo que le dirigió, encargo que puede ser la administración o la garantía de la cosa.

Amén de lo indicado, el negocio fiduciario tiene una causa, en tanto las obligaciones están nítidamente determinadas, establecidas claramente a quién le corresponde cuál obligación, existiendo causa para cada una de ellas.

PÁRRAFO 3: DE LA PROPIEDAD DEL FIDUCIARIO

Aceptada la validez del negocio fiduciario, la parte que recibe en dominio una cosa determinada (fiduciario), debe, no obstante, destinarla al fin contenido en el negocio, ¿pero esa la transferencia del dominio que efectos implica? ¿significa que el fiduciario ha adquirido la propiedad de la cosa tradida? ¿En qué condiciones queda dueño?

Desde ya, descartemos la división que hacen en España, entre propiedad formal y material, o, entre titularidad formal o material, según la posición que se adopte. En nuestro derecho, no existe un medio alguno que signifique tal escisión del derecho real de dominio. No hay norma que divida el dominio de tal manera.

En Chile, el dominio es uno sólo. Puede estar dividido en cuanto a sus facultades, como ocurre cuando sobre una misma cosa existe un usufructo y la nuda propiedad; pueden existir varios comuneros sobre una misma cosa, que en definitiva significa que cada comunero es dueño de todo y exclusivamente de su cuota; pero no existe una división del dominio de la manera como lo proponen algunos en España, o a la usanza del *trust*.

Por otro lado, las partes no podrían crear otros derechos reales que los que expresa y típicamente están establecidos en el artículo 577 del Código Civil, siendo incluso discutible si pueden existir otros derechos reales consagrados en otras normas legales, no obstante que la tendencia es a aceptar la existencia de otros que se encuentran diseminados en distintos cuerpos legales, como ocurre

con el derecho de aprovechamiento de agua. La tendencia dominante es entender que los derechos reales solo pueden ser creados por la ley, estando taxativamente reglados en el ordenamiento jurídico. Entonces, la tendencia actual es a no admitir la autonomía de la voluntad en materia de derechos reales, es decir, las partes no pueden crear otros que los positivados, ni tampoco pueden alterar los mismos al margen de la regulación legal.

En todo caso, la solución sería fácil si las partes pudiesen crear derechos reales atípicos, pudiendo configurar una propiedad o titularidad formal y material, a la usanza de las proposiciones españolas. Por los objetivos de esta obra, no se abordará esta cuestión²⁵².

Descartada la separación del derecho real de dominio de la manera antes abordada, resulta dable señalar que el dominio que recibe el fiduciario no forma un patrimonio separado o destinado a un fin específico, como resulta ser, por ejemplo, el patrimonio reservado de la mujer casada en sociedad conyugal; de

²⁵² Para estudiar la posibilidad de crear derechos reales atípicos, ver el interesante trabajo de Barcia Lehmann, Rodrigo: “Algunos aspectos de comunicabilidad entre los derechos reales y personales y la teoría de la tipicidad causal de estatuto como creadora de derechos reales atípicos”. Primera parte. Estudios de Derecho Civil III. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2007. Editorial LexisNexis. Santiago, 2008, p, 215 y siguientes; “Algunos aspectos de comunicabilidad entre los derechos reales y personales y la teoría de la tipicidad causal de estatuto como creadora de derechos reales atípicos”. Segunda parte. Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2008. Editorial Legal Publishing Chile. Santiago, 2009, p, 263 y siguientes; y “Algunos aspectos de comunicabilidad entre los derechos reales y personales y la teoría de la tipicidad causal de estatuto como creadora de derechos reales atípicos”. Tercera parte. Estudios de Derecho Civil V. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, 2009. Editorial Legal Publishing. Santiago, 2010, p, 147 y siguientes.

esta guisa, tampoco podría proponerse esta solución, por cuanto, en rigor, en nuestro derecho el patrimonio es uno sólo, y toda alteración a la forma tradicional de entender esta universalidad jurídica, requiere de texto legal expreso, lo que no ocurre en la práctica.

Desechadas las posibilidades anteriores, queda entonces por asumir que el fiduciario recibe el dominio absoluto y completo, detentando todas las facultades del dominio y viendo su actuar solo limitado por su obligación de conducirse con la cosa en los términos señalados en el pacto *fiduciae*, cuya infracción le acarreará un deber de indemnizar los perjuicios que le ocasione al fiduciante o al beneficiario, según el caso, es decir, entenderemos que la propiedad del fiduciario es a la usanza de la fiducia construida por la pandectística alemana, y a la cual nos hemos referido.

Sin perjuicio de lo anterior, podríamos estimar que es perfectamente posible que el negocio fiduciario diera lugar a la propiedad fiduciaria regulada en el libro II, Título VIII, artículos 733 y siguientes del Código Civil. En efecto, parece ser que, a cualquier título traslativo de dominio puede agregársele una cláusula que implique que el dominio que se trasfiere contiene la condición de pasar a otra persona para el evento de cumplirse. En efecto, Daniel Peñailillo sostiene, respecto del propietario fiduciario, que: *“es quien recibe el bien dado en fideicomiso, sujeto al gravamen de traspasarlo a otro si se verifica la condición. Si lo recibe por acto entre vivos, puede serlo a título gratuito u oneroso (lo que ha de tenerse presente porque puede configurarse una donación, la que necesita*

*ser insinuada y por la que debe pagarse el respecto impuesto...*²⁵³. Como sugiere el autor, un negocio jurídico traslativo de dominio típico, puede dar lugar a una propiedad fiduciaria, de manera tal que, en atención a que el negocio fiduciario, para construirlo requiere de un título de tales características, aquel puede contener una cláusula fideicomisaria, de manera tal que el dominio que recibe el fiduciario no es plena, sino condicionada al cumplimiento de un fin, con lo cual se circunvala los efectos perniciosos que la propiedad plena del fiduciario pueda ocasionarle al fiduciante. Sin embargo, sino se establece dicha cláusula fideicomisaria, lo cierto es que el fiduciario recibe un dominio pleno y absoluto sobre la cosa tradida, viéndose limitado sólo por una obligación personal que eventualmente, ante la infamia del fiduciario, pueda engendrar un deber de indemnizar los perjuicios que tal acción le ha ocasionado al fiduciante.

SECCIÓN 5: EL FIDEICOMISO

Llegamos a la sección final de este trabajo. A continuación, se abordará el contrato de fideicomiso el que, empero, no se identifica con el fideicomiso que reglan en sus ordenamientos jurídicos, por ejemplo, Argentina y Colombia. Allá, como se vio, el fideicomiso es un instituto diferente de la propiedad fiduciaria que regulan sus respectivos Código Civiles, de manera que presta las funciones del

²⁵³ Peñailillo Arévalo, Daniel: “Los Bienes. La Propiedad y otros Derechos Reales”. Editorial Jurídica de Chile. Reimpresión de la Primera Edición. Santiago, 2009, p. 443.

trust, del cual derivan. Sin perjuicio de ello, podemos adelantar que en virtud del principio de la autonomía de la voluntad las partes en nuestro país pueden celebrar este contrato, más ello no basta: como el principal efecto que produce el fideicomiso es la enajenación de una cosa determinada desde el fiduciante al fiduciario, debemos atender de qué manera éste recibe el dominio. Insisto, lo complicado de todo esto no es si el contrato procede o no celebrarse (cuya aceptación defendemos) sino el efecto del dominio que pasa a detentar el fiduciario.

PÁRRAFO 1: DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO

El fideicomiso, como se ha venido repitiendo, al igual que el negocio fiduciario, no están expresa ni tácitamente regulados en nuestra legislación. Son ejemplos de contratos atípicos.

Eso sí, quiero resaltar que, a diferencia de lo que ocurre con el negocio fiduciario, el fideicomiso es más fácil de construir.

Como vimos antes, para configurar el negocio fiduciario se requiere de un contrato traslativo de dominio que implique la transferencia de una cosa desde su titular a otro, quien deberá usarla en los términos contenidos en el pacto *fiduciae*. Toda esta manera de articular la fiducia conduce a considerarlo válido o relativamente simulado, calificación que dependerá, a grandes rasgos, de la voluntad real que tienen los cocontratantes y del cumplimiento irrestricto de las

demás condiciones legales que resultan imperiosas para la existencia y validez del negocio jurídico.

Al final, lo que se quiere decir es que, a pesar de considerar al negocio fiduciario como un negocio jurídico atípico y válido, no se puede soslayar que su construcción puede prestarse para complicaciones, confusiones y controversias, que más allá de su intrínseca validez, puede provocar una desmotivación en los operadores jurídicos, por cuanto temen que pueda discutirse la existencia de su negocio, además de que, celebrarlo, tiene cierto dejo de complicación, lo que puede explicar la indiferencia de nuestro medio por esta figura y la desgana en aplicarlo.

No sucede igual cosa con el fideicomiso, en tanto puede implantarse sin más, de la manera como aparece regulado en el Derecho latinoamericano. Al menos, en su aspecto contractual, quedando su utilización en lo que respecta al dominio, de una manera más limitada que en el caso de los ordenamientos jurídicos extranjeros que reglamentan el fideicomiso, sobre todo el de carácter mercantil. Una regulación legal del contrato antedicho es lo idóneo, mas, a falta de ley que lo regule en sus pormenores, y ante una eventual utilización de esta figura, merece la pena intentar explicar su aplicación y régimen legal atinente.

En el presente capítulo abordaré el fideicomiso sólo en lo necesario para explicar su utilización como figura que encarga la administración de una cosa del fideicomitente o para garantizar una deuda de él, respecto del fiduciario; de

manera entonces que se obviará toda referencia al tratamiento pleno de dicha figura, por cuanto él ya se encuentra tratado por diversos autores que le dedican un trabajo especial o por quienes lo abordan como un capítulo, dentro de las tantas obras dedicadas al Derecho de Bienes.

La propiedad fiduciaria, según se verá, se encuentra reglamentado dentro del Libro II, Título VIII, denominado “De las limitaciones del dominio y primeramente de la propiedad fiduciaria”, desde los artículos 732 al 763 del Código Civil.

El artículo 733 del Código de Bello señala que la propiedad fiduciaria es la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición. Hasta acá, la norma habla de las características del dominio que tiene el fiduciario. Sin embargo, para constituirla se requiere de un título. Así lo dice el inciso 2° de la norma mencionada, cuando dice: *“La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso”*. Ergo, el fideicomiso da lugar a la propiedad fiduciaria. De esta manera, el Código Civil distingue claramente la propiedad fiduciaria del acto de su creación, cual es, el fideicomiso (es dable recordar que este título de que nace la propiedad fiduciaria bien puede ser un negocio jurídico cualquiera y/o entender que puede ser un fideicomiso propiamente tal).

No obstante que el código habla de constituir un fideicomiso, lo que podría dar a entender que se trata de un título constitutivo de dominio, lo cierto es que

estamos frente a un título traslativo de dominio, de esos a que se refiere el Código Civil, en el artículo 703, cuando en materia posesoria y referente a los justos títulos, dice que son *“los que por su naturaleza sirven para transferirlo, como la venta, la permuta, la donación entre vivos”*. Si bien la norma se ubica dentro de la parcela del Derecho de Bienes, su utilización es general dentro de nuestra legislación, al menos civil, de manera que habrá que estarse a ella²⁵⁴.

²⁵⁴ Lo primero que se merece decir respecto de los títulos traslativos de dominio, conforme a la norma en comento, es que más allá de su definición, los ejemplos que usa para ilustrar son solo eso: meras enunciaciones ejemplificativas. De hecho, usualmente se agrega por la doctrina, el aporte en sociedad como un título traslativo de dominio. Se aprecia además de la norma antedicha que los ejemplos que usa son casos de contratos nominados y típicos, y no puede ser de otra manera, el legislador se pone en el caso de los contratos conocidos que regula como traslativo. El legislador no ilustra con otros ejemplos, de manera que habrá que atender a la conjugación de ellos con la definición que da sobre el título que nos ocupa, para entender cuándo estamos o no en presencia de un contrato traslativo, fuera de las situaciones típicas. Dice la norma que los títulos traslativos de dominio son aquellos que por su naturaleza sirven para transferirlo. ¿Qué significa eso? La pregunta se aborda desde la perspectiva del contrato atípico, por cuanto desde que el legislador tipifica un contrato, delineándolo y atribuyéndole expresamente un efecto traslativo, la discusión queda superada. Veamos qué dice la doctrina de los autores sobre las características esenciales de dichos contratos. Antes, partamos diciendo que los negocios jurídicos pueden ser dispositivos o de disposición, en contraste a los de administración. Los primeros, son aquellos por medio de los cuales un derecho subjetivo existente es transformado, modificado o extinguido (Diez-Picazo, Luis: Ob. Cit. P, 96). Diez-Picazo sostiene: *“pueden comprenderse, claramente, dentro del concepto general de los negocios de disposición, los siguientes: 1. ° Los negocios de enajenación o negocios traslativos, por medio de los cuales el titular de un derecho transmite de manera inmediata dicho derecho a otra persona. 2. ° Los negocios dirigidos a la constitución de un gravamen o de un derecho real sobre una cosa (v.gr.: el negocio de concesión de un usufructo o de una hipoteca). 3. ° La renuncia abdicativa, por medio de la cual el titular de un derecho hace voluntaria dejación de éste extinguiéndolo”* (Diez-Picazo, Luis: Ob. Cit. P, 96). En la misma línea Manuel Albaladejo, quien señala que en los negocios dispositivos hay que distinguir entre los negocios de disposición constitutivos y traslativos, *“según que transfieran un derecho existente anteriormente (transmisión, por ejemplo de la propiedad), o que, den vida a un derecho nuevo (como si el pleno propietario grava su cosa creando un derecho de usufructo sobre ella)”*; y los negocios de disposición reales y obligacionales, *“según que la pérdida o gravamen sea de un derecho real (tradición, por ejemplo, de la cosa vendida) o de crédito (condonación, por ejemplo, de lo que se nos debe)”*²⁵⁴. Existen

Y decimos que es un título traslativo de dominio porque el fideicomitente debe transferir el dominio de una cosa suya al fiduciario, quien lo adquirirá en dominio.

Ahora bien, sabemos la utilidad que el fideicomiso presta en las legislaciones que lo regulan, distinguiéndolo del fideicomiso a que da lugar la propiedad fiduciaria, que es el que impera en Chile. ¿En nuestro país puede cumplir este fideicomiso la misma función que da en el Derecho latinoamericano?

además los negocios atributivos (patrimonial), los que según Von Tuhr, citado por Díez-Picazo, deben entenderse como *“todo negocio y, eventualmente, todo acto de carácter o naturaleza no negocial, en cuya virtud alguien procure a otra persona un beneficio o una ventaja patrimonial. Este beneficio puede consistir: a) En que el patrimonio del beneficiario resulte mayor que antes, lo que puede producirse por la agregación de nuevos derechos, por la circunstancia de que ciertos derechos que ya existían adquieran mayor valor o por la cesación de una obligación que gravaba dicho patrimonio. b) En la evitación de una disminución patrimonial, lo que puede producirse cuando se ofrecen garantías para la satisfacción de un crédito, se ahorra un desembolso o se evita un acontecimiento por cuyo efecto se destruiría o se reduciría un elemento activo de su patrimonio”* (Albaladejo, Manuel: “El Negocio Jurídico”. Publicaciones del Real Colegio de España de Bolonia. José Ma Bosch, Editor. Barcelona, 1958, p, 71 y siguientes). Un negocio atributivo puede o no coincidir con un negocio dispositivo. Así, un acto puede reunir ambos caracteres, cuando signifique la transferencia de un derecho. Puede ser dispositivo y no atributivo, cuando hay abandono o renuncia de un derecho. En fin, puede un acto ser atributivo y no dispositivo, cuando se presta un servicio o se realiza un trabajo. Albaladejo, siguiendo la clasificación antedicha señala: *“Los negocios patrimoniales pueden ser o no de atribución (patrimonial). Son de atribución aquellos por los que una persona enriquece el patrimonio de otra, mediante el ingreso en el mismo de un nuevo derecho o la supresión de un gravamen que pesase sobre aquél. Por ejemplo, la compraventa, la condonación de una deuda, la concesión de un derecho de usufructo –que enriquece el patrimonio del usufructuario- o la renuncia al mismo – que enriquece el patrimonio del nudo propietario-. No son de atribución patrimonial, porque no hace ingresar derecho alguno en el patrimonio de otra persona, la derrelicción de una cosa mueble, que la convierte en cosa sin dueño, o el otorgamiento de poder de representación”* (Albaladejo, Manuel: “El Negocio Jurídico”. Publicaciones del Real Colegio de España de Bolonia. José Ma Bosch, Editor. Barcelona, 1958, p, 71 y siguientes). Por consiguiente de todo lo dicho, los títulos traslativos de dominio son al mismo tiempo negocios dispositivos y atributivos.

La respuesta no es otra que la afirmativa. Sin embargo, su uso es más limitado, por eso la conveniencia de regularlo expresamente.

En efecto, cuando se acude a las normas del fideicomiso regulados en el Código Civil, nada se dice sobre su utilización ni finalidad, la reglamentación estriba, principalmente, en el dominio limitado que recibe el fiduciario, en tanto constituye una limitación, o al menos, una excepción al dominio total y pleno que se regula en los artículos 582 y siguientes del cuerpo legal en comento.

Básicamente, al analizar las normas contenidas en el Libro II, Título VIII, artículos 733 al 763 del Código Civil, y en lo que respecta al negocio jurídico llamado fideicomiso, se aborda su constitución y solemnidad, las partes de dicho contrato, y la condición que debe contener, como requisito esencial para dicha figura.

Volviendo al tema de su uso, el constituyente y el fiduciario son las partes que celebran este contrato, conforme al cual el primero transfiere el dominio de una cosa suya al segundo, quien lo recibe en dominio, pero limitado por el cumplimiento de una condición.

¿Por qué querrían celebrarlo? La respuesta está en las funciones que cumple el fideicomiso. El fideicomitente enajena una cosa para asegurarle al fiduciario el pago de una deuda, o, para que el fideicomitente le administre el bien.

Sería algo así: “te transfiero mi casa para asegurar que te pagaré los \$5.000.000 que me prestaste”. Otro ejemplo sería: “te transfiero mi casa para que me lo administres mientras me ausento del país por 5 años”.

Los ejemplos pueden ser ingentes. Pero lo que se quiere significar es que con nuestro fideicomiso se puede cumplir con las finalidades que él presta en los derechos que lo regulan expresamente. Cosa distinta son los efectos del dominio que deriva de él.

Ahora bien, el fideicomiso es solemne, y dependerá de la manera de constituirlo. En efecto, el artículo 735 del Código Civil señala: *“Los fideicomisos no pueden constituirse sino por acto entre vivos otorgado en instrumento público, o por acto testamentario”*. A su turno, el inciso 2° añade: *“La constitución de todo fideicomiso que comprenda o afecte un inmueble deberá inscribirse en el competente registro”*.

Por los fines de este trabajo, no abordaré el fideicomiso testamentario.

Por acto entre vivos, el fideicomiso debe celebrarse por instrumento público, es decir, por escritura pública. Y no puede ser de otra manera, es tan excepcional el dominio que recibe luego el fiduciario, que implica que se encuentra condicionado a la realización de un hecho o una abstención, que crearlo merece un tiempo para razonar su celebración, además de permitir, eventualmente, que terceros se enteren de su existencia.

Como se señaló antes, si el fideicomiso recae sobre inmuebles, además de celebrarse por escritura pública, debe inscribirse en el Registro de Comercio del Conservador de Bienes Raíces respectivo. Sobre esta exigencia legal, Daniel Peñailillo sostiene: *“Cuando se constituye por acto entre vivos, la inscripción tiene rol de tradición de la propiedad fiduciaria, del constituyente al propietario fiduciario. Se ha sostenido que es el único rol, en contra, que es, además, segunda solemnidad del acto constitutivo, acto que no estaría perfecto en tanto dicha inscripción no se efectuó. En términos prácticos, esta última posición implica afirmar que no se podría exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas del acto, entre otras, l entrega del inmueble de que se trata, mientras no se inscriba, sin la inscripción el fideicomiso no estaría constituido (no habría fideicomiso)”*²⁵⁵. Con posterioridad añade: *“En todo caso, conviene precisar la situación registral: la propiedad fiduciaria (el inmueble fiduciario) debe inscribirse (a nombre del propietario fiduciario) en el Registro de Propiedad (art. 686 y 735 del CC., y arts. 32 inc. 1° y 52 N° 2 del Regl.); la condición (de la cual pende la restitución) puede inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes (arts. 32 inc. 2° y 53 N° 1 del Regl.)”*²⁵⁶.

Como se señaló antes, las partes que celebran el contrato son el constituyente y el fiduciario. El primero enajena una cosa de su dominio al segundo quien adquiere la propiedad de ella. Cumplida la condición de que

²⁵⁵ Peñailillo Arévalo, Daniel: Ob. Cit., p. 443.

²⁵⁶ Peñailillo Arévalo, Daniel: Ob. Cit. p. 443.

pendía el dominio, el fiduciario debe restituirla al beneficiario. El Código Civil regula quiénes pueden ser constituyente, fiduciario y fideicomisario, sus requisitos, condiciones y efectos derivados de la propiedad fiduciaria que nace del fideicomiso, sin embargo, soslaya si el constituyente puede ser o no fideicomisario, pudiendo deducirse que no puede serlo. Empero, dicha opinión no sería una buena doctrina. En efecto, resulta útil despejar esta interrogante, por cuanto, por ejemplo, si estamos frente al fideicomiso de garantía, el constituyente, al pagar la deuda, querrá recuperar la cosa que dio en garantía de la deuda, de manera tal que, si el constituyente no puede ser beneficiario, el fiduciario no podría devolverle la cosa, lo que significa, a la postre, que el fideicomiso no se puede usar con tal fin.

Expresamente, el Código Civil regula algunas situaciones, como cuando dispone, en el artículo 737, que *“el fideicomisario puede ser persona que al tiempo deferirse la propiedad fiduciaria no existe, pero se espera que exista”*. En el artículo siguiente deja establecido que es condición del fideicomiso que, al tiempo de la restitución, el fideicomisario exista. En los artículos 742 y siguientes del Código de Bello se regulan los nombramientos de dos o más fiduciarios, y la situación de los substitutos del primer fideicomisario. Finalmente, en el artículo 748 del cuerpo legal en comento, no se designa expresamente en el fideicomiso a la persona del fiduciario, o cuando falte por cualquier causa, estando pendiente la condición, el constituyente o sus herederos, gozarán fiduciariamente de la propiedad.

Como se ve, nada dice sobre si el constituyente puede ser o no fideicomitente. Al respecto, creo que es perfectamente viable. Una primera razón para justificar esta decisión es que, como sabemos, en Derecho Privado puede hacerse todo aquello que no esté expresamente prohibido. De manera tal que, no estando proscrito la situación antedicha, el constituyente puede ser el fideicomitente. Pero existe además otro argumento: El artículo 733 inciso final del Código Civil reza: *“La translación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, se llama restitución”*. Por su parte, el artículo 20 del Código Civil señala que *“las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará éstas su significado legal”*. Como se ve, el Código Civil expresamente ha definido la restitución para efectos del fideicomiso. Sin perjuicio de ello, debemos acudir también a su sentido natural u obvio para determinar el alcance de la palabra “restitución”, y así develar la respuesta a la inquietud formulamos. Conforme al Diccionario de la Real Academia Española, dicha palabra significa *“acción y efecto de restituir”*. Por su parte, “restituir”, según el referido diccionario significa, en una primera acepción, *“volver algo a quien lo tenía antes”*. En una segunda acepción, restituir es *“reestablecer o poner algo en el estado que antes tenía”*. Finalmente, significa también: *“Dicho de una persona: volver al lugar de donde*

*había salido*²⁵⁷. Todos estos significados involucran regresar algo o alguien una situación anterior. En el caso del fideicomiso, restituir puede abarcar el que la cosa transferida regrese del fiduciario al constituyente-fideicomitente o, a otra persona designada en el fideicomiso.

No huelga decir que, sin perjuicio de ciertas particularidades sobre los intervinientes del fideicomiso, no se exige en nuestra realidad, condiciones especiales respecto de ellos, como que el fiduciario sea una institución financiera o bancaria, que asegure un profesionalismo en la detención de cosas dadas en fideicomiso. En nuestro Derecho no se excluyen personas para desempeñar un rol dentro de esta figura, existiendo libertad respecto a quienes pueden ser constituyente, fiduciario y fideicomisario, salvo algunas situaciones especial es reguladas en el Código Civil.

Ahora bien, como hemos adelantado, con el fideicomiso se enajena una cosa, pero al cumplirse la condición establecida en el contrato, la cosa se devuelve al constituyente o se traspasa a otro fideicomisario designado en el contrato.

De esta manera, es un requisito esencial de este negocio la existencia de una condición que, al cumplirse, se produce el efecto antes señalado (condición

²⁵⁷ Todos estos significados fueron obtenidos tras consultar la página web de la Real Academia Española: www.rae.es.

aparte de aquella a que se refiere el artículo 738 del Código Civil). Por lo demás, así lo dice expresamente el Código Civil en el artículo 733.

Como adelantamos antes, la condición consistirá, en el caso del fideicomiso de garantía, en el previo pago de la deuda por parte del constituyente-fideicomitente, debiendo así expresarse; y en el caso del fideicomiso de gestión o administración, será el cumplimiento de tal cometido. En esta hipótesis, la redacción de la condición debe hacerse con sumo cuidado, en tanto de no hacerlo bien, podrían presentarse inconvenientes sobre su interpretación, lo que redundará en cuándo considerar a la condición como fallida o cumplida.

Dicha condición resulta ser resolutoria para el propietario fiduciario y suspensivo para el fideicomisario, de esta guisa, al cumplirse, se resuelve el derecho de aquél y nace el de éste, el que se encontraba pendiente²⁵⁸.

Recordando las distintas clases de condiciones, el artículo 1477 del Código Civil señala que se *“llama condición potestativa la que depende de la voluntad del acreedor o del deudor; casual la que depende de la voluntad de un tercero o de un acaso; mixta la que en parte depende de la voluntad del acreedor y en parte de la voluntad de un tercero o de un acaso”*. A su turno, el artículo siguiente dice que las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga, es nula. Si la condición

²⁵⁸ Peñailillo Arévalo, Daniel: Ob. Cit. p. 448.

consiste en un hecho voluntario de cualquiera de las partes, valdrá. René Abeliuk sostiene que las condiciones potestativas pueden ser a) simplemente potestativas u ordinarias; y b) pura o meramente potestativas, clasificación cuya importancia radica en que, si se contrae una obligación con una, ella es nula, lo que no ocurre con la otra. Las simplemente potestativas son aquellas que dependen de un hecho voluntario de cualquiera de las partes. A ellas se refiere el inciso 2° del artículo 1478 del Código Civil. Las meramente potestativas son aquellas que dependen de la sola voluntad de alguna de las partes, que, según el autor referido, significaría una condición que consistirá en ofrecer, por ejemplo, \$1.000 a una persona, si ella quiere. Luego añade: *“Es bastante difícil la diferencia entre unas y otras, pero de gran importancia, en ambas se depende de la voluntad de las partes, pero en las simplemente potestativas no es la sola voluntad, sino también concurren circunstancias exteriores; en los casos de los ejemplos del viaje a Valparaíso del deudor o acreedor, éste en definitiva podrá no realizarse, porque el viajero enferme, por una huelga en los ferrocarriles, etc. Pero estas circunstancias no deben estar tomadas en cuenta en la estipulación, en cuyo caso hay condición mixta, en todo caso, carece de importancia la distinción, porque ambas son válidas”*. Después señala: *“Las meramente potestativas dependen de la sola voluntad, del capricho de las partes, y por ello es que no siempre son válidas, porque como lo señala el Art. 1478, si se está a la sola voluntad de quien dice obligarse, en realidad él no se obliga a nada porque cumplirá si se le antoja. En cambio, en las simplemente potestativas interviene*

*hechos ajenos a las partes, y por ello el vínculo siempre se forma, hay intención de obligarse*²⁵⁹.

Traigo a colación lo dicho, a propósito de la condición, para el evento de servir el fideicomiso con fines de administración, por cuanto como señalé, hay que ser cuidado en su redacción para así tener certeza sobre cuándo se entenderá fallida o cumplida la condición. Una forma de superar ello es estableciendo como condición que la propiedad se restituirá al constituyente cuando éste lo pida de una determinada manera. Al expresar así la condición, podría decirse que no vale ya que es meramente potestativa. Sin embargo, debería responderse que no tiene aplicación el inciso 1° del artículo 1478, en tanto no se trata de una condición que pese sobre una obligación del deudor, y que dependa de su arbitrio. Por el contrario, se trata de una condición del acreedor de la obligación de restituir.

Ahora bien, creo que este fideicomiso es bastante más amplio y versátil en cuanto a sus fines que el que está regulado en el Derecho latinoamericano, por cuanto la condición puede ser cualquier hecho o abstención que signifique, una vez cumplida, el traspaso del bien determinado desde el fiduciario al fideicomitente, y no necesariamente puede consistir en transferir la propiedad con fines de garantía o de administración, como podría ser el caso de la transferencia que se le hace al fiduciario, pero con la condición de que Pedro se

²⁵⁹ Abeliuk Manasevich, René: Ob. Cit., p. 621.

reciba de abogado, tras lo cual debe restituirse a él el dominio de la cosa de que es dueño fiduciariamente el fiduciario.

Una norma que le resta flexibilidad a nuestro fideicomiso es el tiempo máximo durante el cual la condición puede estar pendiente. El artículo 739 del Código Civil señala que la condición *“de que penda la restitución de un fideicomiso, y que tarde más de cinco años en cumplirse, se tendrá por fallida, a menos que la muerte del fiduciario sea el evento de que penda la restitución”*. De esta norma se desprenden dos términos dentro de los cuales debe suceder la condición: 1) La condición debe cumplirse dentro de un plazo de 5 años, y 2) Si la condición consiste en la muerte del fiduciario, habrá que estarse a dicho evento.

Si la condición tarda más de 5 años en cumplirse, se tendrá por fallida, efecto que se produce de pleno Derecho²⁶⁰. Ergo, fallida la condición, se extingue el fideicomiso, de conformidad al artículo 763 N° 5 del Código Civil. ¿Significa ello que, fallida la condición, se radica el dominio definitivo en el fiduciario? La respuesta parece no ser otra que la afirmativa. En los fideicomisos latinoamericanos, el fiduciario jamás se hace dueño de la cosa, ya que dicho negocio se crea para fines específicos, que deben cumplirse. Y en verdad, aun cuando para terceros el fiduciario se reputa dueño, el bien dado en fideicomiso forma un patrimonio afectación o separado (según la técnica jurídica que se

²⁶⁰ Peñailillo Arévalo, Daniel: Ob. Cit. p. 449.

adopte), de manera que jamás forma parte del patrimonio propio o personal del fiduciario. Esto que acabo de señalar, no sucede con nuestro fideicomiso. Como veremos, la cosa dada en fideicomiso forma parte del patrimonio personal del fiduciario, pero limitadamente.

Que la condición debe cumplirse dentro de un término máximo de 5 años desde la delación, so pena de consolidarse el dominio en manos del fiduciario resulta grave y no se atiene al fin de las partes del contrato, ya que la transferencia del dominio se hizo con un fin de garantía o de administración. Por otro lado, podría, en el caso del fideicomiso de garantía, transgredir un principio que podría estimarse de aplicación general del derecho civil, cual es, la prohibición del pacto comisorio calificado en la hipoteca, prenda y anticresis²⁶¹.

En verdad, en la práctica, la dificultad sólo podría plantearse cuando la condición verse sobre el pago de la deuda, cuyo plazo de cumplimiento resulta escalonado en el tiempo y más allá de los cinco años. Cuando el cumplimiento de la deuda deba solucionarse antes de los cinco años, no se vislumbra una complicación, como tampoco cuando el fideicomiso es de administración, ya que basta que se establezca una condición meramente potestativa de la voluntad del

²⁶¹ Este pacto es distinto de la condición contenida en el pacto comisorio calificado que contiene una condición resolutoria; y consiste en el veto de la estipulación conforme a la cual el acreedor se hará dueño de la cosa pignorada o hipotecada, en el caso de que el deudor no pague la deuda dentro de plazo. Al respecto, ver: Barcia Lehmann, Rodrigo y Ruz Lártiga, Gonzalo: "La Teoría de Prohibición de Estatuto como Sustento de la Prohibición del Pacto Comisorio Calificado en los Contratos de Garantía". Estudios de Derecho Civil VI. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2010. Editorial Legal Publishing Chile. Santiago, 2011, p, 358 y sgts.

constituyente, y hacerla efectiva antes de los 5 años de duración dentro del cual debe cumplirse la condición.

Pero resulta útil hacernos la idea de si es posible una condición que exceda los 5 años, y, no obstante, no ser considerada fallida. Lo anterior, es posible. Si se analiza el artículo 739 inciso primero del Código Civil, podemos arribar a la conclusión de que ella está dada cuando no se fija un plazo dentro del cual debe cumplirse la condición. En efecto, la norma dice textual: “*Toda condición de que penda la restitución de un fideicomiso, y que tarde más de cinco años en cumplirse, se tendrá por fallida”*. De la norma se desprende que los cinco años dentro del cual debe cumplirse la condición, está dado cuando no existe un plazo dentro del cual deba cumplirse la misma, lo que no es de extrañar, una condición indefinida entraña una inseguridad jurídica que se opone al principio contrario y que impera en nuestro derecho. Empero, si se fija un plazo, aunque sea mayor, la condición puede cumplirse dentro de aquel. Demuestra lo dicho, la condición que implica la muerte del fiduciario, por cuanto dicho evento puede producirse más allá de los cinco años contados desde la delación. Así entonces, interpretada la norma como se propone, se sortea el inconveniente del poco tiempo para que la condición se realice, de tal suerte que podría pactarse un plazo mayor para alcanzar a solucionar la deuda garantizada con la enajenación de la propiedad de una cosa.

Si perjuicio de todo lo dicho, subsiste la cuestión sobre si fallida la condición, es posible evitar que el fiduciario se haga dueño definitivo de la cosa

dada en fideicomiso. El gran inconveniente de nuestro fideicomiso es que, no obstante, la posibilidad de ampliar el plazo de cumplimiento de la condición no es posible evitar que el fiduciario, tras fallar la condición, pueda pasar a ser dueño absoluto de la cosa. Esto marca una diferencia con los fideicomisos regulados en los distintos ordenamientos jurídicos latinoamericanos, donde la cosa dada en fiducia jamás forma parte de su patrimonio personal. En nuestra realidad jurídica la cosa forma parte del patrimonio personal del fiduciario, y, fallida la condición, la cosa se radica en su patrimonio sin limitaciones.

A lo sumo, podría evitarse ex ante dicho efecto, ampliando el plazo para que la condición se cumpla, o establecer condiciones meramente potestativas de la voluntad del constituyente, en orden a recuperar la cosa cuando así lo desee. Mas, fallida la condición, de pleno Derecho la cosa a radicarse en el patrimonio del fiduciario.

Por otro lado, a diferencia de lo que ocurre en los fideicomisos latinoamericanos, en el nuestro no es posible sujetarlo directamente a un plazo, por cuanto el mismo artículo 733 del Código Civil habla de condición, como única manera de configurar el fideicomiso. Así, es conveniente una regulación, que incorpore el plazo como modalidad esencial del fideicomiso.

PÁRRAFO 2: DE LA PROPIEDAD FIDUCIARIA

Celebrado el contrato de fideicomiso, el fiduciario adquiere el dominio de la cosa dada en fideicomiso, propiedad que, en todo caso, no es pleno, sino que está sujeta a la condición resolutoria de restituirla a otro para el evento de cumplirse dicha modalidad.

Si se observa bien, el dominio que se adquiere conforme al fideicomiso resulta ser similar al de la fiducia germánica antes vista, de manera que a pesar de tener nuestro fideicomiso una raigambre romana²⁶², lo cierto es que esta figura, desde que se encuentra regulada, al menos con el sentido y alcance actual, resulta ser impura y no se ajusta a la fiducia de tipo romana que hemos visto con antelación.

Como se indicó, mientras penda la condición, el fiduciario es dueño de la cosa dada en fideicomiso. Sin embargo, no es dueño en los términos a que se refiere los artículos 582 y siguientes del Código Civil. La propiedad del fiduciario se encuentra expresamente limitada, a la luz del 732 del cuerpo legal referido, en tanto señala que el dominio puede ser limitado, entre otras maneras, “por haber de pasar a otra persona en virtud de una condición”, norma que se debe relacionar con los artículos venideros que regular la propiedad fiduciaria.

²⁶² Respecto a los antecedentes históricos del nuestro fideicomiso, ver: Alessandri R., Arturo, Somarriva U., Manuel, Vodanovic H., Antonio: Tratado de Los Derechos Reales. Editorial Jurídica de Chile. 6ª edición. Santiago, 1997, Tomo II, p, 88 y siguientes.

Respecto a las cosas que pueden ser objeto de un fideicomiso, el artículo 734 del Código Civil expresa que puede recaer sobre toda o parte de una herencia, o sobre uno o más especies. No pueden ser objeto de una propiedad fiduciaria las cosas consumibles, salvo si forman parte de la totalidad de una herencia o de una cuota de ella²⁶³.

Las características del dominio que tiene el fiduciario son las siguientes:

1.- Aunque suene obvio decirlo, él es dueño de la cosa. Sin embargo, en atención al artículo 754 del Código Civil, tiene los derechos y cargas del usufructuario, con las modificaciones dadas en los artículos que le siguen.

2.- Así, no está obligado a rendir caución de conservación y restitución, sino en virtud de una sentencia judicial que así lo ordene, por concepto de providencia conservatoria impetrada por el fideicomisario, de conformidad al artículo 755 en relación con el artículo 761 del Código Civil.

3.- Está obligado a las expensas extraordinarias para la conservación de la cosa, incluso al pago de las deudas y de las hipotecas a que estuviera afecta, sin perjuicio de que, cumplida la condición, procedan en su favor los reembolsos por el fideicomisario, de la manera como está establecida en el artículo 756 del Código Civil.

²⁶³ Peñailillo Arévalo, Daniel: Ob. Cit. p. 444.

4.- Respecto a la posibilidad de gravar los bienes fideicometidos, el artículo 757 del Código Civil permite hacerlo, pero sólo mediando autorización judicial, previo conocimiento de causa y con audiencia de las personas que de conformidad al artículo 761 del Código Civil, tengan derecho a impetrar providencias conservativas. En caso contrario, el fideicomisario no está obligado a respetar los gravámenes impuestos.

5.- El artículo 758 del Código Civil ordena que el fiduciario tenga la libre administración de las especies comprendidas en el fideicomiso, pudiendo mudar su forma, pero conservando su integridad y valor. Al respecto, el fiduciario responde de su hecho y culpa (leve)²⁶⁴.

6.- De conformidad al artículo 751 del Código Civil, la propiedad fiduciaria puede enajenarse y transmitirse, pero con cargo de mantenerla indiviso, manteniéndose el gravamen de restitución para el evento de cumplirse con la condición.

Como se ve, este efecto permite morigerar las consecuencias de transferir una cosa en garantía de una deuda o por concepto de gestión. El fiduciario puede enajenar la cosa, pero siempre la transferencia llevará el gravamen en que consiste la condición, de tal suerte que el nuevo adquirente recibirá el dominio con dicha carga.

²⁶⁴ Peñailillo Arévalo, Daniel: Ob. Cit. p. 450.

En todo caso, este derecho del fiduciario puede ser inhibido. El inciso segundo de la norma que se comenta señala que la propiedad fiduciaria no es transferible si el constituyente lo suprime en el fideicomiso, lo que refuerza la protección de la cosa dada en fideicomiso.

Esto sortea el inconveniente que tiene negocio fiduciario, en el sentido de que, frente a dicha figura, el dominio que recibe el fiduciario es pleno, lo que no ocurre en con nuestro fideicomiso (salvo que al negocio fiduciario se le agregue, conforme explicitamos antes, una cláusula de fideicomiso).

7.- La cosas fideicometidas es inembargable (artículo 1618 N° 8 del Código Civil y 445 del Código de Procedimiento Civil). Además, el fiduciario tiene acción reivindicatoria (artículo 893 del Código Civil)²⁶⁵.

8.- El fideicomisario tiene respecto de la cosa dada en fideicomiso, una expectativa de ser dueño, derecho que se mantiene en suspenso mientras pende la condición. Si perjuicio de lo anterior, de conformidad al artículo 761 del Código Civil, puede impetrar las medidas conservatorias sobre la cosa, si ésta peligrá por cualquier motivo, en manos del fiduciario.

9.- No está demás decir que, cumplida la condición de que pendía el dominio, el derecho de dominio del fiduciario se resuelve, dejando de ser propiedad fiduciario (así lo dice además el artículo 763 N° 1 del Código de Bello),

²⁶⁵ Peñailillo Arévalo, Daniel: Ob. Cit. p. 449.

y lo que en un principio era una expectativa del fideicomisario en orden a adquirir el dominio de la cosa dada en fideicomiso, su derecho pasa a concretarse, teniendo derecho a exigirle al fiduciario la restitución de la cosa respecta de la cual se extinguió el fideicomiso, por cuanto es dueño de ella²⁶⁶. Opinión distinta tiene Daniel Peñailillo, para quien el otrora fideicomisario no adquiere el dominio de la cosa. Dice el autor: *“... en realidad, operando la condición de pleno Derecho, técnicamente ya no hay fideicomisario, pues al cumplirse la condición él adquirió ipso iure el derecho al dominio de a cosa dada en fideicomiso, dejando de ser fideicomisario; pero conviene abordar la situación para destacar que con el cumplimiento de la condición sólo adquirió el derecho a la cosa y no el dominio de la cosa; en base al fideicomiso que existía puede exigir su entrega en tradición. En efecto, el acto jurídico que origina el fideicomiso constituye aquí un título que requiere del modo de adquirir subsecuente, al cumplirse la condición, el fideicomisario tiene su título y su derecho, y puede exigir la tradición; con ésta adquirirá el dominio de manos del propietario fiduciario; el título es el acto constitutivo, unido a la constancia de que la condición se cumplió, si el fiduciario no consiente en la tradición, tendrá que acudir al tribunal; si se trata de un inmueble, la tradición deberá efectuarse mediante inscripción”*²⁶⁷.

²⁶⁶ Alessandri R., Arturo, Somarriva U., Manuel, Vodanovic H., Antonio: Ob. Cit. p, 122.

²⁶⁷ Peñailillo Arévalo, Daniel: Ob. Cit. p. 447.

No es la idea de este trabajo analizar cada uno de los efectos de la propiedad fiduciaria²⁶⁸, sino solo dejar establecido que el dominio que adquiere el fiduciario es limitado, pudiendo con creces cumplirse con las finalidades del fideicomiso, sin correr el riesgo de que el fiduciario se comporte deslealmente para con el fideicomisario.



²⁶⁸ Para un análisis más detallado del fideicomiso, ver: Peñailillo Arévalo, Daniel: Ob. Cit. p, 441 y siguientes, y Alessandri R., Arturo, Somarriva U., Manuel, Vodanovic H., Antonio: Ob. Cit. P, 87 y siguientes.

CONCLUSIONES

A lo largo de esta obra hemos visto el estado del arte del negocio fiduciario y del fideicomiso, proponiendo la aceptación, por nuestro Ordenamiento Jurídico, de ambas instituciones.

Según los escasos trabajos que existen en nuestro país, y conforme a nuestra opinión, sus procedencias en nuestro Derecho son completamente viables.

En efecto, en cuanto al negocio fiduciario, coincido con aquellos que propugnan su importación al Derecho chileno. Muchas son las disposiciones legales que defienden esta disposición: por lo pronto, la libertad contractual, recogida en varias disposiciones de nuestro Código Civil, es el principal sustento, lo que permite cambiar ciertas normas de los tipos contractuales, así como crear negocios jurídicos, incluso, mediante la combinación de distintos contratos.

Sin perjuicio de lo dicho, la posición debe matizarse, por cuanto aún si entendemos que el negocio fiduciario es un negocio único con su propia causa, al estar construido sobre la base de una negocio traslativo de dominio –donde frecuentemente la compraventa es el contrato utilizado-, no exista norma que autorice a soslayar sus propias condiciones de existencia y de validez, de manera tal que el negocio fiduciario no sólo debe cumplir con sus especiales y generales requisitos, sino que también lo propios de los negocios que lo

conforman. En la medida que se cumpla con ellos, el negocio fiduciario es perfectamente existente y válido.

Otra cosa es el régimen dominical aplicable a quien recibe una cosa en fiducia. Defendemos la posición de que el fiduciario recibe un dominio condicionado a la usanza del fideicomiso regulado en nuestro Código Civil, siempre que se exprese tal circunstancia. Esa es la única solución que se encuentra para dicha figura, según el statu quo legal. La otra solución es asumir que el fiduciario recibe la cosa en dominio, siendo propietario respecto de todos, incluso frente al fiduciante, a la usanza del negocio fiduciario creado por la pandectística, con las consecuencias prácticas y legales que tuvimos ocasión de repasar cuando tratamos el tratamiento que el negocio fiduciario tiene en España.

Distinta es la suerte que corre el fideicomiso. Es cierto, no es similar a la fiducia mercantil colombiana o al fideicomiso argentino, según tuvimos ocasión de mostrar, pero puede sortearse una carencia de regulación en tal sentido, recurriendo al fideicomiso reglado en nuestro Código Civil. Dicha figura puede servir para potenciar el fideicomiso a la usanza del fideicomiso tipificado en Latinoamérica, pero con limitaciones.

El contrato de fideicomiso existe, énfasis en ello. Su celebración, así como la cantidad de intervinientes en dicho contrato, es similar al fideicomiso Latinoamericano. Puede reprocharse que el plazo no sea una modalidad a utilizar, pero una condición bien redactada puede suplir la deficiencia.

La diferencia importante donde estriba nuestra institución con la foránea es en el régimen jurídico del dominio del fiduciario. Allá, el fiduciario es dueño formalmente, pero los bienes fideicomitidos conforman un patrimonio separado o en fin, un patrimonio afecto a una finalidad determinada. Distinta es la realidad chilena: el fiduciario recibe en bien, el que forma parte de su patrimonio general, pero sujeto a una condición que, de cumplirse, la cosa pasa a otro designado en el contrato.

Otra limitación que se ve en nuestro fideicomiso, es que los bienes fideicomitidos, de no tenerse cuidado, pueden adquirirse en dominio por parte del fiduciario, lo que nunca ocurrirá en el fideicomiso Latinoamericano.

En suma, ambos negocios son viables en cuanto negocio jurídico, y respecto a los efectos dominicales que produce, aunque recomiendo usar el fideicomiso, en tanto el negocio fiduciario resulta más complicado, lo que se advierte en su construcción.

El fideicomiso puede ser celebrado por cualquier persona capaz de disponer libremente de lo suyo (lo que puede ser considerado un defecto, ya que el Colombia sólo pueden ser fiduciarios determinadas personas jurídicas, lo que garantiza la profesionalización en su ejecución) y puede servir para distintos propósitos: por lo pronto, para garantizar una deuda y para administrar bienes de otros con mayores facultades que la de un mandatario general.

BIBLIOGRAFÍA

1. Albaladejo, Manuel: "El Negocio Jurídico". Publicaciones del Real Colegio de España de Bolonia. José Ma Bosch, Editor. Barcelona, 1958.
2. Alcalde Rodríguez, Enrique: "Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno". Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago.
3. Alessandri Rodríguez, Arturo: "De los contratos". Editorial Jurídica de Chile. Reimpresión de la 1ª Edición. Santiago, 2015.
4. Alessandri R., Arturo, Somarriva U., Manuel, Vodanovic H., Antonio: Tratado de Los Derechos Reales. Editorial Jurídica de Chile. 6ª edición. Santiago, 1997, Tomo II.
5. Alessandri R., Arturo, Somarriva U., Manuel, Vodanovic H., Antonio: Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General. Editorial Jurídica de Chile. 7ª edición. Santiago, 2005, Tomo II.
6. Barcia Lehmann, Rodrigo: "Lecciones de Derecho Civil Chileno. Del Acto Jurídico". Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2007, Tomo I.
7. Barcia Lehmann, Rodrigo: "Algunos aspectos de comunicabilidad entre los derechos reales y personales y la teoría de la tipicidad causal de estatuto como creadora de derechos reales atípicos". Primera parte. Estudios de Derecho Civil III. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2007. Editorial LexisNexis. Santiago, 2008.
8. Barcia Lehmann, Rodrigo: "Algunos aspectos de comunicabilidad entre los derechos reales y personales y la teoría de la tipicidad causal de estatuto como creadora de derechos reales atípicos". Segunda parte. Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2008. Editorial Legal Publishing Chile. Santiago, 2009.
9. Barcia Lehmann, Rodrigo: "Algunos aspectos de comunicabilidad entre los derechos reales y personales y la teoría de la tipicidad causal de estatuto como creadora de derechos reales atípicos". Tercera parte. Estudios de Derecho Civil V. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, 2009. Editorial Legal Publishing. Santiago, 2010.
10. Barcia Lehmann, Rodrigo y Ruz Lártiga, Gonzalo: "La Teoría de Prohibición de Estatuto como Sustento de la Prohibición del Pacto Comisorio Calificado en los Contratos de Garantía". Estudios de Derecho

- Civil VI. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2010. Editorial Legal Publishing Chile. Santiago.
11. Batiza, Rodolfo; Luján, Marcial: "El Fideicomiso. Teoría y Práctica. Editorial Porrúa. Décima Edición. México, 2011.
 12. Bermúdez Soto, Jorge: "Derecho Administrativo General". Legal Publishing Chile. Tercera Edición Actualizada. Santiago, 2014.
 13. Boetsch Gillet, Cristián: "La Buena Fe Contractual". Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2011.
 14. Cámara Lapuente, Sergio: Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español. En Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N° 654, Septiembre – Octubre, 1999, páginas 1757-1865.
 15. Cámara Lapuente, Sergio: Trust a la francesa. InDret, Revista para el Análisis del Derecho, descargado el 20 de mayo de 2017 desde <http://www.indret.com/es/index.php?str=trust%252525252Ba%252525252Bla%252525252Bfrancesa&a=10&fc=212&sn=40>.
 16. Cariota Ferrara, Luigi: "El Negocio Jurídico". Traducción del italiano, Prólogo y Notas de Manuel Albaladejo. Aguilar, S.A. de Ediciones. Madrid, 1956.
 17. Carregal, Mario A.: "El Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los Negocios. Editorial Heliasta S.R.L. Primera Edición. Buenos Aires, 2008.
 18. Claret y Martí, Pompeyo: "De la Fiducia y del Trust". Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1946.
 19. De Castro y Bravo, Federico: "El Negocio Jurídico". Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil. Vol. X. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1967.
 20. Díez Duarte, Raúl: "Estructura civil y procesal del contrato". Editorial Jurídica Ediar-Conosur Limitada.
 21. Díez Duarte, Raúl: "La Simulación de Contrato en el Código Civil Chileno. Teoría Jurídica y Práctica Forense". Sociedad Editora Metropolitana Ltda. Tercera Edición. Santiago.
 22. Díez-Picazo, Luis: "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato. Editorial Aranzadi, SA. Sexta edición. Navarra, 2007, Volumen Primero.
 23. Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio: "Sistema de Derecho Civil". Editorial Tecnos. Reimpresión de la 12ª Edición. Madrid, 2015, Volumen I.

24. Domínguez Águila, Ramón: "Teoría General del Negocio Jurídico". Editorial Jurídica de Chile. Segunda Edición actualizada. Santiago, 2012
25. Domínguez Martínez, Jorge Alfredo: "El Fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico". Editorial Porrúa S.A. Tercera edición. México 12, D. F., 1982.
26. D'Ors, Álvaro: "Derecho Privado Romano". Ediciones Universidad de Navarra S.A. (EUNSA). Décima edición, Segunda reimpresión, Pamplona, 2008.
27. Enneccerus, Ludwig; Kipp, Theodor; y Wolff, Martín: "Derecho Civil, Parte General. 13º Edición revisada por Hans Carl Nipperdey. 39º Trad. De Blas Pérez y José Alguer. Bosch, Publicaciones Jurídicas. Buenos Aires, 1948. Primer Tomo, Parte General II, Vol 2º.
28. Estudios Sobre Garantía Reales y Personales. Libro Homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga. Editorial Jurídica de Chile. Reimpresión de 1era Edición 2008. Santiago, 2009 T. I y II.
29. Fuenteseca, Cristina: "El Negocio Fiduciario en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo". José María Bosh Editor. Barcelona. 1997.
30. Fueyo Laneri, Fernando: "Fideicomiso anglo-sajon y su aplicación en la legislación chilena". Revista de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Concepción, N° 118, Concepción, 1961.
31. Fuenzalida Puelma, Sergio: "El trust o fideicomiso angloamericano y sus adaptaciones latinoamericanas". Prensas de la Escuela de Derecho de Valparaíso. Universidad de Chile. 1963.
32. Garrigues Díaz-Cañabate, Joaquín: "Negocio Fiduciarios en Derecho Mercantil". Publicación autorizada por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Imprenta Viuda de Galo Sáez de Paños. Madrid.
33. Gómez Salazar, Paulina Alejandra: "La fiducia cum creditore en el Derecho Romano. Sus proyecciones en algunas instituciones jurídicas actuales". Memoria de prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Concepción. Concepción, 2013.
34. Guzmán Brito, Alejandro: "Derecho Romano Privado". Legalpublishing-Thomson Reuters. 2ª edic. Santiago, 2013, T. II.
35. Hughes González, Eduardo: "El trust anglo-americano y nuestra legislación civil. Memoria de prueba para optar al Grado de Licenciado en

la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Santiago, 1946.

36. Jordano Barea, Juan B.: "El Negocio Fiduciario". J. M. Bosch Editor. Barcelona, 1959.
37. León Hurtado, Avelino: "La Causa". Colección de Estudios Jurídicos y Sociales. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1961, N° 49.
38. Lepaulle, Pierre: "Tratado Teórico y Práctico de los Trusts". Editorial Porrúa S.A. Primera Edición en español. México, 1975.
39. López Santa María, Jorge: "Los contratos. Parte General. AbeledoPerrot, LegalPublishing. 5ª Edición Actualizada por Fabián Elorriaga De Bonis. Santiago, 2010.
40. Lyon Puelma, Alberto: "Integración, Interpretación y Cumplimiento de los Contratos". Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 2017.
41. Márquez, José Fernando: "Fideicomiso. Facultades de administración y disposición del fiduciario. Deudas del fiduciario. Insolvencia. Acciones de fraude y simulación". Editorial La Ley. Buenos Aires, 2008.
42. Martín León, Antonio: "Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la Propiedad. Cuadernos de Aranzadi Civil. Editorial Aranzadi S.A. Pamplona, 2012.
43. Messineo Francesco: Manual de Derecho Civil y Comercial. Trad. De Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1954, T. II.
44. Navarro Mariano Martorell: "La Propiedad Fiduciaria". Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1950.
45. Olguín julio, Cristián: "Fideicomiso Mercantil. Aspectos Teóricos y Prácticos". Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Santiago, 1993.
46. Pardow L., Diego G.: "Potestades de administración y deberes fiduciarios una aproximación analítica a los deberes asociados a la administración de un patrimonio ajeno". Estudios de Derecho Civil II. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2006. Editorial LexisNexis. Santiago, 2007.
47. Peñailillo Arévalo, Daniel: "Los Bienes. La Propiedad y otros Derechos Reales". Editorial Jurídica de Chile. Reimpresión de la Primera Edición. Santiago, 2009.

48. Peñailillo Arévalo, Daniel: "La Confianza en Derecho Privado. La Fiducia en el Derecho Chileno". En Rev. De Derecho. Univ. De Concepción, N° 227-228. Año LXXXVIII. Concepción, Enero-Junio, Julio-Diciembre 2010.
49. Rengifo García, Ernesto: "La Fiducia Mercantil y Pública en Colombia". Universidad Externado de Colombia. 3ª edición. Colombia, 2012.
50. Rivera Restrepo, José Maximiliano: "La Causa en el Derecho Chileno". Legal Publishing Chile. Santiago, 2012.
51. Rodríguez Azuero, Sergio: "Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina". Legis Editores S.A. Primera Edición. Colombia, 2005.
52. Rodríguez-Rosado, Bruno: "Fiducia y Pacto de Retro en Garantía". Marcial Pons. Madrid, 1998.
53. Ruz Lártiga, Gonzalo: "Explicaciones de derecho civil. Parte general y acto jurídico". Legal Publishing Chile. Santiago, 2011, Tomo I.
54. Saavedra Galleguillos, Francisco Javier: "Teoría del Consentimiento". Editorial Jurídica Conosur. Santiago., 1994.
55. Samper Polo, Francisco: "Derecho Romano". Ediciones Universidad Católica de Chile. Reimpresión de Tercera Edición. Santiago, 2014.
56. Urquizu Cavallé (Dir.), Rivas Nieto, Estela M. (Coord.): "El Fideicomiso en Latinoamérica. Integración Jurídico-financiera". Marcial Pons. Buenos Aires, Madrid, Barcelona, 2010.
57. Vial del Río, Víctor: "Teoría General de Acto Jurídico". Editorial Jurídica de Chile. Quinta Edición actualizada y aumentada. Santiago, 2014.
58. Wegmann Stockebrand, Adolfo: "Fiducia cum creditore y simulación. La validez de la venta en garantía". Estudios de Derecho Civil III. Jornadas nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2007. Editorial LexisNexis. Santiago, 2008.