

Una discusión crítica sobre la adopción del concepto de “negocio fiduciario” como categoría autónoma en el derecho chileno: comentario a la sentencia de la Corte Suprema de 4 de mayo de 2023 (Rol N° 69.820-2020)

A Critical Discussion on the Adoption of the Concept of “Fiduciary Contract” as an Autonomous Category in Chilean Law: Commentary on the Supreme Court Decision of May 4th, 2023 (Case N° 69.820-2020)

Felipe Carmona Donoso

Estudiante de Derecho, Chile

RESUMEN: En 2023, la Corte Suprema reconoció expresamente el “negocio fiduciario” como una categoría autónoma dentro de los problemas de agencia en el derecho chileno. El presente comentario problematiza tanto la razonabilidad de la decisión como lo considerado por otras tesis que han intentado explicar esta figura, argumentando que ellas son inconsistentes con la estructura del derecho de bienes chileno. Como alternativa, se plantea una racionalización del negocio fiduciario, basada en la teoría de los “derechos persistentes”, recientemente desarrollada por la academia inglesa y los estudios comparados para explicar la operación del “trust”.

PALABRAS CLAVE: negocio fiduciario, mandato sin representación, titularidad fiduciaria, derechos persistentes.

ABSTRACT: In 2023, the Chilean Supreme Court explicitly recognized the “fiduciary business” as an autonomous category within agency matters under Chilean law. This commentary reviews the reasonableness of this decision and other prevailing theories seeking to explain this figure, arguing that they are inconsistent with the structure of Chilean property law. Instead, it suggests an understanding of this conceptual category based on the “persistent rights” theory, which has recently been developed in English scholarship and comparative studies to explain the functioning of “trusts”.

KEYWORDS: fiduciary business, mandate without representation, fiduciary ownership, persistent rights.

Introducción

La administración de bienes ajenos es un fenómeno que plantea diversos desafíos. Tales desafíos suelen agruparse bajo el concepto de “problemas de agencia” (Charreaux, 2002: 251-270). En el contexto de una administración delegada a una persona distinta del propietario, no se advierten incentivos suficientes para que el primero (“agente”) sea igualmente cuidadoso con su gestión como si de su patrimonio se tratara (Waldron, 1968: 1243-1248), lo que se une a una falta de control por parte del segundo (“principal”). Esta asimetría que media entre los intereses del principal y del agente genera un riesgo de oportunismo en la gestión (Pardow, 2009: 596), esto es, que en caso de que estos entren en conflicto, el agente antepondría los suyos por sobre los del principal. Tal riesgo es el que funda el problema de agencia.

Por tanto, no se trata solo de identificar una buena o mala administración por razones de pereza o descuido, sino que de incluir en el análisis un ejercicio desleal del encargo. En ese sentido, un sector de nuestra doctrina ha manifestado cierta preocupación y se ha encargado de desarrollar mecanismos correctivos, en miras de sensibilizar a los administradores con los intereses del principal (Pardow, 2009: 596-597). Tales mecanismos redundan en los denominados “deberes fiduciarios”.¹ Sin embargo, sus avances normativos más sofisticados suelen responder a preocupaciones del regulador económico o del legislador criminal. De ahí la necesidad de trasladar la discusión al ámbito civil.

En este contexto, cobra relevancia la figura del negocio fiduciario, reconocida recientemente por la Corte Suprema en la causa rol N°69.820-2020, sentencia que será revisada con el objeto de desafiar la conveniencia de su reconocimiento. Para ello, se expondrán los hechos principales del caso, así como los principales planteamientos que pretenden explicar la figura del negocio fiduciario, para luego examinar la razonabilidad de la decisión, y formular algunas conclusiones respecto a esta institución y a la forma en que debería ser introducida al derecho chileno.

1 Por todos, véase Gold y Miller (2016).

Resumen del caso

Los hechos que conforman el conflicto resuelto en la sentencia son los siguientes:

Sociedad comercial y distribuidora de alimentos Stromboli Ltda. (“Stromboli”), compañía administrada con poder amplio por Roberto Melo Hermosilla (“RMH”), era subarrendataria de un local cuyos derechos de uso pertenecían exclusivamente a José Signerez Senkinec, padre de Isabella Signerez Carrasco (“ISC”), excónyuge de RMH.

Stromboli se interesó en adquirir la cuota correspondiente al local subarrendado, por lo que consiguió un préstamo con el Banco del Desarrollo, dejando hipotecado y gravado con prohibición de enajenar un inmueble de propiedad de ISC, quien accedió a condición de ser ella quien apareciera como compradora. Los derechos adquiridos serían transferidos a Stromboli una vez íntegramente pagado el crédito y alzadas las hipotecas y la prohibición.

La compraventa se perfeccionó el 28 de marzo de 2007, quedando a nombre de ISC un 5,34% de los derechos sobre el inmueble, mientras que de RMH un 1,32%.

Con ocasión del terremoto del año 2010, el edificio se dañó y tuvo que ser demolido, terreno que fue entregado en arriendo a una empresa de retail. Con fecha 8 de octubre de 2010, concurrió al contrato de arriendo doña ISC, por los derechos de Stromboli. La renta era pagada a cada uno de los comuneros según su cuota. Aquella que le correspondía a ISC se traducían en un cheque que estaba a su nombre, pero por algunos años fue RMH quien en definitiva lo recibía, pues ISC lo dejaba al portador, y así RMH lo depositaba en la cuenta bancaria de Stromboli.

El año 2013 el crédito fue pagado enteramente por Stromboli, por lo que se produjo el alzamiento de las hipotecas y de la prohibición de enajenar al poco tiempo.

Una vez le fuere solicitado a ISC cumplir con la transferencia de derechos según se convino en un principio, ella se negó, manifestándole a RMH que no restituiría tampoco las rentas percibidas para sí. Ante esto, Stromboli demandó solicitando la transferencia de los derechos, la restitución de las rentas de arrendamiento y daños, previa declaración de

un mandato incumplido con ISC, o en subsidio de un negocio fiduciario o de una simulación relativa.

Luego de resolverse en instancia, la Corte Suprema confirmó lo hasta entonces fallado, es decir, que entre las partes existía un negocio fiduciario, no un mandato.

Negocio fiduciario: Estado de la cuestión

Antes de abordar el examen pormenorizado de la decisión, resulta necesario establecer un marco teórico que permita evaluar el mérito de lo sentenciado.

El vínculo de confianza permea las relaciones contractuales, independiente de la variabilidad de su intensidad. El acreedor toma la decisión de contratar pensando en que su deudor será un cocontratante leal y que cumplirá con su obligación (Garrigues, 1976: 18). Sin embargo, no es esta la confianza que subyace al concepto de negocio fiduciario que nos interesa a nosotros. Tampoco lo es aquella que en ciertos contratos adquiere un rango predominante de forma abstracta, como ocurre con los negocios *intuitu personae* (Bustos, 2004: 78-79). En definitiva, se trata de distinguir entre el negocio de confianza y el fiduciario (Fueyo, 1959: 865). Bajo ese entendido, el negocio fiduciario que reconoce este fallo no es uno que se construye sobre la base de un vínculo de confianza genérico, se trata de un negocio calificado, subordinado a una serie de elementos que copulativamente reunidos lo constituyen, algo así como un negocio fiduciario en sentido estricto.

Entonces, este negocio fiduciario es uno que reside en una relación jurídica compleja, en donde un individuo (fiduciante) inviste a otro (fiduciario) de una posición jurídica —frente a terceros— que excede la finalidad que entre ellos convinieron y por cuya conclusión nace una obligación del segundo para con el primero (Santoro-Pasarelli, 1964: 211). Como algunos podrán advertir, esta figura no es para nada novedosa, en tanto homologa lo que disponía la vieja *fiducia* romana (Rengifo, 2000: 92). No obstante, el negocio fiduciario tal como lo hemos expuesto fue reformulado por Ferrara (1960: 57), quien recondujo el análisis a un plano más sofisticado, planteándolo como la reunión de dos negocios

de índole y efectos distintos, uno “real positivo” y otro “obligacional negativo”. El primero sería aquel ostensible al público, en virtud del cual el fiduciario adquiere la propiedad del bien de forma perfecta e irrevocable,² mientras que el segundo sería uno no necesariamente ostensible al público (de ahí que hay quienes postulan que en todo negocio fiduciario hay también una simulación relativa; Peñailillo, 2010: 11-12),³ y que lleva al fiduciario a contraer obligaciones consistentes en disciplinar el uso del derecho adquirido, con cargo de restitución luego de verificado un supuesto predefinido (Ferrara, 1960: 66).

Las razones que motivarían la celebración de un negocio fiduciario son variadas, pero las que con mayor frecuencia se advierten en el tráfico jurídico son aquellas transferencias que tienen por objeto delegar la administración de un bien o crédito (fiducia *cum amico*) o darlo en garantía de una obligación distinta (fiducia *cum creditore*) (Santoro-Pasarelli, 1964: 84).⁴ Existe en definitiva una asimetría entre el fin propuesto entre las partes y el medio jurídico empleado a ese respecto, esto es, hay un efecto jurídico más fuerte *vis à vis* un fin relacional más débil (Alcalde, 2023: 390-391).

Entonces, el negocio fiduciario expresado en estos términos redibuja la dogmática general de la agencia, pues no se trataría ya de un caso de escisión entre patrimonio y administración, en tanto el fiduciario no es un simple administrador, es dueño, solo que su dominio se halla constreñido por una finalidad determinada, que de cumplirse lo forzaría a restituir el derecho que hasta ese momento formalmente ostentaba. Esta conceptualización del negocio fiduciario es justamente la que hace

2 Esta es una de las diferencias que tendría en relación al mandato: el mandatario que actúa a nombre propio sería dueño solo respecto de terceros, no *erga omnes* como el fiduciario. Véase Fueyo (1959).

3 Así, por ejemplo, A es acreedor de un determinado crédito, pero el flagelo adosado a tramitar su cobro lo lleva a pedirle a su amigo T que lo haga. A es consciente de las formalidades que han de cumplirse para cobrar ese crédito, por lo que decide cedérselo a T para evitar todo tipo de problemas y dilaciones innecesarias. Queda claro que A inviste a T con facultades que exceden lo necesario para lograr el fin propuesto, y que T podría formalmente disponer del crédito cedido y A no tendría derecho frente a terceros adquirentes.

4 Esta modalidad de negocio fiduciario advierte un eventual caso de fraude a la ley, por elusión de la prohibición del pacto comisorio en la prenda *ex* artículo 2397 CC. Al respecto, véase Alcalde (2023).

suya la Corte y cita en su fallo, por lo que cabe ahora preguntarnos sobre si tal estructura era aplicable al caso.

Comentario al razonamiento de la Corte

La Corte Suprema sostuvo que entre Stromboli e ICS hubo un negocio fiduciario, decisión que se mantuvo incólume durante todo el *iter* procesal. Lo primero que llama la atención, es que los jueces de fondo descartaron sin mayor problema la pretensión principal promovida en la demanda: declarar la existencia de un mandato, no un negocio fiduciario.

Dejando de lado las críticas procesales que cabría formular, resulta necesario plantear la pregunta relativa a si lo que hubo entre Stromboli e ISC fue un mandato o si efectivamente se trataría de un negocio fiduciario. La identificación entre mandato y negocio fiduciario es un tópico que en doctrina ha suscitado una serie de discusiones, pues si hilamos fino en ambas figuras, cuando la primera prescinde de la representación, las dos nos llevan a un mismo efecto, cual es el de la restitución de los derechos adquiridos en miras de un objetivo luego de que este se cumple: el mandatario lo hará al cumplir con su obligación de rendir cuenta,⁵ y el fiduciario en cumplimiento del “contrato obligatorio negativo”.⁶

Veamos qué ocurre en el caso. Stromboli estaba interesada en comprar el local comercial en donde desarrollaba su actividad, para lo cual necesitaba recibir financiamiento, para cuya obtención eran necesarias ciertas garantías de pago. En ese sentido, le encargó a ISC que asumiera las labores que harían posible lo antedicho, que comprendía, por un lado, la constitución de hipotecas y una prohibición de enajenar, y por el otro, la compra de la cuota correspondiente al local comercial dentro de la comunidad inmobiliaria. ISC constituyó las garantías y figuró como compradora en la venta de los derechos, es decir, no medió representación en el ejercicio del encargo. Stromboli, en su calidad de

5 Esto bajo el entendido de que no se relevó de tal obligación al mandatario. De ser así, la transferencia será exigible si el mandante logra acreditar el mandato y que el encargo contemplaba el traspaso de efectos, por tratarse de un encargo de su cuenta y riesgo.

6 Sociedad Comercial y Distribuidora de alimentos Stromboli Ltda. con Signerez (“Stromboli con Signerez”): Corte Suprema, 4 de mayo de 2023, rol N°69.820-2020 (C°6).

mandante, cumplió con proveer a ISC de lo necesario para la ejecución del mandato *ex* artículo 2158 n°1 CC, mientras que ISC sujetó el cumplimiento de su obligación de rendir cuenta *ex* artículo 2155 CC a la condición de que las hipotecas y prohibición de enajenar se alzaran.

Ahora bien, la viabilidad de resolver el conflicto por la vía del mandato no es lo único que cabría subrayar del fallo, pues resta todavía preguntarse por la efectiva procedencia del negocio fiduciario, visto aisladamente. Como se expuso con anterioridad, la esencia de esta figura radicaba en una transferencia de dominio sujeta a una finalidad determinada, cuya realización daría lugar a la restitución de los derechos correlativos. Si se toman en serio estos presupuestos, el ejercicio subsuntivo sería infructuoso. Esto por una sola razón: Stromboli nunca fue dueña de los derechos, lo fue ISC *ab initio*. Si Stromboli nunca fue titular de esos derechos, malamente podríamos afirmar que la empresa habría investido, en calidad de fiduciante, a ISC de una posición de dueña. Concluir algo distinto nos llevaría al absurdo de aceptar que una persona pueda transferir más derechos que los que tiene.

Es más, la misma sentencia de casación hace suya la formulación con arreglo a la cual de lo que se trata es de una transferencia dominical supeditada a una finalidad determinada. Exponer tal planteamiento y considerarlo aplicable al caso desvirtúa la decisión adoptada, lo que dificulta un correcto entendimiento del negocio fiduciario.

Negocio fiduciario: necesidad (o no) de su reconocimiento

De lo antedicho pareciera ser que la figura del negocio fiduciario no presenta particularidades tales como para que se haga necesaria su inclusión legislativa, en tanto sería bastante con el marco normativo del mandato civil, en donde la lealtad y la confianza son elementos intrínsecos del contrato.⁷ Sin embargo, no es objeto del presente comentario el refutar la autonomía del negocio fiduciario por la vía de echar mano al mandato sin representación —sin perjuicio del interés dogmático

⁷ Pizarro con Banco del Estado: Corte Suprema, 8 de abril de 2010, rol N°2248-2008 (C°10 y 11).

que aquello ha suscitado en doctrina (Peñailillo, 2010: 54)—, ya que, por el contrario, a nuestro juicio es una temática que debiese levantar interés legislativo, aunque bajo el amparo de una figura ajena a nuestro sistema, pero ampliamente reconocida en el tráfico jurídico a nivel comparado: el *trust*. Antes de explorar esta interesante figura foránea, se hace necesario plantear las tesis en cuyo derredor se ha desarrollado la admisión de *lege lata* del negocio fiduciario en nuestro ordenamiento, pues en tal contexto es que el desarrollo dogmático del *trust* cumpliría un papel determinante.

La división ya enunciada, que consistía en comprender al negocio fiduciario como uno que originaba dos contratos, uno de índole real positivo y otro obligacional negativo, se ha bautizado como la tesis del “doble efecto” (Ferrara, 1960: 66). Esta tesis se contrapone a aquella que controvierte la transferencia dominical como una “plena”, fundada en una supuesta escisión en la propiedad de los bienes, en el sentido de que el fiduciario adquiriría exclusivamente una propiedad formal, quedando un dominio de carácter material en manos del fiduciante (Peñailillo, 2010: 25). Esta última propuesta —conocida como tesis de la “titularidad fiduciaria” (De Castro, 1997: 1045-1068)—, a diferencia del doble efecto, no limita la propiedad con cargo a un vínculo obligacional, sino que lo hace directamente sobre el derecho real de dominio, dividiéndolo y subordinando la eficacia de las actuaciones del fiduciario al pacto, es decir, que no surtirán efectos sus actos de disposición que no se ciñan a la finalidad convenida. El origen de esta postura se halla en las críticas formuladas hacia la doctrina del doble efecto, al no contemplar mayor protección al fiduciante frente a disposiciones desleales del fiduciario, ni aun respecto a terceros adquirentes de mala fe (Peñailillo, 2010: 25). Al ser un vínculo esencialmente obligacional, ante una enajenación a terceros, el fiduciante podría a lo sumo demandar los daños al fiduciario, pero no recuperar lo transferido. Esa es la crítica que recae sobre el doble efecto.

El enfrentamiento recién expuesto es uno que en idénticos términos enuncia el fallo en comentario,⁸ sin identificar mérito o conveniencia de

8 Stromboli con Signerez: Corte Suprema, 4 de mayo de 2023, rol N°69.820-2020 (C°13).

un planteamiento por sobre otro,⁹ lo que, tal como se dijo, obstaculiza un correcto entendimiento de la institución.

Resulta claro que un entendimiento à la De Castro sortearía los riesgos de abuso, en tanto mantendría la posibilidad de reivindicación en favor del fiduciante para el evento de que el fiduciario trasgreda el acuerdo y enajene los bienes a terceros. Sin embargo, no es una postura exenta de reproches.

La *summa divisio* fundamental en nuestra tradición civil es la que media entre derechos personales y derechos reales, existiendo para estos últimos un régimen *numerus clausus*.¹⁰ Por ello, nuestro derecho civil de bienes difícilmente autorizaría un entendimiento como el que propone la titularidad fiduciaria, sobre todo si nos atenemos a lo que el fallo sin mayores cuestionamientos afirma: “Al mantenerse la propiedad material en el fiduciante, éste conserva la acción de dominio que fluye de dicha calidad [...]”.¹¹ Reconocer titularidad de reivindicación a quien no es formalmente dueño atenta contra el régimen de acciones reales hoy vigente en nuestro ordenamiento.¹² Esto, sin ahondar en los problemas que presentaría desde un punto de vista registral, es decir, de las implicancias que podría tener en el régimen que disciplina la enajenación de ciertos derechos reales. No se trata sino del respeto hacia la teoría unitaria del dominio que impera en nuestro sistema (Aedo, 2016: 37-69; Hansmann y Mattei, 1998: 435 y 441).

Como en Chile existe una reserva legal en materia de derechos reales, no es posible asignarle al fiduciario que ostenta titularidad fiduciaria derecho real alguno, en tanto “las cosas son lo que son por su naturaleza misma y no por la denominación que le den las partes”.¹³ Sin embargo, a nuestro juicio la cuestión es solucionable, de nuevo, bajo la figura del mandato a nombre propio. El fiduciario tendría en

9 Stromboli con Signerez: Corte Suprema, 4 de mayo de 2023, rol N°69.820-2020: “Décimo tercero: (...) Los efectos del negocio fiduciario dependen, evidentemente, de la tesis que se siga.”.

10 Es más, se ha identificado aquí uno de los motivos para contraer negocios fiduciarios, y es la de maniobrar los negocios reales consagrados por el ordenamiento jurídico respectivo. Al respecto, véase Fueyo (1959).

11 Stromboli con Signerez: Corte Suprema, 4 de mayo de 2023, rol N°69.820-2020 (C°13).

12 Ello sin perjuicio de las excepciones; *v.gr.*, acción publiciana del artículo 894 CC, pero que en todo caso no controvierte lo señalado, pues de todas formas hace prevalecer la calidad formal de dueño (o “igual o mejor derecho”) por sobre la de poseedor.

13 Andrade con Bustos: Corte Suprema, 24 de junio de 2009, rol N°2778-2008 (C°5).

su poder un bien que podría enajenar solo si dicha actuación se ajusta a los términos convenidos con el fiduciante. Esto no es sino un caso de extralimitación en el mandato, en donde el encargo supone actos de enajenación bajo ciertos supuestos acordados, y que de no verificarse, todo acto dispositivo le sería inoponible al mandante, dando lugar a una venta de cosa ajena sin efectos dominicales.

Ahora bien, como la transferencia de dominio es condición necesaria del negocio fiduciario, cabría trasladar el mismo análisis al mandato. No existen reglas que proscriban la dación en propiedad de un bien al mandatario a modo de cumplimiento del N°1 del artículo 2158 CC, esto es, el mandante puede proveer de lo necesario para la ejecución del encargo por la vía de transferir el dominio de los bienes considerados como indispensables. En ese sentido, si el negocio confiado al mandatario estaba sujeto a términos precisos de gestión, en caso de que este no se ciña rigurosamente a ellos *ex* artículo 2131 CC, el mandante podrá resolver el contrato y con ello tener derecho a restitución de lo proveído aun contra terceros adquirentes (cuando estuvieren de mala fe). Según lo expuesto, la regulación del mandato civil pareciera bastar, pero éste no deja de ser un contrato, por tanto vinculante solo para las partes, cuestión que justamente funda el problema asociado al doble efecto: dejar en la indefensión al fiduciante/mandante frente a enajenaciones a terceros. Por ello, resulta conveniente propender por un tratamiento particular del negocio fiduciario, pero con cargo a un planteamiento que simpatice con nuestro ordenamiento.

Negocio fiduciario y *trust*

En miras de superar las tesis expuestas, la dogmática propia del *trust* se instituye como opción potencialmente idónea para cumplir con dicho cometido. El caso paradigmático de *trust* consiste en la transferencia del dominio de un conjunto de bienes a un agente (*trustee*), quien deberá ejercer su derecho de dominio en beneficio de un tercero (beneficiario) (Vargas, 2022: 38). El *trustee*, en tanto titular de los derechos, ostenta poder de administración y disposición sobre los bienes, pero de la forma prevista en el instrumento de constitución (*trust deed*) (Garnham, 2010:

21). Sin embargo, los acreedores del *trustee* no ensanchan su garantía general del crédito con lo recibido en *trust* (Swalding, 2013: 214), ya que el beneficiario es titular de los beneficios asociados a la titularidad del derecho de propiedad, sin ser formalmente dueño (y por tanto sin acceso a los activos sino en los términos pactados y bajo ciertas circunstancias; Vargas, 2022: 39), por lo que es “dueño en equidad” —*equitable owner*— (Garnham, 2010: 21), algo así como una propiedad *sui generis* (Malumián, 2013: 724).

Se trataría de una noción de propiedad que, así concebida, resulta incompatible con el *numerus clausus* de los derechos reales, cuestión que explica que el *trust* sea una figura difícil de entender para los abogados del derecho continental (Vargas, 2022: 20). En razón de tales complejidades, nuestra jurisprudencia no ha reconocido la figura del *trust* de forma directa, sin perjuicio de que existen algunas sentencias que han avanzado en definir la viabilidad de su estructura,¹⁴ mientras tanto otras la mencionan como equivalente a nuestro fideicomiso regulado en los artículos 733 y ss. CC,¹⁵ pero como bien sabemos, allí el beneficiario no es titular de derecho alguno, sino solo de una mera expectativa, por tanto son inequívocas.

Entonces, las titularidades asociadas al fenómeno del *trust* no se ajustan a la lógica de derechos reales de nuestro sistema (Vargas, 2022: 32), y por ello tendríamos el mismo problema que con la tesis de la titularidad fiduciaria, la cual, es más, ha sido utilizada justamente para intentar explicar el *trust* a la luz de la tradición continental (Peñailillo, 2010: 38-41). Ahora bien, el lenguaje de la titularidad fiduciaria y la doble propiedad oscurece lo que en los hechos realmente ocurre, y es que hay solo una parte con título sobre los bienes, quien podrá promover pretensiones reparatorias en caso de daños y las acciones reales asociadas: El *trustee*. Por lo mismo, Vargas (2022: 33-39) afirma que la metáfora de la doble propiedad consiste en una descripción imprecisa del *trust*.

Así, presenta la reciente tesis de McFarlane y Stevens (2010: 1-28) sobre los “derechos persistentes”, que consistiría en entender que sobre

14 Véase Salvo y otros con Inmobiliaria Bergneustadt Ltda.: Corte Suprema, 14 de marzo de 2017, rol N°35542-2016.

15 Véase Servicio de Impuestos Internos con Crisosto y otros: Corte Suprema, 5 de diciembre de 2017, rol N°183-2017 (C°4).

la propiedad del *trustee* se imprimen ciertos derechos, no sobre los bienes en cuestión, lo que permitiría mantener al *trustee* como pleno dueño, y al mismo tiempo reconocer que en caso de que intervenga un tercero y adquiera lo dado en *trust*, lo hará con el gravamen de que el beneficiario conservará su posición, como si del *trustee* primigenio se tratara. Así se resolvería el problema adosado a reservar la solución a la técnica de los derechos personales, cual era que el “contrato obligatorio negativo” sería inoponible a terceros.

Lo anterior es también esgrimible respecto del negocio fiduciario. Si los principales problemas que identificábamos en relación a las dos tesis “tradicionales” eran que, por un lado, el fiduciante quedaba desprovisto de protección frente a terceros (doble efecto), y por el otro, que no habría algo así como una doble propiedad en un régimen como el nuestro (titularidad fiduciaria), la tesis de los derechos persistentes se erige como solución momentáneamente idónea, pero perfectible, para contrarrestar dichos problemas. Ahora bien, si hilamos fino en la estructura postulada, se trataría de algo así como un gravamen adosado a un derecho real *sub specie* dominio, cuestión que en derecho chileno existe, pero exige referencia legal expresa, como ocurre con los derechos de usufructo y servidumbre. Habría nuevamente un problema de legalidad vinculado al régimen de *numerus clausus* de los derechos reales, pero que unido a este nuevo entendimiento permite que de *lege ferenda* pensemos en una sistematicidad del negocio fiduciario que recoja las alarmas que arduamente se han expuesto. En consecuencia, un trasplante irreflexivo de la figura del *trust* en nuestro derecho podría ser inconveniente, pero tener a la vista una adecuada conceptualización sirve para que ulteriormente el derecho chileno desarrolle sus propias soluciones, a los mismos problemas (Vargas, 2022: 51).

Conclusiones

El presente comentario se propuso revisar un reciente fallo de la Corte Suprema en que se reconoció el negocio fiduciario como figura autónoma dentro del derecho chileno. Un examen detenido de los hechos reveló que la relación jurídica que mediaba entre las partes podía

haberse explicado adecuadamente siguiendo las reglas del mandato sin representación, sin necesidad de recurrir a una categoría distinta.

Para dotar de sustento lo anterior, se revisaron las teorías del doble efecto y de la titularidad fiduciaria, como aquellas que tradicionalmente han intentado explicar el negocio fiduciario. En dicho examen, se advirtió que ambas resultan incompatibles con los principios estructurales del derecho de bienes chileno, especialmente con el régimen de *numerus clausus* de los derechos reales y la teoría unitaria del dominio.

Luego, se desarrolló la posibilidad de subsumir la mecánica del negocio fiduciario dentro de las reglas del mandato, ante lo cual se concluyó que no solo no sería conveniente, sino que además presentaría los mismos problemas de oponibilidad frente a terceros asociados a la teoría del doble efecto.

Por último, se expuso que el *trust* podría ofrecer una aproximación útil para repensar el negocio fiduciario y superar las dificultades derivadas de las teorías tradicionales, a partir de la tesis de los “derechos persistentes”. Esta última permite racionalizar la figura, en el sentido de conciliar las reglas hoy vigentes con la necesidad de proteger los intereses del fiduciante frente a una eventual administración desleal del fiduciario.

Referencias

- AEDO, Cristián (2016). “Las fuentes romanas del concepto de dominio en el Código civil chileno”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLVI: 37-69. Disponible en <https://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n46/a01.pdf>.
- ALCALDE, Enrique (2023). *Desacuerdos entre voluntad real y declarada*. 1ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BUSTOS, Magdalena (2004). “Implicancias y justificación de la confianza en los contratos relacionales”. *Milan Law Review*, 5, No. 2: 73-97. Disponible en <https://riviste.unimi.it/index.php/milanlawreview/article/download/27706/23152/77852>

- CHARREAUX, Gérard (2002). “Positive Agency Theory: Place and Contributions”. En E. Brousseau, y otros (ed.). *The Economics of Contracts*. Cambridge University Press: 251-270.
- DE CASTRO, Federico (1997). “El negocio fiduciario: estudio crítico de la teoría del doble efecto”. En F. de Castro (ed.). *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*, Vol. 2. Centro de Estudios Registrales: 1045-1068.
- FERRARA, Francesco (1960). *La simulación de los negocios jurídicos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- FUEYO, Fernando (1959). “Algunos aspectos del negocio fiduciario”. *Revista de doctrina y jurisprudencia*, LVI, Nos. 3 y 4: 865-884.
- GARRIGUES, Joaquín (1976). *Negocios fiduciarios en el derecho mercantil*. Madrid: Civitas.
- GOLD, Andrew y Paul Miller (2016). *Contract, status, and fiduciary law*. Oxford University Press.
- GARNHAM, Arturo (2010). “Problemas generados por los trusts desde una perspectiva tributaria doméstica chilena”. *Anuario de Derecho Tributario UDP*, Vol. 2: 19-29. Disponible en <https://anuarioderechotributario.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2021/06/Anuario-2010.-Art-2-Problemas-generados-por-los-Trusts-desde-una-perspectiva-tributaria-domestica-chilena-por-Arturo-Garnham.-Pag-19-29.pdf>.
- HANSMANN, Henry, y Mattei, Ugo (1998). “The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis”. *New York University Law Review*, 73: 434-479. Disponible en: <https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/4605/73NYULRev434.pdf?sequence=2>.
- MALUMIÁN, Nicolás (2013). “Conceptualization of the Latin American *Fideicomiso*: is it actually a trust?”. *Trusts & Trustees*, 19, No. 7: 720-729.
- MCFARLANE, Ben y Stevens, Robert (2010). “The nature of Equitable Property”. *Equity*, 4: 1-28.

- PARDOW, Diego (2009). “La desgracia de lo ajeno: un ensayo sobre el problema de agencia en las relaciones fiduciarias” En C. Pizarro (coord.) *Estudios de Derecho Civil IV*, Santiago: LegalPublishing: 595-610.
- PEÑAILILLO, Daniel (2010). “La confianza en derecho privado. La fiducia en el derecho chileno”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 227-228: 7-59.
- RENGIFO, Ernesto (2000). “Antecedentes romanos del contrato de fiducia”. *Revista de Derecho Privado*, 5: 87-94. Disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/9870>.
- SANTORO-PASARELLI, Francesco (1964). *Doctrinas generales del Derecho Civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- SWADLING, William (2013). “Property: General Principles”. En A. Burrows (ed.). *English Private Law*. 3rd ed. Oxford University Press: 173-306.
- VARGAS, Ernesto (2022). “El trust frente al derecho chileno: Una visión desde la teoría de ‘derechos contra derechos’”. *Latin American Legal Studies*, 11, N°1: 5-57. Disponible en <https://www.scielo.cl/pdf/rld/v11n1/0719-9112-rld-11-01-5.pdf>.
- WALDRON, Jeremy (1996). “Property Law”. En D. Patterson (ed.). *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. Cambridge, Blackwell: 3-23.

Agradecimientos

El autor agradece los valiosos comentarios de los profesores Ernesto Vargas Weil y Francisco Alvarado García, formulados luego de recibir un primer borrador del presente comentario. Sin perjuicio de lo anterior, todo error es de completa responsabilidad del autor.

Sobre el autor

FELIPE CARMONA DONOSO es ayudante del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

felipe.carmona.d@derecho.uchile.cl

 <https://orcid.org/0009-0000-7998-1590>