

346.04
R893b
2004

FERNANDO ROZAS VIAL

LOS BIENES

Código: 3268
Registro: 3210

CAREY Y CIA.
BIBLIOTECA



CAPÍTULO XII

LA PROPIEDAD FIDUCIARIA

310. CONCEPTO

Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición (art. 733, inc. 1º).

La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso (art. 733, inc. 2º).

Este nombre se da también a la cosa constituida en propiedad fiduciaria (art. 733, inc. 3º).

La propiedad que no está sujeta a pasar a otra persona en virtud de una condición, se llama propiedad absoluta. Es decir, propiedad absoluta se opone a propiedad fiduciaria.

311. PERSONAS QUE INTERVIENEN EN LA PROPIEDAD FIDUCIARIA

Generalmente intervienen tres personas:

- a) *El constituyente* que es el que da la cosa a otra persona con el gravamen de entregarla a un tercero en el evento de cumplirse una condición;
- b) *El propietario fiduciario* que es el que recibe la propiedad con el gravamen de restituirla a otra persona si se cumple una condición;

- c) *El fideicomisario* que es la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso. Es la persona que recibirá la propiedad si se cumple la condición.

Hacemos presente que en la propiedad fiduciaria pueden intervenir sólo dos personas, el constituyente y el fideicomisario. Es decir, puede no haberse designado o faltar por cualquier causa el fiduciario. En este caso, mientras pende la condición, gozará fiduciariamente de la propiedad el mismo constituyente, si *viviere*, o sus herederos (art. 748).

312. EL DERECHO DE DOMINIO EN LA PROPIEDAD FIDUCIARIA

Mientras no se transfiera la propiedad al fiduciario, el constituyente es el dueño de la cosa sobre la que recaerá la propiedad fiduciaria.

Transferida la propiedad al fiduciario, éste es el único dueño de la cosa. Su dominio está sujeto a una condición resolutoria.

El fideicomisario sólo tiene la mera expectativa de hacerse dueño de la cosa si se cumple la condición.

313. REQUISITOS DEL FIDEICOMISO

- Que la cosa sea susceptible de darse en fideicomiso;
- Que haya propietario fiduciario y fideicomisario;
- Que haya una condición por cuyo cumplimiento la propiedad pase del fiduciario al fideicomisario, y
- Que se cumpla con las solemnidades que la ley prescribe.

314. COSAS SOBRE LAS QUE SE PUEDE CONSTITUIR FIDEICOMISO

Según el art. 734 no se puede constituir fideicomiso sino sobre la totalidad de una *herencia* o sobre una *cuota determinada de ella*, o sobre uno o más *cuerpos* ciertos.

315. EL FIDUCIARIO

Ya hemos visto que es la persona que tiene la cosa con la obligación de restituirla al fideicomisario si se cumple una condición.

Debe existir el tiempo de deferirse el fideicomiso. Es decir, al celebrarse el contrato o fallecer el testador. Si se nombra en testamento como fiduciario una persona que no existe pero se espera que exista, y al fallecer el testador aún no ha llegado a existir esa persona, en la realidad, es fideicomisario y los herederos del testador son los fiduciarios.

Ya hemos visto que si el constituyente no nombra fiduciario, o cuando falta por cualquier causa, estando pendiente la condición, gozará fiduciariamente de la propiedad el mismo constituyente, si *viviere*, o sus herederos (art. 748).

El constituyente puede nombrar no sólo uno, sino dos o más fiduciarios, pero no pueden ser sucesivos. Serán copropietarios.

Siendo dos o más los propietarios fiduciarios, habrá entre ellos derecho de acrecer hasta que se cumpla la condición (arts. 750 y 780, inc. 1º).

316. SUBSTITUTOS DEL PROPIETARIO FIDUCIARIO

El constituyente sólo puede nombrar sustituto al fiduciario cuando el fideicomiso se constituye por testamento y para el solo caso de faltar el fiduciario antes de fallecer el testador.

317. EL FIDEICOMISARIO

Ya vimos que es la persona que recibirá la cosa de manos del fiduciario en el caso de cumplirse una condición.

- a) El fideicomisario puede no existir al tiempo de constituirse el fideicomiso pero debe esperarse que exista (art. 737).

- b) Debe existir a la época de la restitución (art. 738). Esta existencia debe producirse a más tardar en el plazo de cinco años, salvo que la condición de que penda la restitución sea la muerte del fiduciario pues en tal caso debe existir en ese momento (art. 739).
- c) *Substitutos del fideicomisario*. El constituyente puede dar al fideicomisario los substitutos que quiera para el caso que deje de existir antes de la restitución, por fallecimiento u otra causa (art. 743, inc. 1°).

Estos substitutos pueden ser de diferentes grados, substituyéndose una persona al fideicomisario nombrado en primer lugar, otra al primer substituto, otra al segundo, etc. (art. 743, inc. 2°).

No se reconocerán otros substitutos que los designados expresamente en el respectivo acto entre vivos o testamento (art. 744).

Los referidos substitutos son vulgares, es decir, sólo pueden tener lugar cuando el fideicomisario falta antes de cumplirse la condición (art. 762).

- d) El que constituye un fideicomiso puede nombrar no sólo uno, sino dos o más fideicomisarios (art. 742).

Si se nombran uno o más fideicomisarios de primer grado, y cuya existencia haya de aguardarse en conformidad al art. 737, se restituirá la totalidad del fideicomiso en el debido tiempo a los fideicomisarios que existan, y los otros entrarán al goce de él a medida que se cumpla respecto de cada uno la condición impuesta. Pero expirado el plazo de cinco años prefijado en el art. 739 no se dará lugar a ningún otro fideicomisario (art. 746).

- e) *¿Qué sucede si no se nombra al fideicomisario?* Para algunos, por aplicación analógica del art. 748, el constituyente o sus herederos serían los fideicomisarios.

En nuestro concepto, en el caso propuesto no estaríamos en presencia de un fideicomiso sino en el de una simple condición resolutoria. El resultado es el mismo pues la propiedad vuelve al constituyente de la propiedad condicional o a sus herederos.

318. FIDEICOMISOS SUCESIVOS

Por diversas razones de orden social, el legislador no mira con buenos ojos la propiedad fiduciaria. El que tiene una cosa con la posibilidad de perderla, no la cuidará ni la hará producir como si fuese dueño absoluto.

Por eso el inc. 1° del art. 745, repitiendo la idea del Mensaje del código establece que se prohíbe constituir dos o más fideicomisos sucesivos, de manera que restituido el fideicomiso a una persona, lo adquiera ésta con el gravamen de restituirlo eventualmente a otra.

Si de hecho se constituyen fideicomisos sucesivos, la sanción, aplicando las reglas generales, debiera ser la nulidad absoluta por ser el inc. 1° del art. 745 una norma prohibitiva.

Sin embargo, el inciso 2° de dicho artículo da una solución distinta y dice que si de hecho se constituyeren dos o más fideicomisos sucesivos, adquirido el fideicomiso por uno de los fideicomisarios nombrados, se extinguirá para siempre la expectativa de los otros. Es decir, considera a los fideicomisarios sucesivos al primero como substitutos.

319. CONSTITUCIÓN A LA VEZ DE UN USUFRUCTO Y DE UN FIDEICOMISO

El art. 736 dispone que una misma propiedad puede constituirse a la vez en usufructo a favor de una persona y en fideicomiso a favor de otra.

Mientras pende la condición, el propietario fiduciario es el nudo propietario. Cumplida la condición antes de vencer el plazo del usufructo, el fideicomisario pasa a ser el nudo propietario.

320. EXISTENCIA DE UNA CONDICIÓN DE LA QUE DEPENDE LA RESTITUCIÓN

La condición de la que depende la restitución del fideicomiso es resolutoria para el propietario fiduciario y suspensiva para el fideicomisario.

El fideicomiso supone siempre la condición expresa o tácita de existir el fideicomisario, o su sustituto, a la época de la restitución (art. 738, inc. 1º).

Dicha condición es un elemento de la esencia del fideicomiso.

A esta condición de existencia pueden agregarse otras copulativas o disyuntivamente (art. 738, inc. 2º).

Son condiciones *copulativas* las que deben cumplirse las unas y las otras. Si falta una condición copulativa, no tiene lugar la restitución. Por ejemplo, el fiduciario deberá restituir la cosa al fideicomisario si éste se recibe de abogado y va a Europa antes de expirar tres años. Si antes de expirar los tres años, el fideicomisario no va a Europa o no se recibe de abogado, no tiene lugar la restitución.

Son condiciones *disyuntivas* las llamadas a cumplirse las unas o las otras. Por ejemplo, el fiduciario deberá restituir la cosa si el fideicomisario va a Europa o se recibe de abogado antes de expirar tres años. Si éste va a Europa, tiene lugar la restitución aunque no se reciba de abogado.

En todo caso, junto con la o las condiciones copulativas o disyuntivas, debe cumplirse la condición de que el fideicomisario exista al tiempo de la restitución (art. 738).

Toda 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 (art. 739, inc. 1º).

Estos cinco años se contarán desde la delación de la propiedad fiduciaria. Esto es desde que se constituye el fideicomiso por acto entre vivos o cuando muere el testador (art. 739).

Cuando la muerte del fiduciario es el evento del que depende la restitución, nos hallamos frente a una condición porque además de la muerte del fiduciario se necesita que en ese momento exista el fideicomisario (art. 738). La sola muerte del fiduciario sería plazo.

Por razones obvias, en este caso no rige el plazo de cinco años a que se refiere el art. 739.

La condición de que pende la restitución, rompiendo las reglas generales sobre condición, no opera con efecto retroactivo.

321. FORMALIDADES DEL FIDEICOMISO

Los fideicomisos no pueden constituirse sino por acto entre vivos otorgado en instrumento público, o por acto testamentario (art. 735, inc. 1º).

La constitución de todo fideicomiso que comprenda o afecte un inmueble, deberá inscribirse en el competente Registro (art. 735, inc. 2º).

Hacemos presente que el fideicomiso constituido en testamento otorgado ante cinco testigos no lo es por instrumento público, pero dicho testamento, una vez protocolizado vale como instrumento público según lo dispone el N° 2 del art. 420 del Código Orgánico de Tribunales.

La inscripción del fideicomiso que ordena el art. 735 debe hacerse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador o Conservadores que corresponda por la situación del inmueble (art. 32 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces).

322. ROL DE LA INSCRIPCIÓN CONSERVATORIA EN EL FIDEICOMISO

El inc. 2º del art. 735 dice que la constitución de todo fideicomiso que comprenda o afecte un inmueble, deberá inscribirse en el competente Registro.

El inciso primero de ese artículo nos advierte que el fideicomiso no puede constituirse sino por acto entre vivos otorgado en instrumento público, o por acto testamentario.

Los autores no están de acuerdo en cuáles es el Rol de la inscripción que ordena el inciso primero del art. 735 citado.

Vodanovic citando a Alessandri dice que la inscripción del fideicomiso constituido por acto testamentario representa una solemnidad. Según el mismo Vodanovic, a juicio de Claro Solar, la ley exige dicha inscripción como medio de evitar la solución de continuidad de las inscripciones y de dar amplia publicidad a las mutaciones de dominio. (107)(108)

El mencionado autor agrega que para Claro Solar en el fideicomiso constituido por acto entre vivos sobre un inmueble, el único Rol de la inscripción es el de representar la tradición de la propiedad fiduciaria del constituyente o fideicomitente al fiduciario. Pero que en el pensamiento de otros, como Alessandri, la inscripción, además de simbolizar la tradición del fideicomiso constituido entre vivos, sería solemnidad del acto constitutivo, de tal manera que si no se realiza no habría adquisición del dominio ni fideicomiso, pues el acto constitutivo adolecería de nulidad absoluta por falta de un requisito exigido en atención a la naturaleza del acto.

Cita, por último, una sentencia de la Corte Suprema en que dicho tribunal resolvió que aunque es efectivo que debe inscribirse la constitución de un fideicomiso que afecta a un inmueble, esta inscripción no es un requisito esencial para el valor del acto, y de consiguiente su omisión no trae consigo la nulidad del fideicomiso. (109)

Para determinar el Rol de la inscripción que ordena el art. 735 hay que establecer, previamente, dónde debe practicarse esa inscripción. Si debe hacerse en el Registro de Propiedad puede que sea la forma de hacer la tradición del inmueble objeto de la propiedad fiduciaria; si no debe hacerse en ese registro, no hay duda de que jamás será la forma de hacer la tradición del inmueble.

Según los artículos 31 y 32 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, se inscribirán en el Registro de Hipotecas y Gravámenes, los fideicomisos.

(107) Vodanovic, Antonio, ob. cit., págs. 599 y 600.

(108) C. S., T. 24, sec. 1ª, pág. 455.

(109) Id. (108).

En consecuencia, armonizando el art. 735 del Código Civil y los artículos 31 y 32 del Reglamento recién citado, la inscripción del fideicomiso, que ordena la ley, jamás es la forma de hacer la tradición del inmueble que es objeto del mismo ya que debe hacerse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes.

Otra cosa es que cuando se constituye el fideicomiso por acto entre vivos, además de la inscripción en el Registro de Hipotecas y Gravámenes que ordena la ley, va a ser necesario inscribir dicha constitución en el Registro de Propiedad para que se traspare la propiedad fiduciaria del constituyente al propietario fiduciario.

Hacemos presente, sin embargo, que aunque se constituya la propiedad fiduciaria por acto entre vivos, esa inscripción en el Registro de Propiedad, traslativa de dominio, no es siempre necesaria. No lo será cuando el constituyente no designa propietario fiduciario caso en el cual, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 748, gozará fiduciariamente de la propiedad el mismo constituyente, si viviere, o sus herederos. La misma regla se aplica al caso de faltar por cualquier causa el fiduciario designado, estando todavía pendiente la condición.

Es evidente que en el caso de constituirse el fideicomiso por testamento la inscripción que ordena la ley no puede ser traslativa de dominio ya que el propietario fiduciario adquiere el dominio del fideicomiso por sucesión por causa de muerte.

En resumen, es claro que la ley, en el art. 735 del Código Civil ordena una inscripción para los fideicomisos que comprenden o afectan inmuebles. Es claro, también, que esa inscripción, debe hacerse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes. Y, por último, es claro que esa inscripción no transfiere el dominio del fideicomiso, sin perjuicio de que en ciertos casos va a ser necesario practicar una inscripción en el Registro de Propiedad para que pase el dominio del fideicomiso del constituyente al propietario fiduciario.

¿Cuál es, entonces, el rol de la inscripción que ordena el art. 735?

Para determinarlo debemos responder a algunas interrogantes:

a) *¿Quién puede solicitar la inscripción del fideicomiso en el Registro de Hipotecas y Gravámenes?*

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 60 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, pueden pedir la inscripción los interesados, por sí, por medio de personeros o de sus representantes legales.

Nos parece que el fideicomisario, una vez cumplida la condición, es interesado en que se practique la inscripción. Antes de cumplirse la condición, como sólo tiene una mera expectativa no nos parece interesado. Sin embargo, creemos que puede pedir que se practique la inscripción como medida conservativa, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 761 inciso segundo. En esta forma, será oponible a terceros. De no hacerse así podría peligrar la propiedad en manos del fiduciario quien podría transferirla sin el cargo de mantenerla indivisa y sin quedar sujeta al gravamen de restitución que impone el art. 751. De acuerdo con lo dispuesto en el inciso tercero del art. 761 tienen el mismo derecho los ascendientes legítimos del fideicomisario que todavía no existe y cuya existencia se espera; los personeros de las corporaciones y fundaciones interesadas; y el defensor de obras pías, si el fideicomiso fuere a favor de un establecimiento de beneficencia. Llamamos la atención al hecho de que el inciso recién citado habla de "corporaciones y fundaciones *interesadas*" como fideicomisarias.

b) *¿Cómo puede solicitarse la inscripción?*

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 57 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, para llevar a efecto la inscripción, se exhibirá al Conservador copia auténtica del título respectivo.

c) *¿Hasta cuándo puede pedirse la inscripción?*

Creemos que puede pedirse la inscripción en cualquier momento. Lógicamente, para que ella surta efecto deberá solicitarse mientras penda la condición, la que se tendrá por fallida si tarda más de cinco años en cumplirse, contados desde la delación de la propiedad fiduciaria (art. 739).

Si la condición consiste en la muerte del fiduciario podrá pedirse siempre que exista el fideicomisario a la fecha de la muerte y dentro de los respectivos plazos de prescripción.

Respondidas las interrogantes anteriores, llegamos a las siguientes conclusiones sobre el rol de la inscripción que menciona el art. 735.

1. No es solemnidad establecida en consideración a la naturaleza del acto. De serlo, la inscripción debería practicarse simultáneamente con el otorgamiento del instrumento público ya que al hacerse posteriormente se estaría ratificando un acto nulo absolutamente;
2. Tampoco es una solemnidad cuya omisión acarree la inexistencia del fideicomisario. Si así fuera, no podría solicitarse la inscripción por el fideicomisario, el que no sería tal sino desde la inscripción, y mientras ésta no se practique no habría ni fideicomiso ni fideicomisario; (110)
3. Creemos que la inscripción que ordena la ley sólo tiene por objeto hacer oponible la propiedad fiduciaria a terceros. Es posible que también tenga por objeto mantener la historia de la propiedad raíz y que por ello la ley ordene la práctica de esa inscripción. Hay que tener presente en este sentido que el art. 52 del Reglamento de Registro Conservatorio de Bienes Raíces menciona entre los títulos que deben inscribirse la constitución de los fideicomisos que comprenden o afectan bienes raíces (Nº 2). Sin embargo, recordamos que lo dispuesto en el art. 696 del Código Civil, no se aplica al fideicomiso en lo que a la inscripción a que nos estamos refiriendo dice relación pues no se menciona esa inscripción en los artículos anteriores al mencionado 696 que comienza con la frase: "Los títulos cuya inscripción se prescribe en los *artículos anteriores*...". El Reglamento no establece sanciones por la omisión de las inscripciones.

Por último, y recalcando que la referida inscripción tiene por objeto hacer oponible la propiedad fiduciaria a terceros, no vemos inconveniente en que la restitución, esto es, la traslación de la pro-

(110) Id. (108).

piedad al fideicomisario (art. 733), se haga aunque no se haya inscrito el fideicomiso en el Registro de Hipotecas y Gravámenes.

323. LA RESTITUCIÓN

En el fideicomiso, se llama *restitución* la translación de la propiedad de manos del propietario fiduciario a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, esto es, al fideicomisario.

a) ¿Cuándo debe hacerse la restitución?

La restitución debe hacerse una vez cumplida la condición de que pende.

Si la condición no se cumple en el plazo de cinco años, la propiedad se consolida en el fiduciario y se extingue la expectativa del fideicomisario (art. 739).

b) Necesidad de inscripción en la restitución de fideicomisos que recaen sobre inmuebles.

Aunque la condición de que pende la restitución del fideicomiso es resolutoria ordinaria para el propietario fiduciario y, en consecuencia opera de pleno derecho, creemos que la restitución debe inscribirse en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces, por lo menos para mantener la historia de la propiedad raíz y para que el fideicomisario adquiera la posesión del inmueble objeto del fideicomiso.

Creemos que el instrumento público entre vivos o el testamento en que se constituye el fideicomiso contiene, respecto del fideicomisario, un título traslativo de dominio.

Según el Código Civil son títulos traslativos de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo (art. 703). Esta definición bien poco dice sobre lo que es en sí un título traslativo de dominio. Creemos que es tal el acto jurídico que contiene la voluntad de transferir el dominio o, que hace nacer la obligación de

transferirlo, sea que al hacerse la tradición éste se transfiera o no se transfiera. Por ejemplo, la compraventa es un título traslativo de dominio porque en ella el vendedor se obliga a transferir el dominio, aunque esto no se logra en algunos casos, como en el de la venta de cosa ajena.

Ahora bien, el acto entre vivos constitutivo del fideicomiso es traslativo de dominio respecto del propietario fiduciario y respecto del fideicomisario. En él, el constituyente manifiesta su voluntad de transferir el fideicomiso al propietario fiduciario (puede ser una compraventa por ejemplo). Al aceptar la constitución de la propiedad fiduciaria, el fiduciario, por ese hecho se está obligando a transferir la propiedad al fideicomisario en caso de cumplirse la condición. Si no hay fiduciario, el constituyente se está obligando a hacer esa transferencia al fideicomisario (art. 748).

Si el fideicomiso se constituye en testamento, éste no es título traslativo respecto del fiduciario. Es título del modo de adquirir derivativo sucesión por causa de muerte. En este caso el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria por sucesión por causa de muerte. Pero el fideicomisario la va a adquirir, en caso de cumplirse la condición, por tradición. Respecto de este último, el testamento es título traslativo de dominio, ya que impone al fiduciario la obligación de transferir la propiedad al fideicomisario.

Ahora bien, no siempre se va a poder inscribir el título constitutivo del fideicomiso sino que tendrá que extenderse una escritura de entrega ya que no siempre el cumplimiento de la condición consta de manera que el Conservador de Bienes Raíces se vea obligado a inscribir el título. Pero lo mismo sucede en las ventas con entrega bajo condición suspensiva. Por otra parte, si el fiduciario o el constituyente se niegan a hacer la restitución, habrá que ocurrir al juez para que le ordene. Si la condición de la restitución es la muerte del fiduciario, estimamos posible practicar la restitución mediante la inscripción del testamento acreditando la muerte del fiduciario con el correspondiente certificado de defunción.

Por las razones expuestas y de acuerdo con lo dicho en el art. 52 N° 1 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces

ces, creemos que esa inscripción es necesaria porque la disposición citada señala que deberán inscribirse en el Registro Conservatorio los títulos traslaticios de los bienes raíces.

Aclaremos desde ya que, en nuestro concepto, respecto de la propiedad fiduciaria sobre bienes raíces, normalmente habrá dos inscripciones, una relativa a su constitución en el Registro de Hipotecas y Gravámenes (arts. 52 N° 2 y 31 y 32 del Reglamento) y otra u otras relacionadas con las traslaciones de la propiedad, en el Registro de Propiedad.

En el caso de la sucesión por causa de muerte, las inscripciones relacionadas con la traslación de la propiedad (no necesariamente traspasan la propiedad) serán la de la posesión efectiva, la del testamento y las especiales de herencia o de entrega de legado respecto del fiduciario, y la de la restitución respecto del fideicomisario.

324. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO

325. DERECHOS DE FIDUCIARIO

El propietario fiduciario es dueño de la cosa. Su dominio, sin embargo, está sujeto a condición resolutoria.

En su calidad de dueño, tiene los siguientes derechos:

- a) *Puede reivindicar el fideicomiso si pierde su posesión* (art. 893).
- b) *La propiedad fiduciaria puede "enajenarse" entre vivos y "transmitirse" por causa de muerte, pero en uno y otro caso con el cargo de mantenerla indivisa, y sujeta al gravamen de restitución bajo las mismas condiciones que antes* (art. 751).

No será, sin embargo, enajenable entre vivos, cuando el constituyente haya prohibido la enajenación; ni transmisible por testamento o abintestato, cuando el día prefijado para la restitución es el de la muerte del fiduciario; y en este segundo caso si el fidu-

ciario la enajena en vida, será siempre su muerte la que determina el día de la restitución (arts. 751, inc. 2° y 1317, inc. final). La disposición citada contiene uno de los pocos casos en que el legislador expresamente permite una cláusula voluntaria de *no enajenar*.

- c) *El propietario fiduciario puede gravar la cosa*. Ya sabemos que los gravámenes constituyen enajenaciones, que el art. 751 expresamente permite.

Sin embargo, atendida la naturaleza resoluble de la propiedad fiduciaria, el art. 757 dispone que en cuanto a la imposición de hipotecas, censos, servidumbres y cualquier otro gravamen, los bienes que fiduciariamente se posean se asimilarán a los bienes de las personas que viven bajo tutela o curaduría, y las facultades del fiduciario a los del tutor o curador. Impuestos dichos gravámenes sin previa autorización judicial con conocimiento de causa, y con audiencia de los que según el art. 761 tengan derecho para impetrar providencias conservatorias, no será obligado el fideicomisario a reconocerlos.

En consecuencia, para la imposición de gravámenes por parte del fiduciario se requiere:

- 1° Autorización judicial dada con conocimiento de causa;
- 2° Audiencia de las personas que señala el art. 761, esto es, el fideicomisario; o si éste es una persona que todavía no existe y cuya existencia se espera, sus ascendientes legítimos; los personeros de las corporaciones y fundaciones interesadas; y el defensor de obras pías, si el fideicomiso fuere a favor de un establecimiento de beneficencia.

Si no se cumple con las formalidades dichas, la constitución del gravamen es inoponible al fideicomisario (art. 757 parte final).

- d) *Inembargabilidad del fideicomiso*. La cosa dada en fideicomiso es inembargable mientras la posee el fiduciario (arts. 1618 N° 8 del Código Civil y 445 N° 14 del Código de Procedimiento Civil).

- e) *El fiduciario tiene la "libre administración" de las especies comprendidas en el fideicomiso, y podrá mudar su forma; pero conservando su integridad y valor (art. 758, inc. 1º).*
- f) *El fiduciario tiene derecho a "gozar" de los frutos del fideicomiso (arts. 754 y 790).*

326. OBLIGACIONES DEL PROPIETARIO FIDUCIARIO

- a) *Debe "cuidar" la cosa. Responde de culpa leve. Debe conservar la integridad y el valor de la cosa (art. 758).*
- b) *Debe "hacer inventario solemne" de las cosas que recibe en fideicomiso (arts. 754 y 775).*

No está, sin embargo, obligado a prestar caución de conservación y restitución, sino en virtud de sentencia de juez, que así lo ordene como providencia conservatoria, impetrada en conformidad al artículo 761 (art. 755).

- c) *Cumplida la condición debe "restituir" la cosa al fideicomisario.*

Recordamos que la condición en el fideicomiso no opera con efecto retroactivo, y subsisten los actos que haya ejecutado legalmente el fiduciario mientras la tuvo en su poder.

- d) *Debe "indemnizar" los menoscabos y deterioros que provengan de su hecho o culpa (art. 758, inc. 2º).*

327. PAGO DE LAS EXPENSAS

Para determinar quién *soporta*, en definitiva, las expensas que haya que hacer en el fideicomiso, hay que distinguir si se trata de expensas necesarias, ordinarias o extraordinarias; o de expensas no necesarias, útiles o voluptuarias.

Todas las expensas, mientras la cosa está en poder del fiduciario las *paga* él.

El art. 754 relativo a esta materia establece que el propietario fiduciario tiene sobre las especies que puede ser obligado a restituir, los derechos y cargos del usufructuario, con las modificaciones que en los siguientes artículos se expresan.

- a) *Expensas necesarias ordinarias de conservación y cultivo.*

Son los gastos indispensables de conservación y cultivo necesarios para hacer producir la cosa.

Como el fiduciario goza de los frutos, él debe hacer las referidas expensas sin que pueda exigir nada al fideicomisario (arts. 754 y 795).

Entre estas expensas necesarias ordinarias podemos incluir las pensiones, cánones y en general las cargas periódicas con que de antemano haya sido gravado el fideicomiso y que se devenguen antes de cumplirse la condición (arts. 754 y 796 inc. 1º).

También pueden considerarse expensas necesarias ordinarias y debe pagarlas el fiduciario los impuestos periódicos fiscales y municipales que graven el fideicomiso antes de cumplirse la condición (art. 796, inc. 2º).

- b) *Expensas necesarias extraordinarias.*

Se llaman también obras o refacciones necesarias mayores, y son las que ocurren por una vez o a largos intervalos de tiempo, y que conciernen a la conservación y permanente utilidad de la cosa (art. 798).

Son de cuenta del fiduciario pero como también van a beneficiar al fideicomisario, llegado el caso de la restitución, tendrá derecho a que previamente se le reembolsen por el fideicomisario dichas expensas, reducidas a lo que con mediana inteligencia y cuidado debieron costar, y con las rebajas que van a expresarse:

- 1º Si se han invertido en obras materiales, como diques, puentes, paredes, no se le reembolsarán en razón de estas obras, sino lo que valgan al tiempo de la restitución;

2º Si se han invertido en objetos inmateriales, como el pago de una hipoteca, o las costas de un pleito que no hubiera podido dejar de sostenerse sin comprometer los derechos del fideicomisario, se rebajará de lo que hayan costado estos objetos una vigésima parte por cada año de los que desde entonces hubieran transcurrido hasta el día de la restitución; y si hubieran transcurrido más de veinte nada se deberá por esta causa (art. 756).

Hacemos presente que la parte final del artículo citado no tiene aplicación pues la condición no puede tardar más de cinco años en cumplirse (art. 739), salvo que sea la muerte del fiduciario la referida condición.

Ejemplo de expensa necesaria extraordinaria de conservación sería cambiar el techo de una casa, hacer una pared.

Ejemplo de expensa necesaria ordinaria de conservación sería pintar los troncos de los árboles con cal para evitar infecciones.

En ambos ejemplos se trata de la conservación de la cosa y se trata de gastos necesarios, pero el primero sucede a grandes intervalos y el segundo es periódico.

c) *Expensas útiles y voluptuarias.*

Expensas útiles son las que no siendo necesarias aumentan el valor venal de la cosa (art. 909, inc. 2º).

Expensas voluptuarias son las que consisten en objetos de lujo y recreo, y generalmente aquellas que no aumentan el valor venal de la cosa, en el mercado general, o sólo lo aumentan en una proporción insignificante (art. 911, inc. 2º).

En cuanto a estas mejoras útiles o voluptuarias el fiduciario no tendrá derecho a reclamar cosa alguna al fideicomisario, salvo en cuanto lo haya pactado con él.

Sin embargo, puede oponer en compensación el aumento de valor que las mejoras hayan producido en las especies, hasta concurrencia de la indemnización que debiere (art. 759).

Creemos que, además, el fiduciario puede retirar los materiales de las mejoras, útiles y voluptuarias, que pueda separar sin detrimento de la cosa, si el fideicomisario no se allana a pagarle el valor que tendrían los materiales una vez separados de la cosa (arts. 754 y 801). (111)

328. DERECHOS DE RETENCIÓN DEL FIDUCIARIO

De acuerdo a los arts. 754 y 800, el fiduciario podrá retener el fideicomiso hasta el pago de los reembolsos e indemnizaciones a que es obligado el fideicomisario.

329. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDEICOMISARIO

330. DERECHOS DEL FIDEICOMISARIO

El fideicomisario, mientras pende la condición, no tiene derecho alguno sobre el fideicomiso, sino la simple expectativa de adquirirlo (art. 761, inc. 1º).

Pero como todo acreedor condicional (art. 1492) tiene un germen de derecho que le permite realizar ciertos actos.

- a) *Puede vender su expectativa.* Si se pueden vender las cosas que no existen pero se espera que existan, con mayor razón puede venderse la expectativa del fideicomisario. Se trataría de una compraventa aleatoria (art. 1813). (112)
- b) *Puede impetrar las providencias conservativas que le convengan.* Ello cuando la propiedad pareciere peligrar o deteriorarse en manos del fiduciario (art. 761, inc. 2º).

Entre esas medidas está la de que el fiduciario rinda caución (art. 755).

(111) C. Santiago, 27 noviembre 1886, G. 1886, T. II, Nº 3671, pág. 2350.

(112) C. S., 10 enero 1918, G. 1918, 1ª sem., T. 16, pág. 59.

Tendrán el mismo derecho los ascendientes legítimos del fideicomisario que todavía no existe y cuya existencia se espera; los personeros de las corporaciones y fundaciones interesadas; y el defensor de obras pías, si el fideicomiso fuere a favor de un establecimiento de beneficencia (art. 761, inc. 3°). Se trata, en el caso de los ascendientes, de una representación legal para ese efecto.

c) *Tiene derecho a ser oído cuando el fiduciario quiera gravar la cosa.* Si no es oído o no lo son personas a que se refiere el art. 761, el gravamen no es nulo pero es inoponible al fideicomisario (art. 757).

d) *Tiene derecho a reclamar la cosa una vez cumplida la condición.*

e) *Tiene derecho a cobrar perjuicios por los menoscabos o deterioros que provengan del hecho o culpa del fiduciario* (art. 758, inc. 2°).

331. OBLIGACIONES DEL FIDEICOMISARIO

El fideicomisario debe reembolsar las expensas necesarias extraordinarias de acuerdo con lo previsto en el art. 756.

332. MUERTE DEL FIDEICOMISARIO ANTES DE CUMPLIRSE LA CONDICIÓN

Ya vimos que de acuerdo al art. 738, el fideicomiso supone siempre la condición expresa o tácita de existir el fideicomisario, o su substituto, a la época de la restitución.

Concordante con esa disposición, el art. 762 establece que el fideicomisario que fallece antes de la restitución, no transmite por testamento o abintestato derecho alguno sobre el fideicomiso, ni aun la simple expectativa, que pasa ipso jure al substituto o substitutos designados por el constituyente, si los hubiere.

333. EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO

El art. 763 señala las causales por las que se extingue el fideicomiso.

a) *Por la restitución.*

Ya sabemos que es la translación de la propiedad al fideicomisario, esto es, a la persona a cuyo favor se ha constituido el fideicomiso (art. 733, inc. final).

b) *Por la resolución del derecho de su autor.*

Como cuando se ha constituido el fideicomiso sobre una cosa que se ha comprado con pacto de retroventa, y se verifica la retroventa.

c) *Por la destrucción de la cosa en que está constituido.*

Ello es conforme lo prevenido en el art. 807 que dispone que el usufructo se extingue por la destrucción completa de la cosa fructuaria; si sólo se destruye una parte, subsiste el usufructo en lo restante.

Creemos que lo dispuesto en el inc. 2° del art. 807 no se aplica al fideicomiso habida consideración a la naturaleza de esta institución. Si se da en fideicomiso un edificio, creemos que subsiste sobre el terreno aunque se destruya el edificio. Naturalmente que si el edificio destruido pertenece a una heredad, el fiduciario conserva su derecho y el fideicomisario su expectativa (art. 807, inc. 3°).

d) *Por la renuncia del fideicomisario.*

Ella debe hacerse antes de la restitución.

Si, conforme al art. 12, pueden renunciarse los derechos, con mayor razón pueden renunciarse las expectativas.

Naturalmente que la renuncia del fideicomisario es sin perjuicio de los derechos de los substitutos. Es decir, el fideicomisario,

cuando hay substitutos, no puede renunciar en favor del fiduciario.

e) Por faltar la condición o no haberse cumplido en tiempo.

Ya estudiamos que toda 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. Estos cinco años se contarán desde la delación de la propiedad fiduciaria (art. 739).

f) Por confundirse la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario.

Por ejemplo, cuando se da algo a una persona bajo la condición de que pase a otra al cumplirse una condición y el fiduciario fallece habiendo dejado como único heredero al fideicomisario.

Sucede lo mismo si el fiduciario compra la expectativa al fideicomisario.

334. TENEDOR FIDUCIARIO

Según el art. 749 si se dispusiere que mientras pende la condición se reserven los frutos para la persona que en virtud de cumplirse o faltar la condición, adquiriera la propiedad absoluta, el que haya de administrar los bienes será un *tenedor fiduciario*, que sólo tendrá las facultades de los curadores de bienes.

Las facultades administrativas de los curadores de bienes están en los arts. 473 y siguientes, particularmente en el art. 487.

Hacemos presente que el artículo que analizamos adolece de un grave error pues dice que la propiedad puede ser adquirida por el fideicomisario en caso de cumplirse o faltar la condición.

La verdad es que cuando falta la condición, el fideicomisario no adquiere la propiedad.

Creemos que Bello quiso referirse al cumplimiento de la condición positiva y de la negativa. Pero es necesario que ambas se cumplan para que el fideicomisario adquiriera la propiedad.

335. FIDUCIARIO CON DERECHO DE GOZAR DE LA PROPIEDAD A SU ARBITRIO

Si por la constitución del fideicomiso se concede expresamente al fiduciario el derecho de gozar de la propiedad a su arbitrio, no será responsable de ningún deterioro (art. 760, inc. 1º).

Creemos que en este caso el fiduciario no es responsable de los menoscabos y deterioros que provengan de su culpa o de su hecho.

Pero estimamos que sería responsable de los deterioros o menoscabos que provengan de su dolo o de su culpa grave y que el fideicomisario puede evitarlos implorando providencias conservativas. La condonación del dolo o de la culpa grave futuras no puede suponerse (arts. 1465 y 44, inc. 1º parte final).

336. FIDEICOMISO DE RESIDUO

Es el que sólo da derecho al fideicomisario para reclamar lo que exista al tiempo de la restitución por haberse concedido al fiduciario la libre disposición de la propiedad (art. 760, inc. 2º).

Hay autores que estiman que si las enajenaciones no se hacen en beneficio del fiduciario sino sólo para perjudicar al fideicomisario, éste tendrá derecho a cobrar perjuicios. (113)

En el fideicomiso de residuo, si el fiduciario enajena a título oneroso la propiedad, el fideicomisario no tiene derecho a reclamar lo que se le haya dado. El Proyecto de 1855 así lo establecía en el art. 907 pero fue suprimido en el código.

(113) Ver Vodanovic, Antonio, ob. cit., pág. 627.

337. LAS SUBSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS

Los fideicomisos se llaman también substitutiones, substitutiones fideicomisarias.

Según Claro Solar,

“substitución es en general el llamamiento o designación de una persona para que ocupe el lugar de otra que no acepta la liberalidad, o que antes de deferirsele éste llegue a faltar por fallecimiento o por otra causa que extingan su derecho eventual. Cuando el llamamiento de la persona que debe ocupar el lugar de ésta se halle sujeta a una condición, se dice que la substitución es fideicomisaria; en los demás casos la substitución es vulgar”. (114)

Por eso es que el art. 1164 dice que substitución fideicomisaria es aquélla en que se llama a un fideicomisario, que en el evento de una condición se hace dueño absoluto de lo que otra persona poseía en propiedad fiduciaria.

Y agrega que la substitución fideicomisaria se regla por lo dispuesto en el título “De la propiedad fiduciaria”.

(114) Claro Solar, Luis, ob. cit., T. 8, N° 907.

CAPÍTULO XIII

EL USUFRUCTO

338. GENERALIDADES

Normalmente el dueño de una cosa ejerce, como una facultad del dominio, el derecho de goce sobre esa cosa.

Sin embargo, ese derecho de goce puede, a veces, pertenecer a terceros.

El derecho de goce de los terceros puede emanar de un derecho personal, como en el arrendamiento, o puede ser un derecho real, como el usufructo.

A su vez, el derecho de goce de los terceros puede recaer sobre todos los frutos (usufructo) o sobre una parte limitada de ellos (uso).

Los derechos reales de goce, esto es, el usufructo, el uso y la habitación son los que en el Derecho Romano constituían las “servidumbres personales” ya que eran gravámenes impuestos en favor de las personas y no de los predios. La denominación de “servidumbres personales” fue suprimida en el código.

339. CONCEPTO

El derecho de usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y substancia,

y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible (art. 764).

Cuando el usufructo recae en cosas no fungibles se llama usufructo o usufructo propiamente dicho; cuando recae en cosas fungibles, se llama cuasiusufructo.

340. PERSONAS Y DERECHOS QUE SE DISTINGUEN EN EL USUFRUCTO

En el usufructo, necesariamente, hay dos personas, el nudo propietario, que estando despojado de las facultades de usar y gozar de la cosa, conserva la facultad de disposición; y el usufructuario, que tiene las facultades de uso y goce de la cosa (art. 765).

Además de las personas mencionadas puede existir el constituyente, si el usufructo se da a una persona y a otra la nuda propiedad. Si el dueño de la cosa le da en usufructo a otra, se confunden el constituyente y el nudo propietario.

Consecuencia de lo dicho es que en el usufructo concurren dos derechos, el del nudo propietario, que es la nuda propiedad, y el del usufructuario.

El usufructuario es mero tenedor de la cosa (arts. 714 y 725).

Sin embargo, es dueño de su derecho de usufructo (art. 583). Por eso puede reivindicarlo (art. 891).

341. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE USUFRUCTO

- a) Es un derecho *real* (arts. 577 y 764);
- b) Es un derecho *de goce*. El usufructuario ejerce las facultades de uso y goce que da el dominio. El usufructuario se hace dueño de los frutos naturales y civiles que produzca la cosa;
- c) En un derecho *limitado y limitativo* del dominio. Es una *limitación* del dominio (art. 732 N° 2).