

POTESTADES DE ADMINISTRACIÓN Y DEBERES FIDUCIARIOS

Un enfoque analítico de los deberes asociados a la administración de un patrimonio ajeno

Diego G. Pardow L.

§1. Introducción

De acuerdo con ZWEIGERT y KÖTZ¹, todos los sistemas legales enfrentan esencialmente los mismos problemas, y aunque los métodos que utilicen para resolverlos pueden ser diferentes las soluciones a que llegan suelen ser similares. En Chile, la jurisprudencia reciente relativa a los problemas de gobierno corporativo en las sociedades anónimas ha denotado un interés creciente de la comunidad jurídica por establecer un esquema que permita regular las relaciones entre los accionistas y los administradores de una compañía.

Para ello, buena parte de la doctrina nacional recurre a la noción de *relación fiduciaria*², una antigua categoría dogmática ampliamente desarrollada en los sistemas legales del *common law*. Sobre el particular, si bien los fundamentos de esta doctrina pueden encontrarse implícitos en diversas instituciones reconocidas por el

* Para las referencias al Digesto se utilizó la edición de D'ORS en Arazandi, Pamplona, 1968; para las Pandectas la edición de POTHIER en Dondey-Dupré, París, 1818; para Gayo la edición de las Institutas de SAMPER en Editorial Jurídica, Santiago, 2000; para Polibio la edición de la Historia de BALASCH en Gredos, Madrid, 1981; y, para el Restatement la edición del American Law Institute, Saint Paul, 1981.

¹ ZWEIGERT y KÖTZ, *Introducción al Derecho Comparado*, Oxford University Press, Ciudad de Méjico, 2001, p. 39.

² Ver por ejemplo, CAREY, *De la sociedad anónima y la responsabilidad civil de los directores* (2ª Edición), Editorial Universitaria, Santiago, 1993, pp. 137 y ss.; ROMERO y DÍAZ, **La acción de responsabilidad civil del art. 133 bis de la Ley de Sociedades Anónimas**, en *Revista de derecho y jurisprudencia*, t. 99, N°3, 2002; y, ZEGERS y ARTEAGA, **Interés social, deber de lealtad de los directores y conflictos de interés en empresas multinacionales: Un análisis comparado con la regulación de los Estados Unidos de Norteamérica**, en *Revista Chilena de Derecho* (U. Católica de Chile), vol. 31 N°2, 2004.

derecho chileno, al construir el esquema legal aplicable sobre la base de características privativas de la sociedad anónima las soluciones que entrega se presentan en un lenguaje extraño y lejano.

Desde una perspectiva analítica, los problemas asociados al gobierno de una sociedad anónima lejos de ser exclusivos de esta institución son similares a los que presentan todos los esquemas de gestión donde una persona administra un patrimonio ajeno en beneficio del dueño. Como puede apreciarse, bajo esta denominación se agrupa un conjunto bastante heterogéneo de relaciones jurídicas como las guardas, el mandato, la gestión de una empresa o la de un sindicato.

Desde una perspectiva histórica, la noción de la *relación fiduciaria* lejos de ser la única categoría dogmática que permite abordar estos problemas es bastante semejante a la que propone la doctrina de los *derechos subjetivos* para las potestades de administración. Como suele suceder, el origen de todas estas reglas se encuentra en el *derecho romano* y un estudio de su evolución permite extraer los principios de justicia correctiva que subyacen a su formulación.

§2. Origen de la noción sobre relaciones fiduciarias

De acuerdo con GARRIGUES³, el origen de la noción sobre relaciones fiduciarias se encuentra en la antigua institución romana de la *mancipatio fiduciae causa*, un tipo de transferencia donde el aceptante no debía tener o guardar para sí el patrimonio o cosa que adquiriría, sino que debía utilizarla para cumplir una función convenida por las partes. En el derecho romano, la *mancipatio* constituía un modo de adquirir formal y abstracto que cumplía una finalidad típica de intercambio. Para realizar la transferencia de un

³ GARRIGUES, *Negocios fiduciarios en el derecho mercantil* (2ª Edición), Civitas, Madrid, 1981, p. 16.

bien valioso (*res mancipi*), era necesario ejecutar un rito conocido como *nuncupatio* donde se representaba una venta imaginaria mediante dos actos sucesivos, el de entrega real o ficticia de la cosa y el del pago del precio *per aes et libram*.

Atendido que las formalidades eran típicas y excluyentes, cualquier acuerdo mediante el cual las partes quisieran alterar los efectos puros y simples de la venta debía realizarse de manera accesoria. El problema que se generaba al buscar alterar la naturaleza abstracta de la *mancipatio*, radica en que la obligación que servía de causa a la transferencia no podía formar parte del acto y carecía de efectos reales sobre la cosa⁴. Además, aunque una disposición en las XII tablas otorgaba plena libertad de negociación a las partes, la jurisprudencia limitó tempranamente su ámbito de aplicación desechando todas las cláusulas que no cumplieran con la finalidad típica de intercambio. De esta manera, buena parte de los pactos accesorios se encontraban privados de efectos civiles y carecían de una acción típica que permitiera exigir su cumplimiento.

En los *fiducia cum amico contracta* la transferencia buscaba un fin de colaboración sobre la base de la confianza en la persona del adquirente. Así, el cumplimiento de la función descansaba en la buena fe del adversario o en el temor a la infamia que recaía sobre quien faltase a su palabra. Con el tiempo, la justicia del pretor fue remediando esta situación y a partir del imperio de Augusto se reconocieron acciones civiles para las obligaciones nacidas del pacto accesorio⁵.

⁴ Por el contrario, respecto de bienes de menor valía (*res nec mancipi*) pareciera no haber habido impedimentos para incorporar estos pactos accesorios en la tradición (v. IHERING, *El espíritu del derecho romano*, Oxford University Press, Ciudad de Méjico, 2001, p. 624).

⁵ Pandectas 2, 23. En efecto, GAYO incorpora la *actio fiduciae* dentro de su catálogo de acciones de buena fe (IV, § 62, V, ap. XIV, num. V), y además, según PAULO también habría existido una *contraria fiduciae actio* (II, 13, §7).

De acuerdo con V. SAVIGNY⁶, la *fiducia* daba lugar a dos tipos distintos de acciones entre las cuales podía elegir el demandante; por un lado, una acción de buena fe que permitía perseguir la restitución de la cosa; por otro, una *condictio* que buscaba obtener una compensación monetaria. Mientras el fundamento de esta acción de buena fe se encuentra en la infracción a una relación de confianza, la *condictio* busca suplir la pérdida de la acción reivindicatoria frente a una transferencia donde existe *causa data causa non secuta*.

Para poder entender la amplia difusión de que fue objeto la *fiducia*, debe tenerse en cuenta que en el derecho romano la ausencia de un modelo general de representación impedía afectar la cosa a quien se hubiera obligado a cumplir la función⁷. Con todo, la especial relación de confianza entre quienes se encontraban vinculados por un pacto de *fiducia* parece haber sido el elemento determinante en su desarrollo.

De acuerdo con D'ORS⁸, la forma gramatical de esta institución enlaza la confianza (*fiducia*) del mancipante con la credibilidad (*fides*) del accipiente, haciendo patente la intensidad con que opera la buena fe en este pacto. Mientras en las operaciones de intercambio resultaba lícito aprovecharse de las ventajas que se tengan frente a la

⁶ V. SAVIGNY, *Sistema de derecho romano actual*, Comares, Granada, 2005, pp. 1776-1777.

⁷ Si bien existen situaciones donde el derecho romano permitía intervenir en un negocio a través de agentes, como sucedía cuando el *paterfamilias* actuaba por intermedio de los hijos y esclavos sometidos a su autoridad, el principio *alteri stipulari nemo potest* parece haber sido la regla general (KASER, *Derecho romano privado*, Reus, 1998, pp. 343 y ss). Con el paso del tiempo, estas situaciones fueron superándose mediante la extensión por el pretor de las acciones aplicables *adictae qualiatis*. Así por ejemplo, mientras la *actio quod iussu* regulaba las situaciones donde existía un acto expreso de apoderamiento (Digesto 15, 4), la *actio exercitoria* permitía condenar solidariamente al dueño del barco por las deudas derivadas de contratos celebrados por el capitán durante su administración (Digesto 14, 1).

⁸ D'ORS, *Derecho privado romano* (9ª Edición), Universidad de Navarra, Pamplona, 1997, p. 528.

contraparte, el principio de cooperación que se realiza en la *fiducia* exige no solamente cumplir con la palabra empeñada, sino mantener respecto a la cosa un comportamiento que responda a la costumbre de la gente honrada.

Según SCHULZ⁹, esta impronta altruista en la administración de un patrimonio ajeno, además de ser motivo de orgullo entre los romanos constituye uno de los principios rectores de su sistema legal. Así, según expone POLIBIO¹⁰:

“Los que administran bienes entre los griegos no pueden respetar la fe, aunque se le haya confiado un solo talento y aún cuando tengan diez escribas y otros tantos sellos y dos veces tantos testimonios. Los romanos, en cambio, que como magistrados y como legados manejan grandes sumas, permanecen honestos”.

Por último y más allá de la notable coincidencia terminológica, debe tenerse en cuenta que los principios de justicia que subyacen al régimen de acciones aplicable a la *fiducia* pueden también encontrarse en muchas otras instituciones romanas¹¹. Según ZIMMERMANN¹², el derecho romano establecía reglas similares en todos los casos donde una persona se presentaba frente a terceros resguardando los intereses de otro (*domini loco*).

En esta situación se encontraba tanto el *procurator ad litem* como el tutor. Así también, la mujer que reclamaba un incumplimiento de los deberes de su marido al administrar una dote constituida por ella misma, podía optar entre una *condictio* y la *actio rei uxoriae*,

⁹ SCHULZ, *Principios del derecho romano*, Civitas, Madrid, 2000, p. 248.

¹⁰ Polibio 6, 56.

¹¹ De hecho, pareciera que en muchos casos el mandato suplantaba a la *fiducia* (Digesto 17, 1, 30).

¹² ZIMMERMANN, *The law of obligations*, Oxford University Press, New York, 1996, pp. 50-51.

una acción de buena fe. Del mismo modo, este régimen también se habría extendido al administrador del patrimonio de una sociedad, cuando a partir de una innovación introducida por Servio Sulpicio Rufo, se le permitió incorporarse como socio industrial sin participar de las pérdidas a que diera lugar su gestión¹³.

§3. Desarrollo de las relaciones fiduciarias en el *common law*

El abandono de las formas solemnes produjo un creciente desuso de la *fiducia*, D'ORS¹⁴ señala que para la época de GAYO la utilización de esta institución era poco frecuente y su denominación solo se mantuvo para designar una modalidad de enajenación. Paralelamente, el derecho romano vulgar introdujo cambios considerables para avanzar hacia un reconocimiento general de la representación utilizando la figura del mandato¹⁵. Sin embargo, las transformaciones que trajo consigo el ocaso del imperio, lejos de sepultar los principios de justicia implícitos en la *fiducia* acentuaron las circunstancias que motivaron su nacimiento.

La necesidad de expandir el comercio durante la edad media propició el florecimiento de esquemas de gestión donde una persona debía administrar un patrimonio ajeno en beneficio del dueño. Así por ejemplo, durante el siglo XI surgió en Inglaterra un acuerdo típico destinado a movilizar el capital necesario para realizar comercio de ultramar a grandes distancias. En la *commenda*, uno de los socios (*stans*) aportaba el capital quedándose en su patria y el otro se encargaba de realizar el viaje (*tractator*), dividiéndose a su regreso los beneficios.

Según BERMAN¹⁶, el desarrollo de esta institución demuestra

¹³ Digesto 17, 2, 29, 1.

¹⁴ D'ORS, *Op. cit.*, p. 528, nota 5.

¹⁵ ZIMMERMANN, *Op. cit.*, p. 54.

¹⁶ BERMAN, *La formación de la tradición jurídica de occidente*, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 1996, pp. 349 y ss.

una intención de separarse del modelo romano de *societas*, donde se exigía a los socios comprometer todo su interés de negocios en el giro de la compañía, hacia formas empresariales que permitieran afectar un patrimonio determinado al cumplimiento de una función y limitar los riesgos derivados su actividad comercial. Cabe destacar que el riesgo que corría en estos casos el socio pasivo, posición generalmente ocupada por viudas, huérfanos u otras personas sin experiencia en los negocios, motivó que las doctrinas canonistas exigieran acentuar los deberes de buena fe del *tractator*.

Con todo, la noción de relación fiduciaria no se presenta solamente en relaciones jurídicas asociadas al nacimiento del derecho mercantil, sino que se encuentra incrustada en la organización económica de la sociedad medieval. De acuerdo con HOLMES¹⁷, bajo el sistema feudal la tenencia de un inmueble era solo un accidente dentro de una compleja relación personal y la tierra se perdía por el incumplimiento de prestar los servicios para los cuales se había entregado. Así, en tiempos de Enrique VIII se decía que:

“donde haya un uso de la tierra (*trust*), es requisito que existan dos cosas, confianza y relación de partes con interés común¹⁸,”

En Inglaterra, la importancia de la organización feudal durante la época formativa de su sistema legal motivó un temprano desarrollo de la noción de relación fiduciaria. De manera análoga a lo que sucedía en el derecho romano, el origen de estas reglas no se encuentra en una disposición legal específica sino en usos y costumbres que fueron siendo paulatinamente reconocidos por la actividad de un funcionario judicial. Según GAUTREAU¹⁹, la rigidez y formalismo de los

¹⁷ HOLMES, *The common law*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1964, p. 305.

¹⁸ *Ídem*, p. 349.

¹⁹ GAUTREAU, **Demystifying the Fiduciary Mystique**, en *Canadian Bar Review*, N°68, 1989, p. 1.

procedimientos ante tribunales reales, hizo necesaria la intervención del Lord Canciller incorporando esta institución de equidad para ‘evitar que quienes se encuentren en una posición de poder abusen de su autoridad’.

Una vez que el sistema feudal dejó de aplicarse, el desarrollo de la noción de *relación fiduciaria* siguió produciéndose caso a caso y mediante analogía, extendiendo las reglas que regulaban el uso de la tierra a todas las relaciones representativas, y en general, a todos los casos donde a una persona se le otorgaba una potestad para utilizarla en beneficio de otra. Respecto de la administración de una empresa, antes de 1844 las compañías inglesas no se encontraban dotadas de personalidad jurídica y el aporte de los socios se realizaba por medio de un *trust* en favor de los administradores. De acuerdo con GOWER²⁰, si bien este formato de negocios fue abandonado para dar paso a la sociedad anónima, los tribunales mantuvieron respecto de sus administradores similares deberes a los que obligaban al *trustee* a gestionar el fondo común en beneficio de los constituyentes.

En general, dentro de los sistemas legales del *common law* cuando una persona está sometida a una *relación fiduciaria* debe responder del cumplimiento de dos tipos de deberes distintos. Mientras los *deberes de cuidado* obligan a que la forma de administrar el patrimonio sometido a su control se ajuste a ciertos criterios de prudencia, los *deberes de lealtad* exigen que la finalidad de satisfacer el interés del dueño gobierne en todo momento su toma de decisiones. Si bien esta distinción tiene un innegable sentido práctico, es precisamente la doble regulación de que es objeto la conducta del *fiduciario* lo que produce mayores dificultades interpretativas.

De acuerdo con SHEPHERD²¹, la presencia de deberes de lealtad representa la médula de las *relaciones fiduciarias* y constituye su

²⁰ GOWER, *Modern Company Law* (4ª Edición), Sweet & Maxwell, Londres, 1992, p. 550.

²¹ SHEPHERD, *Law of fiduciaries*, Carswell, Toronto, 1981, p. 48.

principal elemento característico. No obstante, ello no implica un juicio respecto de la naturaleza más o menos fiduciaria de los deberes de cuidado o respecto de la intensidad con que operan ambos deberes para determinar el estándar de conducta exigible. Lo que sucede, es que la fórmula procesal en que son amparadas este tipo de relaciones resulta es bastante curiosa y dificulta su incorporación en un sistema legal de derecho civil.

Desde sus orígenes, en los casos que trataban sobre infracciones a *deberes fiduciarios* el Lord Canciller otorgaba una acción atípica para el caso concreto (*action on the case*), distinta de las acciones por delitos civiles o por responsabilidad contractual que también podían resultar procedentes en atención al contexto de la relación. Atendido que la protección mediante acciones atípicas involucraba muchas veces un problema político de distribución de competencias, para que el Canciller procediera de esta manera resultaba necesario convencerlo de que los elementos diferenciales del caso propuesto justificaban un amparo judicial singular²².

De esta manera, como la naturaleza fiduciaria de los deberes de cuidado parecía no ser motivo suficiente para separarse del sistema general aplicable a contratos y delitos civiles, los abogados del *common law* desarrollaron la práctica de argumentar sobre la base del altruismo y honestidad implícito en los deberes de lealtad para poder enjuiciar el caso conforme a los principios de equidad que resultan aplicables a las acciones atípicas. Hoy en día, la protección judicial de las *relaciones fiduciarias* sigue realizándose a través de un sistema de acciones diferente al de contratos y delitos civiles. En efecto, en la

²² El Canciller era un funcionario nombrado por el Rey, por ello la emisión de una acción atípica implicaba invadir la competencia normativa de los barones. Atendido lo anterior, en el año 1285 se publicó la *Ley de Westminster II*, a través de la cual se limitaron los poderes del Canciller para otorgar acciones atípicas sólo en los casos donde los hechos de la causa estuvieran *in consimili casu* con una acción existente, obligando a remitir al parlamento las situaciones que generaban duda o controversia (ZWEIGERT Y KÖTZ, *Op. cit.*, p. 197).

formulación del deber de lealtad existe un fuerte componente ético que se expresa en un célebre fallo del juez CARDOZO²³:

“[...] muchos de los tipos de conducta normalmente permitidas para aquellos que realizan operaciones de una manera directa e independiente (*arm's length*), se encuentran prohibidos para aquellos sometidos a una relación fiduciaria. Un fiduciario se encuentra sometido a reglas más estrictas que las que establecen la costumbre o la ética del mercado. No solo debe ser simplemente honesto, sino que la honestidad en su punto más sensible debe ser su estándar de comportamiento”.

Sin embargo, la rigurosidad con que los tribunales norteamericanos sancionan las infracciones a deberes de lealtad no se debe a su *naturaleza fiduciaria* sino a la discrecionalidad de la *función* encomendada a los administradores de una sociedad comercial. CLARK²⁴ señala que como una manera de proteger la libertad de empresa y garantizar autonomía en la gestión, las reglas por infracción a deberes de cuidado se formulan negativamente. Así, las exigencias respecto de la conducta tienden a ser mayores frente a la presencia de una infracción a los deberes de lealtad que frente a una infracción a los deberes de cuidado, en atención a que se presume que el administrador de una compañía no es negligente cuando actúa en beneficio de la sociedad. No obstante, fuera del ámbito empresarial esta doctrina denominada *business judgment rule* resulta improcedente.

§4. Desarrollo de las relaciones fiduciarias en el derecho civil

WIEACKER²⁵ señala que para poder entender la evolución del

²³ Citado en, PINTO Y BRANSON, *Understanding Corporate Law* (2ª Edición), LexisNexis, Danvers, 2004, p. 222.

²⁴ CLARK, *Corporate Law*, Aspen Law & Business, Nueva York, 1986, p. 123.

²⁵ WIEACKER, *Historia del derecho privado de la edad moderna*, Comares, Granada,

derecho privado debe tenerse en cuenta que sus reglas no sólo son manifestación innata e inconsciente de la vida de un pueblo, sino sobre todo, expresión de procesos espirituales educativos e intuitivos. Pues bien, si lo anterior resulta ser cierto, la distinta manera en que los sistemas del *common law* y de *derecho civil* recibieron las reglas romanas de la *fiducia*, demuestra lo antónima que puede llegar a ser su manera de aproximarse a un problema jurídico.

Mientras los sistemas legales del *common law* extrajeron el sentido práctico de la *fiducia*, extendiendo su ámbito de aplicación en una categoría rica en sustancia y de contornos imprecisos; los sistemas legales de derecho civil redujeron el modelo romano a su importancia sistemática, analizándolo principalmente como una forma de simulación. De acuerdo con FERRARA²⁶, la principal virtud del *negocio fiduciario* se encontraría en su aptitud para demostrar la teoría del doble efecto, donde mientras con un *contrato real positivo* se transmitía la propiedad, con un *contrato obligatorio negativo* se materializaba el deber de utilizar la cosa para cumplir una función determinada.

Sin embargo, en un mundo donde las solemnidades son excepcionales y existe un modelo general de representación, el *negocio fiduciario* aparece como una institución exótica y sin mucha relevancia práctica. Es por ello que esta institución es relativamente desconocida en países como el nuestro, e incluso en lugares donde existen numerosos estudios sobre el tema su desarrollo jurisprudencial es bastante escaso²⁷. De esta manera, para encontrar un marco

2000, p. 69.

²⁶ FERRARA, *La simulación en los negocios jurídicos*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1931, p. 148. La teoría del doble efecto ha sido objeto de varias revisiones crítica, quizás la de cita más recurrente sea la de DE CASTRO, quién sostiene que la *causa fiduciae* no podía dar lugar a un contrato, sino que debía ser entendida como una carga personal que disminuía el beneficio del adquirente (DE CASTRO, *El negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 1967, pp. 379 y ss).

²⁷ DIEZ-PICAZO, *Sistema de derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1998, t. I, pp. 531 y ss.

conceptual que permita resolver los problemas que acarrea la administración de un patrimonio ajeno, resulta más provechoso dejar de lado por un momento la similitud terminológica y buscar en otro sitio.

Según BARROS²⁸, al desarrollar la doctrina de los derechos subjetivos los sistemas legales continentales buscaron remediar una necesidad histórica, al volver a mirar los problemas de la vida en sociedad desde la perspectiva práctica de las acciones que amparan una situación concreta. Atendido lo anterior, no es casualidad que sea precisamente en el marco conceptual de esa doctrina donde se incorpora una categoría dogmática que agrupa las situaciones donde alguien administra un patrimonio ajeno en beneficio del dueño, con un ámbito de aplicación suficientemente amplio y con propuestas de soluciones complementarias.

En la doctrina de los derechos subjetivos, existe una categoría específica denominada *derechos-función* donde los límites de su ejercicio derivan de que no están establecidos en beneficio del titular sino de otra persona²⁹. Bajo esta categoría suelen incorporarse las

²⁸ BARROS, **Límites de los derechos subjetivos privados**, *Revista de Derecho y Humanidades* (U. de Chile), N°7, Nov. 1999, p. 3. Para una revisión del contexto histórico en que se produjo el desarrollo de la doctrina de los derechos subjetivos, WIEAKER, *Op. cit.*, pp. 246 y ss.; y, VILLEY, *Estudios en torno a la Noción de Derecho Subjetivo*, U. de Valparaíso, Valparaíso, 1976, pp. 149 y ss.

²⁹ La denominación de esta categoría es un aspecto fuertemente debatido y su fórmula original ha sido objeto de numerosas revisiones sistemáticas. Así por ejemplo, KRAMER sostiene que los derechos función no serían propiamente 'derechos' sino solo potestades. Como remarca en una referencia, "nadie puede tener nunca un derecho para hacer algo; solamente se puede tener un derecho para que otra persona haga algo o se abstenga de hacerlo; en otras palabras, cualquier derecho en sentido estricto se refiere a la conducta de otro" (KRAMER, *A debate over rights*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, pp. 8 y ss). En contra DABIN, quien señala que la naturaleza jurídica de los derechos-función depende de una aproximación teórica; bajo una perspectiva del derecho como *interés*, el titular carece de interés personal para realizar la función y el derecho resulta desprovisto de contenido; al contrario, bajo una perspectiva del derecho como *voluntad* al realizar la función se realiza un poder de

guardas, la autoridad paterna, la administración de una sociedad conyugal o de una empresa, y en general, las mismas instituciones que se incluyen dentro de las *relaciones fiduciarias* en el *common law*. De acuerdo con v. THUR³⁰, la principal característica de estos derechos radica en ser *potestativos* y *funcionales*; son potestativos porque confieren competencias para intervenir en la esfera de interés de una persona distinta del titular; y, son funcionales porque el destino asignado al patrimonio del principal define materialmente el ámbito legítimo para el ejercicio de la potestad.

Según DABIN³¹, en esta categoría los derechos subjetivos toman el aspecto de una competencia y su noción de pertenencia se realiza porque el titular de la potestad se encuentra obligado a *tratar como suyos* los intereses que administra, pero al mismo tiempo, tiene prohibido *tratarlos para sí*. La relación que guardan estas ideas con la noción de *relación fiduciaria*, puede apreciarse en una antigua sentencia alemana citada por LARENZ³²:

“[...] existe *relación fiduciaria* cuando el *fiduciante* confía en administración al *fiduciario* un objeto de su patrimonio de forma que debe ejercitar en nombre propio el derecho transmitido, pero no en su propio beneficio.”

De manera análoga a lo que sucede con los deberes de cuidado y de lealtad en la doctrina de las *relaciones fiduciarias*, la doctrina de los *derechos subjetivos* somete a quien se encuentra obligado al cumplimiento de una función a una doble regulación de su conducta. En primer lugar, el ejercicio de una potestad resulta ilícito cuando

voluntad que justifica su amparo como derecho subjetivo (DABIN, *El Derecho Subjetivo*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp. 286 y ss.).

³⁰ v. THUR, *Tratado de las obligaciones*. Reus, Madrid, 1999, §2 *passim*.

³¹ DABIN, *Op. cit.*, pp. 271 y ss.

³² LARENZ, *Derecho Civil Parte General*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, p. 764 -mis cursivas-.

existe *carencia* o cuando se realiza un *uso defectuoso*; en ambas situaciones, el nivel de discrecionalidad es función negativa de la intensidad con que opera el control de su ejercicio.

Enseguida, también resulta ilícito el ejercicio de una potestad cada vez que el titular pone al servicio de un fin distinto al de su función el margen de libertad o discreción que se le ha otorgado; sin salirse del marco formal de su derecho, el titular realiza una *desviación de poder*. Como puede apreciarse, tanto el enfoque de las *relaciones fiduciarias* y como el de los *derechos subjetivos* proponen un esquema de análisis bastante semejante en sustancia, y hasta cierto punto complementario. La relativa mayor difusión de que ha sido objeto en Chile la primera de estas doctrinas seguramente es consecuencia de las razones que señala TAPIA para la expansión del *common law*³³.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que existe un aspecto donde el ámbito de aplicación de las doctrinas expuestas se divorcia. Así, mientras el enfoque de las *relaciones fiduciarias* incorpora dentro de su explicación prácticamente todos los tipos de *relaciones profesionales*, como por ejemplo las que se producen entre *abogado-cliente* o *médico-paciente*; el enfoque de los *derechos subjetivos* tiende a excluirlas, atendido que antes de materializarse en una relación jurídica específica no existiría una persona determinada como beneficiario de la función. En el derecho chileno, la actitud de la jurisprudencia pareciera inclinarse hacia esta última postura al incorporar las *aptitudes profesionales* como un elemento implícito de los contratos o dentro de la culpa extracontractual cuando se reúnen ciertas características personales típicas³⁴

³³ TAPIA, *Código Civil 1855-2005*, Editorial Jurídica, Santiago, 2005, pp. 357-362, quién vincula la expansión del *common law* a la creciente influencia política de los Estados Unidos y a un cierto prejuicio relativo a que las instituciones provenientes de ese sistema legal presentarían ciertas ventajas en el ámbito de la eficiencia.

³⁴ BARROS, *Tratado de responsabilidad civil*, Editorial Jurídica, Santiago, 2006, §50 (a). No obstante, existe una tendencia entre los colegios profesionales a incorporar la noción de *relación fiduciaria* dentro de sus normas de ética paritaria; ver por ejemplo,

§5. La función como criterio de calificación en las relaciones fiduciarias

En una célebre metáfora, v. IHERING³⁵ señala que la forma es para los actos jurídicos lo que es el cuño para la moneda. De acuerdo con lo anterior y según lo expuesto, el método con que las *relaciones fiduciarias* y los *derechos-función* describen su objeto de estudio, vendría siendo el cuño de la cara y el sello de una misma moneda. Por ello, para poder valorar apropiadamente el problema subyacente a estas doctrinas, debe definirse cuál es el parámetro que permite comparar las distintas relaciones jurídicas donde se presenta.

Según DIEZ-PICAZO³⁶, el fundamento de una relación representativa se encuentra en el elemento fiduciario con confianza recíproca y mutua entre las partes. No obstante, la representación no es un criterio concluyente toda vez que el principio *fiduciario* también se encuentra presente en relaciones jurídicas donde el administrador carece de poderes de representación. Así por ejemplo, mientras en las guardas el cargo lleva asociada la representación legal del pupilo, en el mandato esta modalidad es un elemento de la naturaleza y en las sociedades anónimas es la propia ley la que priva de facultades de representación a los directores individualmente considerados.

Aún más, LARENZ³⁷ señala que la representación no siempre lleva aparejado el deber de proteger los intereses del representante, e incluso en ciertos casos, el representante tiene el deber legar de ejecutar su encargo contraviniendo los intereses del representado.

ORTIZ-POMMIER, *Conflicto de intereses en la relación clínica*. Rev. chil. neuro-psiquiatr., ene. 2004, vol.42, no.1, p.29-36.

³⁵ v. IHERING, *Op. cit.*, p. 599.

³⁶ DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho Privado*, Tecnos, Madrid, 1979, p. 12.

³⁷ LARENZ, *Op. cit.*, p. 761.

Así sucede con el síndico de quiebras, quién representa al mismo tiempo los intereses de la masa de acreedores y del fallido, pero la ley le obliga a ejercer su cargo en beneficio de los primeros aún en contra de la voluntad e intereses del segundo.

STITCHKIN³⁸ destaca que es el riesgo del negocio y no la presencia de poderes de representación lo que constituye el principal elemento de calificación en el mandato, ya que mientras los efectos jurídicos de la gestión pueden o no corresponder al principal, el resultado económico siempre le pertenece. Esta proposición no es sino consecuencia de que a diferencia de la *fiducia* romana, en el derecho moderno el encargo de uno o más negocios no lleva aparejada una transferencia de dominio. De este modo, así como el principal se aprovecha de todos los beneficios que genere la gestión por una extensión de su derecho de dominio, correlativamente debe también soportar las pérdidas porque las cosas perecen para su dueño.

Algo semejante sucede con una *relación fiduciaria*, el criterio concluyente para su calificación viene dado por la presencia de una *función* que al mismo tiempo legitima y limita la intervención del titular de una potestad sobre la esfera de intereses de un tercero beneficiario. Cuando se incorpora una *función* dentro de un esquema de gestión, necesariamente su estructura de distribución de riesgos cambia y como consecuencia se impone al titular el deber de desarrollar la *función* en beneficio del tercero. De acuerdo con RIBAS³⁹, una *función* presenta tres aspectos distintivos; *colaboración, sustitución y legitimación*.

En primer lugar, la *colaboración* constituye la causa y el límite para el desarrollo de una *función*, en cuya virtud el administrador debe desplegar su conducta para promover y defender los intereses

³⁸ STITCHKIN, *El mandato civil*, Editorial Jurídica, Santiago, 1950, p. 59.

³⁹ RIBAS, *Aproximación al estudio del Deber de Lealtad del Administrador de Sociedades*, Tesis Doctoral (U. Autónoma de Barcelona), Barcelona, 2004.

del beneficiario. En este sentido, DABIN⁴⁰ señala que frente al *principio egoísta* que se realiza en la mayoría de los derechos subjetivos, la idea de *función* se inspira en un *principio altruista* que obliga titular de una potestad a anteponer en todo momento a su propio interés el interés del beneficiario⁴¹.

Enseguida, la *sustitución* se presenta en una relación de medio a fin respecto de la *función*, de manera que través del ejercicio de sus potestades el titular debe buscar satisfacer los intereses del beneficiario. Según FLUME⁴², la *sustitución* no implica reemplazar la voluntad del *dominus* sino simplemente ocupar su lugar dentro de los supuestos de hecho de una relación jurídica. Así, el titular de la potestad actúa como depositario de los intereses del beneficiario sustituyéndole en las relaciones jurídicas a que de lugar el desarrollo de la función.

Por último, la *legitimación* es la circunstancia que autoriza la ingerencia del titular dentro de la esfera de interés del beneficiario y permite traspasarle los riesgos del negocio. De acuerdo con V. THUR⁴³, la *legitimación* es la facultad para producir efectos en la

⁴⁰ DABIN, *Op. cit.*, p. 276. De acuerdo con DIEZ-PICAZO, la colaboración se puede realizar en un ámbito jurídico, esto es, para crear o modificar una relación jurídica; o bien, en un ámbito puramente fáctico, en cuyo caso la cooperación tendría el carácter de una mera prestación de servicio (DIEZ-PICAZO, *La representación...*, p. 31).

⁴¹ Un razonamiento similar puede encontrarse en el análisis que suele realizar la doctrina del *common law* para determinar la procedencia del principio de *caveat emtor* (KENT, *Commentaries on American Law* [15ª Edición], Halsted, Nueva York, 1997-2002, V. II, P. V, Lec. XXIX; y, más modernamente, EPSTEIN, *Torts*, Nueva York, Aspen Law & Business, 1999, p. 547-555). Pese a su formulación en latín, debe tenerse en cuenta que la doctrina del *caveat emptor* es propia de los sistemas legales del *common law* y fue adoptada recién a fines del siglo XVIII para responder negativamente a la pregunta de si el contrato de compraventa comprendía una garantía implícita sobre defectos en la cosa vendida (GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford University Press, Oxford, 1991, p. 159).

⁴² FLUME, *El acto jurídico*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pp. 881 y ss.

⁴³ V. THUR, *Op. cit.*, pp. 229 y ss..

esfera de otro sujeto de derecho mediante su voluntad jurídico negocial o para participar en la producción de tales efectos. Con todo, atendido que la función determina el ámbito dentro del cual puede ejercerse una potestad, la *legitimación* no se extiende más allá del alcance material de la relación⁴⁴.

§6. Esquema analítico para las relaciones fiduciarias en el derecho chileno

Generalmente todos los sistemas legales incorporan un número considerable de *potestades de administración* repartidas entre sus distintas áreas temáticas y para cuyo ejercicio suelen imponer *deberes fiduciarios* semejantes. Según lo expuesto, la presencia de una función es el criterio concluyente para poder agrupar distintos tipos de esquemas de gestión dentro de la categoría de relaciones fiduciarias. De acuerdo con DABIN⁴⁵, mientras algunos de estos esquemas de gestión se establecen sobre la base de una cierta cualidad objetiva (patria potestad, herencia, etc.), en otras se designa al titular en razón de sus cualidades personales. Para los efectos de esta ponencia resultan particularmente interesantes los esquemas de gestión que se presentan en tres ámbitos; *autonomía de la voluntad*, *interés superior del menor* e *interés social*.

⁴⁴ Lo señalado respecto del alcance de la *legitimación* es principio bastante asentado en el *common law* para las *relaciones fiduciarias* (ver por ejemplo, Restatement, §874 comentario [a]) y que tiene una de sus manifestaciones más interesantes en la antigua doctrina inglesa del *ultra vires*. Según esta doctrina, una sociedad sólo es persona jurídica dentro del objeto para el cual fue creada y fuera de él no existe; en consecuencia, los actos y contratos que celebre fuera de su objeto son nulos porque no es capaz de obligarse. La doctrina del *ultra vires* perdió importancia después del siglo XIX, porque nuevas leyes autorizaron a las sociedades anónimas para dedicarse a cualquier objeto lícito y se dejaron de lado los intentos de limitar su actividad por razones políticas (GOWER, *Op. cit.*, pp. 166-185; y, para una aproximación desde el derecho nacional, VARGAS, *La Sociedad Anónima en el Derecho Anglonorteamericano*, Editorial Jurídica, Santiago, 1964, pp. 83-88).

⁴⁵ DABIN, *Op. cit.*, p. 290.

En un primer nivel de análisis, cuando el *beneficiario* es capaz de sostener una voluntad propia y autónoma la atribución de competencias es el resultado de una decisión acerca de la forma más conveniente para realizar un negocio. De acuerdo con BARROS⁴⁶, la principal regla que otorga derechos potestativos es la del artículo 1545 del Código Civil que consagra la facultad de los particulares para regular mediante contratos sus relaciones privadas patrimoniales. En estos casos, la función desarrolla el principio de *autonomía de la voluntad* y la *relación fiduciaria* constituye un elemento de calificación e interpretación de la voluntad del beneficiario.

La institución más apropiada para analizar este tipo de función es el *mandato*, donde la mayoría de sus reglas legales operan dispositivamente. Dentro de los límites generales del acto jurídico, las partes son soberanas para determinar concretamente el contenido de la función y pueden incluso alterar su *naturaleza fiduciaria*. Efectivamente y sin perjuicio de los problemas de calificación que genera, el artículo 2152 del Código Civil permite al mandatario asumir todos los riesgos de la gestión al hacerse cargo hasta del caso fortuito asociado al encargo⁴⁷.

De acuerdo con RIPERT y BOULANGER⁴⁸, en contraposición a este tipo de función se encontrarían tanto la representación de los incapaces como la administración del patrimonio de una persona jurídica, ya que en ambos casos los *beneficiarios* de la función se encuentran imposibilitados de sostener una voluntad autónoma e independiente. Mientras que respecto de los incapaces la proposición resulta bastante evidente, en el caso de las personas jurídicas esta

⁴⁶ BARROS, *Límites...*, p. 22.

⁴⁷ STITCHKIN, *Op. cit.*, p. 461.

⁴⁸ RIPERT y BOULANGER (*Tratado de Derecho Civil*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1965, t. 5 [2ª parte], T. IV, V. I, p. 160), quienes señalan que en ambos casos se generaría una *simple representación de intereses* que acentúa los deberes de buena fe del mandatario o representante.

circunstancia deriva de que la naturaleza artificial de su personalidad determina que todos sus actos deban realizarse por intermedio de una persona natural.

Respecto de los primeros, dentro de las relaciones de familia la radicación de la administración del patrimonio en un tercero obedece a una imposibilidad legal por parte del *incapaz* para administrar sus negocios personalmente. En estos casos, la función típicamente desarrolla el principio del *interés superior del menor* y la *relación fiduciaria* se explica como un correlato a la posición de indefensión en que se encuentra un sujeto protegido por el *orden público*.

Así sucede generalmente con las *guardas*, donde la mayoría de sus reglas operan de manera imperativa y establecen deberes específicos para que el titular se preocupe de velar por la conservación del peculio administrado. En general, el Código Civil sujeta a los *guardadores* a numerosas prohibiciones y formalidades habilitantes, les exige colocar el dinero ocioso del pupilo al interés corriente y les obliga a perseguir los créditos inmediatamente que sean exigibles. De esta manera, la propia ley define expresamente la *finalidad* de la función y regula en detalle la *forma* en que debe ser desarrollada, dejando al titular un escaso margen de discreción y autonomía.

Con relación a las *personas jurídicas*, el esquema de gestión de obedece a una intención de crear un patrimonio de afectación que coordine y otorgue estabilidad a sus intereses. Según CARBONNIER⁴⁹, los constituyentes realizan un ejercicio de antropomorfismo intuitivo que introduce a un tercero entre las personas naturales que ocupan el lugar de beneficiario y las personas naturales que actúan como titulares de la potestad. En estos casos, la función desarrolla el principio de *libertad de asociación* y la relación fiduciaria se presenta como un correctivo de justicia que permite *levantar el velo*

⁴⁹ Citado en TAPIA, *Op. cit.* p. 100.

que separa al titular del beneficiario. Con todo, a la hora de examinar en concreto los tipos de *personas jurídicas* el análisis se complica y el esquema general propuesto deja de apuntar hacia una dirección específica.

En primer lugar, mientras en la mayoría de los casos se encuentra entregado a la discreción de los constituyentes dar contenido a la función al acordar los estatutos en ejercicio de su *libertad de asociación*, existen circunstancias donde la ley interviene limitando su libertad al determinar el objeto de la persona jurídica en todo o en parte. Así sucede con las compañías de seguro, los bancos, las administradoras de fondos de pensiones, las bolsas de valores y la mayoría de las empresas públicas. Quizás, la función de una persona jurídica que se encuentra más desarrollada por el legislador sea la de los sindicatos, donde el título I del libro III del Código del Trabajo incorpora un catálogo bastante descriptivo del conjunto de actividades lícitas a que puede dedicarse y entrega reglas específicas respecto de la administración de su patrimonio.

Enseguida, el *velo corporativo* que separa al titular del beneficiario tiene un peso relativo diferente cuando la persona jurídica opera bajo un criterio de unanimidad que cuando lo hace bajo uno de mayoría. En la medida que las decisiones se adoptan por *unanimidad* de los miembros, el esquema de gestión sigue una lógica similar a la del mandato y la relación fiduciaria se expresa en reglas de derecho *dispositivo* que establecen obligaciones de *buena fe* entre los socios. Al contrario, en los casos donde existe un *interés minoritario* que puede ser defraudado durante el desarrollo de la función, la relación fiduciaria suele justificarse como una institución de *orden público* que limita el ejercicio del *principio mayoritario* por parte de los administradores y/o controladores⁵⁰.

⁵⁰ En este sentido, TAPIA, *Op. cit.*, p. 255; y, LYON, *Op. cit.*, p. 68. Esta posición parece haber sido recogida por cierta jurisprudencia administrativa y judicial en materias relativas al gobierno corporativo de sociedades anónimas (ver por ejemplo, SVS, Oficio N° 1425 de 12 de abril de 1985; y, C. Suprema, 23 de marzo de 2004, rol

Por último, la legitimación del beneficiario dentro de la relación fiduciaria cambia radicalmente según si la persona jurídica tiene o no un *fin de lucro*. En el caso de las primeras, la *libertad de asociación* toma la forma del principio de *libertad de empresa* y la relación fiduciaria busca proteger que el desarrollo del *giro de la compañía* este orientado a realizar el *interés social*⁵¹. Respecto de las segundas, los miembros de una asociación sin fines de lucro no tienen siquiera una propiedad indirecta o mediata sobre el patrimonio de la persona jurídica y desde el punto de vista del derecho privado cuesta poder dar contenido a una relación fiduciaria donde los *beneficiarios* carecen de un interés patrimonial en el desarrollo de la *función*.

§7. Problemas y remedios en las relaciones fiduciarias

En general, los principios de justicia correctiva que subyacen al desarrollo comparado de los deberes asociados a una *relación fiduciaria* o al ejercicio de un *derecho-función* pueden encontrarse bajo una denominación diferente en diversas reglas del derecho privado nacional. Así por ejemplo, suele señalarse que todos los administradores de un patrimonio ajeno se encuentran sujetos al deber de llevar y rendir cuentas⁵². Del mismo modo, ABELIUK⁵³ destaca que la cuarta clase de la prelación de créditos agrupa aquellos

2.459-03).

⁵¹ Para un análisis del concepto de interés social en las sociedades anónimas, SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Librairie Sirey, Paris, 1970, pp. 23 y ss.; y, para una aproximación desde el derecho nacional, PELLEGRINI, *Conflicto de Interés en el directorio de una Sociedad Anónima* (Tesis de licenciatura), U. Católica de Chile, Santiago, 2001, p. 54 y ss.

⁵² Ver por ejemplo los artículos 415, 1309, 2080 y 2155 del Código Civil. En general, el deber de llevar y rendir cuentas es de la naturaleza de la relación fiduciaria porque el dueño del patrimonio puede relevar al titular de la potestad de esa obligación. No obstante, cuando el dueño del patrimonio es un sujeto protegido por el orden público, como sucede con el guardador y el albacea, la obligación de rendir cuentas se transforma en irrenunciable.

⁵³ ABELIUK, *Las Obligaciones*, López-Viancos, Santiago, 1970, p. 643.

que tenga el dueño de un patrimonio por la responsabilidad que pueda corresponder al titular de la potestad por el ejercicio de sus facultades de administración.

Desde una perspectiva funcional, todas las relaciones fiduciarias suponen un *problema de agencia*⁵⁴. Cuando una persona se incorpora a una relación de este tipo, entrega un bien valioso para que el titular de la potestad lo utilice en el desarrollo la función, produciéndose una *solución cooperativa* que satisface los intereses del beneficiario. El problema de agencia radica en que la *razonabilidad económica* indica que los *incentivos naturales* del titular serán a descuidar el desarrollo de la función o simplemente a utilizar su posición para obtener un beneficio personal.

Frente a estas circunstancias, la labor normativa del derecho privado consiste en incorporar los remedios legales que permitan proteger las expectativas de confianza que tiene el beneficiario en orden a que su patrimonio será administrado de buena fe. Sin embargo, teniendo en cuenta que la economía interna de una *relación fiduciaria* exige que sea el beneficiario quien deba soportar los riesgos de la gestión, no debe evaluarse simplemente el resultado que se obtenga sino principalmente la *forma y finalidad* con que se llevo a cabo.

Según V. IHERING⁵⁵, la gran ventaja que ofrece la *forma* radica en la facilidad y seguridad que otorga al diagnóstico jurídico. Cuando la ley o el contrato que regulan la función establecen límites formales, restringen al máximo las facultades del titular para interpretar el interés del beneficiario y clausuran el debate respecto de la licitud con que se ejercieron las potestades. Así sucede en las guardas, donde la infracción a las formalidades habilitantes que debe

⁵⁴ Para un análisis del problema de agencia que envuelve el gobierno de una sociedad anónima, ver KRAAKMAN y otros, *The anatomy of corporate law*, Oxford University Press, Nueva York, 2004, pp. 21 y ss..

⁵⁵ V. IHERING, *Op. cit.*, pp. 598 y ss.

cumplir el tutor o curador genera la nulidad de la transferencia; en el mandato, donde la extralimitación del mandatario respecto de los poderes conferidos acarrea la inoponibilidad del acto; y también en las sociedades anónimas, donde las facultades de representación del directorio se encuentra limitadas orgánicamente por las materias privativas de la junta de accionistas.

Fuera del ámbito de aplicación de las reglas que establecen límites formales, la determinación de los medios para el desarrollo de la función se encuentra entregada a la discreción del titular y el potencial abuso a que pueda dar lugar constituye un problema interno. En efecto, tanto en la noción de *deberes de cuidado* como en la de *uso defectuoso/carencia* se encuentra implícito un problema de prudencia en la administración que se resuelve conforme a las reglas de *responsabilidad* contractual o extracontractual, según la naturaleza jurídica del acto atributivo de competencia. Con todo, en estos casos la *relación fiduciaria* mantiene una importante virtud interpretativa al permitir determinar el estándar de diligencia aplicable al titular en atención al tipo de función que desarrolla. Así por ejemplo, mientras el tutor o curador deben velar por la conservación del peculio administrado, los directores de una sociedad anónima tienen que orientar su gestión a los negocios destinados a obtener utilidades y correlativamente ejecutar operaciones que acarrear un mayor riesgo de ganancia o pérdida.

Respecto de la finalidad, salvo por un acto irracional o de mera venganza, los problemas que genera se producen frente a la existencia de un interés incompatible. Desde un punto de vista práctico, la manera en que la doctrina comparada enfrenta el conflicto de intereses puede resultar bastante difícil de asimilar. Así, mientras en los sistemas legales del *common law* utilizan un lenguaje que heredaron del uso medieval de la tierra⁵⁶, los sistemas legales de

⁵⁶ Desde una perspectiva comparada, existen dos modelos legales para remediar la desviación de fines. En el modelo germanista, los poderes del fiduciario están sometidos a una condición resolutoria y la desviación de fines se sanciona con alguna

derecho civil incorporan la desviación de fines como una forma de *abuso del derecho*⁵⁷. En atención que ambas categorías generan una carga argumentativa adicional, la manera más sencilla de proteger el cumplimiento de la finalidad es extendiendo las reglas sobre conflicto de intereses en el autocontrato, desarrolladas desde antiguo por la doctrina nacional⁵⁸.

Conforme a lo anterior, la presencia de un *conflicto de intereses* en negocios donde el titular se encuentra a ambos lados del acto o contrato, representa un *riesgo adicional* para el beneficiario que se aparta de la manera en que naturalmente se ejecutaría el encargo y debe ser *expresamente autorizado* por el beneficiario. En definitiva,

forma de ineficacia del acto. En el modelo romanista, los poderes del fiduciario son ilimitados frente a terceros y la desviación de fines solo genera responsabilidad interna frente al dueño. La concepción moderna del negocio jurídico se inspira en el modelo romanista al abandonar la distinción entre *dominus legitimum* y *dominus naturale* propia del derecho medieval (GARRIGUES, *Op. cit.*, p. 24). No obstante, la presencia de esa distinción en el uso feudal de la tierra (*trust*) que sirvió de base para la definición de los deberes fiduciarios, explica la duplicidad de modelos que se mantiene en el derecho inglés. Así, mientras la sección 149 de la *1929 Act* solo permite perseguir la responsabilidad de los directores, las normas de derecho común también darían cabida a una sanción de ineficacia del acto (GOWER, *Op. cit.*, p. 559).

⁵⁷ Así por ejemplo, para la doctrina francesa el ejercicio de potestades de administración es uno de los ámbitos naturales de aplicación de la doctrina de abuso del derecho (MAZEAUD y MAZEAUD, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil*. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1962, t. 1, v. 1, p. 267; y, RIPERT y BOULANGUER, *Op. cit.*, p. 80). De hecho, gran parte de los deberes aplicables a los administradores de una empresa se construyen a partir de situaciones de apropiación como una forma particular de abuso del derecho *-abus de biens socieaux-*; ver, KRAAKMAN y otros, *Op. cit.*, p. 116.

⁵⁸ Ver, ALESSANDRI, **La autocontratación o el acto jurídico consigo mismo**, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, N°28, 1931; y más recientemente, LYON, **Conflicto de Intereses en las Sociedades**, en *Revista Chilena de Derecho* (U. Católica de Chile), Vol. 29 N°1, 2002, pp. 68 y ss.; RODRÍGUEZ, **La autocontratación en las empresas individuales de responsabilidad limitada**, en *Cuadernos de extensión jurídica* (U. de los Andes), N°8, 2004, p. 112; y, **Los principios de Derecho Europeo de Contratos y el conflicto de interés en la representación**, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LV, Fascículo IV, octubre-diciembre, Madrid, 2002, p. 1755.

la presencia de un conflicto de intereses constituye una oportunidad para que el titular se aproveche de la posición de confianza que ocupa y obtenga una ganancia a espaldas del beneficiario. Tanto en las guardas como en el mandato, esta autorización constituye una formalidad habilitante mediante la cual el beneficiario asume explícitamente el riesgo que representa un conflicto de intereses y cuya omisión da lugar a la nulidad del acto.

En las sociedades anónimas, no se sigue la misma regla pero sí el mismo principio. De acuerdo con el artículo 42 de la Ley 18.046, los actos en que exista un conflicto de intereses están sujetos a un procedimiento previo de aprobación cuya omisión no acarrea la nulidad del acto sino solamente la responsabilidad de los directores. Lo que sucede, es que al carecer de poder para representar individualmente a la compañía, los directores solo pueden influir en la toma de decisiones en la compañía y el conflicto de intereses adopta un perfil más sutil y amplio que en el autocontrato. De manera similar a lo que sucede con el dolo en el acto jurídico, cuando la voluntad del agente pasa de ser determinante a ser incidental, la sanción por una infracción a las normas sobre conflicto de intereses deja de preocuparse por la nulidad del acto para centrarse en la responsabilidad civil del implicado.

En conclusión, tanto respecto de la forma como de la finalidad, cuando el patrimonio del beneficiario resulta protegido mediante reglas de ineficacia la justicia de contenido en la gestión no resulta relevante. No sucede lo mismo cuando se recurre al sistema de responsabilidad, donde el desafío que presenta un *problema de agencia* consiste en proteger las *expectativas de confianza* del beneficiario reparando el equilibrio de la relación. Atendido que el número y tipo de expectativas que puedan generarse es infinito, la naturaleza de la relación determina hasta que punto esas expectativas son razonables y deben ser satisfechas por el titular. Al analizar las relaciones fiduciarias desde la perspectiva de las expectativas

normativas que recíprocamente tenemos respecto del comportamiento de los demás⁵⁹, los conceptos tradicionales de *culpa aquiliana* y *buena fe contractual*, expresan lo que se puede exigir a una persona diligente y tienden naturalmente a representar las expectativas reales que cualquier beneficiario puede llegar a tener respecto del comportamiento de cualquier titular⁶⁰.

⁵⁹ El concepto de expectativas normativas es un aspecto esencial para entender la lógica de funcionamiento de la responsabilidad civil. Para una aproximación desde el derecho privado, BARROS, *Rechtsgeltung und Rechtsordnung*, Tesis Doctoral (U. de Munich), Munich, 1984, p. 80; para una perspectiva funcional al derecho como orden social, LUHMANN, *Sistemas Sociales: Lineamientos para una Teoría General*, Alianza, Ciudad de Méjico, 1991, p. 73; y, sobre los aspectos lógicos de estas reglas espontáneas, WITTGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*, Crítica, Barcelona, 1988, p. 201.

⁶⁰ En Chile, los fallos sobre esta materia son escasos y en la mayoría de los casos donde se dio por establecido el requisito de la culpa estaba involucrada una desviación de fines del titular. Así, en un caso donde se enajenaron ciertos activos de una empresa pesquera a un precio sustancialmente menor al de mercado, la Corte de Santiago no se detuvo mayormente en el mérito de la operación sino que fundó la responsabilidad en la circunstancia de que el gerente general y uno de los directores de la empresa vendedora, eran simultáneamente los dueños principales de la empresa compradora (C. de Santiago, 11 de octubre de 2000, rol 3.752-97). De la misma manera, en otro caso la Corte Suprema revirtió el fallo de instancia que había considerado ajustada a derecho la cancelación por parte del gerente general de una deuda que la sociedad mantenía con una empresa en la que participaba como accionista, argumentando que si la actividad de los gerentes no persigue el interés social o bien persigue el interés individual existe culpa y responsabilidad consiguiente (C. Suprema, 23 de marzo de 2004, rol 2459-2003).