



MARC 369
RV PO 614
UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



MAG
F363f
2012

**EL FIDEICOMISO CIEGO Y SU REGULACIÓN COMO MANDATO EN EL
PROYECTO DE LEY DE SU ESTABLECIMIENTO EN CHILE
¿ES APROPIADA ESTA CONCEPCIÓN?**

Implicancias, problemas que presenta y sus posibles soluciones.

OBJETIVOS DEL PROYECTO DE LEY Y LA REGULACIÓN DEL
CONFLICTO DE INTERÉS EN EL DERECHO COMPARADO

1. Generalidades
2. Objetivos de la regulación
3. Noción de conflicto de interés
4. El Fideicomiso Ciego y su regulación

**TESIS PARA OPTAR AL GRADO
DE MAGÍSTER EN DERECHO CON MENCIÓN
EN DERECHO PRIVADO**



Autor: Sr. Jorge Fernández Stevenson

Profesor Guía: Sr. Luis Felipe Peuriot Canterini

MAG
F363f
2012

Mayo de 2012



ÍNDICE

Resumen - Abstract.....	8
Introducción.....	9

CAPÍTULO I

OBJETIVOS DEL PROYECTO DE LEY Y LA REGULACIÓN DEL CONFLICTO DE INTERÉS EN EL DERECHO COMPARADO

1. Generalidades.....	18
2. Objetivos de la regulación.....	19
3. Noción de conflicto de interés en el Derecho Comparado.....	25
4. El Fideicomiso Ciego y su regulación en el Derecho Comparado.....	26

CAPÍTULO II

LA REGULACIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS EN CHILE (EN ESPECIAL, DEL MANDATO DE ADMINISTRACIÓN DISCRECIONAL DE CARTERA DE VALORES)

PROYECTO SOBRE SU ESTABLECIMIENTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA INSTITUCIÓN

1. Generalidades.....	34
2. Objetivo del Proyecto.....	35



3. Estructura.....	37
4. Contenido del Proyecto y características de la institución.....	37
4.1. Definición.....	38
4.2. Sujetos del MADCV.....	38
4.3. Contenido del Mandato.....	38
4.4. Entidades autorizadas para operar como mandatarios.....	39
4.5. Características.....	40
4.5.1. Es un contrato.....	40
4.5.2. Es un contrato de mandato.....	41
4.5.3. Es un mandato que puede revestir dos modalidades.....	41
4.5.4. Es un mandato obligatorio para ciertas autoridades públicas..	42
4.5.5. Es un mandato solemne.....	43
4.5.6. Es un mandato modificable.....	44
4.5.7. Es un mandato "ciego".....	45
4.5.8. Es un mandato remunerado.....	47
4.5.9. Es un mandato que puede ser único o plural.....	48
4.5.10. Es un mandato indelegable.....	48
4.5.11. Es un mandato sujeto a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros o a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.....	48
4.5.12. Es un mandato que tiene causales de término regladas.....	49
4.6. Derechos y Obligaciones de las partes.....	50
4.6.1. Los derechos y obligaciones del Mandante.....	51
4.6.1.1. Derechos.....	51
4.6.1.2. Obligaciones.....	52
4.6.2. Los derechos y obligaciones del Mandatario.....	54
4.6.2.1. Derechos.....	54
4.6.2.2. Obligaciones.....	55



4.7. Enajenación.....	58
-----------------------	----

CAPÍTULO III
NATURALEZA JURÍDICA DEL
MANDATO DE ADMINISTRACIÓN DISCRECIONAL DE CARTERA DE
VALORES

1. Generalidades.....	61
2. Consideraciones acerca de una eventual calificación del Mandato de Administración Discrecional de Cartera de Valores como mandato comercial o comisión.....	64
3. El instituto del Fideicomiso en Chile.....	68
3.1. Personas que intervienen en el fideicomiso.....	69
3.2. Breve análisis histórico de la institución.....	69
3.3. Regulación del Código Civil.....	70
4. El Mandato de Administración Discrecional de Cartera de Valores como contrato de Mandato.....	71
4.1. El Mandato de Administración Discrecional de Cartera de Valores. Su naturaleza contractual, y la actuación por cuenta y riesgo del mandante.....	72
4.2. El Mandato de Administración Discrecional de Cartera de Valores y el elemento "confianza", propio del mandato.....	73
4.3. El Mandato de Administración Discrecional de Cartera de Valores y las demás características del contrato de mandato.....	77
4.3.1. Características del Contrato de Mandato en relación al MADCV..77	
4.3.1.1. El mandato se rige por el principio de libertad contractual... 77	
4.3.1.2. El mandato tiene un contenido propio, dado por el principio de la autonomía de la voluntad.....	78
4.3.1.3. El mandato es un contrato consensual.....	80



4.3.1.4. El mandato es un contrato que puede ser unilateral o bilateral...	80
4.3.1.5. El mandato puede ser gratuito u oneroso.....	83
4.3.1.6. El mandato es un contrato conmutativo, y excepcionalmente aleatorio.....	83
4.3.1.7. El mandato puede ser modificado libremente.....	84
4.3.1.8. El mandato puede ser también revocado con libertad.....	85
4.3.1.9. El mandato es esencialmente delegable.....	86
4.3.1.10. El mandato no está sujeto a fiscalización externa.....	86
4.3.1.11. El mandato es un contrato "vidente".....	87
4.3.1.12. El mandato puede constituirse libremente en cualquier tiempo...88	
4.3.1.13. Diferencias en cuanto a los gastos que irroge la ejecución del mandato.....	88
5. Ámbito del ordenamiento jurídico en el que corresponde ubicar al MADCV...	89
5.1. Normas de Derecho Público y normas de Derecho Privado.....	89
5.2. Criterios de distinción.....	90
5.3. Nuestra opinión.....	92
6. ¿Qué figura jurídica es en definitiva el MADCV?	94

CAPITULO IV

ASPECTOS NO PREVISTOS EN EL PROYECTO

(Y que, según el inciso 2º del artículo 27, deben regirse por las normas generales del mandato civil)

Su problemática y posible solución

1. Generalidades.....	100
2. Casos no regulados en el proyecto sobre MADCV, y cuyas reglas civiles supletorias no comportan una contradicción con los principios y características de aquél, aunque sí dificultades de interpretación y aplicación.....	101



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



2.1. Constitución del MADCV.....	102
2.1.1. ¿Cuál es la solemnidad?.....	102
2.1.2. Efectos de la falta de constitución de la escritura en forma legal, de su contenido obligatorio, su publicación, o entrega a las instituciones antes referidas.....	104
2.1.3. Sanciones que expresamente señala el proyecto.....	107
2.1.4. Prueba del MADCV.....	109
2.2. Extensión de facultades. ¿El MADCV es un mandato general o especial?...109	
2.3. Capacidad del mandante. Análisis particular de la autoridad casado bajo régimen de sociedad conyugal.....	111
2.4. Normas relativas a la remuneración del mandatario.....	116
2.4.1. Su determinación y oportunidad.....	116
2.4.2. Prescripción de la acción de cobro de la remuneración.....	117
2.4.3. Pérdida del derecho a la remuneración.....	118
2.4.4. El mandato gratuito.....	119
2.5. Normas relativas a la responsabilidad del mandatario.....	119
2.5.1. Regla general.....	119
2.5.2. Agravación de la responsabilidad.....	120
2.5.3. Responsabilidad por la ejecución parcial del negocio.....	121
2.5.4. Prueba de la culpa del mandatario.....	121
2.5.5. Exculpación por caso fortuito o fuerza mayor.....	122
2.6. Pluralidad de mandatarios.....	124
2.6.1. Regla general.....	124
2.6.2. Administración del encargo en caso de pluralidad.....	125
2.6.3. Responsabilidad.....	125
2.6.4. Prohibición de la división de la gestión.....	126
2.6.5. Admisibilidad de la pluralidad de mandantes.....	126
2.7. Ejecución del mandato.....	127



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



2.7.1. Obligatoriedad.....	127
2.7.2. Causales de liberación.....	127
2.7.3. Interés y recta ejecución del mandato.....	128
2.8. Término del mandato.....	129
2.8.1. La revocación.....	130
2.8.2. La renuncia.....	131
2.8.3. Muerte del mandante.....	132
2.8.4. Falta de mandatarios conjuntos.....	132
2.8.5. Expiración por causa ignorada del mandatario.....	132
2.9. Rendición de cuentas.....	132
2.10. Vicios de la voluntad.....	135
3. Casos no regulados en el proyecto sobre MADCV, y cuyas reglas civiles supletorias no son compatibles con los fines y características de aquél.....	135
3.1. Mandato que no se efectúa en la forma que indica la ley.....	135
3.2. Mujer mandante soltera.....	136
3.3. Delegación del mandato.....	137
3.3.1. Gestiones específicas encomendadas a terceros.....	138
3.3.2. Mandante designó la persona del delegado.....	139
3.3.3. Mandante no designó la persona del delegado.....	142
3.3.4. Delegación no autorizada ni prohibida.....	142
3.3.4.1. Relaciones entre mandante y mandatario que delega...	143
3.3.4.2. Relaciones entre mandante y delegado.....	143
3.3.4.3. Relaciones entre mandatario y delegado.....	144
3.3.4.4. Relaciones entre el mandante y los terceros.....	144
3.3.4.5. Delegación prohibida.....	145
3.4. Extralimitación del mandatario.....	145
3.5. La ratificación del mandante.....	149
3.6. La revocación del mandato.....	151



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
 FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
 ESCUELA DE DERECHO
 MAGÍSTER EN DERECHO
 ("LEGUM MAGISTER")



3.7. La agencia oficiosa.....	151
CONCLUSIONES.....	153
BIBLIOGRAFÍA.....	159

RESUMEN: La presente investigación trata sobre la normativa que se pretende dicar en el país a propósito de los conflictos de interés que se pueden producir respecto de ciertos funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. El autor analiza la legislación que se propone -el Mandato de Administración Discrecional de Carreras de Valparaíso, desde una perspectiva crítica y formula algunas observaciones a la forma en que ella ha sido concebida.

PALABRAS CLAVE: Fiduciarios - Fiduciario Ciego - Mandato - Mandato de Administración - Mandato de Administración Discrecional de Carreras de Valparaíso.

ABSTRACT: The present investigation deals with proposed legislative on conflicts of interests that may occur with respect to certain public authorities in carrying out their duties. The author analyzes the proposed institution -Discretionary Mandate Portfolio among others. Shortcomings and makes several comments criticizing the legal frame that has been given to it.

KEY WORDS: Trust - Blind Trust - Mandate of Directors - Directors Discretionary Mandate Portfolio.



INTRODUCCIÓN

RESUMEN: La presente investigación trata sobre la normativa que se pretende dictar en el país a propósito de los conflictos de interés que se pueden producir respecto de ciertas autoridades públicas en el ejercicio de sus cargos. El autor analiza la institución que se propone -el Mandato de Administración Discrecional de Cartera de Valores-, desde una perspectiva crítica y formula diversas observaciones a la forma en que ella ha sido concebida.

PALABRAS CLAVE: Fideicomiso - Fideicomiso Ciego - Mandato - Mandato de Administración - Mandato de Administración Discrecional de Cartera de Valores.

ABSTRACT: The present investigation deals with proposed legislation on conflicts of interests that may occur with respect to certain public authorities in carrying out their duties. The author analyzes the proposed institution -Discretionary Mandate Portfolio Management, Securities- and makes several comments criticizing the legal frame that has been given to it.

KEY WORDS: Trust - Blind Trust - Mandate of Directors - Directors Discretionary Mandate Portfolio.



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende abordar un tema de indudable actualidad así como de evidente importancia práctica, y que dice relación con el posible conflicto de intereses que puede representar para ciertas autoridades públicas el ejercicio de su cargo con sus legítimas actividades privadas, y que algunos sustentan en la observación de una realidad, pues, según se afirma, en una sociedad basada en el mercado, el grueso de la economía está radicada en el sector privado, y como tal, en el Chile de hoy, más del 80% del producto interno es generado por éste y sólo un 20% por empresas públicas. Esta situación determina que existan grandes posibilidades de conflicto entre el interés particular de quienes ejercen un cargo público y el interés general de la Nación.¹

Compartimos el diagnóstico sobre este escenario, pues aun cuando se pueda ser muy cuidadoso al desarrollar ambas labores -incluso dentro de las más altas auto exigencias que impone la ética-, resulta incuestionable que en diversas ocasiones, los intereses públicos por los que debe velar la autoridad respectiva en el ejercicio de su cargo pueden lindar con sus no menos legítimos intereses privados, produciéndose así una situación de conflicto, a todas luces inconveniente, y que desde todo punto de vista resulta deseable reducir al mínimo.

La situación descrita ha tomado creciente importancia a propósito de la contingencia política de los últimos años y, de acuerdo a ello, se han alzado diversas voces -de todos los sectores- para tratar de evitar en todo o al menos disminuir la posibilidad de dichos conflictos. A partir de ello se han comenzado a discutir diversos instrumentos jurídicos que

¹ Moción de los diputados señores Chahuán, Enríquez-Ominami, Escobar y Valenzuela: Boletín N° 5282-07 de la Cámara de Diputados, sobre ““fideicomiso ciego” para los funcionarios públicos que indica”, disponible en www.bcn.cl, Cámara de Diputados, última consulta 04.05.12.



podrían coadyuvar a tal fin, de modo tal de privar a la persona de cuyo posible conflicto se trata de la administración, control y acceso a la información de sus inversiones y negocios, entregando esta tarea a un tercero hasta el término de su gestión.

Ahora bien, estas iniciativas legales parten de la premisa evidente que no es su propósito desincentivar la participación en el ámbito público de personas exitosas en el ámbito privado. Por el contrario, se reconoce el aporte que dichas personas pueden hacer a aquél, esfuerzo que incluso corresponde valorar. En el mismo sentido, se hace también presente que ambas actividades no son ni deben verse como incompatibles, pero requieren normas claras que protejan siempre el interés colectivo y alejen toda sospecha y posibilidad de conflicto de interés, sentando a este respecto lo que puede considerarse un verdadero principio fundamental en esta materia, a través del entendimiento que se hace del concepto de "conflicto de interés", el cual existiría cuando los intereses privados de una autoridad o sus cercanos o terceros relacionados, pueden verse afectados -a favor o en contra- por el desempeño de su función pública, pudiendo sesgar así su comportamiento en desmedro del interés general.²

La contribución al bien común que hace toda autoridad y funcionario público implica que debe actuar de manera honesta y leal en el ejercicio de sus funciones, pues es precisamente a través de ese ejercicio honesto y leal de sus atribuciones dentro del marco de su competencia, que el funcionario público contribuye desde su posición al bien común de la sociedad. Por el contrario, si un funcionario actúa utilizando sus potestades de forma impropia y deshonestamente, afecta no sólo al estado en cuanto ente organizacional, sino que afecta el bien común de la comunidad en su conjunto.³

² Mensaje N° 337-356 de S.E. la Presidenta de la República, Señora Michelle Bachelet Jeria, ingresado a la Cámara de Diputados el 11 de junio de 2008, p. 2, y que dio origen al Boletín 5898-07, relativo a "La Obligación de Ciertas Autoridades Públicas de Constituir un Mandato Especial de Administración Ciega de Patrimonio y de Enajenar Activos, en los casos y forma que se indica", disponible en www.bcn.cl, Cámara de Diputados, última consulta 04.05.2012.

³ Mensaje N° 041-359 de S.E. el Presidente de la República, Señor Sebastián Piñera Echenique, ingresado a la Cámara de Diputados el 30 de mayo de 2011, p. 2, y que dio origen al Boletín 7616-06, relativo a la "Probidad en la Función Pública", disponible en www.bcn.cl, Cámara de Diputados, última consulta 11.01.2012.



La reglamentación del tema, sin embargo, no es tarea simple, y deslinda con otras materias de primordial trascendencia -entre ellas, la constitucional-, por lo que las iniciativas al efecto no han sido de fácil discusión y han requerido el aporte técnico de instituciones y personas de reconocido prestigio en el ámbito jurídico, a fin de poder arribar en definitiva a una legislación que, sin vulnerar principios y derechos fundamentales de las personas, permita a la vez superar la problemática antes enunciada relativa a los intereses en juego en el desarrollo de una actividad pública, conjugando debidamente ambos, de modo de no desincentivar a quienes pretendan legítimamente desde el ámbito privado hacer su aporte al sector público, traspasando a éste todo su conocimiento y experiencia, lo cual no puede verse como un inconveniente, sino como una contribución, a veces muy necesaria, al otorgar una óptica diferente en el ejercicio del cargo.

Es en la búsqueda de ese equilibrio que también se han analizado las soluciones que ha dado el Derecho Comparado, donde se es coincidente en cuanto a que cada vez que los intereses privados de quien está llamado a ejercer un cargo público relevante puedan generar un conflicto de intereses serio, es necesario que tal funcionario, ya sea electo o designado, tome las medidas conducentes para remover tal conflicto de interés, y en este escenario -tal como se reconoce en el Mensaje Presidencial 337-356 antes aludido-, hay casos en que la auto-inhibición puede ser poco viable para un ministro que debe tomar decisiones, y virtualmente imposible para la persona que ocupa el cargo de Presidente o Jefe de Gobierno. Asimismo, la transparencia puede no ser suficiente cuando se trata de una concentración muy alta de la propiedad o inversiones sujetas directamente a las decisiones de política pública, como el caso de servicios y situaciones de monopolio.⁴ En estos casos, en general, a nivel internacional, la solución ideada es que el involucrado ceda la administración total de sus bienes, acciones e intereses en forma “ciega” a un tercero independiente, dotado de completa libertad, autonomía y discreción para llevar a cabo tal labor, al que le está legalmente prohibido consultar o informar al dueño sobre la gestión de los activos. Esto es lo que se llama comúnmente “fideicomiso ciego” o, en la terminología

⁴ Mensaje N° 337-356, Ob. cit., p. 4.



anglosajona, "*blind trust*". En este sentido, se han consultado las legislaciones de diversos países, en especial, las de Estados Unidos, Inglaterra y Canadá.

A partir de estos estudios se han elaborado en nuestro país fundamentalmente cuatro iniciativas legales, todas relativas a introducir una especial reglamentación sobre la materia. La primera de ellas dice relación a una modificación constitucional introducida por la ley 20.414, de 4 de enero de 2010, en materia de transparencia, modernización del Estado y calidad de la política, que concluyó en la nueva redacción del artículo 8° de la Constitución Política de la República, -norma ubicada dentro de las reglas relativas a las Bases de la Institucionalidad- y que se refiere, en lo pertinente, a la obligación del Presidente de la República, los Ministros de Estado, los Diputados y Senadores, y las demás autoridades y funcionarios que una ley orgánica constitucional señale, de declarar sus intereses y patrimonio en forma pública. Se agrega que dicha ley determinará los casos y las condiciones en que esas autoridades delegarán a terceros la administración de aquellos bienes y obligaciones que supongan conflicto de interés en el ejercicio de su función pública. Asimismo, podrá considerar otras medidas apropiadas para resolverlos y, en situaciones calificadas, disponer la enajenación de todo o parte de esos bienes.

Otra iniciativa tendiente al mismo fin es la originada en la ya citada moción de los diputados señores Chahuán, Enríquez-Ominami, Escobar y Valenzuela (boletín 5282-07), pendiente en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados desde el 28 de agosto de 2007⁵; el proyecto de ley, boletín 5898-07, iniciado por Mensaje N° 337-356 de la Presidenta de la República señora Michelle Bachelet Jeria, de fecha 30 de mayo de 2008, que ingresara a la Cámara el 11 de junio de 2008, y cuya última modificación es de 16 de junio de 2010, en que se pone en conocimiento de la Excm. Corte Suprema una modificación que concede competencia a la Corte de Apelaciones de Santiago⁶; y actualmente el proyecto de ley, boletín 7616-06, iniciado por Mensaje N° 041-359 del Presidente de la República señor Sebastián Piñera Echenique, que ingresara a la Cámara el

⁵ Ver Supra, nota 1.

⁶ Mensaje N° 337-356, Ob. cit.



3 de mayo de 2011, sobre "Probidad en la Función Pública", y que se originó en una indicación sustitutiva al anterior.⁷ Con fecha 4 de enero de 2012 la comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara emitió su informe definitivo sobre este proyecto, introduciéndole diversas modificaciones, encontrándose en el presente pendiente su revisión en el Senado.⁸

Pues bien, es conforme a este último proyecto que se pretende regular la obligación de ciertas autoridades públicas de constituir lo que se ha denominado un "*Mandato de Administración Discrecional de Cartera de Valores*" (en adelante MADCV) y de enajenación forzosa de activos en los casos y forma que se indica.

El origen de esta nueva propuesta -como indicación sustitutiva que es-, se encuentra, ciertamente, en el proyecto anterior iniciado por mensaje 337-356, ya mencionado, donde se contienen también los fundamentos de la institución que se propone, y se dio toda su discusión.

En un análisis histórico, se observa que la normativa antes citada comenzó con el establecimiento de lo que se denominaba "*mandato especial de administración ciega de patrimonio*"⁹ y de enajenar activos. El nombre dado a la institución se justificaba en el proyecto originario señalando que no se trataba de un fideicomiso civil, pues no existía traspaso de propiedad, y tampoco era análogo al *trust* del Derecho anglosajón, pues constituyente y beneficiario son una misma persona y el fiduciario actúa en el sólo interés del propio constituyente (no de un tercero). Se agregaba, entonces, que la base del Mandato Especial de Administración Ciega de Patrimonio es el mandato civil, de cuya regulación se han tomado algunas normas y ha servido como institución supletoria, y "por esta razón y a fin de evitar confusiones con la institución del fideicomiso regulada en nuestro Código

⁷ Mensaje N° 041-359, Ob. cit.

⁸ El Informe de la comisión de Constitución, Legislación y Justicia, recaído en el proyecto de ley sobre "Probidad en la Función Pública", puede verse en www.bcn.cl, Cámara de Diputados, boletín 7616-06, última consulta 04.05.2012. Toda referencia que hacemos en el presente trabajo al "proyecto", debe entenderse hecha al último proyecto de ley señalado -boletín 7616-06-, en su versión final dada por el Informe de la comisión de la Cámara antes mencionado, a menos que se haga expresa referencia a alguna versión anterior.

⁹ Por indicación sustitutiva N° 1932-357, se suprimió la palabra "Especial", quedando la institución denominada como Mandato de Administración Ciega de Patrimonio (MACPA).



Civil y que nada tiene que ver con lo que hoy se propone normar, nos ha parecido más apropiado denominar esta institución con la sigla MACPA”.¹⁰

Es así como el proyecto anterior, entonces, definía al MACPA en el artículo 2°, como “un contrato en virtud del cual una autoridad pública, en la forma y los casos señalados en esta ley, y con el objeto de precaver posibles conflictos de intereses, encarga a uno o más terceros la administración amplia de parte de su patrimonio, quienes se hacen cargo separadamente de éste, por cuenta y riesgo del primero”. “La autoridad que confiere el encargo se llama mandante, y el que lo acepta, mandatario”. En el inciso 2° del artículo 1° se agrega que “en todo lo no previsto en la presente ley, el MACPA se regirá por las normas generales aplicables al mandato”.

En la actualidad, el mandato referido se ha sustituido por una nueva figura -el ya mencionado “Mandato de Administración Discrecional de Cartera de Valores (MADCV)”- indicando el nuevo proyecto, en su artículo 28, que se trata de “*un contrato en virtud del cual una autoridad, en la forma y los casos señalados en esta ley, y con el objeto de precaver posibles conflictos de interés, encarga a uno o más terceros autorizados, la administración discrecional de valores que integren su patrimonio, quienes se hacen cargo separadamente de éstos, por cuenta propia y riesgo del primero*”. “La autoridad que confiere el encargo se llama mandante, y el que lo acepta, mandatario”. En el inciso 2° del artículo 27 se agrega que “*en todo lo no previsto en el presente Título, el mandato se regirá por las normas generales aplicables al mandato civil*”.

Como se puede advertir, la vinculación de la nueva institución que se crea, MADCV, con la anterior, MACPA, resulta evidente, pues tienden ambas al mismo objetivo, esto es, evitar los conflictos de intereses en el ejercicio de un cargo público, y comparten también bastantes normas similares.

Ahora bien, para propender efectivamente a la concreción de los objetivos deseados, el proyecto confiere a este mandato diversas características especiales, que constituyen

¹⁰ Mensaje N° 337-356, Ob. cit., p. 4.



normas imperativas a cumplir por ciertas autoridades, en general, antes de asumir sus respectivos cargos, y en que se regula en forma particular la mayoría de los aspectos relativos a su ejercicio.

El análisis de estas características permite advertir, igualmente, que ellas dan a esta institución una fisonomía propia y específica, siéndole atribuidas *por ley* determinadas condiciones y particularidades precisas que, como tales, resultan inmodificables, y que deben ser cabalmente cumplidas por las autoridades que el proyecto indica, y que ciertamente se inscriben en la finalidad o interés público comprometido que se propone resguardar, esto es, evitar los conflictos de intereses que pueden surgir en quienes asumen ciertos cargos públicos, evitando también que por lo mismo se pueda caer en la comisión de algunos tipos penales propios de este tipo de funcionarios.

Pues bien, la observación de esta realidad jurídica es la que nos ha permitido fijar nuestra hipótesis de trabajo en la presente tesis, ya que si bien se trata de una estricta y rigurosa reglamentación, cabe preguntarse si la figura que se crea -Mandato de Administración Discrecional de Cartera de Valores- puede considerarse verdaderamente como un mandato -cuya sola nomenclatura evoca las características particulares de este contrato civil, totalmente diversas de las que el proyecto da al MADCV- y, más aún, permite cuestionarse si los precisos objetivos que se persiguen con esta nueva normativa no pudieran llegar a desvanecerse y derechamente eludirse en mérito de esta concepción, particularmente considerando la remisión legal que el proyecto contempla, en el sentido que *"en todo lo no previsto en el presente Título, el Mandato se regirá por las normas generales aplicables al mandato civil"*.¹¹

Es en este punto donde este tesista encuentra la problemática a dilucidar y que es el centro de nuestro estudio, pues en virtud de la concepción de la nueva figura y particularmente de la remisión referida, a nuestro juicio, se produce una completa contradicción con la estricta reglamentación legal que el proyecto da al MADCV, toda vez que la normativa del mandato civil se sustenta en principios propios de la autonomía de la

¹¹ Sobre la posibilidad de concebir el MADCV como un mandato comercial o comisión, véase Capítulo III, 2.



voluntad y reviste características totalmente diversas a las inherentes al MADCV. Ello conduce también a soluciones distintas en el evento de algún conflicto, ya sea en la interpretación, integración o aplicación de sus normas.

Lo anotado permite incluso, cuestionar la naturaleza misma de las normas del MADCV, esto es, si son integrantes verdaderamente del ámbito del Derecho Privado -como parece dar a entender el proyecto- o, si por la finalidad que se trata de reglar, sus normas se acercan más al Derecho Público, temática que conduce a otros problemas, propios de la integración de diversos ámbitos jurídicos.

He aquí una primera cuestión, que nos ha llevado a abordar necesariamente el punto de la verdadera naturaleza jurídica que, a nuestro juicio, tiene esta nueva institución, y que nos ha conducido a plantear una solución sobre este aspecto.

Sin embargo, la realidad normativa que plantea el proyecto es clara, y hace directa remisión a las reglas del mandato civil. De acuerdo a ello, se ha hecho necesario, de todas formas, preguntarse qué materias no se tratan, o dicho de otra forma, se omiten, en la reglamentación del MADCV, pues en tal silencio se deberán aplicar las normas del mandato, lo que nos devuelve a la inquietud original: ¿afecta la aplicación de estas normas generales del mandato los objetivos de cautelar debidamente los conflictos de intereses que puedan suscitarse en las autoridades públicas según pretende regular el MADCV? Aquí proponemos diversas soluciones que deberían adoptarse desde el punto de vista legislativo o, al menos, desde el ámbito de la interpretación para hacer conciliable ambas normativas y no vulnerar los objetivos expresos previstos para el MADCV.

En definitiva, nuestra hipótesis corresponde al análisis del Proyecto de Ley originado por Mensaje 041-359, denominado de "Probidad en la Función Pública", y responde al cuestionamiento de si la figura que se crea -el Mandato de Administración Discrecional de Cartera de Valores - atendidas las características que se le atribuyen, puede considerarse propiamente un mandato, institución a la cual se le asimila y, en este entendido, si tal normativa cumple debidamente con la privación de la administración, control y acceso a la información de las inversiones y negocios del constituyente. En dicho estudio, se



CAPÍTULO I

OBJETIVOS DEL PROYECTO DE LEY Y LA REGULACIÓN DEL CONFLICTO DE INTERÉS EN EL DERECHO COMPARADO

1. Generalidades.

La idea de tener una legislación moderna sobre lo que podemos llamar *normas sobre transparencia en la actividad pública*, no es nueva, y diversas iniciativas respecto del tema se habían presentado desde el mandato del Presidente Ricardo Lagos, aunque es evidente que se reactivó con la contingencia política del último tiempo.

No son relevantes, sin embargo, las razones que hayan llevado a poner nuevamente el tema en el tapete. Lo importante es que lo está, y más aún, que según puede advertirse, hay acuerdo unánime en todos los sectores en orden a entender que se trata de un tema que debe abordarse lo antes posible. Asimismo, hay conciencia de que no se trata de castigar a particulares, sino de legislar en general para el bien del país, con una visión de futuro, dentro una sociedad desarrollada. Sobre el particular, se ha dicho que se aspira a que la actividad política en el ejercicio de los diferentes cargos públicos tenga como única y fundamental finalidad el bien común, y a que no se vea entorpecida ni confundida con los intereses de carácter particular de quienes desempeñen esos puestos.¹²

La discusión -desde la cual pueden extraerse los objetivos que han motivado en particular la necesidad de legislar sobre esta materia-, se encuentra básicamente contenida a propósito de la modificación del artículo 8° de la Constitución Política de la República. En

¹² Senador Chadwick, Sesión 8°, 8 de abril de 2009, sobre Reforma Constitucional en Materia de Transparencia, Modernización del Estado y Calidad de la Política, en Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 357, p. 1501.



efecto, ha sido este tema el que se ha decidido abordar en forma primera, estimándose por una mayoría de legisladores que una normativa directa, a nivel simplemente legal, no se podía votar mientras no se aprobara la reforma constitucional referida. Lo anterior, entendiéndose que cualquier proyecto en el sentido que se pretende significa un problema de gran complejidad relacionado con el derecho de propiedad, señalándose que el obligar a una persona a enajenar sus bienes, supone pasar por la determinación de un precio, lo que puede irrogar un perjuicio al afectado¹³. Se añade que “si la proposición incide en el derecho de propiedad, efectivamente es necesario que sea objeto de una reforma constitucional”.¹⁴

Ahora bien, conforme al Mensaje que se remitiera a la Cámara de Diputados respecto a la modificación constitucional señalada, se indica que ésta se inspira en el aporte de los partidos políticos que hicieron llegar sus propuestas, así como también en un conjunto bastante amplio de mociones de parlamentarios de gobierno y de oposición. Además, se funda en la propuesta que un grupo de expertos presentó sobre esta materia.¹⁵

2. Objetivos de la regulación.¹⁶

El Mensaje en referencia indica que esta agenda tiene varios ejes centrales. En primer lugar, parte de la base que la reforma del Estado no significa jibarizarlo ni debilitarlo. Para reformar el Estado lo primero que hay que hacer es creer en el Estado; y que se reforma el mismo porque el mundo moderno así también lo exige. Los países que

¹³ Senador Chadwick, Sesión 5°, 31 de marzo de 2009, sobre Reforma Constitucional en Materia de Transparencia, Modernización del Estado y Calidad de la Política, en Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 357, p. 912.

¹⁴ Senador Gómez, Ídem.

¹⁵ Mensaje Presidencial sobre Reforma Constitucional en Materia de Transparencia, Modernización del Estado y Calidad de la Política, en www.bcn.cl, historia de la Ley 20414, última consulta 04.05.2012. Cabe destacar en este punto que, en general, los análisis de quienes intervinieron en las discusiones legislativas toman como base la institución del “fideicomiso ciego”, que rige en otros países, pues propende a similares objetivos que el Proyecto en estudio.

¹⁶ Este acápite y los que siguen del presente capítulo tienen como base, especialmente, el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el Proyecto sobre Reforma Constitucional en Materia de Transparencia, Modernización del Estado y Calidad de la Política, Sesión 5°, de 31 de marzo de 2009, en Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 357, p. 891 y siguientes. Un completo análisis de los antecedentes del proyecto puede verse también en el Informe de la comisión de Constitución, Legislación y Justicia, recaído en el proyecto de ley sobre Probidad en la Función Pública Ob. cit., p. 4 y siguientes.



crecen, los países que se desarrollan, los países que compiten con éxito en los mercados mundiales, todos, sin excepción, cuentan con estructuras modernas y vigorosas, eficientes y dinámicas, que les permiten acompañar al sector privado y construir juntos, de la mano, una mayor prosperidad para su gente. Se desea un crecimiento económico sostenido, y que éste no puede ocurrir si no se cuenta con un Estado ágil y moderno, un Estado que cree un entorno donde los emprendedores puedan emprender y crear prosperidad. Se agrega que la reforma parte de la base que la luz, la transparencia, es uno de los mejores antidotos que una sociedad puede darse contra la corrupción y que pocas sanciones son más severas que el juicio de una comunidad que no tolera actos irregulares. Además, la transparencia tiene un fuerte contenido ético. Ella es profundamente democrática pues aquello que no soporta el juicio crítico de una sociedad vigilante, simplemente resulta inaceptable. Es un acto de consecuencia con la idea de una democracia al servicio de las personas, donde quienes ejercen funciones públicas son primero servidores antes que autoridades, y los ciudadanos son primero mandantes antes que súbditos pasivos e indolentes. La transparencia inhibe lo incorrecto y estimula los mejores desempeños. Esta es la potencia de someter la Administración al escrutinio social de una sociedad vigilante. Un régimen de transparencia es un régimen progresista. Entrega información a los ciudadanos, los empodera, los transforma a todos, en cierto modo, en custodios de la fe pública.¹⁷

Con un leve matiz, pero que conduce al mismo fin, el senador Chadwick sostuvo que en el caso particular de la "administración ciega y enajenación de activos", su concreción apunta a algo distinto a la transparencia desde un punto de vista patrimonial, pues su objetivo es verificar si la autoridad ha incurrido en un enriquecimiento ilícito.¹⁸

Puede decirse, en todo caso, que en general, es la *transparencia* el principio y fundamento que está trasunto en la voluntad de legislar sobre el particular.¹⁹

¹⁷ Men saje Presidencial sobre Reforma Constitucional en Materia de Transparencia, Modernización del Estado y Calidad de la Política, Ob. cit., p. 5.

¹⁸ Senador Chadwick, en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en Reforma Constitucional, Ob. cit., p. 923.

¹⁹ Los abogados Christine Weidenslauffer y Guido Williams, del Área de Análisis Legal, Asesoría Parlamentaria BCN, señalan que el objetivo del fideicomiso ciego es evitar las denuncias de que altos



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



Así, el ministro Viera-Gallo señaló que la reforma constitucional que se propuso perseguía un único objetivo, que era lograr la mayor transparencia en el ejercicio de los cargos públicos. Pidió, asimismo, no perder de vista que la institución del fideicomiso ciego no ha sido propuesta ni entendida como contraria a las personas de gran fortuna, sino que más bien a su favor, para librarlas de las críticas que puedan surgir durante el ejercicio de su cargo, y lo que importa es permitir que quien ocupa un alto cargo público lo desempeñe - para su bien y el del interés general- libre de cuestionamientos.²⁰

Se puede también hacer alusión a la opinión de profesionales especializados sobre el tema, como el profesor de Derecho Constitucional Francisco Zúñiga, que exponiendo ante la Comisión encargada del estudio de la reforma, indicó que ella "introduce en nuestro ordenamiento un nuevo bien jurídico: la prevención de los conflictos de intereses, que viene a sumarse a los principios de probidad, publicidad y transparencia que ya se consagran en el artículo 8° de nuestra Carta Fundamental. La necesidad de cautelar los mencionados principios ha dado lugar a la dictación de las correspondientes leyes y al surgimiento de las obligaciones de efectuar declaración de patrimonio y de intereses. Por ello también, se consagran mecanismos de autoinhibición para las autoridades de intervenir en ciertas situaciones y de transparencia para poder conocer las inversiones e intereses de ellas. Si bien el concepto de Estado trae aparejada una creciente socialización y estatización, acarrea, igualmente, un "área gris" en la cual las empresas privadas colaboran con él en la búsqueda de ciertos objetivos, lo que implica la adopción de medidas para resguardar los mencionados principios en este contexto. Los mecanismos ya consagrados con este objetivo presentan ciertos vacíos. Por ejemplo, la declaración de patrimonio presenta insuficiencias y la contravención al principio de autoinhibición carece de fórmulas adecuadas de sanción.

funcionarios del gobierno abusan de su información privilegiada para sus propios fines, mientras se encuentran en posesión de sus cargos. Esta idea la extraen del documento virtual <http://www.legco.gov.hk/yr01-02/english/sec/library/0102in35e.pdf>; así se indica en el texto "Obligatoriedad y Alternativas al Fideicomiso Ciego en el Derecho Angloamericano" elaborado por los mencionados abogados, y que nos fuera facilitado por éstos.

²⁰ Viera-Gallo, José Antonio, Ministro Secretario General de la Presidencia, en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en Reforma Constitucional, Ob. cit., p. 922.



De esta forma, la prevención de conflictos de intereses ya aludida viene, precisamente, a atender tales vacíos e insuficiencias”.²¹

Muy clarificadora sobre este punto resulta la opinión del Presidente del Consejo de Defensa del Estado, don Carlos Mackenney, quien señaló que “el fideicomiso ciego y la obligación de enajenación que se consagran en algunas legislaciones, constituyen algunas de las herramientas que utilizan ciertos países para regular de manera adecuada la figura del conflicto de interés, sea éste real, aparente o potencial, generando una estrategia que se ha estimado como razonable y útil por los órganos y foros internacionales especializados en materia de prevención de la corrupción”. Aseguró que “se encuentra acreditado por la experiencia nacional e internacional que la falta de control adecuado por la vía de políticas públicas específicas o normas legales de cumplimiento obligatorio, respecto de la contradicción que se produce entre interés privado e interés público, deviene con cierta facilidad en fenómenos o hechos de corrupción”. Expresó que la Organización de Cooperación Económica y Desarrollo (OCDE) señala a este respecto que “si bien un conflicto de interés no se considera por sí mismo un acto de corrupción, cada vez con más fuerza se reconoce que los conflictos entre los intereses privados y los deberes públicos de los funcionarios, si no son adecuadamente gestionados, pueden convertirse en corrupción”. Agregó que para esa organización, que ha trabajado de manera intensa el tema, el conflicto de interés “representa una contradicción entre el deber público y los intereses privados de un empleado cuando éste tiene a título particular intereses que podrían influir indebidamente en la forma correcta de ejercicio de sus funciones y responsabilidades oficiales”. Expresó igualmente que “esta misma Organización, que incluye a más de treinta de las economías y Estados más desarrollados del mundo, señala que existen tres clases de conflictos de intereses:

A.- Conflicto de interés real: ocurre cuando un funcionario público tiene un interés privado; éste es conocido por él; existe una conexión entre su función pública y dicho

²¹ Zúñiga, Francisco, Profesor de Derecho Constitucional, en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en Reforma Constitucional, Ob. cit., p. 926.



interés, y este último puede influenciar su decisión afectando el interés público y beneficiando su propio interés.

B.- Conflicto de interés aparente: se produce cuando existe un interés personal que no necesariamente influye en el funcionario público, pero podría dar lugar a que otros consideren que puede influir en la toma de decisiones y en el cumplimiento de los deberes del servidor público.

C.- Conflicto de interés potencial: se da cuando un servidor público tiene un interés privado que puede llegar a convertirse en un conflicto de interés en el futuro”.

Afirmó que, “como es sabido, el conflicto de interés, como señala la misma OCDE, es la base de muchos casos de corrupción. Es por esto que los Estados más modernos han desarrollado distintos mecanismos para prevenirlo”.

Recordó que “Chile Transparente” ha señalado que “la figura del fideicomiso ciego, en la regulación internacional, es una de las herramientas utilizadas para que una persona del sector privado pueda mantener sus inversiones y otras instituciones financieras al momento de iniciar actividades en el servicio público y, al mismo tiempo, evitar conflictos de intereses.”²²

Como antes ya lo hemos referido, también el propio Mensaje original del Proyecto (337-356) señala algunos de los aspectos que justifican su normativa, y que por tanto, dan cuenta de sus objetivos: se indica que en una sociedad como la nuestra, existen grandes posibilidades de conflicto entre el interés particular de quienes ejercen un cargo público y el interés general de la Nación. También es posible que el cargo sea utilizado para promover intereses particulares, sin que ello represente un conflicto aparente con el bien común, pero que desde un punto de vista ético, resulte completamente inapropiado. Se añade que las

²²Mackenny, Carlos, Presidente del Consejo de Defensa del Estado, en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en Reforma Constitucional, Ob. cit., pp. 927 - 928. Un interesante análisis de los conflictos de intereses en la Doctrina y Experiencia Internacional, se encuentra en Documento de Trabajo N° 9, agosto de 2009, elaborado por “Chile Transparente”, titulado “Normativas sobre Conflicto de Intereses y Legislación sobre Fideicomiso Ciego”, pp. 11 y siguientes, disponible en www.chiletransparente.cl/home/doc/DT9/Conflicto_intereses_fideicomiso_ciego.pdf, última consulta 04.05.2012.



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



personas de éxito en el mundo privado quieran participar en la vida pública es, desde todo punto de vista, algo que no se puede desechar. Ambas cosas no son incompatibles. Sin embargo, se requieren reglas claras que protejan siempre el interés colectivo y alejen toda sospecha y posibilidad de conflicto de interés. La vocación de servicio público implica sacrificios. Uno de ellos es optar entre la administración de las inversiones y negocios personales y el desempeño del cargo, pues ambas cosas resultan contradictorias e incompatibles, cuando el patrimonio implicado es de una entidad significativa. Un conflicto de interés surge cuando los intereses económicos privados de una autoridad o sus cercanos o terceros relacionados, pueden verse afectados -en favor o en contra- por el desempeño de su función pública, pudiendo sesgar así su comportamiento en desmedro del interés general.²³

En concordancia con todo lo expuesto anteriormente, el nuevo proyecto, contenido en el Mensaje 041-359 ya citado -y a propósito de los fundamentos del mismo- destaca el Principio de Probidad como una de las bases de nuestra institucionalidad. Indica que de acuerdo al inciso 2º del artículo 52 de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, dicho principio "consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular",²⁴ y se traduce en definitiva en el deber de desempeñarse con rectitud en el ejercicio de la función pública, lo que importa que el actuar tanto de las autoridades como de los funcionarios debe girar en torno a la consecución del bien común y no anteponiendo el interés personal o particular de algún grupo, considerando que el Estado debe estar al servicio de las personas.²⁵

Con lo anteriormente expuesto, creemos que ha quedado suficientemente aclarado y justificado los objetivos de la normativa que se propugna así como los fines que se persiguen.

²³ Mensaje N° 337-356, Ob. cit., p. 2.

²⁴ Mensaje N° 041-359, Ob. cit., pp. 1y 2.

²⁵ *Ibidem*, pp. 3 y 4.



3. Noción de conflicto de interés en el Derecho Comparado.²⁶

En este punto queremos dar a conocer algunas de las definiciones que entrega el derecho comparado sobre el concepto de “conflicto de interés”, que contribuye aún más a precisar su contenido.²⁷

Al efecto, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), ha señalado que un conflicto de interés involucra un conflicto entre la función pública y los intereses privados del funcionario público, en el que el funcionario público tiene intereses de índole privados que podrían influir de manera inadecuada en la ejecución de sus funciones y responsabilidades oficiales.

Por su parte, la legislación de Canadá no define el concepto, pero señala que los funcionarios públicos no deben tener intereses privados, distintos de los autorizados por el Código que rige la materia (Código de Conflictos de Interés y Post-Empleo para los Titulares de Cargos Públicos, del año 2006), que puedan verse afectados, en forma significativa, por las acciones del gobierno en que ellos participen. En el desempeño de sus funciones oficiales, los funcionarios públicos deben arreglar sus asuntos privados de una manera que evite posibles conflictos de interés, reales o aparentes. Si un conflicto se plantea entre los intereses privados y las funciones oficiales de un funcionario público, el conflicto debe resolverse en favor del interés público.

En España, rige la materia la Ley de Conflictos de Intereses de miembros de Gobierno y de Altos Cargos de la Administración Pública (Ley 5/2006) y, sobre el punto, su artículo 4.1 dispone que hay conflicto de intereses cuando los altos cargos intervienen en las decisiones relacionadas con asuntos en los que confluyen a la vez intereses de su puesto público e intereses privados propios, de familiares directos, o intereses compartidos con terceras personas. Por su parte, el Código de Buen Gobierno, señala que “Se entiende que existe conflicto de intereses cuando los altos cargos intervienen en las decisiones

²⁶ Basado en la exposición de la abogada de la Biblioteca del Congreso Nacional, Sra. Christine Weidenslauffer, en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en Reforma Constitucional, Ob. cit., pp. 935 y siguientes.

²⁷ Ver Supra, nota 22.



relacionadas con asuntos en los que confluyan a la vez intereses de su puesto público e intereses privados propios, de familiares directos, o intereses compartidos con terceras personas”.

En Francia, el capítulo francés de Transparencia Internacional (TI) cita al Servicio Central para la Prevención de la Corrupción, del Ministerio de Justicia de Francia, en su Informe 2004, para señalar que el conflicto de interés surge de una situación en la que una persona, empleada por una organización pública o privada, posee intereses privados que pueden influir o parecer influir en la forma en que realiza sus tareas y responsabilidades que le fueron confiadas por dicho organismo.

En Italia, conforme la Ley 215, de 20 de julio de 2004, que regula la resolución de los conflictos de interés que afecten a los funcionarios de Gobierno, existe conflicto de intereses, si el titular de un cargo gubernamental participa de un acto (incluida la formulación de la propuesta) o deja de adoptar una medida necesaria, está en una situación de incompatibilidad (de conformidad con el artículo 2 que trata de las incompatibilidades) o, cuando el acto u omisión tiene una incidencia específica y preferente en el patrimonio del titular, su cónyuge o parientes dentro del segundo grado, o las empresas o sociedades controladas por ellos, con daño para el interés público (artículo 3°).

También se sanciona, en el artículo 4°, a quienes abusen de posiciones dominantes.

Cabe señalar, por último, que en Estados Unidos, el término “conflicto de intereses” no es una noción unívoca o exclusiva dentro del conjunto de leyes y reglamentos que definen las principales limitaciones aplicables a los funcionarios y empleados del Ejecutivo, pues distintas circunstancias pueden dar lugar a un conflicto de intereses.

4. El Fideicomiso Ciego y su regulación en el Derecho Comparado.²⁸

Como primer aspecto, cabe referir que en el ámbito de la legislación comparada el Fideicomiso Ciego constituye un “arreglo legal a través de la cual un agente (el

²⁸ Nos referimos al Fideicomiso Ciego, pues éste es el mecanismo adoptado -en general- en el ámbito internacional para precaver los conflictos de intereses, y constituye la base de estudio de la legislación que se pretende abordar en Chile. En todo caso, sobre el punto haremos solamente una resumida referencia, pues no corresponde a nuestra tesis su estudio detallado; interesa destacar, sin embargo, las características y finalidades de las normas regulatorias existentes en otras latitudes.



Fideicomisario o Grantor) confiere en forma temporal la administración total de sus activos, negocios y acciones a un tercero independiente (Administrador Fiduciario o Trustee), el que posee total autonomía, independencia y discreción para gestionar tales activos, sin informar ni consultar al Fideicomisario u otras partes interesadas de sus gestiones ni de los cambios en la composición de la cartera de activos dejada a su administración (Fideicomiso). Su principio básico es crear un muro entre una autoridad pública y su patrimonio, para evitar un conflicto de interés en las decisiones que debe adoptar en el ejercicio de su cargo”.²⁹

Conforme al abogado señor Axel Buchheister, del Instituto Libertad y Desarrollo, el análisis de los antecedentes de Derecho Comparado permite concluir que instituciones como el fideicomiso ciego y la obligación de enajenar se originan en el ámbito anglosajón y que otros países los han adoptado posteriormente. No obstante, destaca que la obligatoriedad de ellas no constituye una regla generalizada.³⁰

A su juicio, este es un aspecto relevante, toda vez que las referidas instituciones constituyen un menoscabo esencial al derecho de propiedad, porque comprometen atributos esenciales del dominio.

Desde el punto de vista de sus implicancias políticas, estas instituciones representan un gravamen importante que no se exige a todas las personas, sino solamente a las que han sido exitosas en lo económico. En otras palabras, a quienes han podido acumular un patrimonio considerable se les impone una barrera que obstaculiza el desarrollo de una carrera política. Por esta razón, en distintos países estos mecanismos se consagran con carácter optativo.³¹

²⁹ Mensaje N° 337-356, Ob. cit., p. 5.

³⁰ Buchheister, Axel, en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en Reforma Constitucional, Ob. cit., p. 924. Similar opinión se expresa en las conclusiones del texto de los abogados Christine Weidenslaufer y Guido Williams, en Ob. cit.

³¹ En el mismo sentido, el texto de los abogados señalados, para EEUU (pág. 4), pues se contemplan allí diversas formas de resolver los posibles conflictos de interés, y el fideicomiso ciego es uno más.



El objetivo de estas instituciones es evitar el surgimiento de conflictos de intereses. Para ello se establecen procedimientos, se instituyen autoridades con facultades específicas para conocer los patrimonios, registrarlos y hacer presente los eventuales conflictos.³²

Se entiende, además, que este conjunto de instrumentos afecta el derecho a la intimidad. En consecuencia, si la persona prefiere no informar su patrimonio, optará por el fideicomiso ciego, que será tal tanto para el afectado como para la comunidad.

Según explica Buchheister, en Estados Unidos de Norteamérica existen capitales de enormes dimensiones y que el fideicomiso es realmente ciego. En EEUU el fideicomiso ciego y la obligación de transparencia están consagrados como medios alternativos; es decir, el afectado opta por develar su patrimonio o por constituir un fideicomiso ciego.³³ Esta opción, en la práctica ha dado garantías y ha sido aceptada por la comunidad. Si ante un caso determinado la Oficina Gubernamental de Ética detecta un conflicto de interés, lo hace presente y el afectado podrá constituir un fideicomiso ciego.

En Gran Bretaña, por su parte, existe una Secretaría Permanente ante la cual se debe entregar una relación completa de los bienes. Ella es la encargada de representar los casos de conflictos de interés y de proponer formas de solución de los mismos. Sin embargo, no existe la obligación previa de enajenar.³⁴

Particular interés representa igualmente la exposición del Presidente del Consejo de Defensa del Estado, señor Carlos Mackenney, que se refirió a la situación en diversos países, indicando al efecto que en Canadá “el tema del conflicto de interés en el sector público está regulado en La Ley de Conflictos de Interés, cuya sección 27 contiene reglas para la creación del fideicomiso ciego para activos controlados, los que se definen como aquellos que pueden ser afectados directa o indirectamente por decisiones o políticas de gobierno, por ejemplo, acciones, la administración individual de planes de pensión,

³² No es así en el Reino Unido, pues si bien en dicha legislación un fideicomiso es una forma aceptable de evitar posibles conflictos de interés, a diferencia de EEUU, no hay una legislación específica sobre la creación y funcionamiento de ellos, en Christine Weidenslaufer y Guido Williams, Ob. cit., pp. 7 y 8.

³³ Ver nota 31.

³⁴ Buchheister, Axel, Ob. cit., pp. 924 y 925. Similar en texto de los abogados Weidenslaufer y Williams, Ob. cit., p.7.



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



commodities, acciones futuras, etc. Esta ley establece que los funcionarios públicos y sus familiares no pueden tener participación comercial de ningún tipo en activos controlados. Sin embargo, si es así con anterioridad al momento en que la persona asuma como funcionario público, se autoriza la creación de un fideicomiso ciego dentro de 120 días desde que la persona asuma su cargo, siendo este fideicomiso fiscalizado por un tercero denominado comisionado de conflicto de intereses y ética. El funcionario público tiene derecho a conocer el valor del fideicomiso y a recibir la información necesaria para cumplir con sus obligaciones legales. Todas las comunicaciones entre el funcionario público y el fideicomisario son transcritas para que el comisionado tome conocimiento de ellas. Los conflictos de interés en que pueden incurrir los miembros del Congreso de Canadá están regulados por el Código de Conflictos de Intereses. Éste establece la prohibición de sus miembros de tener intereses en una sociedad o corporación privada que tenga contratos, subcontratos o negocios con el Gobierno. Los fideicomisarios, tanto de los funcionarios públicos como del Parlamento, deben enviar un reporte anual del comisionado respecto del portafolio del fideicomiso, su valor, el interés ganado, los cobros realizados por el fideicomisario, etcétera. En Canadá, el conflicto de interés para los funcionarios públicos del Ejecutivo está regulado por el Código de Valores y Ética para el Servicio Público. Según este instrumento, si el superior de un funcionario determina que ciertos activos -tales como acciones transadas en bolsa, bonos de gobiernos extranjeros o inversiones en monedas extranjeras- pueden causar potencialmente un conflicto de interés, incluyendo ciertamente la posibilidad de un conflicto en relación a sus funciones, el funcionario debe producir el desasimiento de estos bienes financieros, otorgándosele dos opciones: fideicomiso ciego o venta de los bienes. Este Código también establece que el funcionario público no tiene ningún poder de administración o control sobre los activos que se encuentren incluidos en el fideicomiso ciego. El fideicomisario no aceptará, en consecuencia, ninguna instrucción del empleado público respecto de la administración o manejo de sus activos.³⁵

³⁵ Mackenney, Carlos, en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído



Respecto de Estados Unidos de Norteamérica, el tema de los conflictos de interés está regulado por La Ley de Ética del Gobierno. Existen varios mecanismos para hacer frente a los potenciales conflictos de intereses, por ejemplo, inhabilitarse de participar en un proceso si hay intereses financieros, divulgación de la declaración patrimonial, venta de los activos financieros que causen el conflicto de interés, fideicomiso ciego o transferencia del cargo. Se regula también el denominado "fideicomiso diversificado", que es aquel que tiene un portafolio de activos suficientemente amplio que evita que las actividades del funcionario público puedan influenciar directa o indirectamente sobre los precios o valores de los bienes incluidos en su fideicomiso. Este portafolio debe construirse sobre la base de acciones fácilmente transables en bolsa. El fideicomisario puede ser una institución financiera, un abogado, un contador público, un corredor o un consejero de inversiones y es requisito esencial que no exista relación entre el fideicomisario y el funcionario público. La violación a la confidencialidad y a la prohibición de comunicación entre el funcionario público y el fideicomisario acarrea sanciones civiles e incluso, en algunos casos, sanciones penales.³⁶

De otra parte, indica que Australia fue uno de los primeros países en intentar legislar esta materia, realizando un primer esfuerzo a finales de la década de los 70. El denominado Informe Riordan recomendó la creación de un Código de Conducta y concluyó que los ministros de La Corona debían renunciar a los directorios en los cuales estuvieren al momento de asumir y vender sus acciones en sociedades públicas o privadas. Los conflictos de intereses en que pueden incurrir los Ministros están regulados por el Código de

en Reforma Constitucional, Ob. cit., pp. 929 y 930. El texto de los abogados Weidenslaufer y Williams se refiere también al tema, Ob. cit., en su apartado III.

³⁶ Mackenney, Carlos, *Ibídem*, p. 931. Un detallado análisis de la situación en EEUU se puede encontrar también en el texto de los abogados Christine Wiedenslaufer y James Wilkins, "Conflictos de Interés de Parlamentarios y Mandato Ciego Diversificado. Derecho Comparado", Área de Análisis Legal, con la colaboración de Área de Gestión del Conocimiento, Asesoría Técnica Parlamentaria, facilitado por sus autores. Al respecto, el mismo Mensaje del Proyecto original, 337-356, se refiere a la situación en EEUU, Gran Bretaña y Canadá, Ob. cit., pp. 7 y siguientes.



Conducta de Ministros. En éste se establece que ellos deben someter su activo a un fideicomiso ciego o vender sus bienes. Los Ministros no pueden realizar ninguna adquisición de acciones durante el ejercicio de su cargo. Los Parlamentarios y sus familias no tienen que vender sus acciones ni someterlos a un fideicomiso ciego. Sin embargo, deben realizar declaraciones públicas de todas las acciones que tengan en empresas cuyo valor sea mayor a 7.500 USD.³⁷

En Portugal se ha regulado esta materia mediante ley. En ésta se ha definido los conflictos de interés como una oposición que proviene del ejercicio de funciones públicas cuando convergen intereses públicos y personales, poniendo en juego intereses financieros o patrimoniales de naturaleza directa. En este país, cuando un funcionario tiene un potencial conflicto de interés, debe entregar la adopción de la decisión pertinente a un tercero, someter su patrimonio a un fideicomiso ciego o enajenar sus bienes.³⁸

Polonia prohíbe por ley a los Ministros, Diputados y Senadores tener más del 10% de participación en una sociedad comercial. Si tienen más, deben vender.³⁹

En México los poderes públicos examinan todos los casos potenciales de corrupción del servicio público, incluyendo los conflictos de interés. Con este fin, se creó la Comisión Interministerial para la Transparencia y el Combate a la Corrupción dentro de la Administración Pública Federal. La ley que lo regula obliga a los funcionarios a renunciar a su compromiso privado abusivo cuando puede existir un conflicto de interés.⁴⁰

La Ley Alemana de la Función Pública parte del principio básico de que cualquier actividad privada ejercida de manera simultánea con el empleo principal puede

³⁷ Mackenney, Carlos, en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en Reforma Constitucional, Ob. cit., p. 931. El documento de Trabajo N° 9 de "Chile Transparente", indica que en Australia el fideicomiso ciego se consideró sólo como una herramienta temporal para evitar conflictos de intereses. Además, se presenta el problema de la carga de la prueba, ya que existe dificultad en el proceso de rastreo de la comunicación entre las partes del fideicomiso ciego y el uso de información privilegiada, Ob. cit., p. 28.

³⁸ Mackenney, Carlos, Ídem, p. 931 y 932.

³⁹ Ídem, p. 932.

⁴⁰ Ídem.



comprometer al funcionario en el cumplimiento de sus obligaciones y puede, por consiguiente, desembocar en una situación de conflicto de intereses.⁴¹

En Francia, los empleados públicos no pueden tener, directamente o a través de una tercera persona, intereses en una empresa sujeta a control de la administración a la que ellos pertenezcan, de manera tal que sean susceptibles de comprometer su independencia.⁴²

Respecto de Nueva Zelanda, los actuales mecanismos que pueden ser puestos en práctica para impedir que surjan conflictos de interés y para ayudar a resolver los que se presenten son muchos. Por ejemplo, existen la declaración de interés, el traspaso de la competencia, la renuncia del interés patrimonial personal, la venta, la desinversión, la abstención de voto o de la toma de decisiones y la dimisión del cargo.⁴³

En Reino Unido existe una normativa que obliga a los funcionarios públicos a declarar por escrito todos sus bienes, patrimonio e intereses, al igual que el de sus cónyuges. También se contempla la existencia de una entidad independiente, dotada de atribuciones y recursos, encargada de fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre conflictos de interés, registrar y analizar las declaraciones de patrimonio e intereses de los altos funcionarios, sus parientes y socios. En el caso de conflictos de interés, el funcionario público debe vender sus activos o colocarlos en un fideicomiso ciego".⁴⁴

Terminó refiriéndose el señor Mackenney a los distintos tipos de fuentes normativas que existen para regular el tema de los conflictos de interés: "Polonia, Turquía, Austria, Dinamarca, Islandia, Estados Unidos y Grecia regulan esta materia mediante un Código. En Alemania, Estados Unidos y Japón existen reglamentos y directivas. Por su parte, Canadá,

⁴¹ Mackenney, Carlos, en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en Reforma Constitucional, Ob. cit., p. 932. También se aborda el tema en el texto de los abogados Weidenslauffer y Wilkins, "*Conflictos de interés....*", Ob. cit., pp. 8 y 9.

⁴² Mackenney, Carlos, en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en Reforma Constitucional, Ob. cit., p. 932. Ver también el texto citado en nota 36 de "*Conflictos de interés....*", pp. 9 y 10.

⁴³ Mackenney, Carlos, en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en Reforma Constitucional, Ob. cit., p. 932

⁴⁴ Ídem, p. 932 y 933.



Suecia, Irlanda y Dinamarca tienen circulares y convenios colectivos. En el caso de Irlanda, Canadá, Reino Unido y también en Estados Unidos, existe un Código de Conducta.⁴⁵

Por otra parte, de los países miembros de la OCDE, 21 cuentan con mecanismos que suponen la disposición de bienes, forzada o voluntaria, como fórmula de superación explícita del eventual conflicto de interés (llamada restricción o abandono del interés personal), y 23 de los Estados miembros tienen el mecanismo denominado "blind trust" o fideicomiso ciego".⁴⁶

En nuestra América Latina, aparte de leyes generales contra la probidad, un proyecto específico sobre el fideicomiso ciego sólo conocemos en tramitación en Argentina, según informe 048, de 5 de mayo de 2010.⁴⁷

⁴⁵ Mackenney, Carlos, en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en Reforma Constitucional, Ob. cit., p. 933.

⁴⁶ Ídem.

⁴⁷ Disponible en: <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=2898-D-2010>, última visita 04.05.2012.



CAPÍTULO II
LA REGULACIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS EN CHILE
(EN ESPECIAL, DEL MANDATO DE ADMINISTRACIÓN
DISCRECIONAL DE CARTERA DE VALORES)
PROYECTO SOBRE SU ESTABLECIMIENTO Y CARACTERÍSTICAS DE
LA INSTITUCIÓN

1. Generalidades.

El proyecto original relativo a los conflictos de interés en Chile se inició por Mensaje de la ex Presidenta de la República señora Michelle Bachelet Jeria, N° 337-356, ingresado a la Cámara de Diputados el 11 de junio de 2008 y dio origen al Boletín 5898-07. Con fecha 9 de junio de 2010 se ingresó una indicación sustitutiva, por Mensaje N° 1932-357, que introdujo modificaciones al anterior y alteró su articulado.

La base de estudio de este proyecto era la figura del Fideicomiso Ciego vigente en otros países, pero que no se adoptó en el nuestro, pues, conforme antes se refirió, aquél no se trataba de un fideicomiso civil asimilable al existente en Chile.⁴⁸ Se optó, así, por la creación de una figura propia y diversa, que se denominó Mandato de Administración Ciega de Patrimonio (MACPA).

Por su parte, el nuevo proyecto en actual tramitación y al que dedicamos nuestro estudio -Mensaje 041-359 y Boletín N° 7616-06, originado en una indicación sustitutiva del anterior, presentada por el Ejecutivo, modifica a su vez la figura precedente y crea el que ahora llama "Mandato de Administración Discrecional de Cartera de Valores", que

⁴⁸ Véase Introducción y Capítulo III, 1, de este trabajo.



nosotros también denominaremos MADCV, que admite dos modalidades: la de Mandato de Administración General de Cartera, o "Mandato General"; y la de Mandato de Administración Diversificada de Cartera, o "Mandato Diversificado".

Sin perjuicio de lo anterior, el proyecto también indica que la Superintendencia de Valores y Seguros en conjunto con la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras podrán dictar normas de carácter general en las que definirán y regularán otras formas de mandato de administración de cartera de terceros, que tengan por objeto precaver posibles conflictos de intereses.

2. Objetivo del Proyecto.

Con la finalidad ya referida de prevenir los conflictos de interés, y a propósito del control ciudadano que es deseable en este ámbito para facilitar a las personas perseguir las responsabilidades administrativas del caso, en su Mensaje, el proyecto indica que uno de los mecanismos que permite a la ciudadanía tener acceso a la información -que es la base del control- es la declaración pública de intereses y de patrimonio de las autoridades y de ciertos funcionarios públicos. Se añade que ésta es la herramienta menos intrusiva y gravosa para regular la debida consonancia entre el derecho de ejercer libremente cualquier actividad que se reconoce a los funcionarios en el artículo 56 de la ley 18.575, y más ampliamente en el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política y el ejercicio de la función pública.⁴⁹

Agrega el Mensaje que otro de los mecanismos reconocidos como eficaces en el control y prevención de los conflictos de interés que pueden afectar a los funcionarios públicos son los Fideicomisos, instituciones de escasa regulación y aún menor uso en nuestro ordenamiento jurídico cuyo equivalente puede encontrarse en la obligación de constituir un Mandato en que el mandante se desprenda de la administración de los bienes que se entregan al tercero mandatario.⁵⁰

⁴⁹ Mensaje N° 041-359, Ob. cit., p.6.

⁵⁰ *Ibidem*, p.7.



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



Finalmente, se indica que la obligación de ciertas autoridades de enajenar determinados bienes es otra de las alternativas que se contempla en la legislación comparada. Esta opción, en términos generales, se utiliza respecto de aquellos casos en que la propiedad de estos bienes supone que la existencia del conflicto de interés sea ineludible.⁵¹

En base a lo referido, dentro del acápite relativo al Objeto del Proyecto, éste señala que se reconoce en él como mecanismo principal en la prevención de los conflictos de interés de los funcionarios públicos, "la estructuración de una declaración de intereses y patrimonio que dé cuenta, clara y transparentemente, de dónde están radicados los intereses de las autoridades y funcionarios obligados y a cuánto asciende el patrimonio de éstos. La intención es potenciar la regulación de las declaraciones ya existentes, mejorándola en los aspectos que se señalaremos a continuación. Adicionalmente, el proyecto de ley recoge en un solo cuerpo normativo la regulación vigente sobre declaración de intereses y patrimonio, la actualiza y establece nuevas obligaciones para las autoridades y funcionarios a los que ésta se les aplica. El proyecto también unifica la normativa actual relativa a la materia, estableciendo en este mismo cuerpo legal la regulación concerniente a otras autoridades que no forman parte de la Administración del Estado, y que hoy día se encuentra dispersa en diversos textos legales. Además, hace extensiva la obligación de efectuar y actualizar esta declaración, a autoridades y funcionarios que actualmente no se encuentran afectos. De este modo, se incluye a los miembros del Consejo para la Transparencia, a los Defensores Locales, a los Consejeros del Consejo de Alta Dirección Pública y los miembros del Tribunal para el Contratación Pública. Finalmente, en cumplimiento del mandato constitucional, el proyecto regula nuevos mecanismos de prevención de conflictos de interés en la función pública, estableciendo la obligación de ciertas autoridades de constituir un Mandato de Administración Discrecional de Cartera de Valores, y en carácter de *última ratio*, la obligación de enajenar determinados activos que la ley señala".⁵²

⁵¹ Mensaje N° 041-359, Ob. cit., p.8.

⁵² *Ibidem*, p.14 y 15.



Conforme al planteamiento que sostenemos en esta tesis, de todas estas medidas, nosotros hemos centrado el estudio en el Mandato de Administración, que es la institución en que hemos advertido nuestros reparos.

3. Estructura.

El proyecto de ley consta de 66 artículos permanentes y tres transitorios que regulan la entrada en vigencia de la ley que se propone.

Es específicamente en el Título III, capítulo I, entre los artículos 27 y 52, que se contiene la normativa del Mandato de Administración Discrecional de Cartera de Valores. El capítulo III, con su único artículo 53, regula a su vez las enajenaciones a que obliga la ley.

4. Contenido del proyecto y características de la institución.⁵³

El proyecto sujeta a las más altas autoridades públicas del país, como condición para poder ejercer legítimamente sus magistraturas, a la obligación de constituir el mandato de administración a que se refiere, en cualquiera de sus modalidades, con el fin de transferir a un tercero autorizado e independiente, la administración discrecional de valores que integren su patrimonio mientras desempeñe su cargo.

Igualmente, el proyecto regula aquellas situaciones en que, por no resultar suficiente el aludido Mandato de Administración para resolver los conflictos de interés de dichas autoridades, se hace necesario que deban proceder, obligatoriamente, a enajenar o renunciar, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2108 del Código Civil, a su participación que tengan en diversas empresas.

Es así como el artículo 27 del proyecto indica que *"las autoridades señaladas en este Título tendrán la obligación de constituir un Mandato de Administración Discrecional de Cartera de Valores, en adelante el "Mandato", en los casos y en la forma que se establece en esta ley y de enajenar ciertos activos en aquellas situaciones excepcionales"*; y en el inciso 2° se establece la oración en que hemos reparado nuestra atención, y que

⁵³ El desarrollo del tema se ha efectuado en base al análisis detallado del proyecto, a partir de lo cual hemos propuesto las divisiones y clasificaciones que se indican en el texto.



como se ha indicado, constituye el centro de nuestro estudio, que señala que *"en todo lo no previsto en el presente Título, el Mandato se regirá por las normas generales aplicables al mandato civil"*.

4.1. Definición.

El proyecto define el MADCV en el artículo 28 como un contrato en virtud del cual una autoridad, en la forma y los casos señalados en esta ley, y con el objeto de precaver posibles conflictos de interés, encarga a uno o más terceros autorizados, la administración discrecional de valores que integren su patrimonio, quienes se hacen cargo separadamente de éstos, por cuenta propia y riesgo del primero. La autoridad que confiere el encargo se llama mandante, y el que lo acepta, mandatario.

4.2. Sujetos del MADCV.

De acuerdo al artículo 30, están obligados a constituir el MADCV el Presidente de la República, los ministros de Estado, los senadores, los diputados, los consejeros regionales, el Contralor General de la República, subsecretarios, intendentes regionales, los gobernadores y los alcaldes.

Establece la ley que también corresponde esta obligación a las sociedades o entidades que conforman el Grupo Empresarial en que la autoridad tenga la calidad de controlador, o miembro del controlador en los términos del Título XV de la ley N° 18.045.

4.3. Contenido del Mandato.

Distingue a este efecto la ley según el sujeto a que se refiere: Si se trata del Presidente de la República, los ministros de Estado, los senadores, los diputados, los consejeros regionales, el Contralor General de la República y las sociedades o entidades que conforman el Grupo Empresarial antes referidas, el mandato debe constituirse sobre la totalidad de sus acciones de sociedades anónimas abiertas, opciones a la compra y venta de tales acciones, bonos, debentures y demás títulos de oferta pública representativos de capital o deuda que sean emitidos por entidades constituidas en Chile y que se encuentren inscritas en los Registros de Valores que llevan la Superintendencia de Valores y Seguros y la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.



En caso de tratarse de los subsecretarios, los intendentes regionales, los gobernadores y los alcaldes, deberán constituir el mandato cuando valores de su propiedad, de aquellos señalados en el acápite anterior:

- a) Se vinculen con las entidades del sector privado sujetas, directamente y de acuerdo a la ley, a la fiscalización o control del o los organismos sujetos a su dependencia o supervigilancia; o,
- b) Se vinculen directamente con el ámbito de sus competencias.

4.4. Entidades autorizadas para operar como mandatarios.

Indica sobre este aspecto el artículo 38 del proyecto que sólo podrán desempeñarse como mandatarios, para los efectos de esta ley, las personas jurídicas que a continuación se señalan y que se encuentren inscritas previamente en los Registros a que se refiere el artículo siguiente (artículo 39):

- a) Las corredoras de bolsa, los agentes de valores, las administradoras generales de fondos, las administradoras de fondos mutuos y las administradoras de fondos de inversión, sujetas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros;
- b) Las empresas bancarias autorizadas para operar en Chile, con exclusión de los bancos extranjeros autorizados únicamente para mantener oficinas de representación o actuar como agentes de negocios de sus casas matrices; y,
- c) Las entidades autorizadas para administrar activos de terceros, constituidas en el extranjero, siempre que cumplan con la fianza o garantía establecida en el artículo siguiente. Dichas entidades deberán cumplir, además, con los estándares internacionales que determine el reglamento, dispuestos por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, circunstancia que deberá ser acreditada ante la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras o la Superintendencia de Valores y Seguros, según corresponda, las que deberán verificar tal circunstancia al momento de inscribir a la entidad en el registro respectivo. Asimismo, deberán designar a un apoderado en Chile con amplias facultades de representación, en conformidad a los términos que señale la norma de carácter general que para estos efectos dictarán, en conjunto, las Superintendencias mencionadas.



Por su parte, el artículo 39 mencionado, indica que la Superintendencia de Valores y Seguros y la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras llevarán, separadamente, un Registro Especial de Administradores de Mandato en el cual deberán inscribirse las personas jurídicas autorizadas a desempeñarse como mandatarios. Los registros estarán a disposición permanente del público y deberán publicarse en el sitio electrónico de las respectivas instituciones.

Se añade que las mencionadas Superintendencias establecerán, conjuntamente, mediante una norma de carácter general, los antecedentes e información específica que deberán acompañar en sus solicitudes de inscripción en el respectivo registro, quienes deseen desempeñarse como mandatarios para los efectos de esta ley.

Adicionalmente y con el objeto de garantizar el fiel y oportuno cumplimiento de su mandato, dichos mandatarios deberán constituir una caución o garantía irrevocable y pagadera a la vista, a beneficio fiscal. Esta caución o garantía deberá constituirse al momento de celebrar el primer contrato de mandato, constará en boleta bancaria de garantía o póliza de seguro, emitida por entidades instituidas en Chile y será equivalente al 10% del valor del patrimonio que mediante dicho contrato se entregue en administración, con un tope de mil unidades tributarias mensuales.

4.5. Características.

Según emana del análisis del proyecto, el Mandato de Administración Discrecional de Cartera de Valores que se crea, presenta las siguientes características:

4.5.1. Es un contrato.⁵⁴

Así lo indica expresamente el artículo 28 del proyecto, señalando que el Mandato a que se refiere, "*es un contrato* en virtud del cual...."

⁵⁴ Recordemos que conforme al artículo 1438 del Código Civil -en una definición criticada por la doctrina-, *contrato o convención* es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Sobre las críticas, véase López Santa María, Jorge: "*Los Contratos. Parte General*". Editorial Jurídica de Chile, 4º Ed., T. I, pp. 26-28.



La naturaleza contractual de la institución que se crea emana también de sus propias características, que supone la suscripción formal de un documento, que da nacimiento a un conjunto de derechos y obligaciones recíprocas, a que luego nos referimos. Al efecto, el artículo 32 indica que el MADCV se constituye por voluntad del mandante y por la aceptación del mandatario, en un solo acto, mediante escritura pública otorgada y publicada en los términos que esa normativa indica.

4.5.2. Es un contrato de mandato.⁵⁵

Su propio nombre así lo indica -*Mandato* de Administración-, y así lo describe el proyecto a lo largo de todo su articulado. El artículo 27 dice expresamente, después de referirse a las autoridades obligadas a su otorgamiento, que en adelante lo llamará solamente "Mandato"; el artículo 28 inciso 2°, por su parte, indica que la autoridad que confiere el encargo se llama mandante, y el que lo acepta, mandatario; El Párrafo 2° del proyecto se intitula "Objeto del mandato"; el párrafo 3° se denomina "Normas comunes a ambos tipos de mandato"; el párrafo 4° "Modificaciones al mandato"; el 5° y 6° se refieren a las Obligaciones y prohibiciones del mandante y mandatario, respectivamente; y el 7° al "Término del mandato y restitución de los bienes al mandante".

La misma referencia supletoria a las normas del mandato civil que cuestionamos y que efectúa el inciso 2° del artículo 27 confirma lo señalado en el presente acápite.

4.5.3. Es un mandato que puede revestir dos modalidades.

Conforme lo dispone el artículo 29, el Mandato de Administración Discrecional de Cartera de Valores admite las modalidades de Mandato de Administración General de Cartera, o "Mandato General"; y la de Mandato de Administración Diversificada de Cartera, o "Mandato Diversificado".

Se añade que el Mandato General es aquel contrato en virtud del cual una autoridad encarga a uno o más terceros autorizados la administración amplia y discrecional de los valores que el proyecto indica, y su finalidad es la administración libre de una cartera de

⁵⁵ El más completo estudio que conocemos en nuestro derecho sobre el contrato de mandato lo constituye el texto del profesor David Stitckin Branover, el cual hemos tenido como base para la elaboración del presente trabajo. Véase Stitckin Branover, David: "*El Mandato Civil*". Editorial Jurídica de Chile, 4ª edición, 1989.



inversiones sin entregar al mandante ninguna información respecto del destino de los valores entregados en administración, ni el mandante entregar ninguna instrucción respecto del destino de sus inversiones.

En cuanto al Mandato Diversificado, es aquel contrato en virtud del cual una autoridad encarga a uno o más terceros autorizados la presentación de un plan de liquidación de los valores que se indican.

Sin perjuicio de lo anterior, según agrega el inciso 5° del artículo 29, la Superintendencia de Valores y Seguros en conjunto con la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras podrán dictar normas de carácter general en las que definirán y regularán *otras formas de mandato de administración de cartera de terceros*, que tengan por objeto precaver posibles conflictos de interés. Estos mandatos serán gestionados por cuenta y riesgo del mandante y el mandatario estará facultado para decidir su inversión, enajenación y demás actividades que correspondan, en conformidad con las disposiciones contenidas en el contrato de administración de cartera de terceros que deben suscribir ambas partes y con las normas del proyecto.

Interesante resulta destacar que conforme al inciso final de la norma en análisis, la autoridad obligada a constituir Mandato podrá optar libremente por una cualquiera de las modalidades referidas precedentemente.

4.5.4. Es un mandato obligatorio para ciertas autoridades públicas.

Ya hemos mencionados las personas y entidades obligadas a su suscripción.⁵⁶

Interesa destacar que hay un plazo determinado para su celebración: De acuerdo al artículo 31, el Presidente de la República y los senadores y diputados deberán constituir el mandato dentro del período comprendido entre su proclamación como candidatos electos y la fecha en que legalmente les corresponda asumir el cargo. Las demás autoridades obligadas y los parlamentarios nominados en conformidad al artículo 51 de la Constitución, deberán hacerlo dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de asunción del cargo.

⁵⁶ Ver Supra, 4.2.



Asimismo, si durante el ejercicio de su cargo se genera alguno de los supuestos contemplados en el artículo anterior respecto de nuevos valores, las autoridades señaladas deberán ampliar el mandato o constituir uno nuevo en el término de treinta días.

El artículo 56 del proyecto establece, por su parte, que transcurridos los plazos señalados en el artículo 31 sin que se haya constituido el mandato, la autoridad infractora será notificada por la Contraloría General de la República de dicha circunstancia. A partir de la notificación, contará con un plazo de diez días para subsanar su situación. Expirado este plazo, la autoridad en mora será sancionada con multa, a beneficio fiscal, de hasta trescientas unidades tributarias mensuales.

La infracción a lo dispuesto en el inciso anterior podrá ser considerada, además, como una vulneración grave al principio de probidad administrativa. Corresponderá al Contralor General de la República ordenar la instrucción de los sumarios administrativos que correspondan. En el caso del Presidente de la República y los ministros de Estado, la Contraloría General de la República deberá informar esta situación de incumplimiento reiterado a la Cámara de Diputados, para los fines que sean pertinentes.

En el caso del Contralor General de la República, será la Cámara de Diputados la encargada de verificar el debido cumplimiento de las disposiciones de esta ley.

Oportuno resulta señalar aquí que conforme al artículo segundo transitorio del proyecto, las autoridades obligadas en virtud del mismo, deberán adecuar su situación a lo que aquél establece, dentro del plazo de tres meses desde su entrada en vigencia.

4.5.5. Es un mandato solemne.⁵⁷

Conforme el artículo 32 del proyecto, el MADCV se constituye por voluntad del mandante y por la aceptación del mandatario, en un solo acto, mediante escritura pública otorgada y publicada en los términos del párrafo 3º, referido a las normas comunes a ambos tipos de mandato.

⁵⁷ Sobre la clasificación de contratos consensuales, reales y solemnes, véase López Santa María, Jorge, Ob. cit., pp. 130 y siguientes.



El artículo 33 señala, a su vez, que el mandato deberá contener, al menos, las siguientes menciones:

- 1) Individualización del mandante, del mandatario y de la modalidad de mandato que se constituye. Respecto del mandatario deberá identificarse su representante legal y los dueños o accionistas controladores, en su caso.
- 2) El inventario detallado de los valores que conforman la parte del patrimonio del mandante sobre la que se constituye el mandato, así como el valor corriente de los mismos.
- 3) Las instrucciones generales de administración respecto de la parte del patrimonio sobre la que se constituye el mandato, en especial en lo referido al riesgo y diversificación de las inversiones. Con todo, dichas instrucciones no podrán referirse a efectuar inversiones en sectores específicos o empresas en particular.
- 4) Activos específicos respecto de los que se autorice al mandatario a delegar facultades de administración, con las limitaciones establecidas en el artículo 43.

Dentro de los cinco días siguientes al otorgamiento de la escritura pública de constitución del mandato, el mandante deberá entregar una copia autorizada de ella a la Superintendencia de Valores y Seguros o a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, según corresponda, y a la Contraloría General de la República. En el caso del Contralor General de la República, la escritura pública deberá entregarse a la Cámara de Diputados, para su registro.

Una copia de la escritura pública de la constitución del mandato y la declaración jurada de independencia a que se refiere el artículo 40 de esta ley, deberán ser publicadas en el sitio electrónico del organismo en el cual desempeñe sus funciones el mandante. El obligado deberá también publicar en el mismo sitio, las modificaciones a los instrumentos referidos.

4.5.6. Es un mandato modificable.

De acuerdo al artículo 35, durante la vigencia del MADCV, el mandante podrá introducirle modificaciones una vez al año. Para estos efectos el mandante deberá informar



las modificaciones al mandato a la Contraloría General de la República y, en el caso del Contralor General de la República, a la Cámara de Diputados, dentro de los dos días hábiles siguientes a aquel en que se efectuó la modificación.

Las modificaciones podrán referirse únicamente a las instrucciones generales otorgadas en el acto de constitución del mandato a las que se refiere el número 3) del artículo 33 y deberán cumplir con las solemnidades señaladas en el referido artículo, en lo que fuera procedente.

Señala a su vez el artículo 36 que sin perjuicio de lo establecido en el artículo 35, y tratándose de las instrucciones consignadas en el número 3) del artículo 33, el mandante podrá, por una sola vez en el año, instruir al mandatario la modificación de sus inversiones cuando existan manifiestos cambios en los mercados que hagan gravoso para el patrimonio del mandante mantener las instrucciones otorgadas. En este caso, el mandante deberá informar a la Superintendencia respectiva, para que ésta, dentro de los cinco días hábiles siguientes, se pronuncie sobre la procedencia de la modificación e instruya al mandatario a efectuarla.

Las modificaciones a que hace referencia este artículo deberán cumplir con las solemnidades exigidas en el artículo 35.

De acuerdo a lo referido en el inciso penúltimo del artículo 29, estas modificaciones las entendemos aplicables únicamente a las modalidades de Mandato General y Mandato Diversificado, pues el inciso mencionado indica que las normas relativas a oportunidades y causales de modificación no se aplican a los mandatos que, como una tercera alternativa, pueden dictar la Superintendencia de Valores y Seguros en conjunto con la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.⁵⁸

4.5.7. Es un mandato "ciego".

Conforme se desprende del artículo 37, esta característica dice relación a que la autoridad que haya constituido un mandato deberá abstenerse de ejecutar cualquiera clase de acción, directa o indirecta, dirigida a establecer algún tipo de comunicación con el

⁵⁸ Ver Supra, 4.5.3.



mandatario destinada a instruirlo sobre la forma de administrar el patrimonio o una parte de él, sin perjuicio de las excepciones contempladas en la misma ley.

La violación de esta prohibición será sancionada en conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 del proyecto, esto es, con multa a beneficio fiscal, de hasta mil unidades tributarias mensuales en atención a la naturaleza y gravedad de la infracción.

Adicionalmente, la infracción referida, podrá ser considerada, además, como una vulneración grave al principio de probidad administrativa, para lo cual se procederá conforme a lo establecido en los incisos segundo y tercero del artículo 56, según corresponda, a los que ya se ha hecho mención.⁵⁹

Directamente relacionada con la característica que analizamos, el artículo 43 del proyecto indica que el mandatario que administre un mandato general tiene prohibido divulgar cualquier información que pueda llevar al público general o al mandante a saber el estado de las inversiones de este último.

La violación de este deber de reserva respecto de la gestión y administración de los bienes dados en mandato general, será sancionada en conformidad con lo dispuesto en el artículo 57, en este caso, multa a beneficio fiscal, de hasta mil unidades tributarias mensuales y cancelación por un año de la inscripción en el registro para operar como mandatario.

En el mismo sentido que estamos analizando, se dispone en el artículo 47 que queda estrictamente prohibido al mandatario comunicarse, por sí o por interpósita persona, con el mandante, para informarle sobre el destino de su patrimonio o para pedir instrucciones específicas sobre la manera de gestionarlo o administrarlo. Esta prohibición se extiende, además, a las personas relacionadas con el mandante o que tengan interés, directo o indirecto, en el mandato, según los criterios determinados en el artículo 40.

El mandante no podrá exigir al mandatario que le rinda cuenta mientras el mandato se mantenga vigente.

⁵⁹ Ver Supra 4.5.4.



La infracción a esta prohibición será sancionada en conformidad con lo dispuesto en el artículo 57, antes ya referido.

Excepcionalmente se permitirán comunicaciones por escrito entre el mandatario y el mandante, las que deberán ser, en todo caso, previamente aprobadas por la Superintendencia de Valores y Seguros o la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, según corresponda, y sólo podrán versar sobre resultados globales del mandato, giros a beneficio del mandante, pérdida de la calidad de independiente del mandatario, declaración y pago de impuestos y modificación a las instrucciones del mandato, en conformidad a esta ley.

La prohibición de comunicación entre mandante y mandatario se advierte incluso en la información que este último debe entregar al primero para los efectos que declare y pague los impuestos que le correspondan por las rentas provenientes de los bienes a que se refiere la administración, indicándose expresamente a este respecto en el inciso 2º del artículo 44, que esta información deberá entregarse en términos que no se vulnere lo establecido en los artículos 43 y 47.

Tocante a las otras formas de mandato de administración de cartera de terceros que tengan por objeto precaver posibles conflictos de intereses y que la Superintendencia de Valores y Seguros en conjunto con la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras pueden establecer, según lo autoriza el artículo 29 del proyecto, también debe calificarse de "ciego", pues el artículo referido expresamente le hace aplicables las prohibiciones de información al mandante así como las prohibiciones de recibir instrucciones del mandatario.

4.5.8. Es un mandato remunerado.

De acuerdo al artículo 48, la constitución del MADCV dará derecho al mandatario a recibir una remuneración por sus servicios, la que será determinada por las partes en el acto de constitución.



De otra parte, el artículo 49 indica que los gastos incurridos por el mandatario en el desempeño de su cargo le serán abonados con cargo a los recursos que administra a medida que éstos se vayan devengando, y de conformidad a las normas que se fijen en el mandato.

4.5.9. Es un mandato que puede ser único o plural.⁶⁰

Al efecto, el artículo 34 del proyecto establece que las autoridades obligadas a otorgar mandato en los términos del mismo, podrán designar a uno o más mandatarios.

4.5.10. Es un mandato indelegable.

El artículo 42 indica que el mandatario no podrá delegar el encargo. Sin embargo, podrá encomendar la gestión de negocios específicos a terceras personas que designe, bajo su exclusiva responsabilidad, si fue autorizado por el mandante, expresamente, en la escritura de constitución del mandato, conforme con lo estipulado en el número 4) del artículo 33.

En todo caso, en esta última situación, el mandatario no podrá designar a personas que tengan con el mandante algún tipo de vínculo que pueda afectar su independencia. Indica la norma, específicamente, que el mandatario no podrá encomendar la gestión de negocios específicos a personas que tengan con el mandante algún tipo de vínculo que afecte o pueda afectar su independencia en los términos señalados en el artículo 40, siendo responsabilidad del mandatario la elección de la o las personas a quienes encargue este tipo de comisiones, las cuales deberán cumplir con todos los demás requerimientos de esta ley, en especial el estar inscritas en el Registro de Mandatarios autorizados por las Superintendencias.

Volveremos más adelante sobre el punto.⁶¹

4.5.11. Es un mandato sujeto a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros o a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

Así lo indica el artículo 54, señalando que corresponderá a la Superintendencia de Valores y Seguros o a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, según

⁶⁰ Sobre la pluralidad de mandatarios en el MADCV y la debida inteligencia del artículo 34 citado, Véase Capítulo IV, 2.6, y la nota al pie de página.

⁶¹ Véase Capítulo IV, 3.3.



corresponda, velar porque las personas jurídicas que se desempeñen como mandatarios cumplan las normas de la presente ley.

Se añade que corresponderá a la Contraloría General de la República velar porque las autoridades obligadas, den cumplimiento a sus disposiciones. En el caso de los senadores y diputados, corresponderá a las respectivas comisiones de Ética y Transparencia Parlamentaria, velar por el cumplimiento de las disposiciones contenida en esta ley. Por su parte, corresponderá a la Cámara de Diputados velar por el cumplimiento de las disposiciones contenidas en esta ley, por parte del Contralor General de la República.

En el mismo sentido, el artículo 55 agrega que para el eficaz ejercicio de las funciones de la Superintendencia de Valores y Seguros y la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, el mandatario designado no podrá negarse a entregar la información que estos organismos les soliciten; y en caso de incumplimiento, se contempla una multa a beneficio fiscal, hasta por un monto global por sociedad equivalente a trescientas unidades tributarias mensuales.

4.5.12. Es un mandato que tiene causales de término regladas.

El artículo 50 del proyecto indica que el mandato termina por las siguientes causales:

- 1) Por la cesación de la función pública del mandante;
- 2) Por la revocación expresa del mandante;
- 3) Por la renuncia del mandatario;
- 4) Por la muerte del mandante o la disolución del mandatario;
- 5) Por la declaración de quiebra o insolvencia del mandante;
- 6) Por la declaración de quiebra, liquidación forzosa o insolvencia del mandatario;
- 7) Por haber perdido el mandatario, por causa sobreviniente, su calidad de independiente, de conformidad al artículo 40;
- 8) Por suspensión del Registro del Mandatario, por haber incurrido éste en algunas de las conductas establecidas en los artículos 41, 43 o 47; y,



9) Por la cancelación de la inscripción (del mandatario, según se debe entender) en el Registro Especial a que se refiere el artículo 39.

Se añade sobre este punto en el artículo 51 del proyecto, que expirado el mandato por renuncia o pérdida sobreviniente de la calidad de independiente del mandatario, éste último, previa rendición de cuenta, procederá a entregar al mandante la parte del patrimonio que le fue encomendada, en la fecha pactada o, a falta de estipulación, tan pronto como fuere posible.

En caso de muerte del mandante, el mandatario deberá entenderse, para los efectos del inciso anterior, con los herederos del mandante fallecido.

En el caso de disolución del mandatario, la obligación señalada en el inciso primero, deberá ser cumplida íntegramente por sus liquidadores.

En los casos de quiebra del mandatario, las obligaciones de este último en relación con el mandato deberán ser asumidas por el síndico hasta la designación del nuevo mandatario.

En todo caso, para los efectos de lo señalado en este artículo, el mandatario saliente o sus representantes continuarán, hasta la designación del nuevo mandatario, siendo responsables de la gestión encomendada en lo relativo a las operaciones de carácter conservativo que resulten indispensables para una adecuada protección de la parte del patrimonio encomendada, como del cumplimiento de todas las obligaciones asumidas en el ejercicio del mandato.

La rendición de cuentas efectuada por el mandatario saliente será pública.

El reglamento determinará el procedimiento de rendición de cuentas al que hace referencia este artículo.

Por último, el artículo 52 indica que al término del mandato, el mandante cumplirá en todo caso las obligaciones pendientes contraídas por el mandatario.

4.6. Derechos y Obligaciones de las partes.



El análisis del proyecto nos ha permitido proponer las clasificaciones siguientes; y como se comprende, los derechos de una parte corresponden recíprocamente a obligaciones de la otra.

4.6.1. Los derechos y obligaciones del Mandante.

4.6.1.1. Derechos.

Podemos señalar en este punto, lo siguiente:

a) *Derecho* consustancial a todo mandante *de exigir el cumplimiento* cabal del encargo.

b) *Derecho de elegir libremente el tipo de mandato* a otorgar entre las dos vertientes del MADCV admitidas -mandato general o mandato diversificado- o el mandato que la Superintendencia de Valores y Seguros en conjunto con la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, están también facultadas a regular (artículo 29 inciso final).

Sin embargo, conforme lo indica el artículo 40 del proyecto, y en resguardo de la debida independencia que el mandatario debe tener en relación a la autoridad cuyos valores administra, se establecen algunos parámetros que la ley estima necesarios para cautelar la referida independencia, a que nos referimos más adelante.

c) *Derecho a designar* a uno o más mandatarios.⁶²

d) *Introducirle modificaciones a su mandato*, aunque sólo una vez al año, y referidas exclusivamente sobre las instrucciones generales otorgadas en el acto de constitución del mandato, informando siempre todo cambio a la institución que corresponda (artículo 35).

e) *Instruir al mandatario sobre la modificación de sus inversiones*, por una sola vez en el año, cuando existan manifiestos cambios en los mercados, por lo que mantener las instrucciones dadas al mandatario pudiese resultar gravoso para su patrimonio (artículo 36).

f) *Exigir al mandatario que lo provea de fondos* cada vez que lo solicite, con cargo a la parte del patrimonio sobre la que se constituyó el mandato, con la limitación que no

⁶² Ver Supra, nota al pie N° 60.



puede el mandante indicar la forma de obtenerlos ni el mandatario informar acerca de la fuente específica (artículo 45).

g) *Derecho de recibir anualmente del mandatario una memoria escrita razonada*, que tendrá el carácter de reservada, acerca de la situación general del patrimonio administrado, acompañada de un estado general de ganancias y pérdidas (artículo 46).

h) Salvo las situaciones contempladas en el artículo 53 (las enajenaciones a que obliga la ley), el mandante *podrá instruir al mandatario* la no enajenación de parte o todos los valores que se le entreguen en administración, mas no podrá disponer nuevas inversiones en aquellos valores que se deben enajenar, ni en aquéllos que deberán entregarse en mandato, conforme con lo establecido en esta ley (artículo 29 inciso 3°).

i) Excepcionalmente *se permitirán* comunicaciones por escrito entre el mandante y el mandatario, las que deberán ser, en todo caso, previamente aprobadas por la Superintendencia de Valores y Seguros o la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, según corresponda, y sólo podrán versar sobre resultados globales del mandato, giros a beneficio del mandante, pérdida de la calidad de independiente del mandatario, declaración y pago de impuestos y modificación a las instrucciones del mandato, en conformidad a esta ley (artículo 47).

4.6.1.2. Obligaciones.

a) *Obligación de constituir el mandato* dentro del período que establece la ley. En el caso del Presidente de la República y los senadores y diputados, el plazo va desde su proclamación como candidatos electos hasta la fecha en que legalmente les corresponda asumir el cargo. Respecto de las demás autoridades señaladas en el artículo 30 y los parlamentarios nominados en conformidad al artículo 51 de la Constitución, deberán hacerlo dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de asunción del cargo (artículo 31).

Asimismo, si durante el ejercicio de su cargo se genera alguno de los supuestos contemplados en el artículo anterior (artículo 30) respecto de nuevos valores, las autoridades señaladas deberán ampliar el mandato o constituir uno nuevo en el término de treinta días.



b) Dentro de los cinco días siguientes al otorgamiento de la escritura pública de constitución del mandato, el mandante *deberá entregar* una copia autorizada de ella a la Superintendencia de Valores y Seguros o a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, según corresponda, y a la Contraloría General de la República. En el caso del Contralor General de la República, la escritura pública deberá entregarse a la Cámara de Diputados, para su registro.

Una copia de la escritura pública de la constitución del mandato y la declaración jurada de independencia a que se refiere el artículo 40 de esta ley, deberán ser publicadas en el sitio electrónico del organismo en el cual desempeñe sus funciones el mandante. El obligado deberá también publicar en el mismo sitio, las modificaciones a los instrumentos referidos (artículo 33).

c) Conforme al carácter de "ciego" del mandato como de aquél que puede establecer la Superintendencia de Valores y Seguros en conjunto con la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, la autoridad que haya constituido un mandato *deberá abstenerse* de ejecutar cualquiera clase de acción, directa o indirecta, dirigida a establecer algún tipo de comunicación con el mandatario destinada a instruirlo sobre la forma de administrar el patrimonio o una parte de él, sin perjuicio de las excepciones contempladas en esta ley (artículo 37).

d) La autoridad obligada a constituir un mandato *no podrá designar* como mandatario a una persona jurídica en la cual tenga o haya tenido participación accionaria o patrimonial directa o indirecta, entendiéndose esta última en los términos del artículo 100 de la ley N° 18.045,⁶³ durante el año anterior a su designación, y a aquellas personas jurídicas cuyos directores o administradores, gerentes o ejecutivos principales, tengan relación de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad con la autoridad, o su cónyuge (artículo 40).

e) De manera previa o simultánea a la suscripción del mandato, la autoridad obligada a su constitución (así como también el mandatario), *deberán* emitir una

⁶³ Ver nota 87.



declaración jurada por separado, indicando estar en conocimiento de lo señalado en la letra anterior y la ausencia de relaciones de vinculación, parentesco o dependencia que impidan la celebración válida del contrato (artículo 40, inciso 2°).

f) *En ningún caso* el mandante podrá invertir los fondos de que le provea el mandatario a su solicitud, en bienes que puedan quedar sujetos a la obligación de constituir un mandato o de enajenar, en atención al cargo que desempeña (artículo 45).

g) Cuando el mandante solicite del mandatario una provisión de fondos, *no puede indicar* la forma de obtenerlos (artículo 45).

h) El mandante *no podrá exigir* al mandatario que le rinda cuenta mientras el mandato se mantenga vigente (artículo 47, inciso 2°).

i) Al término del mandato, el mandante *debe cumplir* en todo caso las obligaciones pendientes contraídas por el mandatario (artículo 52).

j) El mandante *debe pagar la remuneración* a que tiene derecho el mandatario, conforme al artículo 48 del proyecto.

k) Podemos, por último, también señalar la obligación de enajenar o renunciar, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2108 y siguientes del Código Civil, a su participación en la propiedad de las empresas que indica detalladamente el proyecto (artículo 53).

4.6.2. Los derechos y obligaciones del Mandatario.

4.6.2.1. Derechos.

a) *Derecho a una remuneración por sus servicios*, la que será determinada por las partes en el acto de constitución (artículo 48).

b) *Derecho a que los gastos incurridos por el mandatario en el desempeño de su gestión le sean abonados con cargo a los recursos que administra* a medida que aquellos se vayan devengando, y de conformidad a las normas que se fijan en el mandato (artículo 49).

c) *Derecho ya antes mencionado en cuanto a las comunicaciones por escrito y de forma excepcional con el mandante*, las que deberán ser, en todo caso, previamente aprobadas por la Superintendencia de Valores y Seguros o la Superintendencia de Bancos e



Instituciones Financieras, según corresponda, y sólo podrán versar sobre resultados globales del mandato, giros a beneficio del mandante, pérdida de la calidad de independiente del mandatario, declaración y pago de impuestos y modificación a las instrucciones del mandato (artículo 47 inciso final).

4.6.2.2. Obligaciones.

a) *Cumplir* el encargo encomendado.

b) *Inscribirse* en el Registro Especial de Administradores de Mandato que la Superintendencia de Valores y Seguros y la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras deberán llevar, separadamente.

Las mencionadas Superintendencias establecerán, conjuntamente, mediante una norma de carácter general, los antecedentes e información específica que deberán acompañar en sus solicitudes de inscripción en el respectivo registro, quienes deseen desempeñarse como mandatarios para los efectos de esta ley (artículo 39).

c) Adicionalmente, y con el objeto de garantizar el fiel y oportuno cumplimiento de su mandato, dichos mandatarios *deberán constituir una caución o garantía irrevocable y pagadera a la vista, a beneficio fiscal*. Esta caución o garantía deberá constituirse al momento de celebrar el primer contrato de mandato, constará en boleta bancaria de garantía o póliza de seguro, emitida por entidades instituidas en Chile y será equivalente al 10% del valor del patrimonio que mediante dicho contrato se entregue en administración, con un tope de mil unidades tributarias mensuales (artículo 39).

d) *Mantener su calidad de independiente*. Dice al efecto el artículo 41 que el mandatario deberá mantener su calidad de independiente en los términos definidos en el artículo anterior (artículo 40), durante todo el tiempo que dure el mandato. En el evento que por un hecho sobreviniente pierda tal carácter, deberá comunicarlo a la Superintendencia de Valores y Seguros o a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, según corresponda, a más tardar dentro de los cinco días hábiles siguientes a la ocurrencia del hecho. Asimismo, deberá comunicarlo al mandante sólo una vez que haya sido autorizado expresamente por la respectiva Superintendencia.



e) El mandatario *no podrá delegar el encargo*. Sin embargo, podrá encomendar la gestión de negocios específicos a terceras personas que designe, bajo su exclusiva responsabilidad, si fue autorizado por el mandante, expresamente, en la escritura de constitución del mandato, conforme con lo estipulado en el número 4) del artículo 33 (artículo 42).⁶⁴

f) En el caso anterior, el mandatario *no podrá encomendar* la gestión de negocios específicos a personas que tengan con el mandante algún tipo de vínculo que afecte o pueda afectar su independencia en los términos señalados en el artículo 40, siendo responsabilidad del mandatario la elección de la o las personas a quienes encargue este tipo de comisiones, las cuales deberán cumplir con todos los demás requerimientos de esta ley, en especial el estar inscritas en el Registro de Mandatarios autorizados por las Superintendencias (artículo 42).

g) El mandatario que administre un mandato general *tiene prohibido* divulgar cualquier información que pueda llevar al público general o al mandante a saber el estado de las inversiones de este último (artículo 43).

h) Para efectos tributarios, el mandatario *deberá proporcionar* oportunamente al mandante la información estrictamente necesaria para que este último declare y pague los impuestos que le correspondan por las rentas provenientes de los bienes a que se refiere el artículo 30, especialmente aquella que permita al mandante determinar si se trata de rentas exentas o no afectas, sujetándose en todo a las reglas establecidas en el Código Tributario contenido en el artículo 1° del decreto ley N° 830, de 1974 y en la Ley sobre Impuesto a la Renta, contenida en el artículo 1° del decreto ley N° 824, de 1974.

Esta información deberá entregarse en términos que no se vulnere lo establecido en los artículos 43 y 47 (artículo 44).

i) El mandatario *deberá*, con cargo a la parte del patrimonio sobre la que se constituyó el mandato, *proveer de fondos* al mandante cada vez que éste así lo solicite, no

⁶⁴ Ver Capítulo IV, 3.3.



pudiendo este último indicar la forma de obtenerlos ni el primero informar acerca de la fuente específica (artículo 45).

j) El mandatario *deberá proporcionar* anualmente al mandante y a la Superintendencia de Valores y Seguros o la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, según corresponda, una memoria escrita razonada, que tendrá el carácter de reservada, acerca de la situación general del patrimonio administrado, acompañada de un estado general de ganancias y pérdidas.

Las mencionadas Superintendencias establecerán conjuntamente, mediante una norma de carácter general, el contenido mínimo de la memoria y la forma en que ésta deberá ser presentada (artículo 46).

k) *Queda estrictamente prohibido al mandatario* comunicarse, por sí o por interpósita persona, con el mandante, para informarle sobre el destino de su patrimonio o para pedir instrucciones específicas sobre la manera de gestionarlo o administrarlo. Esta prohibición se extiende, además, a las personas relacionadas con el mandante o que tengan interés, directo o indirecto, en el mandato, según los criterios determinados en el artículo 40 (artículo 47).

l) Expirado el mandato por renuncia o pérdida sobreviniente de la calidad de independiente del mandatario, este último, previa rendición de cuenta, *procederá a entregar al mandante la parte del patrimonio que le fue encomendada*, en la fecha pactada o, a falta de estipulación, tan pronto como fuere posible.

En caso de muerte del mandante, el mandatario deberá entenderse, para los efectos del inciso anterior, con los herederos del mandante fallecido.

En el caso de disolución del mandatario, la obligación señalada en el inciso primero, deberá ser cumplida íntegramente por sus liquidadores (artículo 51).

ll) En todo caso, para los efectos de lo señalado en el artículo 51, el mandatario saliente o sus representantes *continuarán, hasta la designación del nuevo mandatario, siendo responsables de la gestión encomendada* en lo relativo a las operaciones de carácter conservativo que resulten indispensables para una adecuada protección de la parte del



patrimonio encomendada, como del cumplimiento de todas las obligaciones asumidas en el ejercicio del mandato (artículo 51 inciso 5°).

m) En relación a la rendición de cuentas del mandatario, *obligación de que ésta sea pública* (artículo 51 inciso final).

n) Para el eficaz ejercicio de las funciones de la Superintendencia de Valores y Seguros y de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, el mandatario designado *no podrá negarse* a entregar la información que estos organismos le soliciten.

En caso de incumplimiento por parte del mandatario de la obligación referida en el inciso precedente, se aplicará una multa a beneficio fiscal, hasta por un monto global por sociedad equivalente a trescientas unidades tributarias mensuales (artículo 55).

4.7. Enajenación.

Otra institución que regula el proyecto, es la enajenación obligatoria.

Al efecto, el artículo 53 señala que el Presidente de la República, los senadores y diputados y el Contralor General de la República estarán obligados a enajenar o renunciar, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2108 y siguientes del Código Civil, a su participación en la propiedad de:

1) Empresas proveedoras de bienes o servicios al Estado o a sus organismos, cuyos contratos vigentes superen, individualmente o considerados en su conjunto, las cien mil unidades de fomento, siempre y cuando la participación de la autoridad supere el 5% del capital de la misma. La Contraloría General de la República determinará, dentro del mes de enero de cada año, las empresas que se encuentren en esa situación, conforme a las transacciones efectuadas en el año calendario precedente.

2) Empresas que presten servicios sujetos a tarifas reguladas o que exploten, a cualquier título, concesiones de radiodifusión televisiva de libre recepción. También deberán enajenar o renunciar a su participación en la propiedad de las empresas que exploten, a cualquier título, otras concesiones, cuando la participación de la autoridad sea igual o superior al 5% del capital social de la empresa que explote la concesión y sus



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



contratos vigentes superen, individualmente o considerados en su conjunto, las cien mil unidades de fomento.

Por su parte, los ministros de Estado deberán enajenar o renunciar, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2108 y siguientes del Código Civil, a su participación en la propiedad de:

1) Empresas proveedoras de bienes o servicios al Estado o a sus organismos, cuyos contratos vigentes superen, individualmente o considerados en su conjunto, las cien mil unidades de fomento, siempre y cuando la participación de la autoridad supere el 5% del capital de la misma. La Contraloría General de la República determinará, dentro del mes de enero de cada año, las empresas que se encuentren en esa situación, conforme a las transacciones efectuadas en el año calendario precedente.

2) Empresas que presten servicios sujetos a tarifas reguladas, cuando éstas se encuentren vinculadas directamente con el ámbito de su competencia.

Los subsecretarios y los intendentes deberán enajenar o renunciar, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2108 y siguientes del Código Civil, a su participación en la propiedad de empresas que presten servicios sujetos a tarifas reguladas, cuando éstas se encuentren vinculadas directamente con el ámbito de su competencia.

Los superintendentes, los intendentes de dichas Superintendencias y los jefes de servicios de los servicios descentralizados estarán sujetos a la obligación de enajenar o renunciar, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2108 y siguientes del Código Civil, a su participación en la propiedad de todas aquellas entidades sujetas, directamente y de acuerdo a la ley, a su fiscalización.

Los alcaldes estarán sujetos a la obligación de enajenar o renunciar, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2108 y siguientes del Código Civil, a su participación en la propiedad de aquellas entidades que tengan contratos vigentes con la municipalidad cuyo objeto diga relación con funciones de aseo y ornato de la comuna respectiva, o exploten, a cualquier título, concesiones municipales de cualquier tipo dentro de su comuna.



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
(“*LEGUM MAGISTER*”)



De igual forma y, según corresponda, deberán enajenarse o renunciarse a las participaciones antes señaladas cuando los titulares de éstas sean comunidades o sociedades que conformen el grupo empresarial en que la autoridad tenga la calidad de controlador o miembro del controlador en los términos del Título XV de la ley N° 18.045.

La enajenación o renuncia a que se refiere este artículo deberá ser efectuada por la autoridad o por la entidad propietaria en el caso contemplado en el inciso precedente, dentro del plazo de ciento veinte días siguientes contados desde la fecha de su nombramiento o desde que legalmente le corresponda asumir en el cargo, o bien, dentro de los ciento veinte días siguientes a la fecha en que la autoridad o la empresa en que participe pase a tener alguna de dichas calidades. El producto de dichas ventas no podrá ser invertido por ella en bienes que puedan quedar sujetos a la obligación de enajenar, conforme a lo dispuesto en esta ley.

La autoridad que no cumpla con la obligación de enajenación o renuncia de su participación en conformidad a lo dispuesto precedentemente, será sancionada según lo establecido en el artículo 56.

La enajenación o renuncia de las acciones a que se refiere este artículo estará sujeta al tratamiento tributario que corresponda, de acuerdo a las reglas generales.

Para los efectos de este artículo, no se considerará como intempestiva la renuncia presentada por un socio que asume alguno de los cargos señalados en esta disposición.



CAPÍTULO III

NATURALEZA JURÍDICA DEL

MANDATO DE ADMINISTRACIÓN DISCRECIONAL DE CARTERA DE

VALORES

1. Generalidades.

Uno de los puntos que más nos llamó la atención y que nos motivó a efectuar el presente trabajo fue la denominación que se ha dado a la institución con que se pretende abordar el conflicto de intereses de las autoridades públicas en nuestro país, introduciéndose un concepto nuevo, que no es asimilado aún por la comunidad.

En efecto, en el análisis de diversos textos tanto periodísticos como jurídicos,⁶⁵ incluso actuales, se advierte que éstos se siguen refiriendo al *fideicomiso ciego*, lo que tiene, en todo caso, perfecta concordancia con su denominación internacional, conforme ya se ha referido en el capítulo I. También algunos primeros proyectos utilizaban dicho apelativo en relación a esta institución.⁶⁶

En Chile, sin embargo, en el proyecto originario sobre su establecimiento se optó por cambiar dicha denominación a la de Mandato de Administración Ciega de Patrimonio, sin que hayamos encontrado alguna justificación mayor para ello, más allá de lo que indica el propio Mensaje 337-356, que reiteramos en este punto: "el fideicomiso ciego, en los términos propuestos en este proyecto, es concebido como una especie de mandato especial, obligatorio y remunerado de administración ciega de patrimonio aplicable a las más altas

⁶⁵ Así, por ejemplo, Documento de Trabajo N° 9, elaborado por "Chile Transparente", Ob. cit., acápite V, pp. 36 y siguientes.

⁶⁶ Boletín N° 5282-07, Ob. cit.



autoridades políticas del Estado. No se trata de un fideicomiso civil, pues no existe traspaso de propiedad, y por ello no se emplea dicha nomenclatura para denominarlo; tampoco es análogo al *trust* del derecho anglosajón, pues constituyente y beneficiario son una misma persona y el fiduciario actúa en el sólo interés del propio constituyente (no de un tercero).”⁶⁷

Conforme a tal análisis, se entiende pues, lo que se agrega a continuación: “la base del Mandato de Administración Ciega de Patrimonio es, entonces, el mandato civil, de cuya regulación se han tomado algunas normas y ha servido como institución supletoria. Por esta razón, y a fin de evitar confusiones con la institución del fideicomiso regulada en nuestro Código Civil y que nada tiene que ver con lo que hoy se propone normar, nos ha parecido más apropiado denominar esta institución con la sigla MACPA.”⁶⁸

En cuanto al proyecto en actual tramitación, pronunciándose en similares términos, indica sobre este punto que: “otro de los mecanismos reconocidos como eficaces en el control y prevención de los conflictos de interés que pueden afectar a los funcionarios públicos son los Fideicomisos, instituciones de escasa regulación y aún menor uso en nuestro ordenamiento jurídico cuyo equivalente puede encontrarse en la obligación de constituir un Mandato en que el mandante se desprenda de la administración y la propiedad o de la sola administración de los bienes que se entregan al tercero mandatario.”⁶⁹

De conformidad a lo referido, el proyecto definitivo mantiene, pues, la diferencia de nomenclatura con el denominado fideicomiso ciego, y llama ahora a la institución que se crea, Mandato de Administración Discrecional de Cartera de Valores (MADCV).

Consistente con lo anteriormente dicho, expresamente se califica en los proyectos en mención, tanto al originario MACPA como al actual MADCV, como un *contrato*, y particularmente un contrato de *mandato*.

Es así como el proyecto actual, en el artículo 28, indica que “el Mandato a que se refiere esta ley, *es un contrato...*”.

⁶⁷ Ver Introducción y Mensaje N° 337-356, Ob. cit., p. 3.

⁶⁸ Ibídem, *Mensaje*, p. 4.

⁶⁹ Mensaje N° 041-359, Ob. cit., p.7.



Por otra parte, el artículo 27, luego de referirse a las autoridades obligadas a constituir el Mandato de Administración Discrecional de Cartera de Valores, indica que en adelante lo denominará simplemente como "Mandato".

Lo mismo emana del artículo 28 que define la institución, indicando que a través de ella una autoridad "encarga a uno o más terceros autorizados, la administración discrecional de valores que integren su patrimonio, quienes se hacen cargo separadamente de éstos, por cuenta propia y riesgo del primero", nomenclatura propia de aquel contrato; y emana ello también de diversas otras disposiciones: el inciso 2° del artículo 28 indica que la autoridad que confiere el encargo se llama "mandante" y el que lo acepta, "mandatario"; el inciso 5° del artículo 29, referido a las otras formas de mandato de administración de cartera que puede dictar la Superintendencia de Valores y Seguros en conjunto con la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, indica que estos mandatos serán gestionados por cuenta y riesgo del mandante; el párrafo 5° del proyecto se refiere a las "Obligaciones y prohibiciones del mandante", y el párrafo 6°, a las "Obligaciones y prohibiciones del mandatario". Particularmente clarificadora es, igualmente, la remisión que a las normas generales aplicables al mandato civil hace el proyecto en el inciso 2° del artículo 27 "en todo lo no previsto en el presente Título". Incluso, el propio mensaje sobre el MADCV, como se acaba de indicar, al referirse al escaso uso de los fideicomisos en nuestro ordenamiento jurídico, señala "cuyo *equivalente* puede encontrarse en la obligación de constituir un Mandato..."

Pues bien, en este capítulo nosotros cuestionamos la nueva nomenclatura, ya que se pretende asimilar la normativa que se crea a la del mandato, en circunstancias que no reúne ninguna de las características que son propias de este contrato.

Además, esta pretendida asimilación -que se agrava con la expresa remisión a las normas del mandato civil en lo no previsto en el proyecto, según el inciso 2° del artículo 27- produce a nuestro juicio una colisión evidente entre dos ámbitos jurídicos absolutamente diversos, como es el derecho privado con el derecho público, que es donde pensamos que verdaderamente se inscriben las normas regulatorias del denominado



MADCV según sus características, con todo lo que ello representa respecto de principios, interpretaciones y otros aspectos consustanciales a cada área.

No se desconoce que una referencia como la que comentamos puede resultar de utilidad en algunos casos a fin de evitar regular enteramente una materia que puede ser resuelta a través de otra, pero estimamos que ello no es propio en esta situación, en que, según nuestro juicio, el MADCV y el contrato de mandato civil son instituciones absolutamente diversas, incluso de distintos ámbitos jurídicos.

En el punto 4 abordamos en particular nuestras observaciones, despejando antes otras posibles opciones, que tampoco nos resultan atendibles.

2. Consideraciones acerca de una eventual calificación del Mandato de Administración Discrecional de Cartera de Valores como mandato comercial o comisión.

Creemos interesante abordar este tema, pues como se sabe, el mandato comercial presenta sustanciales diferencias con el mandato civil y también con el MADCV. Así, a modo de ejemplo, el mandato comercial no termina por la muerte del comitente (artículo 240 del Código de Comercio), ni puede éste revocarla a su arbitrio (artículo 241), ni puede el comisionista renunciar de la misma manera (artículo 242). También la responsabilidad del comisionista es más grave que la del mandatario civil (artículos 249, 250 y 251); y aún incurre en responsabilidad criminal por ciertos actos que no la imponen al mandatario civil. Igualmente, la comisión no puede delegarse sin previa autorización explícita o implícita del comitente (artículo 261), ni el comisionista puede proceder a la autocontratación o contrato consigo mismo, salvo casos excepcionales (artículo. 271). Se menciona también como otra diferencia el hecho que la rendición de cuentas que efectúa el comisionista está sujeta a reglas especiales, la más importante de las cuales es la que exige que las cuentas que rinda deben concordar con los asientos de sus libros, y en caso contrario incurre en el delito de estafa (artículo 280).⁷⁰

⁷⁰ Stitchkin, Ob. cit., p. 144. Sobre la comisión mercantil puede verse también Sandoval López, Ricardo: *"Derecho Comercial. Actos de Comercio. Noción General de Empresa Individual y Colectiva"*. Colección de Manuales Jurídicos. Editorial Jurídica, 7º Ed., T. I, Vol. I, pp. 117 y siguientes.



Algunas otras importantes diferencias se advierten también en las siguientes materias: para la prueba, pues los medios de probar una obligación mercantil son más amplios que cuando ella es civil, tanto porque la prueba testimonial es más amplia, como porque en el Código de Comercio existe una mayor aplicación de la prueba instrumental, e, incluso, un medio de prueba que constituye una variante de ella: los libros de contabilidad, que hacen prueba en ciertas y determinadas circunstancias cuando se trata de obligaciones mercantiles; para los fines de la quiebra, toda vez que en esta materia se contemplan normas más severas para la quiebra de los comerciantes; y para la aplicación de la costumbre, porque a diferencia del Derecho Civil, en que la costumbre sólo tiene fuerza de ley cuando ésta se refiere expresamente a ella, en el Código de Comercio rige también en caso de silencio de la ley.⁷¹

La trascendencia del análisis de este punto resultaba ciertamente más evidente en el proyecto originario del MADCV, pues si bien en su mensaje el "MACPA" se asimilaba expresamente al mandato civil, en el articulado mismo del proyecto se indicaba solamente que como normativa supletoria se aplicarían las normas generales aplicables al *mandato*, "sin apellido" (artículo 1 inciso 2°).

Reconocemos que actualmente el punto es menos dudoso: textualmente el inciso 2° del artículo 27 señala que "en todo lo no previsto en el presente Título, el Mandato se regirá por las normas generales aplicables al mandato *civil*."

No obstante lo referido, pensamos que sigue siendo útil cuestionarse este punto, pues su análisis contribuye a dilucidar qué figura es en definitiva el MADCV, teniendo presente que la remisión actual en carácter supletorio al mandato civil no significa que el MADCV mismo lo sea, y por lo demás ésa es justamente la remisión que cuestionamos.

Ahora bien, en este sentido, conforme al artículo 233 del Código de Comercio el mandato comercial es un contrato por el cual una persona encarga la ejecución de uno o más negocios lícitos de comercio a otra que se obliga a administrarlos gratuitamente o

⁷¹ Contreras Strauch, Osvaldo: "*Instituciones de Derecho Comercial*". Editorial Lexis Nexis, 2° edición, 2005, T. II, p. 78.



mediante una retribución y a dar cuenta de su desempeño. El artículo 234, por su parte, indica que hay tres especies de mandato comercial: la comisión, el mandato de los factores y mancebos o dependientes de comercio y la correduría. La doctrina señala que de estas tres especies de mandato sólo la comisión reviste jurídicamente el carácter de mandato y dan las razones de ello.⁷² A su vez, el artículo 235 indica que el mandato comercial toma el nombre de *comisión* cuando versa sobre una o más operaciones mercantiles individualmente determinadas.

Nos encontramos aquí ya con un primer obstáculo para una eventual asimilación del MADCV a la comisión.

En efecto, es requisito básico de la comisión que las operaciones mercantiles que son objeto del encargo estén *individualmente determinadas*. En el MADCV, en cambio, en su versión de Mandato de Administración General de Cartera, o "Mandato General" por su misma naturaleza y el objetivo que persigue, lo que se encarga propiamente es la administración *amplia y discrecional* de los valores a que se refiere la ley. Añade incluso la normativa que la finalidad del Mandato General es la administración libre de una cartera de inversiones sin entregar al mandante ninguna información respecto del destino de los valores entregados en administración, ni el mandante entregar ninguna instrucción respecto del destino de sus inversiones (artículo 29 inciso 2°).

Tampoco la variante del Mandato Diversificado se asemeja a la comisión, pues éste, como ya lo señalamos, es solamente un contrato en virtud del cual una autoridad encarga a uno o más terceros autorizados la presentación de un plan de liquidación de los valores a que se refiere la ley.⁷³

Reafirma todo lo anterior el N° 3 del artículo 33 del proyecto, referido a uno de los contenidos de la escritura pública de constitución del mandato, que señala "*las instrucciones generales de administración*, en especial en lo referido al riesgo y

⁷² Stitchkin, ob. cit., pp. 144-146.

⁷³ Véase Capítulo II, 4.5.3.



diversificación de las inversiones. Con todo, dichas instrucciones no podrán referirse a efectuar inversiones en alguna empresa en particular”.

De cualquier modo, y aun si se debatiera este punto, la individualización de la operación no es lo único a considerar en la correcta calificación de una comisión. En efecto, lo que determina también el carácter comercial del mandato es la naturaleza del acto que se encomienda, de modo tal que si es un acto de comercio estaremos en presencia de un mandato comercial o comisión; en caso contrario, de un mandato civil.⁷⁴

Se debe, entonces, identificar cuándo un acto u operación tendrá el carácter de mercantil, pues en tal caso el mandato será una comisión y se regirá, en principio, por las normas del Código de Comercio. Como se sabe, la respuesta la entrega el artículo 3° del código del ramo, que señala en su encabezado que “son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos”..., e indica luego un listado de operaciones y actividades que comprende 20 numerales, entre ellas -que destacamos especialmente-, las operaciones de banco, las de cambio y corretaje (N° 11); y las operaciones de bolsa (N° 12).

Resultan importantes estos dos casos, pues dicen relación con las actividades propias de algunos de los mandatarios que el proyecto sobre el MADCV indica en el artículo 38: a) Las corredoras de bolsa, los agentes de valores, las administradoras generales de fondos, las administradoras de fondos mutuos y las administradoras de fondos de inversión, sujetas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros; y, b) las empresas bancarias autorizadas para operar en Chile, con exclusión de los bancos extranjeros autorizados únicamente para mantener oficinas de representación o actuar como agentes de negocios de sus casas matrices.

Pues bien, de acuerdo a lo señalado en el artículo 3 referido es necesario resolver ahora para quién debe ser mercantil el negocio encomendado: si para el comitente o para el comisionista, pues conforme a ello se aplicarán las normas comerciales o las civiles.

⁷⁴ Stitchkin, ob. cit., p. 146.



Al efecto, la opinión generalmente aceptada es que el negocio encomendado debe ser un acto mercantil para el comitente, aun cuando no lo sea para el comisionista. Se agrega, entonces, que el mandato será civil cuando el negocio encomendado revista ese carácter para el mandante aun cuando sea mercantil para el mandatario.⁷⁵

Cabe tener presente igualmente que el carácter civil o mercantil del negocio que se encomienda no dice relación con la profesión que desempeña el mandante.⁷⁶

Del modo antes expuesto, y siguiendo la doctrina mayoritaria, estimamos que el acto por el cual la autoridad correspondiente se ve compelida a conferir un MADCV -y exclusivamente en relación al punto que estamos abordando en este acápite-, no implica un mandato comercial, sino uno civil, pues el objeto del mismo consiste simplemente en encargar -en general- la administración discrecional de valores que integren su patrimonio a uno o más terceros autorizados, ello, independientemente de la profesión del mandante, y aun cuando por las labores que desempeñe el mandatario pueda ser mercantil a su respecto.

Nuestra opinión no desconoce, sin embargo, otro criterio que alguna vez se ha utilizado por la jurisprudencia en nuestro país, si bien minoritaria, que se ha inclinado por aplicar la ley del demandado. Vale decir, cuando para éste la obligación es mercantil habría de aplicarse en el juicio las normas del Código de Comercio. Y si para el demandado su obligación fuere civil, se aplicarían en el juicio las reglas del derecho común.⁷⁷

Hay también otra jurisprudencia que ha sostenido que siendo el negocio en sí un asunto necesariamente mercantil, como las operaciones de Bolsa, deben aplicarse las leyes de comercio, sin otra consideración.⁷⁸

3. El instituto del Fideicomiso en Chile.

⁷⁵ Stitchkin, Ob. cit., p. 146, con cita a José Alfonso y su texto "*Comentarios al Título Preliminar y al Título 1º del Libro I, del Código de Comercio*", p. 96; y Gasca, "*La compraventa civil y comercial*", T. I, p.40, N° 22.

⁷⁶ *Ibidem*, p.148.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 147.

⁷⁸ *Ídem*, p. 147. Sobre este punto puede verse también Contreras, Osvaldo, Ob. cit., pp. 79 y siguientes; Sandoval, Ricardo, Ob. cit., pp. 50 y siguientes.



Atendida la regulación internacional de los conflictos de intereses y la denominación común según lo entiende la ciudadanía, resulta conveniente referirse a la normativa que en nuestro país tiene la institución del Fideicomiso.⁷⁹

En nuestro derecho, como se sabe, la expresión "fideicomiso" es utilizada dentro de la institución de la Propiedad Fiduciaria, y específicamente está referida a la constitución de ella, nombre que también se da a la cosa misma objeto de esta medida.

Señala al efecto el artículo 733 inciso 1° del Código Civil, que la propiedad fiduciaria es "la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición". Añade el inciso 2° que "la constitución de la propiedad fiduciaria de llama *fideicomiso*"; y el inciso 3°, que "este nombre se da también a la cosa constituida en propiedad fiduciaria".

3.1. Personas que intervienen en el fideicomiso.

En esta institución intervienen tres personas: el constituyente, el fiduciario y el fideicomisario.

a) El *constituyente* es la persona que dispone de una cosa suya en favor de otra a quien grava con la obligación de restituirla a una tercera si se verifica una condición.

Conforme lo indica el inciso final del artículo 733 citado, *restitución* es "la traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso".

b) El *fiduciario* es la persona que recibe la cosa con la carga de restitución.

c) El *fideicomisario* es la persona a quien, si se cumple la condición, debe hacerse la restitución, el traslado de la propiedad que recibió primeramente el fiduciario.

3.2. Breve análisis histórico de la institución.

Indica Alessandri sobre este respecto, que el fideicomiso nació en Roma como un medio para eludir las incapacidades para suceder de que adolecían, entre otros, los peregrinos. El causante o fideicomitente hacía un ruego al fiduciario para que traspasara los bienes al fideicomisario, el incapaz. En un principio, por este carácter de mero ruego, no se

⁷⁹ Sobre la institución, véase Peñailillo Arévalo, Daniel: "*Los Bienes. La Propiedad y otros Derechos Reales*". Manual de Derecho Civil. Colección de Manuales Jurídicos, Editorial Jurídica de Chile, 3° Ed., 1999, pp. 307 y siguientes.



concedía acción judicial para exigir su cumplimiento; éste dependía por completo de la buena fe y conciencia de la persona a quien se hacía el ruego (*fides*). De este hecho y de la fórmula que se solía usar, lleva la institución el nombre de *fidei tuae committo* (encomiendo a tu conciencia).⁸⁰

Se añade que posteriormente, el emperador Augusto comienza a alterar el carácter ético del fideicomiso y a convertirlo en institución jurídica; encarga la resolución de algunos casos aislados de fideicomiso a los cónsules, para que les dieran efectividad; esta práctica es continuada y en corto lapso se impone el principio de la exigibilidad de estas disposiciones de última voluntad. No obstante, la vía procesal continúa siendo inaccesible para el fideicomiso, ya que teóricamente persiste la idea de que el deber que con él se impone al fiduciario es puramente ético y no jurídico.⁸¹

3.3. Regulación del Código Civil.

Mientras rigió en nuestro país la legislación española los fideicomisos tuvieron plena eficacia en Chile, pero lograda la independencia los patriotas consideraron que eran instituciones perturbadoras del desarrollo económico del país e inconciliables con los principios republicanos. De allí que se suprimieron las diversas trabas que presentaban, eliminándose también diversas otras instituciones relacionadas, como los mayorazgos y vinculaciones; y es así como nuestro Código Civil recoge la institución del fideicomiso en la forma que ha sido definida en el artículo 733, y le da una detallada reglamentación, aunque sin los caracteres que presentaba en la antigua legislación, de modo tal que no se entraba con ella la libre circulación de los bienes, pues están prohibidos los fideicomisos sucesivos y se reputa fallida toda condición que tarde más de cinco años en cumplirse.⁸²

No podemos ahondar más en el detalle de la institución, pues no corresponde su estudio particular a nuestra tesis; se trata aquí solamente de su concepto y características

⁸⁰ Alessandri, Somarriva y Vodanovic: "*Tratado de los Derechos Reales*". Editorial Jurídica de Chile, 5° Ed., 1993, T. II, p. 88, citando a Hors-Kunkel, en *Derecho Privado Romano*. Barcelona, 1965, pp. 500 a 502.

⁸¹ *Ibidem*, p. 89.

⁸² *Ibidem*, pp. 91-93.



generales, que nos sirven para su análisis y comparación con la institución que se crea en el proyecto que analizamos.

4. El Mandato de Administración Discrecional de Cartera de Valores como Contrato de Mandato.

Cabe cuestionarse ahora la relación existente entre el MADCV y el contrato de Mandato Civil.

Conforme lo señala el artículo 2116 Código Civil, el mandato “es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera”. De esta definición se desprende que los elementos esenciales o constitutivos del mandato son los siguientes: a) es un contrato, o sea, una convención generadora de obligaciones; b) en virtud de este contrato, una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra; y c) ésta se hace cargo de los negocios por cuenta y riesgo de aquélla.

Así lo estima igualmente el profesor Stitchkin, quien señala que conforme a nuestro derecho son estos tres elementos los que deben concurrir para que exista verdaderamente mandato. Es decir -agrega- nuestro Código Civil no ha contemplado sólo un elemento como determinante del mandato (...), sino varios de ellos que deben concurrir copulativamente y cuyo examen en conjunto permitirá a los jueces establecer o calificar jurídicamente la naturaleza del contrato sometido a discusión⁸³. Añade, como consecuencia de lo dicho, que sin pretender apartarse de la definición del artículo 2116 del Código Civil, bien puede decirse que la sustancia del mandato consiste en la confianza que una persona deposita en otra para correr los riesgos del beneficio o la pérdida que le pueda acarrear la gestión de un negocio jurídico o económico, que afectará exclusivamente al mandante y que administrará y realizará el mandatario.

En cuanto a que el mandatario *se hace cargo del negocio por cuenta y riesgo del mandante*, ello dice relación a que los riesgos, entendidos como la responsabilidad derivada de la gestión del mandatario, no afectarán a éste en definitiva, ya que el negocio no lo

⁸³ Stitchkin, Ob. cit., p. 39.



gestiona para sí mismo, sino por cuenta y riesgo del mandante, de manera que será éste quien aprovechará de los beneficios o soportará las pérdidas, como si el negocio lo hubiera realizado personalmente, por sí mismo. Señala Stitckin, citando una jurisprudencia, que la expresión “de cuenta y riesgo” significa “bajo su responsabilidad”, y en derecho, *por cuenta* de una persona significa que sólo a esa persona corresponden los productos o beneficios de la cosa o negociación, como asimismo, a ella pertenecen su pérdida o deterioro; y *riesgo* es el acontecimiento incierto que puede hacer desmerecer la misma cosa o negociación y aún destruirla. Por consiguiente, la expresión “por cuenta y riesgo de una persona” establecida en un contrato, significa que a ella corresponde la responsabilidad de la cosa.⁸⁴

En lo relativo a la *confianza* propia del contrato, se dice que corresponde a un factor subjetivo del que comete el encargo y que consiste en la fe que le inspira el mandatario, tanto por su honestidad cuanto por las cualidades que posee para desempeñar con buen éxito el negocio que le encomienda. Ahondando en este elemento, dice Stitckin que de esta circunstancia deriva, por ejemplo, la facultad del mandante para revocar a su arbitrio el encargo; que no se transmiten las obligaciones del mandatario; que la muerte del mandante produzca la extinción del contrato, etcétera. Añade que en todo caso, “debemos sentar como premisa indiscutible, que en el mandato interviene necesariamente este elemento interno o subjetivo: la confianza que induce al mandante a la celebración del contrato. Este elemento equivale a la “*afectio societatis*” del contrato de sociedad, que bien puede deducirse del tenor o espíritu del acto, pero cuya ausencia permitiría concluir que no ha existido el propósito de celebrar mandato sino otro contrato, nominado o innominado, cuya regulación jurídica quedará determinada por la voluntad de las partes en virtud del principio de la libertad contractual consagrado en el artículo 1545 del Código Civil.⁸⁵

4.1. El Mandato de Administración Discrecional de Cartera de Valores. Su naturaleza contractual, y la actuación por cuenta y riesgo del mandante.

⁸⁴ RDJ, T. XXIV, sección 1º, p.484, citada por Stitckin, Ob. cit., p. 38.

⁸⁵ Stitckin, Ob. cit., p. 32.



Del análisis de la normativa del proyecto, no es posible desconocer la *naturaleza contractual* del MADCV así como el hecho de actuar el mandatario *por cuenta y riesgo del mandante*. Ambos aspectos se extraen claramente del propio artículo 28, al señalar que “el Mandato a que se refiere este Título, es un contrato en virtud del cual una autoridad, en la forma y los casos señalados en esta ley, y con el objeto de precaver posibles conflictos de interés, encarga a uno o más terceros autorizados, la administración discrecional de valores que integren su patrimonio, quienes se hacen cargo separadamente de éstos, por cuenta propia y riesgo del primero.”

Las normas particulares del proyecto también dicen relación con la concurrencia de estos elementos. Así, a modo de ejemplo, el artículo 33, que indica las menciones que debe contener la escritura de constitución del MADCV, señala en su N° 3, “las instrucciones generales de administración, en especial en lo referido al riesgo y diversificación de las inversiones”; el ya citado inciso 5° del artículo 29, referido a las otras formas de mandato de administración de cartera que puede dictar la Superintendencia de Valores y Seguros en conjunto con la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, en que se indica que estos mandatos “serán gestionados por cuenta y riesgo del mandante”; el artículo 51, inspirado en la misma idea, que señala que expirado el MADCV por renuncia o pérdida sobreviniente de la calidad de independiente del mandatario, este último, previa rendición de cuenta, “procederá a entregar al mandante la parte del patrimonio que le fue encomendada, en la fecha pactada o, a falta de estipulación, tan pronto como fuere posible”.

4.2. El Mandato de Administración Discrecional de Cartera de Valores y el elemento “confianza”, propio del mandato.

Encontramos aquí, a nuestro juicio, un primer problema.

En efecto, las características propias bajo las cuales opera el MADCV se oponen a la existencia del elemento *confianza* inherente al mandato, y que constituye uno de sus elementos esenciales.

El elemento de la *confianza* en el mandato le confiere a éste una especial particularidad, pues lo transforma en un contrato “*intuitu personae*”, es decir, en que la



consideración de la persona del mandatario es la causa principal o determinante del contrato, y de allí que existiendo un error respecto de la persona con quien se tiene el propósito de contratar hace aplicable las norma del artículo 1455 del Código Civil, esto es, configura un error de hecho que vicia el consentimiento y permite deducir la acción de nulidad correspondiente.

Derivado de esta misma característica es que el mandato -haciendo excepción a lo dispuesto en el artículo 1545 del Código Civil- puede terminar, entre otras formas, por revocación del mandante; por muerte del mandante o mandatario, ya que no se transmiten los derechos y obligaciones que emanan del contrato, lo que también hace excepción a las reglas generales sobre el punto; y por interdicción del mandante o mandatario, ya que cualesquiera sean las causas que la produzcan afectan la confianza depositada por uno en el otro.

Lo anterior no se opone a que el mandatario pueda ser tanto una persona natural como jurídica. Como dice Stitchkin, no existe ningún inconveniente para ello, y aún, por el contrario, es frecuente el caso de mandato conferido a sociedades mercantiles.⁸⁶

Pues bien, esta característica esencial del mandato en torno a la libre elección y designación del mandatario basado en la confianza, a nuestro juicio no se advierte en el MADCV, lo que constituye un elemento insalvable en su verdadera calificación jurídica. En efecto, en la base de la confianza está en la libertad de poder elegir a la persona natural o jurídica que mayor garantía nos dé, particularmente si de administrar nuestro patrimonio o valores de trata.

Así, puede señalarse en primer lugar que conforme lo dispone el artículo 38 del proyecto, que ahora reiteramos, sólo podrán desempeñarse como mandatarios las personas jurídicas que a continuación se señalan y que se encuentran inscritas previamente en los Registros a que se refiere el artículo 39:

⁸⁶ Stitchkin, Ob cit., p. 195.



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



- a) Las corredoras de bolsa, los agentes de valores, las administradoras generales de fondos, las administradoras de fondos mutuos y las administradoras de fondos de inversión, sujetas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros;
- b) Las empresas bancarias autorizadas para operar en Chile, con exclusión de los bancos extranjeros autorizados únicamente para mantener oficinas de representación o actuar como agentes de negocios de sus casas matrices, y
- c) Las entidades autorizadas para administrar activos de terceros, constituidas en el extranjero, siempre que cumplan con la fianza o garantía establecida en el artículo siguiente. Dichas entidades deberán cumplir, además, con los estándares internacionales que determine el reglamento, dispuestos por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, circunstancia que deberá ser acreditada ante la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras o la Superintendencia de Valores y Seguros, según corresponda, las que deberán verificar tal circunstancia al momento de inscribir a la entidad en el registro respectivo. Asimismo, deberán designar a un apoderado en Chile con amplias facultades de representación, en conformidad a los términos que señale la norma de carácter general que para estos efectos dictarán, en conjunto, las Superintendencias mencionadas.

La confianza, a nuestro juicio, no representa únicamente un aspecto de carácter objetivo, comercial, de buen desarrollo estadístico en los balances, o de mayor o menor presencia en la comunidad, sino que fundamentalmente un aspecto subjetivo, no cuantificable, de afecto, seguridad, conocimiento y relaciones previas, que nos lleva a depositar nuestros intereses y aspiraciones en manos de otra persona, y según estimamos, estos fundamentales aspectos no se resguardan suficientemente si la posibilidad de elección está limitada a ciertas determinadas entidades, las que ni siquiera podrán ser todas las que operan en el comercio, pues aquéllas deberán estar además inscritas en un registro especial, que puede también -según entendemos- excluir a algunas que no cumplan con los requisitos que se puedan establecer. En efecto, el inciso 2º del artículo 39 señala que la Superintendencia de Valores y seguros y la Superintendencia de Bancos en Instituciones Financieras establecerán, conjuntamente, mediante una norma de carácter general, los



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



antecedentes e información específica que deberán acompañar en sus solicitudes de inscripción en el respectivo registro quienes deseen desempeñarse como mandatarios.

En el mismo sentido anterior, creemos que se opone al elemento *confianza* en análisis, las prohibiciones que el proyecto impone en relación a la designación del mandatario. A este respecto, reiteremos el artículo 40, ya previamente referido, que indica que la autoridad obligada a constituir un mandato no podrá designar como mandatario a una persona jurídica en la cual tenga o haya tenido participación accionaria o patrimonial directa o indirecta, entendiéndose esta última en los términos del artículo 100 de la ley N° 18.045, durante el año anterior a su designación, y a aquellas personas jurídicas cuyos directores o administradores, gerentes o ejecutivos principales, tengan relación de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad con la autoridad, o su cónyuge. Añade el artículo que "de manera previa o simultánea a la suscripción del mandato, el mandatario, debidamente representado, así como la autoridad obligada a su constitución, deberán emitir una declaración jurada por separado, indicando estar en conocimiento de lo señalado en este artículo y la ausencia de relaciones de vinculación, parentesco o dependencia que impidan la celebración válida del contrato".⁸⁷

⁸⁷ El artículo 100 de la ley 18.045 -Ley de Mercado de Valores- a que se remite el artículo 41 señala, a su vez: "Son relacionadas con una sociedad las siguientes personas: a) Las entidades del grupo empresarial al que pertenece la sociedad; b) Las personas jurídicas que tengan, respecto de la sociedad, la calidad de matriz, coligante, filial o coligada, en conformidad a las definiciones contenidas en la ley N° 18.046; c) Quienes sean directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales o liquidadores de la sociedad, y sus cónyuges o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, así como toda entidad controlada, directamente o a través de otras personas, por cualquiera de ellos, y d) Toda persona que, por sí sola o con otras con que tenga acuerdo de actuación conjunta, pueda designar al menos un miembro de la administración de la sociedad o controle un 10% o más del capital o del capital con derecho a voto si se tratare de una sociedad por acciones. La Superintendencia podrá establecer mediante norma de carácter general, que es relacionada a una sociedad toda persona natural o jurídica que por relaciones patrimoniales, de administración, de parentesco, de responsabilidad o de subordinación, haga presumir que: 1. Por sí sola, o con otras con quienes tenga acuerdo de actuación conjunta, tiene poder de voto suficiente para influir en la gestión de la sociedad; 2. Sus negocios con la sociedad originan conflictos de interés; 3. Su gestión es influenciada por la sociedad, si se trata de una persona jurídica, o 4. Si por su cargo o posición está en situación de disponer de información de la sociedad y de sus negocios, que no haya sido divulgada públicamente al mercado, y que sea capaz de influir en la cotización de los valores de la sociedad. No se considerará relacionada a la sociedad una persona por el sólo hecho de participar hasta en un 5% del capital o 5% del capital con derecho a voto si se tratare de una sociedad por acciones, o si sólo es empleado no directivo de esa sociedad."



Finalmente, complementando esta obligación de independencia, el artículo 41 del proyecto indica que el mandatario deberá mantener su calidad de independiente en los términos definidos en el artículo anterior, durante todo el tiempo que dure el mandato. En el evento que por un hecho sobreviniente pierda tal carácter, deberá comunicarlo a la Superintendencia de Valores y Seguros o a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, según corresponda, a más tardar dentro de los cinco días hábiles siguientes a la ocurrencia del hecho. Asimismo, deberá comunicarlo al mandante sólo una vez que haya sido autorizado expresamente por la respectiva Superintendencia.

Como se observa de lo expuesto, una conclusión aparece evidente: justamente, en lo que mejor se puede expresar la confianza entre una persona y otra, sea esta última natural o jurídica -como pueden serlo aspectos relacionados con sus relaciones anteriores, vinculaciones personales o intereses compartidos-, son elementos que en vez de sustentar y justificar un nombramiento, lo impiden.

Se entiende ciertamente la lógica de la prohibición en relación a la institución que se crea, pero no puede decirse que promueva el elemento *confianza*, sustancial en un verdadero contrato de mandato.

4.3. El Mandato de Administración Discrecional de Cartera de Valores y las demás características del contrato de mandato.

También el MADCV difiere de todas las restantes características generales que son propias del contrato de mandato. Hacemos a continuación el análisis de este aspecto.

4.3.1. Características del Contrato de Mandato en relación al MADCV.

4.3.1.1. El mandato se rige por el principio de libertad contractual.

Nos referimos aquí a que el mandante es libre de contratar o no.⁸⁸ No ocurre lo mismo en el MADCV, pues las autoridades que menciona el proyecto en su artículo 30 están obligadas a celebrar tal figura cuando concurren las condiciones que señala la ley. Reiteremos que respecto del Presidente de la República, los ministros de Estado, los senadores, los diputados, los consejeros regionales y el Contralor General de la República

⁸⁸ Sobre el referido principio, véase López Santa María, Jorge, Ob. cit., pp. 269 y siguientes.



el MADCV se ejerce sobre la totalidad de sus acciones de sociedades anónimas abiertas, opciones a la compra y venta de tales acciones, bonos, debentures y demás títulos de oferta pública representativos de capital o deuda que sean emitidos por entidades constituidas en Chile y que se encuentren inscritas en los Registros de Valores que llevan la Superintendencia de Valores y Seguros y la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. Asimismo, las sociedades o entidades que conforman el Grupo Empresarial en que la autoridad tenga la calidad de controlador, o miembro del controlador en los términos del Título XV de la ley N° 18.045, también deberán constituir mandato respecto de los valores señalados.

En cuanto a los subsecretarios, los intendentes regionales, los gobernadores y los alcaldes deberán constituir el MADCV cuando valores de su propiedad, de aquellos antes referidos se vinculen con las entidades del sector privado sujetas, directamente y de acuerdo a la ley, a la fiscalización o control del o los organismos sujetos a su dependencia o supervigilancia; o, se vinculen directamente con el ámbito de sus competencias.

4.3.1.2. El mandato tiene un contenido propio, dado por el principio de la autonomía de la voluntad.⁸⁹

El mandante y mandatario pueden pactar libremente las cláusulas del contrato, sin más limitaciones que la moral, las buenas costumbres y el orden público.

Es efectivo que el mandato puede ser general o especial, pero ello dice relación únicamente con las facultades que se confieren en cada caso, sin que existan imposiciones de obligaciones mínimas, como sí ocurre en el MADCV.

El mandato es general cuando se otorga para todos los negocios del mandante, o bien, para todos ellos con una o más excepciones (art. 2130). Las facultades del mandatario general están indicadas en el art. 2132, disposición que señala que el mandatario general puede ejecutar actos de administración y de conservación, haciendo una enumeración no taxativa de los actos de administración. No puede el mandatario general ejecutar actos de disposición, ni tampoco aquellos para los cuales requiera poder especial.

⁸⁹ Sobre este principio, véase López Santa María, Jorge, Ob. cit., pp. 241 y siguientes.



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



Mandato especial es aquel que comprende uno o más negocios especialmente determinados (art. 2130).

Dentro de estos márgenes, el mandante puede acordar con el mandatario la gestión de todos sus negocios jurídicos, y pactar libremente su contenido.

En contraposición a lo referido, en el MADCV se advierte que el principio de la autonomía de la voluntad se encuentra restringido, pues hay una serie de menciones mínimas que debe contener y que dicen justamente relación a la materia misma del encargo.

Conforme al artículo 33, la escritura pública deberá contener, al menos, las siguientes menciones:

- 1) Individualización del mandante, del mandatario y de la modalidad del mandato que se constituye. Respecto del mandatario deberá identificarse su representante legal y los dueños o accionistas controladores, en su caso.
- 2) El inventario detallado de los valores que conforman la parte del patrimonio del mandante sobre la que se constituye el mandato, así como el valor corriente de los mismos.
- 3) Las instrucciones generales de administración, en especial en lo referido al riesgo y diversificación de las inversiones. Con todo, dichas instrucciones no podrán referirse a efectuar inversiones en alguna empresa en particular.
- 4) Los activos específicos respecto de los que se autorice al mandatario a delegar facultades de administración, con las limitaciones establecidas en el artículo 43.

Asimismo, dispone la ley que dentro de los cinco días siguientes al otorgamiento de la escritura pública de constitución del mandato, el mandante deberá entregar una copia autorizada de ella a la Superintendencia de Valores y Seguros o a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, según corresponda, y a la Contraloría General de la República. En el caso del Contralor General de la República, la escritura pública deberá entregarse a la Cámara de Diputados, para su registro.

Una copia de la escritura pública de la constitución del mandato y la declaración jurada de independencia a que se refiere el artículo 40 de esta ley, deberán ser publicadas



en el sitio electrónico del organismo en el cual desempeñe sus funciones el mandante. El obligado deberá también publicar en el mismo sitio, las modificaciones a los instrumentos referidos.

4.3.1.3. El mandato es un contrato consensual.⁹⁰

El artículo 2123 del Código Civil señala que el encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra.

Respecto del mandatario, la ley dice en el artículo 2124 que la aceptación puede ser expresa o tácita, aclarando que aceptación tácita es todo acto en ejecución del mandato.

Por su parte, en el MADCV, sin embargo, no existen estas amplias posibilidades. El mandato aquí es solemne. El artículo 32 del proyecto indica que el MADCV se constituye por voluntad del mandante y por la aceptación del mandatario, en un solo acto, mediante escritura pública otorgada y publicada en los términos que esa normativa indica.

Cabe señalar en este punto que es efectivo que el mandato civil puede ser también solemne, evento que puede darse cada vez que las partes así lo estipulen o lo disponga la ley en consideración a la naturaleza del negocio sobre que versa, tales como el mandato judicial o el mandato para contraer matrimonio, pero lo que interesa destacar aquí es precisamente que el MADCV, es por esencia un contrato solemne, lo que hace ser una excepción respecto del mandato común -que es consensual-, lo que abona una diferencia a su respecto.

4.3.1.4. El mandato es un contrato que puede ser unilateral o bilateral.

Conforme el artículo 1439 del Código Civil, el contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.

⁹⁰ Sobre las clasificaciones contractuales que se mencionan desde este punto en adelante, puede verse también el texto del autor López Santa María, Ob. cit., pp. 109 y siguientes.



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



Sobre este respecto, cabe señalar que la mayoría de nuestra doctrina, para efectuar esta calificación, atiende exclusivamente a la existencia o no de una remuneración para el mandatario; ello, atendiendo que conforme al artículo 2117 del Código Civil, el mandato puede ser gratuito o remunerado.⁹¹

Stitchkin discrepa de este criterio de clasificación, señalando que también se generan otras obligaciones para el mandante antes de ejecutarse el encargo, tal como la de proveer al mandatario de lo que necesite para el desarrollo de su cometido, concluyendo así que sea gratuito o remunerado, el mandato es por su naturaleza bilateral, porque impone obligaciones recíprocas a ambos contratantes.⁹² Añade Stitchkin que, no obstante, el mandato puede ser excepcionalmente unilateral, y ello ocurrirá cuando por estipulación de las partes o por la naturaleza misma del contrato, el mandante no es obligado a pagar remuneración ni a proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del encargo.⁹³

Respecto del mandatario, sus obligaciones consisten en ejecutar el encargo y rendir cuenta de su gestión.

En lo relativo al MADCV -aun cuando puede ser un tema debatible-, creemos que éste será siempre un contrato bilateral, pues estimamos que al menos la obligación de remuneración estará siempre presente.

Ello, primeramente, por las características mismas de las entidades autorizadas para actuar como mandatarios en este caso -corredores de bolsa, agentes de valores, administradoras generales de fondos, administradoras de fondos mutuos, administradoras de fondos de inversión, empresas bancarias autorizadas para operar en Chile y entidades autorizadas para administrar activos de terceros, según el artículo 38 del proyecto-, en que no es concebible, atendida su naturaleza y fines, una actuación gratuita de estas entidades.

⁹¹ Stitchkin, Ob. cit., p. 128.

⁹² Ídem; en el mismo sentido, Meza Barros, Ramón: *"De las Fuentes de las Obligaciones"*. Manual de Derecho Civil, Colección de Manuales Jurídicos, Editorial Jurídica de Chile, 2000, 8° Ed., T. I, p. 357. Sobre el punto, la autora Sofía Vergara sostiene también el carácter de bilateral del mandato, basada en el artículo 2159 del Código Civil, que faculta al mandatario a desistirse del encargo, si el mandante por su parte no cumple aquello a que es obligado, de conformidad al artículo 2158. Véase: Vergara Aldunate, Sofía: *"El Mandato ante el Derecho y la Jurisprudencia"*. Ed. Jurídica Conosur Ltda., 1992, T. I, p. 8.

⁹³ Stitchkin, Ob. cit., p. 128 y 130.



En seguida, creemos que el texto del artículo 48 del proyecto está redactado conforme este mismo criterio, al señalar que “la constitución del mandato *dará derecho* al mandatario a recibir una remuneración por sus servicios, la que será determinada por las partes en el acto de constitución”.

La voz “dará derecho”, que hemos destacado, desde el punto de vista gramatical representa una expresión imperativa, que da cuenta de un modo verbal que manda u ordena; y desde el punto de vista jurídico denota, justamente, como su nombre lo indica, la generación de un derecho -un derecho personal o crédito a favor del mandatario- que le permite instar por un pago, aun cuando éste no se haya pactado expresamente por alguna razón o se discuta su procedencia.⁹⁴

En este sentido, creemos que la norma tiene también un claro sentido interpretativo.

Por las razones anteriores rechazamos la posibilidad de un mandato gratuito en la especie, y ello, según pasamos a justificar, ni aún en el evento de contarse con la propia voluntad del mandatario expresamente manifestada.

Para sustentar esta posición nos parece plenamente aplicable al caso la normativa de la ley 18.575 sobre “Bases Generales de la Administración del Estado”, en cuyo artículo 62 se mencionan diversos casos que son considerados por la ley como especialmente vulneratorios del principio de probidad administrativa, dentro de los cuales destacamos su numeral 5º, que indica “solicitar, hacerse prometer o aceptar, en razón del cargo o función, para sí o para terceros, donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza”.

Estimamos que un pacto de gratuidad que se pudiera efectuar por la autoridad mandante con la entidad mandataria, a nuestro juicio, podría perfectamente quedar incluida en la prohibición referida, estimándose como una especie de privilegio, donativo o ventaja, obtenida justamente en razón del carácter del mandante, y ser constitutiva de este modo de un atentado al principio de probidad que hay que resguardar bajo todo respecto. Ciertamente, cabría preguntarse en este evento ¿qué razones fundamentarían que una entidad como aquellas autorizadas a actuar como mandatarias efectuara su labor de

⁹⁴ Sobre la necesidad de constar la remuneración en el acto constitutivo, Ver Capítulo IV, 2.4.1.



administración del patrimonio de una autoridad pública de forma gratuita? No hay que dar lugar a suspicacias que pueden sustentarse efectivamente en prebendas indebidamente obtenidas, por lo que estimamos que la normativa antes referida debe tener perfecta aplicación en este caso, y estimar prohibido, pues, todo pacto de gratuidad.

Para zanjar toda discusión al efecto, proponemos en este punto una modificación al texto legal, quedando su redacción como sigue: "El mandato *será remunerado*, y en consecuencia, dará derecho al mandatario a recibir una remuneración por sus servicios..."

4.3.1.5. El mandato puede ser gratuito u oneroso.

Este aspecto se encuentra íntimamente relacionado con el punto anterior, pudiendo señalarse al efecto que conforme el artículo 1440 del Código Civil el contrato es oneroso cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro; y gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes.

Se añade que el mandato civil es normalmente a título oneroso, pues ambas partes contratan para obtener un provecho pecuniario: el mandante, la gestión del negocio que comete, y el mandatario, la remuneración estipulada o usual. Sería excepcionalmente gratuito cuando se estipula que no se pagará remuneración alguna, pues entonces el mandatario se grava en provecho del mandante sin reportar ninguna utilidad.⁹⁵

En el caso del MADCV, conforme lo señalamos en el punto anterior, pensamos que será siempre oneroso, por ser, a nuestro juicio, necesariamente remunerado.

4.3.1.6. El mandato es un contrato conmutativo, y excepcionalmente aleatorio.

El contrato es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar, hacer o no hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y aleatorio cuando consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida (artículo 1441 del Código Civil).

⁹⁵ El mandato originario romano era un contrato esencialmente gratuito, porque se basaba en la amistad, en Vergara Aldunate, Sofia, "El Mandato ante el Derecho.....", Ob. cit., p. 1.



Lo normal es que el mandato sea conmutativo, lo que ocurre en el mandato retribuido, que es la regla general, pues la remuneración se fija en atención a la actividad desarrollada por el mandatario en beneficio del mandante y de la utilidad que este último obtiene de la actividad realizada. Cabe agregar que en este caso la remuneración se debe siempre, sin considerar si el negocio encomendado tuvo o no éxito, salvo que el fracaso se deba a culpa del mandatario, conforme el artículo 2158 inciso final del Código Civil.

Pensamos que el MADCV sólo será conmutativo, pues ciertamente la remuneración se determinará conforme a las labores que se deben desarrollar; y no tendrá lugar la posibilidad de un MADCV aleatorio, como sí se plantea en doctrina respecto del mandato civil, y que se configura cuando la remuneración que se estipula en favor del mandatario queda subordinada al éxito o fracaso del negocio encomendado. En el caso del MADCV no creemos posible esta opción, dadas las características de las partes intervinientes y la naturaleza misma de la institución.

4.3.1.7. El mandato puede ser modificado libremente.

Ello supone un acuerdo entre mandante o mandatario adoptado en cualquier tiempo y recaer sobre cualquier materia, e incluso -de forma excepcional a lo dispuesto en el artículo 1545 del Código Civil-, tal modificación puede referirse al término del contrato de mandato por decisión unilateral del mandante.

El MADCV, en cambio, aun cuando también es modificable en cuanto al contenido del mismo y su terminación, sólo puede serlo en forma limitada. Al efecto, el artículo 35 del proyecto señala que la posibilidad de introducirle modificaciones al mandato sólo se admite una vez al año, y ellas deben versar únicamente sobre las instrucciones generales otorgadas en el acto de constitución del mandato a las que se refiere el número 3) del artículo 33 y deberán cumplir con las solemnidades señaladas en el referido artículo, en lo que fuera procedente.

Los cambios, en todo caso, según añade la normativa, deberán ser informados a la Contraloría General de la República y, en el caso del Contralor General de la República, a



la Cámara de Diputados, dentro de los dos días hábiles siguientes a aquél en que se efectuó la modificación.

4.3.1.8. El mandato puede ser también revocado con libertad.

Relacionado con el punto anterior, esta posibilidad la indica expresamente el artículo 2165 del Código Civil: "el mandante puede revocar el mandato a su arbitrio", y la revocación puede ser expresa o tácita.

En el caso del MADCV, conforme la redacción original del actual artículo 35 -que era el 34- estimábamos que si bien también aquél se podía revocar, tal posibilidad se encontraba restringida a una sola vez en el año.

La limitación temporal respecto a la revocación del MADCV la sustentábamos en que el mencionado ex artículo 34 permitía la modificación al mandato una vez al año, ya sea en lo relativo a las instrucciones generales o *al cambio de mandatario*; y en este último caso, ello necesariamente supone una revocación del mandato que antes se había conferido.

Sin embargo, la actual redacción del artículo 34 (que como se señaló pasó a ser el 35), eliminó la mención "o al cambio de mandatario", y como la posibilidad de revocación sigue vigente de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 50 N° 2 del proyecto definitivo, no cabe sino entender que actualmente la facultad de revocación también puede ejercerse al arbitrio del mandante, en cualquier momento.

El parecer que mencionamos se concilia, además, con la remisión que en el artículo 27 inciso 2° se hace al mandato civil en todo lo no previsto en la ley del MADCV, normativa aquélla donde la posibilidad de revocación es amplia, sin ningún tipo de limitación.

Esta conclusión -que se basa en el texto legal aprobado en definitiva-, se contrapone, no obstante, con las finalidades del MADCV, pues entendíamos que la limitación a la modificación del mandato a una sola vez en el año -en que se incluía el cambio de mandatario- tenía por objeto evitar que el mandante burlara el espíritu de la legislación por la vía de modificar el mandato cuantas veces quisiera, en este caso, revocando reiteradamente el mandato y pidiendo cuenta cada vez de su gestión al



mandatario, de tal manera que, en la práctica, los sucesivos mandatarios administrarían recibiendo instrucciones directas.⁹⁶

De cualquier modo, la revocación en este caso deberá ser únicamente de forma expresa, como indica el actual artículo 50 N° 2.

4.3.1.9. El mandato es esencialmente delegable.

Así emana del artículo 2135 del Código Civil: "el mandatario podrá delegar el encargo si no se le ha prohibido".⁹⁷

En cambio, el artículo 42 del proyecto en análisis señala expresamente que el mandatario no podrá delegar el encargo. Sin embargo, podrá encomendar la gestión de negocios específicos a terceras personas que designe, bajo su exclusiva responsabilidad, si fue autorizado por el mandante, expresamente, en la escritura de constitución del mandato, conforme con lo estipulado en el número 4) del artículo 33.⁹⁸

4.3.1.10. El mandato no está sujeto a fiscalización externa.

En efecto, toda su regulación y su debido cumplimiento quedan entregados a las partes contratantes, que en caso de vulneración podrán recurrir directamente a los tribunales de justicia.

En el caso del MADCV, está sujeto a la fiscalización de una entidad externa, como lo son la Superintendencia de Valores y Seguros o la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras en lo relativo al cumplimiento de las normas del proyecto por parte de los mandatarios, y a la Contraloría General de la República respecto de las obligaciones de las autoridades obligadas. En el caso de los senadores y diputados, corresponderá a las respectivas Comisiones de Ética y Transparencia Parlamentaria, velar por el cumplimiento de las disposiciones contenidas en esta ley. Por su parte, corresponderá a la Cámara de

⁹⁶ Así emana de la discusión del artículo 34, según consta en el Informe de la comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de ley sobre "Probidad en la Función Pública", Ob. cit., pp. 117 y 118. Sin embargo, de todos modos se suprimió en el texto definitivo la oración "o al cambio de mandatario", de lo que no hay mayor explicación.

⁹⁷ Sobre la delegación del mandato, véase Stitckin, Ob. cit., pp. 282 y siguientes.

⁹⁸ Sobre el punto, véase Capítulo IV, 3.3.



Diputados velar por el cumplimiento de las disposiciones contenidas en esta ley, por parte del Contralor General de la República (artículo 54 del proyecto).

4.3.1.11. El mandato es un contrato "vidente".

Utilizamos este concepto en oposición al carácter de "ciego" que puede otorgarse al MADCV, y nos permite significar que en el mandato las instrucciones y comunicaciones permanentes entre mandante y mandatario serán muy normales y de toda lógica. Incluso, en alguna oportunidad, le será muy conveniente al mandatario consultar al mandante sobre la mejor forma de ejecución de su encargo, pues ello incidirá directamente en la mayor o menor extensión de la apreciación de su responsabilidad. Así, el artículo 2148 señala expresamente que "las facultades concedidas al mandatario se interpretarán con alguna más latitud, cuando no está en situación de poder consultar al mandante".

En cambio, el MADCV es un mandato "ciego", característica que es un elemento esencial en él, y se traduce, como antes se ha visto, en que la autoridad que haya constituido un mandato deberá abstenerse de ejecutar cualquiera clase de acción, directa o indirecta, dirigida a establecer algún tipo de comunicación con el mandatario destinada a instruirlo sobre la forma de administrar el patrimonio o una parte de él, sin perjuicio de las excepciones contempladas en la ley (artículo 37).

Similar prohibición de comunicación rige para el mandatario, conforme el artículo 47 del proyecto, señalando que queda estrictamente prohibido al mandatario comunicarse, por sí o por interpósita persona, con el mandante, para informarle sobre el destino de su patrimonio o para pedir instrucciones específicas sobre la manera de gestionarlo o administrarlo. Esta prohibición se extiende, además, a las personas relacionadas con el mandante o que tengan interés, directo o indirecto, en el mandato, según los criterios determinados en el artículo 40.

Podemos agregar en este punto que, de este modo, habiéndose estimado el MADCV como un mandato "ciego" -característica ésta que es un elemento esencial de aquél-, resulta aplicable el artículo 1444 del Código Civil que indica que son de la esencia de un contrato



aquellas cosas sin las cuales *o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente*, lo que contribuye a ahondar la diferencia entre las dos instituciones en análisis.

4.3.1.12. El mandato puede constituirse libremente en cualquier tiempo.

En efecto, en el mandato no existen plazos determinados de celebración, por lo que se constituirá cuando le surja la necesidad al mandante, recordando que, de cualquier forma, su perfeccionamiento puede ser solemne o consensual, e incluso entenderse constituido por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra; y su aceptación puede ser expresa o tácita.

El MADCV, en cambio, es un contrato que tiene una única oportunidad de constituirse. El artículo 31 del proyecto indica que el Presidente de la República y los senadores y diputados deberán constituir el mandato dentro del período comprendido entre su proclamación como candidatos electos y la fecha en que legalmente les corresponda asumir el cargo. Las demás autoridades señaladas en el artículo 30 y los parlamentarios nominados en conformidad al artículo 51 de la Constitución, deberán hacerlo dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de asunción del cargo.

Asimismo, si durante el ejercicio de su cargo se genera alguno de los supuestos contemplados en el artículo anterior respecto de nuevos valores, las autoridades señaladas deberán ampliar el mandato o constituir uno nuevo en el término de treinta días.

4.3.1.13. Diferencias en cuanto a los gastos que irrogue la ejecución del mandato.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2158 N° 2 del Código Civil, en el mandato el mandante debe reembolsarle al mandatario los gastos razonables causados por la ejecución del mismo en forma posterior a su pago, según cabe entender del término "reembolso" utilizado en la norma.

En cambio, en la normativa del MADCV, el artículo 49 indica que los gastos incurridos por el mandatario en el desempeño de su cargo le serán abonados con cargo a los recursos que administra a medida que éstos se vayan devengando, y de conformidad a las normas que se fijan en el mandato.



5. **Ámbito del ordenamiento jurídico en que corresponde ubicar al MADCV.**

Además de las claras diferencias en las características, según hemos expuesto, pensamos también que el MADCV y el mandato pertenecen incluso a *diversos ámbitos jurídicos*, lo que agrava cualquier análisis de aquella institución bajo el prisma del segundo, ya sea como figura equivalente y tanto más como figura supletoria, como se le concibe.

5.1. **Normas de Derecho Público y normas de Derecho Privado.**

De acuerdo a lo anteriormente señalado, pretendemos en este punto abordar el cuestionamiento sobre la verdadera naturaleza de las normas que regulan el MADCV, esto es, si son más propias del área del Derecho Público o del Derecho Privado.

Como se comprende, la determinación de este aspecto no es un tema menor, pues sus principios orientadores son sustancialmente distintos y pueden conducir a soluciones contrapuestas. Así, por ejemplo, es una característica de las normas de derecho público su carácter irrenunciable, de modo tal que las conductas de los particulares deben conformarse a ellas de modo insoslayable, sin que tampoco puedan ser alteradas por aquellos. Las normas de derecho privado, en cambio, son, en general, supletorias de la voluntad de los particulares, que por lo mismo pueden renunciarlas y modificarlas.⁹⁹

Igualmente, es ya tradicional la fórmula que expresa que en el ámbito del derecho público sólo puede hacerse lo que está expresamente permitido o autorizado por la ley; en cambio, en el ámbito del derecho privado puede hacerse todo lo que no está expresamente prohibido.¹⁰⁰

Pueden apreciarse también diferencias respecto de las reglas de interpretación que deban regir en cada caso: artículos 19 al 24 del Código Civil para el derecho privado, la cual harán los propios interesados, siendo el juez que conozca del litigio quien resolverá en definitiva; y en el ámbito público, en cambio, gran injerencia e intervención tendrá la

⁹⁹ Ello deriva, a su vez, de la clasificación que distingue entre normas de orden público, de las que mayoritariamente está compuesto el Derecho Público, y las normas de orden privado, que mayoritariamente componen el Derecho Privado. Véase Vodanovic, Antonio: *"Manual de Derecho Civil"*. Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1º Ed., 1996, pp. 31-33; Alessandri, Somarriva y Vodanovic: *"Derecho Civil"*, Parte Preliminar y Parte General. Editorial Jurídica Conosur Ltda., T. I., 1990, pp. 34 a 36, y p. 200.

¹⁰⁰ Ducci Claro, Carlos: *"Derecho Civil, Parte General"*. Editorial Jurídica de Chile, 4º Ed., 2000, pp. 14 y 15.



Contraloría General de la República, que con toda seguridad impartirá sus normativas clarificadoras cada vez que asome un potencial conflicto interpretativo, o actuará para zanjar un conflicto ya existente.

5.2. Criterios de distinción.

Como se sabe, no es pacífica la doctrina para describir cuando estamos frente a uno u otro tipo de derecho, e incluso hay tesis contradictorias sobre el punto.¹⁰¹

Sin embargo, particularmente interesante resulta a este respecto un texto del profesor Alejandro Guzmán Brito denominado "El Derecho Privado Constitucional de Chile", y al cual nos remitimos en este análisis, por estimarlo muy clarificador.¹⁰²

El profesor Guzmán, luego de describir los conceptos de derecho público y privado desde su origen, el Derecho Romano, en la concepción efectuada por Ulpiano, indica que en consecuencia, del análisis de los textos referidos al tema, es posible advertir la existencia de dos esferas: la pública, cuyo sujeto es el *populus*; y la privada cuyo sujeto es el *privus*. Añade que como cada una de dichas esferas exige la regulación de un cierto derecho, lo que caracteriza en general a ambas esferas, y lo que las diferencia, es la específica capacidad de cada sujeto para dar a su respectiva esfera, de modo autónomo y suficiente, la regulación que le corresponde. Señala luego que, en consecuencia, se puede reservar la expresión "derecho público", en una primera acepción, para aquél generado por los órganos públicos mediante actos políticos y administrativos y principalmente a través de las leyes (públicas) para regular la esfera de asuntos públicos, es decir, de la sociedad y de su regulación de poder que ahora es el Estado. El derecho privado, en cambio, es el que formulan los particulares mediante su actividad negocial para disponer en la esfera de sus asuntos peculiares, vale decir, de las cosas que se encuentran a su disposición y de los servicios que son capaces de prestar.¹⁰³

¹⁰¹ Ducci Claro, Carlos, Ob. cit., p. 12.

¹⁰² Guzmán Brito, Alejandro: "El Derecho Privado Constitucional de Chile". Ediciones Universitarias de Valparaíso de la Universidad Católica de Valparaíso, 2001. Destacamos la mención al pie de la página 16, como nota número 3, de un panorama de diversos textos relativos también a los criterios de distinción entre derecho público y privado.

¹⁰³ Ídem, pp. 17 y 18.



Añade este autor, que no obstante lo señalado, la naturaleza de las cosas exige a veces que el poder público asuma una cierta intervención en el ámbito propio de los particulares. Ello generalmente se debe a la emergencia de abusos cometidos por los particulares en sus regulaciones privadas, que por ello mismo trascienden la pura esfera privada, e invitan a una regulación general de mandatos y prohibiciones protectores. Ello implica una disminución de la original libertad de la que los particulares disponían para arreglar todo lo concerniente a las cosas de que disponen y a los servicios que pueden prestar. Para ello, el instrumento adecuado de intervención resulta ser precisamente la ley (pública), aquella cuyo objeto normal, sin embargo, está constituido por la esfera pública.¹⁰⁴

Como se comprende, lo dicho resulta de la más alta trascendencia para el análisis que pretendemos en este acápite.

Agrega el autor que estos mandatos y prohibiciones o, más en general, estas regulaciones obligatorias contenidas en la ley pública que afectan a la esfera privada, también constituyen un derecho público -en una segunda acepción- cuyo efecto es el indicado de privar a los particulares de su libertad para actuar como quieran o para regular como deseen con sus actos jurídicos la esfera de competencia que les es propia, de guisa de deber tomarlo necesariamente en cuenta, bajo amenaza de sufrir ciertas sanciones (*ius cogens*).¹⁰⁵

Terminamos esta cita con lo siguiente: señala el autor que con lo referido podría resultar claro que existe un doble concepto de derecho público o, lo que es igual, que un derecho puede ser público, pero de dos modos distintos: uno es el derecho público que resulta tal por ser el propio de la esfera pública, y que es entonces público por su origen y por su objeto, al cual llama estatal; y otro aquel que es público por regular con mandatos y prohibiciones una esfera, como la privada, que normalmente no le competiría regular, y que es tal, no ya por su objeto sino solo por su origen, que llama no estatal.¹⁰⁶ Concluye este punto expresando que es distintivo de una norma de derecho público no estatal su

¹⁰⁴ Guzmán Brito, Alejandro, Ob. cit., p. 19.

¹⁰⁵ Ídem.

¹⁰⁶ Ibídem, p. 20.



carácter irrenunciable y necesario, lo cual significa que las conductas y negocios jurídicos privados deben adecuarse a ellas de modo ineludible, bajo sanciones de diversas clases (penas, multas, nulidades, inoponibilidades, etc.), sin que, por otro lado, puedan cambiarlas los particulares. De donde el principio de que "el derecho público no puede ser alterado por pactos de los particulares" (*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*). Las normas de derecho privado, en cambio, son supletorias de las declaraciones negociales de los particulares, un pueden ser renunciadas y cambiadas por ellos.¹⁰⁷

5.3. Nuestra opinión.

Atendido lo expuesto en el acápite anterior, nuestro parecer es que las normas del MADCV son de aquellas que el profesor Guzmán ha denominado de *derecho público no estatal*. En efecto, a nuestro juicio, resulta claro que en la normativa del MADCV el poder público asume una directa intervención en el ámbito propio de ciertos particulares, específicamente aquéllos que asumen cargos que importan el ejercicio de potestades públicas, con el fin de resguardar la protección del interés público que el ejercicio de tales cargos demanda; tanto es así que la fiscalización del cumplimiento de las disposiciones de esta ley está entregado a los órganos integrantes de la administración fiscalizadora del Estado, a saber, respecto del Presidente de la República y otras autoridades, la Contraloría General de la Republica; respecto de los diputados y senadores, las comisiones de Ética y Transparencia Parlamentaria; y del Contralor General, la Cámara de Diputados (artículo 54 del proyecto).

Además, en los procedimientos sancionatorios a que haya lugar como consecuencia de las fiscalizaciones anteriores el mismo proyecto dispone que se aplicarán supletoriamente las normas de la ley 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos. Así, el artículo 58 inciso final del proyecto, ubicado en el título de la fiscalización y las sanciones, que indica que "en todo lo no regulado precedentemente, se aplicarán de forma supletoria las normas contempladas en la ley N° 19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la

¹⁰⁷ Guzmán Brito, Alejandro, Ob. cit., p. 22.



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



Administración del Estado". Podemos mencionar asimismo las atribuciones que el proyecto entrega a la propia Contraloría General de la República, a modo de ejemplo, en el artículo 33 inciso 2° relativo a la obligación del mandante de remitir una copia autorizada de la escritura de constitución del MADCV a dicho órgano; el artículo 54 inciso 2°, que indica que "corresponderá a la Contraloría General de la República velar porque las autoridades obligadas (...) den cumplimiento a sus disposiciones (de la ley)"; y el artículo 56, en cuanto indica que el transcurso del plazo legal sin que se haya cumplido con la obligación de enajenación de la participación en conformidad con lo dispuesto en dicho artículo, o bien, transcurridos los plazos señalados en el artículo 31 sin que se haya constituido el mandato, la autoridad infractora será notificada por la Contraloría General de la República de dicha circunstancia. A partir de la notificación, contará con un plazo de diez días para subsanar su situación. Expirado este plazo, la autoridad en mora será sancionada con multa, a beneficio fiscal, de hasta trescientas unidades tributarias mensuales, agregándose que la infracción a lo dispuesto podrá ser considerada, además, como una vulneración grave al principio de probidad administrativa. Corresponderá al Contralor General de la República ordenar la instrucción de los sumarios administrativos que procedan. En el caso del Presidente de la República y los ministros de Estado, la Contraloría General de la República deberá informar esta situación de incumplimiento reiterado a la Cámara de Diputados, para los fines que sean pertinentes. En el caso del Contralor General de la República, será la Cámara de Diputados la encargada de verificar el debido cumplimiento de las disposiciones de esta ley.

Conforme a lo señalado, a nuestro juicio, entonces, resulta pertinente, para todos los efectos legales que resulten procedentes, dar aplicación al artículo 7° de la Constitución Política de la República, en cuanto indica que los órganos del Estado¹⁰⁸ actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley, de modo tal que si no ello no se cumple, se aplicará el inciso final de la

¹⁰⁸ Sobre la Teoría del Órgano y su expresión en el ordenamiento chileno, véase Daniel Argandoña, Manuel: "La Organización Administrativa en Chile. Bases Fundamentales". Editorial Jurídica de Chile, 1° Ed., 1982, pp. 42 y siguientes.



disposición citada, que indica que “todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

6. ¿Qué figura jurídica es en definitiva el MADCV?

Conforme al análisis que hemos efectuado en este Capítulo, resulta evidente que el denominado MADCV no reúne las características propias del Fideicomiso que regula nuestro Código Civil, y por lo tanto, no puede considerarse que sea una institución similar ni semejable a él.

Desde este punto de vista, se entiende el mensaje del proyecto original sobre MACPA en cuanto señalaba como fundamento para no denominar a tal institución como *Fideicomiso*, que en aquél “no existe traspaso de propiedad”, tal como ocurre en el fideicomiso civil.

De cualquier modo, según creemos, tampoco puede considerarse al MADCV como un Mandato, como lo estiman los proyectos sobre su establecimiento, señalando incluso el proyecto original expresamente, que “la base del Mandato de Administración Ciega de Patrimonio (MACPA) es, entonces, el mandato civil, de cuya regulación se han tomado algunas normas y ha servido como institución supletoria”, criterio éste que se ha continuado en el MADCV.

En efecto, estas instituciones difieren sustancialmente del contrato de mandato que regula el Código Civil, no reuniendo prácticamente ninguna de sus características, ni aún aquellas que constituyen la sustancia misma del contrato, tal como ya lo hemos expuesto precedentemente.

De esta forma, no resulta impropio, pues, el cuestionamiento que nos hacemos en este acápite, de modo de determinar la correcta naturaleza jurídica de la institución que se crea.

Al efecto, y después de analizar el proyecto de establecimiento del MACPA y su continuador, MADCV, así como la doctrina comparada, pensamos que esta figura debe considerarse simplemente como una institución *sui géneris*, sin paralelos ni similitudes con ninguna institución en vigencia en nuestro país.



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



Sin embargo, y atendidos sus fines y las particulares características que presenta, no vemos ningún inconveniente para nominar esta institución tal como es concebida con algunas variantes en la legislación comparada y es asociada también por toda nuestra población: *Fideicomiso Ciego*, figura ésta que deberá regirse por las normas que se contienen en el proyecto sobre su establecimiento, aunque llenando los vacíos de que dicha reglamentación adolece, y sin referencias supletorias a ninguna otra institución.

Se sostiene en el mensaje del proyecto del MACPA que esta institución no se ha denominado de la forma que proponemos pues no existe traspaso de propiedad, y por tanto no es un fideicomiso civil. Se añade que tampoco es análogo al *trust* del derecho anglosajón, pues constituyente y beneficiario son una misma persona y el fiduciario actúa en el sólo interés del propio constituyente (no de un tercero).

Ninguna de dichas razones es válida para eludir una denominación que da plena claridad sobre su contenido y finalidad.

Así, que el fideicomiso ciego sea algo diverso del *trust* anglosajón no requiere mayor comentario, pues lo mismo puede acaecer con innumerables instituciones que se denominen de forma similar, por ejemplo, atendido los diversos sistemas jurídicos imperantes en dicha cultura y la nuestra -common law y sistema romanista, respectivamente (por ejemplo, la compraventa, que en nuestro derecho requiere de la dualidad título - modo para la transferencia del dominio, o el habeas corpus, cuyo contenido protectivo es distinto en los diversos países)-. Y en cuanto a que el fideicomiso ciego es también diverso a nuestro propio fideicomiso civil ello no está en cuestión; evidentemente son dos instituciones distintas. Pero ¿impide ello apropiarse de su nombre y utilizarlo -con el agregado de *ciego*- para crear otra institución nueva, con su propia reglamentación específica, incluso más acorde con su significación internacional y con lo que toda la población entiende a su respecto? Pensamos que no hay inconveniente.

Sobre este punto puede agregarse que en derecho comparado existen diversos tipos de Fideicomisos, y es así como se habla de Fideicomisos en garantía, financieros, de administración, traslativos de propiedad, testamentarios, de seguros, de desarrollo,



inmobiliarios, de prestaciones o de fondos de pensión, de fondos de inversión, de gobierno y de nacionalización.¹⁰⁹

El Fideicomiso Ciego sería en nuestro derecho uno más de los ya existentes en el ámbito internacional.

Con esta misma denominación, en todo caso, se conoce el primer proyecto presentado en nuestro país sobre el particular. En efecto, el proyecto iniciado por moción de los diputados Srs. Chahuán, Enríquez-Ominami, Escobar y Valenzuela, Boletín N° 5282-07, lleva por título "Crea la figura del "fideicomiso ciego" para los funcionarios públicos que indica", y entre otros puntos, luego de indicar la problemática que los conflictos de intereses de las autoridades públicas genera, señala que "para enfrentar este problema las democracias modernas han recurrido a la figura del Fideicomiso Ciego, que consiste en privar al funcionario público afecto mientras dure su desempeño o ejercicio del cargo de la administración control y acceso a la información respecto del día a día de sus inversiones y negocios de modo de eliminar toda posibilidad de conflicto de interés entregando esta tarea a un tercero".¹¹⁰

En el mismo sentido y en nuestro entorno más inmediato, existen actualmente en Argentina varios proyectos de ley sobre esta materia. A modo de ejemplo, citamos el denominado "Ley de creación de contrato de Fideicomiso Ciego"¹¹¹; y el proyecto con el sumario de "Fideicomiso Ciego: Constitución a cargo de quien fuera elegido para ejercer un cargo público".¹¹²

De acuerdo a lo referido, mantenemos nuestra posición antes expuesta, estimando que ni siquiera es problemático a estas alturas efectuar las correcciones pertinentes, y simplemente, allí donde en el proyecto indique MADCV, cambiarse dicha mención por *fideicomiso ciego*.

¹⁰⁹ Sablich Huamani, Charles: "El contrato de Fideicomiso: Regulación y Perspectivas de Desarrollo en el Perú", en <http://www.eumed.net/libros/2010e/836/indice.htm>, última consulta 11.01.2012.

¹¹⁰ Moción de los diputados señores Chahuán, Enríquez-Ominami, Escobar y Valenzuela, Ob. cit.

¹¹¹ <http://margaritastolbizer.com.ar/noticia.php?id=1223>, última consulta 11.01.2012.

¹¹² <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=5203-D-2009>, última consulta 11.01.2012.



Ciertamente, en este evento, tampoco podrá ya hablarse de mandante ni mandatario, pues las partes intervinientes en esta operación son ahora el *fideicomitente* (también conocido como *constituyente* o *fiduciante*) y el *fiduciario*.

Como se entiende, el *fideicomitente*, *constituyente* o *fiduciante*, es la autoridad obligada a constituir el fideicomiso ciego, y que en el proyecto del MADCV se indican en el artículo 30.

Por su parte, el *fiduciario* es quien recibe el encargo de administrar los valores de la autoridad obligada, la cual sólo puede ser una persona jurídica de aquellas señaladas en el artículo 38 del proyecto.

Conforme entendemos la institución, no resulta necesario referirse expresamente al *fideicomisario* -como un tercer interviniente en la operación, según se concibe en la propiedad fiduciaria del Código Civil- pues en la materia que analizamos es la misma persona del constituyente, que revestirá ambas calidades a la vez, claro que dicha calidad de *fideicomisario* -haciendo un símil con la institución civil del fideicomiso, en que el constituyente designa a la persona que "recibe el beneficio" del fideicomiso (beneficiario)-, propiamente la asumirá al término del encargo, en que se le devolverán sus valores que había dado en administración al o los terceros, pudiendo así volver a retomar su propia gestión.

Finalmente, de acuerdo a la opinión que hemos venido sosteniendo, y para hacer consistente nuestra postura, pensamos que se hace necesario una nueva definición de la institución en análisis, pudiendo estimarse como una **"figura jurídica en virtud de la cual una autoridad pública, en la forma y en los casos señalados en esta ley, y con el objeto de precaver posibles conflictos de interés, encarga, mediante una remuneración estipulada, a uno o más terceros autorizados, la administración discrecional de valores que integren su patrimonio, quienes se hacen cargo separadamente de éstos, según sus instrucciones generales de administración, en especial en lo relativo al riesgo y diversificación de las inversiones, con cargo de rendir cuenta y restituir los valores que les fueron encomendados al término de la gestión"**.



“La autoridad que encomienda la administración se llama *fideicomitente*, *constituyente* o *fiduciante* y la que la acepta, *fiduciario*.”

La figura jurídica así creada, que nosotros denominamos Fideicomiso Ciego, será entonces una figura nominada y que deberá regirse por la reglamentación que le dé la ley respectiva, y el Reglamento que deberá complementar la misma.

Estimando, asimismo, que se trata de una figura que se inserta más propiamente en el área del derecho público, deberán, pues, tenerse siempre presente a su respecto los principios propios de dicho ámbito del derecho, como son los principios de juridicidad -que representa una actuación sólo dentro de lo que autoriza la ley-, control, responsabilidad, transparencia y probidad.

En dicho entendido, ante un eventual conflicto o insuficiencia legal, trascendental labor interpretativa corresponderá a la Contraloría General de la República, y la solución deberá encontrarse únicamente en las mismas normas del derecho público, si es que ellas existen y si son atingentes a la materia. Igual labor deberán desarrollar los Tribunales una vez que el conflicto sea judicializado. A falta de reglas legales habrá que crear legislativamente la solución, y entretanto, resolver el conflicto con dicha realidad normativa exclusivamente.

No desconocemos, sin embargo, que hay autores que sostienen que en este evento, el juez, obligado a resolver el conflicto por el principio de la inexcusabilidad-, deberá dilucidarlo en última instancia conforme a la equidad natural, lo que lo puede llevar a la aplicación de otros ámbitos jurídicos, entre ellos el derecho civil,¹¹³ aunque ésta -la integración con diversos ámbitos jurídicos- es una materia altamente controvertida. Nosotros no compartimos esta opinión, y estimamos impropio que, al menos en la

¹¹³ Bermúdez Soto, Jorge: “Las relaciones entre derecho común y el derecho administrativo, desde la perspectiva de la doctrina y la jurisprudencia”. Documento del cual este tesista dispone de una copia, inédito al momento de su conocimiento.

En sentido contrario, Vergara Blanco, Alejandro: “El Derecho Administrativo como Sistema Autónomo. El Mito del Código Civil como “Derecho Común”. En Revista Chilena de Derecho, vol. 38 N° 2, 2011, pp. 383-384.



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



institución que es materia de nuestro estudio, ya sea por remisión legal como por aporte doctrinario, podamos llegar a la aplicación en este caso de normas civiles, en particular las del mandato, institución con la que el MADCV, como hemos ya dejado fundamentado, no presenta ninguna similitud, ni formal ni sustancial.

Sin embargo, estando ya establecida legalmente la remisión al ámbito civil en el proyecto de establecimiento del MADCV en todo lo no previsto en sus normas, ello nos obliga -conforme lo abordamos en el capítulo siguiente-, a analizar entonces particularmente su normativa, a detectar sus omisiones y determinar, en fin, cuál sería la solución en estos casos de acuerdo al derecho privado, en particular del mandato, entregando nuestra opinión en las situaciones que nos parezcan dudosas, que puedan pugnar con los objetivos del MADCV, o que requieran derechamente una reglamentación legal especial.



CAPITULO IV

ASPECTOS NO PREVISTOS EN EL PROYECTO

(Y que, según el inciso 2° del artículo 27, deben regirse por las normas generales aplicables al mandato civil)

Su problemática y posible solución

1. Generalidades.

No obstante las prevenciones que hemos hecho precedentemente, el proyecto sobre establecimiento del MADCV lo asimila a un contrato de mandato y le aplica, en todo lo no previsto en él, las normas generales propias de dicho contrato civil, conforme la expresa referencia que efectúa el inciso 2° del artículo 27, que reiteramos: "En todo lo no previsto en el presente Título, el Mandato se regirá por las normas generales aplicables al mandato civil".

No se desconoce la utilidad que puede reportar este actuar, tomando en bloque un conjunto de disposiciones legales para ser aplicadas a otra institución, y así ocurre a menudo en el ámbito del derecho civil; por ejemplo, en el caso de la permuta, a la que se aplican las normas de la compraventa por expresa remisión del artículo 1900 del Código del ramo.

Reconocemos, igualmente -conforme al análisis que efectuamos en el presente capítulo-, que en relación al MADCV se advierten casos en que efectivamente puede darse aplicación supletoria a la normativa civil del mandato y ellas nos pueden ayudar a dar solución a diversos temas.



Sin embargo, ello sólo resulta útil parcialmente, pues en otros casos las soluciones civiles previstas son frontalmente contradictorias con las características y principios del MADCV, en razón de lo cual, a nuestro juicio, el procedimiento supletorio pierde toda validez y eficacia.

Pensamos, pues, que un actuar supletorio como el que se propone supone que las características y principios de las instituciones que se complementan sean semejantes en el todo -pues sólo así las normas de una institución se encontrarán plenamente validadas en el otro-, y no que tales características y principios sean diversos o derechamente contradictorios como estimamos ocurre en el caso del MADCV y del mandato, según lo hemos dejado planteado en el capítulo anterior. Esto mismo hace, entonces, que la referencia a la normativa civil sea solamente útil en algunos casos y no en otros, en los que, por el contrario, su aplicación sin mayor análisis puede afectar la finalidad misma que se pretende resguardar con la creación de esta institución.

De todas formas, y frente a la realidad legal proyectada, nos abocamos a continuación a determinar qué aspectos son aquellos que no prevé la reglamentación del MADCV, en los cuales será necesario entonces aplicar las reglas del mandato civil.

Ahora bien, en este análisis -en que nos centramos únicamente en los casos más importantes-, nos ha parecido conveniente efectuar una separación de la materia en dos aspectos.

En primer lugar, aquellas situaciones que no comportan una contradicción flagrante con los principios y características del MADCV, sino que sólo representan dificultades de interpretación y aplicación, a las que pretendemos también dar solución.

En segundo término, analizamos las reglas civiles supletorias que, a nuestro juicio, sí representan una oposición evidente a dichos principios y características, y nos aproximamos a una solución.

2. Casos no regulados en el proyecto sobre MADCV, y cuyas reglas civiles supletorias no comportan una contradicción con los principios y características de aquél, aunque sí dificultades de interpretación y aplicación.



2.1. Constitución del MADCV.

Conforme lo hemos ya expuesto precedentemente¹¹⁴ el MADCV es un mandato solemne, que tiene además una fecha determinada de otorgamiento.

Reiteramos aquí los artículos pertinentes, a partir de los cuales desarrollamos el tema que ahora deseamos plantear.

Dispone el artículo 32 del proyecto que el MADCV se constituye por voluntad del mandante y por la aceptación del mandatario, en un solo acto, mediante escritura pública otorgada y publicada en los términos que dicha normativa indica. El artículo 33 señala, por su parte, las menciones mínimas que la escritura de constitución debe contener.

En cuanto a la oportunidad de celebración, el artículo 31 señala que el Presidente de la República y los senadores y diputados deberán constituir el mandato dentro del período comprendido entre su proclamación como candidatos electos y la fecha en que legalmente les corresponda asumir el cargo. Las demás autoridades señaladas en el artículo 30 y los parlamentarios nominados en conformidad al artículo 51 de la Constitución, deberán hacerlo dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de asunción del cargo.

Finalmente, cabe consignar que al tratarse de un mandato solemne la aceptación del mandatario sólo puede ser *expresa* -manifestada justamente a través del cumplimiento de la respectiva solemnidad- y no *tácita*, como también lo permite el artículo 2124 a propósito del mandato civil.

2.1.1. ¿Cuál es la solemnidad?

Nos ha surgido esta inquietud conforme al propio texto legal, y al efecto pensamos que la solemnidad no la constituye únicamente la suscripción de la escritura pública otorgada en la forma que la norma indica, sino que también incluye su contenido obligatorio así como su debida publicación. A este último respecto, dice el artículo 32 que

¹¹⁴ Ver Capítulo II, 4.5.5.



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



la voluntad del mandante y la aceptación del mandatario deben constar mediante escritura pública "otorgada y *publicada* en los términos de este párrafo".

Reconocemos, sin embargo, que nuestra interpretación sobre este punto puede ser discutible, pero nos inclinamos por la solución que hemos señalado dadas las imperativas características y finalidades que tiene la institución, estimando la publicación como trascendental para el debido conocimiento de los terceros acerca de la existencia misma del MADCV y el resguardo que en su virtud deben adoptar si desean contratar con la autoridad mandante, verificando cuidadosamente el patrimonio que verdaderamente administra de forma autónoma e independiente.

En lo relativo al contenido mismo de la escritura, el artículo 33 es perentorio, indicando que ella "*deberá contener*, al menos, las siguientes menciones:..."

Conforme a lo anterior, estimamos que dichas menciones obligatorias constituyen también una solemnidad formal que deberá cumplirse necesariamente al momento de su extensión.

Ahora bien, conforme a lo referido, al conferir el encargo, en la referida escritura deberá comparecer por una parte el mandante, confiriendo el mandato con todas las indicaciones que éste a lo menos debe contener y que se señalan en el mencionado artículo 33 y de otra parte, el mandatario, expresando su aceptación a asumir el mismo. Ello, asimismo, deberá hacerse en "un solo acto", como la norma indica, esto es, simultáneamente. Deberá luego el mandante -dentro de los 5 días siguientes a la escritura de constitución- entregar una copia autorizada de ella a la Superintendencia de Valores y Seguros o a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, según corresponda, y a la Contraloría General de la República. En el caso del Contralor General de la República, la escritura pública deberá entregarse a la Cámara de Diputados, para su registro. Finalmente, una copia de la escritura pública de la constitución del mandato y la declaración jurada de independencia a que se refiere el artículo 40 de la ley, deberán ser publicadas en el sitio electrónico del organismo en el cual desempeñe sus funciones el



mandante. El obligado deberá también publicar en el mismo sitio, las modificaciones a los instrumentos referidos.

Estimamos, igualmente, que el plazo de 5 días referido resulta aplicable tanto para la entrega de la escritura a las instituciones señaladas como para su publicación, aunque no sea claro el proyecto sobre este punto.

Suscrita y publicada la escritura en los términos legales, cabe entender, a nuestro juicio, que el contrato se reputa perfecto, tal como también lo señala el artículo 2124, inciso 1º, primera parte, del Código Civil.

2.1.2. Efectos de la falta de constitución de la escritura en forma legal, de su contenido obligatorio, su publicación, o entrega a las instituciones antes referidas.

Pensamos que la solución es distinta en cada uno de estos casos, en lo que también se encuentra presente a nuestro juicio el importante tema de la ubicación del MADCV ya sea en el ámbito del derecho público o en el derecho privado, a que ya nos hemos referido.

De tal modo, y analizado primeramente el problema exclusivamente desde el punto de vista del Derecho Público, creemos que pueden realizarse las siguientes precisiones:

a) Tratándose de la falta del contenido obligatorio de la escritura o de la omisión de su publicación -como estimamos que tales aspectos forman parte de la solemnidad del acto constitutivo-, por las características del ámbito del derecho en que nos encontramos en este caso, no cabe sino concluir que ello conlleva a la nulidad del MADCV y los actos suscritos en su virtud.

Más adelante mencionamos algunos comentarios que nos merece esta nulidad.

b) Si se omite el carácter de pública de la escritura y el MADCV se celebra únicamente por escritura privada, no está regulada esta situación en la actualidad. Sí lo estaba en el proyecto original del boletín 7616-06, pero se eliminó en el proyecto aprobado por la comisión, sin mayor cuestionamiento.¹¹⁵

¹¹⁵ Informe de la comisión de Constitución, Legislación y Justicia, recaído en el proyecto de ley sobre "Probidad en la Función Pública", Ob. cit., p. 112.



La norma eliminada indicaba que "el contrato consignado en un documento privado no producirá otro efecto que el de obligar al constituyente a otorgar escritura pública dentro del plazo señalado en el artículo precedente".

Creemos, sin embargo, que en el ámbito público en que nos encontramos en este primer análisis el efecto será propiamente el referido para el caso anterior, conforme el principio que en tal área del derecho sólo puede hacerse lo que está expresamente permitido, y en tal circunstancia, según pensamos, tanto el MADCV mismo como lo que se haya actuado en base a él -suscrito en este caso por instrumento privado- carecerá de valor. Se tratará, pues, igualmente de una nulidad.

c) Entendemos que igual criterio cabe adoptar en el evento -teórico al menos- que se trate en la especie de una actuación en base a un mero acuerdo consensual.

d) En cuanto a la falta de entrega de la escritura, no siendo parte de la solemnidad, estimamos que ello no afecta la existencia del MADCV.

Ahora bien, a propósito de la nulidad que proponemos en los casos a), b) y c), por el ámbito en que nos encontramos en este análisis, se trataría de una nulidad de derecho público, que afectaría tanto al MADCV mismo como a todo lo obrado en su virtud.¹¹⁶

Debemos recordar en este punto, sin embargo, la profusa discusión doctrinaria existente sobre variados aspectos sustantivos de la mencionada nulidad -que aquí sólo mencionamos por no decir relación directa con nuestra tesis-, pero que habrán de tenerse muy presentes en la solución de la problemática antes referida. Así, un sector de la doctrina asimila esta sanción a la inexistencia, la cual operaría de pleno derecho y erga omnes, y es perpetua, insanable y no se extingue por prescripción alguna, en tanto otros autores discuten frontalmente las señaladas características.¹¹⁷

¹¹⁶ Recordemos en este punto lo que hemos sostenido respecto del ámbito del derecho en que nos encontramos, conforme lo señalado en el acápite 5.3 del Capítulo III.

¹¹⁷ Sobre el tema, un interesante panorama general se puede observar en Jara Schnettler, Jaime: "*Revisión Crítica de la Teoría de la Nulidad de Derecho Público*". Pontificia Universidad Católica, Tesis de Magíster, Santiago, 2002. Otros textos de interés son: Pierry Arrau, Pedro: "*Nulidad en el Derecho Administrativo*". En Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XV, (1993-1994), p. 79-100; Valdivia, José Miguel: "*Sobre la Nulidad en Derecho Público*". En Revista de la Universidad de Los Andes (La Primacía de la Persona: Estudios en Homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss), pp. 865-885; Bermúdez Soto, Jorge:



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



Corresponde a continuación analizar el tema desde el ámbito del Derecho Privado; y al efecto, un primer cuestionamiento que surge es preguntarnos por qué podría llegarse en los casos precedentes a la eventual aplicación de esta área del derecho.

Estimamos que esta alternativa podría plantearse como posible, teóricamente, en atención a la confusión de ámbitos jurídicos a que el propio proyecto del MADCV nos conduce, dada la referencia supletoria al mandato civil que expresamente se hace en el artículo 27 del proyecto. Particularmente, pensamos en el cuestionamiento que puede surgir si algún mandatario del MADCV simplemente ejecuta un mandato en que no se hayan cumplido sus exigencias legales o en caso que haga algunas gestiones propias de su encargo aún antes de estar perfectamente constituido el MADCV, y como los efectos de tal actuar no están expresamente previstos, sostener que se trata de un caso en que debe tener aplicación la normativa supletoria civil, conforme el artículo 27 antes mencionado.

Particular relevancia en este punto asume la eliminación de la disposición del proyecto original antes comentada en cuanto al mandato suscrito por escritura privada, pues deja sin reglamentación la situación referida, lo que puede derivar justamente en aplicar supletoriamente la referida normativa civil, y estimarse, así, que estaríamos en presencia, al menos, de un *mandato nulo*,¹¹⁸ el cual, si es ejecutado de buena fe por el mandatario, convierte a éste en un agente oficioso, conforme lo dispone el artículo 2122 del Código Civil, caso en el cual entran a operar todas las normas de la agencia oficiosa -que más adelante analizamos-, en mérito de las cuales pueden surgir diversas responsabilidades y obligaciones para los intervinientes en la operación, pudiendo en ello haberse contravenido todos los controles y prohibiciones que establece la ley.

"Estado Actual del Control de Legalidad de los Actos Administrativos ¿Qué Queda de la Nulidad de Derecho Público?". En Revista de Derecho, vol. XXIII, N° 1, julio 2010, pp. 103-123; Marín Vallejo, Urbano: "Algunos Aspectos de la Nulidad de Derecho Público. Aproximación Práctica al Tema". En Cuadernos de Análisis Jurídicos, N° 17, Santiago, pp. 143-155.

¹¹⁸ Se trataría, a nuestro juicio, de una nulidad absoluta, por omisión de requisitos o formalidades que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en atención a su naturaleza. Sobre la nulidad civil, Véase Alessandri Besa, Arturo: "La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno". Editorial Ediar Conosur, 2° Ed., no indica año, pp. 234 y siguientes.



Se podrá contra argumentar que no resulta fácil que un mandatario actúe sin la debida escritura extendida en forma legal, pero la situación puede ser más recurrente si sólo se omiten algunas de las obligatorias menciones que el MADCV debe contener por ley, que por su mismo carácter, hemos estimado que forman parte también de su solemnidad.¹¹⁹

Como se observa, se trata de un tema trascendente, y que a nuestro juicio no está tratado debidamente, y contribuye a ello la eliminación de la norma comentada, que aclaraba algo más la situación.

2.1.3. Sanciones que expresamente señala el proyecto.

Dispone el artículo 56 que en el caso de falta de suscripción de la escritura, la autoridad infractora será notificada por la Contraloría General de la República de dicha circunstancia. A partir de la notificación, contará con un plazo de diez días para subsanar su situación. Expirado este plazo, la autoridad en mora será sancionada con multa, a beneficio fiscal, de hasta trescientas Unidades Tributarias Mensuales.

La infracción a lo dispuesto podrá ser considerada, además, como una vulneración grave al principio de probidad administrativa. Corresponderá al Contralor General de la República ordenar la instrucción de los sumarios administrativos que correspondan. En el caso del Presidente de la República y los ministros de Estado, la Contraloría General de la República deberá informar esta situación de incumplimiento reiterado¹²⁰ a la Cámara de

¹¹⁹ Sobre las solemnidades -una especie de formalidades, en este caso, propiamente tales-, pueden decir relación a la existencia misma de un acto jurídico o a su validez, lo que da lugar a su vez a la ya tradicional discusión sobre su sanción, la inexistencia o nulidad. Véase: Vial Del Río, Víctor: *Teoría General del Acto Jurídico*. Ediciones Universidad Católica de Chile, 4º Ed., 2000, Vol. I, pp. 149 - 151 y 164 y siguientes, donde se resumen las posiciones de los más excelsos sostenedores de la discusión acerca de si el Código Civil chileno recoge o no como sanción jurídica la inexistencia, como son los autores don Luis Claro Solar y don Arturo Alessandri Rodríguez.

¹²⁰ Pensamos que hay una impropiedad en el uso del término "reiterado" que contiene la norma, pues en ella no se ha hablado antes de alguna situación que lo justifique. Su inclusión lo entendemos simplemente como un olvido en el informe final de la comisión informante de la Cámara, pues en la norma anterior que fue sustituida por la comentada, previamente sí se contenía una mención a la reiteración de la conducta de incumplimiento por parte de mandante en suscribir el mandato, que justificaba después el uso de "reiterado", evento en el cual las sanciones se iban duplicando. La comisión estimó del caso eliminar toda mención a aquella situación -con el olvido indicado, a nuestro juicio, del término mencionado-, pues incorporó más adelante (artículo 58 inciso 4º) una norma general que autoriza en caso de reincidencia en el incumplimiento de cualquiera de las disposiciones de la ley, para sancionar al infractor hasta por el doble del máximo de las



Diputados, para los fines que sean pertinentes. En el caso del Contralor General de la República, será la Cámara de Diputados la encargada de verificar el debido cumplimiento de las disposiciones de la ley.

Como se ha indicado en la nota 120, cabe tener también presente sobre este punto que el artículo 58 inciso 4° indica que en caso de reincidencia en el incumplimiento de cualquiera de las normas de esta ley, el infractor podrá ser sancionado hasta por el doble del máximo de las multas aplicables. Se considerará reincidencia una nueva infracción a cualquiera de las disposiciones de esta ley. En caso que sea el mandatario el que reincida, se aplicará la cancelación de su inscripción en el registro para ejercer como mandatario respecto de los contratos regidos por esta ley.

No señala la ley alguna eventual sanción en el caso de falta de publicación de la escritura o si no se hace entrega de ella a las instituciones correspondientes.

Nos parece que es una materia que claramente hay que complementar en la ley, y que en el caso de la falta de publicación -como sostenemos que ella es parte de la solemnidad-, creemos que debería hacerse también aplicación del artículo 56 antes señalado en contra del incumplidor.

En cuanto a la falta de entrega de la escritura, estimamos que podría aplicarse la sanción del artículo 57 del proyecto, incorporando, ciertamente, esta referencia al texto legal. Sostenemos esto ya que el mencionado artículo es el que contiene las sanciones genéricas aplicables a diversos casos, y al cual también se refiere la ley como sanción base en diversos otros casos que no tienen una sanción especial como, por ejemplo, lo indica el artículo 41 inciso 2°.

Dice el artículo 57, específicamente, que la vulneración por el mandante de la obligación contenida en el artículo 37, será sancionada con multa a beneficio fiscal, de hasta mil unidades tributarias mensuales en atención a la naturaleza y gravedad de la infracción.

multas aplicables. Ver Informe de la comisión de Constitución, Legislación y Justicia, recaído en el proyecto de ley sobre "Probidad en la Función Pública", Ob. cit., pp. 153 y 154.



Adicionalmente, la infracción referida, podrá ser considerada, además, como una vulneración grave al principio de probidad administrativa, para lo cual se procederá conforme a lo establecido en los incisos segundo y tercero del artículo anterior, según corresponda.

Por su parte, la vulneración por el mandatario de las disposiciones contenidas en los artículos 41, 43 y 47, será sancionada con multa a beneficio fiscal, de hasta mil unidades tributarias mensuales y cancelación por un año de la inscripción en el registro para operar como mandatario.

En otro orden de ideas, estimamos que la sanción del artículo 56 -sin perjuicio de los aspectos que hemos planteado en el punto 2.1.2. anterior -, debería ser aplicable también en la situación en que sólo se ha constituido el MADCV por instrumento privado y no por escritura pública como requiere la ley. Lo anterior, por similitud a la situación en que no se ha otorgado la escritura misma. Se hace necesario en esta situación, en todo caso, también una remisión expresa a dicha norma sancionatoria.

2.1.4. Prueba del MADCV.

Siendo el mandato solemne, se deberá probar por el interesado a través de la respectiva solemnidad -a nuestro juicio, la escritura pública con sus menciones legales y la debida publicación-. En concordancia con lo señalado, resulta aplicable también el artículo 2123 del Código Civil, en cuanto señala que "no se admitirá en juicio (...) la escritura privada cuando las leyes requieran un instrumento auténtico".

Dejamos consignado en este punto, en todo caso, lo dicho en el acápite 2.1.2. anterior, que puede derivar en sostener la existencia de un mandato nulo, con las consecuencias vistas.

2.2. Extensión de facultades. ¿El MADCV es un mandato general o especial?¹²¹

Creemos que al MADCV no le es aplicable esta clasificación.

¹²¹ Sobre el carácter de general o especial del mandato, véase Stitckin, Ob. cit., pp. 229 y siguientes.



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



El artículo 2130 del Código Civil indica que "si el mandato comprende uno o más negocios especialmente determinados, se llama especial; si se da para todos los negocios del mandante, es general; y lo será igualmente si se da para todos, con una o más excepciones determinadas".

Conforme al artículo 33 N° 3) del proyecto, el MADCV debe contener las instrucciones generales de administración, en especial en lo referido al riesgo y diversificación de las inversiones.

En base a lo señalado, podría sostenerse que el MADCV se asimila propiamente a un *mandato general*, criterio que puede verse reafirmado cuando la normativa agrega que, con todo, dichas instrucciones no podrán referirse a efectuar inversiones en alguna empresa en particular.

Esta concepción, sin embargo, nos lleva a determinar las facultades del mandatario, que en el ámbito civil están claramente expresadas en el artículo 2132; y es aquí donde el tema se hace oscuro.

El artículo referido indica que el mandato no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración, señalando como ejemplos pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante, perteneciendo unos y otros al giro administrativo ordinario; perseguir en juicio a los deudores, intentar las acciones posesorias e interrumpir las prescripciones, en lo tocante a dicho giro; contratar las reparaciones de las cosas que administra; y comprar los materiales necesarios para el cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas, u otros objetos de industria que se le hayan encomendado. Para todos los actos que salgan de estos límites, necesitará de poder especial.

En otras palabras, la administración comprende la ejecución de actos de conservación, esto es, encaminados a impedir la pérdida o menoscabo de los bienes; salvo la existencia de poder especial que disponga otra cosa.

En el caso del MADCV se advierte, sin embargo, que las labores del mandatario son mucho más amplias que las mencionadas (sin necesidad de poder especial), pues de acuerdo al artículo 29 del proyecto, en el caso del mandato de administración general de



cartera, al menos, el mandatario tiene la administración amplia y *discrecional* de los valores del mandante, lo que supone naturalmente facultades de enajenar, y por ello es que excepcionalmente el mandante tiene la posibilidad de instruir al mandatario sobre la no enajenación de parte o de todos los valores que se le entreguen en administración, conforme al inciso 3° del artículo 29.

Similares facultades de enajenación se advierten en el MADCV que pueden regular la Superintendencia de Valores y Seguros en conjunto con la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, indicando el inciso 5° del artículo 29 mencionado que estos mandatos serán gestionados por cuenta y riesgo del mandante y el mandatario estará facultado para decidir su inversión, *enajenación* y demás actividades que correspondan.

Reafirmamos, pues, la dificultad de encuadrar el MADCV como general o especial, como lo hacen las normas civiles.

2.3. Capacidad del mandante. Análisis particular de la autoridad casado bajo régimen de sociedad conyugal.¹²²

No hay normas especiales en la normativa del MADCV respecto de la capacidad del mandante, y tampoco a propósito de las reglas del mandato. Por lo anterior, estimamos plenamente aplicables las normas generales que rigen la materia, y que se traducen en que el mandante debe ser totalmente capaz para contratar, esto es, de obligarse por sí mismo, sin el ministerio o autorización de otra persona, según lo concibe el artículo 1445 inciso 2° del Código Civil.

Si el mandante es incapaz, el mandato es nulo absoluta o relativamente, según sea absoluta o relativa la incapacidad que le afecta.

Ciertamente, la autoridad obligada a conferir el MADCV será normalmente capaz, pues lo contrario no es compatible con el nombramiento o elección que se hizo de su persona para desempeñar el cargo. Sólo puede pensarse en este evento en una incapacidad

¹²² Sobre el régimen de sociedad conyugal, Véase Ramos Pazos, René: "*Derecho de Familia*". Editorial Jurídica de Chile, 5° Ed., 2005, T. I., p. 139 y siguientes.



sobreviniente, la cual derivará en la cesación de su cargo, y consecencialmente, en la cesación del MADCV.

Un punto de suma trascendencia que queremos dejar planteado, y para el cual, estimamos, no hay una adecuada solución es la situación del mandante casado en sociedad conyugal.

Para abordar este tema, debe recordarse que tratándose de las autoridades que señala el artículo 30 del proyecto, en sus respectivos casos, el Mandato que deben constituir se refiere a la *totalidad de sus acciones* de sociedades anónimas abiertas, opciones a la compra y venta de tales acciones, bonos, debentures y demás títulos de oferta pública representativos de capital o deuda que sean emitidos por entidades constituidas en Chile y que se encuentren inscritas en los Registros de Valores que llevan la Superintendencia de Valores y Seguros y la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. Lo mismo acaece tratándose de sociedades o entidades que conforman el Grupo Empresarial en que la autoridad tenga la calidad de Controlador, o Miembro del Controlador en los términos del Título XV de la ley N° 18.045.

Cabe también tener presente en esta materia que de acuerdo a lo dispuesto en el 1749 del Código Civil, el marido, como administrador ordinario de la sociedad conyugal tiene facultades administrativas tanto respecto de los bienes sociales como los de su mujer. Es más, conforme al artículo 1750 el marido es respecto de terceros dueño de los bienes sociales.

Ahora bien, los valores sobre los cuales debe recaer el MADCV pueden, según su origen, integrar el haber absoluto o el relativo de la sociedad conyugal, según si ellos fueron adquiridos durante el matrimonio a título oneroso (haber absoluto, artículo 1725 N° 5) o si ellos fueron aportados al matrimonio o fueron adquiridos durante la sociedad conyugal a título gratuito (haber relativo, artículo 1725 N° 4). También pueden pertenecer al haber propio, si es que dichas especies muebles fueron excluidas de la sociedad en las capitulaciones matrimoniales.



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



En este orden de ideas, estimamos que un punto primordial a dilucidar con precisión, en forma preliminar, es qué debe entenderse por la expresión "*totalidad de sus acciones*" utilizada por el artículo 30 del proyecto. Lo anterior, pues conforme a lo antes señalado, dichas acciones pueden integrar el haber propio del mandante, o el absoluto o relativo de la sociedad conyugal. Incluso cabe preguntarse si incluye las acciones propias de su mujer -que el marido también administra en este régimen-, ya que en todos estos casos puede estar la fuente de conflicto de intereses que la ley desea evitar.

Se trata de un tema complejo, pues la reglamentación del MADCV estaría obligando a la autoridad a entregar a un tercero sus atribuciones de administrador de la sociedad conyugal en relación a los bienes materia del encargo, por un período relativamente prolongado, el cual pasaría a administrar esa parte del patrimonio social o el propio de su mujer, según el caso, y ello, en abierta contradicción a las normas que rigen esta especial materia del derecho de familia, que son de orden público, y por lo tanto inmodificables por los particulares.

Se dirá que ello es lo mismo que acontece cuando el marido confiere un simple mandato respecto de bienes sociales o sobre los bienes de su mujer, que administra; sin embargo, en el caso del MADCV la parte del patrimonio en que recae el encargo será de ordinario mucho más amplia y, ciertamente, los objetivos y las facultades asociadas al mismo son distintas. En el MADCV se trata de la administración discrecional de los valores del mandante por todo el período que dura el cargo que ejerce -incluida la disposición de bienes-; y más allá de algunas instrucciones generales que puede entregar al constituir el encargo, no es posible que dé instrucciones particularizadas, que conozca el destino de las inversiones, ni existir comunicaciones con el mandatario.

Particularmente grave resulta para la mujer toda esta situación, en que sin su consentimiento -ya que no se contempla su autorización y tampoco sería ésta concebible atendidas las finalidades del MADCV-, un tercero pasaría a administrar el patrimonio



social e incluso el suyo propio, hasta con facultades de "disposición de bienes" como lo hemos ya dejado establecido.¹²³

De mayor gravedad resulta este punto en el evento que la autoridad se encuentre en el caso del artículo 53 del Proyecto, esto es, *obligado a enajenar o renunciar* a su participación en la propiedad de las empresas que en ese mismo artículo se indican. ¿Se requerirá autorización de la mujer para ello? ¿O si es la mujer la titular de los bienes sobre que puede recaer el conflicto, ¿puede obligarse a ésta a enajenar o renunciar si no lo desea?

Otro cuestionamiento que podría hacerse dice relación con la eventual aplicación del artículo 155 del Código Civil por parte de la mujer, y en su mérito, fundar una demanda de separación de bienes, por ejemplo, en el hecho que los negocios del marido se hallan en mal estado, por consecuencia de especulaciones aventuradas, o de una administración errónea o descuidada, o hay riesgo inminente de ello, a propósito de la labor ejercida por el mandatario.

Sobre este punto debe recordarse que el MADCV es un mandato obligatorio, del que no puede sustraerse una autoridad, lo que tal vez justifique la aplicación de la norma citada.

También podemos pensar en un problema adicional, que puede presentarse cuando la autoridad se divorcia y es necesario proceder a la liquidación de la sociedad conyugal; o cuando anula su matrimonio. ¿Puede procederse de inmediato a practicar las operaciones propias de la liquidación, o ello no es posible, para no frustrar las finalidades del MADCV?

Igual de intrincadas resultan todas estas situaciones en el caso que la autoridad obligada a constituir un MADCV sea una mujer casada en sociedad conyugal. Es cierto que ella no administra el régimen social, y en este caso, tendrá además un patrimonio reservado de acuerdo al artículo 150 del Código Civil, pero al estar la mujer obligada a constituir un MADCV en esta situación, se está alterando nuevamente el régimen social, al privar al marido al menos de la expectativa de contar con esos bienes en el evento que en su oportunidad la mujer acepte los gananciales (particularmente en el caso de enajenación

¹²³ Ver Supra, 2.2.



forzada) o si se trata de bienes propios que administre el marido. Pensamos que en este caso el punto no se supera simplemente por conferir el marido dicha autorización, atendidas las características de orden público que tienen las normas que regulan la materia de los regímenes patrimoniales del matrimonio, como antes se indicó. Además, cabe cuestionarse si en este caso hay autorización supletoria en caso de negativa del marido.

Pues bien, todos estos complejos problemas jurídicos enunciados nos llevan a estimar que una medida apropiada dirigida a su solución estaría dada por la modificación de los textos legales correspondientes, en orden a estimar que la mera elección o designación, en su caso, de una autoridad de aquellas obligadas a otorgar un MADCV, sea hombre o mujer, que se encuentre casado en régimen de sociedad conyugal y reúna los supuestos que le obligan a otorgar un MADCV, configure un caso de separación legal total de bienes, y obligue a su disolución y liquidación antes de asumir su cargo.

Asimismo, si se trata de una autoridad -hombre o mujer- que se casa antes o durante el ejercicio de su cargo habiendo ya otorgado un MADCV, deberá hacerlo únicamente bajo el régimen de separación de bienes mencionado.

En estos eventos, estimamos que no es factible siquiera la opción del régimen de participación de gananciales,¹²⁴ toda vez que en éste, de acuerdo al artículo 1792-2 del Código Civil, si bien los patrimonios del marido y de la mujer se mantienen separados y cada uno de los cónyuges administra, goza y dispone libremente de lo suyo, al finalizar la vigencia del régimen se compensa el valor de los gananciales obtenidos por los cónyuges y éstos tienen derecho a participar por mitades en el excedente.

Resulta evidente que el monto del excedente va a estar determinado por la gestión del respectivo patrimonio y, a nuestro juicio, dicho excedente no puede quedar entregado a una mejor o peor administración efectuada por un tercero, a quien el cónyuge respectivo se vio obligado a confiarle la administración de parte de su patrimonio, más si se trata de la obligación de enajenación que también contempla la ley.

¹²⁴ Sobre el régimen de participación en los gananciales, Véase Ramos Pazos, René, Ob. cit., p. 289; Schmidt Hott, Claudia: "Nuevo Régimen Matrimonial". Editorial Conosur, 1995, pp. 9 y siguientes.



En este sentido, eventualmente, podría causarse un perjuicio grave al patrimonio y derechos del otro cónyuge generada por una obligación legal, redundando en menores derechos al momento de la liquidación del régimen.

Por similares razones anteriores, tampoco estimamos factible que los esposos puedan recurrir a las capitulaciones matrimoniales que permite celebrar el artículo 167 del Código Civil¹²⁵ y consignar en ellas la administración separada de aquellos bienes de la mujer que deban ser objeto de un MADCV, pues conforme al artículo 166 N° 3 -a que se remite el 167 referido-, al momento de disolución de la sociedad conyugal los frutos de las cosas que la mujer administra separadamente en mérito del pacto y todo lo que con ellos adquiera, se sujetan a las reglas del artículo 150, lo que en definitiva se traduce que su destino dependerá de si la mujer acepta o no los gananciales, y de adoptar esta última opción, puede llegar a aportar menos a la masa partible, en base a una negativa administración que haya podido hacer un tercero, con lo podría causarse el mismo perjuicio al patrimonio y derechos del otro cónyuge que en la situación anterior destacamos.

2.4. Normas relativas a la remuneración del mandatario.

2.4.1. Su determinación y oportunidad.

De acuerdo a lo que dispone el artículo 48 del proyecto, el Mandatario tiene derecho a recibir una remuneración por sus servicios, la cual *será determinada* por las partes en el acto de constitución del MADCV.¹²⁶

Entendemos, por los perentorios términos de la disposición, que si la remuneración no se fija en esta oportunidad, simplemente no podrá hacerse después.

En efecto, la norma es concluyente, y hace clara excepción a lo dispuesto en el artículo 2117 del Código Civil, que indica que la remuneración puede ser fijada por la convención de las partes, *antes o después del contrato*, por la ley, la costumbre o el juez.

Del modo referido, siendo obligatoria la mención de la remuneración en el acto constitutivo, su mención en tal oportunidad pasaría también a ser un tema obligatorio, al

¹²⁵ Ramos Pazos, René, Ob. cit., pp. 316 y 317.

¹²⁶ Sobre el carácter de remunerado o gratuito del MADCV y nuestra propuesta al respecto, véase Capítulo III, 4.3.1.4.



igual que las otras menciones que indica el artículo 33 del proyecto, aunque no lo diga así la ley.

Conforme a lo dicho, será pues en el acto de constitución del MADCV que deberá necesariamente contenerse el monto de la remuneración así como cualquier otra estipulación a su respecto, como, por ejemplo, la periodicidad en los pagos respectivos.

Si no se efectúa esta determinación en el acto constitutivo, pensamos que podría complementarse la escritura en este punto, pero siempre que ello acontezca estando vigente aún el plazo legal para constituir el MADCV que señala el artículo 31 del proyecto. En efecto, la norma del artículo 48 es clara al respecto y señala aquella única oportunidad para contener esta designación, norma que es de carácter imperativo. La solución que vislumbramos es que en tal caso -aun reconociendo que estamos forzando la normativa legal-, como razonablemente al mandatario no le va a interesar ejecutar un encargo en tales condiciones -esto es, sin derecho a remuneración- podría renunciar a ejercer el cargo, evento en el cual el mandante tendría que otorgar un nuevo mandato en los mismos términos que el primero, complementando en él, ahora sí, los datos faltantes.

En todo caso, como antes lo manifestamos, estimamos que el MADCV siempre debería ser remunerado, y en tal entendimiento, entendemos que genera un derecho personal o crédito a favor del mandatario que éste podrá ejercer instando para su cobro, aun cuando no se haya pactado una remuneración por error o cualquiera otra omisión en el acto de constitución del mismo,¹²⁷ más si aplicamos la remisión supletoria a las normas del mandato civil, donde el mandato es naturalmente oneroso.

Por las dificultades que podría generar, pensamos que no se justifica la limitación respecto de la oportunidad que el proyecto establece para fijar la remuneración, y bien podría ampliarse en similares términos a como lo hace el Código Civil en el artículo 2117, en lo relativo a que el acuerdo de las partes puede contenerse *antes o después del acto constitutivo*.

2.4.2. Prescripción de la acción de cobro de la remuneración.

¹²⁷ Ver Capítulo III, 4.3.1.4.



Nada dice el proyecto sobre esta materia, pero debiendo constar el MADCV necesariamente en escritura pública, entendemos que la acción tendiente al cobro de la remuneración se tratará de una acción ejecutiva (conforme al artículo 464 N° 2 del Código de Procedimiento Civil) que prescribirá en 3 años, subsistiendo otros 2 como ordinaria, conforme al artículo 2515 del Código Civil,¹²⁸ y que se contarán desde el vencimiento de cada período, si así se ha pactado, o desde la expiración del mandato, en caso contrario. También podría pactarse, a nuestro juicio, una cláusula de aceleración.

Pensamos, sin embargo, que la aplicación de estas normas no será de relativa frecuencia, pues, usualmente, la remuneración pactada con el mandante, el mandatario la extraerá por sí mismo de los propios valores que administra, según la cuenta que deberá rendir al final del encargo. En el mismo sentido se entiende el artículo 49 del proyecto, en cuanto indica que "los gastos incurridos por el mandatario en el desempeño de su cargo le serán abonados con cargo a los recursos que administra a medida que éstos se vayan devengando, y de conformidad a las normas que se fijen en el mandato".

Creemos que lo que hemos dicho antes, servirá, en todo caso, en aquellas situaciones en que el mandante cese en su función pública o se ponga término anticipado al mandato por alguna de las causas legales que indica el artículo 50 del proyecto, y queden pagos pendientes.

2.4.3. Pérdida del derecho a la remuneración.

No se refiere el proyecto a esta posibilidad, como sí lo hace el mandato civil, lo que nos obliga a analizar las normas pertinentes.

Al efecto, las reglas sobre el mandato contemplan esta situación en dos circunstancias: cuando el mandatario actúa como agente oficioso; y cuando ha incurrido en culpa, conforme lo dispone el artículo 2158 inciso final del Código Civil.

Al caso de la agencia oficiosa nos referimos más adelante.

¹²⁸ Ramos Pazos, René: "De las Obligaciones". Colección de Manuales Jurídicos, Ed. Jurídica de Chile, 1° Ed., 1999, pp. 442-443.



Respecto a la culpa del mandatario, se señala por la doctrina¹²⁹ que cualquier infracción del contrato en que el mandatario haya incurrido por culpa grave o leve le hace responsable de los perjuicios que haya irrogado al mandante y, en consecuencia, no se entiende cómo podría pretender, todavía, cobrar los honorarios provenientes de una gestión desafortunada o ilícita. Lo anterior se extrae del inciso final del artículo 2158 del Código Civil referido a las obligaciones del mandante, entre ellas, la de pagar la remuneración, que señala textualmente que “no podrá el mandante dispensarse de cumplir estas obligaciones, alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito, o que pudo desempeñarse a menos costo; *salvo que le pruebe culpa*”.

Del modo referido, si la gestión del mandatario en el MADCV no resultó exitosa derivado de su actuar culposo, puede excusarse el mandante de cumplir con el pago de la remuneración a que se encuentra obligado, lo que se extiende también a todas las otras obligaciones que tiene para con aquél.

2.4.4. El mandato gratuito.

Atendidas las características del MADCV y sus objetivos, como ya lo dejamos planteado, pensamos que no es concebible en este caso la existencia de un mandato gratuito.

Nos remitimos en este punto al análisis que sobre el particular efectuamos en el acápite 4.3.1.4 del capítulo III de este trabajo.

2.5. Normas relativas a la responsabilidad del mandatario.

2.5.1. Regla general.

No señala actualmente el proyecto sobre el MADCV normas sobre el particular. La versión anterior a la aprobada por la comisión (ex artículo 52) indicaba sobre este punto que “el mandatario deberá, salvo acuerdo en contrario, emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios y responderá por sus actuaciones dolosas o culpables de los perjuicios que causare a la parte del patrimonio del mandante que administra”.

¹²⁹ Stitchkin, Ob. cit., p. 374.



La comisión de la Cámara determinó eliminar este artículo por cuanto en el Código Civil se contemplan reglas sobre la responsabilidad del mandatario y, en el caso que se analiza, podría incluso pactarse una responsabilidad mayor que la que aquél establece, ya que las partes podrían acordar que se responda hasta de la culpa levísima. Se precisó también que de acuerdo al artículo 2129 del Código citado, el mandatario responde hasta de la culpa leve.¹³⁰

Conforme a lo referido, procede remitirse en esta materia, entonces, a las normas civiles existentes sobre el particular, lo que determina, justamente, la aplicación del artículo 2129 del Código Civil que señala que el mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo. Ello, conforme la clasificación tripartita de culpa que efectúa el artículo 44 del Código Civil.

La responsabilidad del mandatario surgirá ya sea por no haber ejecutado el encargo, haber retardado su ejecución, o por haberlo realizado en contravención a las instrucciones que se le dieron. También surge aun habiendo ejecutado el encargo, cuando ello lo hizo sin la diligencia y cuidado que la ley le exige.

Particular importancia en este punto tendrán las instrucciones que específicamente se le hayan entregado al mandatario en el acto constitutivo.

2.5.2. Agravación de la responsabilidad.

Cabe preguntarse si se aplican al MADCV los incisos 2° y 3° del artículo 2129 del Código Civil, que indican, respectivamente: "Esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado"; y el inciso 3°, "por el contrario, si el mandatario ha manifestado repugnancia al encargo, y se ha visto en cierto modo forzado a aceptarlo, cediendo a las instancias del mandante, será menos estricta la responsabilidad que sobre él recaiga".

Estimamos aplicable únicamente el inciso 2° referido, toda vez que el mandato en el caso del MADCV será remunerado por esencia, como antes nosotros ya lo hemos

¹³⁰ Informe de la comisión de Constitución, Legislación y Justicia, recaído en el proyecto de ley sobre "Probidad en la Función Pública", Ob. cit., pp. 139-140.



sostenido, y nada se opone a que se dé aplicación a la norma. De este modo, será el Juez, en definitiva, en caso de conflicto, quien decidirá, y en base a la norma mostrarse más severo, según corresponda.

No estimamos aplicable, sin embargo, el inciso 3° transcrito, pues el mandatario no se tratará de una entidad que se haya visto forzada a ejercer el cargo, sino que, justamente, instará por su nominación.

Por último, creemos también aplicable en la especie el inciso final del artículo 1547 del Código Civil, en el entendido que las partes son libres para alterar las reglas sobre responsabilidad antes referidas mediante un pacto especial, haciendo éstas más o menos gravosas para el mandatario, por ejemplo, respondiendo de la culpa levísima o grave, respectivamente.

2.5.3. Responsabilidad por la ejecución parcial del negocio.

Pensamos que aun si se estimara que el MADCV pudiera corresponder un mandato general de administración,¹³¹ ello no exonera al mandatario de su responsabilidad por la ejecución parcial del negocio, y al efecto, resulta plenamente aplicable la norma del artículo 2161 del Código Civil, que indica que cuando por los términos del mandato o por la naturaleza del negocio apareciere que no debió ejecutarse parcialmente, la ejecución parcial no obligará al mandante sino en cuanto le aprovechara. Se añade que el mandatario responderá de la inejecución del resto en conformidad al artículo 2167. Lo anterior significa que la ejecución parcial del negocio no obliga al mandante y éste puede exigir la reparación de los perjuicios como si el incumplimiento fuere total, desentendiéndose incluso respecto de los terceros, de la parte del negocio realizado.

2.5.4. Prueba de la culpa del mandatario.

Estimamos aplicables en esta materia las mismas reglas generales que el derecho común contempla en relación a la responsabilidad contractual. Es decir, corresponde al

¹³¹ Recordemos la dificultad que acarrea esta clasificación, según lo hemos sostenido en el acápite 2.2 del presente capítulo.



mandante probar la existencia de la obligación que se dice incumplida, y hecho, se presume que el incumplimiento es culpable.

Corresponderá al mandatario acreditar, por lo tanto -para liberarse de responsabilidad- el caso fortuito o fuerza mayor que pudieron dar origen a su incumplimiento.¹³²

2.5.5. Exculpación por caso fortuito o fuerza mayor.

Conforme lo referido, el mandatario no responde de los perjuicios que se causen al mandante por caso fortuito o fuerza mayor ocurrida en el desempeño de la gestión.

En este punto, estimamos aplicables al MADCV las mismas reglas que rigen la materia en el ámbito civil.

De tal modo, si el hecho que constituye el caso fortuito o fuerza mayor tiene caracteres permanentes y el cumplimiento se torna imposible, se extingue la obligación ("*a lo imposible, nadie está obligado*"). Pero si el hecho sólo crea una imposibilidad temporal, sólo se justifica una postergación en el cumplimiento de la obligación. Tal tardanza sin embargo, por no ser imputable al deudor, no dará derecho al acreedor para exigir indemnización moratoria, conforme al artículo 1558 inciso 2º del Código Civil.

Como se sabe, hay también casos en los cuales el deudor responde del caso fortuito, y que mencionamos a continuación:¹³³

1º Cuando el deudor toma a su cargo el caso fortuito, estipulándose expresamente. Esta estipulación está autorizada por la ley, en el inciso final del artículo 1547 y en el artículo 1673. Estamos ante una consecuencia del artículo 1545. La cláusula es una especie de seguro, por la que el deudor toma el rol de asegurador de la cosa con respecto al acreedor. Como aplicación práctica concreta de esta posibilidad a propósito del contrato de mandato está la disposición del artículo 2152 del Código Civil que comentamos más adelante.

¹³² Artículo 1547 inciso 3º del Código Civil.

¹³³ Puede verse al respecto, Ramos Pazos, René, "*De las Obligaciones*", Ob. cit., p. 260.



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



2° Cuando el caso fortuito sobreviene por culpa del deudor: falta aquí uno de los requisitos del caso fortuito, que el hecho provenga de una causa enteramente ajena al deudor ("*nadie puede aprovecharse de su propia culpa*"). Artículos 1547, 2°; 1590, 1°; y 1672 del Código Civil.

3° Cuando el caso fortuito sobreviene durante la mora del deudor, porque la mora implica la idea de culpa. En todo caso, si el caso fortuito igual habría sucedido estando la cosa en poder del acreedor, se aminora la responsabilidad del deudor: sólo responde de indemnización moratoria (artículo 1672).

4° Cuando la ley pone el caso fortuito a cargo del deudor: artículo 1547 inciso final.

5° Cuando el deudor se hubiere comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas: artículo 1550. Se sanciona aquí la mala fe del deudor.

6° El riesgo de pérdida fortuita de la cosa debida bajo condición es de cargo del deudor (artículo 1486, inciso 1° y artículo 1820). En este caso, no nace el contrato y el deudor nada podrá exigir al otro contratante.

En materia de mandato se contiene específicamente otra causal, que indica que el mandatario responderá del caso fortuito o fuerza mayor tratándose de la pérdida de especies metálicas que aquél tenga en su poder por cuenta del mandante (artículo 2153 del Código Civil). Lo propio puede acontecer en el MADCV, por lo que la norma la entendemos plenamente aplicable también a esta institución.

En realidad, este caso no es propiamente una excepción, pues tal normativa no hace más que reiterar con otras palabras lo señalado en el artículo 1510 del Código Civil en cuanto a que la pérdida de las cosas genéricas no extingue la obligación, conforme al principio de que "el género no perece".

Pero si las especies metálicas están contenidas en cajas o sacos cerrados y sellados, se convierten en especies o cuerpos ciertos, y el riesgo del caso fortuito en este caso es de cargo del mandante porque las cosas perecen para su dueño y porque según el artículo



1550, el riesgo de la especie o cuerpo cierto cuya entrega se deba es siempre a cargo del acreedor.

También, conforme al artículo 2152 del Código Civil, -que corresponde a un caso de aplicación práctica de lo referido en el N° 1 anterior- el mandatario puede por un pacto especial tomar sobre su responsabilidad la solvencia de los deudores y todas las incertidumbres y embarazos del cobro. Constituyese entonces principal deudor para con el mandante, y son de su cuenta hasta los casos fortuitos y la fuerza mayor.

A juicio de Stitckin, este pacto importa una especie de fianza, pues no se extinguen las obligaciones de los deudores respecto del mandante y el mandatario solo será obligado a pagar al mandante lo que deje de percibir de dichos deudores. Esto, sin perjuicio de la acción de reembolso que compete al mandatario contra los terceros, según los principios que rigen el pago, artículos 1572 y siguientes.¹³⁴

Por su importancia, pensamos que el pacto de una cláusula como la referida podría llegar a ser de ordinaria ocurrencia en el MADCV, por el gran resguardo que da al mandante frente a cualquier resultado de la gestión del mandatario, y en su caso, deberá contenerse también especialmente en el acto constitutivo.

2.6. Pluralidad de mandatarios.

2.6.1. Regla general.

Conforme a lo que dispone el artículo 34 del proyecto, "las autoridades obligadas a otorgar mandato en los términos de esta ley, podrán designar a uno o más mandatarios".

Esta norma es concordante con el artículo 2126 del Código Civil, en cuanto acepta también la existencia de pluralidad de mandatarios.¹³⁵

¹³⁴ Stitckin, ob. cit., p. 348.

¹³⁵ Aunque los términos del artículo en comento nos parece clara, su redacción no se concilia con lo que al parecer era la intención del Ejecutivo. Al efecto, los representantes de dicho Poder explicaron a la comisión Informante de la Cámara que las autoridades obligadas podrían constituir varios mandatos, o bien, mandatos posteriores al inicial mientras se encuentren en sus cargos, pero "lo que se pretendía era que cada mandato se celebrara en un solo acto y estuviera referido a distintas partes del patrimonio del mandante, *por cuanto la administración de cada una de ellas sólo podría encomendarse a un solo mandatario*. De aquí, entonces, que cada mandato debe constar en una sola escritura pública, no pudiendo en una de ellas designarse varios mandatarios" (Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, recaído en el proyecto de ley sobre "Probidad en la Función Pública", Ob. cit., p. 117). Ello, ciertamente, no se trasunta en la redacción del



2.6.2. Administración del encargo en caso de pluralidad.

Sin perjuicio de lo que hemos expuesto en la nota 135 y en el entendimiento que, a nuestro juicio, emana actualmente de la norma, cabe referirse a la forma en que los diversos mandatarios han de administrar el encargo, lo que la normativa silencia, por lo que debemos recurrir a las normas civiles que sobre el particular se contienen en el artículo 2127 del Código del ramo.

Digamos, previamente, que la situación en análisis supone que el encargo se haya conferido a todos los mandatarios designados por un mismo acto, ya sea el acto constitutivo o el que pueda conferirse después, si el anterior se ha revocado.

También, a nuestro juicio, cabría entender la existencia de una pluralidad de mandatarios si en actos sucesivos se van designando cada vez otros mandatarios. Sostenemos lo anterior, ya que como la revocación en el caso del MADCV debe ser expresa conforme el artículo 50 del proyecto, no puede sostenerse que cada nominación revoque las anteriores.

Ahora bien, si el encargo corresponde efectivamente a un mandato plural, la ley civil permite al mandante dividir la gestión, o si éste no lo ha hecho y tampoco ha prohibido obrar de esta forma, permite dividirla a los propios mandatarios.

2.6.3. Responsabilidad.

En el caso que haya división de la gestión, ya sea por el mandante o por los mandatarios, la doctrina indica que cada uno de éstos será responsable personalmente de las obligaciones que contrajo, de manera que el incumplimiento total o parcial o la mora en el cumplimiento de uno de ellos, no afecta a los otros.¹³⁶

Stitchkin, siguiendo en ello a Baudry Lacantinerie, Planiol y Ripert, indica que se admite, sin embargo, que no obstante la división, los varios mandatarios puedan ser responsables solidariamente del incumplimiento cuando la falta cometida por todos ha sido concertada entre ellos; en otros términos, cuando se han puesto de acuerdo para no ejecutar

artículo, como hemos señalado, y si esa fue efectivamente la voluntad legislativa, creemos que debe modificarse a fin de dar a entender claramente lo deseado.

¹³⁶ Stitchkin, Ob. cit., p. 215.



el encargo o ejecutarlo incorrectamente. Añade el autor citado que ello tiene cabida también en nuestra legislación, basado en el artículo 2317 del Código Civil, que dispone que si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones de los artículos 2323 y 2328; y el inciso 2º agrega que "todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso", norma esta última que el autor estima aplicable tanto a la responsabilidad extracontractual como a la contractual, desestimando las críticas que se hacen a esta interpretación.¹³⁷

La misma responsabilidad exclusivamente personal hay que entender que surge en caso que por el hecho o culpa de uno solo de los mandatarios entre quienes se ha dividido la gestión, se haga imposible el cumplimiento de ésta.

No podemos dejar de señalar, por último, que lo referido en este acápite supone que la gestión sea divisible por su naturaleza, porque si no lo es, cada uno de los mandatarios será obligado a la ejecución total del negocio, aunque la acción de perjuicios por el no cumplimiento o el retardo se deberá intentar en contra de ellos sólo por la parte o cuota que le quepa en los perjuicios, conforme los artículos 1527 y 1533.¹³⁸

Todo lo señalado en este acápite lo estimamos perfectamente aplicable al caso del MADCV, en el entendimiento que, a nuestro juicio, emana actualmente de la norma.

2.6.4. Prohibición de la división de la gestión.

Como el proyecto nada dice sobre el punto, pero admite la posibilidad de varios mandatarios, entendemos aplicable también el artículo 2127 del Código Civil, en cuanto dispone que si el mandante ha prohibido a los mandatarios obrar separadamente, lo que hicieren de este modo será nulo. Meza Barros aclara que en realidad de lo que se trata es que lo obrado de tal forma por los mandatarios es inoponible al mandante.¹³⁹

2.6.5. Admisibilidad de la pluralidad de mandantes.

¹³⁷ Stitckin, Ob. Cit., pp. 215 y 216.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 217. Sobre el ejercicio de la acción en este caso, véase Peñailillo Arévalo, Daniel: "Obligaciones. Teoría General y Clasificaciones. La Resolución por Incumplimiento". Editorial Jurídica de Chile, 1º Ed., 2003, pp. 331 y siguientes.

¹³⁹ Meza Barros, Ramón, Ob. cit., T. I, p. 369.



El Código Civil admite expresamente esta posibilidad en el artículo 2126.

En cuanto al MADCV pensamos que ello, en principio, no será posible, teniendo presente la naturaleza y función de las autoridades obligadas a otorgarlo, así como los bienes que deben ser objeto de él.

Sin embargo, pensamos que cabría la posibilidad teórica, por ejemplo, tratándose de dos o más ciudadanos elegidos diputados o senadores y sean copropietarios de los valores a que se refiere el artículo 30 del proyecto.

2.7. Ejecución del mandato.

2.7.1. Obligatoriedad.

Conforme a las reglas generales, todo mandatario es obligado a la gestión del negocio una vez que ha dado su aceptación.

2.7.2. Causales de liberación.

La propia ley permite al mandatario *retractarse* del cumplimiento del encargo mientras el mandante se halle aún en aptitud de ejecutar el negocio por sí mismo, o de cometerlo a diversa persona. De otra forma, se hace responsable de los perjuicios que se puedan ocasionar. Esto es lo que dice el inciso final del artículo 2124 del Código Civil.

Tratándose del MADCV no se contienen normas expresas sobre el particular, por lo que estimamos que la normativa antes citada tiene plena aplicación. De tal modo, el mandatario, en el caso del MADCV, también podrá retractarse, aunque en este caso, sólo cuando el mandante se halle aún en condiciones de cometer el encargo a otra persona. Si no se da esta circunstancia, pensamos que la única alternativa es la de la renuncia por parte del mandatario al ejercicio del mandato, posibilidad que es una forma de poner término al mismo, conforme al artículo 50 N° 3 del proyecto, y en este caso, el mandante deberá otorgar un nuevo mandato en los términos legales.

Estimamos también plenamente aplicable en este caso el artículo 2159 del Código Civil, que establece que el mandante que no cumple por su parte aquello a que es obligado, autoriza al mandatario para desistir de su encargo. Esta norma, como se advierte, es una aplicación del principio general consagrado en el artículo 1552 del Código Civil de acuerdo



al cual en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora de cumplir de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

Las obligaciones incumplidas que pueden dar origen a esta decisión del mandatario son, desde luego, la falta de pago de la remuneración convenida, y todas las obligaciones del mandante que indica el artículo 2158 del Código Civil de las que no se ve inconveniente en dar aplicación, en lo que no pugne con la naturaleza del MADCV.

Del análisis del inciso final del artículo 2167 es posible establecer otra causal de incumplimiento del mandato: la imposibilidad de su ejecución por "enfermedad u otra causa, o sin grave perjuicio de sus intereses propios."

Estimamos también posible de ocurrencia esta alternativa a propósito del MADCV, fundamentalmente sustentado el mandatario -por la naturaleza misma de la institución- en "otra causa" o en el grave perjuicio a sus intereses propios, como señala la ley. En efecto, pueden darse teóricamente circunstancias que impliquen una imposibilidad de administrar por los motivos referidos, y la alternativa de excusa la entrega justamente el artículo 2167 en comento, del que no hay por qué no dar aplicación si se reúnen las condiciones para ello, debiendo, ciertamente, el mandatario probar debidamente dichas excusas que alega.

Por último, también se encuentra el artículo 2149 del Código Civil, según el cual el mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato cuya ejecución sería manifiestamente pernicioso al mandante, cuyo detalle abordamos en el acápite siguiente, por decir estrecha relación con la materia que allí se trata.

2.7.3. Interés y recta ejecución del mandato.

El mandatario debe actuar siempre mirando los intereses del mandante. Como señala Stichkin, se trata de obtener el mayor provecho y el menor costo, tomando todas las precauciones que habría adoptado el mandante si hubiere intervenido personalmente en la realización del negocio.¹⁴⁰

¹⁴⁰ Stichkin, Ob. cit., p. 340.



Igualmente, la ejecución del mandato debe hacerse conforme a las instrucciones dadas por el mandante.

En este sentido, entonces, el mandatario debe ejecutar su labor teniendo siempre presente los artículos de la legislación civil que se mencionan a continuación: el artículo 2131 del Código Civil, que señala que el mandatario se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autoricen para obrar de otro modo; el artículo 2134, que indica que la recta ejecución del mandato comprende no sólo la substancia del negocio encomendado, sino los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo y cuyo inciso 2º añade que se podrán, sin embargo, emplear medios equivalentes a los señalados por el mandante para el cumplimiento del encargo si la necesidad obligare a ello y se obtuviere completamente de ese modo el objeto del mandato; y el artículo 2149 del Código Civil, que señala que el mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato cuya ejecución sería manifiestamente pernicioso al mandante.

Como señalan los autores, la expresión "manifiestamente" que utiliza el artículo 2149 referido implica la necesidad de demostrar que era ostensible, notorio, el daño que habría de irrogarle el cumplimiento del encargo.¹⁴¹

2.8. Término del mandato.

El artículo 50 del Proyecto indica las causales de terminación del MADCV, regulando luego algunos detalles de las mismas.

Recordamos en este punto dichas causales a fin de proceder a su debido análisis.

Señala el mencionado artículo 50, lo siguiente:

"El mandato termina por las siguientes causales:

- 1) Por la cesación de la función pública del mandante;
- 2) Por la revocación expresa del mandante;
- 3) Por la renuncia del mandatario;
- 4) Por la muerte del mandante o la disolución del mandatario;
- 5) Por la declaración de quiebra o insolvencia del mandante;

¹⁴¹ Stitchkin, Ob. cit., p. 347.



- 6) Por la declaración de quiebra, liquidación forzosa o insolvencia del mandatario;
- 7) Por haber perdido el Mandatario, por causa sobreviniente, su calidad de independiente, de conformidad al artículo 40;
- 8) Por suspensión del registro de Mandatario, por haber incurrido éste en algunas de las conductas establecidas en los artículos 41, 43 o 47; y,
- 9) Por la cancelación de la inscripción en el Registro Especial a que se refiere el artículo 39.”

El análisis de estas causales de término son coincidentes en general con las que establecen los artículos 2163 y siguientes del Código Civil a propósito del mandato, las que también hay que aplicar supletoriamente al MADCV, en mérito de la remisión a la normativa civil que hemos comentado.

Algunas causales, sin embargo, nos merecen los siguientes comentarios.

2.8.1. La revocación.

En este caso, hay que tener presente que ella sólo puede ser *expresa*, como lo señala particularmente el artículo 50 N° 2 del Proyecto, a diferencia de lo que ocurre con el mandato civil, en que la revocación puede ser también tácita, y que se configura por el encargo del mismo negocio a distinta persona. Si esta última situación ocurriera en el caso del MADCV, pensamos que se trataría de un nuevo mandatario que habría que entender sumado al o los ya existentes anteriormente, dando lugar a una pluralidad de mandatarios conforme lo autoriza el artículo 34 del Proyecto.¹⁴² Por lo mismo, si la intención es revocar el mandato anterior, debe hacerse la revocación en forma expresa y otorgar un nuevo mandato en los términos legales. Pensamos también que la revocación expresa a que se refiere la ley deberá hacerse de la misma forma en que fue otorgado el mandato que ahora

¹⁴² Ver lo señalado en Supra, 2.6. sobre la pluralidad de mandatarios y lo que es el criterio de la Comisión informante al respecto, con lo que la situación descrita en el texto constituiría una contradicción a tal parecer. Esta constituye una razón más para aclarar la redacción del artículo 34 del proyecto, como lo expusimos en su oportunidad.



se deja sin efecto, esto es, por escritura pública, la que también debe ser publicada en la forma que el proyecto indica.

En cuanto a la oportunidad de la revocación del mandato, hemos adelantado ya nuestra opinión.¹⁴³ Reiteraremos este punto en el acápite 3 de este capítulo, pues el caso - como ha quedado plasmado en el proyecto definitivo- nos parece de aquellos cuya aplicación se opone a las finalidades del MADCV, que allí analizamos.

La revocación surtirá efecto desde el día que el mandatario haya tenido conocimiento de ella, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2173, tal como lo indica el artículo 2165 del Código Civil, artículo cuyo contenido luego mencionamos.

2.8.2. La renuncia.

Son coincidentes, en general, a este respecto, los artículos 2167 del Código Civil con el artículo 51 del MADCV. La primera norma indica que la renuncia del mandatario no pondrá fin a sus obligaciones, sino después de transcurrido el tiempo razonable para que el mandante pueda proveer a los negocios encomendados. En el mismo sentido, el artículo 51, inciso final, señala que en todo caso, para los efectos de lo señalado en este artículo (en los que cabe incluir todas las situaciones de expiración del mandato a que el artículo 50 se refiere), el mandatario saliente o sus representantes continuarán, hasta la designación del nuevo mandatario, siendo responsables de la gestión encomendada en lo relativo a las operaciones de carácter conservativo que resulten indispensables para una adecuada protección de la parte del patrimonio encomendada, como del cumplimiento de todas las obligaciones asumidas en el ejercicio del mandato.

Como nada más se indica en las normas del MADCV sobre el cobro de perjuicios, hay que tener presente en la especie el inciso 2° del artículo 2167, normativa que resulta de particular importancia para el mandatario, pues señala algunas causales que lo hacen no responder de los perjuicios que puedan haberse originado por su renuncia. Se trata de circunstancias que hayan derivado en la imposibilidad de administrar por enfermedad u otra

¹⁴³ Ver capítulo III, 4.3.1.8.



causa, o sin grave perjuicio de sus intereses propios, causales que habrá que concordar, ciertamente, con la naturaleza que reviste el mandatario en el caso del MADCV.

2.8.3. Muerte del mandante.

Se debe tener presente aquí el artículo 2168 del Código Civil, en cuanto indica que sabida la muerte del mandante cesa el mandatario en sus funciones, pero si de suspenderlas se sigue perjuicio a los herederos del mandante, será obligado a finalizar la gestión principiada.

2.8.4. Falta de mandatarios conjuntos.

En el evento de ser dos o más los mandatarios que por la constitución del mandato estén obligados a obrar conjuntamente, la falta de uno de ellos por cualquiera de las causales que indica la normativa civil, pone fin al mandato. Es lo que dice el artículo 2172 del Código del ramo.

Estimamos que esta norma es también plenamente aplicable al MADCV, extendiendo las causales respecto a la falta de un mandatario, ciertamente, a aquellas propias de esta institución, indicadas en el artículo 50 del proyecto.

2.8.5. Expiración por causa ignorada del mandatario.

También puede aplicarse al MADCV lo dispuesto en el artículo 2173 del Código Civil, que refiere que todas las veces que el mandato expira por una causa ignorada del mandatario, lo que éste haya hecho en ejecución del mandato será válido y dará derecho a terceros de buena fe contra el mandante.

Queda asimismo obligado el mandante, como si subsistiera el mandato, a lo que el mandatario sabedor de la causa que lo haya hecho expirar, hubiere pactado con terceros de buena fe; pero tendrá derecho a que el mandatario le indemnice.

Entendemos esta norma, sin embargo, siempre que el mandatario haya actuado dentro de los límites de su mandato.

2.9. Rendición de cuentas.

Constituye una de las más importantes obligaciones del mandatario, que emana justamente del hecho de actuar por cuenta y riesgo de otra persona, como es el mandante.



Al efecto, el artículo 51 del Proyecto indica que la rendición de cuentas efectuada por el mandatario saliente será pública, y que será el reglamento de la ley el que determinará el procedimiento de rendición de cuentas al que hace referencia el artículo.

Otra mención sobre la rendición de cuentas se hace en el inciso 1° del mismo artículo 51, referido al caso de renuncia o pérdida sobreviniente de la calidad de independiente del mandatario, y en este caso, el mandatario, *previa rendición de cuenta*, procederá a entregar al mandante la parte del patrimonio que le fue encomendada, en la fecha pactada o, a falta de estipulación, tan pronto como fuere posible. En el caso de muerte del mandante, el mandatario deberá entenderse, para los efectos del inciso anterior, con los herederos del mandante fallecido; en el caso de disolución del mandatario, la obligación de la cuenta, deberá ser cumplida íntegramente por sus liquidadores, y en los casos de quiebra del mandatario, sus obligaciones en relación con el mandato deberán ser asumidas por el síndico hasta la designación del nuevo mandatario.

Sin perjuicio que el reglamento deberá hacer mayor referencia a este aspecto, estimamos que puede también hacerse aplicación de los artículos 2155, 2156 y 2157 del Código Civil, el primero de los cuales indica que el mandatario es obligado a dar cuenta de su administración. Las partidas importantes de su cuenta serán documentadas si el mandante no le hubiere relevado de esta obligación. La relevación de rendir cuentas no exonera al mandatario de los cargos que contra él justifique el mandante. El artículo 2156, por su parte, indica que el mandatario debe al mandante los intereses corrientes de dineros de éste que haya empleado en utilidad propia. Debe asimismo los intereses del saldo que de las cuentas resulte en contra suya, desde que haya sido constituido en mora. Finalmente, el artículo 2157 indica que el mandatario es responsable tanto de lo que ha recibido de terceros en razón del mandato (aun cuando no se deba al mandante), como de lo que ha dejado de recibir por su culpa.

Ahora bien, existiendo prohibición total de comunicación entre mandante y mandatario durante la vigencia del MADCV, salvo excepcionalmente, como antes ya lo hemos analizado, todas estas obligaciones relativas a la cuenta se aplicarán una vez



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



terminado el MADCV. Así emana del artículo 47 inciso 2° del proyecto, que indica que “el mandante no podrá exigir al mandatario que le rinda cuenta mientras el mandato se mantenga vigente”.

Un punto interesante que se observa en el artículo 51 que antes hemos mencionado es que la normativa regula únicamente la rendición de cuentas en los casos de renuncia o pérdida de la calidad de independiente del mandatario, muerte del mandante, disolución del mandatario y quiebra de éste -indicando en cada caso quién o a quien deberá rendirse aquella y la oportunidad de ello-, pero no se refiere al caso de cesación de la función pública del mandante, revocación expresa del mandante, quiebra o insolvencia del mandante, a la liquidación forzosa o insolvencia del mandatario, a la suspensión del Registro del Mandatario, por haber incurrido éste en alguna de las conductas establecidas en los artículos 41, 43 ó 47, y a la cancelación de la inscripción en el Registro Especial a que se refiere el artículo 39. El hecho que no se mencionen estas situaciones estimamos que se trata de una mera omisión del proyecto, que creemos que debe ser complementado en lo correspondiente, en el mencionado artículo 51, para que no haya dudas sobre el particular.

No debe olvidarse, en todo caso, como lo indica el inciso 5° del artículo 51 en comento, que para los efectos de lo señalado en dicho artículo, el mandatario saliente o sus representantes continuarán, hasta la designación del nuevo mandatario, siendo responsables de la gestión encomendada en lo relativo a las operaciones de carácter conservativo que resulten indispensables para una adecuada protección de la parte del patrimonio encomendada, como del cumplimiento de todas las obligaciones asumidas en el ejercicio del mandato.

Debe tenerse presente, finalmente, que aunque no corresponde estrictamente a una rendición de cuentas en el sentido propio según se entiende en el Código Civil, por la naturaleza misma que implica el MADCV y la supervigilancia a que está sometido, hay una obligación similar a la que comentamos por parte del mandatario. En efecto, conforme al artículo 46 de las reglas del MADCV, el mandatario deberá proporcionar anualmente al mandante y a la Superintendencia de Valores y Seguros o la Superintendencia de Bancos e



Instituciones Financieras, según corresponda, una memoria escrita razonada, que tendrá el carácter de reservada, acerca de la situación general del patrimonio administrado, acompañada de un estado general de ganancias y pérdidas. Las mencionadas Superintendencias establecerán conjuntamente, mediante una norma de carácter general, el contenido mínimo de la memoria y la forma en que ésta deberá ser presentada.

Si bien el mandante no puede enterarse en detalle del destino de su patrimonio, con la obligación mencionada, según entendemos, se trata que, a lo menos, el mandante tenga conocimiento del curso de la administración que se vio obligado a entregar, y poder decidir, con debido conocimiento, sobre la continuidad o no de ella en manos del mismo mandatario o hacer uso de su facultad de revocación que le concede el proyecto.

2.10. Vicios de la voluntad: No se refiere el proyecto a este aspecto, por lo que puede ser aplicable toda la normativa civil del mandato a su respecto, y por su intermedio, la propia de los contratos en general, que suponen una manifestación de voluntad exenta de vicios.¹⁴⁴

3. Casos no regulados en el proyecto sobre MADCV, y cuyas reglas civiles supletorias no son compatibles con los fines y características de aquél.

Pensamos que esta situación puede producirse en las siguientes eventualidades:

3.1. Mandato que no se efectúa en la forma que indica la ley.

Ya antes nos hemos aproximado el tema a partir del análisis del artículo 32 del proyecto, que indica que "El mandato se constituye por voluntad del mandante y por la aceptación del mandatario, en un solo acto, mediante escritura pública otorgada y publicada en los términos de este párrafo."¹⁴⁵

Como lo mencionamos en su oportunidad, y luego de las diversas hipótesis que planteamos, en una de las interpretaciones el texto nos puede conducir a dar aplicación en definitiva a las reglas civiles, y con su mérito, llegar a entender que si no se cumplen las solemnidades a que está sujeta la constitución del mandato estemos en presencia de un

¹⁴⁴ Sobre la voluntad jurídica y los vicios de que puede adolecer, Véase Saavedra Galleguillos, Francisco: "Teoría del Consentimiento". Editorial Conosur, no indica edición, 1994, pp. 188 y siguientes.

¹⁴⁵ Ver Supra 2.1.2.



mandato nulo, el cual, si es ejecutado de buena fe por el mandatario, convierte a éste en un agente oficioso, conforme lo dispone el artículo 2122 del Código Civil. En dicha situación, entonces, entran a operar todas las normas de la agencia oficiosa,¹⁴⁶ en mérito de las cuales pueden surgir diversas responsabilidades y obligaciones para los intervinientes en la operación,¹⁴⁷ que no es lo pretendido por el proyecto sobre MADCV mientras no se dé estricto cumplimiento a las normas de constitución que establece.

3.2. Mujer mandante soltera.

Ya nos hemos referido a la situación del mandante casado en régimen de sociedad conyugal.¹⁴⁸ Hay una situación reglada en la legislación civil que, sin embargo, no tratamos en aquella oportunidad, porque representa una oposición evidente a las normas del MADCV y, por lo tanto, resulta más propio tratarlo en el presente acápite.

Se trata del artículo 2171 del Código Civil, que se pone en el caso de la mujer que confirió un mandato siendo soltera y luego se casa bajo el régimen de sociedad de bienes. El artículo referido indica que en tal situación subsiste el mandato; pero el marido podrá revocarlo a su arbitrio siempre que se refiera a actos o contratos relativos a bienes cuya administración corresponda a éste.

Evidentemente, si el mandato conferido por la mujer incluye los valores a que se refiere el MADCV, la norma civil es incompatible con dicha institución: no puede subsistir este mandato, y deberá terminar necesariamente a fin de que se otorgue un MADCV, con todo su contenido legal que le es propio.

A fin de evitar la verificación de una situación como la descrita, estimamos que una medida apropiada sería disponer que la mujer que contrae matrimonio en estas circunstancias deba hacerlo únicamente bajo el régimen de separación de bienes, o bien, si

¹⁴⁶ Sobre la Agencia Oficiosa o Gestión de Negocios Ajenos, puede verse Barcia Lehmann, Rodrigo: "*Lecciones de Derecho Civil Chileno. De las Fuentes de las Obligaciones*". Colección de Manuales Jurídicos, Editorial Jurídica de Chile, 1º Ed., 2007, T. II, pp. 225 y siguientes; Meza Barros, Ramón: "*De las Fuentes de las Obligaciones*". Manual de Derecho Civil. Colección de Manuales Jurídicos, Editorial Jurídica de Chile, 2000, 9º Ed., T. II, pp. 324 y siguientes.

¹⁴⁷ Ver *Infra*, 3.7.

¹⁴⁸ Ver *Supra*, 2.3.



se estimara que esta es una medida demasiado invasiva, al menos, excluir expresamente la aplicación de la señalada norma civil en relación al MADCV.

Otra alternativa factible podría ser dar aplicación al artículo 167 del Código Civil, y pactar en las capitulaciones matrimoniales que la mujer administre separadamente alguna parte de sus bienes -aquéllos respecto de los cuales debe otorgar un MADCV- en cuyo evento, como la referida norma indica, se aplica a esta separación, a su vez, lo dispuesto en el artículo 166, que regula los efectos de esta separación parcial.

Esta última alternativa, sin embargo, nos merece los reparos que ya dejamos planteados en el punto 2.3 de este capítulo.

3.3. Delegación del mandato.

Señala el artículo 42 del proyecto que el mandatario no podrá delegar el encargo. Se añade que, sin embargo, podrá encomendar la gestión de negocios específicos a terceras personas que designe, bajo su exclusiva responsabilidad, si fue autorizado por el mandante, expresamente, en la escritura de constitución del mandato.

Conforme a la ley civil, como se sabe, en esta materia se debe distinguir tres situaciones: a) si el mandante no ha autorizado ni prohibido la delegación; b) si el mandante autoriza expresamente la delegación; y c), si el mandante prohíbe la delegación.¹⁴⁹

En el caso del MADCV, como se advierte del artículo antes transcrito, la regla, en principio, es la de la prohibición de la delegación. De este modo, si el mandatario contraviene la prohibición, desde el punto de vista exclusivamente civil, la solución se encuentra en la indemnización de perjuicios, o bien, que se deje sin efecto la delegación, conforme lo que dispone el artículo 1555 del Código Civil, referido a las obligaciones de no hacer.

El profesor Stitchkin añade sobre este punto que lo dicho se entiende si el mandatario delega el encargo a nombre del mandante, pues si lo hace a nombre propio, la delegación es válida, pero queda responsable al mandante por la infracción del contrato en

¹⁴⁹ Meza Barros, Ramón, "De las fuentes de las Obligaciones", Ob. cit., T. I, p. 372.



los términos ordinarios (artículo 2154 del Código Civil); y refiere luego una serie de consecuencias jurídicas importantes derivadas de dicha delegación.¹⁵⁰

Pues bien, es este uno de los aspectos en que más claramente se observa la problemática antes expuesta de la remisión de la regulación del MADCV a las normas del mandato civil.

En efecto, en mérito de dicha remisión, y conforme al criterio doctrinal señalado, si el mandatario delega a nombre propio, cabe entender que la delegación es válida. Con ello, se vulnera la prohibición que las normas del MADCV establecen, contempladas precisamente en beneficio del interés público comprometido en la institución, y pueden generarse diversos problemas jurídicos de imprevistas consecuencias.

En este evento, resulta aplicable también el artículo 2138 del Código Civil, que indica que el mandante podrá ejercer contra el delegado las acciones del mandatario que ha transferido el encargo, y que corresponde a una acción oblicua, subrogatoria o indirecta; el delegado no podrá dirigirse contra el mandante; y el mandatario queda personalmente responsable al delegado si no le dio suficiente conocimiento de sus poderes o se obligó a obtener personalmente la ratificación del mandante. Por último, lo que es más importante, los actos del delegado, en este evento, no darán derecho a terceros contra el mandante, salvo que éste los ratifique expresa o tácitamente, tal como lo indica el artículo 2136 del Código Civil.

3.3.1. Gestiones específicas encomendadas a terceros.

No obstante lo señalado, el mismo artículo 42 autoriza al mandatario a encomendar la gestión de negocios específicos a terceras personas que designe, bajo su exclusiva responsabilidad, *si fue autorizado por el mandante, expresamente*, en la escritura de constitución.

Esta posibilidad es concordante con lo que dispone el artículo 33 del proyecto, en su N° 4, que indica las menciones mínimas que debe contener la escritura pública constitutiva, señalando al efecto, "los activos específicos respecto de los que se autorice al mandatario a

¹⁵⁰ Stitchkin, ob. cit., p. 295.



delegar facultades de administración". Es decir, se acepta que respecto de ciertos activos - que deberán determinarse específicamente- el mandatario delegue sus facultades administrativas. Se agrega -como única reglamentación al efecto en el citado artículo 42- que el delegado no puede ser de aquellas personas que tengan con el mandante algún tipo de vínculo que afecte o pueda afectar su independencia en los términos del artículo 40 del proyecto. Se añade finalmente que es el mandatario el responsable de la elección de la o las personas a quienes encargue este tipo de comisiones, las cuales deberán cumplir con todos los demás requerimientos de esta ley, en especial el estar inscritas en el Registro de Mandatarios autorizados por las Superintendencias. Esta parte del artículo guarda concordancia con su inciso 1° en cuanto indica que la delegación que efectúa el mandatario lo es "bajo su exclusiva responsabilidad", expresión a que nos referimos más adelante.

No habiendo más reglamentación, cabe preguntarse entonces por las relaciones que se producen entre todos los intervinientes de la operación así como sobre las responsabilidades asociadas. Al efecto, pensamos que atendida la falta de otras normas regulatorias sobre el particular, habrá que aplicar la reglamentación del Código Civil, y la solución debe hallarse, a nuestro juicio, en la doctrina y normativa que se refiere a este punto como el caso en que el mandante "autoriza expresamente la delegación", evento en que a su vez hay que distinguir si el mandante designó la persona a quien se puede hacer dicha delegación, o si no ha designado delegados.

3.3.2. Mandante designó la persona del delegado.

En este caso, conforme al artículo 2137 del Código Civil, efectuada la delegación, se constituye entre el mandante y el delegado *un nuevo mandato* que sólo puede ser revocado por el mandante, y no se extingue por la muerte u otro accidente que sobrevenga al anterior mandatario. De acuerdo a lo referido, podemos decir que -al menos en relación a los negocios específicos a que se refiere la delegación-, el mandatario original verdaderamente *desaparece* de la relación, pues, como la norma lo indica, se constituye un nuevo mandato entre mandante y delegado.



Como consecuencia de lo mismo, la doctrina indica que en este evento el mandatario no responderá de los hechos del delegado, con quien no le liga vínculo alguno, ni aún si éste resultara incapaz o insolvente, aun cuando si conocía estas circunstancias y no obstante efectúa la delegación, puede incurrir en responsabilidad por el artículo 2149 del Código Civil, relativo a que "el mandatario debe abstenerse de cumplir un mandato cuya ejecución sería manifiestamente perniciosa al mandante".¹⁵¹ También se indica por la doctrina que nada de esto ocurre si el mandatario delega a su propio nombre, pues se genera entonces un mandato independiente entre el mandatario y el delegado.¹⁵²

La aplicación de las normas civiles al caso que analizamos en este acápite conduce también a estimar que terminada la específica gestión de este delegado-mandatario, terminaría su contrato de mandato por aplicación de las reglas civiles generales de este contrato, y para que volviera el anterior mandatario -el original- a retomar la administración de estos activos específicos le debería ser otorgado un nuevo mandato, pues no le podrían retornar de otra forma sus anteriores facultades, considerando que al delegar como lo hizo se constituyó un nuevo mandato entre mandante y delegado.

Y las "terceras personas" en quienes se autoriza a delegar, ¿deberán ser algunas de las instituciones facultadas por la normativa del MADCV a actuar como mandatarios y que indica el artículo 38?

Como antes lo indicamos, resuelve la ley expresamente el punto, señalando en el inciso 2° del artículo 42 que dichas terceras personas "deberán cumplir con todos los demás requerimientos de esta ley, en especial el estar inscritas en el Registro de Mandatarios autorizados por las Superintendencias".

El cuestionamiento en este punto es cómo se hace la delegación autorizada por el mandante. Pensamos que para resolver esta situación debe tenerse presente que se encuentra involucrado en ello un importante tema de prueba, de modo tal que la misma a nuestro juicio deberá hacerse de similar forma a como se constituye el mandato original,

¹⁵¹ Stitckin, Ob. cit., p. 293.

¹⁵² Ídem.



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



esto es, por escritura pública, otorgada y publicada de acuerdo a lo que dispone el artículo 32 del proyecto. En efecto, será en dicha escritura en que ha de constar los activos específicos respecto de los cuales se efectúa la delegación, las facultades que se entregan al delegado, las condiciones de la misma, en fin, todo lo concerniente a la administración que se entrega. Estimamos también que en la escritura se pueden contener normas específicas sobre responsabilidad asociadas al cumplimiento del encargo por parte del delegado, y que permitirán traspasar a éste la responsabilidad que al mandatario mismo se le puedan imponer por la delegación que efectúe. En otras palabras, constituirá un verdadero "traspaso del riesgo" que a él mismo se le exige.

La escrituración de la delegación en la forma referida constituirá también un importante apoyo a los terceros que contratarán con el delegado, pues allí deberán constar igualmente las atribuciones del mandatario que le hayan sido conferidas por el mandante y que autorizan a aquél delegar, así como los activos específicos respecto de los cuales se efectúa la delegación, todo lo cual servirá para evitar una eventual extralimitación en las facultades del delegado -las que quedarán limitadas por los términos de la delegación- y no incurrir así en las engorrosas diversas situaciones que ello genera, particularmente que los actos del delegado no obliguen al mandante salvo su ratificación.

Por último, conforme a lo que hemos venido señalando, estimamos que la expresión "*bajo su exclusiva responsabilidad*" (del mandatario) -que se contiene en el artículo 42 en comento a propósito de la delegación que le permite efectuar-, no constituye una alteración de las normas civiles que corresponde aplicar supletoriamente, y sólo puede tener efecto en el caso que veremos a continuación, esto es, el evento en que habiendo el mandante autorizado expresamente la delegación, no haya designado, sin embargo, la persona del delegado. No puede referirse, según estimamos, al caso en análisis en el presente acápite, esto es, en que habiendo el mandante autorizado delegar haya señalado igualmente la persona del delegado, pues como lo hemos visto, en esta situación es el mandante mismo quien asume los riesgos respecto de la persona que designa, a menos, como lo dijimos, que si la persona designada estuviera afectado por alguna causal de incapacidad o insolvencia,



conocida del mandatario y no obstante efectúa la delegación, puede incurrir en responsabilidad por el artículo 2149 del Código Civil.

3.3.3. Mandante no designó la persona del delegado.

Conforme a las normas civiles que corresponde aplicar en este caso, el mandatario no tiene otra responsabilidad que la de elegir una persona solvente y capaz. De otra forma, se hace responsable por los hechos del delegado como de los suyos propios. Así lo dice el artículo 2135 del Código Civil. Agreguemos solamente, como dice la doctrina,¹⁵³ que en todo caso no se responde por la mera designación de una persona incapaz o insolvente, sino que se responde por los “hechos” de ésta. De tal modo, aún designando el mandatario una persona de las señaladas características puede en definitiva no verse obligado a responder si los hechos del delegado no dan origen a responsabilidad contractual. También hay que tener presente que según los términos del artículo citado, en estos casos, el delegado debe ser “notoriamente” incapaz o insolvente, lo cual podrá ser otra defensa para la exculpación del mandatario; y por último, cabe tener presente igualmente que puede obrar aquí también la ratificación por parte del mandante, en virtud de la cual se “valida” todo lo actuado por el delegado y el mandatario.

3.3.4. Delegación no autorizada ni prohibida: Estimamos que esta situación, en principio, no podrá presentarse a propósito del MADCV, pues conforme al artículo 42, para que el mandatario pueda encomendar la gestión de negocios específicos a terceras personas es necesario que sea autorizado expresamente por el mandante.

Sin embargo, y no obstante la norma, si nada se dice en la escritura de MADCV, por la referencia que hemos cuestionado al ámbito civil, puede llegar a plantearse la aplicación de las normas de dicho ámbito jurídico, de modo tal que el análisis de este punto nos parece plenamente atinente.

El inciso 1° del artículo 2135 del Código Civil indica que, en este evento, el mandatario *puede delegar el encargo*. Dice: “el mandatario podrá delegar el encargo si no se le ha prohibido...”. Lo referido es de la mayor trascendencia, por las importantes

¹⁵³ Stitchkin, Ob. cit., pp. 293 y 294.



consecuencias que genera, y es una razón más para cuestionar la remisión que a las normas del mandato hacen sustitutivamente las reglas del MADCV, desconociendo la diferente naturaleza de ambas normativas y que criticamos en este trabajo.

Para el estudio de las consecuencias que esta situación genera, la doctrina¹⁵⁴ distingue las relaciones que se generan entre mandante y mandatario; entre mandante y delegado; entre mandatario y delegado, y entre mandante y los terceros. Un estudio acabado del tema se presenta en el texto que nos ha servido de base a nuestro estudio, la obra del profesor David Stitchkin Branover, por lo que nos remitimos a ella, a fin de evitar innecesarias reiteraciones.

Efectuamos a continuación solamente una somera mención de las relaciones referidas, pues un detalle más acabado escapa del propósito de este trabajo, y pueden encontrarse en la obra mencionada, adecuando sus soluciones, en lo que corresponda, a la figura del MADCV.

3.3.4.1. Relaciones entre mandante y mandatario que delega.

En este caso, como la ley lo está autorizando a actuar de este modo, debe estimarse que el mandatario lo hace dentro de sus facultades, por lo que no le cabe responsabilidad por dicha actuación. Se añade que, sin embargo, no puede ello extremarse, estimándose que de todos modos responde por la inejecución del encargo y por el incumplimiento de cualquiera de las demás obligaciones que por el mandato contrajo. Se trata en este caso, según el autor antes citado, de una responsabilidad objetiva, basada en la noción de "representación", o de "sustitución", entendiéndose que la hay cada vez que el deudor encarga regularmente a otra persona el cumplimiento de las obligaciones contraídas por la primera. De este modo, el mandatario responderá de todos modos de los hechos del delegado como de los suyos propios.¹⁵⁵

3.3.4.2. Relaciones entre mandante y delegado.

¹⁵⁴ Stitchkin, Ob. cit., pp. 283 - 292.

¹⁵⁵ Idem, p. 284.



Se distingue aquí si el mandatario delegó el encargo a su propio nombre o lo hizo a nombre del mandante. En el primer caso, se entiende que el mandato celebrado entre el mandante y el mandatario es un asunto ajeno, que no le afecta ni concierne al delegado, y el mandante aparece como una persona jurídicamente extraña, consecuencia de lo cual, el mandante carece de acción directa contra el delegado y éste es responsable solamente al mandatario. No obstante ello, cabe tener presente el artículo 2138 del Código Civil, según el cual "el mandante podrá en todos los casos ejercer contra el delegado las acciones del mandatario que le ha conferido el encargo".

En el caso que el mandatario delegue el encargo a nombre del mandante, obliga a éste respecto del delegado y viceversa, en virtud de lo dispuesto en los artículos 2151 y 1448 del Código Civil.

3.3.4.3. Relaciones entre mandatario y delegado.

Cabe distinguir aquí si el mandatario delegó a su propio nombre, caso en que se produce entre él y el delegado un nuevo mandato, independiente del primero, quedando ambos obligados personal y directamente. Si la delegación se hace a nombre del mandante, obliga a éste, y no se obliga el mandatario personalmente, siempre que obre dentro de los límites del mandato. Si se extralimita en sus facultades, responde al mandante y no al delegado, salvo que no le haya dado suficiente conocimiento de sus poderes o que se haya obligado personalmente, conforme el artículo 2154.

3.3.4.4. Relaciones entre el mandante y los terceros.

En este caso, a partir de lo que dispone el artículo 2136 del Código Civil, se han generado diversas interpretaciones, pero en general, se entiende que para que la delegación surta efectos respecto de terceros, obligando al mandante por los actos del delegado, es necesario que aquél la haya autorizado o bien la ratifique expresa o tácitamente. Una opinión diversa tiene el profesor Stitckin, para quien el delegado representa al mandante y le obliga respecto de terceros en los términos del artículo 1448 del Código Civil, siempre que contrate a nombre de éste y dentro de los límites de sus atribuciones.¹⁵⁶

¹⁵⁶ Stitckin, Ob. cit., p. 290.



3.3.4.5. Delegación prohibida.

En esta situación, conforme antes ya lo mencionamos, el mandatario no podrá delegar el mandato, y si lo hace, el mandante podrá pedir indemnización de los perjuicios que de ello hayan surgido, o que se deje sin efecto la delegación, conforme el artículo 1555 del Código Civil. Recordemos también que conforme la doctrina¹⁵⁷ ello es así siempre que el mandatario haya delegado el mandato a nombre del mandante, pues si lo hace a nombre propio, la delegación es válida, pero queda responsable al mandante por la infracción del contrato, en los términos ordinarios, conforme el artículo 2154 inciso 1° del código referido.

Por último, y para terminar el tema que abordamos en este punto, estimamos que si no se desea incurrir en las diversas consecuencias a que pueden dar origen las alternativas referidas precedentemente, una vía de solución es dejar expresa constancia en el acto constitutivo del MADCV de la voluntad del mandante en orden a prohibir derechamente la delegación, o bien a autorizarla, designando en este caso él mismo al delegado, según sea su deseo.

Para terminar el análisis del presente acápite, y conforme a las intrincadas situaciones que hemos descrito, dejamos constancia que a nuestro juicio no nos parece conveniente la actual redacción del artículo 42 del proyecto, que hemos comentado, en su parte segunda, en cuanto permite encomendar la gestión de negocios específicos a terceras personas. Nos parece de mayor seguridad simplemente eliminar dicha posibilidad, manteniendo derechamente la indelegabilidad del mandato.

3.4. Extralimitación del mandatario.

Esta situación puede provenir ya porque el mandatario actuó más allá de las facultades de que disponía, o actuó después de expirado el mandato o, en fin, sin haber obtenido jamás dicha calidad.

Al efecto, el artículo 2154 del Código Civil señala que el mandatario que ha excedido los límites de su mandato, es sólo responsable al mandante; y no es responsable a

¹⁵⁷ Stitchkin, Ob. cit., pp. 294 y 295.



terceros sino: 1° cuando no les ha dado suficiente conocimiento de sus poderes; 2° cuando se ha obligado personalmente.

Si dicha extralimitación se prueba, la normativa del artículo 2154 citado determina la solución: el mandatario queda responsable al mandante, responsabilidad que es de carácter contractual, y se traducirá en los perjuicios que sufra el mandante que sea obligado a cumplir los actos y contratos ejecutados por el mandatario fuera de sus poderes. Siendo una responsabilidad contractual, es necesario que la infracción haya sido imputable al deudor -mandatario-, que se le constituya en mora y que el acreedor sufra perjuicios.¹⁵⁸

En el ámbito civil, cesa esta responsabilidad del mandatario si el mandante ratifica lo obrado por aquél, y también en el caso del artículo 2122 del Código del Ramo, esto es, si por una necesidad imperiosa sale de los límites de su mandato.

Aunque estimamos que en materia del MADCV la ratificación así como la situación descrita por el artículo 2122 del Código Civil son incompatibles con aquella institución, siendo ésta su normativa supletoria, de ser aplicables, deben serlo de modo absolutamente restrictivo, pues de otra forma, por esta vía, se podría llegar a aprobar actos que la normativa del MADCV no acepta.

En todo caso, respecto a la ratificación, no señala el Código Civil un plazo para ello, de manera que el mandante podría ratificar en cualquier tiempo, lo que se denuncia como un verdadero vacío en esta materia.

Respecto de los terceros, como el citado artículo 2154 lo indica, en principio el mandatario no contrae responsabilidad alguna, salvo las dos excepciones que menciona, ya referidas. En el caso primero, como ha resuelto la doctrina,¹⁵⁹ se trata de una responsabilidad extracontractual, y tiene su origen en la culpa o dolo en que puede haber incurrido el mandatario al indicarles a los terceros la condición jurídica en que comparece; en el caso de la excepción segunda, ésta se concibe de dos formas: que contratando a nombre del mandante, el mandatario se ha constituido deudor solidario o subsidiario -caso

¹⁵⁸ Stitckin, Ob. cit., pp. 313 y 314.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 334



en que el tercero podría dirigirse contra el mandante y contra el mandatario-, o bien, el mandatario ha prometido por sí la ratificación del mandante, caso que debe resolverse como una promesa de hecho ajeno.¹⁶⁰

De otra parte, si la extralimitación se produce porque el mandatario sigue actuando después de expirado el mandato por una causa ignorada por él, el artículo 2173 del Código Civil señala que lo que el mandatario haya hecho en ejecución del mandato será válido, y dará derecho a terceros de buena fe contra el mandante; pero tendrá derecho a que el mandatario lo indemnice.

Lo mismo acaece en el caso del artículo 2122 del Código Civil, que dispone que el mandatario que ejecuta de buena fe un mandato nulo o que por una necesidad imperiosa sale de los límites del mandato, se convierte en un agente oficioso, el cual, como se sabe, en ciertos casos obliga al interesado.

Ahora bien, con todo lo dicho, observamos que esta área también representa, pues, una evidente colisión con los principios y objetivos del MADCV, ya que toda esta normativa civil permite en definitiva que se puedan validar actos que el proyecto sobre el MADCV ha pretendido que se encuentren perfectamente reglados y determinados -como ocurre con las instrucciones generales de administración, en especial en lo referido al riesgo y diversificación de las inversiones, como indica el artículo 33-.

Lo señalado significa que en definitiva, la pretendida determinación y detalle de los activos y pasivos involucrados en el patrimonio que constituye el MADCV, las instrucciones generales que se den y los activos específicos respecto de los cuales se autorice al mandatario la delegación no sea tal, pues quedarán sujetos a la voluntad y forma de actuación del mandatario, el cual si bien puede quedar responsable de los perjuicios que con ello cause, la vulneración del acto constitutivo ya se habría configurado, y con ello, también la trasgresión de los fines y objetivos del MADCV.

Por último, deseamos comentar lo que dispone el artículo 2160 del Código Civil, que también puede derivar en una extralimitación del mandato y en el eventual

¹⁶⁰ Stitchkin, Ob. cit., p. 336.



cumplimiento de obligaciones no previstas inicialmente. Indica la norma en su inciso primero la regla general, en el sentido que el mandante cumplirá las obligaciones que a su nombre ha contraído el mandatario dentro de los límites del mandato, pero agrega luego que será, sin embargo, obligado el mandante, si hubiere ratificado expresa o tácitamente cualesquiera obligaciones contraídas a su nombre. De este modo, si el mandante ratifica lo obrado por el mandatario, debe cumplir las obligaciones contraídas por éste en su nombre, cualesquiera que éstas sean.

No podemos dejar de mencionar que, de cualquier modo, podría pensarse que el propio proyecto del MADCV propicia la situación que comentamos en este apartado y que hemos criticado -por la vulneración que ello puede representar respecto de lo específicamente pactado en el acto constitutivo-, pues el artículo 52 señala que al término del mandato, el mandante cumplirá *en todo caso* las obligaciones pendientes contraídas por el mandatario.

Una primera lectura del texto puede hacer pensar que el mandante deberá cumplir sin posibilidad de alegación alguna las obligaciones que haya contraído el mandatario en ejercicio del MADCV, cualesquiera que ellas sean, esto es, aún fuera de los límites del mandato que se haya conferido -nótese que en este caso, el texto no exige ni siquiera ratificación del mandante-.

Estimamos, sin embargo, que no es ese el correcto entendimiento que debe darse a la norma, sino que ella supone que se actúe dentro de los límites de mandato -por ello no exige ratificación, estando también esta interpretación más de acuerdo con los fines y objetivos del MADCV-, y que la expresión relativa a que el constituyente "cumplirá *en todo caso* las obligaciones pendientes contraídas por el mandatario" se refiere únicamente a que el mandante no podrá excepcionarse por ninguna razón diversa a la señalada.

Entender otra cosa, podría conllevar un gran perjuicio al mandante, quien por ley se ha visto forzado a conferir un MADCV y estar obligado *en todo caso*, a cumplir lo pactado.

Por todas las consideraciones anteriores, estimamos que conviene una mayor precisión sobre el tema que comentamos, estableciendo, tal vez, prohibiciones específicas



para el mandatario en este orden de cosas, o bien sanciones -que más allá de lo que pueda obtener el mandante por la vía del cobro de perjuicios- impliquen multas o inhabilidades especiales que inhiban un actuar más allá de lo autorizado.

3.5. La ratificación del mandante.

Hemos adelantado ya en el acápite anterior un análisis de este punto, pero lo destacamos expresamente ahora, pues esta alternativa legal puede pugnar también con el propósito del MADCV.

Al efecto, señala el artículo 2160 de Código Civil que el mandante cumplirá las obligaciones que a su nombre ha contraído el mandatario dentro de los límites del mandato. Añade el inciso 2º de la disposición que "será, sin embargo, obligado el mandante si hubiere ratificado expresa o tácitamente cualesquiera obligaciones contraídas a su nombre."

Es decir, para que el mandante se obligue y deba cumplir las obligaciones contraídas a su nombre por el mandatario es necesario que éste obre dentro de los límites del mandato. En cuanto excede tales límites carece de poder y, por lo mismo, no obliga al mandante. Pero el mandante puede aceptar las obligaciones contraídas por el mandatario, fuera de los límites del mandato, mediante una ratificación.¹⁶¹

No desconocemos que en relación a MADCV la situación descrita no siempre se podrá concretar, pues tratándose sus normas, en general, de mandatos prohibitivos -como por ejemplo los artículos artículo 42 inciso 2º o 43 del proyecto-, si el mandatario contraviene las mismas y realiza los actos prohibidos, cabría aplicar el artículo 10 del Código Civil que indica que los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor, lo que conllevaría a una nulidad absoluta no saneable por ratificación conforme al artículo 1683 del mismo cuerpo legal.¹⁶²

Pensamos, sin embargo, en ciertas situaciones extremas en relación a otras normas en las que podría entenderse, tal vez, que hay lugar a una ratificación.

¹⁶¹ Meza Barros, Ramón, "De las fuentes de las Obligaciones", Ob. cit., T. I. p. 377.

¹⁶² Alessandri Besa, Arturo, Ob. cit., T. I, pp. 125 y siguientes.



Se nos ocurre al efecto la norma del artículo 33 N° 3 del proyecto, relativo a las instrucciones generales de administración, las que necesariamente deben constar en la escritura de constitución del MADCV, señalándose que, en todo caso, tales instrucciones no pueden referirse a efectuar inversiones en alguna empresa en particular.¹⁶³

La norma, en relación al tema en comento, nos merece los siguientes comentarios:

a) Si nada se dice en las referidas instrucciones respecto de alguna empresa en particular, el mandatario puede actuar libremente, dentro de la normativa legal, esto es, respetando las prohibiciones que contempla la ley. De lo contrario se puede aplicar el artículo 10 del Código Civil antes referido.

b) Si se ordena invertir en las áreas prohibidas, se tratará de una clausula nula, también por el artículo 10 mencionado, no saneable por ratificación, como se señaló en su oportunidad.¹⁶⁴

c) Si las instrucciones prohíben expresamente actuar en ciertas y determinadas áreas o empresas particularmente designadas, y el mandatario contraviene la prohibición.

Pensamos que este es un caso en que puede presentarse la situación que abordamos en este acápite.

En efecto, el señalado artículo 33 N° 3 *no prohíbe las prohibiciones*, sino únicamente las instrucciones de inversión. Por lo mismo, podría argüirse que como la norma en comento no se refiere expresamente a esta situación, cabe dar aplicación supletoria a las normas del mandato, entre ellas, el artículo 2160 que permite la ratificación.

Reconocemos que esta es una situación extrema, pero al menos teóricamente posible, sin perjuicio de otros eventuales casos que puedan verificarse en la práctica, con lo que, ciertamente, se frustran los objetivos legales.

Por lo mismo, creemos que una medida razonable sobre el particular sería excluir derechamente la aplicación del artículo 2160 en análisis a la normativa del MADCV.

¹⁶³ La señalada prohibición nos parece, en todo caso, poco práctica. Si se quiere invertir en sectores o empresas determinadas bastará con que verbalmente se instruya en tal sentido al mandatario, sin necesidad de dejar constancia escrita de ello, ciertamente, como supone la norma. Por lo mismo, especial cuidado deberán tener en este aspecto los organismos de control pertinentes.

¹⁶⁴ Sobre la nulidad parcial, véase Alessandri Besa, Arturo, Ob. cit., T. I. pp. 79 y siguientes.



3.6. La revocación del mandato.

El punto ya lo hemos abordado anteriormente, pero lo insertamos expresamente en este momento, por la contradicción que ello puede significar con las finalidades del MADCV, conforme a los casos que estamos tratando en este acápite N° 3.

A fin de evitar innecesarias reiteraciones, nos remitimos expresamente a lo que referimos en su oportunidad.¹⁶⁵

3.7. La agencia oficiosa.

Se trata de un tema íntimamente ligado al anterior, y que en materia de mandato se encuentra mencionado en dos artículos: el 2122 del Código Civil, que antes ya hemos reseñado, que indica señala que el mandatario que ejecuta de buena fe un mandato nulo o que por una necesidad imperiosa sale de los límites del mandato, se convierte en un agente oficioso; y el artículo 2150, que indica que el mandatario que se halle en la imposibilidad de obrar con arreglo a sus instrucciones, no es obligado a constituirse agente oficioso; le basta tomar las providencias conservativas que las circunstancias exijan.

Aplicando las disposiciones mencionadas a la normativa del MADCV -como obliga la referencia legal que hemos cuestionado-, entendemos, entonces, que bien puede el mandatario llegar a constituirse en agente oficio, con todas las consecuencias legales que ello genera, pues la agencia oficiosa puede generar diversas obligaciones, en ningún caso previstas.

Así, si el negocio ha sido bien administrado, el "interesado" reportará un beneficio en su patrimonio a expensas del "gerente", y no siendo lícito enriquecerse a expensa ajena la ley autoriza a este último a para exigir que se le reembolsen las expensas necesarias y útiles en que haya incurrido, conforme el artículo 2290 inciso 1°. Esta misma norma impone al interesado el cumplimiento de las obligaciones que el gerente ha contraído en la gestión, aunque también, recíprocamente, si el negocio ha sido mal administrado, el gerente es responsable de los perjuicios.

¹⁶⁵ Ver Capítulo III, 4.3.1.8.





Por lo anterior, estimamos que es necesario reglar expresamente esta situación, negando lugar a la aplicación de esta normativa, que puede conducir a consecuencias insospechadas.

CONCLUSIONES

Después del estudio que hemos efectuado del Proyecto de Ley que crea en Chile la figura del Ministro de Administración Descentralizada de Cartera de Valparaíso, nos encontramos con que en esas materias, tanto Fideicomiso, Ciego, Cerrado que nuestra hipótesis inicial ha quedado suficientemente planteada y debidamente justificada.

La temática de este estudio y la motivación anterior nos sirvió ya en las etapas preliminares de la discusión sobre la necesidad de contar en nuestro país con una legislación moderna y eficaz en torno al destino resguardado de los recursos públicos cuando estos consisten o pueden llegar a consistir con los legítimos intereses privados, cuando que se inserta dentro del gran principio de la Prohibición, el cual debe regir de forma plena en todo Estado Democrático de Derecho.

La debida reglamentación de estas materias no constituye un serio riesgo de vulneración de la potestad del Estado ni el simple afán de conciliar nuestros legisladores a los de Ley y sus deberes de responsabilidad. Es más por obligación de deberes en orden a cumplir con los deberes que el país tiene que, al menos, en materia de recursos, como modo de evitar un eventual fraude a favor de particulares que desvirtuamos un rango público, y que se refiera de hecho a cargo de personas o personas de circunstancias especiales de que se refiera de persona, en consecuencia, por lo tanto, debe ser claro que el tema de la presente.

En el desarrollo de esta materia, se puede llegar incluso a un nuevo nivel al respecto principio de igualdad a través de algún tipo de incorporación, que el respectivo comportamiento de todo el resto de los ciudadanos, que por sus deberes, deberes y deberes.



CONCLUSIONES

Después del análisis que hemos efectuado del Proyecto de Ley que crea en Chile la figura del Mandato de Administración Discrecional de Cartera de Valores, comúnmente conocida en otras latitudes como Fideicomiso Ciego, creemos que nuestra hipótesis inicial ha quedado suficientemente planteada y debidamente justificada.

La temática de este estudio y la inquietud asociada nos surgió ya en las etapas preliminares de la discusión sobre la necesidad de contar en nuestro país con una legislación moderna y eficaz en torno al debido resguardo de los intereses públicos cuando éstos colisionan o pueden llegar a estarlo con los legítimos intereses privados, materia que se inserta dentro del gran principio de la Probidad, el cual debe regir de forma plena en todo Estado Democrático de Derecho.

La debida reglamentación de estas materias no constituye un mero deseo abstracto de pulcritud ética ni el simple afán de conciliar nuestras instituciones a las de los países más desarrollados -o bien por exigencia de aquellos en orden a aumentar sus inversiones en el país-, sino que, además, la necesidad surge en lo concreto, como modo de evitar un enriquecimiento ilícito de particulares que desempeñan un cargo público, y que en mérito de dicho cargo dispongan o conozcan de circunstancias especiales de inversión de su patrimonio, en condiciones, por lo mismo, más ventajosas que el resto de los ciudadanos.

En el extremo de esta actitud, se puede llegar incluso a un ataque frontal al señalado principio de probidad a través de algún delito de apropiación, con el respectivo empobrecimiento de todo el resto de los ciudadanos -pues son sus dineros, pagados a través



de los múltiples impuestos que gravan prácticamente todo tipo de actividad- los que serán mal utilizados en estos casos.

De acuerdo a lo anterior, no cabe sino valorar como muy positiva la voluntad legislativa de todos los sectores políticos en orden a avanzar en estas materias, y es así como ya se dictó la importante modificación al artículo 8° de la Constitución Política de la República, ubicado justamente en el capítulo relativo a las Bases de la Institucionalidad.

En el mismo orden de ideas se inscribe la creación de una normativa que regule los conflictos de intereses, cuyo objetivo tiende precisamente a desligar parte del patrimonio de una autoridad, en el lógico entendido que debido a su posición dominante, aquella naturalmente dispondrá de información relevante y especial en virtud de lo cual pueden producirse eventuales conflictos entre los intereses públicos con sus no menos legítimos intereses privados, situación que corresponde cautelar.

Sin embargo, en el análisis del tema, desde un inicio nos llamó la atención la denominación dada a la nueva institución, que se califica como un *mandato*, a diferencia de toda la legislación comparada que lo trata simplemente como *fideicomiso ciego*, denominación con la que es conocida también por toda la ciudadanía de nuestro país.

Hemos sostenido que el cambio de denominación es equivocado. En efecto, la sola mención del término *mandato* en el nombre de la nueva institución propuesta ya nos evoca las características y principios propios de aquel contrato civil, regulado en el título XXIX del Libro IV del Código del Ramo, elementos que son sustancialmente diversos de los inherentes al MADCV, tanto por su naturaleza misma como por los objetivos a que apunta.

Lo anterior se ve agravado por la remisión que las normas del MADCV efectúan expresamente a aquella normativa civil, en todo lo que sus normas silencian.

En este sentido, demostramos que las características del MADCV son totalmente diversas a las del mandato civil, y en muchos casos exactamente opuestas. Nos planteamos entonces si en tales condiciones puede una institución utilizar el nombre de otra que se encuentra especialmente reglada con sus propios principios y reglas, y más aún, tenerla como normativa subsidiaria en todo lo que aquella no regula. Creemos que no, pues ello



introduce soluciones no queridas en la reglamentación que se crea, y lo que es más grave, no conciliables en absoluto con la nueva institución. Así lo dejamos planteado en el Capítulo IV de este trabajo, y por lo mismo hemos debido buscar soluciones originales a los problemas a que la señalada concepción conduce.

Además de lo anterior, pensamos -y así tratamos también de justificarlo en el Capítulo III- que las normas del MADCV, por sus objetivos y su reglamentación, se inscribe más naturalmente en las normas del ámbito del Derecho Público que en el del Derecho Privado, circunstancia que agrava la situación expuesta en el párrafo anterior, pues con la referencia obligada que en el MADCV se hace a las normas del contrato de mandato, se estarían mezclando dos ámbitos jurídicos diversos, cada uno con sus principios y reglas que les son propios, y que conducen también a soluciones diversas.

En fin, todo lo referido nos ha llevado a estimar que nos encontramos en este caso con una figura que no tiene parangón en la legislación nacional, autónoma y sin similitudes con ninguna institución en vigencia, esto es, lo que comúnmente se denomina una institución *sui generis*.

En mérito de lo referido, reiteramos también aquí nuestro parecer en orden a que, sin mayores cuestionamientos, esta figura debe también denominarse tal como es concebida con algunas variantes en toda la legislación comparada conocida y es asociada también por nuestra población: *Fideicomiso Ciego*, figura que deberá regirse por las mismas normas del proyecto sobre establecimiento del MADCV, aunque llenando los vacíos de que aquella reglamentación adolece, según hemos expuesto en nuestro trabajo, y sin referencias supletorias a ninguna otra institución.

No podemos desconocer, sin embargo, la realidad jurídica en proyecto, que trata al MADCV como un contrato de mandato, y se remite también expresamente a tal contrato civil en lo no previsto en sus normas. Al respecto, queremos destacar especialmente en este momento algunas de las modificaciones legales que nos parecen de mayor necesidad efectuar ya que pueden cooperar a eliminar las dificultades más trascendentes que pudimos observar en la normativa que se avecina:



a) A raíz de la problemática que pudiera representar la gratuidad del MADCV, según lo expusimos en el punto 4.3.1.4 del Capítulo III, proponemos que se determine claramente que éste *debe* ser remunerado. En este sentido, pensamos que una formula adecuada al efecto consistiría en la modificación del artículo 48, quedando su redacción como sigue: "El Mandato será remunerado, y en consecuencia, dará derecho al Mandatario a recibir una remuneración por sus servicios..."

b) Establecer alguna limitación temporal a la posibilidad de la libre revocación del mandato, conforme lo que señalamos en el Capítulo III, acápite 4.3.1.8.

c) Aclarar la situación de la pluralidad de mandatarios, según lo señalado en el capítulo IV, acápite 2.6.

d) Tocante al tema de la delegación del mandato, por las implicancias que analizamos en extenso en el acápite 3.3 del Capítulo IV, reiteramos nuestro parecer en cuanto no nos parece conveniente la actual redacción del artículo 42 del proyecto, que en su parte segunda permite encomendar la gestión de negocios específicos a terceras personas.

Creemos de mayor seguridad eliminar dicha posibilidad, manteniendo derechamente la característica de un mandato indelegable, sin perjuicio de las medidas atenuadoras que propusimos en caso de mantenerse inalterada la normativa.

e) Atendidos los complejos problemas jurídicos que abordamos en el acápite 2.3 del Capítulo IV relativos al mandante que se encuentra casado en el régimen de sociedad conyugal, estimamos que debe propenderse a una modificación de los textos legales correspondientes, en orden a estimar que la mera elección o designación, en su caso, de una autoridad de aquellas obligadas a otorgar un MADCV, sea hombre o mujer, que se encuentre casado en régimen de sociedad conyugal y reúna los supuestos que le obligan a otorgar un MADCV, configure un caso de separación legal total de bienes, y obligue a su disolución y liquidación antes de asumir su cargo.

Asimismo, si se trata de una autoridad -hombre o mujer- que se casa antes o durante el ejercicio de su cargo habiendo ya otorgado un MADCV, deberá hacerlo únicamente bajo el régimen de separación de bienes mencionado.



f) Respecto de la situación de la mujer mandante soltera que regula el artículo 2171 del Código Civil, por ser su contenido incompatible con las normas del MADCV -tal como lo sostuvimos en el punto 3.2 del Capítulo IV- estimamos que una medida apropiada sería disponer que la mujer que contrae matrimonio en estas circunstancias deba hacerlo únicamente bajo el régimen de separación de bienes, o bien, si se estimara que esta es una medida demasiado invasiva, al menos, excluir expresamente la aplicación de la señalada norma civil en relación al MADCV.

Expusimos en la oportunidad otra alternativa factible, relativa a dar aplicación al artículo 167 del Código Civil y pactar en las capitulaciones matrimoniales que la mujer administre separadamente alguna parte de sus bienes -aquéllos respecto de los cuales debe otorgar un MADCV-.

Esta última opción, sin embargo, nos mereció los reparos que planteamos en su momento.

g) Se deben también modificar debidamente, en su caso, los textos legales que regulan las personas jurídicas habilitadas para actuar como mandatarios, a que se refiere el artículo 38 del Proyecto, a fin de darles la competencia necesaria para efectuar estas nuevas operaciones.

h) Pensamos que se hace necesario también regular de mejor forma el artículo 32 en cuanto indica que "el mandato se constituye por voluntad del mandante y por la aceptación del mandatario, en un solo acto, mediante escritura pública otorgada y publicada en los términos de este párrafo."

En el punto 2.1.2. del Capítulo IV analizamos en detalle el tema y consignamos la problemática que la redacción nos sugería, en particular poder llegar a través de ella a aplicar el ámbito civil, y dentro de él estimar que nos encontraríamos en un mandato nulo, caso en el cual si éste es ejecutado de buena fe por el mandatario, convierte a éste en un agente oficioso, conforme lo dispone el artículo 2122 del Código Civil, entrando a operar todas las normas de la agencia oficiosa, en mérito de las cuales pueden surgir diversas



responsabilidades y obligaciones para los intervinientes en la operación, pudiendo en ello haberse contravenido todos los controles y prohibiciones que establece la ley.

i) Por estimar incompatibles con el MADCV la ratificación del mandante que establece el artículo 2160 del Código Civil postulamos exceptuar la aplicación de esta norma a dicha institución, tal como lo sostuvimos en el acápite 3.5 del Capítulo IV.

Los anteriores son solamente algunos de los cuestionamientos principales que hemos consignado en nuestro trabajo, y que demuestran con mayor complejidad la incompatibilidad de las dos instituciones que se pretenden vincular legislativamente.

Estimamos, en todo caso, que de no acogerse el planteamiento que hemos realizado a través de nuestro estudio, debería agregarse -a propósito de la cuestionada remisión a las normas civiles que efectúa el inciso 2º del artículo 27 del proyecto-, a continuación de su punto final, que debe sustituirse por una coma -al menos-, la siguiente frase, que resaltamos: **"en todo lo que no se oponga a la naturaleza de aquél"**.

Por último, deseamos manifestar que nuestras observaciones al Proyecto de Ley sobre establecimiento del Mandato de Administración Discrecional de Cartera de Valores en nuestro país, como puede advertirse del texto que hemos desarrollado, han sido motivadas únicamente por un genuino sentido de aportar, en algo siquiera, al perfeccionamiento de una institución que estimamos indispensable en una sociedad moderna, democrática y desarrollada, y cuya concreción, sin dudas, redundará en claros beneficios para la comunidad toda, y que esperamos se materialice a la brevedad.



BIBLIOGRAFÍA

OBRAS CONSULTADAS

Libros:

ALESSANDRI BESA, Arturo: *"La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno"*. Editorial Ediar Conosur, 2° Ed., T. I y II, sin indicación de año.

ALESSANDRI, SOMARRIVA Y VODANOVIC: *"Derecho Civil". Parte Preliminar y Parte General*. Editorial Jurídica Conosur Ltda., T. I., 1990.

ALESSANDRI, SOMARRIVA Y VODANOVIC: *"Tratado de los Derechos Reales"*. Editorial Jurídica de Chile, 5° Ed., T. II, 1993.

BARCIA LEHMANN, Rodrigo: *"Lecciones de Derecho Civil Chileno. De las Fuentes de las Obligaciones"*. Colección de Manuales Jurídicos, Editorial Jurídica de Chile, 1° Ed., T. II, 2007.

CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo: *"Instituciones de Derecho Comercial"*. Editorial Lexis Nexis, 2° Ed., T.II, 2005.

DANIEL ARGANDOÑA, Manuel: *"La Organización Administrativa en Chile. Bases Fundamentales"*. Editorial Jurídica de Chile, 1° Ed., 1982.



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



DÍEZ DUARTE, Raúl: "*El Contrato. Estructura Civil y Procesal*". Editorial Jurídica Conosur, 1994.

DUCCI CLARO, Carlos: "*Derecho Civil. Parte General*". Editorial Jurídica de Chile, 4° Ed., 2000.

GUZMÁN BRITO, Alejandro: "*El Derecho Privado Constitucional de Chile*". Ediciones Universitarias de Valparaíso de la Universidad Católica de Valparaíso, 2001.

JARA SCHNETTLER, Jaime: "*Revisión Crítica de la Teoría de la Nulidad de Derecho Público*". Pontificia Universidad Católica, Tesis de Magíster, Santiago, 2002.

LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge: "*Los Contratos. Parte General*". Editorial Jurídica de Chile, 4° Ed., 2005.

MEZA BARROS, Ramón: "*De las Fuentes de las Obligaciones*". Manual de Derecho Civil, Colección de Manuales Jurídicos, Editorial Jurídica de Chile, 8° Ed., T. I, 2000.

MEZA BARROS, Ramón: "*De las Fuentes de las Obligaciones*". Manual de Derecho Civil. Colección de Manuales Jurídicos, Editorial Jurídica de Chile, 9° Ed., T. II, 2000.

PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL: "*Los Bienes. La Propiedad y otros Derechos Reales*". Manual de Derecho Civil. Colección de Manuales Jurídicos, Editorial Jurídica de Chile, 3° Ed., 1999.

PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel: "*Obligaciones. Teoría General y Clasificaciones. La Resolución por Incumplimiento*". Editorial Jurídica de Chile, 1° Ed., 2003.



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



RAMOS PAZOS, René: "*Derecho de Familia*". Editorial Jurídica de Chile, 5° Ed., T. I, 2005.

RAMOS PAZOS, René: "*De las Obligaciones*". Colección de Manuales Jurídicos, Editorial Jurídica de Chile, 1° Ed., 1999.

SAAVEDRA GALLEGUILLOS, Francisco: "*Teoría del Consentimiento*". Editorial Conosur, 1994.

SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO: "*Derecho Comercial. Actos de Comercio. Noción General de Empresa Individual y Colectiva*". Colección de Manuales Jurídicos. Editorial Jurídica de Chile, 7° Ed., T. I, Vol. I, 2007.

SCHMIDT HOTT, Claudia: "*Nuevo Régimen Matrimonial*". Editorial Conosur, no indica edición, 1995.

STITCHKIN BRANOVER, David: "*El Mandato Civil*". Editorial Jurídica de Chile, 4° Ed., 1989.

VERGARA ALDUNATE, Sofía: "*El Mandato ante el Derecho y la Jurisprudencia*". Ed. Jurídica Conosur Ltda., T. I, 1992.

VIAL DEL RÍO, Víctor, "*Teoría General del Acto Jurídico*". Ediciones Universidad Católica de Chile, 4° Ed., Vol. I, 2000.

VODANOVIC, Antonio: "*Manual de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*". Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1° Ed., 1996.

Artículos:



BERMÚDEZ SOTO, Jorge: *"Las relaciones entre derecho común y el derecho administrativo, desde la perspectiva de la doctrina y la jurisprudencia"*. Documento del cual este tesista dispone de una copia, inédito al momento de su conocimiento.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge: *"Estado Actual del Control de Legalidad de los Actos Administrativos ¿Qué Queda de la Nulidad de Derecho Público?"*. En Revista de Derecho, vol. XXIII, N° 1, julio 2010.

MARÍN VALLEJO, Urbano: *"Algunos Aspectos de la Nulidad de Derecho Público. Aproximación Práctica al Tema"*. En Cuadernos de Análisis Jurídicos N° 17, Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho (dic. 2004).

PIERRY ARRAU, Pedro: *"Nulidad en el Derecho Administrativo"*. En Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XV, (1993-1994).

VALDIVIA, José Miguel: *"Sobre la Nulidad en Derecho Público"*. En Revista de la Universidad de Los Andes (La Primacía de la Persona: Estudios en Homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss), año 2009.

VERGARA BLANCO, Alejandro: *"El Derecho Administrativo como Sistema Autónomo. El Mito del Código Civil como "Derecho Común"*. En Revista Chilena de Derecho, vol. 38, N° 2, 2011.

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

BOLETÍN 5282-07, que contiene la moción de los diputados señores Chahuán, Enríquez-Ominami, Escobar y Valenzuela sobre *"fideicomiso ciego"* para los funcionarios públicos que indica", disponible en www.bcn.cl, Cámara de Diputados, última consulta 04.05.2012.



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



BOLETÍN 5898-07, relativo a "La Obligación de Ciertas Autoridades Públicas de Constituir un Mandato Especial de Administración Ciega de Patrimonio y de Enajenar Activos, en los Casos y Forma que se Indica", iniciado por Mensaje N° 337-356 de la Presidenta de la República señora Michelle Bachelet Jeria, de fecha 11 de junio de 2008, disponible en www.bcn.cl, Cámara de Diputados, última consulta 04.05.2012.

BOLETÍN 7616-06, relativo a la "Probidad en la Función Pública", iniciado por Mensaje N° 041-359 del Presidente de la República señor Sebastián Piñera Echeñique, de fecha 30 de mayo de 2011, disponible en www.bcn.cl, Cámara de Diputados, última consulta 04.05.2012.

INDICACIÓN SUSTITUTIVA N° 1932-357, disponible en www.bcn.cl, boletín 5898-07, última consulta 04.05.2012.

MENSAJE PRESIDENCIAL SOBRE REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE TRANSPARENCIA, MODERNIZACIÓN DEL ESTADO Y CALIDAD DE LA POLÍTICA, en www.bcn.cl, Historia de la Ley 20414, última consulta, 04.05.2012.

NORMATIVAS SOBRE CONFLICTOS DE INTERESES Y LEGISLACIÓN SOBRE FIDEICOMISO CIEGO. Documento de Trabajo N° 9, Chile Transparente, Agosto 2009. Disponible en:
www.chiletransparente.cl/home/doc/DT9/Conflicto_intereses_fideicomiso_ciego.pdf, última consulta 11.01.2012.

OBSERVACIONES DE CHILE TRANSPARENTE AL PROYECTO DE LEY QUE REGULA LA OBLIGACIÓN DE CIERTAS AUTORES PUBLS DE CONSTITUIR UN MANDATO ESPECIAL DE ADMINISTRACIÓN DE PATRIMONIO Y DE ENEJANR



ACTIVOS, EN LOS CASOS Y FORMA QUE INDICA (Boletín 5898-07). Disponible en: www.chiletransparente.cl/home/pdf/Minuta_proyecto_MACPA_26_08_01.pdf, última consulta 11.01.2012.

PROYECTO de ley denominado "Ley de Creación de Contrato de Fideicomiso Ciego", Argentina. Disponible en: <http://margaritastolbizer.com.ar/noticia.php?id=1223>, última consulta 11.01.2012.

PROYECTO de ley sobre "Fideicomiso Ciego: Constitución a cargo de quien fuera elegido para ejercer un cargo público". Disponible en: <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=5203-D-2009>, última consulta 11.01.2012.

SABLICH HUAMANI, Charles; "El contrato de Fideicomiso: Regulación y Perspectivas de Desarrollo en el Perú", disponible en: <http://www.eumed.net/libros/2010e/836/indice.htm>, última consulta 11.01.2012.

OTROS ANTECEDENTES

CONFLICTOS DE INTERÉS DE PARLAMENTARIOS Y MANDATO CIEGO DIVERSIFICADO. DERECHO COMPARADO. Documento preparado para la Comisión Permanente de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, en el marco de la discusión del Proyecto de Ley que regula la obligación de ciertas autoridades públicas de constituir un mandato especial de administración ciega de su patrimonio y de enajenar activos. Abogados Christine Weidenslaufer y James Wilkins, Área de Análisis Legal, con la colaboración del Área de Gestión del Conocimiento, Asesoría Técnica Parlamentaria. (Documento de trabajo, facilitado a este tesista por sus autores).



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



DIARIO DE SESIONES DEL SENADO; Sesión 5º, Legislatura 357, martes 31 de marzo de 2009, pp. 936 y siguientes.

INFORME de la Comisión de Constitución, Legislación Justicia y Reglamento recaído en el Proyecto de sobre Reforma Constitucional en Materia de Transparencia, Modernización del Estado y Calidad de la Política, Sesión 5º, de 31 de marzo de 2009, en Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 357, p. 891 y siguientes.

INTERVENCIÓN del abogado del Instituto Libertad y Desarrollo señor Axel Buchheister, en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Sesión 5º, de 31 de marzo de 2009, en Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 357, pp. 924 - 925.

INTERVENCIÓN del Presidente del Consejo de Defensa del Estado, señor Carlos Mackenney, en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación Justicia y Reglamento, Sesión 5º, de 31 de marzo de 2009, en Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 357, pp. 927 - 928.

INTERVENCIÓN del profesor de Derecho Constitucional señor Francisco Zúñiga, en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación Justicia y Reglamento, Sesión 5º, de 31 de marzo de 2009, en Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 357, pp. 926 - 927.

INTERVENCIÓN del Ministro Secretario General de la Presidencia José Antonio Viera-Gallo, Sesión 5º, 31 de marzo de 2009, sobre Reforma Constitucional en Materia de Transparencia, Modernización del Estado y Calidad de la Política.

INTERVENCIÓN del Senador Chadwick, Sesión 5º, 31 de marzo de 2009, sobre Reforma Constitucional en Materia de Transparencia, Modernización del Estado y Calidad de la Política, en Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 357, p. 912.



INTERVENCIÓN del Senador Gómez, Sesión 5º, 31 de marzo de 2009, sobre Reforma Constitucional en Materia de Transparencia, Modernización del Estado y Calidad de la Política, en Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 357, p. 912.

INTERVENCIÓN del Senador Chadwick, Sesión 8º, 8 de abril de 2009, sobre Reforma Constitucional en Materia de Transparencia, Modernización del Estado y Calidad de la Política, en Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 357, p. 1501.

OBLIGATORIEDAD Y ALTERNATIVAS AL FIDEICOMISO CIEGO EN EL DERECHO ANGLOAMERICANO. Abogados Christine Weidenslaufer y Guido Williams. Área de Análisis Legal, Asesoría Parlamentaria BCN. (Documento de trabajo, facilitado a este tesista por sus autores):

Sitios consultados para la elaboración del texto, según cita en el mismo:

a) *"Information Note. Selected Issues Relating to Declaration of Interests and Avoidance of Conflicts of Interests by Senior Members of Government"*. Legislative Council Secretariat, Research and Library Services Division. Publicado el 3 de octubre de 2002. Disponible en: <http://www.legco.gov.hk/yr01-02/english/sec/library/0102in35e.pdf> (Agosto, 2008)

b) http://www.access.gpo.gov/uscode/title5a/5a_3.html (Agosto, 2008)

c) http://www.usoge.gov/pages/common_ethics_issues/common_ethics_issues_pg2.html#Anchor--Remedi-45913 (Agosto, 2008)

d) Texas A&M Research Foundation Facility Security. "Employees' Guide to Security Responsibilities". Financial Disclosure. Disponible en: <http://rfweb.tamu.edu/security/SECGUIDE/Ethics/Finances.htm> (Agosto, 2008)



e) <http://www.usoge.gov/home.html> (Agosto, 2008)

f) http://www.usoge.gov/pages/common_ethics_issues/common_ethics_issues_pg2.html#Anchor--Remedi-45913 (Agosto, 2008)

g) http://www.usoge.gov/pages/common_ethics_issues/common_ethics_issues_pg2.html#Anchor--Remedi-45913 (Agosto, 2008)

h) http://www.tbs-sct.gc.ca/pubs_pol/hrpubs/TB_851/dwnld/vec-cve_e.pdf (Agosto, 2008)

CÓDIGOS Y LEYES CONSULTADAS

Código Civil.

Código de Comercio.

Código de Procedimiento Civil.

Ley 18.575 sobre "Bases Generales de la Administración del Estado".

Universidad de Valparaíso
Chile



00160562